

Schriftenreihe zum Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht

Herausgegeben von Lutz Michalski,
Axel Jäger und Klaus-Rudolf Wagner

Band 37

Andreas Voth

Beratende
Hauptversammlungs-
beschlüsse – zugleich eine
kritische Betrachtung
des § 120 Abs. 4 AktG



PETER LANG

Internationaler Verlag der Wissenschaften

§ 1 Einleitung

A. Ausgangspunkt

Das deutsche Gesellschaftsrecht zeichnet sich durch weitgehend festgelegte Strukturen aus. Als Teil der zivilrechtlichen Ordnung partizipiert es nur in begrenztem Umfang an der allgemein vorzufindenden Gestaltungsfreiheit, die sich aus der grundrechtlich garantierten Privatautonomie gemäß Art. 2 GG ergibt. Dies wirkt sich zwar nicht in jedem Bereich des Gesellschaftsrechts in gleichem Umfange aus, doch sind die zu beachtenden Grenzen, abhängig von der gewählten Gesellschaftsform, in der Handhabung der gesellschaftsrechtlichen Praxis von besonderer Bedeutung.

Allein der Gesichtspunkt der Wahl der Gesellschaftsform lässt bereits zutage treten, worin ein wesentliches Element des deutschen Gesellschaftsrechts liegt, nämlich der *numerus clausus* der Gesellschaftsformen. Von der Rechtsordnung wird vorgegeben, was als Rechtssubjekt – als Gesellschaft – anerkannt wird. Der freien Gestaltung wird folglich entgegengetreten, wenngleich die unterschiedlichen Gesellschaftsformen ihrerseits Ausdruck der verfassungsrechtlich garantierten Vereinigungsfreiheit nach Art. 9 Abs. 1 GG sind. Größere Freiheiten werden dem Einzelnen noch belassen, soweit er sich für eine Personengesellschaft entscheidet. Greift man sich beispielsweise die BGB-Gesellschaft als Prototyp der Personengesellschaften heraus, zeigt sich, welch weiten Gestaltungsspielraum die Gesellschafter haben. Die gesetzlichen Regelungen sind nur in sehr begrenztem Umfang zwingenden Charakters, sodass vieles nach den individuellen Überlegungen und den Ausrichtungen der Gesellschaft im Einzelfall ausgestaltet werden kann. Die Gesellschafter bleiben Herr über ihre Gesellschaft und sind mit ihr – fast – untrennbar verbunden, jedenfalls im Hinblick auf die Verteilung der Rechteordnung. So erklärt es sich, dass die wichtigsten Impulse und die wichtigsten Entscheidungen aus der Versammlung der Gesellschafter heraus beschlossen werden müssen und dass sie die Richtung für die Geschäftsführung vorgibt. Oberstes Organ bleibt damit die Gesellschafterversammlung.

Demgegenüber steht das System der Kapitalgesellschaften. Kapitalgesellschaften wie die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, die Aktiengesellschaft oder die Kommanditgesellschaft auf Aktien sind eigenständige rechtliche Einheiten; als juristische Personen sind sie selbstständige Rechtssubjekte, ebenso wie ihre Grundform: der eingetragene Verein. Ihre – relative – Losgelöstheit von einem Gesellschafterverbund zeigt sich bereits darin, dass sowohl die GmbH als auch die AG jeweils von nur einer Person gegründet werden kann und grund-

sätzlich keine Identität zwischen den Geschäftsleitern und den Gesellschaftern bestehen muss (sog. Fremdorganschaft). Zwar verbleiben auch bei den Kapitalgesellschaften die wesentlichen Grundentscheidungen über die Gesellschaft in der Hand der Anteilseigner. Doch fällt deren Partizipationsmöglichkeiten weit geringer aus als im Rahmen der Personengesellschaften. Während bei der GmbH noch größere Einflussmöglichkeiten von Seiten der Gesellschafter bestehen, die gemäß § 45 GmbHG sogar gesellschaftsvertraglich geregelt werden oder durch Weisungen gemäß § 37 Abs. 1 GmbHG zum Ausdruck kommen können, bestehen bei der Aktiengesellschaft weitgehend strikte gesetzliche Vorgaben in Bezug darauf, welche Aufgaben von der Hauptversammlung als Organ der Anteilseigner ausgeübt werden können.

Letztgenannte Tatsache bildet den entscheidenden Ausgangspunkt für die vorliegende Betrachtung von beratenden Hauptversammlungsbeschlüssen und dem gemäß § 120 Abs. 4 AktG eingeführten Vergütungsvotum sowie für deren kritische Hinterfragung.

B. Hintergrund zur Arbeit

Am 5. August 2009 ist das Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (kurz: VorstAG) in Kraft getreten.¹ Hintergrund dieses Gesetzes war zum einen die zu dieser Zeit noch andauernde Finanzmarktkrise. Als einen der Gründe für diese Krise hatte man die – vermeintlich oder tatsächlich – unangemessenen Vorstandsgehälter ausgemacht.² Dabei bezog sich die Unangemessenheit nicht nur auf die Höhe der Gehälter, sondern insbesondere auch auf die Systeme der Vergütung für die Vorstände. Diese begünstigten durch das Setzen falscher Anreize das Eingehen von Risiken, die zur Finanzmarktkrise beigetragen haben. Zur Zielsetzung des Gesetzgebers heißt es wie folgt in der Gesetzesbegründung³:

„Ziel des Gesetzentwurfs ist es, die Anreize in der Vergütungsstruktur für Vorstandsmitglieder in Richtung einer nachhaltigen und auf Langfristigkeit ausgerichteten Unternehmensführung zu stärken. Zugleich soll die Verantwortlichkeit des Aufsichtsrats für die Ausgestaltung der Vorstandsvergütung gestärkt und konkretisiert

1 BGBI. I 2009, 2509.

2 Die Angemessenheit der Vorstandsgehälter war aber nicht erst seit diesem Zeitpunkt in der Diskussion. Bereits zuvor wurde auf verschiedene Weise auf Transparenz bei der Vorstandsvergütung hingearbeitet, so zum Beispiel durch das Gesetz zur Offenlegung der Vorstandsvergütung vom 03.08.2005 (VorstOG; BGBI. I 2005, 2267) und durch Empfehlungen und Anregungen im Deutschen Corporate Governance Kodex.

3 BT-Drs. 16/13433, S. 1.

werden sowie die Transparenz der Vorstandsvergütung gegenüber den Aktionären und der Öffentlichkeit verbessert werden.“

Der Gesetzgeber reagierte, indem er Veränderungen an § 87 AktG vornahm, die teils rein deklaratorischer Art waren, teils aber zu neuen Anforderungen für die Struktur von Vorstandsvergütungssystemen geführt haben.

Schon bisher war es selbstverständlich, die Gehälter der Vorstände an ihrer Leistung zu bemessen; dies wurde nunmehr im Gesetzestext des § 87 Abs. 1 AktG klargestellt. Andererseits ist jedoch darauf zu achten, dass die übliche Vergütung nicht überschritten wird, wobei die Üblichkeit anhand eines horizontalen als auch eines vertikalen Vergleichs stattfinden soll.⁴ Horizontal bedeutet dabei einen Vergleich mit anderen Unternehmen, vertikal den Vergleich innerhalb des eigenen Unternehmens.

Für börsennotierte Gesellschaften wurde ferner festgeschrieben, dass deren Vergütungsstruktur im Vorstandsbereich auf eine nachhaltige Unternehmensentwicklung ausgerichtet sein muss, freilich an sich keine Forderung, da bereits zuvor der Deutsche Corporate Governance Kodex⁵ eine gleich lautende Empfehlung ausgesprochen hatte. Diese ist nun in zwingendem Gesetzesrecht fixiert worden, was zur Folge hat, dass ein Abweichen von dieser Vorschrift als echte Pflichtverletzung anzusehen ist, wofür der Aufsichtsrat im Rahmen von § 116 AktG haftet (dies ist durch das VorstAG sogar redaktionell bei § 116 AktG hervorgehoben worden); eine bloße, sanktionslose Abweichenserklärung wie früher ist daher nicht mehr möglich. Ferner sollen variablen Vergütungsbestandteilen mehrjährige Bemessungsparameter zugrunde gelegt werden.⁶

4 Vgl. BT-Drs. 16/12278, S. 5.

5 Soweit nicht anders angegeben beziehen sich die Zitate und Bezugnahmen auf den Deutschen Corporate Governance Kodex in der vorliegenden Arbeit auf dessen Fassung vom 26. Mai 2010, veröffentlicht im elektronischen Bundesanzeiger am 2. Juli 2010.

6 Diese Regelung hat zu angeregter Diskussion in der juristischen Literatur Anlass gegeben. Im Mittelpunkt standen mehrere Fragen.

Zunächst: Waren damit reine Fixgehälter für Vorstände unzulässig? Dies wird von der ganz h.M. – zu Recht – verneint. Der Gesetzgeber wollte kein Verbot reiner Fixgehälter herbeiführen. Vielmehr bleibt diese Entscheidung weiterhin dem Aufsichtsrat vorbehalten. Gleichwohl ist daran zu denken, dass der Deutsche Corporate Governance Kodex empfiehlt, die Vergütung des Vorstands solle fixe und variable Vergütungsbestandteile enthalten. Eine Abweichung hiervon durch ein reines Fixgehalt würde daher zu einer entsprechenden Erklärung gemäß § 161 AktG führen. (vgl. Bauer/Arnold, AG 2009, 717 (721 f.); Hohenstatt, ZIP 2009, 1349 (1351); Hoffmann-Becking/Krieger, NZG-Beil. 2009, 1 (2); Deilmann/Otte, GWR 2009, 261; Lingemann, BB 2009, 1918 (1919); Fleischer, NZG 2009, 801 (803)).

Einen weiteren Ansatzpunkt zur Verschärfung der Regeln zur Vorstandsvergütung sah der Gesetzgeber in § 87 Abs. 2 AktG, der dem Aufsichtsrat schon bisher eine Möglichkeit zur Herabsetzung der Vorstandsvergütung in bestimmten Krisensituationen an die Hand gab. Die vormalige „kann“-Vorschrift ist in eine „soll“-Vorschrift geändert worden, sodass sich der Entscheidungsspielraum für den Aufsichtsrat verschmälert hat.⁷

Beide Entscheidungen – also sowohl die Festsetzung als auch die mögliche Herabsetzung – hat der Gesetzgeber durch das VorstAG dem gesamten Plenum des Aufsichtsrats überantwortet. Eine Übertragung auf einen Ausschuss (z. B. Personalausschuss) ist nicht mehr zulässig, § 107 Abs. 3 S. 3 AktG. Ein solcher Ausschuss darf in dieser Angelegenheit nur noch vorbereitend für das Gesamtplenum tätig werden.⁸

Dann: Dürfen keine Jahresboni/-tantiemen mehr mit den Vorständen vereinbart werden?

Auch hier hat sich in der juristischen Literatur schnell durchgesetzt, dass auch weiterhin Jahresboni oder -tantiemen vereinbart werden dürfen. Auch der Gesetzgeber hat in der Gesetzesbegründung zugestanden, dass kurzfristige Anreize gesetzt werden dürfen. Doch muss insgesamt das System der variablen Vergütungsbestandteile auf Mehrjährigkeit ausgelegt sein; die Mehrjahreskomponente muss daher die Jahreskomponenten überwiegen. (vgl. Annuß/Theusinger, BB 2009, 2434 (2436); Bauer/Arnold, AG 2009, 717 (722); Bosse, BB 2009, 1650 (1651); Hoffmann-Becking/Krieger, NZG-Beil. 2009, 1 (2); Hohenstatt, ZIP 2009, 1349 (1351); Lingemann, BB 2009, 1918 (1919); Deilmann/Otte, GWR 2009, 261; Nikolay, NJW 2009, 2640 (2642); Seibert, WM 2009, 1489 (1490); van Kann/Keiluweit, DStR 2009, 1587 (1588)).

Schließlich: Welcher zeitliche Rahmen muss für die mehrjährige Bemessungsgrundlage angelegt werden? Die Positionen hierzu reichen von zwei bis fünf Jahren, überwiegend wird jedoch eine Zeitspanne von drei bis vier Jahren als richtig angesehen. (vgl. Bauer/Arnold, AG 2009, 717 (722 f.); Hoffmann-Becking/Krieger, NZG-Beil. 2009, 1 (3); Annuß/Theusinger, BB 2009, 2434 (2436); Deilmann/Otte, GWR 2009, 261; Fleischer, NZG 2009, 801 (803); Bosse, BB 2009, 1651 (1651); Seibert, WM 2009, 1489 (1490)).

7 Inwieweit sich im Tatsächlichen durch diese Neuerung etwas ändern wird, ist fraglich. Zunächst war im Gesetzgebungsprozess vorgesehen, die Herabsetzung für den Aufsichtsrat verpflichtend auszugestalten. Dies wurde jedoch durch die Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses noch in die „soll“-Form abgemildert (vgl. BT-Drs. 16/13433, S. 4). Bei der Ausübung des nunmehr möglichen Ermessens können daher gewichtige betriebliche Gründe dazu führen, dass der Aufsichtsrat von einer Herabsetzung absehen darf, ohne sich selbst eine Pflichtverletzung vorwerfen lassen zu müssen, beispielsweise wenn zu befürchten ist, dass das Vorstandsmitglied bei einer Herabsetzung das Unternehmen verlässt und es so zu einer Verschlimmerung der Lage der Gesellschaft kommen würde.

8 Vgl. hierzu auch Ziffer 4.2.2 des Deutschen Corporate Governance Kodex.

Schließlich sei der Vollständigkeit halber noch auf weitere Änderungen durch das VorstAG hingewiesen:

- Schließt die Aktiengesellschaft zugunsten ihrer Vorstände eine sog. D&O-Versicherung⁹ ab, hat sie von Gesetzes wegen einen Selbstbehalt in Höhe von mindestens 10 Prozent des Schadens bis mindestens zur Höhe des 1,5-Fachen der festen jährlichen Vergütung des Vorstandsmitglieds zu vereinbaren, § 93 Abs. 2 S. 3 AktG.¹⁰
- Zum Aufsichtsratsmitglied kann nicht bestellt werden, wer in den letzten zwei Jahren Vorstandsmitglied derselben börsennotierten Gesellschaft war, es sei denn, seine Wahl erfolgt auf Vorschlag von Aktionären, die mehr als 25 Prozent der Stimmrechte an der Gesellschaft halten, § 100 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 AktG.
- Zur Erhöhung der Transparenz im Bereich der Vorstandsvergütung wurden die Anforderungen an die Angaben im Anhang bzw. Konzernanhang zur Vergütung der Vorstände erhöht, § 285 Nr. 9 HGB bzw. § 314 Abs. 1 Nr. 6 HGB.

C. Ziel der Arbeit

Ebenfalls durch das VorstAG wurde noch eine weitere Neuerung im Aktienrecht eingeführt. § 120 AktG wurde um einen Absatz 4 erweitert, der wie folgt lautet:

¹Die Hauptversammlung der börsennotierten Gesellschaft kann über die Billigung des Systems zur Vergütung der Vorstandsmitglieder beschließen. ²Der Beschluss begründet weder Rechte noch Pflichten; insbesondere lässt er die Verpflichtung des Aufsichtsrats nach § 87 [AktG] unberührt. ³Der Beschluss ist nicht nach § 243 [AktG] anfechtbar.

In der Überschrift zu § 120 AktG wird dieser neue Beschluss als „Votum zum Vergütungssystem“ bezeichnet.

Dieses Votum ist Gegenstand der vorliegenden Arbeit und wird unter § 6 einer eingehenden Betrachtung unterzogen. Nach einleitenden Gedanken zur Historie und dem Hintergrund dieser neuen Vorschrift werden zunächst die Tatbe-

-
- 9 Bei einer Directors'-and-Officers'-Liability-Versicherung (kurz: D&O-Versicherung) sichert die Aktiengesellschaft ihre Vorstände mittels einer Vermögensschadens-Haftpflicht-Versicherung dagegen ab, wenn sie für Pflichtverletzungen aus ihrer Organ-tätigkeit in Anspruch genommen werden.
 - 10 Eine entsprechende Selbstbehaltvereinbarung muss bei D&O-Versicherungen zugunsten von Aufsichtsratsmitgliedern zwar nicht vereinbart werden, vgl. § 116 S. 1 AktG; gleichwohl empfiehlt Ziffer 3.8 des Deutschen Corporate Governance Kodex, einen solchen Selbstbehalt auch bei Aufsichtsratsmitgliedern vorzusehen.

standselemente untersucht, insbesondere ob die Hauptversammlung bei ihrem Billigungsbeschluss Grenzen in der Ermessensausübung unterliegt. Dabei werden die Gesetzesintention, die Rechtsprechung zum Entlastungsbeschluss und der Treuepflicht herangezogen. Als Nächstes wird der Frage nachzugehen sein, ob die Hauptversammlung ausreichend für die Fassung des Beschlusses informiert wird und ob sie fachlich für einen derartigen Beschluss gerüstet ist bzw. ob der Gesetzgeber von deren fachlicher Eignung zukünftig ausgeht. Weiterer Punkt der Untersuchung wird sodann die gesetzlich ausdrücklich angeordnete Rechtsfolgenlosigkeit des Beschlusses sein sowie die Frage, ob sich nicht wenigstens mittelbare Konsequenzen aus dem Beschluss ergeben können. Es folgt eine kritische Hinterfragung der Nähe des Billigungsbeschlusses zum Entlastungsbeschluss und der daraus zu ziehenden Schlussfolgerungen und Implikationen. Im Weiteren werden noch prozessuale Fragen zum Vergütungsbeschluss behandelt.

Doch bevor eine Auseinandersetzung mit dem Billigungsbeschluss nach § 120 Abs. 4 AktG erfolgt, wird dem allgemeineren Themenkomplex der sog. beratenden Hauptversammlungsbeschlüsse Aufmerksamkeit geschenkt. Auch der Beschluss nach § 120 Abs. 4 AktG wird als beratender Hauptversammlungsbeschluss verstanden.¹¹ Daher findet sich unter § 5 vorgelagert eine rechtliche Auseinandersetzung allgemeiner Art mit beratenden Hauptversammlungsbeschlüssen. Zunächst wird dabei eine begriffliche Abgrenzung erfolgen. Im Wesentlichen geht es um Beschlüsse, die keinen bindenden Charakter haben, also keine unmittelbaren rechtlichen Konsequenzen mit sich bringen, bis hin zu Beschlüssen, die als reine Meinungsäußerung der Hauptversammlung verstanden werden können. Kumpunkt wird dabei die Frage sein, ob derartige Beschlüsse rechtlich geboten und zulässig sind oder die gesetzliche Konzeption ausreicht.

Drei Komplexe bilden die Vorüberlegungen und Grundlagen für die vorgenannten Hauptthemen. Unter § 2 wird die Kompetenzverteilung in der Aktiengesellschaft betrachtet. Neben der Darstellung der Aufgabenverteilung zwischen Vorstand, Aufsichtsrat und Hauptversammlung soll den sog. ungeschriebenen Hauptversammlungskompetenzen Aufmerksamkeit geschenkt werden.

Der nächste Abschnitt (§ 3) wird dem Aktionär gewidmet. Neben wiederum grundlegenden Aussagen zu Rechten und Pflichten wird der Versuch einer Typisierung von Aktionären vorgenommen. Damit soll der Frage nach „dem“ Aktionär nachgegangen werden. Des Weiteren dient dieser Abschnitt der Vorbereitung auf die spätere Diskussion zur Erforderlichkeit beratender Hauptversammlungsbeschlüsse sowie zum Billigungsbeschluss nach § 120 Abs. 4 AktG.

11 Vgl. etwa Thüsing, AG 2009, 517 (524).

Daran anschließend (unter § 4) wird sich die Arbeit um den Hauptversammlungsbeschluss an sich drehen, dessen Rechtsnatur darstellen sowie seine Funktionen aufzeigen. Erster Kernpunkt wird dabei die Frage sein, ob der Charakter von beratenden Hauptversammlungsbeschlüssen der Einordnung als Rechtsgeschäft widerspricht. Zweiter Kernpunkt wird die Untersuchung werden, ob das Entscheidungsprinzip wesentliches Element eines Hauptversammlungsbeschlusses ist und somit grundlegende Argumente gegen die Zulässigkeit von beratenden Hauptversammlungsbeschlüssen bestehen.

Den Abschluss der Arbeit bilden weitere Ansätze zur Befassung der Hauptversammlung mit der Vorstandsvergütung (§ 7). Es wird dabei zu hinterfragen sein, ob eine derartige Verlagerung der Kompetenzen innerhalb der Aktiengesellschaft erstrebenswert ist.