

Professor Dr. Jens Koch • Institut für Handels- und Wirtschaftsrecht
Adenauerallee 24 – 42 • 53113 Bonn

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

Professor Dr. Jens Koch
Direktor des Instituts für
Handels- und Wirtschaftsrecht

53113 Bonn
Adenauerallee 24 - 42
Tel.: 0228/73-91 12
Fax: 0228/73-91 11
jens.koch@jura.uni-bonn.de

31. Mai 2013

Stellungnahme zur Aktienrechtsnovelle 2013 und Änderungsanträgen

I. Änderungen zur Namensaktie (Art. 1 Nr. 1 und 4, Art. 2 RegE)

Die Änderungen zur Namensaktie sind grundsätzlich zu begrüßen. Zwar wird weiterhin bezweifelt, ob die Neufassung einen Beitrag zur Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismus leisten kann, doch lässt sich die theoretische Eignung von Inhaberaktien zu diesen Zwecken kaum leugnen. Auch mit Blick auf die internationale Außenwirkung sollte man deshalb die Beanstandungen der FATF nicht vorschnell in Frage stellen; die Unternehmen werden durch die entschärfte Fassung des Regierungsentwurfs nicht mehr wesentlich belastet. Allerdings ist nicht zu verkennen, dass auch die angestrebte Reform dem Missbrauch nur eingeschränkt entgegenwirken kann, da zahlreiche Umgehungsmöglichkeiten bleiben. Sie folgen zunächst daraus, dass bestehende Gesellschaften von der Regelung ausgenommen sind. Hinzu kommt, dass die Registertransparenz lediglich eine Binnentransparenz in dem Sinne ist, dass der Vorstand einen Einblick in die Beteiligungsverhältnisse bekommt. Nach außen wird keine Transparenz hergestellt und auch die Ermittlungsbehörden erhalten nur unter den Voraussetzungen des § 94 StPO Zugriff auf die Daten. Schließlich wird der Nutzen weiter relativiert durch die fortbestehende Gestaltungsoption, über Treuhandverträge die Eigentumsverhältnisse selbst bei der Namensaktie zu verschleiern. Namentlich diese letztgenannte Entscheidung sollte (in einem späteren Reformanlauf) erneut zur rechtspolitischen Diskussion gestellt werden.

Hinsichtlich der Detailregelung ist § 26f Abs. 1 EGAktG zu beanstanden, der abweichend von herkömmlichen Usancen als Stichtag für die Geltung auf den Kabinettsbeschluss zum Regierungsentwurf abstellt. Damit soll der missbräuchlichen Vorratsgründung mit Inhaberaktien vorgebeugt werden. So plausibel diese Zielsetzung auch sein mag, so würde sie die Registerrichter doch dazu anhalten, ein noch nicht existierendes Gesetz anzuwenden, was mit Grundsätzen der Gewaltenteilung nicht zu vereinbaren ist. Will man an der Missbrauchsprophylaxe dennoch festhalten, so könnte sie nur in der Weise erfolgen, dass die Gründung einer solchen AG bis zum Inkrafttreten des Gesetzes zulässig bleibt, Gesellschaften, die erst nach dem Kabinettsbeschluss gegründet werden, aber insofern keinen Vertrauensschutz genießen, als sie innerhalb einer bestimmten Frist zur nachträglichen Umstellung auf Namensaktien verpflichtet werden. Alternativ sollte man in Erwägung ziehen, die Geltung des Gesetzes – wie üblich – an sein Inkrafttreten zu knüpfen. Verbleibende Schutzlücken könnten nur mit einer derart gesteigerten aktienrechtlichen Expertise ausgenutzt werden, dass das Missbrauchspotenzial minimal erscheint. Berücksichtigt man, dass das Gesetz an anderen Stellen erhebliche Schutzlücken eröffnet (s.o.), sollte man nicht gerade hier mit bedenklichen Gestaltungen nach Perfektion streben.

II. Änderungen zur Vorzugsaktie (Art. 1 Nr. 13 und 14 RegE)

Auch die Regelung zu den Vorzugsaktien ist grundsätzlich sinnvoll. Allerdings sollte in § 140 Abs. 3 AktG vor dem Wort „Vorzugsbetrag“ das Wort „nachzuzahlende“ eingesetzt werden, weil sonst der im letzten Halbsatz angesprochene Anspruch von vornherein nicht in Betracht kommt. Im Übrigen ist zu erwägen, ob der Anspruch in § 139 Abs. 1 S. 2 AktG präzisiert werden sollte. Nach derzeitiger Fassung geht man aufgrund der Nachzahlungspflicht davon aus, dass der Nachzahlungsanspruch inhaltlich dem Vorzugsanspruch entspricht. Er ist also ein höhenmäßig unbeschränkter, unbedingter und unbefristeter Anspruch mit derselben Priorität wie der Vorzug (*Hüffer* AktG, 10. Aufl., 2012, § 139 Rn. 10). Nach neuer Rechtslage kann aus der gänzlichen Ausschlussmöglichkeit nun aber a maiore ad minus die beliebige satzungsmäßige Ausgestaltung gefolgt werden (Beispiel: 6 % Vorzug, 3 % Nachzahlung – s. *Herrler* in *Grigoleit* AktG, 2013, § 139 Rn. 19). Eine solche Gestattung ist rechtspolitisch denkbar, führt aber zu weiterer Hypertrophie kautelarjuristischer Gestaltungsformen und erhöht die Informationsanforderungen an den potenziellen Aktionär. Will man das vermeiden, könnte eine an die bisherige Rechtslage anknüpfende Formulierung etwa lauten:

„Die Satzung kann die uneingeschränkte Nachzahlung des Vorzugs anordnen. Bedingung und Befristung des Nachzahlungsanspruchs sind nur zulässig, wenn mit Eingreifen der Beschränkung das Stimmrecht wiederauflebt.“

Der zweite Satz trägt dem Umstand Rechnung, dass bei Wiederaufleben des Stimmrechts ex nunc schon jetzt Bedingungen und Befristungen ausnahmsweise zugelassen werden.

III. Änderungen zur umgekehrten Wandelanleihe (Art. 1 Nr. 16 – 19 RegE)

Hinsichtlich der Regelungen zur umgekehrten Wandelanleihe ist der im Schrifttum geäußerten Kritik zuzustimmen, dass die Einbringung zum Nennwert die reale Kapitalaufbringung gefährdet (*Drygala*, WM 2011, 1637 ff.). Das muss nicht zwangsläufig zur Ablehnung der Reform führen, da es dem Gesetzgeber freisteht, diese Grundsätze zu durchbrechen, und er dies auch in anderen Zusammenhängen bereits getan hat (vgl. den Verzicht auf die Differenzhaftung beim debt-equity-swap [§ 254 IV InsO]). Er sollte dies aber im Wege einer bewussten Abwägungsentscheidung tun und sich die gegenläufigen Rechtsgüter klar vor Augen führen: Die insbesondere im Interesse der Gläubiger geschaffenen Regeln der realen Kapitalaufbringung werden – stärker als bislang – durch die Einführung der umgekehrten Wandelanleihen durchbrochen. Dafür wird der Gesellschaft eine flexible Finanzierungsform eröffnet, die ihr gerade in Krisensituationen wichtige Handlungsspielräume erschließen kann. Da von einer solchen Krisenprävention gerade auch die Gläubiger profitieren können, erscheint die im Regierungsentwurf gefundene Antwort auf diese Wertungsfrage plausibel. Im Übrigen sei angeregt, dem Ziel der Krisenprävention umfassend dadurch Rechnung zu tragen, dass in § 192 Abs. 3 S. 4 AktG neben der drohenden Zahlungsunfähigkeit auch der weitere Insolvenzgrund der drohenden Überschuldung aufgeführt wird. Schließlich ist zu erwägen, entsprechend § 7a Abs. 1 S. 3 FMStBG klarzustellen, dass ein nach § 192 Abs. 3 S. 3, 4 AktG bedingtes Kapital nicht auf die Höchstgrenze für sonstige bedingte Kapitalia anzurechnen ist, damit die Spielräume der AG nicht zu stark eingeschränkt werden (*Drinhausen/Keinath*, BB 2012, 395, 396).

IV. Änderungen zum Anfechtungsrecht (Art. 1 Nr. 20 RegE)

Im Kampf gegen missbräuchliche Anfechtungsklagen haben die Reformen des Beschlussmängelrechts Erfolg gezeitigt, doch hat seine dogmatische Geschlossenheit darunter gelitten. Auch das

vorliegende Gesetzeswerk soll erklärtermaßen noch nicht der große Wurf sein, der diese Defizite beseitigt. Diese legislative Zurückhaltung mag man kritisieren, doch nimmt man die derzeitige fehlende politische Bereitschaft zur umfassenden Reform hin, so bleibt allein zu prüfen, ob die Regelung als solche sinnvoll ist und dazu beitragen kann, Missstände des geltenden Beschlussmängelrechts auszuräumen. Diese Frage kann ohne weiteres bejaht werden. Das Missbrauchspotenzial liegt auf der Hand und ist von der Anfechtungspraxis bereits unter Beweis gestellt worden. Aus Klarstellungsgründen dürfte die Anregung des BDI sinnvoll sein, in § 246 Abs. 4 S. 1 AktG, auf den § 249 Abs. 3 AktG-E verweist, die Bekanntgabe des Termins zur mündlichen Verhandlung zu streichen. Es ist offensichtlich, dass dieses Erfordernis im Falle eines schriftlichen Vorverfahrens zu Problemen führt, die sich in § 249 Abs. 3 AktG-E fortsetzen könnten. Vor diesem Hintergrund bietet es sich an, insofern nicht „den großen Wurf“ abzuwarten, sondern entsprechend der Tendenz der Aktienrechtsnovelle 2013, evidente Defizite auszuräumen, auch hier Abhilfe zu schaffen.

V. Änderungen für Aktiengesellschaften mit Beteiligung von Gebietskörperschaften (Art. 1 Nr. 21 f. RegE)

Hinsichtlich der Änderung des § 394 AktG ist die zum Teil geäußerte Kritik aufzugreifen, die Neuregelung führe zu erheblicher Intransparenz (Stichwort: mündlicher Handschlagvertrag). Diese Kritik ist zutreffend, setzt aber zu spät an. Das Problem der Intransparenz findet seinen Ursprung an anderer Stelle, nämlich in dem Umstand, dass sich in vielen Fällen weder die Aufsichtsratsmitglieder noch die Geschäftsleitungen darüber im Klaren sind, ob das Regelungsregime des § 394 AktG überhaupt einschlägig ist. Diese Unsicherheit rührt daher, dass die zentrale Voraussetzung ausgesprochen schwammig formuliert ist. Die Befreiung von der Verschwiegenheitspflicht greift ein für Aufsichtsratsmitglieder, die „auf Veranlassung einer Gebietskörperschaft in den Aufsichtsrat gewählt oder entsandt worden sind“. Während die Veranlassung im Entsendungsfall ohne weiteres nachvollzogen werden kann, bereitet ihre Feststellung bei Wahlen große Probleme (ausführlich zum Folgenden *J. Koch*, *VerwArch* 2011, 1 ff. mwN). Im Schrifttum hat sich die Formel einer „entscheidungsspezifischen Kausalität“ durchgesetzt, die bei unmittelbarer Beteiligung einer mehrheitlich beteiligten Körperschaft noch unproblematisch angenommen werden kann. Deutlich schwieriger ist diese Feststellung bei Minderheitsbeteiligungen. Hier behilft man sich mit „Vermutungen“, die aber widerlegt werden können und so zur Rechtsunsicherheit beitragen. Gänzlich ungesichert ist die Rechtslage bei mittelbaren Beteiligungen, namentlich unter Einbeziehung einer AG, bei der die fehlende Weisungsbindung des Vorstands die Einflusskette durchbricht. Hier nimmt die herrschende Meinung auch für Tochter- und Enkelgesellschaften eine Veranlassung im Falle einer „gewichtigen Beteiligung“ an, wobei sich die Grenzen nicht trennscharf formulieren lassen und Rechtsunsicherheit provozieren.

Besonders anschaulich tritt diese Unsicherheit in den Änderungsvorschlägen des Bundesrats und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN zutage: Die hier vorgeschlagene Erstreckung des § 394 AktG auf mittelbare Beteiligungen (§ 394 II Nr. 2 AktG-E) entspricht nämlich schon heute der ganz herrschenden Meinung (vgl. etwa *Hüffer* AktG, 10. Aufl., 2012, § 394 Rn. 35), so dass es einer Änderung nicht bedarf. Vielmehr würde die vorgeschlagene Neufassung die Position der Gebietskörperschaft sogar verschlechtern, da der Begriff der Veranlassung überwiegend sogar noch weiter gezogen wird. Wichtig ist es aber, diese Folge für alle Beteiligten klarzustellen. Die ansonsten bestehende Unsicherheit ist insbesondere für das betroffene Aufsichtsratsmitglied selbst gravierend, da an eine Pflichtverletzung zivil-, disziplinar- und sogar strafrechtliche Sanktionen geknüpft sind. Wenn der Gesetzgeber sich nunmehr entschließt, § 394 AktG zu modifizieren, dann sollte die Gelegenheit genutzt werden, um auch dieser für Mitglieder der öffentlichen Verwaltung bedrohlichen rechtlichen Ungewissheit abzuhelpen. Eine Lösung könnte etwa darin bestehen, die Veranlassung der Gebietskörperschaft in den Wahlvorschlag aufzunehmen oder sie – im Falle des § 121

Abs. 6 AktG (Vollversammlung) – im Protokoll nach § 130 Abs. 1 AktG festzuhalten. Eine allein im Innenverhältnis verbleibende rechtsgeschäftliche Regelung genügt hingegen nicht, und zwar weder hinsichtlich der Veranlassung als solcher noch hinsichtlich der Berichtspflicht.

Der weitergehende Antrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, die Verschwiegenheitspflicht noch weiter aufzulockern und die Öffentlichkeit der Sitzung satzungsmäßig vorzusehen, ist dagegen abzulehnen. Das Schrifttum hat die Streichung der entsprechenden Passage im Referentenentwurf zu Recht nahezu einhellig begrüßt. Ein noch größeres Maß an Öffentlichkeit würde die Bereitschaft zur offenen Diskussion im Aufsichtsrat beeinträchtigen und damit seine Funktionsfähigkeit schwächen. Die zahlreichen Bemühungen um eine verbesserte Corporate Governance würden damit konterkariert und eine wirksame Überwachung des Vorstandshandelns erschwert.

VI. Ergänzende Änderungsvorschläge zur Vorstandsvergütung und rechtspolitische Alternativen

1. Zustimmung der Hauptversammlung

a) Allgemein

Ob im Bereich der Vorstandsvergütung kurz nach dem Erlass des VorstAG von 2009 und einer Vielzahl flankierender (und gerade erst neu gefasster) Kodexregelungen überhaupt weiterer Änderungsbedarf besteht, kann mit Fug und Recht bezweifelt werden. Die bislang noch unverbindliche Billigung durch die Hauptversammlung wird fast durchgängig eingeholt und auch erteilt, was für eine professionelle und – aus der maßgeblichen Sicht der Aktionäre – angemessene Vergütungsgestaltung durch die Aufsichtsräte spricht. Trotz dieser Zweifel bleibt die Frage nach weiterem legislativen Handlungsbedarf eine politische Frage, die hier nur aufgeworfen, aber nicht beantwortet werden soll.

Soweit man diese Frage bejaht, erscheint der Vorschlag der Fraktionen der CDU/CSU und FDP insofern überzeugend, als es sich dabei um eine verhältnismäßig behutsame Fortentwicklung des bisherigen Systems handelt und nicht um eine Neuausrichtung. Das ist zu begrüßen, weil es zu verhindern gilt, dass der Rechtsverkehr sich angesichts einer zu kurzatmig-wechselhaften Gesetzgebung auf ständig neue Rahmenbedingungen einstellen muss, ohne dass die bisherigen Regeln ihre Wirkung entfalten konnten. Davon abgesehen ist es richtig, auch über weitergehende Verbesserungen nachzudenken, doch sollte dies im Dialog zwischen Gesetzgeber, Praxis und Wissenschaft so sorgfältig vorbereitet werden, wie es im Lichte der Tragweite des Gesetzgebungsvorhabens angemessen erscheint. Das ist hinsichtlich der zum Teil deutlich weitergehenden Vorschläge, etwa zur Verknüpfung der Vergütung mit unternehmensfremden Kennziffern oder zur Vorstands- und Kapitalmarktinformativhaftung, noch nicht geschehen (s. noch VI 3), weshalb ein Gesetzgebungsvorhaben, auf das die Praxis nun schon seit Jahren wartet, damit nicht noch auf den letzten Metern belastet werden sollte. Der Vorschlag der Fraktionen der CDU/CSU und FDP bleibt dagegen in den Bahnen des bisherigen Systems und ließe sich daher am ehesten in das späte Stadium der Aktienrechtsnovelle einfügen. Überdies knüpft er an einen älteren Vorschlag der Bundestagsfraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN vom 12.12.2007 an (BT-Drucks. 16/7530, S. 2 f.), was darauf hoffen lässt, dass der Änderungsantrag zumindest im Ansatz konsensfähig ist und die Novelle noch in dieser Legislaturperiode endlich verabschiedet werden kann. Auch inhaltlich ist er stimmig, weil er die Gesamtbezüge an das Votum des in erster Linie betroffenen wirtschaftlichen Eigentümers knüpft und ihm damit die denkbar überzeugendste Legitimation verleiht.

b) Systematische Verortung

Die systematische Verortung der Regelung in § 120 Abs. 4 AktG erscheint in der geplanten Neufassung nicht mehr gleichermaßen schlüssig wie noch in der alten Fassung, bei der sich die Einordnung in § 120 AktG aus der funktionalen Nähe des „Say on pay“ zur Entlastung erklärte. Diese Parallelität wurde darin gesehen, dass die fehlende Billigung keine Rechtsfolgen nach sich zog, sondern lediglich eine negative Öffentlichkeitswirkung (vgl. *Bosse*, BB 2009, 1650, 1653: „zusätzlicher Entlastungsbeschluss für den Aufsichtsrat“). Wird der Beschluss nun aber mit Rechtsfolgen „bewehrt“, so stellt sich die Frage, ob die Regelung dann nicht in § 87 AktG besser verortet wäre.

c) Detailgestaltung des neuen § 120 Abs. 4 AktG

aa) Sprachliche Präzisierungen

Zur Regelung selbst hat der Handelsrechtsausschuss des DAV einige sprachliche Präzisierungen vorgeschlagen, die allesamt nicht zwingend notwendig sind, aber doch als sinnvoll erscheinen, um einen einheitlichen Sprachgebrauch des Gesetzes sicherzustellen. Das gilt insbesondere für die Anregung, den Begriff der „Billigung“ durch den der „Zustimmung“ zu ersetzen, den des „vorgeschlagenen“ Systems durch den des „festzusetzenden“ Systems und den der „Vergütungen“ durch den der „Gesamtbezüge“. Auch die Einbeziehung des „Vorstandssprechers“ ist sinnvoll. Eine weitere Klarstellung sollte dahin gehen, dass der Vorschlag des Aufsichtsrats – wie bislang – nur in seiner Gesamtheit gebilligt oder verworfen werden kann, nicht aber in seinen Einzelregelungen. Die Detailgestaltung muss Aufgabe des Aufsichtsrats bleiben; auch Änderungsanträge müssen deshalb ausgeschlossen sein.

Während es bei den vorstehenden Vorschlägen in erster Linie um Fragen der formalen Stringenz und Vollständigkeit geht, kommt der weiteren Beanstandung des DAV-Handelsrechtsausschuss hinsichtlich des Begriffs „System zur Vergütung der Vorstandsmitglieder“ als Gegenstand der Berichtspflicht ein noch weitergehender sachlicher Gehalt zu. Die Kritik setzt bereits damit an, dass an keiner Stelle des Gesetzes ein solches „System“ überhaupt vorgeschrieben wird; es steht dem Aufsichtsrat vielmehr frei, die Vergütung für jedes Vorstandsmitglied individuell festzulegen. Auch die Vorgängernorm wies diese Unschärfe zwar schon auf, doch war das weniger gravierend, solange der Beschluss keine Rechtswirkungen entfaltete. Auch der Verweis auf § 289 Abs. 2 Nr. 5 HGB, in dem dieser Begriff ebenfalls genannt wird, hilft nur bedingt weiter, da auch dessen Auslegung mit Unsicherheiten behaftet ist (vgl. etwa *Thüsing*, ZIP 2005, 1389, 1394: „wenig aussagekräftig und schwächste Stelle des Gesetzes“). Es wäre deshalb hilfreich, wenn zumindest in der Regierungsbegründung deutlich klargestellt wird, welche Vergütungselemente von der Zustimmungspflicht erfasst sein sollen.

bb) Jährlicher Beschluss

Ebenfalls von größerer sachlicher Tragweite ist die Forderung des DAV, keinen jährlichen Beschluss zu verlangen, sondern das bereits gebilligte Vergütungssystem nur dann erneut zur Abstimmung zu stellen, wenn es abgeändert werden soll. In diesem Fall kann die hilfsweise geforderte Klarstellung hinsichtlich des Begriffs „jährlich“ unterbleiben. Diese Forderung ist zu unterstützen, weil gerade die Vergütungsdiskussion häufig mit großer Emotionalität geführt werden wird, die zu einer Verlängerung der Hauptversammlung beitragen kann. Damit werden die Bemühungen des Gesetzgebers um eine zeitliche Verkürzung konterkariert, was nur hingenommen werden sollte, wenn es zwingend erforderlich ist. Das ist aber nur dann anzunehmen, wenn die bereits eingeholte Legitimation nicht mehr trägt. Auf diesem Weg wird auch das Szenario gegenläufiger Beschlüsse

vermieden, die den Aufsichtsrat unterschiedlichen Handlungsvorgaben aussetzen und eine Kontinuität der Vergütungsstruktur erschweren könnten.

cc) Anfechtungsausschluss

Der Regierungsbegründung ist darin zuzustimmen, dass eine gerichtliche Inhaltskontrolle der Vorstandsbezüge nicht erfolgen sollte. Weniger selbstverständlich ist die weitergehende Forderung, das Anfechtungsrecht auch bei Verfahrensfehlern auszuschließen. Danach würden selbst Fehler bei der Stimmenauszählung oder Verletzungen des Rede- und Auskunftsrechts nicht zur Anfechtung berechtigen. Begründet hat der Gesetzgeber diesen weitgehenden Ausschluss ursprünglich damit, dass wegen der fehlenden rechtlichen Wirkungen des Beschlusses nicht ersichtlich sei, weshalb eine Anfechtungsmöglichkeit bestehen solle (Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 16/13433, S. 12). Diese Begründung geht ersichtlich ins Leere, wenn man die Zustimmung zu einem echten Hauptversammlungsrecht aufwertet, der darauf gerichtet ist, Eigentümerrechte zu stärken. Gerade wenn man mit dem Handelsrechtsausschuss des DAV davon ausgeht, dass der Beschluss nicht jährlich zu fassen ist, sondern nur bei Änderungen, erscheint es kaum vorstellbar, die Anfechtung des Beschlusses gänzlich auszuschließen mit der Folge, dass der rechtswidrige Zustand dauerhaft perpetuiert wird. Zwar ist es ein unbestreitbar wichtiges Anliegen, das zentrale Anstellungsverhältnis zum Vorstand nicht durch weite Anfechtungsmöglichkeiten mit einem Schwebezustand zu belasten, aber es bleibt doch zweifelhaft, ob diese Befürchtung einen vollständigen Ausschluss des Anfechtungsrechts rechtfertigen kann.

d) Folgeänderungen

Mit der Neufassung des § 120 Abs. 4 AktG sollte eine Folgeänderung des § 116 S. 3 AktG einhergehen. Für die dort angeordnete Haftung des Aufsichtsrats, der eine unangemessene Vergütung festsetzt, besteht kein Raum mehr, wenn die Hauptversammlung dem Vergütungssystem ausdrücklich zugestimmt hat (vgl. § 93 Abs. 4 S. 1 AktG). Die scharfe Haftung des Aufsichtsrats, die ohnehin mit zahlreichen Unwägbarkeiten belastet ist (vgl. dazu *Hüffer* in FS Hoffmann-Becking, 2013, S. 589 ff), ist nicht gerechtfertigt, wenn das Angemessenheitsurteil des Aufsichtsrats von der Hauptversammlung als Forum des wirtschaftlichen Eigentümers geteilt wird; es ist nicht einzusehen, warum ein Gericht diese Beurteilung sollte besser treffen können. In dem Änderungsantrag findet dieses Problem nur andeutungsweise Berücksichtigung, wenn dort der bislang in § 120 Abs. 4 AktG enthaltene Passus „insbesondere lässt er die Verpflichtung des Aufsichtsrats nach § 87 unberührt“ gestrichen wurde. Ob damit allerdings über § 116 S. 1 AktG die Haftungsbefreiung nach § 93 Abs. 4 S. 1 AktG gelten soll, ist ungewiss. Will der Gesetzgeber diese Ungewissheit klarstellend beseitigen, stellt sich in der legislativen Umsetzung das Problem, dass § 116 S. 3 AktG für jede Gesellschaft gilt, § 120 Abs. 4 AktG dagegen nur für die börsennotierte. Dieses Problem könnte dadurch gelöst werden, dass § 116 S. 3 AktG ausdrücklich auf die nichtbörsennotierte AG beschränkt oder ein Verweis auf § 93 Abs. 4 S. 1 AktG eingefügt wird. Auch eine vollständige Streichung des ohnehin wenig glücklichen § 116 S. 3 AktG sollte erwogen werden.

2. Alternativvorschläge

a) Allgemein

Auf die von den Bundestagsfraktionen der SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN vorgeschlagenen Alternativvorschläge kann hier aufgrund ihrer großen thematischen Spannweite nur verknappt eingegangen werden. Es handelt sich dabei um zum Teil sehr tiefgreifende Veränderungen, für die das eingangs geäußerte Petitum gilt, entsprechende Vorschläge zunächst zur Diskussion mit Wis-

senschaft und Praxis zu stellen. Das gilt insbesondere für eine Ausrichtung des Vorstandshandelns – sei es im Rahmen des § 76 oder des § 87 AktG – an über das Unternehmenswohl hinausgehende soziale oder ökologische Kennziffern (BT-Drucks. 17/13472, S. 2) oder eine Verschärfung der persönlichen Haftung von Vorstandsmitgliedern, insbesondere im Bereich der Kapitalmarktinformativhaftung (BT-Drucks. 17/13239, S. 2). Namentlich die in der Tat an mehreren Stellen unzureichende Organhaftung wird Gegenstand des 70. Deutschen Juristentags im Jahr 2014 sein und nach dieser grundlegenden Diskussion sollte eine Neuausrichtung mit größerem Sachverstand erörtert werden können.

b) Koppelung an Arbeitnehmereinkommen

Zu den speziell zur Vorstandsvergütung unterbreiteten Vorschlägen erscheint eine fixe Koppelung an das durchschnittliche Arbeitnehmereinkommen (BT-Drucks. 17/13239, S. 2) nicht sinnvoll. Ungeachtet des damit einhergehenden Eingriffs in die Privatautonomie und die Dispositionsfreiheit des wirtschaftlichen Eigentümers wohnt jeder kontrastierenden Gegenüberstellung mit anderen Vergleichsziffern eine tendenziöse Verzerrung inne, die einer sachlichen Festlegung der Vergütung schadet. So kann die Vergütung eines Vorstands in der Relation zu anderen Berufsgruppen ausgesprochen hoch, in Relation zum Umsatz oder Gewinn moderat erscheinen. Man sollte deshalb auf derartige Vergleiche in beide Richtungen verzichten. Im Übrigen wäre in diesem Fall auch eine Ungleichbehandlung gegenüber anderen Gesellschaftsformen, namentlich der GmbH, schlechterdings nicht mehr zu rechtfertigen.

c) Begrenzung des Betriebsausgabenabzugs

Zu den Vorschlägen, den Betriebsausgabenabzug zu beschränken, ist zunächst zu bemerken, dass sich ähnliche Regelungen in den USA finden, die dortigen Erfahrungen aber ernüchternd sind. Dem Vergütungsanstieg wurde kein Einhalt geboten, weil den Beteiligten zum Teil ein „contracting around“ gelungen ist oder die Unternehmen die steuerlichen Belastungen auf sich genommen haben. Die Regelungen werden deshalb ganz überwiegend kritisch beurteilt (vgl. *Hupka*, Das Vergütungsvotum der Hauptversammlung, 2012, S. 152 f. mwN), was als rechtsvergleichendes Datum in die Gesetzgebung einfließen sollte. Wollte man die Umsetzung dennoch weiter forcieren, müsste zumindest gewährleistet sein, dass eine solche Regelung – was in beiden Anträgen nicht klar ausgedrückt wird – nicht auf Vorstände beschränkt bleibt, sondern aus Gründen der Gleichbehandlung auf sämtliche Berufsgruppen (zB im Sport- oder Medienbereich) auszudehnen wäre. Selbst mit dieser Vorgabe würde eine starre Fixgrenze der Spannweite unternehmerischen Handelns allerdings kaum gerecht werden. So kann etwa in einer kleineren Gesellschaft eine Vergütung über 500.000 € deutlich überzogen sein, während sie bei einem international agierenden Großkonzern – auch im Vertikalverhältnis – durchaus angemessen sein mag.

Darüber hinaus könnte eine solche allgemein geltende Regelung zwar dem Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 3 GG genügen, bliebe aber doch dem Vorwurf ausgesetzt, im Steuersystem ein Fremdkörper zu sein. Bei der Vorstandsvergütung handelt es sich um betrieblich veranlasste Kosten und damit um Betriebsausgaben i.S.d. § 4 Abs. 4 EStG. Eine Beschränkung der Abzugsfähigkeit widerspricht deshalb dem objektiven Nettoprinzip des § 2 Abs. 2 EStG (im KStG anwendbar über § 8 I 1 KStG), wonach lediglich Reineinkünfte, also der Gewinn eines Steuerpflichtigen, der Besteuerung unterliegt (ausführlich dazu *Schwan*, Steuerliche Begrenzungsmöglichkeiten der Vergütung von Vorständen und Aufsichtsräten, 2012, S. 141 ff., 149). Dem kann zwar entgegengehalten werden, dass dieser Systembruch auch bei Aufsichtsratsvertretern hingenommen wird, deren Vergütung nach § 10 Nr. 4 KStG ebenfalls nur hälftig steuerlich absetzbar ist, doch beruhte diese (als wirtschaftliche Doppelbesteuerung ohnehin scharf kritisierte) Regelung historisch auf anderen

Erwägungen. Ursprünglich wurde sie eingeführt mit der Begründung, es handele sich um „ohne besondere Mühe erworbene Bezüge“ (RT-Drucks. 359 1905/1906, S. 3943), was auf das Aufsichtsratsmandat heutigen Zuschnitts sicher nicht mehr zutrifft und auf Vorstände noch weniger. Später wurde argumentiert, der Aufsichtsrat sei Aktionärsvertreter und die Vergütung daher zugleich eine Art verdeckte Gewinnausschüttung (vgl. die Darstellung des Diskussionsverlaufs bei *Seibert* in FS Hüffer, 2010, S. 955, 967 f.); auch dieses Argument kann auf den Vorstand nicht übertragen werden. Erwägenswert erscheint deshalb eher die Streichung des § 10 Nr. 4 KStG als eine Ausdehnung der steuerrechtlichen Diskriminierung auf die Vorstände.

VII. Weitere Änderungen

Von den sonstigen im Gesetzgebungsverfahren vorgebrachten Desiderata sollte es zumindest möglich sein, die Streichung des § 113 Abs. 3 AktG noch in die Novelle aufzunehmen (vgl. DAV-Handelsrechtsausschuss, NZG 2005, 774, 775; NZG 2011, 217, 222). Einer weiteren rechtspolitischen Diskussion bedarf es insofern nicht. Es ist anerkannt, dass nach der Streichung des § 86 AktG der Fortbestand des § 113 Abs. 3 AktG nur auf einem Redaktionsversehen beruht, das im Zuge dieses „Aktienrechtsbereinigungsgesetzes“ beseitigt werden könnte.

Im Übrigen erscheint es bedauerlich, dass die Änderungen zum SpruchG und UmwG von der Agenda genommen wurden, da es sich dabei um ein schon seit vielen Jahren von Wissenschaft und Praxis vorgebrachtes Anliegen handelt. Es wäre wünschenswert, wenn diese Diskussion zumindest in einem späteren Reformwerk wieder aufgenommen würde. Dasselbe gilt für eine grundlegende Reform des Anfechtungsrechts.