

Berlin, im April 2009
Stellungnahme Nr. 32/2009
abrufbar unter www.anwaltverein.de

Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins

durch den Handelsrechtsausschuss

zum

**Entwurf eines Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung
(VorstAG)**

Mitglieder des Ausschusses:

Prof. Dr. Michael Hoffmann-Becking (Vorsitzender und Berichterstatter)

Dr. Christian Decher

Dr. Hans Friedrich Gelhausen

Dr. Wilhelm Happ (Berichterstatter)

Dr. Peter Hemeling (Berichterstatter)

Dr. Georg Hohner

Dr. Hans-Christoph Ihrig (Berichterstatter)

Prof. Dr. Gerd Krieger (Berichterstatter)

Dr. Dr. h.c. Georg Maier-Reimer

Prof. Dr. Reinhard Marsch-Barner (Berichterstatter)

Dr. Welf Müller

Dr. Andreas Pentz

Prof. Dr. Arndt Raupach

Dr. Bodo Riegger

Prof. Dr. Johannes Semler (Berichterstatter)

Prof. Dr. Walter Sigle

Prof. Dr. Frank A. Schäfer

Dr. Martin Winter

Zuständiger DAV-Geschäftsführer:

Rechtsanwalt Jens Wagener

Verteiler:

- Bundesministerium der Justiz
- Bundesministerium der Finanzen
- Vorsitzender des Rechtsausschusses des Bundestages
- Kommission der Europäischen Gemeinschaften
- Vorstand und Geschäftsführung des Deutschen Anwaltvereins
- Landesgruppen und -verbände des DAV
- Vorsitzende der Gesetzgebungsausschüsse des DAV
- Vorsitzende der Arbeitsgemeinschaften des DAV
- Handelsrechtsausschuss des DAV
- Bundesrechtsanwaltskammer
- Bundesnotarkammer
- Deutscher Notarverein
- Institut der Wirtschaftsprüfer (IdW)
- Deutscher Richterbund
- Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin)
- Deutsche Schutzvereinigung für Wertpapierbesitz (DSW)
- Deutscher Steuerberaterverband
- Bundesverband der Deutschen Industrie (BDI)
- Deutscher Industrie- und Handelskammertag (DIHK)
- Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft
- Bundesverband Deutscher Banken
- Schutzgemeinschaft der Kapitalanleger e.V. (SdK) - Die Aktionärsvereinigung –
- Die Aktiengesellschaft
- GmbH-Rundschau
- NZG Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
- WM Wertpapiermitteilungen
- ZIP Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
- Börsenzeitung
- Handelsblatt
- Frankfurter Allgemeine Zeitung
- Financial Times Deutschland

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit derzeit ca. 67.000 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

- 1 Die Regierungsfractionen CDU/CSU und SPD haben am 17. März 2009 den Entwurf eines Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) im Bundestag eingebracht (BT-Drucks. 16/12278). Vorgegangen war eine „Formulierungshilfe“ der Bundesregierung vom 11. März 2009 für die Fraktionen der CDU/CSU und SPD für ein solches Gesetz. Nach den Plänen der Regierungskoalition soll das Gesetz noch in dieser Legislaturperiode verabschiedet werden.

- 2 Der Deutsche Anwaltverein nimmt zu dem Entwurf wie folgt Stellung:

Rechtspolitisch kann man darüber streiten, ob auf die verbreitete Kritik an überhöhten Managergehältern mit zusätzlichen aktienrechtlichen Vorschriften reagiert werden soll. Die Regierungskoalition hält dies für geboten und schlägt in ihrem Entwurf eine Reihe von Änderungen zum Aktiengesetz vor, die sowohl den materiellen Rahmen für die Bemessung der Vorstandsbezüge als auch die Zuständigkeit des Aufsichtsrats und die Haftung der Aufsichtsratsmitglieder für die Festlegung der Vorstandsbezüge und schließlich die Transparenz der Vorstandsvergütung betreffen. Der DAV enthält sich einer generellen Bewertung des Für und Wider eines solchen Gesetzesvorhabens und beschränkt sich auf die konkreten Aspekte der einzelnen Vorschläge des Entwurfs.

I. Zu Artikel 1: Änderung des Aktiengesetzes

1. Zu Nr. 1 Buchstabe a (§ 87 Abs. 1 AktG-E – Festsetzung der Vorstandsbezüge)

- 3 Nach der geltenden Gesetzesfassung müssen die Gesamtbezüge in einem angemessenen Verhältnis zu den Aufgaben des Vorstandsmitglieds und zur Lage der Gesellschaft stehen. Der Entwurf will als weitere Vergütungskriterien die „Leistungen“ des Vorstandsmitglieds und die „übliche Vergütung“ nennen. Das sind auch heute schon anerkannte Bemessungskriterien, aber sie sind bei weitem nicht erschöpfend. Rechtsprechung und Literatur nennen viele weitere Kriterien, wie etwa die Qualifikation, den Marktwert, die konkrete Verhandlungslage, die Dauer der Zugehörigkeit zur Gesellschaft, familiäre Verhältnisse usw. Schon das erweckt Zweifel daran, ob es sinnvoll ist, die Gesetzesfassung um zwei weitere Vergütungskriterien von vielen zu ergänzen.

- 4 Das Kriterium der „üblichen Vergütung“ sollte nicht in das Gesetz aufgenommen werden, weil es nicht nur – wie die Entwurfsbegründung deutlich zeigt – sehr unscharf ist, sondern vor allem eher in die falsche und von den Entwurfsverfassern offensichtlich nicht gewollte Richtung führt. Der Blick auf die übliche Vergütung kann sinnvoll sein, um für Vergütungen, die das Übliche überschreiten, eine besondere sachliche Rechtfertigung zu fordern. Wenn das Gesetz hingegen, wie der Entwurf es vorsieht, den Aufsichtsrat verpflichtet, bei der Bemessung der Bezüge ein angemessenes Verhältnis zur üblichen Vergütung herzustellen, steht zu besorgen, dass dies die Entwicklung der Bezüge nicht dämpft, sondern unter Hinweis auf das anderswo Übliche weiter befördert. Die überproportionale Entwicklung der Managergehälter in den letzten Jahren war nicht zuletzt durch das Bestreben beeinflusst, sich den (angeblich oder tatsächlich) in anderen Ländern und Branchen üblichen Vergütungsgestaltungen anzunähern.
- 5 Kritisch sieht der DAV auch die Absicht des Entwurfs, den Aufsichtsrat zu verpflichten, bei der Festsetzung der Gesamtbezüge "langfristige Verhaltensanreize zur nachhaltigen Unternehmensentwicklung" zu setzen. Die vorgeschlagene Regelung verbietet dem Aufsichtsrat, sich auf eine reine Fixvergütung zu beschränken und verpflichtet ihn zur Vereinbarung variabler Vergütungselemente mit langfristiger Anreizwirkung. Sie erweckt überdies den Eindruck, dass variable Vergütungselemente nur noch dann zulässig sein sollen, wenn sie langfristige Anreizwirkung haben, so dass die übliche Jahrestantieme, die an den Erfolg im abgelaufenen Geschäftsjahr anknüpft, künftig unzulässig wäre und nur noch variable Vergütungen in Form von „long term incentives“ vereinbart werden dürften.
- 6 Die vorgeschlagene Regelung soll auch für nicht börsennotierte Gesellschaften gelten. Das ist mit Sicherheit verfehlt. Für eine nicht börsennotierte Gesellschaft ist keine Rechtfertigung dafür erkennbar, das Ermessen des Aufsichtsrats bei der Vergütungsbemessung in dieser Weise einzuschränken. Der Aufsichtsrat muss auch künftig befugt sein, von einer variablen Vergütung gänzlich abzusehen und sich auf eine Fixvergütung zu beschränken. Ebenso ist nicht erkennbar, warum man dem Aufsichtsrat nicht die Wahl lassen sollte, ob er sich bei Einführung variabler Vergütungselemente auf kurzfristig oder langfristig wirkende beschränkt oder diese kombiniert.
- 7 Auch bei börsennotierten Gesellschaften sollten erfolgsbezogene Vergütungselemente nicht zwingend vorgeschrieben werden, sondern der Aufsichtsrat sollte die Freiheit behalten, sich auf eine Festvergütung zu beschränken. Zwar empfiehlt auch Ziff. 4.2.3 Abs. 2 des Kodex für börsennotierte Gesellschaften die Festlegung variabler Vergütungsbestandteile. Es spricht jedoch nichts dafür, hieraus eine gesetzlich zwingende Verpflichtung zu machen. Warum sollte der Aufsichtsrat nicht die Möglichkeit haben, die Gefahr von Fehlanreizen durch variable Vergütungsbestandteile dadurch zu vermeiden, dass er sich für eine reine Fixvergütung entscheidet? „Verhaltensanreize zur nachhaltigen Unternehmensentwicklung“ werden bei den meisten Vorstandsmitgliedern schon dadurch ausgelöst, dass ihnen mit ihrem Amt besondere Verantwortung übertragen ist, dass sie sich nach spätestens fünf

Jahren einer Entscheidung über ihre Wiederbestellung zu stellen haben und dass eine erfolgreiche Amtsführung durch höhere Festbezüge in der Zukunft belohnt werden kann.

- 8 Es sollte überdies im Gesetzestext oder zumindest in der Begründung klargestellt werden, dass neben den Vergütungselementen mit langfristiger Anreizwirkung solche mit einer kurzfristigen Anreizwirkung nicht ausgeschlossen sein sollen. Der Aufsichtsrat muss zumindest die Flexibilität haben, variable Vergütungselemente, die an einmalige oder jährlich wiederkehrende Erfolgskomponenten anknüpfen, mit langfristig wirkenden Elementen zu kombinieren, wie es Ziff. 4.2.3 Abs. 2 des Kodex ausdrücklich empfiehlt. Auch einmalige Erfolge können eine besondere Vergütung rechtfertigen; der Fall, dass dem Vorstandsmitglied die schwierige Veräußerung eines Unternehmensteils gelingt, von dem sich die Gesellschaft schon lange trennen wollte, mag dies illustrieren. Gleiches gilt für jährlich wiederkehrende Erfolgskomponenten. Die Sorge, dass die Vorstandsmitglieder bei einer Anknüpfung an einmalige oder jährlich wiederkehrende Elemente die Erfüllung dieser Parameter durch Manipulationen künstlich herbeiführen könnten, erscheint überzogen und kann jedenfalls kein Grund sein, kurzfristige Vergütungselemente pauschal zu verbieten.
- 9 Die jetzige Entwurfsfassung macht es im Übrigen nötig, § 87 Abs. 1 Satz 2 AktG redaktionell anzupassen. Bei Ruhegehältern und sonstigen Leistungen der in Satz 2 genannten Art kann nicht der ganze Satz 1 für sinngemäß anwendbar erklärt werden, weil es bei diesen Leistungen nicht möglich ist, langfristige Verhaltensanreize zur Unternehmensentwicklung zu setzen.
- 10 Der DAV regt an, eine Vereinheitlichung des Begriffs der "Gesamtbezüge" vorzunehmen, der derzeit in §§ 285 Satz 1 Nr. 9 Buchst. a, 314 Abs. 1 Nr. 6 Buchst. a HGB einerseits und § 87 AktG andererseits etwas unterschiedlich definiert wird.
- 11 Alles in allem schlägt der DAV vor, die bisherige Fassung des § 87 Abs. 1 Satz 1 AktG unverändert zu lassen, danach einen neuen Satz 2 einzufügen und den bisherigen Satz 2 redaktionell anzupassen:

„... in einem angemessenen Verhältnis zu den Aufgaben des Vorstandsmitglieds und zur Lage der Gesellschaft stehen. Werden variable Vergütungsbestandteile vereinbart, hat der Aufsichtsrat bei einer börsennotierten Gesellschaft dafür Sorge zu tragen, dass darunter in angemessenem Umfang Vergütungsteile enthalten sind, die langfristige Verhaltensanreize zur nachhaltigen Unternehmensentwicklung setzen. Satz 1 gilt sinngemäß für Ruhegehalt, Hinterbliebenenbezüge und Leistungen verwandter Art.“

2. Zu Nr. 1 Buchstabe b (§ 87 Abs. 2 Satz 1 AktG-E – Herabsetzung der Bezüge)

- 12 Der Regelungsvorschlag betrifft die nachträgliche Herabsetzung der Bezüge amtierender und pensionierter Vorstandsmitglieder. Er enthält gegenüber der geltenden Rechtslage gravierende Veränderungen, die alle problematisch erscheinen:
- 13 Der Entwurf will die Anforderungen an die Herabsetzung der Bezüge senken. Zum einen will er nur noch eine Verschlechterung der Lage der Gesellschaft fordern, während bislang eine „wesentliche“ Verschlechterung erforderlich ist. Zum anderen soll die Herabsetzung schon zulässig sein, wenn die Weitergewährung der Bezüge unbillig wäre, während nach geltendem Recht eine „schwere“ Unbilligkeit nötig ist. Der Entwurf begründet die vorgeschlagenen Änderungen mit dem Ziel, die Voraussetzungen einer Herabsetzung der Vorstandsbezüge „klarer und schärfer“ zu fassen. Es steht jedoch zu befürchten, dass die Regelung mit den vorgesehenen Änderungen unklarer und unschärfer wird. Denn während die Tatbestandsmerkmale der „wesentlichen“ Veränderung und der „schweren“ Unbilligkeit bislang klarstellen, dass eine Herabsetzung nur in besonderen Ausnahmefällen in Betracht kommen kann, gibt die Entwurfsfassung, die im Ergebnis nur noch auf das unscharfe Merkmal „einfacher“ Unbilligkeit abstellen will, die Rechtssicherheit weitgehend preis. Das ist nicht nur für die betroffenen Vorstandsmitglieder eine unzumutbare Belastung, sondern auch für den Aufsichtsrat, wenn dieser künftig nicht nur berechtigt, sondern unter Haftungsandrohung verpflichtet sein soll, von einem Herabsetzungsrecht Gebrauch zu machen. Überdies trifft das Haftungsrisiko künftig alle Mitglieder des Aufsichtsrats, da die Vergütungsentscheidungen nach § 107 Abs. 3 Satz 3 AktG-E zwingend vom Gesamtauf-sichtsrat getroffen werden sollen (s.u. Rdn. 22).
- 14 Das eigentliche politische Ziel des Regelungsvorschlags dürfte allerdings weniger darin liegen, die Vorschrift klarer und schärfer zu fassen, als die Voraussetzungen für einen Eingriff in vertragliche Vergütungszusagen zu senken. Dieses Ziel ist mit den vorgeschlagenen Formulierungsänderungen aber kaum erreichbar. Denn eine Weitergewährung der vereinbarten Bezüge bei Verschlechterung der Lage der Gesellschaft kann nur dann unbillig sein, wenn es sich um eine „wesentliche“ Verschlechterung handelt, mag der Gesetzgeber dieses Tatbestandsmerkmal streichen oder nicht. Und gleiches gilt bei dem Merkmal der Unbilligkeit. Ist diese keine „schwere“ Unbilligkeit, kann es – auch im Hinblick auf Art. 14 GG – nicht angehen, der Gesellschaft einseitig das Recht zu geben, sich von den vertraglichen Vereinbarungen loszusagen und die Bezüge ihrer aktiven sowie ihrer pensionierten Vorstandsmitglieder und deren Hinterbliebenen herabzusetzen.
- 15 Zur Beurteilung als „unbillig“ heißt es in der Begründung des Entwurfs, es komme nicht nur auf die „Unbilligkeit“ für die Gesellschaft an, ohne dass gesagt wird, auf wen und wessen Beurteilung es sonst noch ankommen soll. In der „Formulierungshilfe“ der Bundesregierung schloss sich der folgende Satz an, der zwar im Gesetzentwurf der Fraktionen fehlt, aber vermutlich immer noch gedanklich zu ergänzen ist: „Unbillig kann die Weitergewährung auch

sein, wenn sie von einer allgemeinen Betrachtung aus unbillig erscheint.“ Diese Ausweitung ist systematisch verfehlt und in ihrer Tendenz gefährlich. Es kann nur um die Unbilligkeit für die Gesellschaft gehen, also um den Widerspruch zum Unternehmensinteresse, das nach dem herrschenden Verständnis zwar nicht nur durch das Interesse der Aktionäre determiniert wird, sondern auch das Interesse der anderen „Stakeholder“ einbezieht, aber jedenfalls keine grenzenlose Öffnung für die Beurteilung durch die allgemeine Öffentlichkeit erlaubt. Der DAV empfiehlt deshalb, die in der geltenden Gesetzesfassung enthaltenen Worte „für die Gesellschaft“ beizubehalten und spricht sich auch insgesamt dafür aus, es bei der bisherigen Gesetzesfassung zu belassen.

- 16 Während das Gesetz bislang in § 87 Abs. 2 Satz 1 AktG nur eine Herabsetzung der Bezüge der aktiven Vorstandsmitglieder zulässt, soll nach dem Entwurf das Herabsetzungsrecht (und die Herabsetzungspflicht!) künftig auch auf Ruhegehälter, Hinterbliebenenbezüge und Leistungen verwandter Art erstreckt werden. Der Handelsrechausschuss rät davon dringend ab. Das Vertrauen auf den Bestand von Ruhegeldzusagen ist in besonderem Maße schützenswert: Sie sind Teil der Gegenleistung für die vom Vorstandsmitglied bereits in der Vergangenheit erbrachten Dienstleistungen, sie sind in aller Regel der Grundpfeiler der Altersversorgungsplanung, und das Vorstandsmitglied ist bei einem nachträglichen Eingriff in diese Rechte wirtschaftlich wehrlos, weil es seine Arbeitsleistung schon erbracht hat und – anders als das aktive Vorstandsmitglied – nicht mehr in der Lage ist, als Reaktion auf die Herabsetzung seinen Anstellungsvertrag zu kündigen und seine Arbeitskraft anderweitig einzusetzen. Damit verträgt es sich nicht, die Herabsetzungsmöglichkeit des § 87 Abs. 2 AktG auf Ruhegelder und andere Leistungen der Altersversorgung zu erstrecken, und zwar um so weniger angesichts der vorstehend erörterten Zielsetzung des Entwurfs, zugleich auch die Voraussetzungen für eine Herabsetzung der Bezüge zu reduzieren. Das Gesetz sieht daher bislang für Versorgungsansprüche eine besondere aktienrechtliche Herabsetzungsmöglichkeit, die über das nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen Zulässige hinausgeht, mit Recht nicht vor. Auch künftig sollte es bei den allgemeinen Grundsätzen für einen Widerruf oder Teilwideruf von Versorgungszusagen bleiben, die einen Eingriff nur in eng begrenzten Ausnahmefällen erlauben.
- 17 Was die Versorgungsanwartschaften betrifft, muss man unterscheiden: § 87 Abs. 2 AktG ermöglicht schon in der geltenden Fassung eine Herabsetzung der Bezüge in dem Sinne, dass der künftige Zuwachs der Anwartschaft als Gegenleistung für die künftige Tätigkeit vermindert wird, denn insoweit geht es um die „Weitergewährung“ der vereinbarten Bezüge. Ausgeschlossen ist dagegen ein Eingriff in den bereits verdienten Umfang der Anwartschaft. Der Entwurf will aber viel weiter gehen: Es soll auch eine Reduzierung der erreichten unverfallbaren Anwartschaften der aktiven und der ausgeschiedenen Vorstandsmitglieder möglich sein, und es soll sogar möglich sein, einem vor langen Jahren in den Ruhestand getretenen Vorstandsmitglied die laufende Pension zu kürzen oder sogar ganz zu entziehen. In der Begründung des Entwurfs heißt es zwar, die Herabsetzung der Ruhegehaltsbezüge des Vorstandsmitglieds sei nur zulässig, wenn die Verschlechterung der Lage der

Gesellschaft „in die Zeit seiner Vorstandsverantwortung fällt und ihm zurechenbar ist.“ Diese Einschränkung ist aber dem vorgeschlagenen Gesetzestext zumindest nicht mit hinreichender Klarheit zu entnehmen, und vor allem ist dieses Merkmal der „Zurechenbarkeit“ viel zu unscharf, um einen so weitreichenden Eingriff in die Altersversorgung eines ausgeschiedenen Vorstandsmitglieds zu rechtfertigen.

- 18 Nach der Entwurfsfassung des § 87 Abs. 2 Satz 1 AktG soll der Aufsichtsrat künftig zur Herabsetzung verpflichtet sein, wenn die Voraussetzungen der Vorschrift vorliegen („... hat ... herabzusetzen“), während die geltende Gesetzesfassung den Aufsichtsrat nur zu einer Herabsetzung "berechtigt". Auch in diesem Punkt ist die bestehende Gesetzeslage vorzugswürdig. Schon nach geltendem Recht wird der Aufsichtsrat kraft der ihn treffenden Sorgfaltspflicht (§§ 116 Satz 1, 93 Abs. 1 Satz 1 AktG) in aller Regel verpflichtet sein, von der Herabsetzungsmöglichkeit Gebrauch zu machen, wenn deren Voraussetzungen vorliegen. Das kann aber im Einzelfall anders sein. Es ist nämlich zu bedenken, dass sich mit einer Herabsetzung der Bezüge das Recht des Vorstandsmitglieds verbindet, vorzeitig aus seinem Vorstandsamt auszuschcheiden (§ 87 Abs. 2 Satz 3 AktG). Gerade in schwierigen wirtschaftlichen Situationen kann es sein, dass die Gesellschaft auf ein Vorstandsmitglied nicht verzichten kann und es im Interesse der Gesellschaft besser ist, auf eine Herabsetzung nach § 87 Abs. 2 Satz 1 AktG zu verzichten, als das Risiko einer vorzeitigen Kündigung nach § 87 Abs. 2 Satz 3 AktG einzugehen. Diese Flexibilität muss der Aufsichtsrat behalten. Die Entwurfsfassung würde sie ihm nehmen.
- 19 Jedenfalls soweit sich die vorgeschlagene Neuregelung auf bei ihrem Inkrafttreten bereits bestehende Vorstandsverträge beziehen soll, bestehen gegen sie auch verfassungsrechtliche Bedenken. Nach wohl allgemeiner Ansicht sind auch schuldrechtliche Forderungen von der Eigentumsgarantie des Art. 14 GG erfasst (vgl. etwa BVerfGE 89, 1, 8; BVerfGE 68, 193, 222 f.); dazu zählen auch Ansprüche nach § 87 Abs. 1 Satz 1 und 2 AktG. Der Eigentumsschutz nach Art. 14 GG schließt zwar einen gesetzgeberischen Eingriff nicht per se aus. Voraussetzung ist aber, dass hierfür unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit ein öffentliches Interesse angeführt werden kann. Dabei ist namentlich auch der rechtsstaatliche Grundsatz des Vertrauensschutzes zu beachten, der für das Eigentum in Art. 14 GG eine eigene Ausprägung gefunden hat (vgl. BVerfGE 95, 640, 82; BVerfGE 117, 272, 294), weshalb ein Eingriff in bestehende Rechte insbesondere dann unzulässig sein kann, wenn die Bestandsinteressen des Betroffenen die Veränderungsgründe des Gesetzgebers überwiegen (BVerfGE 95, 640, 82). Vieles spricht dafür, dass sich nur ein öffentliches Interesse von besonderem Gewicht gegen die Eigentumsinteressen durchzusetzen vermag (vgl. BVerfGE 83, 201, 212; BVerfG (K), NJW 1998, 367, 368; BVerfG (K), NVwZ 2002, 1365).
- 20 Ob das VorstAG diesen Anforderungen genügt, ist fraglich. Welches öffentliche Interesse für den Eingriff in bestehende Ansprüche angeführt werden kann, ergibt sich aus der Begründung zum Gesetzentwurf allenfalls in Umrissen; offensichtlich geht es dem VorstAG

um die Funktionsfähigkeit der Wirtschaft im Sinne eines Gemeinwohlbelangs. Ob dies einen Eingriff in bestehende Vertragsrechte legitimieren kann, sollte der Gesetzgeber sorgfältig überprüfen. Fraglich ist insbesondere die Zulässigkeit des Eingriffs in die Versorgungsansprüche ausgeschiedener Vorstandsmitglieder und die unverfallbaren Versorgungsanwartschaften tätiger Vorstandsmitglieder, weil die betroffenen Vorstandsmitglieder ihre Gegenleistung bereits erbracht haben, die in Rede stehenden Ansprüche mithin auf einer eigenen Leistung beruhen. Das BVerfG hat die eigene Leistung als besonderen Schutzgrund der Eigentumsgewährleistung anerkannt (vgl. etwa BVerfGE 100, 1 ,33; BVerfGE 117, 272, 294, jew. im Zusammenhang mit Rentenanwartschaften). Zumindest sollte der Gesetzgeber überprüfen, ob Gemeinwohlbelange auch bei der Vielzahl der Aktiengesellschaften angeführt werden können, deren Anteile mangels Börsennotierung nicht öffentlich gehandelt werden.

- 21 Schließlich ist Folgendes zu bedenken: § 87 Abs. 2 AktG erlaubt weder in der geltenden noch in der vorgeschlagenen Fassung einen rückwirkenden Eingriff in bereits konkret entstandene Vergütungsansprüche für erbrachte Leistung, sondern durch die Herabsetzung der Bezüge kann nur für die Zukunft ihre unverminderte „Weitergewährung“ verhindert werden. Zulässig ist nur eine Herabsetzung der dem Vorstandsmitglied künftig zustehenden Bezüge. So ist es zum Beispiel nicht möglich, unter Berufung auf § 87 Abs. 2 AktG die Erfüllung eines Bonusanspruchs für das vergangene Geschäftsjahr zu verweigern, wenn dessen vertragliche Voraussetzungen erfüllt sind. Die Erfüllung eines bereits konkret begründeten Zahlungsanspruchs kann nur verweigert werden, wenn die einschlägigen allgemeinen Rechtsbehelfe eingreifen, also insbesondere ein Wegfall der Geschäftsgrundlage oder eine missbräuchliche Rechtsausübung vorliegt. Daran soll und kann auch die vorgesehene Verschärfung des § 87 Abs. 2 AktG nichts ändern.

3. Zu Nr. 2 Buchstabe a (§ 107 Abs. 3 Satz 3 AktG-E – Zuständigkeit des Aufsichtsratsplenums für die Vorstandsvergütung)

- 22 Die Entscheidungen zur Vorstandsvergütung sollen künftig nicht mehr von einem Personalausschuss des Aufsichtsrats getroffen werden können, sondern zwingend dem Plenum zugewiesen sein. Der Entwurf will laut seiner Begründung durch diese Änderung über die Empfehlung des Kodex hinausgehen, zitiert dazu allerdings eine alte Fassung von Ziffer 4.2.2 des Kodex. Nach der neuesten Fassung vom 6. Juni 2008 (bekannt gemacht am 8. August 2008) soll das Aufsichtsratsplenum nicht nur über das Vergütungssystem beraten, sondern „das Vergütungssystem für den Vorstand einschließlich der wesentlichen Vertragselemente beschließen“. Mehr sollte auch der Gesetzgeber dem Aufsichtsratsplenum nicht zwingend zuweisen.
- 23 Es geht zu weit, wenn man verlangt, dass das Aufsichtsratsplenum sämtliche Details der Vorstandsverträge regelt und alle individuellen Entscheidungen zu den einzelnen Vorstandsmitgliedern trifft. Die durch die Einsetzung des Personalausschusses beabsichtigte

Entlastung des bis zu 20 Mitglieder zählenden Plenums wäre nicht mehr erreichbar, wenn das Plenum z.B. über den Typ des Dienstwagens, die Anrechnung des Honorars aus einem externen Aufsichtsratsmandat, die individuellen Erfolgsziele für das neue Geschäftsjahr etc. entscheiden müsste. Darüber hinaus wäre es nicht nur aus Gründen der Praktikabilität, sondern auch zur Gewährleistung einer sachgerechten Entscheidung vorzugswürdig, die Beurteilung der individuellen Leistung der einzelnen Vorstandsmitglieder auch künftig dem kleineren Gremium des Personalausschusses zu überlassen. Soll z.B. das Aufsichtsratsplenum zwingend darüber zu entscheiden haben, ob und wie eine erfolgreiche Restrukturierung mit Personalabbau im Rahmen der Tantieme berücksichtigt werden soll? Die Erörterung und Bewertung der individuellen Leistung und Zielerreichung überfordert das Plenum und birgt zugleich Gefahren für die Autorität der Vorstandsmitglieder im Unternehmen.

- 24 Der DAV rät deshalb, eine zwingende Zuweisung von Vergütungsentscheidungen zum Plenum, wenn sie überhaupt erfolgen soll, jedenfalls auf das zu beschränken, was der Kodex derzeit empfiehlt.

4. Zu Nr. 2 Buchstabe b (§ 107 Abs. 3 Satz 4 AktG-E – Karenzzeit für ehemalige Vorstandsmitglieder im Prüfungsausschuss)

- 25 Nach dem Entwurf soll ein ehemaliges Vorstandsmitglied der Gesellschaft frühestens drei Jahre nach seinem Ausscheiden aus dem Vorstand Mitglied des Prüfungsausschusses des Aufsichtsrats werden können. Nach der Begründung des Entwurfs geht es darum, mögliche Interessenkonflikte der Ausschussmitglieder aufgrund vorheriger Vorstandstätigkeit zu vermeiden; insbesondere soll verhindert werden, dass die Aufdeckung von Unstimmigkeiten in der Vergangenheit vom ehemaligen Vorstandsmitglied im Prüfungsausschuss verhindert wird. Es geht also nicht um Fragen der Vorstandsvergütung, sondern um eine thematisch über den Rahmen des Gesetzentwurfs hinausgehende Absicherung der Unabhängigkeit der Mitglieder des Prüfungsausschusses des Aufsichtsrats.
- 26 Nach Meinung des DAV schießt die vorgeschlagene Regelung über das Ziel hinaus. Ehemalige Vorstandmitglieder sind in den ersten drei Jahren nach ihrem Ausscheiden aus dem Vorstand nicht per se ungeeignet, die Aufgabe eines Mitglieds des Prüfungsausschusses unbefangen wahrzunehmen. Das Risiko der konkreten Befangenheit bei bestimmten Entscheidungen rechtfertigt nicht den pauschalen Ausschluss. Auch in diesem Punkt sollte der Gesetzgeber jedenfalls nicht weiter gehen als der Kodex, der in Ziffer 5.3.2 empfiehlt, dass den Vorsitz im Prüfungsausschuss kein ehemaliges Vorstandsmitglied übernehmen soll.

5. Zur Nr. 3 (§ 116 AktG-E – Haftung der Aufsichtsratsmitglieder bei unangemessener Vergütung

- 27 Der Gesetzesentwurf will § 116 AktG um zwei neue Sätze 3 und 4 zur Haftung des Aufsichtsrats bei Festsetzung einer unangemessenen Vergütung ergänzen. Der DAV rät auch hiervon ab:
- 28 Der neue Satz 3 soll regeln, dass die Aufsichtsratsmitglieder zum Schadensersatz verpflichtet sind, wenn sie eine unangemessene Vergütung festsetzen. Die Begründung nennt als Ziel dieser Neuregelung, deutlicher zu machen, dass die angemessene Vergütungsfestsetzung zu den wichtigsten Aufgaben des Aufsichtsrats gehört und dass er für Pflichtverstöße persönlich haftet. Dass die Aufsichtsratsmitglieder haften, wenn sie durch Festsetzung einer unangemessenen Vergütung ihre Pflichten verletzen, folgt aber auch heute schon aus §§ 116 Satz 1, 93 Abs. 2 AktG. Die Regelung hätte also nur deklaratorischen Charakter. Von solchen deklaratorischen Bestimmungen sollte in aller Regel abgesehen werden, weil sie für die Rechtsanwendung keine Vorteile bieten, jedoch die Gewichte verschieben und falsche Schwerpunkte setzen. Die Festsetzung der Vergütung ist eine wichtige Aufgabe des Aufsichtsrats, aber – verglichen mit der Bestellung der Vorstandsmitglieder sowie der Überwachung und Beratung des Vorstands – bei weitem nicht seine wichtigste, und auch nicht die am meisten schadensgeneigte. Außer tagespolitischen Motiven ist ein nachvollziehbarer Grund, die Haftung des Aufsichtsrats ausgerechnet für die Vergütungsbemessung durch eine ausdrückliche Regelung zu betonen, nicht erkennbar. Nachdem der Gesetzgeber schon mit § 116 Satz 2 AktG eine überflüssige deklaratorische Regelung ins Aktienrecht eingefügt hat, sollte er der Versuchung widerstehen, auf diesem Weg fortzufahren.
- 29 Mit dem Vorschlag eines neuen § 116 Satz 4 AktG will der Entwurf dann auch noch eine Spezialregelung zur Höhe des Schadensersatzes bei einer unangemessenen Vergütung treffen: Als „Mindestschaden“ soll der Mehrbetrag zu einer angemessenen Vergütung zu ersetzen sein. Aus der Begründung ergibt sich, dass die Verfasser des Entwurfs durch den „Mindestschaden“ eine Vorteilsausgleichung ausschließen wollen. Den Aufsichtsratsmitgliedern soll der Einwand verwehrt werden, die überhöhte Vergütung habe zu besonderen Vorteilen für das Unternehmen geführt. Die so motivierte Festlegung eines „Mindestschadensersatzes“ ist zugleich systemwidrig und widersprüchlich: Sie greift systemwidrig in das für §§ 93, 116 AktG maßgebliche allgemeine Schadensersatzrecht ein und schafft damit einen speziellen „Strafschadensersatz“ für Aufsichtsräte, und sie ist widersprüchlich, weil die Vergütung nicht unangemessen ist, wenn und soweit sie zu Vorteilen für die Gesellschaft geführt hat.
- 30 Es fällt auf, dass die neuen Sätze 3 und 4 nur für eine unangemessen hohe Festsetzung der Bezüge nach § 87 Abs. 1 AktG, nicht dagegen für eine pflichtwidrig unterlassene

Herabsetzung der Bezüge nach § 87 Abs. 2 AktG gelten sollen. Das ist inkonsequent, denn die Haftungsfolgen können nicht unterschiedlich sein.

- 31 Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass für die Aufsichtsräte mitbestimmter GmbH's nach den Mitbestimmungsgesetzen (§ 25 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG, § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG) zwar § 116 AktG, nicht jedoch § 87 AktG gilt. Es sollte in der Begründung klargestellt werden, dass sich daran durch § 116 Satz 3 AktG-E nichts ändern wird.

6. Zu Nr. 4 (§ 193 Abs. 2 Nr. 4 AktG-E – Vierjährige Wartezeit bei Aktienoptionen)

- 32 Der Entwurf will die Wartezeit für die erstmalige Ausübung von Optionsrechten auf den Bezug von Aktien von zwei auf vier Jahre seit der Einräumung der Bezugsrechte verlängern. Das ist unbedenklich. Allerdings darf man sich von dieser Gesetzesänderung keine wesentlichen Auswirkungen versprechen, denn echte Optionsrechte auf den Bezug von Aktien als Teil der Vorstandsvergütung sind heute nicht mehr häufig anzutreffen. Das gilt jedenfalls für neue Aktienoptionspläne. Soweit im Rahmen alter Optionspläne bereits Bezugsrechte mit kürzerer Wartezeit gewährt wurden und das dafür bereitgestellte bedingte Kapital entsprechende Konditionen enthält, greift die vorgesehene Neuregelung nicht, wie der Entwurf durch die Übergangsvorschrift zu § 193 AktG-E klarstellt. In der Begründung sollte dazu klargestellt werden, dass die Übergangsregelung nicht nur für Beschlüsse zur Schaffung eines bedingten Kapitals, sondern über § 71 Abs. 1 Nr. 8 Satz 5 AktG auch für die von der Hauptversammlung beschlossene Ermächtigung zum Erwerb eigener Aktien zur Bedienung der Optionen gilt.

II. Änderung des Handelsgesetzbuchs

- 33 Durch die vorgeschlagenen Änderungen zu § 285 Nr. 9 a HGB und § 314 Abs. 1 Nr. 6 a HGB sollen Lücken in der bisherigen Regelung der individuellen Offenlegung der Vorstandsbezüge geschlossen werden. Dazu im Einzelnen:

1. Zu Buchstabe aa):

- 34 Leistungen, die dem Vorstandsmitglied für den Fall einer vorzeitigen Beendigung seiner Tätigkeit zugesagt worden sind, sind schon nach der geltenden Fassung von Satz 6 anzugeben. Dazu gehört auch die Zusage von Leistungen für den Fall eines vorzeitigen Ausscheidens aufgrund eines Kontrollwechsels.

2. Zu Buchstabe bb):

- 35 Auch die Leistungen, die dem Vorstandsmitglied für den Fall der regulären Beendigung seiner Tätigkeit zugesagt worden sind, also insbesondere die Pensionszusagen, müssen

schon nach der geltenden Fassung von Satz 6 angegeben werden. Nach der Neufassung soll es jedoch nicht mehr genügen, den wesentlichen Inhalt der Zusagen wiederzugeben, sondern künftig sollen auch der Barwert der Zusage sowie der während des Geschäftsjahres aufgewandte oder zurückgestellte Betrag angegeben werden. Das geht in Ordnung, soweit es um die Zuführung zur Rückstellung geht, deren Angabe auch vom Kodex in Ziffer 4.2.5 empfohlen wird. Der anders als durch Rückstellung aufgewandte Betrag betrifft die Zahlung an eine externe Versorgungseinrichtung, insbesondere also an eine Versicherung. Auch dabei geht es um einen im Geschäftsjahr entstandenen Aufwand aufgrund der Zusage für den künftigen Pensionsfall, nicht dagegen um laufende Pensionszahlungen, die an einen während des Geschäftsjahres in den Ruhestand getretenes Vorstandsmitglied gezahlt worden sind. Solche laufenden Versorgungsbezüge sind auch nach dem Entwurf nicht individuell auszuweisen, sondern gehen ein in die nach Buchstabe b) auszuweisenden Gesamtbezüge der früheren Vorstandsmitglieder.

- 36 Problematisch ist die vorgesehene Verpflichtung zur Angabe des Barwerts der Zusagen. Der Barwert ist bekanntlich nicht identisch mit dem Rückstellungsbetrag. Die intensiven Diskussionen im Zusammenhang mit dem Gesetz zur Offenlegung der Vorstandsvergütungen, dem Deutschen Rechnungslegungsstandard Nr. 17 und dem Deutschen Corporate Governance Kodex (Ziffer 4.2.5) hatten zum Ergebnis, dass der Ausweis des Barwerts einer Pensionszusage nicht geeignet ist, eine hinreichende Transparenz und Vergleichbarkeit bestehender und künftiger Anwartschaften bzw. Lasten zu schaffen. Ursächlich dafür sind im Wesentlichen die Vielfalt und Unterschiede der Altersversorgungsmodelle sowie die häufig kaum vergleichbaren Voraussetzungen für die individuellen Anwartschaften bzw. die (künftigen) Verpflichtungen der Gesellschaft.
- 37 Dies wird bereits bei einem Blick auf die beiden gebräuchlichen Grundsysteme für die Altersversorgung deutlich. Bei den DAX-Unternehmen ist nach wie vor eine dienstzeit- und entgeltbezogene Versorgungszusage vorherrschend („defined benefit“). Hierbei wird die Höhe der Pensionsanwartschaft von der Dauer der Dienstzeit und der Höhe der letzten Vergütung abhängig gemacht, d.h. mit der Dauer der Zugehörigkeit im Vorstand steigt der prozentuale Anteil des letzten Gehalts, der als Ruhegeld zu zahlen ist. Im Vordringen befindlich ist jedoch das Konzept einer beitragsorientierten Leistungszusage („defined contribution“). Hier gibt es keine feste Zusage einer Pension; vielmehr wird jährlich ein bestimmter Beitrag auf ein Versorgungskonto überwiesen, das verrentet wird. Der jährliche Beitrag wird dabei in der Regel jährlich festgesetzt, ohne dass es eine rechtliche Verpflichtung zu bestimmten Beiträgen in der Zukunft gibt.
- 38 In dem dienstzeit- und entgeltbezogenen Versorgungssystem (defined benefit) ist die Angabe eines Barwerts möglich. Die Höhe des Barwerts hängt aber u. a. wesentlich davon ab, ob das Vorstandsmitglied bereits vorher als Angestellter im Unternehmen tätig war (was den Barwert entsprechend erhöht) oder von außen neu in das Unternehmen eintritt (dann entsprechend geringerer Barwert). Noch wichtiger ist, dass - mit Ausnahme der nicht mehr

gebräuchlichen sog. Kündigungsrente - die Anwartschaft und damit der Barwert auf ein bestimmtes Pensionsalter bezogen ist und die Zugehörigkeit zum Vorstand bis zum Pensionsalter voraussetzt. Jede Barwertangabe basiert daher auf der Annahme künftiger Mandatsverlängerungen bis zur Pensionsgrenze. Dies ist aber in keiner Weise sichergestellt, da die Vorstandsbestellungen und -verträge befristet sind und Verlängerungen bis zur Pensionsgrenze heute eher die Ausnahme sind. Bei vorzeitigem Ausscheiden bzw. einer Nichtverlängerung des Mandats reduziert sich der Anspruch auf Zahlung einer Pension im Pensionsalter nach dem so genannten m/ntel-Verfahren. Hinzukommen weitere Eventualitäten wie z. B. die Wartefrist für die Unverfallbarkeit und Anrechnungsregelungen. Überdies hängt die Berechnung des Barwerts der Zusage wesentlich von dem angewandten Zinssatz für die Abzinsung ab, der nach § 253 Abs. 2 HGB idF des BilMoG variabel ist. Aus allen diesen Gründen kann der Ausweis eines Barwerts ein irreführendes Bild geben.

- 39 In den Fällen eines beitragsorientierten Pensionssystems (defined contribution) kann es einen Barwert der Pensionsanwartschaft im vergleichbaren Sinne nicht geben, da unsicher ist, ob und in welcher Höhe in Zukunft Beiträge geleistet werden. In diesem System könnte also lediglich der Stand des Versorgungskontos offengelegt werden, der ein vollkommen anderes Bild vermitteln würde als der Barwert einer Anwartschaft im defined benefit - System.
- 40 Der Gesetzgeber sollte weiter berücksichtigen, dass die Offenlegung der Vorstandsvergütung erst durch das Gesetz vom 3. August 2005 geregelt wurde und die entsprechenden Bestimmungen erstmals auf Geschäftsjahre anzuwenden waren, die nach dem 31. Dezember 2007 begannen. Zu diesen Offenlegungsregelungen wurde nach aufwändiger Diskussion der Deutsche Rechnungslegungsstandard Nr. 17 (DRS 17) am 7. Dezember 2007 verabschiedet und durch das BMJ gemäß § 342 Abs. 2 HGB am 5. Juni 2008 bekannt gemacht. Zur Offenlegung von Pensionszusagen gemäß § 314 Abs. 1 Nr. 6 Buchst. a Satz 6 HGB ist in DRS 17 Nr. 51 folgendes festgehalten:

Die Angaben müssen den Abschlussadressaten in die Lage versetzen, sich anhand jedes Abschlusses ein Bild über den Umfang der individuellen Zusagen zu verschaffen. Anzugeben sind die Basisdaten einer Zusage. Die versicherungsmathematischen Barwerte des für das Erreichen der Altersgrenze und/oder das vorzeitige Ausscheiden zugesagten Gesamtbetrags der künftigen Leistungen brauchen nicht angegeben zu werden.

- 41 Diese noch sehr junge geltende Rechtslage, wonach börsennotierte Aktiengesellschaften im Vergütungsbericht den wesentlichen Inhalt von Pensionszusagen darzustellen haben, ist sachgerecht und im Zusammenhang mit den Auslegungsregeln des DRS 17 auch praktikabel. Eine erneute kurzfristige Veränderung erscheint weder erforderlich noch der Verständlichkeit und Transparenz dienlich.

3. Zu Buchstabe cc):

- 42 Während des Geschäftsjahres vereinbarte Änderungen der durch die Buchstaben aa) und bb) erfassten Zusagen sind ebenfalls mitzuteilen. Es soll also offenbar nicht genügen, die Zusage mit ihrem jeweils aktuellen Inhalt wiederzugeben, so dass sich die vorgenommene Änderung aus einem Vergleich mit den Angaben des Vorjahres erschließt. Insoweit regelt der vorgeschlagene Buchstabe cc also eine Ergänzung der Mitteilungspflicht, die das Verständnis der Angaben für den „verständigen“ Anleger erleichtert.

4. Zu Buchstabe dd):

- 43 In der bisher geltenden Fassung verlangt Satz 6 die individuelle Angabe der für den künftigen Fall einer vorzeitigen Beendigung der Tätigkeit zugesagten Leistungen, nicht jedoch die Angabe der Leistungen, die mit dem vorzeitig ausscheidenden Vorstandsmitglied im Zusammenhang mit der Aufhebung seines Anstellungsvertrags vereinbart worden sind. Diese Lücke soll, was zu begrüßen ist, durch Buchstabe dd) geschlossen werden: Leistungen, die einem früheren Vorstandsmitglied, das seine Tätigkeit im Laufe des Geschäftsjahres beendet hat, in diesem Zusammenhang zugesagt und im Laufe des Geschäftsjahres gewährt worden sind, müssen ebenfalls individuell angegeben werden. Nicht plausibel ist allerdings die Einschränkung der Angabe auf die im Laufe des Geschäftsjahres gewährten Leistungen. Wenn z.B. in der Aufhebungsvereinbarung eine Abgeltung der vertraglichen Ansprüche für die Restlaufzeit des Vertrags in mehreren über das Geschäftsjahr hinausreichenden Raten vereinbart worden ist, sollte sich die Angabepflicht auf die insgesamt vereinbarten Leistungen erstrecken und nicht nur auf die im Geschäftsjahr gezahlten Raten.