

Herrn Prof. Dr. Ulrich Seibert
Bundesministerium der Justiz
und für Verbraucherschutz (Ref. IIIA2)
11015 Berlin
(per E-Mail: Schwertfeger-Ba@bmjv.bund.de)

Gemeinsamer Fachausschuss

Telefon: +49 (0)30 206412-12

E-Mail: info@drsc.de

Berlin, 6. Dezember 2018

Referentenentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der zweiten Aktionärsrechterichtlinie (ARUG II)

Sehr geehrte Damen und Herren,

gerne nehmen wir die Gelegenheit wahr, zum oben genannten Gesetzentwurf (im Folgenden RefE) Anmerkungen zu machen bzw. Änderungsvorschläge zu unterbreiten.

Generell begrüßen wir die Absicht des BMJV, die Richtlinie (EU) 2017/828 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Mai 2017 zur Änderung der Richtlinie 2007/36/EG im Hinblick auf die Förderung der langfristigen Mitwirkung der Aktionäre (im Folgenden „2. ARRL“) 1:1 und ohne unangemessene Zusatzbelastung für die Wirtschaft in das deutsche Recht umzusetzen. Vor diesem Hintergrund erscheint die Herauslösung des Vergütungsberichts (z.B. individualisierte Angaben zur Vorstands- und Aufsichtsratsvergütung, Darstellung des Vergütungssystems) aus dem (Konzern-)Lagebericht als logische Konsequenz. Darüber hinaus erkennen und begrüßen wir die Bemühungen, in Bezug auf die Berichtspflichten über Geschäfte mit nahestehenden Personen eine Annäherung an die Definitionen aus IAS 24 *Related party disclosures* zu erreichen.

Dessen ungeachtet möchten wir Sie auf einige Aspekte des RefE hinweisen, die aus unserer Sicht im nachfolgenden Regierungsentwurf geklärt werden sollten, da sie in der Anwendungspraxis zu nicht unwesentlichen Problemen führen könnten. So stellt z.B. § 162 AktG-E auf die „gewährte“ Vergütung ab, hingegen wird nicht ausgeführt, wie dieser Begriff inhaltlich zu verstehen ist. Hinzu kommt, dass „Gewährung“ auch in den verbleibenden Vorschriften im HGB für den Anhang/Konzernanhang uneinheitlich verwendet wird. Hierzu hatte das DRSC

Kontakt:

Zimmerstr. 30, 10969 Berlin
(Zugang über Markgrafenstr. 19a)
Telefon: +49 (0)30 206412-0
Telefax: +49 (0)30 206412-15
E-Mail: info@drsc.de

Bankverbindung:

Deutsche Bank Berlin
IBAN-Nr.
DE26 1007 0000 0070 0781 00
BIC (Swift-Code)
DEUTDE33HAN

Vereinsregister:

Amtsgericht Berlin-Charlottenburg, VR 18526 Nz
Präsident:
Prof. Dr. Andreas Barckow
Exekutivdirektor:
Prof. Dr. Sven Morich



im Jahr 2014 detaillierte Untersuchungen angestellt, deren Inhalt und Ergebnisse wir im Anhang zu diesem Schreiben nochmals kurz darlegen.

Der RefE enthält weitere Begriffe und Formulierungen, die Fragen aufwerfen, z.B. die Bedeutung von ODER-Verknüpfungen und die Identität (oder Ungleichheit) von Bezügen und Vergütung. Details hierzu sowie weitere Anmerkungen können Sie ebenfalls dem Anhang entnehmen.

Für Rückfragen oder ein Gespräch stehen Ihnen Dr. Thomas Schmotz (schmotz@drsc.de) oder ich gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Prof. Dr. Andreas Barckow

Präsident DRSC

Anhang – Anmerkungen im Detail

§ 162 AktG-E: Bedeutung der Begriffe „gewährt“ und „geschuldet“

Gemäß § 162 Abs. 1 Satz 1 AktG-E ist im Vergütungsbericht über die „gewährte oder geschuldete Vergütung“ zu berichten. Ferner wird in § 162 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 AktG-E zwischen gewährten und angebotenen Aktien bzw. Aktienoptionen (Anzahl) unterschieden. Auf das Verständnis der Begriffe wird in der Begründung – soweit ersichtlich – nicht eingegangen. Mit Blick auf den Wortlaut in der englischsprachigen Richtlinie ist festzustellen, dass für das Wort „gewährt“ in Bezug auf die Vergütung (§ 162 Abs. 1 Satz 1 AktG-E) der Begriff „awarded“ und in Bezug auf die Anzahl der Aktien bzw. Aktienoptionen (§ 162 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 AktG-E) der Begriff „granted“ verwendet wird.

Eine Klarstellung zum Inhalt der Begriffe erscheint notwendig, auch weil der Begriff „gewährt“ unter den Vorgaben in § 285 Nr. 9 lit. a Satz 1 und Satz 4 HGB sowie entsprechend für den Konzernanhang § 314 Abs. 1 Nr. 6 lit. a Satz 1 und Satz 4 HGB unterschiedlich verstanden werden kann. Dies sei anhand des § 285 HGB nachfolgend erläutert.

§ 285 Nr. 9 lit. a Satz 1 HGB fordert die Angabe der „für die Tätigkeit im Geschäftsjahr gewährten Gesamtbezüge“. Satz 4 fordert: „Bezugsrechte und sonstige aktienbasierte Vergütungen sind mit ihrer Anzahl und dem beizulegenden Zeitwert zum Zeitpunkt ihrer Gewährung anzugeben; spätere Wertveränderungen, die auf einer Änderung der Ausübungsbedingungen beruhen, sind zu berücksichtigen.“ Das verbindende Element beider Angabepflichten ist die Aussage aus der Gesetzesbegründung zum VorstOG (BT-Drucksache 15/5577): „Mit welchem Wert Aktienoptionen und andere Bezugsrechte als Teil der Gesamtbezüge zu berücksichtigen sind, ist bislang im HGB nicht geregelt. In Satz 4 wird insoweit in Übereinstimmung mit IFRS 2 klargestellt, dass für die Bewertung der beizulegende Zeitwert am Tag der Gewährung heranzuziehen ist.“

Dies führt zu folgendem aktuellem Verständnis der Vorschrift (so derzeit auch in DRS 17 konkretisiert):

- Nicht-aktienbasierte Vergütungen fließen in dem Geschäftsjahr in die berichtspflichtige Zahl „Gesamtbezüge“ nach Satz 1 ein, in dem die der Vergütung zugrunde liegende Tätigkeit vollständig erbracht wurde.
- Dagegen werden aktienbasierte Vergütungen bereits zum Zeitpunkt des *grant date* i.S.v. IFRS 2 *Share-based payment*, d.h. bei Einräumung einer aktienbasierten Vergütung, zum Bestandteil der „Gesamtbezüge“.

Das DRSC hatte bereits im Jahr 2014 die Vorgaben des DRS 17 überprüft und festgestellt, dass die mit diesem Verständnis verbundene unterschiedliche Abbildung ökonomisch gleichartiger Sachverhalte inkonsistent erscheint.

§ 285 Nr. 9 lit. a Satz 1 HGB enthält mit den Worten „gewährten“ und „Gesamtbezüge“ zwei Begriffe, welche gegensätzlichen Perspektiven zuzuordnen sind. Vor dem Hintergrund einer Vergütung steht „gewährten“ für die Perspektive des Vergütenden bzw. des Unternehmens. Dagegen sind „Bezüge“ stets aus der Perspektive des Vergütungsempfängers zu sehen, denn nur der Empfänger kann etwas beziehen. Damit kann „Gewährung“ als Akt der Übergabe einer Vergütung an den Vergütungsempfänger angesehen werden. Dafür spricht die Formulierung in Satz 1 „gewährte [...]bezüge“, woraus folgt, dass Gewährung und Bezug zeitgleich stattfinden. Für die These, dass Gewährung nicht als Zusage zu verstehen ist, sprechen weitere Formulierungen im Gesetz: „Leistungen, die [...] zugesagt und im Laufe des Geschäftsjahrs gewährt worden sind“ (§ 285 Nr. 9 lit. a Satz 6 Doppelbuchstabe dd) HGB), „Leistungen, die [...] zugesagt oder [...] gewährt worden sind [...]“ (§ 285 Nr. 9 lit. a Satz 7 HGB). Wäre mit Zusage und Gewährung das gleiche gemeint, hätte es nicht dieser Separierung bedurft.

Fraglich ist, ob „Gewährung“ in Satz 4 die gleiche oder eine andere Bedeutung als „gewährten“ in Satz 1 hat. Die Formulierungen „im Geschäftsjahr gewährte Gesamtbezüge“ und „Gehälter [...] Bezugsrechte und sonstige aktienbasierte Vergütungen“ in Satz 1 und „ausgezahlt“ in Satz 2 zusammen betrachtet, legen es nahe, dass Satz 1 eher auf „erdiente Gesamtbezüge“ als auf „ingeräumte Gesamtbezüge“ abstellt. Daher erscheint es plausibel, den Erfassungszeitpunkt nach Satz 4 dann auch mit dem Erdienungszeitpunkt gleichzusetzen. Allerdings ließe sich mit dieser Ansicht der oben zitierte Satz aus der Gesetzesbegründung zum VorstOG nicht vereinbaren.

Aus diesem Grunde regen wir an, im Gesetz oder in der Begründung zum kommenden Regierungsentwurf des Gesetzes eine Klarstellung herbeizuführen und Konsistenz zu den §§ 285 Nr. 9 und 314 Abs. 1 Nr. 6 HGB herzustellen.

§ 162 AktG-E: ODER-Verknüpfungen in Abs. 1 Satz 1 und Abs. 1 Nr. 3

Gemäß § 162 Abs. 1 Satz 1 AktG-E ist im Vergütungsbericht die „gewährte oder geschuldete Vergütung“, und nach § 162 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 AktG-E ist die Anzahl der „gewährten oder angebotenen Aktien und Aktienoptionen“ anzugeben. Aus unserer Sicht erscheint es missverständlich, ob mit der ODER-Verknüpfung jeweils ein Berichtswahlrecht gemeint ist. Hierzu sollte der Regierungsentwurf eine Klarstellung beinhalten. Falls mit der Vorgabe kein Wahlrecht etabliert werden sollte (was aus unserer Sicht eher zutreffend ist), empfehlen wir eine

Formulierung, aus der klar hervorgeht, dass sowohl die gewährte als auch die geschuldete Vergütung bzw. sowohl die Anzahl der gewährten als auch die Anzahl der angebotenen Aktien berichtspflichtig sind.

Ferner ist gemäß § 162 Abs. 1 Satz 1 AktG-E die Vergütung anzugeben, die einem „Mitglied des Vorstands [...] von der Gesellschaft oder Unternehmen desselben Konzerns“ gewährt oder geschuldet wurde. Zusätzlich zu einer aus der ODER-Verknüpfung erwachsenden Unsicherheit, wie oben erläutert, wird mit dem verwendeten Wortlaut nicht klar, dass die Vergütung von Unternehmen desselben Konzerns gemäß der Vorgabe in Artikel 9b Abs. 1 lit. c der Richtlinie separat von der Vergütung der Gesellschaft anzugeben ist. Auch der Text in der Begründung des RefE (S. 100) ist hierzu nicht eindeutig.

§ 162 AktG-E: Zeitpunkt der Veröffentlichung des Vergütungsberichts

Aus § 162 Abs. 4 AktG-E ergibt sich, dass der Vergütungsbericht entweder nach der Billigung durch die Hauptversammlung oder nach der Vorlage auf der Hauptversammlung (für kleine und mittelgroße börsennotierte Gesellschaften relevant) auf der Internetseite der Gesellschaft zu veröffentlichen ist. Zusätzlich bestimmt § 289f Abs. 2 Nr. 1a HGB-E, dass die Erklärung zur Unternehmensführung, die im Rahmen der Lageberichterstattung abzugeben ist, „eine Bezugnahme auf die Internetseite der Gesellschaft, auf der der Vergütungsbericht über das letzte Geschäftsjahr und der Prüfungsbericht des Abschlussprüfers [etc.] öffentlich zugänglich gemacht ist“, beinhalten muss.

Beachtlich sind in diesem Zusammenhang die unterschiedlichen Fristen, die für die Aufstellung des Lageberichts und für die Durchführung der Hauptversammlung gelten. Gemäß § 264 Abs. 1 HGB müssen börsennotierte Gesellschaften ihren Lagebericht in den ersten drei Monaten nach dem Abschlussstichtag aufstellen; die Hauptversammlung ist gemäß § 175 AktG innerhalb der ersten acht Monate des Geschäftsjahrs abzuhalten. Aufgrund der Pflicht zur Bezugnahme auf die Internetseite in der Erklärung zur Unternehmensführung ergibt sich aber, dass der Vergütungsbericht spätestens bei Erstellung der Erklärung zur Unternehmensführung im Rahmen der Lageberichterstattung auf der Internetseite veröffentlicht sein muss. Dem Wortlaut nach ist der Vergütungsbericht also zu einem Zeitpunkt zu veröffentlichen, zu dem er durch die Hauptversammlung noch gar nicht gebilligt bzw. ihr noch gar nicht vorgelegt worden sein kann. Dies steht jedoch im Widerspruch zu § 162 Abs. 4 AktG-E. Wir empfehlen deshalb zur Klarstellung, den Wortlaut des § 289f Abs. 2 Nr. 1a HGB-E wie folgt anzupassen: „eine Bezugnahme auf die Internetseite der Gesellschaft, auf der der Vergütungsbericht [...] öffentlich zugänglich gemacht wird“. Zur Klarstellung empfehlen wir au-

ßerdem die Aufnahme eines Verweises in § 162 AktG-E auf die Offenlegungsfristen, die sich aus dem HGB ergeben.

§ 162 AktG-E: Berichtsinhalte des Vergütungsberichts

Nach aktuellem Verständnis des geltenden Rechts gehören Altersversorgungsaufwendungen nicht zu den Gesamtbezügen gemäß § 285 Nr. 9 Satz 1 lit. a HGB (so auch DRS 17.9, Stichwort „Bezüge“). Statt des Begriffs „Bezüge“ ist jedoch in § 162 AktG-E von „Vergütung“ die Rede. Es stellt sich also die Frage, ob mit Vergütung grundsätzlich etwas anderes gemeint ist, als mit Bezügen und falls ja, welcher Unterschied zwischen beiden Begriffen besteht, z.B. ob Altersversorgungsaufwendungen Bestandteil der Vergütung sind. (Diesbezüglich ist festzustellen, dass Beiträge zur Altersversorgung laut Ziffer D.3 des geänderten Deutschen Corporate Governance Kodex (Konsultationsentwurf vom 25.10.2018) zur Vergütung gezählt werden sollen.)

Die Formulierung im vorletzten Absatz auf S. 73 der Begründung zum RefE deutet zumindest darauf hin, dass die Begriffe „Vergütung“ und „Bezüge“ nicht identischen Inhalts sind. Für einen unterschiedlichen und für den Begriff „Vergütung“ weitergehenden Inhalt spricht auch der Wortlaut der zugrundeliegenden EU-Richtlinien (Art. 9b Abs. 1 2. ARRL: „Vergütung einschließlich sämtlicher Vorteile in jeglicher Form“; Art. 17 Abs. 1 lit. d) EU-Bilanzrichtlinie: „Bezüge“). Hier erscheint uns eine Klarstellung notwendig.

Ferner ist nach dem Wortlaut des § 162 Abs. 1 Satz 1 AktG-E auch die Vergütung früherer Mitglieder des Vorstands individualisiert anzugeben. Die Formulierung lässt den Schluss zu, dass unter diese individualisierte Angabepflicht auch Vergütungen für ehemalige Vorstandsmitglieder fallen, die im Geschäftsjahr, über das berichtet wird, keine Tätigkeit für die Gesellschaft mehr ausgeübt haben. Dies würde eine deutliche Verschärfung der Berichtspflichten bedeuten. Über Bezüge ehemaliger Organmitglieder bzw. ihrer Verbliebenen ist gemäß § 285 Nr. 9 lit. b HGB nicht individualisiert zu berichten. Eine individualisierte Angabe der Leistungen ist nach § 285 Nr. 9 lit. a Doppelbuchstabe dd) HGB hingegen nur zu machen, soweit es sich um ehemalige Vorstandsmitglieder handelt, die ihre Tätigkeit im Laufe des Geschäftsjahres beendet haben. Wir empfehlen, die Formulierung des § 162 Abs. 1 Satz 1 AktG-E dahingehend zu prüfen.

§ 162 AktG-E: Doppelangaben

Ausweislich der Begründung zum RefE (S. 103) umfasst der Begriff der nach § 162 Abs. 2 Nr. 1 AktG-E zusätzlich angabepflichtigen Leistungen die Vergütung von Dritten und weitere Leistungen von Dritten. Dritte sind dabei sowohl Unternehmen desselben Konzerns als auch weitere Dritte. Da Vergütungen von Unternehmen desselben Konzerns schon als „Vergütungen“ angabepflichtig sind, würde die weitere Auslegung des Begriffs „Leistungen Dritter“ teilweise zu einer Doppelangabe führen. Es sollte klargestellt werden, dass Leistungen Dritter nach § 162 Abs. 2 Nr. 1 AktG-E nur insoweit angabepflichtig sind, wie es sich nicht um angabepflichtige Vergütungen gemäß § 162 Abs. 1 AktG-E handelt.

Redaktionsversehen in Artikel 3 Nr. 8 des RefE

Gemäß Artikel 3 Nr. 4 des RefE soll § 289a Abs. 2 HGB (Grundzüge des Vergütungsberichts) gestrichen werden. Dies betrifft beide Sätze dieses Absatzes. Diese Änderung wird in Artikel 3 Nr. 8 des RefE jedoch nicht entsprechend für den Konzernlagebericht umgesetzt. Gemäß dem Änderungsbefehl soll § 315a Abs. 2 Satz 1 HGB beibehalten werden. Konsequenz dagegen wäre, spiegelbildlich zu § 289a Abs. 2 HGB den gesamten Absatz 2 des § 315a HGB, d.h. beide Sätze, zu streichen.

§ 111a Abs. 1 AktG-E: Definition Geschäfte mit nahestehenden Personen

Im RefE wird wiederholt darauf hingewiesen, dass sich der Inhalt der entworfenen Berichtspflichten zu den Geschäften mit nahestehenden Personen an den IFRS (insbesondere an IAS 24 *Related Party Disclosures*) orientieren soll. Dies erscheint grundsätzlich sachgerecht, da hiermit die Wiederverwendung der Informationen für Zwecke des IFRS-Abschlusses ermöglicht werden könnte.

In § 111a Abs. 1 AktG-E werden Geschäfte mit nahestehenden Personen als Rechtsgeschäfte oder Maßnahmen definiert, durch die ein Gegenstand oder ein anderer Vermögenswert entgeltlich oder unentgeltlich übertragen oder überlassen wird und die mit nahestehenden Personen gemäß der IAS/IFRS getätigt werden (Verweis auf die IAS-VO 1606/2002). Ausweislich der Begründung des RefE ist der Begriff des Geschäfts ebenfalls an den IAS/IFRS orientiert (vgl. RefE S. 74). Es werden zahlreiche Beispiele genannt, so auch die Übernahme der Erfüllung von Verbindlichkeiten und die Erbringung von Dienstleistungen, d.h. Leistungen, die in IAS 24 explizit als Geschäft gelten. Im Interesse der Rechtssicherheit regen wir eine entsprechende Erweiterung der Definition in § 111a Abs. 1 AktG-E an.

§ 111b Abs. 1 und Abs. 3 AktG-E: Wesentlichkeitsgrenze

Ein Geschäft mit nahestehenden Personen unterliegt nach § 111b Abs. 1 und Abs. 3 AktG-E dem Zustimmungsvorbehalt des Aufsichtsrats, wenn der wirtschaftliche Wert des Geschäfts allein oder zusammen mit den innerhalb der letzten zwölf Monate vor Abschluss des Geschäfts mit derselben Person getätigten Geschäften 2,5% der Summe aus Anlage- und Umlaufvermögen der Gesellschaft (§ 266 Abs. 2 lit. A und B HGB) des letzten Jahresabschlusses (oder Konzernabschlusses, falls keine Befreiung vorliegt) übersteigt. Wird der Konzernabschluss nach den IFRS aufgestellt, sind die der Summe aus Umlauf- und Anlagevermögen „entsprechenden Vermögenswerte“ des IFRS-Abschlusses relevant.

Hierbei ist beachtlich, dass es in einer IFRS-Bilanz kein eindeutiges Pendant zur Summe aus Umlauf- und Anlagevermögen gibt. In einer HGB-Bilanz gehören z.B. latente Steuerforderungen weder zum Umlaufvermögen noch zum Anlagevermögen (§ 266 Abs. 2 HGB). In einer IFRS-Bilanz, welche nach Fristigkeit (current, non-current) gegliedert ist, werden latente Steuerforderungen als Teil der *current assets* ausgewiesen.

Daher halten wir die Bezugnahme auf die Summe aus Umlauf- und Anlagevermögen für nicht praktikabel und regen die Verwendung einer Bezugsgröße an, die sich sowohl aus einer IFRS-Bilanz als auch aus einer Bilanz gemäß der handelsrechtlichen GoB ergibt, z.B. die Bilanzsumme.