

Stellungnahmen des Handelsrechtsausschusses des DAV

Bearbeitet von
Prof. Dr. Michael Hoffmann-Becking, Handelsrechtsausschusses des Deutschen Anwaltvereins

1. Auflage 2016. Buch. XI, 644 S. In Leinen
ISBN 978 3 406 68784 6
Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm
Gewicht: 1186 g

[Recht > Handelsrecht, Wirtschaftsrecht > Gesellschaftsrecht](#)

Zu [Inhaltsverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

**beck-shop.de**
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

Der Handelsrechtsausschuss hat diese Vorschläge in seiner Stellungnahme zum Referentenentwurf und zum Teil auch schon in früheren Stellungnahmen eingehend begründet. Um Wiederholungen zu vermeiden, wird darauf verwiesen. 27

Ein weiterer Vorschlag kommt hinzu: Der Handelsrechtsausschuss schlägt vor, die Anfechtbarkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen wegen Verletzung der Erklärungspflicht zum Deutschen Corporate Governance Kodex nach § 161 AktG auszuschließen. Zu diesem Zweck sollte § 243 III Nr. 2 AktG wie folgt ergänzt werden: 28

(3) Die Anfechtung kann nicht gestützt werden:

1. ...

2. auf eine Verletzung des § 121 IV a, des § 124a, des § 128 oder des § 161,

3. ...

Nach den Entscheidungen des BGH aus dem Jahre 2009 in den Fällen „Deutsche-Bank/Kirch“ (BGHZ 180, 9 = NZG 2009, 342 = ZIP 2009, 460 [464 ff.]) und „Springer“ (BGHZ 182, 272 = NZG 2009, 1270 = ZIP 2009, 2051 [2053 f.]) ist die Entlastung der Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder anfechtbar, wenn diese unterjährig bewusst oder unbewusst einer wesentlichen Empfehlung des Kodex nicht entsprochen haben und diese Abweichung nicht umgehend durch Korrektur der Entsprechenserklärung verlaubar wurde. Darüber hinaus haben mehrere Instanzgerichte entschieden, dass die Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern bei nicht verlaubarten Abweichungen vom Kodex anfechtbar ist (OLG München, NZG 2009, 508 = ZIP 2009, 133 – MAN; LG Hannover, NZG 2010, 744 – Continental). Auch im Schrifttum mehren sich die Stimmen, die nicht nur Entlastungsbeschlüsse, sondern auch andere Beschlüsse der Hauptversammlung, insbesondere Beschlüsse zur Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern und zur Bestellung des Abschlussprüfers, bei Abweichungen vom Kodex für anfechtbar halten, z.B. bei Wahlvorschlägen des Aufsichtsrats, die sich nicht mit Empfehlungen des Kodex zur „Diversity“ decken, ohne dass dies sogleich durch Korrektur der Entsprechenserklärung publiziert wurde. 29

Diese Anfechtungsrisiken haben bei den börsennotierten Aktiengesellschaften erhebliche Verwirrung und Unsicherheit ausgelöst. Die Trennung zwischen den rechtlich unverbindlichen Kodex-Klauseln und der rechtlich zwingenden Erklärungspflicht des § 161 AktG wird immer undeutlicher. Der Gesetzgeber sollte die entstandene Rechtsunsicherheit möglichst rasch durch einen ausdrücklichen Ausschluss der Anfechtbarkeit beseitigen. 30

Hinweise

1. Gesetzgebungsverfahren

Zur „punktuellen Weiterentwicklung“ des geltenden Aktienrechts legte das BMJ am 2. November 2010 einen RefE mit der Bezeichnung „Aktienrechtsnovelle 2011“ vor (zugänglich unter www.bmjv.de/shareholder/Gesetzgebungsverfahren/Archiv). Der HRA nahm dazu im Februar 2011 Stellung („StRefE“). Am 20. Dezember 2011 folgte der RegE unter der Bezeichnung „Aktienrechtsnovelle 2012“ (BT-Drucks. 17/8989 mit Stellungnahme des Bundesrats und Gegenäußerung der Bundesregierung). Dazu äußerte sich der HRA im März 2012 („StRegE“). Der RegE war auch Gegenstand einer Anhörung des Rechtsausschusses am 5. Juni 2013 (Protokoll Nr. 136), an der Michael Hoffmann-Becking als Sachverständiger teilnahm. In der weiteren Entwicklung kam es zu einem Fraktionsentwurf für eine Ergänzung der Novelle durch eine Regelung zur Vorstandsvergütung (dazu I.13). Wegen des Einspruchs des Bundesrats vom 20. September 2013 scheiterte die Novelle in dieser Legislaturperiode (näher dazu I.13). In der nächsten Periode wurde der Entwurf unter der Bezeichnung „Aktienrechtsnovelle 2014“ neu eingebracht (dazu I.14), und schließlich wurde die Novelle Ende 2015 als „Aktienrechtsnovelle 2016“ beschlossen.

2. Von der Stellungnahme zum Gesetz

Nach dem RefE sollten nichtbörsennotierte Gesellschaften ausschließlich Namensaktien ausgeben dürfen. Der HRA lehnte dieses Verbot der Ausgabe von Inhaberaktien aus einer Reihe von Gründen ab (StRefE Rdn. 1 ff.). Der RegE antwortete auf die verbreitet vorgetragene Kritik mit einem Kompromissvorschlag: Die Ausgabe von Inhaberaktien durch eine nicht börsennotierte Gesellschaft ist zulässig, wenn der Anspruch auf Einzelverbriefung ausgeschlossen ist und die Sammelurkunde bei einer Wertpapiersammelbank oder einem entsprechenden ausländischen

Verwahrer hinterlegt wird. Solange die Sammelurkunde nicht hinterlegt ist, sind die Inhaberaktien wie Namensaktien zu behandeln. Der HRA meinte, diese Lösung sei zwar nicht glücklich, müsse aber offenbar hingenommen werden, um ein weitergehendes Verbot von Inhaberaktien zu vermeiden (StRegE Rdn. 3). Die Regelung des RegE wurde schließlich mit lediglich redaktionellen Änderungen in die Aktienrechtsnovelle 2016 aufgenommen.

Für die Ausgabe von **stimmrechtslosen Vorzugsaktien** wollte der RefE es der Satzung überlassen, ob eine Nachzahlung vorgeschrieben wird. Dem folgten der RegE und auch die Gesetzesfassung der Aktienrechtsnovelle 2016. Der HRA begrüßte die damit verbundene Erleichterung der Eigenkapitalbeschaffung (StRefE Rdn. 21). Probleme bereite allerdings die Regelung zum Aufleben des Stimmrechts in § 140 Abs. 2 AktG, die nach dem RefE unverändert bleiben sollte (StRefE Rdn. 25 ff.). Die Fassung von § 140 Abs. 2 AktG-E im RegE trägt der Kritik Rechnung, folgt aber nicht dem weitergehenden Vorschlag, das Aufleben des Stimmrechts unabhängig von der Nachzahlungspflicht einheitlich zu regeln (StRegE Rdn. 12). In der Gesetzesfassung der Aktienrechtsnovelle 2016 wurde der Entwurf zu § 140 Abs. 2 AktG noch einmal geändert (s. dazu I.14).

Die Änderung des § 175 Abs. 2 AktG im Hinblick auf den Bericht zu den **Angaben nach §§ 289 und 315 HGB** wurde vom HRA als unzureichend kritisiert (StRefE Rdn. 30 f.; StRegE Rdn. 13). Die Fassung des RegE wurde jedoch unverändert in die Aktienrechtsnovelle 2016 übernommen (s. dazu I.14).

Der HRA begrüßte die Änderung der §§ 192 ff. AktG mit dem Ziel, **Wandelschuldverschreibungen** mit einem Umtauschrecht für das emittierende Unternehmen zu ermöglichen (StRefE Rdn. 33). Bedenken äußerte er jedoch gegen den Vorschlag, die Begrenzung des bedingten Kapitals auf 50 % des vorhandenen Grundkapitals für Anleihen mit Wandlungsrecht des Emittenten generell aufzuheben (StRefE Rdn. 34 ff.). Nachfolgend begrenzte der RegE – und ihm folgend der Gesetzgeber – die Zulässigkeit eines höheren Volumens der bedingten Kapitalerhöhung auf bestimmte Notsituationen. Das wurde vom HRA begrüßt (StRegE Rdn. 14). Die im RegE vorgesehene und vom HRA kritisierte (StRegE Rdn. 16) Sonderregelung für Kreditinstitute ist in veränderter Fassung in der Aktienrechtsnovelle 2016 Gesetz geworden.

Die im RefE und ebenso im RegE vorgesehene relative **Befristung von Nichtigkeitsklagen** in § 249 Abs. 3 AktG-E begrüßte der HRA (StRefE Rdn. 38 ff.; StRegE Rdn. 19). Sie fand sich auch noch im RegE zur Aktienrechtsnovelle 2014 (dazu I.14), wurde aber schließlich nicht in die Aktienrechtsnovelle 2016 aufgenommen. Der weitergehende Vorschlag des HRA, nach dem Muster des § 14 Abs. 1 UmwG generell für alle Anfechtungs- und Nichtigkeitsklagen gegen die Wirksamkeit von Strukturmaßnahmen, für die ein Freigabeverfahren eröffnet ist, eine Monatsfrist seit Beschlussfassung vorzusehen (StRefE Rdn. 41; StRegE Rdn. 19 f.), fand kein Gehör.

Nach dem RefE sollte durch Änderung des § 394 AktG die **Verschwiegenheitspflicht** der Aufsichtsratsmitglieder von Gesellschaften, deren Anteile vollständig oder zum Teil von einer Gebietskörperschaft gehalten werden, vollständig zur Disposition der Satzung stehen. Im Anschluss an die verbreitet, u. a. vom HRA geäußerte Kritik (StRefE Rdn. 42 ff.) verfolgte der RegE diesen Ansatz nicht weiter, sondern beschränkte sich auf eine angeblich notwendige Klarstellung der Grundlage der Berichtspflicht der Aufsichtsratsmitglieder gegenüber der Gebietskörperschaft. Die Berichtspflicht kann danach auf Satzung oder Rechtsgeschäft beruhen. Die vom HRA geäußerte Kritik an einem „Rechtsgeschäft“ als ausreichender Grundlage (StRegE Rdn. 23) hat der Gesetzgeber nicht aufgegriffen, sondern § 394 AktG schließlich dahin ergänzt, dass die Berichtspflicht „auf Gesetz, auf Satzung oder auf Rechtsgeschäft beruhen“ kann.

Durch die Aktienrechtsnovelle sollten nach den Vorstellungen des BMJ einige Mängel des Gesetzes ausgeräumt und einige Verbesserungen vorgenommen werden. Demgemäß hat der HRA eine Reihe **weiterer Änderungen** angeregt (StRefE Rdn. 48 ff.; StRegE Rdn. 25 ff.). Der Gesetzgeber hat diese Vorschläge bislang durchweg nicht aufgegriffen. Nur die eher technischen Vorschläge zur Berechnung der Einberufungsfrist in § 123 Abs. 2 Satz 5 AktG und zur Berechnung der Vorbereitungszeit bei Einberufungs- oder Ergänzungsverlangen nach § 122 AktG (StRefE Rdn. 62 ff.) wurden durch die Aktienrechtsnovelle 2016 berücksichtigt.

13. Stellungnahme zu Ergänzungen des Entwurfs der Aktienrechtsnovelle 2012

**DAV-Stellungnahme Nr. 35/2013 von Juni 2013,
abgedruckt in NZG 2013, 694 ff.**

**Berichterstatter: Gabriele Apfelbacher, Christian Decher,
Michael Hoffmann-Becking, Hans-Christoph Ihrig, Thomas Kremer,
Gerd Krieger, Reinhard Marsch-Barner, Georg Maier-Reimer**

Die nachfolgende Stellungnahme des Handelsrechtsausschusses betrifft die von den Koalitionsfraktionen beabsichtigte Ergänzung der Aktienrechtsnovelle 2012 um eine Entscheidungskompetenz der Hauptversammlung in Fragen der Vorstandsvergütung (I) sowie weitere vom Handelsrechtsausschuss vorgeschlagene Ergänzungen der Novelle (II).

I. Vorstands-Vergütungssystem und Höchstbeträge (Neufassung von § 120 IV AktG)

Die Bundesregierung hat am 8.5.2013 eine „Formulierungshilfe“ beschlossen für einen Änderungsantrag der Fraktionen der CDU/CSU und FDP zu dem Gesetzentwurf zur Änderung des Aktiengesetzes (Aktienrechtsnovelle 2012), mit dem sich derzeit der Rechtsausschuss des Bundestags befasst. Zu diesem Vorschlag für eine Neufassung von § 120 IV AktG und der dazu vorgelegten Begründung nimmt der Handelsrechtsausschuss wie folgt Stellung:

1. Allgemeine Anmerkung

Nach dem geltenden Aktienrecht besitzt der Aufsichtsrat seit jeher die volle Personalhoheit gegenüber dem Vorstand, und zwar uneingeschränkt und untrennbar sowohl für die Auswahl der Vorstandsmitglieder durch ihre Bestellung als auch für deren Anstellungsverträge mit der Regelung ihrer Vergütung. Durch die vorgeschlagene Neufassung von § 120 IV AktG soll eine Entscheidungskompetenz der Hauptversammlung zur Festlegung des Systems der Vorstandsvergütung und zur Bestimmung von Höchstbeträgen begründet werden. Dies bedeutet eine grundlegende Veränderung und wesentliche Gewichtsverlagerung im sorgfältig austarierten System der Kompetenzen der drei Organe der Aktiengesellschaft. Künftig hat der Aufsichtsrat, wenn der Vorschlag Gesetz wird, zwar immer noch die volle Verantwortung für die Auswahl und Vergütung der Vorstandsmitglieder, aber nicht mehr die volle Entscheidungskompetenz für die Vergütung. Bei der Festlegung des Systems der Vorstandsvergütung und der erreichbaren Höchstbeträge soll er abhängig sein von der Zustimmung der Hauptversammlung. Das geht entgegen der Darstellung in der Begründung des Entwurfs weit hinaus über eine Verschärfung der Rechenschaftspflicht des Aufsichtsrats gegenüber den Eigentümern, weil eine materielle Entscheidungskompetenz der Hauptversammlung begründet werden soll. Dadurch wird die Position des Aufsichtsrats auch nicht etwa gestärkt, sondern im Gegenteil geschwächt, und zwar auch und gerade gegenüber dem Vorstand, da der Aufsichtsrat in Fragen der Vorstandsvergütung nur noch eingeschränkt entscheidungsfähig ist.

Ob dieser systemverändernde Schritt zu einer Neuregelung der Vergütungskompetenzen politisch sinnvoll ist, soll hier nicht diskutiert werden. Wenn sich der Gesetzgeber dazu entschließt, sollte er aber jedenfalls in besonderem Maße darauf bedacht sein, dass die Vorschrift unmissverständlich gefasst wird und in ihrer Struktur und Terminologie zu den übrigen Regelungen des Aktiengesetzes passt. Dazu will der Handelsrechtsausschuss mit den nachfolgenden Vorschlägen und Anmerkungen beitragen.

2. Zu § 120 IV 1 AktG-E

- 4 Satz 1 soll nach dem Entwurf in Anlehnung an die derzeit geltende Gesetzesfassung wie folgt lauten:
- „Die Hauptversammlung der börsennotierten Gesellschaft beschließt jährlich über die Billigung des vom Aufsichtsrat vorgelegten Systems zur Vergütung der Vorstandsmitglieder“.
- 5 Der Handelsrechtsausschuss schlägt stattdessen die folgende Formulierung vor:
- „Die Hauptversammlung der börsennotierten Gesellschaft beschließt (jährlich in der ordentlichen Hauptversammlung) über die Zustimmung zu dem vom Aufsichtsrat festzusetzenden System der Vergütung der Vorstandsmitglieder“.
- Dabei sind die in Klammern gesetzten Worte nur „hilfsweise“ zu verstehen (s. unten Rdnrn. 8/9).
- 6 Die Formulierung des Entwurfs bringt den grundlegenden Wandel vom unverbindlichen „say on pay“-Beschluss der Hauptversammlung zu der nun gewollten materiellen Entscheidungskompetenz der Hauptversammlung und vor allem die Art des Zusammenwirkens der beiden Organe nicht hinreichend klar zum Ausdruck. Der Sache nach geht es um einen Zustimmungsvorbehalt für die Hauptversammlung zur Entscheidung des Aufsichtsrats über das Vergütungssystem und die erreichbaren Höchstbeträge. Diese rechtliche Struktur muss verdeutlicht werden. Anders als bei sonstigen Vorschlägen des Aufsichtsrats an die Hauptversammlung nach § 124 III AktG geht es nicht um eine originäre Entscheidungskompetenz der Hauptversammlung, die sich über den Vorschlag des Aufsichtsrats etwa auf Grund von Gegenanträgen von Aktionären hinwegsetzen und abweichend entscheiden kann, sondern es geht um Entscheidungen des Aufsichtsrats in Vergütungsfragen, für die er die Zustimmung der Hauptversammlung benötigt, die aber nicht von der Hauptversammlung aus eigenem Recht abgeändert werden können, sondern denen die Hauptversammlung nur zustimmen oder sie ablehnen kann. Es ergibt sich somit dasselbe Regelungsmuster, wie es der Gesetzgeber in § 111 IV 2 AktG für Zustimmungsvorbehalte des Aufsichtsrats gegenüber Entscheidungen des Vorstands geregelt hat. Nur bei diesem Verständnis ist gewährleistet, dass der Aufsichtsrat das alleinige Initiativrecht behält.
- 7 Statt der Worte „des vom Aufsichtsrat vorgelegten Systems“ sollte es besser heißen „des vom Aufsichtsrat festzusetzenden Systems“. Das Wort „vorgelegten“ kann dahin missverstanden werden, es handele sich um einen „normalen“ Beschlussvorschlag nach § 124 III AktG zu einem Thema, das in der alleinigen Entscheidungskompetenz der Hauptversammlung liegt. Das Wort „festzusetzenden“ nimmt Bezug auf die Wortwahl in § 87 I 1 AktG, wonach dem Aufsichtsrat die Festsetzung der Gesamtbezüge der einzelnen Vorstandsmitglieder obliegt. Zugleich soll durch die Wortwahl „festzusetzende“ statt „festgesetzte“ die Pflicht des Aufsichtsrats zur Festsetzung eines Systems (und nicht nur der individuellen Vergütungen) verdeutlicht werden, da sich diese „Systempflicht“ aus § 87 I AktG allenfalls undeutlich ergibt.
- 8 Die Zustimmung der Hauptversammlung muss nach dem Entwurf jährlich erneut eingeholt werden, und zwar auch dann, wenn der Aufsichtsrat keine Änderung des im Vorjahr genehmigten Systems oder der genehmigten Höchstbeträge beabsichtigt. Der Handelsrechtsausschuss schlägt vor, auf das Wort „jährlich“ zu verzichten, mit der Folge, dass das von der Hauptversammlung genehmigte System (einschließlich der darin festgelegten Höchstbeträge) so lange gilt, wie der Aufsichtsrat nicht eine Änderung beschlossen und der Hauptversammlung zur Zustimmung vorlegt hat. Eine jährlich wiederkehrende Beschlussfassung der Hauptversammlung über das unveränderte System mit unveränderten Höchstbeträgen ist nicht nur schwerfällig und bürokratisch, sondern birgt vor allem das Risiko, dass unterschiedliche Jahresbeschlüsse auf Grund wechselnder Mehrheiten zu demselben Inhalt gefasst werden und dadurch eine kontinuierliche und auf längere Sicht angelegte Vergütungspolitik des Aufsichtsrats durchkreuzt wird.
- 9 Wenn sich der Gesetzgeber trotz dieses Bedenkens für die jährliche Wiederholung des Zustimmungsbeschlusses entscheidet, muss zumindest klargestellt werden, was mit „jährlich“ gemeint ist. Dieses Wort findet sich schon in § 161 AktG zur „jährlichen“ Entsprechenserklärung von Vorstand und Aufsichtsrat zum Deutschen Corporate Governance Kodex und hat dort für erhebliche Verwirrung gesorgt (Kalenderjahr? Geschäftsjahr? Abstand von 12 Monaten?) Die Bedeutung wird klar, wenn man das Wort „jährlich“ ausdrücklich auf die ordentliche Hauptversammlung (§ 175 AktG) bezieht, wie dies „hilfsweise“ in dem Klammerzusatz im Vorschlag des Handelsrechtsausschusses (oben Rdnr. 5) erfolgt.

3. Zu § 120 IV 2 AktG-E

Satz 2 soll nach dem Entwurf wie folgt lauten:

10

„Die Darstellung des Systems hat auch Angaben zu den höchstens erreichbaren Vergütungen, aufgeschlüsselt nach Vorstandsvorsitz, dessen Stellvertretung und einfachem Mitglied des Vorstands, zu enthalten“.

Der Handelsrechtsausschuss schlägt die folgende Formulierung vor:

11

„Das zur Zustimmung vorgelegte System hat auch Angaben zu den höchstens erreichbaren Gesamtbezügen zu enthalten, aufgeschlüsselt nach den höchstens erreichbaren Gesamtbezügen des Vorstandsvorsitzenden oder -sprechers, dessen Stellvertreter und eines einfachen Mitglieds des Vorstands“.

Das Wort „Vergütungen“ ist missverständlich. Stattdessen sollte an die Begriffsbildung des § 87 I 1 AktG angeknüpft und das Wort „Gesamtbezüge“ verwendet werden: Der Aufsichtsrat hat die „Gesamtbezüge“ festzusetzen. Außerdem wird dadurch klargestellt, dass es bei der Festlegung von Höchstbeträgen um die Gesamtvergütung geht, nicht aber um die Festlegung von Höchstbeträgen für die einzelnen Vergütungsarten. Eine zwingende „Auffächerung“ der Höchstbeträge auf die einzelnen Vergütungselemente wäre eine übermäßige, für die Zielsetzung des Entwurfs unnötige und durch den Entwurf wohl auch nicht intendierte Regulierung. Die Gestaltungsfreiheit des Aufsichtsrats bei der individuellen Austarierung der Vergütungselemente in dem durch den Höchstbetrag der Gesamtbezüge gezogenen Rahmen sollte unbedingt erhalten bleiben.

12

Eine Aufschlüsselung soll, wie es in der Begründung heißt, nicht nach Personen, sondern nach Funktionen erfolgen. Damit sind nicht die unterschiedlichen Ressorts gemeint, sondern die unterschiedlichen Rangkategorien, falls es solche unterschiedlichen Kategorien im Vorstand gibt. Statt eines Vorstandsvorsitzenden kann es auch einen Vorstandssprecher geben, es kann einen Stellvertreter (nicht: „Stellvertretung“) des Vorsitzenden oder Sprechers geben, und es gibt schließlich im Kontrast zu den beiden vorgenannten Kategorien die Kategorie des einfachen Vorstandsmitglieds. Aus der Formulierung sollte klar hervorgehen, dass es nicht erforderlich ist, Höchstbeträge für jedes einzelne einfache Vorstandsmitglied festzusetzen, weil dies im Ergebnis dazu führen würde, dass vollständig nach Personen aufgeschlüsselt werden müsste. Um insofern Missverständnisse zu vermeiden, wird vorstehend die Formulierung vorgeschlagen „den höchstens erreichbaren Gesamtbezügen... eines einfachen Mitglieds des Vorstands“.

13

4. Zu § 120 IV 3 AktG-E

Satz 3 des Entwurfs lautet:

14

„Der Beschluss berührt nicht die Wirksamkeit der Vergütungsverträge mit dem Vorstand; er ist nicht nach § 243 anfechtbar“.

Der erste Satzteil enthält, wie die Begründung zutreffend erläutert, nur eine Klarstellung. Wichtig ist der im zweiten Satzteil vorgesehene Ausschluss der Anfechtbarkeit nach § 243 AktG. Für den Ausschluss der Anfechtung sprechen die in der Begründung genannten beiden Argumente, die hier noch einmal verdeutlicht werden sollen:

15

Eine Zulassung der Anfechtungsklage würde das Gericht zu einer Inhaltskontrolle berechtigen und zwingen, nämlich zu der Entscheidung, ob ein bestimmtes System und vor allem bestimmte Höchstbeträge rechtlich zulässig sind. Da es bekanntlich kein „iustum pretium“ gibt oder ein solches jedenfalls nicht rechtssicher festgestellt werden kann, würde dem Gericht etwas abverlangt, was es vernünftigerweise nicht leisten kann und nicht leisten sollte. Das „business judgement“ der Hauptversammlung bei der Zustimmung oder Ablehnung dessen, was der Aufsichtsrat festsetzen will, sollte keiner gerichtlichen Inhaltskontrolle unterliegen. Hinzu kommt das in der Begründung genannte zweite Argument, nämlich die Rechtsunsicherheit, die sich in der erfahrungsgemäß langen Dauer eines bei Gericht anhängigen Anfechtungsstreits für den Aufsichtsrat ergeben würde. Soll und kann er nach dem zwar angefochtenen, aber noch nicht für nichtig erklärten Beschluss verfahren oder muss er sich an dem zuvor gebilligten und bestandskräftig gewordenen System und den dort bestimmten Höchstbeträgen orientieren? Muss er sich – im Zweifel durch eine „legal opinion“ – eine Meinung über die Erfolgsaussichten der Anfechtungsklage bilden und darauf seine Vergütungspraxis stützen? All diese Unsicherheiten sollten dem Aufsichtsrat (und den Vorstandsmitgliedern!) erspart bleiben.

16

5. Anmerkungen zur Begründung des Entwurfs

- 17 Zu Seite 1 unten/Seite 2 oben:
- 18 Die vorgesehene Regelung ist keine bloße „systemkonforme Fortentwicklung“ des bisherigen „Say-on-Pay-Ansatzes“, sondern eine systemverändernde Beschränkung der Personalhoheit des Aufsichtsrats. Richtig ist, dass sich die Regelung im Einklang mit den Änderungen in der Kodex-Fassung 2013 befindet. Aber das ist nur ein weiteres Beispiel dafür, dass der Gesetzgeber den Kodex als Wegbereiter für zwingende gesetzliche Regelungen benutzt und mit seiner gesetzlichen Regelung an der Kommission vorbeizieht, ohne abzuwarten, ob sich die Empfehlungen des Kodex bewähren und befolgt werden.
- 19 Zu Seite 2 Abs. 4:
- 20 Zu dem zur Zustimmung vorgelegten System können die Aktionäre, wie es in der Begründung heißt, „ihre üblichen Rechte nutzen und in der Hauptversammlung Fragen zu dem Vergütungssystem stellen“. Sie sollen aber gerade keine sachlichen Gegenanträge zur Beschlussfassung stellen können, da es sich, wie vorstehend dargelegt, nicht um eine originäre Entscheidungskompetenz der Hauptversammlung, sondern nur um einen Zustimmungsvorbehalt für die Hauptversammlung handelt. Der Satz in der Begründung ist deshalb irreführend.
- 21 Zu Seite 2 letzter Absatz:
- 22 Der Begriff „Vergütungssystem“ wird vom Gesetz zwar schon bislang in § 120 IV AktG und in § 289 II Nr. 5 HGB („Grundzüge des Vergütungssystems“ im Lagebericht) verwendet, während § 87 I 2 AktG von „Vergütungsstruktur“ spricht. Der Begriff „Vergütungssystem“ ist unscharf. Das hat nicht zu Problemen geführt, solange der „Say-on-Pay“-Beschluss rechtlich unverbindlich war. Angesichts der nun vorgesehenen Verbindlichkeit des Beschlusses für die Entscheidungen des Aufsichtsrats wird es zu erheblichen Abgrenzungsproblemen kommen. Die Begründung nennt beispielhaft einige Vergütungselemente, die zweifellos bei einer Darstellung des Systems der Vorstandsvergütung skizziert werden müssen, nämlich fixe Vergütung, variable Vergütung und Altersversorgung. Im „System“ soll sich der Aufsichtsrat aber auch zu speziellen Vergütungsformen in Sonderfällen wie Abfindungen und Antrittsgeldern (und vermutlich auch Sondervergütungen für außerordentliche Leistungen) festlegen, und zwar offenbar auch dann, wenn gar nicht absehbar ist, ob und wann sich solche Sonderkonstellationen in der Zukunft ergeben können. Hier beginnt der Begriff des Vergütungssystems und damit auch der Umfang des Zustimmungsvorbehalts der Hauptversammlung uferlos zu werden.
- 23 Der höchstens erreichbare Betrag der Gesamtbezüge soll in einem Betrag in Euro angegeben werden. Das setzt voraus, dass man für die einzelnen Vergütungselemente sichere Teil-Höchstbeträge ermitteln kann. Der Handelsrechtsausschuss hat bereits in seiner Stellungnahme zu den Änderungsvorschlägen der Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex vom 5.2.2013 (DAV-Stellungnahme Nr. 20/2013) auf die praktischen Probleme bei der Ermittlung von Höchstgrenzen der Vergütung hingewiesen. Das gilt ganz besonders für aktienbasierte Vergütungen und für die Altersversorgung. Wegen dieser Schwierigkeiten sollte in der Begründung klargestellt werden, dass in dem zur Zustimmung vorgelegten System auch die Berechnungsmethoden vorgegeben werden können, nach denen ermittelt wird, ob die Obergrenze erreicht oder überschritten wird.
- 24 Zu Seite 3 Abs. 4:
- 25 Nach der Begründung „sollte“ in der Hauptversammlung eine „gegliederte Beschlussfassung“ einerseits zum Vergütungssystem und andererseits zu den maximal erreichbaren Gesamtvergütungen für die genannten Kategorien der Vorstandsmitglieder erfolgen. Eine zweiteilige Beschlussfassung mit der Folge, dass es dazu kommen kann, dass der eine Teil angenommen und der andere Teil abgelehnt wird, ist nicht zulässig, wenn der Aufsichtsrat beides „im Paket“ zur Zustimmung vorlegt. Es hängt also von der Vorlage ab, ob der Versammlungsleiter die beiden Teile getrennt zur Abstimmung stellen kann. Keinesfalls sollte eine gegliederte Beschlussfassung vom Gesetzgeber vorgeschrieben werden, und sei es auch nur indirekt durch die Begründung.
- 26 Zu Seite 4 Abs. 2:
- 27 Solange ein Hauptversammlungsbeschluss über ein neues System nicht vorliegt, bleibt der Aufsichtsrat nach der Begründung „selbstverständlich berechtigt, Vorstandsverträge abzuschließen“. Das ist in der Tat selbstverständlich, aber auch nichtssagend. Der Satz sollte ergänzt werden. Beim Abschluss der Vorstandsverträge ist der Aufsichtsrat, solange nicht die Hauptversammlung einem veränderten System oder veränderten Höchstbeträgen zugestimmt hat, an den Rahmen gebunden, dem die Hauptversammlung zuletzt zugestimmt hat. In der Zeit vor einem erstmaligen

bindenden Beschluss nach der neuen Vorschrift ist der Aufsichtsrat dagegen nur durch die aus § 87 AktG folgenden Grenzen seines Vergütungsermessens limitiert.

6. Übergangsregelung

Der Gesetzentwurf zur Aktienrechtsnovelle 2012 enthält in § 26f EGAktG-E besondere Übergangsvorschriften für einzelne Änderungen des Aktiengesetzes. Auch für die jetzt vorgesehene Neufassung von § 120 IV AktG bedarf es einer Übergangsregelung. Zweckmäßig sollte die Vorschrift erstmals für nach dem 1.1.2014 einberufene ordentliche Hauptversammlungen gelten. 28

II. Weitere Ergänzungen der Aktienrechtsnovelle

1. Ausschluss der Anfechtung wegen Verletzung des § 161 AktG

In seinen Stellungnahmen zum Referentenentwurf (DAV-Stellungnahme Nr. 7/11 = NZG 2011, 217) und zum Regierungsentwurf der Aktienrechtsnovelle 2012 (DAV-Stellungnahme Nr. 25/12 = NZG 2012, 381 383f.) hat der Handelsrechtsausschuss Vorschläge zur Streichung der 3-Jahresfrist und des Widerspruchsrechts in § 93 IV 3 AktG, zur Beschränkung des Delegationsverbots in § 107 III 3 AktG auf börsennotierte Gesellschaften und zur Streichung der zwingenden Bemessungsregel des § 113 III AktG für variable Aufsichtsratsvergütungen vorgetragen. Der Handelsrechtsausschuss hält an diesen Vorschlägen fest, auch wenn sie vermutlich im Zuge der jetzt anstehenden Novelle nicht mehr realisiert werden können. 29

Dringender ist der in der Stellungnahme zum Regierungsentwurf unterbreitete Vorschlag, die Anfechtbarkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen wegen Verletzung der Erklärungsspflicht zum Deutschen Corporate Governance Kodex nach § 161 AktG auszuschließen, und zwar durch Ergänzung von § 243 III Nr. 2 AktG. In der dafür vorgetragenen Begründung hat der Handelsrechtsausschuss insbesondere auf die Rechtsunsicherheit im Hinblick auf die Anfechtung von Wahlbeschlüssen der Hauptversammlung, insbesondere zur Wahl von Mitgliedern des Aufsichtsrats, hingewiesen. Noch gibt es zwar keine Entscheidung des *BGH*, wonach außer der Anfechtung von Entlastungsbeschlüssen auch Wahlbeschlüsse mit der Begründung einer unrichtigen oder nicht umgehend korrigierten Entsprechenserklärung nach § 161 AktG angefochten werden können. Aber mehrere Instanzengerichte haben bereits in diesem Sinne entschieden, und im Schrifttum mehren sich die Stimmen, die eine Anfechtung der Aufsichtsratswahl mit dieser Begründung zulassen wollen. Inzwischen hat sich die Rechtsunsicherheit durch eine Grundsatzentscheidung des *BGH* vom 19.2.2013 (NZG 2013, 456) verstärkt, in welcher der *BGH* bekräftigt hat, dass die Nichtigkeitserklärung eines Wahlbeschlusses der Hauptversammlung auf den Zeitpunkt der Beschlussfassung zurückwirkt, so dass das betreffende Aufsichtsratsmitglied nie wirksam Mitglied des Aufsichtsrats geworden ist; zugleich hat es der *BGH* abgelehnt, die Folgen dieser Rückwirkung durch Anerkennung der Lehre vom „faktischen Organmitglied“ abzumildern. Damit ist der Regelungsbedarf für den vorgeschlagenen Anfechtungsausschluss im Hinblick auf Verstöße gegen § 161 AktG noch deutlicher hervorgetreten. 30

Der Gesetzgeber sollte die entstandene Rechtsunsicherheit möglichst rasch durch einen ausdrücklichen Ausschluss der Anfechtbarkeit beseitigen und dies nicht auf die nächste Legislaturperiode verschieben. Auch der 69. Deutsche Juristentag 2012 hat sich für eine entsprechende gesetzliche Regelung ausgesprochen. 31

2. Gesetzgebungsvorschlag zum Nachteilsausgleich nach § 15 UmwG durch die Gewährung von zusätzlichen Aktien

Der Handelsrechtsausschuss hat im Jahre 2007 einen umfangreichen Gesetzgebungsvorschlag zum Spruchverfahren bei Umwandlung und Sachkapitalerhöhung und zur Erfüllung des Ausgleichsanspruchs durch Aktien vorgelegt (DAV-Stellungnahme Nr. 27/07 = NZG 2007, 497). Die darin enthaltenen Vorschläge wurden im Schrifttum durchweg positiv kommentiert, vom Bundesministerium der Justiz leider jedoch bislang nicht aufgegriffen. Der Handelsrechtsausschuss unterbreitet den Vorschlag aus dem Jahre 2007 in der Anlage zu dieser Stellungnahme noch einmal mit einem wesentlich eingeschränkten Regelungsumfang. Der Vorschlag beschränkt sich in der hier vorgelegten Fassung auf eine Regelung zur Verschmelzung von Aktiengesellschaften. 32

- 33 Wenn am Ende eines Spruchverfahrens zur Überprüfung des Umtauschverhältnisses feststeht, dass die Aktionäre der übertragenden und durch die Verschmelzung untergegangenen Gesellschaft bei dem Umtausch zu wenig Aktien der übernehmenden Gesellschaft erhalten haben, sieht § 15 UmwG derzeit nur einen Ausgleich durch eine bare Zuzahlung vor. Das ist nicht systemgerecht, denn die Verschmelzung ist definitionsgemäß ein Zusammenschluss gegen Gewährung von Anteilen und nicht gegen Barabfindung (§ 2 UmwG). Bare Zuzahlungen widersprechen dem Grundgedanken der Verschmelzung und können deshalb im Verschmelzungsvertrag nur für Zwecke eines Spitzenausgleichs bis zum Umfang von höchstens 10% des Nennbetrags der gewährten Anteile vorgesehen werden. Die unlimitierte bare Zuzahlung am Ende des Spruchverfahrens ist deshalb ein Bruch im System der Verschmelzung. Wenn die ehemaligen Aktionäre der übertragenden Gesellschaft, die durch die Verschmelzung Aktionäre der übernehmenden Gesellschaft geworden sind, als Ausgleich zusätzliche Aktien der übernehmenden Gesellschaft erhalten, erhalten sie das, was ihnen schon im Verschmelzungsvertrag hätte gewährt werden müssen, nämlich weitere Anteile und nicht eine zusätzliche Barzahlung.
- 34 Ein Ausgleich durch Gewährung zusätzlicher Aktien ist deshalb systemgerecht und dient überdies dem Gläubigerschutz. Bei der Korrektur des Umtauschverhältnisses geht es um einen Ausgleich zwischen den Alt- und Neugesellschaftern der übernehmenden Gesellschaft, durch den die „Kasse“ der Gesellschaft wenn möglich nicht belastet werden sollte. Wenn die durch die Verschmelzung hinzugekommenen Aktionäre zusätzliche dividendenberechtigte Aktien erhalten, geht dies ausschließlich zu Lasten der Altgesellschafter, und die Gläubiger der Gesellschaft werden geschützt, weil das Vermögen der Gesellschaft nicht vermindert wird. Ein Ausgleich durch zusätzliche Aktien findet sich im Übrigen auch schon im geltenden Recht als Rechtsfolge am Ende eines für die Antragsteller günstig verlaufenen Spruchverfahrens, nämlich bei der Nachbesserung einer nach § 305 AktG erfolgten Abfindung in Aktien der Obergesellschaft.
- 35 Durch die vorgeschlagene Neuregelung soll ein Nachteilsausgleich durch die Gewährung zusätzlicher Aktien ermöglicht werden. Der Handelsrechtsausschuss hat den dahingehenden Teil seines Vorschlags aus dem Jahre 2007 überarbeitet und legt ihn nunmehr in der beigefügten Fassung vor.

Anlage zur Stellungnahme des Handelsrechtsausschusses des Deutschen Anwaltvereins zu Ergänzungen der Aktienrechtsnovelle 2012

Gesetzgebungsvorschlag zum Nachteilsausgleich nach § 15 UmwG durch die Gewährung von zusätzlichen Aktien an Stelle vonbarer Zuzahlung

I. Defizite der geltenden Rechtslage

- 1 Nach § 14 II UmwG kann die Klage gegen die Wirksamkeit des Umwandlungsbeschlusses eines übertragenden Rechtsträgers nicht darauf gestützt werden, dass das Umtauschverhältnis der Anteile zu niedrig bemessen ist. Der Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers kann die Rüge eines zu niedrig bemessenen Umtauschverhältnisses stattdessen im Spruchverfahren geltend machen (§ 1 Nr. 4 SpruchG). Wenn im Spruchverfahren rechtskräftig eine Verbesserung des Umtauschverhältnisses zu Gunsten der Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers festgestellt worden ist, erfolgt der Nachteilsausgleich nach § 15 UmwG ausschließlich durch eine bare Zuzahlung, nicht durch die Gewährung von zusätzlichen Anteilen. Dem ausgleichsverpflichteten Rechtsträger droht daher ein möglicherweise erheblicher und im Extremfall sogar existenzgefährdender Liquiditätsentzug zu Lasten des Eigenkapitals in unbestimmter Höhe zu einem weit in der Zukunft liegenden unbekanntem Zeitpunkt.
- 2 Zusätzlich kann sich eine erhebliche Steuerlast ergeben, wenn bei der Umwandlung die Buchwerte der übergehenden Wirtschaftsgüter nach § 11 II 1 Nr. 3 UmwStG fortgeführt wurden; durch die bare Zuzahlung als Teil der Gegenleistung kommt es nachträglich zu einer anteiligen Aufdeckung der Reserven.
- 3 Schon vergleichsweise kleine Korrekturen des Umtauschverhältnisses können große Zahlungspflichten der übernehmenden Gesellschaft zur Folge haben. Die Gründe hierfür sind insbesondere: