

Prof. Christian Strenger*

Kerngedanken und Vorschläge zu ARUG II (Grundlage: Regierungsentwurf vom 29.4.2019):

1) Vorstands-Vergütungssystem (neuer § 87a AktG)

- Herausstellung des Vorrangs des **Angemessenheitsprinzips** des § 87 Abs. 1 AktG.
- Betonung des **Herabsetzungsgebots** gem. § 82 Abs. 2 AktG, dies aber nicht nur für den Fall der Verschlechterung der Gesellschaft, sondern auch bei individueller Schlechtleistung von Vorstandsmitgliedern (s. § 87 a Abs. 1, 5.)
- Einfügung von: **“Festlegung eines jährlichen Maximalbetrages (‘CAP’) der Gewährung sämtlicher Vergütungsbestandteile für alle Vorstandsmitglieder; für den Vorstandsvorsitzenden kann ein nicht mehr als 50% höherer Betrag festgelegt werden“.**

2) Vorstands-Vergütungsbericht

- Die Hauptversammlung sollte hier (im Gegensatz zum Regierungsentwurf) nur über **beratendes Votum** verfügen. Bei einem negativen Hauptversammlungsvotum ist dann auf der nächsten Hauptversammlung ein neuer Vorschlag zu unterbreiten. Dieser Weg ist richtig, da die Konsequenzen eines rechtlich bindenden Votums für *ex post* Entscheidungen nicht klar bestimmbar sind.
- Einfügung von: **“Der jährliche Vergütungsbericht soll Vergleichs-Angaben über die durchschnittliche Gesamtvergütung der in Deutschland festangestellten Arbeitnehmer und der Mitarbeiter der beiden Führungsebenen unter dem Vorstand enthalten“.**

* Professor der Handelshochschule Leipzig (HHL) sowie Akademischer Direktor des Center for Corporate Governance der HHL

3) Related Party Transactions

- Die im Regierungsentwurf vorgesehene verbindliche Beschlußfassung eines Ausschusses des Aufsichtsrats (regelmäßig der Prüfungsausschuß) mit nicht am jeweiligen Geschäft beteiligten Personen ist angesichts der Schwerfälligkeit einer Befassung des Gesamtaufichtsrats der geeignete Weg zur zeitgerechten Behandlung auch komplexer Einzelfälle.
- Je nach den Mitbestimmungsverhältnissen des Unternehmens sind die Arbeitnehmervetreter in die Beschlußfassung einbezogen.
- Die Bezugnahme auf Geschäfte des laufenden Geschäftsjahres ist schon angesichts der ex ante-Präventionswirkung richtig.
- In besonders gravierenden Fällen sollte auch der Wirtschaftsprüfer ein Votum abgeben.
- Die im Regierungsentwurf neu eingeführte Nichteinbeziehung von RPT zwischen jeweils börsennotierten Mutter- und Tochtergesellschaften ist aufzuheben (u.a. wegen der generell intensiven Personenidentität der Aufsichtsräte bzw. der Vorstände der Mutter).
- Die in § 111 b (1) vorgesehene Aufgriffs-Schwelle von 2,5 % der Summe aus Anlage- und Umlaufvermögen von Unternehmen wird ergänzt durch den Betrag von 50 Mio. Euro, ab dem RPT durch den Aufsichtsratsausschuß zu beschließen sind (sonst unterlägen RPT bei DAX 30 Unternehmen wie Bayer oder VW erst ab mehreren Milliarden Euro der Beschlußfassung).
- Für natürliche Personen (bisher nicht geregelt) sind RPT ab einem Betrag von 50.000 Euro (evtl. nur 25.000 Euro) der Beschlussfassung zu unterziehen.

Überlegungen zum Say on Pay im Rahmen von ARUG II

Prof. Dr. Julia Redenius* / Prof. Christian Strenger**

De lege lata ist der Aufsichtsrat gem. § 87 AktG gehalten, für außerordentliche Entwicklungen eine Deckelung (*Cap*) für variable Vergütung zu vereinbaren.¹ In der Praxis wird dieser *Cap* entweder individuell zwischen betroffenem Vorstandsmitglied und Aufsichtsrat in den Modalitäten des Anstellungsvertrages ausgehandelt oder aber für den Gesamtvorstand vom Aufsichtsrat festgelegt.

In der Behandlung des ARUG II wird diskutiert, ob der Gesetzgeber *de lege ferenda* die Soll-Empfehlung des DCGK (4.2.3, 2 Abs.) in einen neuen Satz 4 des § 87 Abs. 1 AktG aufnehmen und in eine „Muss“-Vorschrift für die Gesamtvergütung, einschließlich der variablen Vergütung, umwandeln soll.²

Mit Blick auf die Diskussion zum *Say on Pay* stellt sich die darüber hinaus gehende Frage, ob es nicht einem *Cap* bedarf, der von den Eigentümern in der HV zu beschließen ist. Die Aktionäre als Eigentümer der Gesellschaft könnten durch eine solche Neuregelung eine Obergrenze der Vorstandsvergütung bestimmen, die den Besonderheiten der Gesellschaft, der Branche, der Größe etc. individuell Rechnung trägt.³ Hierdurch würde den Aktionären eine *a priori*-Kontrollfunktion eingeräumt, ohne die Organisationsverfassung der Aktiengesellschaft in Frage zu stellen.⁴ Dies würde ihre Kontrollrechte erheblich stärken.⁵ Gleichzeitig bliebe der Aufsichtsrat „Herr“ über die Festlegung der Vorstandsvergütung.⁶ Der Aufsichtsrat wäre in seiner unternehmerischen Entscheidungsfreiheit nur an die von den Aktionären bestimmte

¹ Statt aller *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, AktG, 2019, § 87 Rn. 37; *Kort*, in: Hirte/Mülbert/Roth, Großkommentar AktG, 2015, § 87 Rn. 145 ff.

² Bei Finanzdienstleistungsinstituten, die als Aktiengesellschaft firmieren, würde eine solche Regelung bedeuten, dass die variable Vergütung nicht mehr als die Fixvergütung ausmachen kann und gleichzeitig eine Deckelung für die Gesamtvergütung vereinbart werden muss, die als betragsmäßige Höchstgrenze ausgewiesen ist. Zur „Soll“-Vorschrift *Hohenstatt/Kuhnke*, ZIP 2009, S. 1981, 1984.

³ *Lutter*, ZIP 2003, S. 737, 740; *Spindler*, DStR 2004, S. 36, 45; *Thüsing*, DB 2003, S. 1612, 1613; a. A. *Annuß/Theusinger*, BB 2009, S. 2434, 2440.

⁴ Anders im Ergebnis wohl *Krieger*, 1981, S. 165, der dem Aufsichtsrat volle Flexibilität bei der Festlegung der Vorstandsvergütung im Rahmen des § 87 AktG zuspricht.

⁵ *Thüsing*, AG 2009, S. 517, 526.

⁶ So im Ergebnis auch *Körner*, NJW 2004, S. 2697, 2701.

*Frankfurt School of Finance & Management.

**Akademischer Direktor des Center for Corporate Governance der HHL.

Obergrenze gebunden.⁷ Auch müsste der Aufsichtsrat sicherstellen, dass die von ihm festgelegte Vergütung den Voraussetzungen des § 87 Abs. 1 AktG entspricht, und könnte nicht davon ausgehen, dass bis zur satzungsmäßig festgeschriebenen Höchstgrenze die Angemessenheit *per se* gegeben ist.⁸ Zwei Wege sind denkbar, entweder im Wege der Satzung oder des Hauptversammlungsvotums. Sowohl die Satzung als auch der Hauptversammlungsbeschluss würden nur einen absoluten Rahmen bilden, innerhalb dessen der Aufsichtsrat agieren könnte. Denkbar wäre auch, dass der Aufsichtsrat eine vertragliche individuelle Höchstgrenze für das jeweilige Vorstandsmitglied unterhalb der satzungsmäßigen bzw. durch Hauptversammlungsbeschluss festgesetzten Höchstgrenze festschreibt. Sollte die seitens der Aktionäre festgesetzten Höchstgrenze nicht mehr den Gegebenheiten der Gesellschaft genügen, müsste der Aufsichtsrat der Hauptversammlung einen Vorschlag zur Änderung unterbreiten und darin die besonderen Gründe erläutern. Dadurch wäre eine erneute Kontrollinstanz gegeben. Gleichzeitig bliebe die benötigte Flexibilität bestehen, die Privatautonomie der Gesellschaften wäre geschützt und die Organisationsverfassung der Aktiengesellschaft würde nicht in Frage gestellt.⁹ Auch würden durch die Möglichkeit einer durch die Aktionäre festgelegten Deckelung der Vorstandsvergütung die Kontrollrechte der Aktionäre gestärkt.¹⁰ Die Kontrollrechte wiederum gelten als eines der effektivsten Mittel für eine angemessene Vorstandsvergütung.¹¹ Gegen eine Festlegung in der Satzung spricht jedoch, dass diesem Instrument aufgrund der Mehrheitserfordernisse bei Satzungsänderungen die notwendige Flexibilität fehlt.¹² Dieses Problem besteht nicht bei einem verbindlichen Hauptversammlungsvotum.

Im Ergebnis ist ein verbindliches Hauptversammlungsvotum vorzusehen, das einen *Cap* für die Vorstandsvergütung festsetzt. Da dieses Votum *ex ante* erfolgt, ist das auch systemkonform. Dabei sollte zwischen dem Vorstandsvorsitzenden und den weiteren Vorstandsmitgliedern unterschieden werden. Der *Cap* für den Vorstandsvorsitzenden darf den *Cap* für die weiteren

⁷ Kritisch Hupka, 2012, S. 326 f. Außer Frage steht, dass die Festlegung der Vorstandsvergütung im unternehmerischen Ermessen des Aufsichtsrats steht, BGH, NJW 2006, S. 522, 523; Hoffmann-Becking, ZHR 169 (2005), S. 155, 157; Kort, NJW 2005, S. 333, 334; Schwark, in: Damm et al., FS Raiser, 2005, S. 377, 391. Siehe auch Martens, in: Kindler et al., FS Hüffer, 2010, S. 647, 649, der darauf hinweist, dass es dieser Entscheidungsfreiheit bedarf, damit sich die Gesellschaft im Wettbewerb behaupten kann.

⁸ Redenius-Hövermann, Verhalten im Unternehmensrecht, 2019, S. 55 ff.

⁹ A. A. Mertens, ZHR 169 (2005), S. 124, 148, der eine solche Neuregelung *de lege ferenda* ablehnt.

¹⁰ Lutter, ZIP 2003, S. 737, 743; ders., ZIP 2006, S. 733, 734; Spindler, DStR 2004, S. 36; Thüsing, ZGR 2003, S. 457, 491.

¹¹ Thüsing, AG 2009, S. 517, 526.

¹² So im Ergebnis auch Hupka, 2012, S. 326.

Vorstandsmitglieder nicht um mehr als 50% überschreiten. Um die Anfechtungspraxis nicht wieder anzufeuern, sollte der Hauptversammlungsbeschluss nicht anfechtbar sein.

Sollte der Aufsichtsrat eine Vergütung festlegen, die über dem *Cap* liegt, so ist diese Vereinbarung nichtig und der Vorstand muss zumindest den darüber hinausgehenden Betrag zurückzahlen. Auch haftet der Aufsichtsrat weiterhin gem. § 116 S. 3 AktG.

Dagegen sollte der jährliche **Vergütungsbericht das Hauptversammlungsvotum beratend** bleiben, anders als im aktuell vorliegenden RegE vorgesehen. Bei einem ablehnenden Hauptversammlungsvotum ist dann auf der nächsten Hauptversammlung ein neuer Vorschlag zu unterbreiten. Dieser Weg ist richtig, da die Konsequenzen eines rechtlich bindenden Votums für *ex post* Entscheidungen nicht klar bestimmbar sind.

Um die ‘**Vergleichbarkeit**‘ bzw. die Angemessenheit der Vorstandsvergütung gegenüber relevanten Mitarbeitergruppen zu ermöglichen, sollen im Vergütungsbericht auch die durchschnittliche Vergütung der zwei Führungsebenen unter dem Vorstand offengelegt und der in Deutschland beschäftigten Arbeitnehmer (Konzernweit) dargestellt werden.

Frankfurt, 5. Juni 2019