

Rechtsanwalt
Dr. Peter Hemeling
Chefsyndikus

Königinstr. 28
80802 München

An den Rechtsausschuss des
Deutschen Bundestages
Platz der Republik 1
11011 Berlin

Nur per e-mail: Rechtsausschuss@bundestag.de

München, 4. Juni 2013

**Sachverständigenanhörung am 5. Juni 2013 zum Entwurf eines Gesetzes zur
Änderung des Aktiengesetzes (Aktienrechtsnovelle 2012)**
Geschäftszeichen: PA 6 – 5410-2.2

Sehr geehrte Damen und Herren,

ich bedanke mich für die Einladung zu o.g. Anhörung. Angesichts der Kurzfristigkeit beschränke ich die schriftliche Stellungnahme auf wenige für die Unternehmenspraxis relevante Hinweise insbesondere zur vorgeschlagenen Änderung des § 120 Abs. 4 AktG:

I. § 120 Abs. 4 AktG-E

1. Regelungsbedarf

Der Vorschlag zur Neufassung des § 120 Abs. 4 AktG wurde kurzfristig nach dem Volksentscheid in der Schweiz als Änderungsantrag zum Gesetzentwurf eingebracht. Ungeachtet der unstreitigen gesellschaftspolitischen Bedeutung der Vergütungsthemen ist aus folgenden Gründen ein aktuelles Regelungsbedürfnis kritisch zu hinterfragen:

- In den letzten Jahren wurden mit den strikten Transparenzregeln, der Neufassung des § 87 AktG, der Say on Pay-Regelung des § 120 Abs. 4 AktG und den zahlreichen Empfehlungen des Deutschen Corporate Governance Kodex vielfältige Regeln zu den Vorstandsbezügen eingeführt. Neben dem jeweiligen Umsetzungsaufwand droht eine Bürokratisierung im Vergütungsbereich, die im Ergebnis dem rechtspolitischen

Anliegen nicht dient. Vor zusätzlicher Regulierung sollte daher hinreichend Zeit gegeben werden, die bereits eingeführten Vorgaben wirken zu lassen.

- Die Vergütungsdiskussion hat unverkennbar zu einer verstärkten Reflexion der Bezügethemen in den Unternehmen geführt. Die öffentliche Diskussion und der Dialog zwischen Politik und Wirtschaft erscheinen auch geeigneter als zusätzliche formale Anforderungen, zu einem Konsens über die Angemessenheit von Vorstandsbezügen zu gelangen.
- Der Deutsche Corporate Governance Kodex hat in diesem Zusammenhang eine wichtige Rolle gespielt. Beispielhaft sei die Einführung der Obergrenze für Abfindungen genannt. Die Regierungskommission hat jüngst fünf zusätzliche Empfehlungen zur Vorstandsvergütung verabschiedet, darunter auch die Festlegung betragsmäßiger Höchstgrenzen für die Vergütung. Mit der vorgeschlagenen Neufassung des § 120 Abs. 4 AktG werden diese Empfehlungen zum Teil hinfällig bzw. überholt. Dies wird die aufkommenden Zweifel an der Zukunft des Deutschen Corporate Governance Kodex verstärken.
- In der Gesetzesbegründung wird auf Pläne der Europäischen Kommission für eine einheitliche Regelung zur Einbindung der Hauptversammlung betreffend die Vergütungspolitik hingewiesen. Mit dem vorliegenden Gesetzesvorschlag wird die im Einzelnen nicht absehbare europäische Entwicklung vorweg genommen. Für die Unternehmenspraxis bedeutet dies, dass nach einem Inkrafttreten des § 120 Abs. 4 AktG-E mit weiteren kurzfristigen Änderungen zu rechnen ist.
- In jüngerer Zeit bezog sich die Kritik an der Höhe für Vorstandsbezüge auf wenige Einzelfälle. Von einer gesetzlichen Neuregelung sind hingegen rund 1.100 börsennotierte Unternehmen betroffen.

In diesem Zusammenhang sei darauf hingewiesen, dass das mit dem § 120 Abs. 4 AktG-E bezweckte Ergebnis auch mit dem mildereren Mittel eines zwingenden, aber rechtlich unverbindlichen Say on Pay erreicht werden könnte. Hierzu wäre im geltenden § 120 Abs. 4 Satz 1 AktG lediglich das „kann über die Billigung beschließen ...“ durch ein „hat über die Billigung ... zu beschließen“ zu ersetzen. Eine verbindliche Festlegung von Höchstbeträgen

könnte ebenfalls unschwer durch eine geringfügige Anpassung des geltenden § 87 Abs. 1 Satz 3 2. Halbsatz AktG erreicht werden, in dem diese Soll-Bestimmung etwa wie folgt in eine Muss-Bestimmung geändert wird: „Für die variablen Vergütungsbestandteile hat der Aufsichtsrat Höchstbeträge zu vereinbaren“.

Eine zwingende, aber unverbindliche Say on Pay-Regelung vermeidet den Eingriff in die aktienrechtliche Systematik und Kompetenzordnung und damit im Wesentlichen die nachstehend beschriebenen Schwierigkeiten. Faktisch hat das Votum der Hauptversammlung aber die gleiche Wirkung.

2. Regelungsinhalt

§ 120 Abs. 4 AktG-E transferiert die geltende Regelung eines freiwilligen und unverbindlichen „Say on Pay“ zu einem zwingenden und bindenden Zustimmungsvorbehalt der Hauptversammlung. Nach den Erfahrungen weniger Jahre mit der erstmals in der HV-Saison 2010 praktizierten Regelung des geltenden § 120 Abs. 4 AktG sind für die Unternehmenspraxis im Regelfall keine nennenswerten Schwierigkeiten zu erwarten. Es darf aber nicht verkannt werden, dass die mit der Neuregelung verbundene Kompetenzverlagerung in Ausnahmesituationen dazu führen kann, dass der Aufsichtsrat entgegen seiner Überzeugung an der Bestellung eines neuen Vorstandsmitglieds gehindert wird, weil der für notwendig gehaltene Vergütungsrahmen von der Hauptversammlung nicht gebilligt wurde. Ursächlich könnte hierfür z. B. eine Emotionalisierung etwa nach einem Dividendenausfall oder eine Zufallsmehrheit aufgrund bedrohlich niedriger HV-Präsenzen (bei zahlreichen großen DAX-Unternehmen lag die diesjährige HV-Präsenz deutlich unter 30%!) sein.

Praktisch unschöne Verwerfungen können sich generell ergeben, wenn – wie vorgesehen – über ein und dasselbe (unveränderte) Vergütungssystem eine jährliche Zustimmung der Hauptversammlung notwendig ist. Erfolgt etwa eine Vorstandsbestellung zum 1. Januar auf Basis eines im Vorjahr gebilligten Vergütungssystems, das im Frühjahr nach der Bestellung von der Hauptversammlung abgelehnt wird, wären an das betreffende Vorstandsmitglied für fünf Geschäftsjahre Bezüge zu zahlen und im Vergütungsbericht auszuweisen, die von den Anteilseignern abgelehnt worden sind.

Ferner könnte der Aufsichtsrat nach Ablehnung eines zuvor gebilligten Vergütungssystems zumindest bis zur nächsten ordentlichen Hauptversammlung Neubestellungen nur mit einer unter Vorbehalt stehenden Vergütungszusage machen, was die Kandidatensuche entsprechend erschweren würde bzw. im Gegenzug ein kurzfristiges Kündigungsrecht des neu bestellten Vorstandsmitglieds zur Folge hätte.

In verschiedenen Stellungnahmen wird daher vorgeschlagen, den Zustimmungsvorbehalt auf neue sowie geänderte Vergütungssysteme zu beschränken. Auch zur Vermeidung von Abnutzungseffekten und einer Überfrachtung der Hauptversammlung durch jährliche Wiederholungen ist diesem Vorschlag zuzustimmen. Hilfsweise sollte die Beschlussfassung zu einem unverändert bleibenden Vergütungssystem maximal alle drei Jahre erfolgen.

In verschiedenen Stellungnahmen wird darauf hingewiesen, dass nicht hinreichend klar sei, was im Einzelnen zum „System“ der Vorstandsvergütung zählt. Die Gesetzesbegründung enthält hierzu einige Hinweise. Unsicherheiten könnten in Bezug auf die Zielsetzungen für die variable Vergütung entstehen. Die Zielerreichung und damit die konkrete Höhe der variablen Vergütung wird auch nach dem Gesetzesvorschlag weiterhin ausschließlich vom Aufsichtsrat festgelegt. Eine Darstellung der Zielsetzungen sollte sich daher auf die Grundsätze (Zielsetzungssystem) beschränken und nicht die individuellen Zielsetzungen für die einzelnen Vorstandsmitglieder umfassen.

§ 120 Abs. 4 AktG-E schreibt Angaben zu den höchstens erreichbaren Vergütungen vor. Nach der Begründung ist unter Einbeziehung aller Vergütungsbestandteile ein Eurobetrag für die maximale Gesamtvergütung zu nennen und hierfür eine Modellrechnung erforderlich. Offen bleibt dabei, mit welchem Ansatz eine aktienbezogene Vergütung und Zusagen zur Altersversorgung in die Berechnung einfließen sollen. Bei der aktienbezogenen Vergütung kann es dabei nur auf den Wert der Aktien im Zeitpunkt der Einräumung und nicht auf den unvorhersehbaren Aktienkurs nach Ablauf einer mehrjährigen Sperrfrist ankommen. Bei der Altersversorgung hängt die Darstellung vom jeweiligen Pensionssystem ab und kann schwerlich nach einem einheitlichen System mit einem festen Eurobetrag in die laufende Vergütung eingerechnet werden. In jedem Fall ist zu vermeiden, dass der § 120 Abs. 4 AktG-E eine andere Darstellung erfordert als die jüngst verabschiedeten Empfehlungen der Regierungskommission.

Die Begründung zu § 120 Abs. 4 AktG-E enthält einige wesentliche Konkretisierungen, auf die insbesondere die Stellungnahme des Deutschen Anwaltsvereins näher eingeht. Wegen der praktischen Relevanz hervorzuheben ist die Aussage in der Gesetzesbegründung, in der Hauptversammlung sollte eine „gegliederte Beschlussfassung“ zum Vergütungssystem einerseits und zur maximal erreichbaren Vergütung andererseits erfolgen. Dieser Hinweis kann nur dahingehend verstanden werden, dass zwei separate Beschlüsse herbeigeführt werden sollen. Hiervon ist dringend abzuraten. Zum einen ist die Vergütungshöhe integraler Bestandteil des Vergütungssystems, das der Aufsichtsrat zur Zustimmung vorschlägt. Wird die Zustimmung verweigert, werden die Gründe für den Aufsichtsrat in der Aussprache der Hauptversammlung deutlich werden. Eine Auftrennung in zwei Beschlussteile könnte auch dazu führen, dass Jahr für Jahr die Vergütungsdebatte neu geführt wird, was auf Dauer weder im Interesse des Unternehmens noch der Allgemeinheit liegen dürfte. Sollte sich der Gesetzgeber gleichwohl für getrennte Beschlüsse entscheiden, wäre dies im Gesetzestext zu regeln. Der jetzige Hinweis in der Begründung verursacht hingegen nur Unsicherheit.

II. Weitere Regelungen der Aktienrechtsnovelle

Aus dem ursprünglichen Gesetzesentwurf der Bundesregierung werden die Vorschläge zur Zulassung von nicht nachzahlbaren Vorzugsaktien (§§ 139 Abs. 1; 140 Abs. 2 AktG-E), die Regelung der so genannten umgekehrten Wandelschuldverschreibung (§ 192 AktG-E) sowie die zeitliche Beschränkung der Nichtigkeitsklage (§ 249 Abs. 3 AktG-E) von Seiten der Unternehmenspraxis begrüßt.

Zur vorgesehen Änderung des § 192 Abs. 3 AktG erscheint jedoch eine Ergänzung angebracht. Nach dem Gesetzesentwurf wird nur auf den Krisenfall der drohenden Zahlungsunfähigkeit, nicht aber auf eine drohende Überschuldung abgestellt. Da eine Wandlung der Schuldverschreibung in Aktien dem Unternehmen unmittelbar keine liquiden Mittel zuführt, jedoch die Verschuldung reduziert, ist das Mittel der umgekehrten Wandelanleihe zur Abwendung einer drohenden Überschuldung wirksamer als zur Vermeidung einer Zahlungsunfähigkeit. Der künftige § 192 Abs. 3 Satz 2 sollte daher wie folgt lauten:

„Satz 1 gilt nicht für eine bedingte Kapitalerhöhung nach Abs. 2 Nr. 1, die nur zu dem Zweck beschlossen wird, der Gesellschaft die Erfüllung eines Umtausches zu

ermöglichen, zu dem sie für den Fall ihrer drohenden Zahlungsunfähigkeit *oder zum Zweck der Abwendung einer Überschuldung* berechtigt ist.“

Im Übrigen empfiehlt sich eine Klarstellung in der Gesetzesbegründung, dass ein bedingtes Kapital, das nur in der Krise genutzt werden kann, nicht auf die 50%-Begrenzung des § 192 Abs. 3 Satz 1 AktG angerechnet wird.

III. Weiterer Änderungsbedarf im Unternehmensrecht

Aus Sicht der Praxis ist sehr zu bedauern, dass die im Vorfeld intensiv diskutierten Änderungen zum SpruchG und zum UmwG aus dem Gesetzesvorhaben herausgenommen worden sind. In zahlreichen größeren Spruchverfahren ist nach zum Teil deutlich mehr als 10 Jahren Verfahrensdauer noch keine erstinstanzliche Entscheidung ergangen. Es bedarf keiner weiteren Kommentierung, dass dieser Zustand für einen funktionierenden Rechtsstaat nicht tragbar ist.

Ein dringender Handlungsbedarf besteht auch in Hinblick auf die drastisch gesunkenen Präsenzen in den Hauptversammlungen von Namensaktien-Emittenten. Der Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft e.V. hatte hierzu in seiner Stellungnahme zum Referentenentwurf die Einführung eines Bestandsstichtags (Record Date) entsprechend der Regelung bei Inhaberaktien vorgeschlagen. Ein solcher einheitlicher Bestandsstichtag verbessert die Voraussetzungen für eine Vertretung des in den letzten Jahren deutlich gestiegenen ausländischen Aktienbestands.

Weiteres Anliegen der Praxis betrifft die Anfechtungsproblematik bei der Entsprechenserklärung nach § 161 AktG.

Mit freundlichen Grüßen



Dr. Peter Hemeling

Rechtsanwalt