

Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages am 25. Mai 2009

Entwurf eines Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (BT-Drs. 16/12278) in der Fassung der Synopse der Berichterstatter der Koalitionsfraktionen vom 15. Mai 2009

Datum
20. Mai 2009

V/2-13-02-Ni

Der Bundesverband der Deutschen Industrie repräsentiert mit seinen 38 Mitgliedsverbänden und 15 Landesverbänden über 100.000 Industrieunternehmen mit über 8 Millionen Beschäftigten.

Seite
1 von 16

Sachverständiger: Dr. Thomas Kremer
Chefjustitiar der ThyssenKrupp AG
Mitglied des Vorstands des BDI-Rechtsausschusses

I. Allgemeine Vorbemerkungen

Die deutsche Industrie ist sich ihrer Verantwortung für die Akzeptanz der sozialen Marktwirtschaft in unserem Lande bewusst. **Anteilseigner, Aufsichtsräte und Vorstände der Unternehmen müssen gemeinsam dazu beitragen, verloren gegangenes Vertrauen durch eine verantwortungsvolle und nachhaltige Unternehmensführung wiederherzustellen. Dazu gehört auch die Einhaltung angemessener Maßstäbe bei der Vergütung.**

Die aktuelle Finanzmarktkrise führt dazu, dass die Bürger das Verhalten von Unternehmern und Managern gerade auch in Fragen der Vergütung kritisch hinterfragen. Diesen Fragen stellen sich die Unternehmen. Die Debatte muss jedoch versachlicht werden. Dabei ist streng zu trennen zwischen Vergütungsregelungen für Banken, die staatliche Unterstützung nach dem Finanzmarktstabilisierungsgesetz in Anspruch nehmen, und allen übrigen Unternehmen, die keine staatliche Hilfe erhalten. **In Unternehmen, die mit privaten Geldern finanziert werden, entscheiden stets die Eigentümer über die zur Unternehmensüberwachung eingesetzten Organe, in mitbestimmten Unternehmen unter Mitentscheidung der Arbeitnehmervertreter.** Solange der Staat nicht mit öffentlichen Geldern an Unternehmen beteiligt ist, hat er in privaten Unternehmen grundsätzlich keine unternehmerischen Entscheidungsbefugnisse und sollte nur in begrenztem Umfang rechtliche Rahmenbedingungen für unternehmensinterne Entscheidungen setzen.

Die Entscheidung über die Vorstandsvergütung ist keine Aufgabe der Politik, sondern des Aufsichtsrates. Dabei befolgen Unternehmen die umfas-

**Bundesverband der
Deutschen Industrie e.V.**
Mitgliedsverband
BUSINESSEUROPE

Telekontakte
T: 030 2028-1405
F: 030 2028-2405

Internet
www.bdi.eu

E-Mail
J.Nikolay@bdi.eu

senden Regelungen im Aktiengesetz, Handelsgesetzbuch und – ganz überwiegend – dem Deutschen Corporate Governance Kodex (im Folgenden: Kodex). Insbesondere der Kodex unterliegt einer regelmäßigen Überprüfung und wird jährlich im notwendigen Umfang angepasst. Seine Empfehlungen werden von den Unternehmen in hohem Maße anerkannt (siehe dazu die Erhebung von Prof. v. Werder im Auftrag der Kodex-Kommission, Der Betrieb 2009, 689 ff.).

Es ist aus Sicht der Unternehmen keineswegs gleichgültig, ob Regelungen zu Corporate Governance-Fragen im Aktiengesetz oder im Kodex zu finden sind. Der Kodex enthält Verhaltensmaßstäbe für Unternehmen. Diese flexibleren und praxisnäheren Regelungen werden den unternehmerischen Einzelfällen eher gerecht als feste gesetzliche Normierungen. Die teilweise als „soft law“ bezeichneten Empfehlungen des Kodex haben zwar keine unmittelbare Gesetzeskraft. Über § 161 AktG besteht jedoch die Verpflichtung des Vorstands und des Aufsichtsrates börsennotierter Gesellschaften zur Abgabe einer Erklärung über die Einhaltung der Verhaltensempfehlungen des Kodex sowie, nach dem BilMoG, einer Begründung, aus welchen Gründen von Teilen des Kodex abgewichen wird. Die gesetzlich veranlasste Erklärung erfordert automatisch eine unternehmensinterne Reflexion über die eigene Unternehmensverfassung. Bei einer Erweiterung der gesetzlichen Regelungen zu Themen der guten Unternehmensführung werden sich Unternehmen hingegen fragen, warum sie künftig den Kodex als Verhaltensmaßstab akzeptieren sollen, wenn der Gesetzgeber die vom Kodex besetzten Themen immer wieder einer gesetzlichen Regelung zuführt.

Rein unternehmensinterne Prozesse und Entscheidungen können und dürfen nicht völlig verrechtlicht werden. Die geplanten gesetzlichen Änderungen wären strikt und ohne Ausnahmen einzuhalten. Sie sollen weitgehend für alle gut **14.000 deutschen Aktiengesellschaften**, also **auch die nicht börsennotierten, kleinen Aktiengesellschaften** gelten und greifen tief in ihre unternehmensinternen Entscheidungsprozesse ein. Sofern nicht auf die geplanten Änderungen verzichtet wird, regen wir nachdrücklich an, zumindest den Anwendungsbereich der vorgeschlagenen Regelungen – auch hinsichtlich einer Anwendung der neuen Regelungen für GmbHs mit obligatorischen oder fakultativen Aufsichtsräten – zu überprüfen.

Wir kritisieren insbesondere folgende Gesetzesänderungen:

1. Eine **Karenzzeit für den Wechsel ehemaliger Vorstandsmitglieder in den Aufsichtsrat** bedeutet einen inakzeptablen Know-How-Verlust für die Unternehmen, gefährdet eine möglichst optimale Besetzung des Aufsichtsrates und widerspricht dem Gedanken der Parität und Ausgewogenheit in mitbestimmten Aufsichtsräten. Zudem greift die Regelung in die ureigenste Entscheidung der Aktionäre ein, wer ihre Interessen im Aufsichtsrat vertreten soll.
2. Die **Herabsetzungspflicht bezüglich Vorstandsvergütungen** bei Verschlechterung der Lage der Gesellschaft führt wegen der zahlreichen unbestimmten Rechtsbegriffe nicht nur zu großer Rechtsunsicherheit; sie erfordert zudem eine ständige Prüfung der Lage der Gesellschaft durch die Aufsichtsräte und regelmäßige Nachverhandlungen zwischen den Vorstand und Aufsichtsrat.

3. Die **gesetzliche Verpflichtung zur Vereinbarung eines Selbstbehalts in der D&O-Versicherung** stellt einen massiven Eingriff in die Vertragsfreiheit der Unternehmen, ihrer Vorstände und der Versicherungsunternehmen und eine Ungleichbehandlung gegenüber anderen Berufsgruppen dar. Zudem ist die geplante gesetzliche Höhe unverhältnismäßig hoch angesetzt.
4. Eine **Befassung der Hauptversammlung mit dem Vergütungssystem** wird zu emotionalen und uferlosen Debatten führen und widerspricht der bisherigen aktienrechtlichen Aufgabenteilung zwischen Aufsichtsrat und Hauptversammlung.

II. Zu den Regelungen des Gesetzentwurfs zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung, BT-Drs. 16/12278, in der Fassung der Synopse der Berichterstatter der Koalitionsfraktionen vom 15. Mai 2009

1. Angemessenheit der Vergütung, § 87 Abs. 1 AktG-E

Die deutsche Industrie unterstützt das grundsätzliche Ziel, verstärkt auf langfristige Anreize bei der Vergütung von Vorständen zu setzen, warnt jedoch vor einer übermäßigen Verrechtlichung der klassisch unternehmerischen Entscheidung über die Bezahlung der eigenen Organe. Statt die aktienrechtlichen Regelungen zu verschärfen, sollte der Gesetzgeber auf die in hohem Maße anerkannten Empfehlungen des Kodex in ihrem Zusammenspiel mit dem Aktienrecht vertrauen. Aktuelle Entwicklungen der Vorstandsgehälter von DAX-Unternehmen (vgl. Financial Times Deutschland vom 25. März 2009, „Krise lässt DAX-Gehälter purzeln“, S. 1, sowie „Ende eines Höhenflugs“, S. 4 und 5) zeigen deutlich auf, dass das derzeit gängige und an Aktiengesetz sowie Kodex ausgerichtete Vergütungssystem im Sinne der politischen Zielsetzung schon heute funktioniert. Neue gesetzliche Regelungen zur Beteiligung der Vorstände an Misserfolgen der Unternehmen sind daher nicht erforderlich.

Das Aktiengesetz enthält mit § 87 Abs. 1 AktG bereits die klare gesetzliche Vorgabe, dass der Aufsichtsrat bei der Festsetzung der Gesamtbezüge des einzelnen Vorstandsmitglieds dafür zu sorgen hat, dass diese in einem angemessenen Verhältnis zu den Aufgaben des Vorstandsmitglieds und zur Lage der Gesellschaft stehen. Diese Vorgaben sind auch gerichtlich überprüfbar (vgl. LG München, Beschluss vom 29.3.07, Az: 5 HK O 12931/06). Der Kodex konkretisiert diese Maßgabe in Ziffer 4.2.2. mit folgenden Kriterien: *„Die Vergütung der Vorstandsmitglieder wird vom Aufsichtsrat unter Einbeziehung von etwaigen Konzernbezügen in angemessener Höhe auf der Grundlage einer Leistungsbeurteilung festgelegt. Kriterien für die Angemessenheit der Vergütung bilden insbesondere die Aufgaben des jeweiligen Vorstandsmitglieds, seine persönliche Leistung, die Leistung des Vorstands sowie die wirtschaftliche Lage, der Erfolg und die Zukunftsaussichten des Unternehmens unter Berücksichtigung seines Vergleichsumfelds.“* **Gerade im Hinblick auf diese Kriterien des Kodex sind Änderungen des § 87 Abs. 1 AktG entbehrlich.**

a) Leistungsbezogenheit

Die Orientierung der Vergütung an der Leistung des einzelnen Vorstandsmitglieds ist in der Praxis auf Basis der Kodexempfehlung bereits üblich. Berücksichtigt werden muss hierbei allerdings auch, dass jedes Vorstandsmitglied in das Kollegialorgan Vorstand eingebunden ist und seine Entscheidungen nicht losgelöst von den anderen Mitgliedern treffen kann.

b) Vergleichsmaßstab „übliche Vergütung“

Im Gegensatz zu der im Kodex empfohlenen „Berücksichtigung seines Vergleichsumfelds“ nimmt eine gesetzliche Bindung der Bezüge an „übliche Vergütungen“ die Vereinbarung von Vorstandsvergütungen aus den Händen der Vertragsparteien und überträgt sie letztlich der Justiz.

Das Kriterium der „üblichen Vergütung“ ist mit einer gewissen Unschärfe behaftet. Auch die Umschreibung des Kriteriums mit der Branchen-, Größen- und Landesüblichkeit ist nicht ausreichend konkret für den Umstand, dass der Aufsichtsrat die Beschreibung der üblichen Vergütung festschreiben muss, wenn er nicht nach § 116 AktG haftbar gemacht werden will. Unbestimmte Rechtsbegriffe dürfen aber nicht als Maßstab für Haftung herangezogen werden. Dadurch entsteht zwangsläufig eine erhebliche **Rechtsunsicherheit** bei der Festlegung der Vergütung.

Zudem kann dieses Kriterium die Situation der einzelnen Unternehmen nicht ausreichend berücksichtigen und würde die Flexibilität des Aufsichtsrates erheblich einschränken. Zum Teil könnte die Praxis dazu übergehen, dass die Aufsichtsräte zur Angemessenheit der Vorstandsvergütungen kostspielige Gutachten von externen Sachverständigen einholen müssen, um das eigene Schadensersatzrisiko bei Festsetzung einer „unangemessenen“ Vergütung zu minimieren. Bei internationalen Großkonzernen wird es sehr schwierig sein, einen geeigneten (landesüblichen) Vergleichsmaßstab zu finden. Im Übrigen ist bleibt offen, welcher Standard die Basis für die "Üblichkeit" bildet und wer ihn setzt. **Daher sollte auf diese Ergänzung des § 87 Abs. 1 AktG-E verzichtet werden.**

c) Kurzfristige Ziele

Wir begrüßen, dass der Gesetzeswortlaut und die Begründung der Synopse deutlich machen, dass kurzfristige Leistungsanreize weiterhin möglich sind. Neben den üblichen kurzfristigen Anreizen besteht gerade in Zeiten der Finanz- und Wirtschaftskrise bei Industrieunternehmen ein Bedarf, auch kurzfristige Anreize zu setzen. Zu denken ist etwa an einen zügigen Konzernumbau oder die schnelle Durchsetzung von Maßnahmen zur Erhaltung von Arbeitsplätzen. Ausreichend und angemessen ist daher ein Vergütungssystem, in dem die langfristigen Anreize überwiegen.

d) Auszahlung variabler Gehaltsbestandteile erst nach Ablauf einer Mehrjahresfrist

Bei börsennotierten Gesellschaften sollen variable Gehaltsbestandteile mehrjährige Bezugszeiträume haben und erst nach Ablauf der Mehrjahresfrist ausgezahlt werden. Diese Pläne stellen einen **weitreichenden Eingriff in die unternehmensinterne Vertragsgestaltung der Unternehmen** dar. Derartige vertragliche Klauseln sollten wie bisher der Praxis überlassen werden, da der **Kodex** bereits umfangreiche Vorgaben zu variablen Vergü-

tungsbestandteilen (Ziff. 4.2.3) enthält. Der Kodex würde zudem auch durch diese gesetzliche Regelung in Frage gestellt.

In Übereinstimmung mit dem Kodex setzt sich die Vorstandsvergütung heute meist aus drei Bestandteilen zusammen: einer Fixvergütung, die monatlich auszahlbar ist, einem „Short Term Incentive“, der auf Jahresbasis auszuzahlen ist sowie einem „Long Term Incentive“, der üblicherweise an die Performance in einem Mehrjahreszeitraum gebunden ist. Der Long Term Incentive wird normalerweise rollierend aufgelegt, d.h. dass in jedem neuen Geschäftsjahr eine neue Tranche mit einem neuen Dreijahreszeitraum läuft. Es sollte klargestellt werden, dass diese rollierende Auflage im jährlichen Abstand weiterhin möglich ist.

Short Term Incentives stellen üblicherweise auch auf Komponenten ab, die an den geschäftlichen Erfolg gebunden sind (z.B. ROCE, EBT). Die Abschaffung von Short Term Incentives würde einen erheblichen Eingriff in die derzeitige Vergütungsstruktur darstellen und – im Gegensatz zu der Intention des Gesetzgebers, Vorstandsvergütungen stärker am langfristigen Erfolg auszurichten – auf eine Erhöhung des Anteils der Fixvergütung an der Gesamtvergütung hinauslaufen. Wir bitten um Klarstellung, dass Short Term Incentives, die auf das Erreichen von innerhalb eines Jahres zu erreichenden Zielen gerichtet sind, nicht unzulässig sind. Ausreichend müsste sein, dass die Vorstandsvergütung auch eine auf einen mehrjährigen Performancezeitraum abstellende Langfristkomponente enthalten soll. Nur für diese Langfristkomponente kann die Auszahlung am Ende einer Mehrjahresperiode gelten.

e) Auswirkungen auf weitere Vergütungsbestandteile nach § 87 Abs. 1 S. 3 AktG-E

Unklar sind ferner die Auswirkungen der geplanten Änderungen auf die in § 87 Abs. 1 S. 3 AktG-E aufgezählten weiteren Vergütungsbestandteile (Ruhegehalt, Hinterbliebenenbezüge und Leistungen verwandter Art). Auf diese sollen die Kriterien des § 87 Abs. 1 S. 1 AktG-E entsprechend angewendet werden. Die Gesetzesbegründung zur Neuregelung des § 87 Abs. 1 S. 1 AktG-E sollte nähere Angaben dazu enthalten, wie sich das Kriterium der langfristigen Verhaltensanreize auf Ruhegeldbezüge, insbesondere Hinterbliebenenbezüge auswirken soll.

2. Pflicht-Herabsetzung der Vorstandsvergütung, § 87 Abs. 2 AktG-E

Wir lehnen die geplante Pflicht der Aufsichtsräte zur Herabsetzung der Vorstandsvergütung ab. Der Aufsichtsrat ist bereits heute zu einer angemessenen Herabsetzung der Vergütung der Vorstandsmitglieder berechtigt, wenn eine so wesentliche Verschlechterung in den Verhältnissen der Gesellschaft eintritt, dass die Weitergewährung der Vorstandsbezüge eine schwere Unbilligkeit für die Gesellschaft sein würde, § 87 Abs. 2 AktG.

Die Verschärfung der Herabsetzungsvorschrift ist zum einen bedenklich, da sie erheblich in vertraglich festgesetzte Ansprüche von Vorstandsmitgliedern eingreift. Es muss eine Ausnahme bleiben, dass erworbene Ansprüche nachträglich entfallen. Zum anderen spricht gegen die Notwendigkeit der

geplanten Neuregelung, dass es durch vertragliche Gestaltungen der Vorstandsvergütungen mit variablen Elementen (Bonussysteme, langfristige Anreizsysteme) automatisch zu einer Reduzierung der Vergütung kommt, wenn sich die Lage des Unternehmens verschlechtert (s.o.).

a) Herabsetzungspflicht

Eine Pflicht zur Kürzung von Vorstandsvergütungen bringt vor allem bei gleichzeitiger Abschwächung ihrer Voraussetzungen eine **erhebliche Rechtsunsicherheit** für Aufsichtsräte mit sich. Die Arbeit des Aufsichtsrates wird dadurch wesentlich erschwert, da er bei einer Pflicht zur Herabsetzung ständig zu einer Prüfung der Lage der Gesellschaft verpflichtet wäre. Praxisfremde Anpassungsmaßnahmen und ständige Nachverhandlungen zwischen den Vertragsparteien könnten die Folge sein. Vorstand und Aufsichtsrat würden von wesentlichen und eigentlich prioritären Aufgaben der Unternehmensführung bzw. ihrer Kontrolle abgehalten. Die derzeit geltende Herabsetzungsmöglichkeit gibt dem Aufsichtsrat hingegen hinreichende Flexibilität und mehr Entscheidungssicherheit. Dies gilt insbesondere für Krisenzeiten.

Die Gesetzesbegründung weist explizit, aber ohne ausreichende Begründung, darauf hin, dass auf das Merkmal der „wesentlichen“ Verschlechterung sowie auf die „grobe“ Unbilligkeit (gemeint ist wohl „schwere“ Unbilligkeit, vgl. Wortlaut des § 87 Abs. 2 S. 1 AktG) verzichtet wird. Sie lässt Aufsichtsräte jedoch im Unklaren darüber, in welchen konkreten Fällen künftig eine Verschlechterung (statt einer wesentlichen Verschlechterung) und eine Unbilligkeit (statt einer schweren Unbilligkeit) vorliegen sollen, die eine Herabsetzungspflicht auslösen. Die pauschale Angabe von beispielsweise „Entlassungen“ und „Lohnkürzungen“ in der Begründung ist hierfür nicht ausreichend. Die Merkmale „wesentliche“ Verschlechterung sowie „schwere“ Unbilligkeit müssen daher wieder in den Gesetzeswortlaut aufgenommen werden.

b) Bezugsrahmen der Unbilligkeit

Wir begrüßen es ausdrücklich, dass die Synopse den Bezug zur „Gesellschaft“ bei der Unbilligkeit wieder in den Gesetzeswortlaut aufnimmt und unserer diesbezüglichen Kritik Rechnung trägt (vgl. BDI/BDA/DAI-Stellungnahme zum VorstAG vom 22. April 2009). Es hätte den Prinzipien einer marktwirtschaftlichen Unternehmensverfassung und dem Grundsatz der Privatautonomie widersprochen, wenn es künftig bei Gehaltsfragen in privaten Unternehmen auf eine „allgemeine Betrachtung“ und damit auf die Sichtweise Dritter angekommen wäre, die weder an dem Unternehmen beteiligt noch von der Lage des Unternehmens betroffen sind oder diese zu beurteilen vermögen.

c) Herabsetzung von Ruhegehältern, Hinterbliebenenbezügen und Leistungen verwandter Art

Gemäß § 87 Abs. 2 AktG-E sollen die in § 87 Abs. 1 S. 3 AktG-E genannten Ruhegehälter, Hinterbliebenenbezüge und Leistungen verwandter Art künftig gekürzt werden können. Zwar sieht die Synopse diesbezüglich eine Befristung der Herabsetzungsmöglichkeit vor. Dies greift aber zu kurz, die Neuregelung, die eine problematische Geltungserweiterung darstellt, sollte ganz unterbleiben. Nach geltendem Recht ist die Gesellschaft im Rahmen

des § 87 Abs. 2 AktG zur Herabsetzung der Gesamtbezüge des einzelnen Vorstandsmitglieds i.S.v. § 87 Abs. 1 S. 1 AktG berechtigt, nicht jedoch zur Herabsetzung der Versorgungsleistungen i.S.v. § 87 Abs. 1 S. 2 AktG. Bei Versorgungsleistungen handelt es sich gewöhnlich um Gegenleistungen des Unternehmens, die das Vorstandsmitglied während seiner aktiven Zeit in dem Unternehmen durch seine Arbeitsleistung verdient hat. Diese Ansprüche sind bei ehemaligen Organmitgliedern bereits entstanden. Die einzelnen Rententeilleistungen sind in der Regel nur noch nicht fällig, können aber im Einvernehmen beider Vertragsparteien sofort fällig gestellt und als Einmalzahlung ausgezahlt werden. Im Unterschied zu künftigen Gehaltszahlungen ist das Ruhegeld daher bereits voll erworben und kann vom Aufsichtsrat nicht mehr gekürzt werden. Da mit einer diesbezüglichen Herabsetzungspflicht in eigentumsähnliche Rechtspositionen eingegriffen wird, bestehen bezüglich einer Herabsetzung von Ruhegehältern und Hinterbliebenenbezügen verfassungsrechtliche Bedenken.

3. Verpflichtung zur Vereinbarung eines Selbstbehalts bei der D&O-Versicherung, § 92 Abs. 2 S. 3 AktG-E

Die Koalitionsarbeitsgruppe hat sich auf eine gesetzliche Pflicht zur Vereinbarung eines Selbstbehalts für den Fall des Abschlusses einer D&O-Versicherung für Vorstände in Höhe von mindestens einem Gesamt-Jahresgehalt geeinigt. Den in der Höhe gesetzlich festgelegten Pflichtselbstbehalt lehnen wir als **inakzeptablen Eingriff in die Vertragsfreiheit** der Unternehmen, ihrer Vorstände und der Versicherungsunternehmen ab.

Das deutsche Haftungssystem gehört zu den strengsten der Welt. Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft haften bereits bei leichtester Fahrlässigkeit mit ihrem gesamten Privatvermögen. Der Abschluss einer D&O-Versicherung bietet dem Vorstandsvorsitzenden hierbei keinen Rundumschutz. So leisten D&O-Versicherungen, wie andere Haftpflichtversicherungen auch, typischerweise keinen Ersatz für Schäden, die vorsätzlich verursacht wurden. Das gleiche gilt in Fällen einer wissentlichen Pflichtverletzung. Insoweit tritt bereits dann keine Ersatzpflicht der Versicherung ein, wenn dem Vorstand bewusst war, gegen eine Pflicht verstoßen zu haben. Im Übrigen enthalten die D&O-Versicherungen nicht selten weitere Haftungsausschlüsse. **Versicherte Vorstandsmitglieder sehen sich auch ohne Selbstbehalt einem erheblichen Haftungsrisiko ausgesetzt und haben ein entsprechend großes Eigeninteresse, mögliche Pflichtverletzungen zu vermeiden.** Die Regelung wird dieses ausgeprägte Eigeninteresse an der Vermeidung von haftungsbegründenden Pflichtverletzungen nicht weiter steigern. Vielmehr wird sie insbesondere aufgrund der geplanten Höhe des Selbstbehaltes tendenziell eher das für den wirtschaftlichen Erfolg unerlässliche unternehmerische Handeln negativ beeinflussen und das Eingehen von unternehmerischen Risiken unterbinden. In Zeiten des zwingend notwendigen Aufschwungs ist dies ein falsches Signal.

Die D&O-Versicherung dient in erster Linie den Interessen der Unternehmen und ihrer Mitarbeiter. Potentielle Haftungsrisiken und -höhen übersteigen häufig die Finanzkraft von Privatpersonen. Die D&O-Versicherung stellt sicher, dass im Schadenfall ein solventer Schuldner verfügbar ist und

der Schadensersatz nicht an der mangelnden Zahlungsfähigkeit der betroffenen Personen scheitert. Daher muss der Gesetzgeber darauf achten, dass durch eine gesetzliche Regelung eines Pflichtselbstbehalts nicht künftig auf den Abschluss von D&O-Versicherungen verzichtet wird.

Da sich die Regelungen des Aktiengesetzes nur auf Unternehmen mit Sitz in Deutschland auswirken, liegt zudem eine Ungleichbehandlung im Vergleich zu Organen ausländischer Unternehmen vor. In Zeiten des europäischen Binnenmarktes ist dieser Alleingang nicht sinnvoll. Zudem sind große Unternehmen heutzutage weltweit tätig und sehen sich in der Pflicht eine Vielzahl unterschiedlichster Rechtsordnungen einhalten zu müssen und zu wollen. Die D&O-Versicherung betrifft daher in der Regel nicht nur deutsche, sondern weltweite Haftungsrisiken (z.B. auch US-amerikanische). Unternehmen müssen ihren Versicherungsschutz auch unter Fürsorgegesichtspunkte anpassen können. Die gesetzliche Festlegung eines Mindestselbstbehaltes in Deutschland hat jedoch nur die Situation in Deutschland im Blick und blendet das weltweite Tätigkeitsfeld der Unternehmen aus.

Die D&O-Versicherung hat eine Doppelfunktion inne: sie dient sowohl der Befriedigung berechtigter Schadensersatzansprüche auf Basis der gesetzlichen Haftung als auch der Abwehr unbegründeter Schadensersatzansprüche. **Versichert sind also auch die Kosten der Rechtsverteidigung.** Ansprüche werden in der Praxis zum Teil nur aufgrund der Organstellung des Vorstandsmitglieds – auch unberechtigt – erhoben und im Verlauf des Verfahrens erfolgreich abgewehrt, weil dem Betroffenen kein Fehlverhalten zur Last gelegt werden kann. Die Höhe der Abwehrkosten ist in diesen Fällen oftmals erheblich; sie können einen großen Teil der Deckungssumme ausmachen. Bei einem vertraglich vereinbarten Selbstbehalt werden deshalb die Kosten für die Rechtsverteidigung nicht um den Selbstbehalt gekürzt. Der Selbstbehalt wird nur auf die zu erbringende Entschädigungsleistung im Rahmen der Schadensersatzverpflichtung angerechnet. Die nun vorgeschlagene gesetzliche Regelung hätte zur Folge, dass der Betroffene – obwohl ihm keine Fehlverhalten nachgewiesen werden konnte – unbilligerweise diese Abwehrkosten über den Selbstbehalt tragen müsste. Dies ist nicht nachvollziehbar und kann vom Gesetzgeber nicht gewollt sein. Falls der Gesetzgeber an einer gesetzlichen Pflicht zur Vereinbarung eines Selbstbehalts bei der D&O-Versicherung festhalten wird, sollte dieser Selbstbehalt nur auf die zu erbringende **Entschädigungsleistung** im Rahmen der Schadensersatzverpflichtung angerechnet werden, nicht jedoch die **Kosten der Rechtsverteidigung** tangieren. Beachtet werden muss hinsichtlich des Selbstbehaltes, dass er – entgegen der Begründung der Synopse zu § 93 Abs. 2 S. 3 AktG-E nicht „zunächst zu Lasten der Gesellschaft als Versicherungsnehmer“ geht, sondern als Versicherungsvertrag zugunsten Dritter direkt zu Lasten der versicherten Person – den Vorstandsmitgliedern – geht.

Aus verfahrens- oder prozessökonomischen Gründen, die meist vom Versicherer bestimmt werden, werden die meisten Fälle im Vergleichswege erledigt. Ein vom Gesetzgeber gewollter Pflichtselbstbehalt sollte daher nur dann fällig werden, wenn das betroffene Vorstandsmitglied in einem gerichtlichen Verfahren rechtskräftig zum Ersatz des geltend gemachten Schadens verurteilt worden ist. Eine gesetzliche Regelung müssten zudem

Vorgaben bezüglich einer **gesamtschuldnerischen Haftung mehrerer Vorstandsmitglieder** und deren jeweiligen Selbstbeteiligungen enthalten. Eine einfache ungekürzte Addition aller Selbstbehalte würde zu keinem gerechten Ergebnis führen. Des Weiteren ist nach dem Entwurf völlig ungeklärt, inwieweit sich eine Versicherung auf einen entsprechenden Selbstbehalt eines Vorstandsmitglieds für den Fall berufen kann, dass ein Schaden sowohl durch einen Vorstand als auch durch einen Aufsichtsrat, für den kein Selbstbehalt vereinbart wurde, verursacht wurde.

Die geplante Regelung soll einen **Mindestselbstbehalt** von einem Brutto-Jahresgesamtgehalt vorsehen. Dies entspricht im Ergebnis meist **zwei Netto-Jahresbezügen**, was sich auch im Verhältnis zur Amtszeit von fünf Jahren (vgl. § 84 Abs. 1 S. 1 AktG) als unverhältnismäßig hoch erweist. Die geplante gesetzliche Regelung trägt zudem dem Umstand nicht ausreichend Rechnung, dass die Vergütungen der Vorstände nicht nur aus fixen, sondern auch aus **variablen Vergütungsbestandteilen** bestehen. Insbesondere Long Term Incentives sind an die Performance in einem Mehrjahreszeitraum gebunden (s.o.). So kann es bei einem noch nicht abgeschlossenen Performancezeitraum sein, dass für den Long Term Incentive in einem Geschäftsjahr zwar ein relativ hoher fiktiver Wert ausgewiesen wird, bei Nichterreichen der Performanceziele am Ende des Performancezeitraums er jedoch vollständig ausfällt. Die Höhe einer zukünftigen Selbstbeteiligung wäre damit ungewiss. Für eine gesetzliche Regelung ist die Formulierung der Höhe des Selbstbehalts somit nicht ausreichend bestimmt. Sie enthält sowohl für die betroffene Gesellschaft, die betroffenen Vorstandsmitglieder und die Ausgestaltung des Versicherungsschutzes keine ausreichende „Rechengröße“ für Verhandlungen mit Versicherern. Aufgrund der schwer zu bestimmenden aktienbasierten Vergütungskomponenten und länger laufenden Boni dürfte selbst die in der Begründung der zu § 93 Abs. 2 S. 3 AktG-E genannte pauschalierte Schätzung kaum möglich sein. Zudem ist unklar, welches Jahr – bei der Betrachtung der „für ein Jahr zugesagten Gesamtvergütung“ maßgeblich ist – das Jahr der Schadensverursachung oder der Geltendmachung?

Problematisch ist auch die Übergangsvorschrift für bestehende D&O-Versicherungen: Altverträge ohne Selbstbehalt sollen „vorerst wirksam bleiben und bis zum 30. Juni 2010 an die neue Rechtsanlage“ anzupassen sein. Falls der Gesetzgeber an der Regelung festhalten will, sollte klargestellt werden, dass Verträge anzupassen sind, eine noch nicht vorgenommene Anpassung – die nicht auf dem Verschulden der Gesellschaft beruhen muss – nicht zur Nichtigkeit der Altverträge und damit zu ggf. gravierenden Auswirkungen für die Gesellschaft und deren Mitarbeiter führt.

Der **Kodex** empfiehlt richtigerweise lediglich einen "**angemessenen**" **Selbstbehalt** (Ziff. 3.8). Durch eine gesetzliche Pflicht zum Abschluss eines in der Höhe festgesetzten Selbstbehaltes wird der Kodex an dieser Stelle ausgehebelt. Es sollte der jeweiligen Unternehmenskultur überlassen bleiben, inwieweit sie ihre Vorstandsmitglieder und die Gesellschaft vor Haftungsschäden schützt. **Falls aus politischen Erwägungen an einer gesetzlichen Pflicht zur Vereinbarung eines Selbstbehalts festgehalten wird – fordern wir hilfsweise, nur einen „angemessenen“ Selbstbehalt**

vorzusehen und unsere oben genannten Hinweise im Rahmen einer gesetzlichen Norm zu berücksichtigen.

4. Befristetes Verbot eines Wechsels vom Vorstand in den Aufsichtsrat bei börsennotierten Gesellschaften, § 100 Abs. 2 AktG-E

Enthielt der ursprüngliche Gesetzentwurf der Koalitionsfraktionen eine dreijährige Karenzzeit „nur“ für den Wechsel eines Vorstandsmitglieds in den Prüfungsausschuss des Aufsichtsrates, sieht die Synopse nun stattdessen eine zweijährige Karenzzeit für den Wechsel vom Vorstand in den Aufsichtsrat einer börsennotierten Gesellschaft vor. War bereits die Karenzzeit bezüglich des Prüfungsausschusses zu kritisieren (vgl. BDI/BDA/DAI-Stellungnahme zum VorstAG vom 22. April 2009), **lehnen wir eine Karenzzeit beim Wechsel vom Vorstand in den Aufsichtsrat in aller Deutlichkeit ab.** Es ist inakzeptabel, dass ehemaligen Vorstandsmitgliedern unterstellt wird, den Aufsichtsrat in erster Linie dazu zu missbrauchen, den „neuen Vorstand zu behindern“ und die „Bereinigung strategischer Fehler oder die Beseitigung von Unregelmäßigkeiten aus ihrer eigenen Vorstandszeit“ zu unterbinden (vgl. Begründung der Synopse zu § 100 Abs. 2 AktG-E). **Der Gesetzgeber sollte von einer gesetzlichen Manifestation dieses Pauschalverdachts Abstand nehmen.**

a) Know-How-Verlust

In komplexen börsennotierten Großunternehmen haben sich Sachverstand und genaue Kenntnis des Unternehmens ehemaliger Vorstandsmitglieder für die erfolgreiche Arbeit des Aufsichtsrats als sehr hilfreich erwiesen. Diese Einschätzung wird durch die Wahlen ehemaliger Vorstandsmitglieder in Aufsichtsräte durch die Aktionäre eindeutig belegt. Ehemalige Vorstandsmitglieder, die unmittelbar nach Ablauf ihrer Vorstandstätigkeit in den Aufsichtsrat wechseln, verfügen regelmäßig über besondere Kenntnisse über die interne Unternehmensorganisation und Unternehmenskultur. Nicht nur von Seiten der Unternehmen, sondern auch seitens der Rechtswissenschaft und der Gewerkschaften wird anerkannt, dass das Wissen und die Kenntnisse ehemaliger Vorstände über das konkrete Unternehmen, sein Wettbewerbsumfeld und seine Konkurrenten gerade bei der Kontrolle und Überwachung des Vorstands von großer Bedeutung ist. Entgegen der ganz überwiegend sehr guten Erfahrungen und obwohl er durch das Vorsehen von Ausnahmen zu dieser Regelung dokumentiert, dass er die Vorteile des direkten Wechsels anerkennt, scheint der Gesetzgeber grundsätzlich davon auszugehen, dass ehemalige Vorstandsmitglieder die am wenigsten geeigneten Aufsichtsratsmitglieder sind. **Eine starre Karenzzeit bedeutet jedoch einen nicht akzeptablen Know-How-Verlust im Aufsichtsrat und gefährdet eine möglichst optimale Besetzung der Kontrollgremien deutschen Unternehmen.** Sie widerspricht eklatant dem Unternehmensinteresse, dass der Aufsichtsrat aus den am besten qualifizierten Personen zusammengesetzt sein sollte.

In der Praxis wird die geplante Karenzzeit dazu führen, dass künftig nach Ablauf einer Karenzzeit in deutlich weniger Fällen die Kompetenz und das Wissen ehemaliger Vorstandsmitglieder im Aufsichtsrat desselben Unternehmens zur Verfügung stehen werden. Zudem werden Nachfolgeplanun-

gen in Unternehmen durch gesetzliche Regelungen unterbrochen. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass ehemalige Vorstandsmitglieder eher zum Konkurrenten wechseln als die Karenzzeit abzuwarten, da ein gesetzlicher Zwang zu einer zweijährigen Ruhepause realitätsfern ist. Diese Annahme wird gestützt durch die Beachtung der gesetzlichen Amtszeit eines Aufsichtsratsmitglied von knapp 5 Jahren (§ 102 AktG), während der die Aufsichtsratsstelle nicht neu besetzt wird, sowie dem Umstand, dass Unternehmen auf die Einhaltung bestimmter Altersgrenzen für ihre neu in den Aufsichtsrat zu wählenden Mitglieder achten. Damit wird für einige ehemalige Vorstandsmitglieder eine spätere Anschlussfähigkeit im Aufsichtsrat für und im Sinne des Unternehmens und seiner Mitarbeiter ausgeschlossen.

b) Ungleiche Wissensverteilung in mitbestimmten Aufsichtsräten

Durch eine Karenzzeit werden dem Aufsichtsrat auf Anteilseignerseite häufig nur noch unternehmensexterne Mitglieder angehören. Arbeitnehmervertreter werden allein das unternehmensinterne Wissen im Aufsichtsrat repräsentieren und damit mehr Gewicht bei Gremienentscheidungen für sich beanspruchen. Die Anteilseignerseite würde abermals zugunsten der Arbeitnehmermitbestimmung in ihrer Entscheidungskraft geschwächt. **Es widerspricht dem Gedanken der Parität und der Ausgewogenheit, wenn auf der Arbeitnehmerseite Betriebsangehörige mit aktuellem Insiderwissen über Angelegenheiten des Unternehmens sitzen und auf der Seite der Anteilseigner niemand mit entsprechenden Kenntnissen vertreten ist.** Diese ungleiche Wissensverteilung geht zu Lasten einer gewünschten unabhängigen Kontrolle der Vorstandstätigkeit, gefährdet die Sicherstellung von Kompetenz und Kontinuität im Aufsichtsrat und damit eine positive Entwicklung der Unternehmen.

c) Eingriff in ureigenste Entscheidungen der Aktionäre

Schließlich **greift die zweijährige Sperrfrist in unverhältnismäßiger Weise in die Rechte der Anteilseigner ein.** Als Eigentümer der Aktiengesellschaft sollte ihnen nach wie vor die Entscheidung überlassen bleiben, wer ihre Interessen im Aufsichtsrat vertritt. Ihre Entscheidung wird durch den Gesetzgeber beschränkt, ohne dass es hierfür eine ausreichende Rechtfertigung gibt. Dies gilt umso mehr, als in jüngster Zeit Vorschläge zu Aufsichtsratswahlen auch von Aktionären erheblich kritischer betrachtet werden. Es ist damit weder ein Bedürfnis zu erkennen, mündigen Anteilseignern für die Wahl ihrer Aufsichtsräte Vorgaben zu machen, noch besteht mit Blick auf die bestehenden Regelungen des Kodex die systemimmanente Gefahr einer negativen Beeinflussung der Aufsichtsratsstätigkeit durch ehemalige Vorstandsmitglieder.

d) Kodexregelung zielführend

Mit der geplanten Regelung untergräbt der Gesetzgeber die rechtspolitische Rechtfertigung des Kodex und das Comply-or-Explain-Prinzip (s.o., S. 1f.). Der **Kodex** sorgt bereits heute für Unabhängigkeit im Aufsichtsrat. Er empfiehlt zum einen, dass nicht mehr als zwei ehemalige Mitglieder des Vorstands dem Aufsichtsrat angehören sollen (Ziff. 5.4.2). Der Kodex empfiehlt zum zweiten, dass der Wechsel des bisherigen Vorstandsvorsitzenden oder eines Vorstandsmitglieds in den Aufsichtsratsvorsitz oder den Vorsitz eines Aufsichtsratsausschusses nicht die Regel sein soll. Eine Absicht zu einem solchen Wechsel soll der Hauptversammlung besonders begründet

werden (Ziff. 5.4.4). Diese Empfehlungen werden von den meisten Unternehmen eingehalten und erhalten die notwendige Flexibilität für unternehmensinterne Entscheidungen. Sie sind im Einzelnen wie auch in ihrer Kombination das mildere Mittel gegenüber einer gesetzlichen Karenzzeit, die faktisch eine Wechselsperre darstellt: Für die Unabhängigkeit des Aufsichtsrates ist vor allem die Einflussnahmemöglichkeit Einzelner entscheidend. Unterliegt aber sowohl die Anzahl ehemaliger Vorstandsmitglieder im Aufsichtsrat als auch die Wahrnehmung des Amtes des Aufsichtsratsvorsitzenden einer Beschränkung, ist damit einer potentiellen Gefahr einer Beeinflussung des Kontrollorgans durch ehemalige Leitungsmitglieder ausreichend Rechnung getragen.

e) **Erschwerung der Konzernsteuerung**

Falls an der Karenzzeit festgehalten werden wird, bitten wir jedenfalls um eine weitere **Ausnahme für konzernabhängige Aktiengesellschaften**. Ohne eine solche weitere Ausnahme könnte ein ehemaliges Vorstandsmitglied einer abhängigen Aktiengesellschaft, das in die herrschende Muttergesellschaft berufen wird, (faktisch) nicht in den Aufsichtsrat „seiner“ früheren Gesellschaft „entsandt“ werden, um von dort aus als Vertreter der Muttergesellschaft die Geschicke der Tochtergesellschaft mitzugestalten. Im Unternehmensverbund würde die bisherige Regelung daher nicht nur zu einem Wissensverlust im Konzern führen, sondern die Konzernleitung insgesamt erschweren.

5. Zuständigkeit des Aufsichtsratsplenums für die Vorstandsvergütung, § 107 Abs. 3 AktG-E

Ob man die Entscheidung über Vorstandsverträge und –abfindungen einem Ausschuss oder dem gesamten Aufsichtsratsplenum überlässt, sollte auch in Zukunft Sache des jeweiligen Aufsichtsrates sein. Diese Einschätzung wird auch vom Kodex mitgetragen. **Gegen eine Beschlussfassung im Plenum über das Vergütungssystem einschließlich der wesentlichen Vertragsbestandteile bestehen keine Einwände. Die Verhandlung und Entscheidung über einzelne vertragliche Punkte muss aber auch in Zukunft von einem Ausschuss getroffen werden können.**

Diese – an sich naheliegende und praxistaugliche – Unterteilung wird durch die Gesetzesbegründung jedoch undeutlich. Denn die Begründung verweist auf eine Vorversion des Kodex aus dem Jahr **2003**, in der es heißt: „*Das Aufsichtsratsplenum soll auf Vorschlag des Gremiums, das die Vorstandsverträge behandelt, über die Struktur des Vergütungssystems für den Vorstand beraten und soll sie regelmäßig überprüfen.*“ Nach der Gesetzesbegründung soll die geplante Änderung des Aktiengesetzes über Regelungen des Kodex „deutlich“ hinausgehen. Die Gesetzesbegründung verkennt hierbei jedoch, dass die von ihr herangezogene Kodexempfehlung 4.2.2 im Juni **2008** wie folgt neu gefasst wurde: "*Das Aufsichtsratsplenum soll auf Vorschlag des Gremiums, das die Vorstandsverträge behandelt, das Vergütungssystem für den Vorstand **einschließlich der wesentlichen Vertrags-elemente beschließen** und soll es regelmäßig überprüfen.*" Bezüglich dieser aktuellen Empfehlung des Kodex ist die Behauptung, der Umfang der An-

derung des Aktiengesetzes ginge „deutlich“ über die Kodexregelung hinaus, irreführend.

Eine Ausweitung der aktuell geltenden Kodexempfehlung ist jedenfalls nicht erforderlich und praktisch nur schwer durchführbar. Bisher werden Fragen zur Vertragsgestaltung und Vergütung von Vorständen häufig im zuständigen Personalausschuss entschieden. In diesen Ausschuss werden Experten entsandt, die mit der notwendigen Qualifikation und Personalkompetenz ausgestattet sind. Die übrigen Aufsichtsratsmitglieder werden dadurch von ihrer Verantwortung für eine angemessene Vergütungsentscheidung keineswegs befreit. Ihnen obliegt weiterhin die allgemeine Überwachungspflicht auch hinsichtlich der Ausschusstätigkeit. Für die Verhandlung und Ausarbeitung der entsprechenden vertraglichen Konditionen eignet sich jedoch ein kleinerer Arbeitskreis mit den notwendigen Kenntnissen und Erfahrungen besser als das Plenum, zumal letzteres häufig nur vier Sitzungen im Jahr abhält (vgl. § 110 Abs. 3 AktG). Zudem hat der Aufsichtsrat ein Recht und eine Pflicht zur Selbstorganisation. Er kann jederzeit alle Vergütungsthemen an sich ziehen – er sollte aber auch in Zukunft die Möglichkeit haben, die Verhandlungen von Vertragsdetails an einen Ausschuss zu delegieren.

Eine Verlagerung jeder detaillierten Vergütungsdiskussion in den Gesamtaufsichtsrat wäre insbesondere bei Großunternehmen **unpraktikabel**. Es lässt sich nicht mit der Arbeitsweise eines international besetzten zwanzigköpfigen Gremiums vereinbaren, Einzelfragen einzelner Anstellungsverträge sachbezogen zu diskutieren (unter Beachtung der Komplexität der heutigen Vergütungssysteme, der Bezugsparameter und Vergleichsmaßstäbe) oder wenigstens im schriftlichen Verfahren zu beschließen. Dessen Sitzungen würden über Gebühr mit Detailinformationen überfrachtet. Es bestünde die Gefahr, dass die vornehmliche Aufgabe des Aufsichtsrats, nämlich die Überwachung der Geschäftsführung, vernachlässigt wird. **Die Ausformulierung der einzelnen Anstellungsbedingungen sollte auch künftig einem arbeitsintensiven Personalausschuss überlassen werden können. Diese Zuständigkeitsverteilung sollte in die Begründung ausdrücklich aufgenommen werden.**

Falls der Gesetzgeber mit der Neuregelung nicht nur die Beschlussfassung über das Vergütungssystem und die wesentlichen Vertragsbestandteile in das Aufsichtsratsplenum anstrebt, sondern auch die Verhandlung und Entscheidung über einzelne Vertragsdetails in die Zuständigkeit des gesamten Aufsichtsratsplenums legen will, erscheint eine Überarbeitung des Anwendungsbereichs der geplanten Regelung geboten. Die der Regelung zugrundeliegende Diskussion betrifft im Grunde primär börsennotierte Gesellschaften mit hohem Streubesitz. Bei Familiengesellschaften und konzernabhängigen Gesellschaften bestehen aufgrund der völlig anderen Eigentümerstruktur regelmäßig effektivere Mechanismen zur Kontrolle und Begrenzung von Vorstandsgehältern. Bei inhabergeführten bzw. inhabergesteuerten Familiengesellschaften, die auch als GmbH über Aufsichtsräte verfügen können, diskutiert die (familiäre) Gesellschafterebene – im Gegensatz zu Publikumsgesellschaften – unmittelbar mit. Bei konzernabhängigen Gesellschaften ist es häufig vom Zufall abhängig, ob ein Konzernunternehmen als Stammhaus organisiert ist oder als Tochtergesellschaften eigenständige

Vorstände hat, die unter die Regelungen des Aktiengesetzes fallen. Im Ergebnis wären die Organmitglieder von Tochterunternehmen in einer anderen Struktur Mitarbeiter der Gesellschaft unterhalb des Vorstands, für die die Regeln des § 87 AktG ohnehin nicht gelten. Schließlich ist von einem Kaskadeneffekt auszugehen: Wird das Gehalt des Vorstands der börsennotierten Konzernobergesellschaft nach den neuen Vorgaben des § 87 AktG gestaltet, dürfte diese Regelung automatisch auch auf die nachgeordneten Unternehmen übertragen werden.

6. Haftung des Aufsichtsrates, § 116 AktG-E

Die Regelungen des deutschen Rechts zur Haftung von Aufsichtsräten gehören zu den strengsten der Welt. Bereits heute sind Aufsichtsratsmitglieder im Fall einer Verletzung ihrer Sorgfaltspflichten und Verantwortlichkeiten in unbeschränkter Höhe schadensersatzpflichtig – dazu gehört unter anderem auch die unangemessene Festlegung von Gehältern. **Es besteht daher kein Bedarf für eine Verschärfung oder Klarstellung der Haftungsregelung.**

Bei der jetzt gewählten Formulierung ist zudem **systematisch unklar**, ob für die Entscheidungen des Aufsichtsrats über die Vergütungshöhe die Verweisungskette der §§ 116 Satz 1, 93 Abs. 1 Satz 2 AktG gilt, mit der die Business Judgement Rule für die unternehmerischen Entscheidungen des Aufsichtsrats für entsprechend anwendbar erklärt wird. Dies sollte der Fall sein, denn **auch für die Entscheidungen des Aufsichtsrats über die Vergütungshöhe muss es bei einem unantastbaren Entscheidungsspielraum des Aufsichtsrats bleiben**, zumal es nach der Gesetzesbegründung nicht um eine Haftungsverschärfung geht, sondern um eine Schärfung des Bewusstseins der Aufsichtsratsmitglieder für bestehende Haftungsrisiken.

Wir begrüßen den Verzicht auf die die Einführung eines Mindestschadensersatzes. Die Einführung eines Mindestschadensersatzes hätte als Signal für die Einführung eines sog. Strafschadensersatzes verstanden werden können (vgl. BDI/BDA/DAI-Stellungnahme zum VorstAG vom 22. April 2009).

7. Votum der Hauptversammlung über das Vergütungssystem bei börsennotierten Gesellschaften, § 120 Abs. 4 AktG-E

Eine ausdrückliche gesetzlich vorgesehene Befassung der Hauptversammlung mit dem Vergütungssystem lehnen wir ab. Sie würde zu emotionalen und uferlosen Debatten in den ohnehin über viele Stunden dauernden Hauptversammlungen führen. Diese zeitliche Ausdehnung stünde konträr zu dem Ziel des UMAG und des Kodex, die Dauer von Hauptversammlungen auf vier bis sechs Stunden zu begrenzen.

Eine Befassung der Hauptversammlung mit Vergütungsfragen des Vorstandes würde zudem der bisherigen gesetzlichen **Aufgabenteilung zwischen Aufsichtsrat und Hauptversammlung widersprechen**. Das deutsche Aktienrecht hat bewusst den direkten Einfluss der Anteilseigner auf die Unter-

nehmensverwaltung beschränkt. Der Grund liegt insbesondere bei Publikumsgesellschaften mit einer Vielzahl von Aktionären darin, dass die Hauptversammlung – mit einigen Ausnahmen – kein geeignetes Forum für einzelne Unternehmensentscheidungen ist (vgl. § 119 Abs. 2 AktG). Das gilt auch für Fragen der Vergütung. Die Interessen der Aktionäre werden vielmehr auch in Vergütungsfragen vom Aufsichtsrat vertreten, der mit Blick auf seinen Sachverstand gegenüber der Hauptversammlung das bessere Entscheidungsorgan ist. Hinzu kommt im dualistischen System die Trennung zwischen Aufsichtsrat und Vorstand, die für die notwendige Unabhängigkeit des Aufsichtsrats bei seiner Vergütungsentscheidung sorgt. Anders als im angelsächsischen Rechtsraum mit dem monistischen System, das eine solche strikte Trennung zwischen Leitungs- und Kontrollorgan nicht kennt, fehlt es in Deutschland bereits an dem Bedürfnis nach einer zusätzlichen Mitwirkungsinstanz auf Aktionärebene.

Die Hauptversammlung kann zudem bereits nach geltendem Recht die Vergütungspolitik im Rahmen der Entlastung des Vorstands und des Aufsichtsrats zum Gegenstand der Diskussion machen. Die Aktionäre bleiben nicht im Ungewissen über die Vergütungsentscheidungen des Aufsichtsrats: § 285 Abs. 9 a) und b) HGB schreibt die Offenlegung der Vorstandsbezüge vor. Diese Bestimmung wird durch Ziffer 4.2.5 des Kodex ergänzt, der die Offenlegung in einem Vergütungsbericht empfiehlt, der als Teil des Corporate Governance Berichts auch das Vergütungssystem für die Vorstandsmitglieder in allgemein verständlicher Form erläutern soll. Für eine ausreichende Kontrollmöglichkeit der Hauptversammlung hinsichtlich der Vergütungspolitik ist daher gesorgt.

Falls der Gesetzgeber an der geplanten Regelung festhalten will, bitten wir um Klarstellung im Gesetzeswortlaut, dass keine Verpflichtung der Verwaltung besteht, einen entsprechenden Beschluss der Hauptversammlung herbeizuführen. Es ist unseres Erachtens nicht ausreichend, dies nur in die Gesetzesbegründung aufzunehmen.

8. Wartezeiten für Aktienoptionsprogramme, § 193 AktG-E

Es ist wichtig, dass Aktienoptionen wie auch andere erfolgsabhängige Vergütungsbestandteile nicht per se verboten oder eingeschränkt werden. Aktienoptionsprogramme müssen so gestaltet sein, dass die definierten Ziele erreichbar, aber auch ambitioniert genug sind, um Vorstände zu erfolgreichem Handeln zu motivieren. Wir sehen die geplante Verlängerung der Wartezeiten für Aktienoptionsprogramme von zwei auf vier Jahre als akzeptabel an. Als ein wesentliches Element langfristiger erfolgsorientierter Vergütung mit Verhaltensanreiz sind Aktienbeteiligungen sinnvoll, solange diese ein ausgewogenes Verhältnis von Risiko und Chance bieten und nicht kurzfristige Zufallserträge begünstigen.

Die Vier-Jahresfrist sollte jedoch nicht – wie dies in der Begründung zum Ausdruck kommt – zum (einzigen) Auslegungskriterium für den Langfristcharakter von Verhaltensanreizen gemacht werden. Die konkrete Ausgestaltung anderer langfristiger Vergütungselemente sollte außerhalb des Sonderfalls der Aktienoptionen nicht durch gesetzliche Vorgaben eingeschränkt

werden, sondern ein Gestaltungsmittel des Aufsichtsrats bleiben. Der letzte Satz in der Begründung zur Änderung des § 87 Abs. 1 AktG-E, auf den die Begründung zur Änderung des § 193 AktG-E verweist, sollte daher gestrichen werden.

9. Offenlegung der Vergütung, §§ 285 Nr. 9a, 314 HGB-E

Mit der Offenlegung will der Gesetzgeber im Ergebnis eine Begrenzung der Bezüge erreichen. Das Eintreten dieser Wirkung bei der Ausweitung der Offenlegung ist jedoch zu bezweifeln. Bereits aufgrund der bisher gesetzlich vorgeschriebenen Offenlegung der Bezüge konnte in den vergangenen Jahren eine Angleichung der Vergütung nach oben beobachtet werden. Aus einem noch unveröffentlichten Gutachten, das im Auftrag des Bundesarbeitsministeriums erstellt wurde (FAZ vom 25.2.09 „Weshalb die Manager immer mehr Geld erhalten“), geht hervor, dass aufgrund der Transparenzregelungen Unternehmen ihre Gehaltsmuster mit anderen Unternehmen vergleichen und sich dadurch Gehaltssprünge fortpflanzen.

Es ist nicht einsichtig, warum für den Fall der regulären Beendigung der Tätigkeit eines Vorstandsmitglieds neben der verbalen Leistungsbeschreibung eine doppelte Offenlegung (Barwert und aufgewandter / zurückgestellter Betrag) erfolgen soll. **Die Angabe des "Barwerts" von Leistungszusagen an Vorstandsmitglieder für den Fall der regulären Beendigung ihrer Tätigkeit sollte gestrichen werden.** Bei den in der Praxis üblichen beitragsorientierten Versorgungssystemen wird der jeweilige Beitrag jährlich neu vereinbart. Für die Ermittlung des Barwertes wäre es jedoch nötig zu wissen, in welcher Höhe künftige Versorgungsleistungen mit dem Vorstandsmitglied vereinbart wurden. Mithin würde der Gesetzentwurf eine "Vorab-Festlegung" bestimmter künftiger Zahlungen voraussetzen. Dies steht aber im Widerspruch mit dem Gesetzeszweck, flexibel Zusagen an künftige Lagen anpassen zu können. Ferner gehört zu einer Barwertermittlung neben der Annahme der künftigen Zahlungsreihe als zweite Komponente auch ein Zinssatz. Wie dieser Zinssatz zu wählen ist, wird im Entwurf nicht thematisiert, so dass die Vergleichbarkeit solcher Angaben bezweifelt werden muss.

Auf die **Angabe der künftigen Büro- und Dienstwagenkosten** sollte aufgrund einer Kosten-/Nutzenabwägung **verzichtet** werden. Diese von der Begründung ausdrücklich genannten Kosten sowie deren Abzinsung können zwar ermittelt werden. Ein Zusatznutzen solcher Informationen für einen Investor, an den sich die Offenlegung richtet, erscheint jedoch angesichts der zu erwartenden Größenordnung äußerst fraglich.