

# Herabsetzung von Vorstandsvergütungen in der Krise

## Zu einem zeitgemäßen Verständnis von § 87 Abs. 2 AktG unter Berücksichtigung von Arbeitnehmerbelangen

von

Dr. GEORG A. WITTUHN, LL.M., Hamburg

und

HANJO HAMANN, Hamburg

*Inhaltsübersicht* ZGR 2009, 847 – 871

I. Einführung .....	847
II. Die Reform des § 87 Abs. 2 AktG durch das VorstAG .....	849
1. Bisherige Fassung und überkommenes Verständnis .....	849
2. Neuregelung und ihre Begründung .....	849
3. Synopse der Änderungen .....	850
III. Dogmatische Einordnung der Änderungen .....	851
1. Zur grundsätzlichen Berechtigung des Herabsetzungsinstruments .....	851
2. Erleichterung der Herabsetzung (Änderung Nr. 2) .....	852
3. Einbeziehung von Versorgungsbezügen (Änderung Nr. 3) .....	859
4. Ermessenslenkung des Aufsichtsrates (Änderung Nr. 4) .....	863
5. Herabsetzung auf angemessenes Maß (Änderung Nr. 5) .....	864
6. Zusammenfassung .....	866
IV. Praktische Anwendung des § 87 Abs. 2 AktG .....	866
1. Höhe der Vergütung .....	866
2. Beeinträchtigung von Arbeitnehmerbelangen .....	868
V. Zusammenfassung in Thesen .....	870

### *I. Einführung*

„Pacta sunt servanda“, das ist ein fester und notwendiger Grundsatz jeder entwickelten Rechtsordnung. Die ungeheuren Schwankungen und Zusammenbrüche in der Weltwirtschaft, insbesondere aber des deutschen Wirtschaftslebens haben das Problem wieder in den Brennpunkt der Erörterungen gerückt, ob an diesem Grundsatz auch dann festzuhalten ist, wenn in den

Umständen, unter denen sich ein Schuldner zur Leistung verpflichtet hat, eine Änderung eingetreten ist.

Diese Worte stammen nicht von uns. Sie sind abgeschrieben. Nicht aber, wie man vielleicht vermuten mag, aus einer der juristischen Gazetten dieser Tage, sondern aus einer über 75 Jahre alten Doktorarbeit.<sup>1</sup> Ihr Thema – „Vertragstreue“ – ist heute so aktuell wie damals, und zwar aus demselben Grund. Dabei hat die Wirtschaftskrise einer bestimmten Art von Verträgen erneut Aufmerksamkeit über die wissenschaftliche Diskussion hinaus verschafft: Anstellungsverträgen von Vorstandsmitgliedern. Die Organvergütung in deutschen Unternehmen war schon seit Beginn der *corporate-governance*-Debatte ein gesellschaftliches Reizthema. In der aktuellen Wirtschaftskrise griff der Gesetzgeber erstmals direkt in die unternehmerische Gehaltspolitik ein, indem er Unternehmen des Finanzsektors, die sich um eine Förderung durch den Finanzmarktstabilisierungsfonds (SoFFin) bewerben, konkrete Höchstzahlen für die angemessene Entlohnung ihrer Vorstandsmitglieder vorgab: „Bei Organmitgliedern und Geschäftsleitern gilt eine monetäre Vergütung, die 500.000 Euro pro Jahr übersteigt, grundsätzlich als unangemessen.“, so § 5 Abs. 2 Nr. 4 lit. a S. 6 der Verordnung zur Durchführung des Finanzmarktstabilisierungsfondsgesetzes<sup>2</sup>. In den Fällen einer höheren – mithin unangemessenen – Vergütung gibt der nachfolgende Satz den Aspiranten eine „Herabsetzung der Organvergütung im Rahmen der zivilrechtlichen Möglichkeiten unter Einbeziehung des § 87 Abs. 2 des Aktiengesetzes“ auf.

Eben dieser § 87 Abs. 2 AktG – der natürlich auch außerhalb des Finanzsektors gilt und nicht einmal auf das Aktienrecht beschränkt, sondern analog bzw. nach seinem Rechtsgedanken auch auf die GmbH anwendbar ist<sup>3</sup> – ist nun Gegenstand einer gesetzlichen Reform geworden<sup>4</sup>. Der Aufsatz zeigt, dass bei sachgerechter Auslegung des § 87 Abs. 2 AktG schon zuvor weitgehend der Rechtszustand erreicht war, den die Gesetzesänderung nur deklaratorisch nachvollzogen hat<sup>5</sup> und wendet sich damit gegen die bisher vorherrschende Auffassung zu § 87 AktG im Schrifttum und in der Judikatur. Zudem entwickelt der Aufsatz praktische Leitlinien für die Feststellung eines Herabsetzungsfalls i.S.v. § 87 Abs. 2 AktG<sup>6</sup>.

1 BIERSCHENK, Vertragstreue. Ein Beitrag zur Lehre von der sog. *clausula rebus sic stantibus*, Voraussetzung, Geschäftsgrundlage und verwandten Lehren, 1933.

2 FMSStFV vom 20. Oktober 2008, eBAnz. 2008, AT123 V1.

3 Schon BGH BB 1992, 1583, 1585 hielt das für unstreitig; vgl. neuerdings OLG Köln, NZG 2008, 637.

4 Dazu II.

5 Dazu III.

6 Dazu IV.

## II. Die Reform des § 87 Abs. 2 AktG durch das VorstAG

### 1. Bisherige Fassung und überkommenes Verständnis

§ 87 Abs. 2 Satz 1 AktG 1965 lautete fast genau wie seine Vorgängernorm § 78 Abs. 2 Satz 1 AktG 1937:

„Tritt nach der Festsetzung [der Vorstandsbezüge] eine so wesentliche Verschlechterung in den Verhältnissen der Gesellschaft ein, daß die Weitergewährung der in Absatz 1 Satz 1 aufgeführten Bezüge eine schwere Unbilligkeit für die Gesellschaft sein würde, so ist der Aufsichtsrat [...] zu einer angemessenen Herabsetzung berechtigt.“

Nach einhelliger Lesart war diese Norm als singuläre Ausnahme vom Grundsatz *pacta sunt servanda* äußerst eng zu verstehen.<sup>7</sup> Die generalklauselartigen Voraussetzungen „wesentliche Verschlechterung“ und „schwere Unbilligkeit“ seien kumulativ erforderlich und wurden nur bei einer existenzbedrohenden wirtschaftlichen Notlage der Gesellschaft bejaht.<sup>8</sup> Die Norm galt als „papierne Recht“<sup>9</sup>, obwohl gelegentlich – und angesichts des Mangels an forensischer Praxis sehr zweifelhaft – sogar eine „Tendenz der Aufsichtsräte“ kolportiert wurde, „sich über § 87 Abs. 2 AktG von lästig gewordenen Vorstandsbezügen zu befreien, indem diese mehr oder weniger willkürlich herabgesetzt werden“.<sup>10</sup>

### 2. Neuregelung und ihre Begründung

Art. 1 Nr. 1 lit. b des Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG)<sup>11</sup> hat § 87 Abs. 2 Satz 1 AktG 1965 durch folgende Sätze ersetzt:

„Verschlechtert sich die Lage der Gesellschaft nach der Festsetzung [der Vorstandsbezüge] so, dass die Weitergewährung der Bezüge nach Absatz 1 unbillig für die Gesellschaft wäre, so soll der Aufsichtsrat [...] die Bezüge auf die angemessene Höhe herabsetzen. Ruhegehalt, Hinterbliebenenbezüge und Leistungen verwandter Art können nur in den ersten drei Jahren nach Ausscheiden aus der Gesellschaft nach Satz 1 herabgesetzt werden.“

Zur Begründung führten die Koalitionsfraktionen aus, die Voraussetzungen von § 87 Abs. 2 AktG würden „klarer und schärfer gefasst“.<sup>12</sup> So hieß es konkretisierend: „Eine Verschlechterung der Lage der Gesellschaft liegt danach beispielsweise vor, wenn die Gesellschaft Entlassungen oder Lohnkür-

7 FLEISCHER, in: Spindler/Stilz, Komm. z. AktG, 2008, § 87 Rdn. 30; NEHLS, in: Schüppen/Schaub, Münchener AnwHdb AktR, 2005, § 22 Rdn. 99.

8 Vgl. WAGNER/WITTGENS, BB 2009, 906, 910 m.w.N. in Fn. 54.

9 MARTENS, ZHR 169 (2005), 124, 130.

10 HARTSTANG, BB 1971, 146.

11 VorstAG vom 31. Juli 2009, BGBl. I/2009 S. 2509.

12 Entwurf eines VorstAG (VorstAG-E) vom 17. März 2009, BT-Drucks. 16/12278, S. 7.

zungen vornehmen muss und keine Gewinne mehr ausschütten kann. [...] Die Weiterzahlung der Bezüge ist ‚unbillig‘, wenn der Vorstand pflichtwidrig gehandelt hat, aber auch dann, wenn ihm kein pflichtwidriges Verhalten vorzuwerfen ist, die Verschlechterung der Lage der Gesellschaft jedoch in die Zeit seiner Vorstandsverantwortung fällt und ihm zurechenbar ist.“<sup>13</sup>

### 3. Synopse der Änderungen

Zwischen dem bisherigen und dem (im Gesetzgebungsverfahren kontrovers diskutierten<sup>14</sup> und mehrfach variierten) neuen Wortlaut von § 87 Abs. 2 AktG ergeben sich fünf Unterschiede:

1. An die Stelle der „Verhältnisse der Gesellschaft“ tritt die schon für Abs. 1 maßgebliche „Lage der Gesellschaft“. Diese Änderung ist als Vereinheitlichung des Sprachgebrauchs zu begrüßen; inhaltlich liegt darin keine Änderung des *status quo*.<sup>15</sup>
2. Auf die Adjektive der „wesentlichen“ Verschlechterung und „schweren“ Unbilligkeit wurde verzichtet. Diese Änderung soll dazu dienen, „die Herabsetzung von Vorstandsvergütungen durch den Aufsichtsrat [zu] erleichtern.“<sup>16</sup>
3. Anstelle der bisherigen Bezugnahme auf die „in Absatz 1 Satz 1 aufgeführten Bezüge“ treten nun die „Bezüge nach Absatz 1“. Dadurch werden (unter den zusätzlichen Voraussetzungen des § 87 Abs. 2 Satz 2 AktG n.F.) „neben den Ansprüchen auf Auszahlung der Restlaufzeit des Vertrages bei Entlassung des Vorstands auch die in § 87 Absatz 1 Satz 2 AktG genannten Ruhegehälter, Hinterbliebenenbezüge und Leistungen verwandter Art“<sup>17</sup> einbezogen.
4. Der Aufsichtsrat, der bislang zur Herabsetzung nur „berechtigt“ war, „soll“ künftig die Bezüge herabsetzen. „Die derzeit geltende Rechtslage

13 Entwurf eines VorstAG (VorstAG-E) vom 17. März 2009, BT-Drucks. 16/12278, S. 7.

14 Vgl. auch BT-Anhörung 25. Mai 2009 mit den i.F. zitierten Stellungnahmen (StN) der Sachverständigen unter [www.bundestag.de/ausschuesse/a06/anhoeerungen/Archiv/55\\_Vorstandsverg\\_tung](http://www.bundestag.de/ausschuesse/a06/anhoeerungen/Archiv/55_Vorstandsverg_tung).

15 Schon GODIN/WILHELM, Komm. z. AktG, 4. Aufl., 1971, § 87 Anm. 9 sprach von einer Verschlechterung der „Lage“ statt „Verhältnisse“; SEIBT, in: Schmidt/Lutter, Komm. z. AktG, 2008, § 87 Rdn. 11 und HÜFFER, Komm. z. AktG, 8. Aufl., 2008, § 87 Rdn. 9 definieren „Verschlechterung“ als „negative Entwicklung der wirtschaftlichen Lage der AG“.

16 Entwurf eines VorstAG (VorstAG-E) vom 17. März 2009, BT-Drucks. 16/12278, S. 1.

17 Entwurf eines VorstAG (VorstAG-E) vom 17. März 2009, BT-Drucks. 16/12278, S. 7.

(Kann-Vorschrift) wird dadurch deutlich verschärft. Nur bei Vorliegen besonderer Umstände kann der Aufsichtsrat von einer Herabsetzung absehen.“<sup>18</sup>

5. Anstelle der früher möglichen „angemessenen Herabsetzung“ sollen die Bezüge nunmehr „auf die angemessene Höhe herabgesetzt“ werden.

Diese Änderungen in Tatbestand und Rechtsfolge geben im Wesentlichen bereits den Themenkatalog der nachfolgenden rechtlichen Analyse vor.

### *III. Dogmatische Einordnung der Änderungen*

#### *1. Zur grundsätzlichen Berechtigung des Herabsetzungsinstruments*

Zu Beginn ist ein Einwand auszuräumen, der verschiedentlich gegen die grundsätzliche Berechtigung der Regelung in § 87 Abs. 2 AktG vorgebracht wurde, nämlich dass „es durch vertragliche Gestaltungen der Vorstandsvergütungen mit variablen Elementen (Bonussysteme, langfristige Anreizsysteme) automatisch zu einer Reduzierung der Vergütung kommt, wenn sich die Lage des Unternehmens verschlechtert.“<sup>19</sup>

Das trifft zwar zu, geht aber am Kern des Problems vorbei. Ganz im Gegenteil spricht nämlich gerade die Möglichkeit zur Vereinbarung variabler Vergütungsbestandteile *für* die Herabsetzungsmöglichkeit. Soweit ausreichend variable Vergütungsbestandteile vereinbart wurden, kann es zu einer Unbilligkeit nicht kommen; die betreffenden Vorstände sind vor § 87 Abs. 2 AktG sicher.<sup>20</sup> Soweit solche variablen Bestandteile hingegen nicht (ausreichend) vereinbart wurden, bedarf es *gerade* der Herabsetzungsmöglichkeit, damit der Aufsichtsrat den unvorhergesehenen Umständen Rechnung tragen kann.

Im Übrigen sind variable Vergütungsbestandteile eine recht junge Erscheinung. Neuere Erkenntnisse aus der verhaltensökonomischen Analyse des Rechts<sup>21</sup> lassen durchaus Zweifel an der Geeignetheit solcher Instrumente aufkommen. Insbesondere der auf Risikoaversion beruhende psychologische Abzinsungseffekt (*construal level theory*) sagt systematische Angemessenheitsverzerrungen bei variablen Vergütungsbestandteilen voraus,<sup>22</sup> aufgrund

18 BuB Rechtsausschuss vom 17. Juni 2009, BT-Drucks. 16/13433, S. 16 r. Sp.

19 KREMER, StN vom 20. Mai 2009, S. 5 f.

20 THÜSING, in: Fleischer, Handbuch VorstandsR, 2006, § 6 Rdn. 31 a.E.; vgl. auch WEISNER/KÖLLING, NZG 2003, 465, 466.

21 Allgemein zu dieser Forschungsmethode im Gesellschaftsrecht: FLEISCHER, ZGR 2007, 500, 502 f; DERS., FS Immenga, 2004, S. 575.

22 Ähnlich THÜSING, ZGR 2003, 457, 480.

derer solche Vergütungssysteme die Gesamtkosten der Gesellschaft stärker erhöhen als ein Fixgehalt mit gesetzlicher Herabsetzungsmöglichkeit. Demnach sind Vorstandsvergütungen mit variablen Elementen alles andere als der Weisheit letzter Schluss, und der Gesetzgeber tat gut daran, die Reform eines sinnvollen rechtlichen Kriseninstrumentes nicht durch die normative Kraft des Faktischen aushebeln zu lassen.

## 2. Erleichterung der Herabsetzung (Änderung Nr. 2)

Bei einer systematisch-historischen Auslegung der erleichterten Herabsetzungsmöglichkeit ist zunächst festzustellen, dass § 87 Abs. 2 AktG unabhängig von seiner konkreten Formulierung einen Sonderfall von § 313 Abs. 1 BGB beschreibt.<sup>23</sup> Zwar ist § 87 AktG deutlich älter als § 313 BGB; die heute für Ausnahmefälle in § 313 Abs. 1 BGB kodifizierte *clausula rebus sic stantibus* war jedoch von der Rechtsprechung bereits deutlich früher aus dem Gebot von Treu und Glauben (§ 242 BGB) entwickelt worden. Auch § 87 Abs. 2 AktG geht auf Treu und Glauben zurück – in der Ausprägung als Treuepflichten des Organs gegenüber der Gesellschaft. Insofern beruhen § 313 BGB und § 87 Abs. 2 AktG auf dem gleichen Wertungsfundament. Dass sie auch strukturell vergleichbar sind, erweist eine Gegenüberstellung ihrer Voraussetzungen.

### a) Schwerwiegende Umstandsänderung

Nach § 313 Abs. 1 BGB müssen sich „Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert“ haben; dem entspricht die „[bisher: wesentliche] Verschlechterung“ i.S.v. § 87 Abs. 2 Satz 1 AktG. Zwar sind die Verhältnisse oder Lage einer Vertragspartei regelmäßig keine beachtlichen Vertragsumstände i.S.v. § 313 BGB, denn jede Vertragspartei trägt ihr eigenes Liquiditätsrisiko auch bei völliger Unvorhersehbarkeit und auch innerhalb größerer Ausschläge;<sup>24</sup> es ist mit der Gegenleistung weitgehend abgegolten.<sup>25</sup> Indessen ist § 87 Abs. 2 Satz 1 AktG insoweit spezieller als § 313 BGB, da das Vorstandsmitglied nicht lediglich

23 So KORT, in: Großkomm. z. AktG, 4. Aufl., 2006, § 87 Rdn. 73; KIRCHNER/IVERSEN, NZG 2008, 921, 924 f; GOETTE, StN vom 17. Mai 2009, S. 6; DILLER/GÖPFERT, DB 2008, 2579, 2581; zurückhaltend FLEISCHER, aaO (Fn. 7), § 87 AktG Rdn. 30 („insoweit [...] gleicht“).

24 ROTH, Münchener Komm. z. BGB, 5. Aufl., 2007, § 313 Rdn. 189.

25 So BGH WM 1964, 1253 für unvorhersehbare große Lohnkostenerhöhungen eines zum Festpreis arbeitenden Werkunternehmers.

eine Dienstleistung erbringt, sondern weitergehenden Treuebindungen gegenüber der Gesellschaft unterliegt. Inhalt dieser organschaftlichen Treuepflichten ist es insbesondere, das Gesellschaftswohl dem eigenen Nutzen überzuordnen.<sup>26</sup> Demnach kann die am Leitbild synallagmatischer Verträge orientierte Auslegung des § 313 BGB nicht unbesehen auf § 87 Abs. 2 AktG übertragen werden. Der gegenüber § 313 BGB erweiterte Anwendungsbereich ist damit also eine der wenigen gesellschaftsrechtlichen Besonderheiten der Spezialnorm § 87 Abs. 2 AktG.

Auch die normative Funktion der Umstandsänderung variiert in beiden Vorschriften, und zwar aufgrund ihrer verschiedenen Regelungstechniken: § 313 BGB eröffnet bei einer schwerwiegenden Veränderung die (davon losgelöste) Unzumutbarkeitsprüfung, während § 87 Abs. 2 AktG das Unbilligkeitsurteil unmittelbar an die Verschlechterung anknüpft („so... dass...“). Während also § 313 BGB subjektive Unzumutbarkeitserwägungen anhand einer hohen objektiven Schwelle zurückdrängt, gewährleistet § 87 Abs. 2 AktG diese Restriktion dadurch, dass die subjektive Unbilligkeit immer unmittelbares Resultat der objektiven Verschlechterung sein muss. In Anbetracht dieses Verständnisses wird auch deutlich, dass ein Verzicht auf das Attribut „wesentlich“ in § 87 Abs. 2 AktG keine Lossagung von § 313 Abs. 1 BGB („schwerwiegend“) bedeutet, denn jenes Attribut war ohnehin entbehrlich – wurde es doch wegen der „so... dass...“-Verknüpfung vollständig durch das Vorliegen einer Unbilligkeit definiert. Mit anderen Worten: Wesentlich war eine Verschlechterung (nur) dann, wenn sie zu einer Unbilligkeit für die Gesellschaft führte.

Das Schrifttum allerdings verlangte einhellig das kumulative Vorliegen beider Voraussetzungen, ohne dafür einen plausiblen Grund angeben zu können. Auch im semantisch identischen § 575 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BGB, wonach ein Zeitmietvertrag zulässig ist, wenn der Vermieter die Räume „so wesentlich verändern oder instand setzen will, dass die Maßnahmen durch eine Fortsetzung des Mietverhältnisses erheblich erschwert würden“, käme schließlich niemand auf die Idee, *neben* der „erheblichen Erschwerung“ noch die „Wesentlichkeit“ der Veränderung zu prüfen.<sup>27</sup> Ähnliches firmiert im öffentlichen Recht unter dem Stichwort des scheinbaren Koppelungstatbestandes; so bestimmte § 131 Abs. 1 Satz 1 AO a.F.:<sup>28</sup> „Die Finanzbehörden können Ansprüche aus dem Steuerschuldverhältnis ganz oder zum Teil erlassen, wenn deren Einziehung nach Lage des einzelnen Falls unbillig wäre“. Der Gemeinsame Senat der Obersten Gerichtshöfe des Bundes erkannte darauf, dass

26 SPINDLER, Münchener Komm. z. AktG, 3. Aufl., 2008, § 93 Rdn. 92 m.w.N. in Fn. 331.

27 Gleiches gilt z. B. für § 89b Abs. 1 Satz 2, Abs. 5 Satz 1 HGB.

28 Heute § 227 Abs. 1 Hs. 1 AO 1977.

„zwischen dem Begriff ‚unbillig‘ und der Folge ‚können‘ eine unlösbare Verbindung besteht“, indem „der Begriff ‚unbillig‘ in den Ermessensbereich hineinragt und damit zugleich Inhalt und Grenzen der pflichtgemäßen Ermessensausübung bestimmt.“<sup>29</sup>

Umso mehr muss das für § 87 Abs. 2 AktG gelten, wo die Verknüpfung beider Begriffe durch die „so... dass...“-Konstruktion sogar gesetzlich angeordnet ist. Es sind gar keine zwei verschiedenen Maßstäbe denkbar, anhand derer die Voraussetzungen bewertet werden könnten. Bewertete man aber beide Merkmale anhand desselben Maßstabs, so würde nur die Prüfung *eines* Merkmals *verdoppelt*. Bezeichnenderweise war genau das bei § 87 Abs. 2 AktG bislang zu beobachten, wenn im Schrifttum ausgeführt wurde, die wesentliche Verschlechterung setze eine „akute wirtschaftliche Notlage“ voraus, während das „weitere Tatbestandsmerkmal“ der schweren Unbilligkeit zusätzlich eine „existenzielle wirtschaftliche Notlage“ erfordere.<sup>30</sup> Soweit das Schrifttum diesen logischen Fehltritt vermied, beschränkte es sich auf nebulöse Umschreibungen eines unkonturierten, aber jedenfalls so restriktiv zu verstehenden Tatbestands,<sup>31</sup> dass er – *boni soit qui mal y pense!* – niemals praktisch werden konnte.<sup>32</sup> Allerdings mussten selbst die Vertreter jener vermeintlich doppelt-restriktiven Lesart zugeben, dass „die Beurteilung der Wesentlichkeit [...] doch auf das engste mit der Beurteilung [...] Unbilligkeit [...] verknüpft“<sup>33</sup> ist.

Nach dem im Wortlaut angelegten Verhältnis der Tatbestandsmerkmale konnte also das Wesentlichkeitskriterium allenfalls der „Rechtssicherheit“ dienen, indem es „klarstellte, dass eine Herabsetzung nur in besonderen Ausnahmefällen in Betracht kommen kann“;<sup>34</sup> mehr folgte daraus allerdings nie. Mithin war seine Beibehaltung auch nicht deshalb angezeigt, weil es „für die Praxis trotz einiger Unsicherheiten handhabbar“ gewesen sei.<sup>35</sup> (Ein erstaunlicher Einwand ohnehin, denn die Praxis musste die Norm nie handhaben; sie war ja nach einhelliger Auffassung „papierne Recht [...] ohne substantielle Bedeutung“<sup>36</sup>!)

29 GmS-OBG, NJW 1972, 1411, 1413 = BVerwGE 39, 355 = BGHZ 58, 399.

30 WEISNER/KÖLLING, NZG 2003, 465, 466.

31 THÜSING, aaO (Fn. 20), § 6 Rdn. 31: „Der Maßstab ist streng.“

32 Wenigstens in einer „allgemeinen, nicht auf die Gesellschaft bezogenen Krise“ wurde vereinzelt eine Herabsetzung außerhalb § 87 Abs. 2 AktG befürwortet, vgl. PELTZER, FS Lutter, 2000, S. 571, 580.

33 KORT, aaO (Fn. 23), § 87 AktG Rdn. 289.

34 So HANDELSRECHTSAUSSCHUSS DAV, Stellungnahme Nr. 32/2009, S. 6.

35 So aber WAGNER/WITTGENS, BB 2009, 906, 910; ähnl. NIKOLAY, NJW 2009, 2640, 2643.

36 MARTENS, ZHR 169 (2005), 124, 130.

Richtigerweise also „steht nicht zu erwarten, dass die Gesetzesänderung zu einer erheblichen Änderung der Rechtslage führen wird“,<sup>37</sup> denn – und pointierter lässt es sich kaum ausdrücken – „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.“<sup>38</sup>

### *b) Alternative Verhaltensprognose*

§ 313 Abs. 1 BGB verlangt die Prognose, dass „die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen“ hätten, „wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten“.

Ohne dass § 87 Abs. 2 AktG eine vergleichbare Voraussetzung enthielte, gilt dort das selbe: Da der Aufsichtsrat zur Bestimmung angemessener Vorstandsbezüge auch die „Lage der Gesellschaft“ (§ 87 Abs. 1 Satz 1 AktG) berücksichtigen muss, darf er eine von ihm vorhergesehene Verschlechterung der Lage nicht unberücksichtigt lassen, widrigenfalls er sich nach §§ 116 Satz 1, 93 Abs. 2 Satz 1 AktG schadensersatzpflichtig machte. Daran hat auch die Gesellschaft als Vertragspartnerin des Anstellungsvertrags kein Interesse. Umgekehrt macht sich auch der Vorstand durch die Annahme eines unangemessen hohen Gehalts nach § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG schadensersatzpflichtig.<sup>39</sup> Auch er hätte bei hypothetischer Kenntnis der Lage und unter Berücksichtigung seiner organschaftlichen Treuepflicht den Anstellungsvertrag nicht unverändert abgeschlossen.

### *c) Unzumutbarkeit der Beibehaltung*

Nach § 313 Abs. 1 BGB müsste schließlich „einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls [...] das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden“ können. § 87 Abs. 2 AktG ist insoweit enger, als dort nur die Unbilligkeit „für die Gesellschaft“ ausreicht – wiederum eine gesellschaftsrechtliche Besonderheit, die sich damit erklären lässt, dass organschaftliche Treuepflichten allein der Gesellschaft zugute kommen.

37 MÜLLER, StN vom 20. Mai 2009, S. 3; DILLER, NZG 2009, 1006, 1007; a.A. GAUL/JANZ, NZA 2009, 809, 812.

38 HANDELSRECHTSAUSSCHUSS DAV, Stellungnahme Nr. 32/2009, S. 6.

39 Vgl. SPINDLER, aaO (Fn. 28), § 87 AktG Rdn. 79; SCHWARK, FS Raiser, 2005, S. 377, 394 f.; ausf. KORT, DStR 2007, 1127, 1132.

Auch ist der Wortlaut des § 87 Abs. 2 AktG knapper als derjenige von § 313 BGB – die „Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls“ verlangt § 87 Abs. 2 AktG nicht ausdrücklich. Deshalb anzunehmen, eine Interessenabwägung sei vom Wortlaut nicht verlangt,<sup>40</sup> geht jedoch fehl. § 87 Abs. 2 AktG setzt die Feststellung einer „Unbilligkeit“ voraus. Das Billigkeitsurteil aber erfordert „eine umfassende Analyse und Abwägung der Interessen beider Vertragsparteien unter Berücksichtigung aller tatsächlichen Umstände“,<sup>41</sup> also durchaus nicht weniger als § 313 BGB. Dem verschließt sich auch das Schrifttum nicht, denn soweit es das Erfordernis einer Interessenabwägung im Wortlaut von § 87 Abs. 2 AktG leugnet, hält es diese dennoch für erforderlich.<sup>42</sup>

Schließlich bedeutet auch der Verzicht auf das Attribut der „schweren“ Unbilligkeit kein Abrücken von § 313 BGB. Es handelte sich von jeher um ein Epitheton,<sup>43</sup> dem – soweit ersichtlich – nicht einmal im restriktiven Schrifttum ein eigener Bedeutungsgehalt zugemessen wurde. Vorher wie nachher genügte das Überwiegen der Gesellschaftsinteressen in der Abwägung, um eine Herabsetzung zu rechtfertigen.

Was aber ist in die Abwägung einzustellen?

#### *aa) Abwägungsmomente auf Seiten des Vorstandsmitglieds*

Vorliegend seien die persönlichen Verhältnisse einzelner Vorstandsmitglieder – so etwa „die Leistungen des Betroffenen, seine etwaige ungünstige Vermögenslage, die Größe seiner Familie“<sup>44</sup> – ausgeblendet. Sie sind in einer allgemein dogmatischen Betrachtung nicht zu erfassen, denn zumindest generell handelt es sich bei den Vorständen großer Aktiengesellschaften um „unternehmerähnliche Personen“, die „keiner Fürsorge oder Risikoentlastung bedürfen“,<sup>45</sup> weil ihre Vermögenssituation „zumeist derart gesichert“ ist, „dass [sogar] beschäftigungslose Zeiten keine wesentlichen Einbußen zur Folge haben.“<sup>46</sup>

40 FLEISCHER, aaO (Fn. 7), § 87 AktG Rdn. 32.

41 GOTTWALD, Münchener Komm. z. BGB, 5. Aufl., 2007, § 315 Rdn. 31.

42 FLEISCHER, aaO (Fn. 7), § 87 AktG Rdn. 32.

43 Bezeichnend, dass sogar der Reformgesetzgeber „schwer“ mit „grob“ verwechselte, vgl. Entwurf eines VorstAG (VorstAG-E) vom 17. März 2009, BT-Drucks. 16/12278, S. 7.

44 GODIN/WILHELMI, Komm. z. AktG (Guttentagsche Sammlung), 1937, § 78 Anm. 6.

45 MARTENS, ZHR 169 (2005), 124, 127.

46 MARTENS, ZHR 169 (2005), 124, 129.

*bb) Abwägungsmomente auf Seiten der Gesellschaft*

Völlig zutreffend ist zunächst die wohl unbestrittene Einsicht, dass eine allgemeine Wirtschaftskrise keine Herabsetzung nach § 87 Abs. 2 AktG rechtfertigt, wenn sie die Gesellschaft unbeeindruckt lässt; das von einem Proponenten dieser Einsicht gleichwohl befürwortete Herabsetzungsrecht in der „allgemeinen, nicht auf die Gesellschaft bezogenen Krise“<sup>47</sup> wurde leider nicht näher begründet.

Im anderen Extrem wurde jedoch vielfach vertreten, erst eine existentielle Gefährdung der Gesellschaft selbst sei ein hinreichendes Interesse, um in der Abwägung Berücksichtigung zu finden; § 87 Abs. 2 AktG sei „rechtssystematisch in das Insolvenzrecht einzubeziehen und [können] deshalb im Rahmen der allgemeinen Vergütungsproblematik vernachlässigt werden.“<sup>48</sup> Dem ist entschieden entgegenzutreten. Schon 1951 erkannte der BGH, dass für § 87 Abs. 2 AktG nicht bereits „der Bestand des Gesellschaftsunternehmens gefährdet“ sein muss.<sup>49</sup> Folglich genügt eine bereits weniger intensive Beeinträchtigung der Interessen des Unternehmens; „Voraussetzung ... ist nicht unbedingt, dass die Belastung mit den Vorstandsbezügen die AG in finanzielle Not bringt.“<sup>50</sup>

Andererseits noch nicht intensiv genug erschien dem LG Duisburg in einer vielbeachteten und überwiegend befürworteten Entscheidung von 1971 sogar eine „sehr ungünstige“ wirtschaftliche Entwicklung, aus der die Verwaltung „nur noch den Ausweg sah, die Werksanlagen [...] zu veräußern“, denn die Gesellschaft – und schon hier ist der Einzelfall kaum verallgemeinerbar – besaß „derart große veräußerungsfähige Anlagen, dass im Ergebnis die Aktionäre nicht nur nicht ihr Anlagekapital verlieren, sondern mit einem guten Erlös ihrer Aktienanlage rechnen“ konnten.<sup>51</sup> Diese Entscheidung darf jedoch als überholt gelten, soweit sie allein die Aktionäre im Blick hatte. Nach modernem Verständnis umfassen Unternehmensinteressen nicht nur solche der Anteilseigner (*shareholder*), sondern auch diejenigen der sonstigen Bezugsgruppen des Unternehmens (*stakeholder*).<sup>52</sup> *Stakeholder* in diesem Sinne ist

47 PELTZER, FS Lutter, 2000, S. 571, 580.

48 MARTENS, ZHR 169 (2005), 124, 130.

49 BGH LM 1952 § 78 AktG Nr. 1 Anm.; i.d.S. auch ROTH, aaO (Fn. 24), § 313 BGB Rdn. 208.

50 OLTMANN, in: Heidel, Aktienrecht und Kapitalmarktrecht, 2. Aufl., 2007, § 87 Rdn. 9; ähnlich FLEISCHER, aaO (Fn. 7), § 87 AktG Rdn. 32.

51 LG Duisburg BB 1971, 145.

52 OECD Principles of Corporate Governance, 2004, S. 21, 46 ff, 60; aus dem umfangreichen Schrifttum vgl. nur v. WERDER, ZGR 1998, 69; PAPE, BB 2000, 711; HENZE, BB 2000, 209, 212 ff; KUHNER, ZGR 2004, 244.

auch die Arbeitnehmerschaft, deren Belange folgerichtig in die Interessenabwägung nach § 87 Abs. 2 AktG einzustellen sind.<sup>53</sup>

Schon die Vorgängernorm § 78 Abs. 2 AktG 1937 hatte einen besonderen Bezug zu Arbeitnehmerinteressen: „Zu den Verhältnissen der Gesellschaft gehören nicht nur die Belange des Unternehmens als solche, sondern auch die Belange der Gefolgschaft. Dem Herabsetzungsrecht des Abs. 2 kommt somit ebenfalls eine sozialpolitische Bedeutung zu.“<sup>54</sup> Völlig zutreffend stellte also die Begründung zum VorstAG „Entlassungen oder Lohnkürzungen“, also Arbeitnehmerbelange, in den Vordergrund.<sup>55</sup>

#### *cc) Zwischenergebnis*

Die für § 87 Abs. 2 AktG ebenso wie für § 313 Abs. 1 BGB erforderliche Interessenabwägung gestattet eine Herabsetzung der Vorstandsbezüge, wenn Unternehmensinteressen beeinträchtigt sind. Dazu gehören Belange der Aktionäre oder – in der Krise regelmäßig früher beeinträchtigt – der Arbeitnehmer. Überwiegende Interessen des Vorstandsmitglieds sind zu berücksichtigen, aber im Regelfall nicht anzunehmen; ihre Darlegung obliegt also nach allgemeinen Regeln dem betroffenen Vorstandsmitglied.

#### *d) Ergebnis*

§ 87 Abs. 2 AktG kann nur in der Gesamtschau mit § 313 Abs. 1 BGB angemessen gewürdigt werden. Beide Normen beruhen auf demselben Wertungsfundament; allein die stärkere organschaftliche Treuepflicht bedingt einige Verschärfungen des aktienrechtlichen Herabsetzungsrechts gegenüber dem allgemeinen vertraglichen Anpassungsanspruch.

Damit mag die Wortlautänderung durch das VorstAG zwar Auslegungstendenzen vorgeben; materiell entscheidend sind jedoch die Wertungen hinter § 87 Abs. 2 AktG. Diese haben sich durch das VorstAG nicht verändert; das Gesetz sollte ja ausdrücklich nur die Voraussetzungen einer Herabsetzung „klarer und schärfer fassen“.<sup>56</sup>

53 HEFERMEHL, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, Komm. z. AktG, 1974, § 87 Rdn. 12; SPINDLER, aaO (Fn. 26), § 87 AktG Rdn. 88; DERS., DStR 2008, 2268, 2272; WEISNER/KÖLLING, NZG 2003, 465, 466.

54 SCHLEGELBERGER/QUASSOWSKI, Komm. z. AktG, 3. Aufl., 1939, § 87 Rdn. 9; heute genauso SPINDLER, aaO (Fn. 26), § 87 AktG Rdn. 88.

55 Entwurf eines VorstAG (VorstAG-E) vom 17. März 2009, BT-Drucks. 16/12278, S. 7.

56 Entwurf eines VorstAG (VorstAG-E) vom 17. März 2009, BT-Drucks. 16/12278, S. 7.

Auch ohne die Attribute „wesentlich“ und „schwer“ ergibt sich für § 87 Abs. 2 AktG ein enges Verständnis schon aus der systematischen Auslegung mit Blick auf § 313 Abs. 1 BGB. Gleichwohl kann § 87 Abs. 2 AktG nicht ganz so eng verstanden werden wie bislang angenommen, da die Abwägung auch Arbeitnehmerbelange zu berücksichtigen hat, die bisher meist übersehen wurden. Hierauf ist darum später zurückzukommen<sup>57</sup>.

Änderung Nr. 2 (Erleichterung der Herabsetzung) hat sich folglich als rein deklaratorisch erwiesen.

### *3. Einbeziehung von Versorgungsbezügen (Änderung Nr. 3)*

„Wie die Rechtsprechung insbes. des RArbG erkennen lässt, ist das Bedürfnis, ältere Bewilligungen zu kürzen, namentlich bei Ruhegeldern und Hinterbliebenenbezügen zutage getreten.“, so eine Kommentierung zu § 78 Abs. 2 AktG 1937 aus den frühen Nachkriegsjahren.<sup>58</sup>

Nach dem eindeutigen Wortlaut des späteren § 87 Abs. 2 AktG 1965 indes war eine Herabsetzung von Versorgungsbezügen i.S.v. § 87 Abs. 1 Satz 2 AktG ausgeschlossen, denn die Norm bezog sich nur auf die „in Absatz 1 Satz 1 aufgeführten Bezüge“. Das wurde nunmehr geändert. Wiederum hilft eine Auslegung dabei, die Änderung rechtlich einzuordnen.

#### *a) Historische Auslegung*

§ 78 Abs. 2 Satz 1 AktG 1937 entsprach dem heutigen § 87 Abs. 2 Satz 1 AktG mit einer Ausnahme: Statt auf die „in Absatz 1 Satz 1 aufgeführten Bezüge“ bezog sich die Norm auf die „Gesamtbezüge der Vorstandsmitglieder“. Derselbe Begriff tauchte in § 78 Abs. 1 Satz 1 AktG auf, der mit dem heutigen § 87 Abs. 1 Satz 1 AktG weitgehend identisch war.

Das Schrifttum nun sah im Klammerzusatz „(Gehälter, Gewinnentgelte, Provisionen und Nebenleistungen jeder Art)“ teilweise einen nicht abschließenden Beispielskatalog; deshalb beziehe „sich das Herabsetzungsrecht auch auf die in Abs. 1 Satz 2 erwähnten Ruhegehälter, Hinterbliebenenbezüge und Leistungen verwandter Art. Denn auch diese Leistungen gehören nach Abs. 1 zu den Gesamtbezügen. [...] Ruhegehälter [können] herabgesetzt werden,

<sup>57</sup> Siehe unter IV.

<sup>58</sup> TEICHMANN/KOEHLER, Komm. z. AktG, 3. Aufl., 1950, § 87 Anm. 2.a.

*auch wenn sie schon bezogen werden*“.<sup>59</sup> Noch in einem Kommentar von 1950 klang das sehr deutlich: „Dabei müssen auch Ruhegehälter usw. gekürzt werden können, obgleich sie in Abs. 2 nicht ausdrücklich genannt sind.“<sup>60</sup>

Nach der Gegenauffassung ergab sich aus dem Kündigungsrecht in § 78 Abs. 2 Satz 2 AktG 1937<sup>61</sup>, dass die Bestimmung „nur die Bezüge tätiger Vorstandsmitglieder im Auge“ habe.<sup>62</sup> Dem schloss sich der BGH 1951 an;<sup>63</sup> er deutete den Klammerzusatz nicht als Beispielskatalog, sondern als Legaldefinition,<sup>64</sup> und entwickelte drei weitere Argumente für die Nichtherabsetzbarkeit der Versorgungsbezüge:<sup>65</sup>

1. „Das Ruhegehalt des früheren Vorstandsmitglieds“ sei bei „Zurruhesetzung bereits voll verdient“.
2. Pensionierte Vorstandsmitglieder hätten, anders als aktive, „keinen Einfluß mehr“ „auf das Schicksal der Gesellschaft und seine [wohl richtig: ihre] Prosperität“
3. „Das im Ruhestand befindliche frühere Vorstandsmitglied“ sei „im allgemeinen wegen seines vorgerückteren Alters nicht mehr in der Lage ... sich eine neue Einkommensquelle zu erschließen“.

Zusätzlich wies der BGH darauf hin, dass „wohl in den weitaus überwiegenden Fällen“ die Bezüge aktiver Vorstandsmitglieder „höher als die des Ruhegehaltsempfängers“ seien, „so daß für diesen eine Herabsetzung seiner Pension weit schwerere wirtschaftliche Folgen haben wird“.<sup>66</sup>

Anschließend an diese Rechtsprechung, die zugleich eine ausnahmsweise Herabsetzung von Ruhestandsgehältern nach Treu und Glauben befürwortete, erläuterte der Gesetzgeber des AktG 1965, die geänderte „Verweisung auf Absatz 1 Satz 1 stell[e ...] klar, dass nach Absatz 2 [...] nicht auch Ruhegehälter, Hinterbliebenenbezüge und ähnliche Leistungen herabgesetzt werden können. Wann und inwieweit sie herabgesetzt werden können, be-

59 SCHLEGELBERGER/QUASSOWSKI, aaO (Fn. 54), § 87 AktG Rdn. 10 (Hervorhebung im Original).

60 TEICHMANN/KOEHLER, aaO (Fn. 58), § 87 AktG Anm. 2.a.

61 Heute § 87 Abs. 2 Satz 3 AktG.

62 GODIN/WILHELMI, aaO (Fn. 44), § 78 AktG Anm. 6; ähnl. heute NIKOLAY, NJW 2009, 2640, 2643.

63 BGH LM 1952 § 78 AktG Nr. 1 = NJW 1952, 342 = BB 1951, 869 (letztere jeweils ohne Begr.); ebenso später BGH WM 1976, 56 f.

64 BGH LM 1952 § 78 AktG Nr. 1 Bl. 1 f.

65 BGH LM 1952 § 78 AktG Nr. 1 Bl. 2.

66 BGH LM 1952 § 78 AktG Nr. 1 Bl. 2.

stimmt sich nach § 242 BGB.<sup>67</sup> Mit der Änderung des früheren § 78 Abs. 2 AktG 1937 war also eine bewusste – keineswegs aber näher reflektierte – gesetzgeberische Entscheidung verbunden. Ob der Trias von Argumenten des BGH, die der Gesetzgeber sich zu eigen machte und die von der Literatur noch heute einmütig wiederholt werden,<sup>68</sup> zu folgen ist, bedarf einer teleologisch-systematischen Betrachtung.

### *b) Teleologisch-systematische Auslegung*

Zunächst ist festzustellen, dass die dritte Erwägung des BGH ebenso fehlgeht wie der zusätzliche Hinweis auf die unterschiedliche Gehaltshöhe. Schon die Formulierungen des BGH „im allgemeinen“ und „wohl in den weitaus überwiegenden Fällen“ lassen einen typisierenden Ansatz erkennen, der dem System des § 87 Abs. 2 AktG fremd ist. Dort ist gerade eine individuelle Interessenabwägung angelegt<sup>69</sup>, die genau solche Aspekte erfasst. Folglich können sie nicht dazu herangezogen werden, eine Herabsetzung der Versorgungsbezüge generell auszuschließen.

Ernstzunehmender sind die Einwände des BGH zu 1. und 2., dass Versorgungsbezüge stets schon „verdient“ seien und dass ausgeschiedene Vorstandsmitglieder selten Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft hätten.

Indessen dient § 87 Abs. 2 AktG weder der Strafe noch dem Schadensersatz, sondern allein dem Äquivalenzausgleich. Der pauschale Hinweis auf das „Verdientsein“ von Bezügen geht daher fehl. Vielmehr ist „zumindest [...] im zeitlichen Nahbereich nach dem Ausscheiden die Nachwirkung“ der organchaftlichen Treuepflicht zu berücksichtigen.<sup>70</sup> Daher gebietet der „Zweck, eine unbillige wirtschaftliche Belastung zu verhindern, auch, Ruhegelder anzupassen, wenn dies erforderlich sein sollte.“<sup>71</sup> So hieß es denn auch schon seit 1937, dass zwar Versorgungsbezüge, die „nach Ablauf der Dienstzeit anfallen, stets verdient sind“, dass eine differenzierte Betrachtung aber doch geboten sei: „Es kommt in diesem Fall für die Zulässigkeit der Kürzung auf den Zeitabschnitt an, für den die Bezüge gewährt werden. Ist einem Vorstandsmitglied nach seinem Ausscheiden [...] ein zehnjähriges Ruhegehalt [...] zugesagt worden, und tritt nach drei Jahren“ der Fall des § 87 Abs. 2 AktG ein, so könnten die für die restlichen sieben Jahre zu gewährenden

67 Begr. RegE §§ 87, 88 AktG 1965, in: KROPFF, Textausgabe AktG, 1965.

68 Vgl. MERTENS, Kölner Komm. z. AktG, 2. Aufl., 1996, § 87 Rdn. 17; KORT, aaO (Fn. 23), § 87 AktG Rdn. 304.

69 Siehe oben III. 2. c).

70 THÜSING, StN, S. 10; DERS., AG 2009, 517, 523.

71 THÜSING, StN, S. 11; a.A. HOHENSTATT, ZIP 2009, 1349, 1353.

Ruhebezüge herabgesetzt werden.<sup>72</sup> Eine andere zeitliche Differenzierung unternimmt das VorstAG, wie zugleich darzulegen sein wird.

Vorher aber ist noch darauf einzugehen, wie das VorstAG dem anderen Einwand des BGH begegnet: Die fehlende Einwirkungsmöglichkeit auf die Geschicke der Gesellschaft kompensieren die Gesetzesmaterialien mit der Forderung, dass „die Verschlechterung der Lage der Gesellschaft dem ausgeschiedenen Vorstand im Rahmen der Billigkeitsprüfung zugerechnet werden kann.“<sup>73</sup> Dieses Zurechnungserfordernis ist indes systemwidrig, denn der Vorstand trägt gem. § 78 AktG eine Gesamtverantwortung für die Entwicklung der Gesellschaft, die folglich einzelnen Vorstandsmitgliedern weder dogmatisch noch praktisch zugerechnet werden kann. Erneut ist darauf hinzuweisen, dass § 87 AktG allein dem Äquivalenzausgleich dient und ebenso wenig wie § 313 BGB<sup>74</sup> von Kategorien der Zurechnung abhängig gemacht werden darf.<sup>75</sup>

Soweit das Schrifttum das Zurechenbarkeitserfordernis dennoch begrüßte, wies es immerhin darauf hin, dass die Zurechnung „mit Zeitablauf seit dem Ausscheiden zunehmend schwieriger [werde]. Eine feste Grenze ist aber nicht erforderlich, da schon in der Abwägung die Interessen der Vorstandsmitglieder gewahrt werden können.“<sup>76</sup> Das VorstAG entsprach dem ersten Teil dieser Überlegung in § 87 Abs. 2 Satz 2 AktG n.F. dadurch, dass es eine Befristung vorsah, widersprach aber zugleich dem zweiten Teil, indem es im Interesse der Rechtssicherheit<sup>77</sup> doch eine feste Grenze von drei Jahren ab dem Ausscheiden vorsah.

Freilich ist die Formulierung (Herabsetzung „nur in den ersten drei Jahren“) missglückt und mehrdeutig. Beabsichtigt war natürlich, die Ruhebezüge derjenigen Vorstandsmitglieder von der Kürzung auszunehmen, die mehr als drei Jahre vor Verschlechterung der Lage ausgeschieden sind; alle anderen unterliegen voll der Herabsetzung. Rein sprachlich könnte man die Norm aber auch so verstehen, dass allen Ausgeschiedenen die Ruhebezüge (nur) der ersten drei Jahre nach Ausscheiden gekürzt werden können. Das aber wäre mit Regelungszweck und -system unvereinbar. Richtig verstanden, trägt die Befristung auch dem letzten Bedenken des BGH Rechnung und ist im Sinne

72 SCHLEGELBERGER/QUASSOWSKI, aaO (Fn. 54), § 87 AktG Rdn. 11.

73 BuB Rechtsausschuss vom 17. Juni 2009, BT-Drucks. 16/13433, S. 16 r. Sp.; ähnlich schon Entwurf eines VorstAG (VorstAG-E) vom 17. März 2009, BT-Drucks. 16/12278, S. 7.

74 Dazu oben III. 2.

75 Ähnlich GOETTE, StN vom 17. Mai 2009, S. 6; HOHENSTATT, ZIP 2009, 1349, 1353.

76 THÜSING, StN, S. 11.

77 BuB Rechtsausschuss vom 17. Juni 2009, BT-Drucks. 16/13433, S. 17 l. Sp.

des Vertrauensschutzes zugunsten der Vorstandsmitglieder zu begrüßen. Dass auch mindestens drei Jahre festgesetzt werden mussten,<sup>78</sup> ergibt sich systematisch aus der Wertung von § 16 Abs. 1 BetrAVG, wonach Arbeitnehmern das Gehaltsanpassungsrisiko für drei Jahre zugemutet werden kann; erst recht muss das also für „Vorstände als eigenverantwortliche Risikoträger“<sup>79</sup> gelten – wenn man sie nicht ohnehin von § 17 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG erfasst sieht.<sup>80</sup>

### c) Ergebnis

Änderung Nr. 3 (Einbeziehung von Versorgungsbezügen) erweitert den Anwendungsbereich von Art. 87 Abs. 2 AktG und ist grundsätzlich zu begrüßen. Die Befristung steckt den zeitlichen Nahbereich der nachwirkenden Treuepflichten systemgerecht ab. Einer Zurechnung bedarf es dagegen nicht, zumal sie auch keinen Niederschlag im Wortlaut des Gesetzes gefunden hat. Der Rechtsprechung ist also nahezulegen, Zurechnungskriterien bei der Billigkeitsprüfung auszublenden.

### 4. Ermessenslenkung des Aufsichtsrates (Änderung Nr. 4)

Bisher war der Aufsichtsrat lediglich zur Herabsetzung „berechtigt“, wenn die Voraussetzungen des § 87 Abs. 2 AktG vorlagen. Indessen ist ohne Weiteres einsichtig, dass das einzige auf das Wohl des Unternehmens verpflichtete Organ, das „schwer unbillige“ Bezüge kürzen kann, nicht allzu viel Ermessen gehabt haben kann.<sup>81</sup> So hieß es denn auch im älteren Schrifttum einhellig, § 87 Abs. 2 AktG „ermächtigt und verpflichtet den Aufsichtsrat“;<sup>82</sup> er sei Schadensersatzpflichtig, „wenn er bei Vorliegen der Voraussetzungen die Herabsetzung nicht durchführt.“;<sup>83</sup> man müsse ihn „grundsätzlich für verpflichtet

78 Anders GOETTE, StN vom 17. Mai 2009, S. 6.

79 MARTENS, ZHR 169 (2005), 124, 127.

80 Dazu STEINMEYER, in: Erfurter Komm. z. ArbR, 9. Aufl., 2009, § 17 BetrAVG Rdn. 4 ff; zu Folgefragen bzgl. VorstAG: DILLER, NZG 2009, 1006, 1008.

81 Ähnlich THÜSING, aaO (Fn. 20), § 6 Rdn. 34: „Ist der Aufsichtsrat schon zum Schadensersatz bei unangemessenen Bezügen verpflichtet, so ist er es erst recht bei solchen, die eine schwere Unbilligkeit darstellen, die er verhindern kann.“

82 TEICHMANN/KOEHLER, aaO (Fn. 58), § 87 Anm. 2; heute ebenso WEISNER/KÖLLING, NZG 2003, 465, 466.

83 GODIN/WILHELMI, aaO (Fn. 15), § 87 AktG Anm. 9 a.E.

ansehen, die Bezüge herabzusetzen“.<sup>84</sup> Freilich deutet schon das Wort „grundsätzlich“ an, dass Ausnahmen möglich sein müssen. Darauf wurde auch im Gesetzgebungsverfahren zum VorstAG mehrfach hingewiesen – insbesondere mit Blick darauf, dass die Gesellschaft ein unentbehrliches Vorstandsmitglied durch dessen Kündigung gem. § 87 Abs. 2 Satz 3 AktG verlieren und ihr daraus resultierender Schaden den Nutzen aus der Herabsetzung überwiegen könnte.<sup>85</sup>

Völlig folgerichtig sieht § 87 Abs. 2 Satz 1 AktG n.F. also eine ermessenslenkende „Soll“-Vorschrift vor, die das Regel-Ausnahme-Verhältnis in der Herabsetzungslage klarstellt. Unzutreffend ist insoweit allerdings die Annahme, die Rechtslage werde „deutlich verschärft“<sup>86</sup>. Die Herabsetzung war schon bisher der Regelfall, wenn ihre Tatbestandsvoraussetzungen vorlagen. Vereinzelt Ausnahmefälle, in denen eine Herabsetzung trotz Unbilligkeit dem Unternehmenswohl zuwiderliefe, waren allenfalls entsprechend den Grundsätzen des BGH in Sachen ARAG/Garmenbeck anzuerkennen: „Da diese Entscheidung allein dem Unternehmenswohl verpflichtet ist, [...] wird der Aufsichtsrat von der [hier: Herabsetzung der Vorstandsbezüge] nur dann ausnahmsweise absehen dürfen, wenn gewichtige Interessen und Belange der Gesellschaft dafür sprechen“ und „die Gesichtspunkte, die für eine [hier: Herabsetzung] sprechen, überwiegen oder ihnen zumindest annähernd gleichwertig sind“.<sup>87</sup>

Ohne diese systematische Parallele zu reflektieren, setzte der Reformgesetzgeber ganz ähnlich das „Vorliegen besonderer Umstände“ voraus, um dem Aufsichtsrat ein Absehen von der Herabsetzung zu ermöglichen.<sup>88</sup> Die Ermessenslenkung des Aufsichtsrats (Änderung Nr. 4) ist demnach folgerichtig und systemgerecht, wenn auch deklaratorisch.

### 5. Herabsetzung auf angemessenes Maß (Änderung Nr. 5)

Nach dem Wortlaut des § 87 Abs. 2 AktG konnte die Vergütung nicht *auf* den angemessenen Betrag, sondern *um* einen angemessenen Betrag herabgesetzt

84 SCHLEGELBERGER/QUASSOWSKI, aaO (Fn. 54), § 87 AktG Rdn. 12 (Hervorhebung im Original); genauso heute FLEISCHER, aaO (Fn. 7), § 87 AktG Rdn. 35; SPINDLER, aaO (Fn. 26), § 87 AktG Rdn. 89.

85 LUTTER, StN vom 20. Mai 2009, Ziff. 2.2.1; KEMPTER, StN vom 19. Mai 2009, S. 9; THÜSING, StN, S. 9.

86 BuB Rechtsausschuss vom 17. Juni 2009, BT-Drucks. 16/13433, S. 16 r. Sp.

87 BGH NJW 1997, 1926, 1928 = BGHZ 135, 244.

88 BuB Rechtsausschuss vom 17. Juni 2009, BT-Drucks. 16/13433, S. 16 r. Sp.

werden, also nur auf „ein für die AG noch tragbares Maß“<sup>89</sup>. Es entsprach deshalb einhelliger Meinung, dass die Herabsetzung „nur bis zur Vermeidung der schweren Unbilligkeit zulässig“ sei, „selbst wenn die Vorstandsbezüge dann noch immer unangemessen hoch sind.“<sup>90</sup> Unausgesprochen bedeutete das natürlich, dass die Bezüge selbst nach einer Herabsetzung noch immer unangemessen hoch sein *mussten*, denn wenn die Unbilligkeit eine gegenüber der Unangemessenheit „um einige Grade höhere Korrekturgrenze“<sup>91</sup> darstellt, ist eine Vergütung, die just nicht mehr unbillig ist, jedenfalls noch mindestens unangemessen – oder sogar „um einige Grade höher“.

Davon rückt das VorstAG ab. Während die Änderung einerseits als viel zu weit gehend kritisiert wird, geht sie anderen gerade nicht weit genug: „Die nunmehr vorgesehene Herabsetzung auf das nach § 87 Abs. 1 AktG angemessene Maß [...] passt eher zu einer Norm, die allgemein die Angemessenheit von Vorstandsvergütungen sichern möchte. [...] Damit bekommt die Norm einen gewissen Zwittercharakter. Sie geht über das, was für ihr ursprüngliches Ziel nötig ist, deutlich hinaus, ohne sich einem anderen Ziel – Sicherung angemessener Vorstandsvergütung – völlig zu verschreiben, da an dem Erfordernis einer Verschlechterung festgehalten wird.“<sup>92</sup>

Indessen soll § 87 Abs. 2 AktG die Angemessenheit von Vorstandsvergütungen gar nicht allgemein, sondern ausschließlich anlassbezogen sichern – gerade anders als § 78 Abs. 1 AktG 1937, der den Aufsichtsrat verpflichtete, stets für angemessene Gesamtbezüge „zu sorgen“. Damit erhält § 87 Abs. 2 AktG zwar in der Tat eine bislang unerprobte Rechtsfolgenanordnung, daraus folgt aber nicht, dass eine Herabsetzungsmöglichkeit auf das angemessene Maß gar nicht beabsichtigt gewesen sei.<sup>93</sup> Sie ist auch nicht schlechterdings systemwidrig – zumindest nicht systemwidriger als die sehenden Auges erfolgende Billigung einer mehr als unangemessenen Gegenleistung durch die Privatrechtsordnung.

Vielmehr ist die Herabsetzung auf das angemessene Maß (Änderung Nr. 5) eine Verschärfung der bisherigen Regelung, die bislang nicht abschließend bewertet werden kann.

89 Vgl. nur SEIBT, aaO (Fn. 15), § 87 AktG Rdn. 12; Spindler, aaO (Fn. 26), § 87 AktG Rdn. 94; WEISNER/KÖLLING, NZG 2003, 465, 467.

90 OLTMANN, aaO (Fn. 50), § 87 Rdn. 10; WEISNER/KÖLLING, NZG 2003, 465, 467.

91 THÜSING, aaO (Fn. 20), § 6 Rdn. 32 a.E.

92 THÜSING, StN, S. 9; DERS., AG 2009, 517, 523.

93 So aber THÜSING, aaO (Fn. 92).

## 6. Zusammenfassung

Die Reform des § 87 Abs. 2 AktG ist bei weitem nicht so fundamental wie weithin angenommen. Durch eine systematische Auslegung mit Blick auf § 313 Abs. 1 BGB war § 87 Abs. 2 AktG bereits bisher weitgehend in der Weise zu konkretisieren, wie das VorstAG es nun vorschreibt. „Aus alledem folgt, dass der vorgesehene Entwurf die Rechtslage nicht verändert, sondern als „Soft Law“ einzustufen ist, als Ermahnung, sich bitte an das schon immer geltende und nun klarergestellte Recht zu halten“<sup>94</sup>.

Deutliche Unterschiede zum bisher geltenden Recht ergeben sich allerdings im Hinblick auf den Herabsetzungsbetrag („auf“ statt „um“ einen angemessenen Betrag) sowie hinsichtlich der Versorgungsbezüge, da die ausdrückliche gesetzgeberische (Fehl-)Entscheidung anno 1965 aufgegeben wurde – zugunsten einer differenzierteren, alle Belange berücksichtigenden Lösung, die organschaftliche Treuepflichten und persönlichen Vertrauensschutz in ein ausgewogenes Verhältnis setzt.

### IV. Praktische Anwendung des § 87 Abs. 2 AktG

Ist nun erkannt, dass die Dogmatik des § 87 Abs. 2 AktG in Bezug auf die gefürchteten Generalklauseln „Verschlechterung“ und „Unbilligkeit“ nur klargestellt worden ist, sind abschließend noch praktische Anregungen zur Auslegung dieser Generalklauseln vorzulegen. Ob eine Verschlechterung zu einer Unbilligkeit für die Gesellschaft geführt hat, könnte sich einerseits anhand der absoluten Vergütungshöhe bestimmen lassen, andererseits anhand einer Gefährdung der von § 87 Abs. 2 AktG geschützten Arbeitnehmerinteressen<sup>95</sup>.

#### 1. Höhe der Vergütung

Die Auslegung muss zunächst berücksichtigen, welche tatsächlichen Strukturen dem historischen Gesetzgeber ebenso wie der Judikatur bis in die achtziger Jahre des vergangenen Jahrhunderts zugrunde lagen. Zu diesen Zeiten verdienten Vorstandsmitglieder selbstverständlich – und verdientermaßen – ein Vielfaches der Bezüge von Mitarbeitern im mittleren Management und Facharbeitern. Bezüge, die heutzutage kaum mehr als ein Achselzucken hervorrufen, wären damals jedoch unvorstellbar gewesen. Wenn der BGH in seiner Entscheidung von 1951 etwa besorgt ausführte, „daß das im

94 HANAU, NJW 2009, 1652, 1653.

95 Siehe dazu schon oben III. 2. c) bb).

Ruhestand befindliche frühere Vorstandsmitglied im allgemeinen wegen seines vorgerückteren Alters nicht mehr in der Lage sein wird, sich eine neue Einkommensquelle zu erschließen“,<sup>96</sup> hatte er dabei sicherlich kein Vorstandsmitglied vor Augen, das sich (wie kürzlich geschehen) nach seiner Pensionierung abgezinst Pensionsbezüge in Höhe von EUR 20 Mio. in einer Summe auszahlen lässt. Ebenso wenig wird man an Manager gedacht haben, die in einem einzigen Jahr genug verdienen, um sich, ihrer Familie, ihren Kindern und Kindeskindern ein auskömmliches Leben auch bei mäßiger Verzinsung zu garantieren, ohne das geringste unternehmerische Risiko eingehen zu müssen. Die absolute Höhe solcher Bezüge ist fraglos bei der Gesamtabwägung im Rahmen des § 87 Abs. 2 AktG mit einzubeziehen.

Diese Überlegung liegt auch der quantitativen Begrenzung im Rahmen von § 5 Abs. 2 Nr. 4 lit. a S. 6 FMStFV zugrunde. Dabei ist es von Interesse, den dort genannten Betrag von EUR 500.000,00 p.a. mit der Rechtswirklichkeit zu vergleichen. Nach einer Kienbaum-Studie stiegen bei den einhundert größten Unternehmen in der Bundesrepublik Deutschland die Vorstandsgehälter von 1976 bis 2005 auf das Achtfache, durchschnittlich von EUR 225.000,00 auf EUR 1.800.000,00, während die folgenden 1.400 kleineren Aktiengesellschaften in diesem Zeitraum einen durchschnittlichen Anstieg der Vorstandsbezüge von EUR 132.000,00 auf EUR 440.000,00 verzeichneten.<sup>97</sup> Die Mehrzahl der größten deutschen Aktiengesellschaften bleibt also unter der Grenze des FMStFV, daher sollte man diese durchaus als gesetzgeberischen Fingerzeig für die Höchstvergütung bei von schwerer Krise geschüttelten Unternehmen heranziehen.

Dagegen wurde eingewandt, eine Unbilligkeit werde „angesichts der Größenverhältnisse zwischen den Vorstandsvergütungen in Millionen und dem Kapitalbedarf der betroffenen [Finanz-]Institute in zigfacher Milliardenhöhe kaum jemals anzunehmen sein“; „die Fortzahlung der Vorstandsbezüge in unveränderter Höhe würde die Unternehmen in keine existenzbedrohendere Lage als diejenige führen, in der sie sich ohnehin schon befinden.“<sup>98</sup> Genau das selbe Argument müsste dann aber jeder einzelnen Maßnahme des Personalabbaus entgegengehalten werden. Auch die Weiterbeschäftigung von Arbeitnehmern kann nämlich Unternehmen „in keine existenzbedrohendere Lage als diejenige führen, in der sie sich ohnehin schon befinden“. Wo aber ist dann der betriebsbedingte Kündigungsgrund?

96 BGH LM 1952 § 78 AktG Nr. 1 Bl. 2.

97 Kienbaum Management Consultants, Studie „30 Jahre Vorstands- und Aufsichtsratsvergütung in Deutschland“, zit. bei GAJO, AG 2007, R422 f.

98 SPINDLER, DStR 2008, 2268, 2272; krit. WILSING/KLEIßL, BB 2008, 2422, 2424.

Richtigerweise sind zuerst „die Vorstandsmitglieder durch eine Herabsetzung ihrer Bezüge zu einem Beitrag zur Überwindung der Liquiditätsprobleme der Gesellschaft heranzuziehen“<sup>99</sup>, danach lassen sich arbeitsrechtliche Schritte erwägen: „Die Herabsetzung der Bezüge des Vorstandes darf aber nicht das einzige [scil.: wohl aber das erste!] Mittel sein, um die Gesellschaft in einer existenziellen Krise finanziell zu entlasten. Vielmehr müssen auch [scil.: daneben!] Umstrukturierungsmaßnahmen, eine Verringerung der Arbeitnehmerzahl und zumindest eine Senkung der Arbeitnehmerbezüge in Betracht gezogen werden.“<sup>100</sup>

## 2. Beeinträchtigung von Arbeitnehmerbelangen

Nach der eben entwickelten Reihenfolge dürfen also Arbeitnehmer erst nach den Vorstandsmitgliedern herangezogen werden. Damit ergibt sich eine umgekehrte Indizwirkung: Sind schon Arbeitnehmerbelange ernsthaft beeinträchtigt, ohne dass zuvor eine Herabsetzung von Vorstandsgehältern stattgefunden hat, ist die weitere Gewährung des unveränderten Vorstandsgehalts vermutlich unbillig i.S.v. § 87 Abs. 2 AktG.

Die bislang einhellige Ansicht, nach der § 87 AktG die Aktiengesellschaft, ihre Gläubiger und Aktionäre vor einer Schmälerung des Gesellschaftsvermögens durch übermäßige Vorstandsbezüge schützt,<sup>101</sup> greift also insofern zu kurz als sie Arbeitnehmerinteressen ausblendet. Gerade diese standen aber im Zentrum der Entwicklungsgeschichte der Norm: „Das frühere Recht kannte keine grundsätzlichen Bestimmungen über die Bezüge der Vorstandsmitglieder. Die Bezüge konnten frei vereinbart werden [...] Diese unbeschränkte Vertragsfreiheit des bisherigen Rechts hat in der Vergangenheit bekanntlich häufig dazu geführt, dass Riesengehälter und Gewinnanteile ohne Rücksicht auf die Aufgaben und die Leistungsfähigkeiten der Vorstandsmitglieder und sogar dann noch geleistet wurden, wenn die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft hoffnungslos war *und die Mitglieder der Gefolgschaft zur Kurzarbeit gezwungen waren, zeitweise auf ihren Arbeitsplatz verzichten mussten oder völlig arbeitslos wurden.*“<sup>102</sup> Diese sozialpolitische Bedeutung der Norm wurde bereits oben näher dargelegt.<sup>103</sup>

99 OLG Düsseldorf NZG 2004, 141, 145.

100 WEISNER/KÖLLING, NZG 2003, 465, 467.

101 KORT, aaO (Fn. 23), § 87 AktG Rdn. 1.

102 SCHLEGELBERGER/QUASSOWSKI, aaO (Fn. 54), § 87 AktG Rdn. 1 (Hervorhebung nur hier).

103 Oben III. 2. c) bb) m.w.N. in Fn. 54.

Wiederum hilft ein Blick auf empirische Daten: Verdienten Top-Manager zwischen 1976 und 1996 noch etwa das 15 bis 20-fache von Arbeitern/Angestellten, beträgt das Verhältnis heute etwa 43 zu 1.<sup>104</sup> Diese ungleiche Partizipation an der Unternehmensentwicklung und ihren Risiken provoziert spätestens heute die pointierte Frage: „Warum soll das Vorstandsmitglied besser behandelt werden als der Arbeitnehmer?“<sup>105</sup> Dieses Gleichheitsproblem lässt sich ebenso gut andersherum aufzäumen – Vorstandsmitglieder müssen wegen ihrer organschaftlichen Treuepflicht sogar strenger behandelt werden als Arbeitnehmer: „Die Herabsetzung von Lohnansprüchen wegen verschlechterter wirtschaftlicher Lage des Unternehmens wird [...] allenfalls für Extremfälle einer echten Existenzgefährdung befürwortet. *Großzügigere* Maßstäbe gelten, wenn der Anspruchsberechtigte in einem engeren oder Treueverhältnis zum Unternehmen steht, so bei Organmitgliedern (positivrechtlich § 87 Abs. 2 AktG)“<sup>106</sup>

Zu Recht berief sich also die Begründung zum VorstAG auf Arbeitnehmerinteressen, umstritten ist aber ihre Entscheidung, bereits jegliche „Entlassungen oder Lohnkürzungen“ genügen zu lassen.<sup>107</sup> Dagegen wurde eingewandt, es könne „durchaus im Interesse eines erfolgreichen Unternehmens sein, zur Steigerung der Ertragskraft Mitarbeiter zu entlassen.“<sup>108</sup> Dieser Einwand, wiewohl sicherlich zutreffend, kann wiederum nur begrenzt gelten. Jedenfalls „erhebliche Einschränkungen im Personalbereich (z.B. durch Kündigungen und unterlassene Neubesetzung freigewordener Stellen[...])“<sup>109</sup> beeinträchtigen das Unternehmensinteresse hinreichend schwer. Während also noch nicht jede „Entlassung oder Lohnkürzung“ genügen kann, müssen jedenfalls sämtliche arbeitsrechtlichen Notinstrumente als Indiz für eine wesentliche Verschlechterung angesehen werden, also insbesondere:

- Anmeldung von Kurzarbeit i.S.v. §§ 169 ff SGB III bei der Agentur für Arbeit
- Anzeige von Massenentlassungen i.S.v. §§ 17 ff KSchG bei der Agentur für Arbeit

104 Kienbaum Management Consultants, Studie „30 Jahre Vorstands- und Aufsichtsratsvergütung in Deutschland“, zit. bei GAJO, AG 2007, R422 f.

105 THÜSING, StN, S. 10 f; ähnl. DERS., AG 2009, 517, 523 f.

106 ROTH, aaO (Fn. 24), § 313 BGB Rdn. 208 (Hervorhebung nur hier).

107 Entwurf eines VorstAG (VorstAG-E) vom 17. März 2009, BT-Drucks. 16/12278, S. 7.

108 THÜSING, StN, S. 8; WAGNER/WITTGENS, BB 2009, 906, 910; HOHENSTATT, ZIP 2009, 1349, 1352; DILLER, NZG 2009, 1006.

109 OLG Düsseldorf NZG 2004, 141, 145; vgl. auch SEIBERT, WM 2009, 1489, 1491: „massive Entlassungen oder andere Restrukturierungen“.

- außergerichtliche Vergleichsbemühungen i.S.v. § 7 Abs. 1 Satz 4 Nr. 2 BetrAVG unter Einschaltung des Trägers der Insolvenzsicherung<sup>110</sup>
- systematisch verordneter Zwangsurlaub gem. § 7 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 Var. 1 BUrlG
- systematischer Abbau von Wertkonten oder Überstunden

Wurde eine dieser Maßnahmen ergriffen, darf in der Praxis also davon ausgegangen werden, dass die Gesellschaft in eine Lage geraten ist, in der auch die unveränderte Weitergewährung der Vorstandsgehälter unbillig ist. Die Generalklausel des § 87 Abs. 2 AktG wird damit handhabbar und für die Praxis brauchbar. Es steht zu hoffen, dass von der Herabsetzungsmöglichkeit verständig Gebrauch gemacht und dem Appell *Thüsing's* Folge geleistet wird:

„Die Ausdeutung toten Rechts ist so nützlich wie ein Handbuch über Einhörner. Hand in Hand mit den Bemühungen, den Angemessenheitsmaßstab zu konkretisieren, müssen daher Anstrengungen gehen, das dead letter law zum Leben zu erwecken. Das Aktienrecht kennt zahlreiche Beispiele, in denen Normen mit Inhalt gefüllt wurden, die es schon lange gab, an die jedoch nur verhalten Folgen geknüpft wurden. Haftungen wurden geschaffen, wo bisher keine bestanden. Umso leichter sollte es fallen, bestehende Haftungstatbestände tatsächlich zu realisieren. Freilich ist dies schwierig angesichts fehlender Judikatur. Nur sie kann die Rechtssicherheit gewährleisten, die gerade in diesem sensiblen Bereich unverzichtbar ist, soll der Schaden der Normanwendung nicht größer als ihr Nutzen sein. Jede Reise beginnt jedoch mit dem ersten Schritt, mit der steigenden Zahl von Präjudizien wird auch die praktische Handhabung und Planbarkeit gewährleistet werden.“<sup>111</sup>

#### V. Zusammenfassung in Thesen

1. Die Reform des § 87 Abs. 2 AktG führt zu materiellen Änderungen nur hinsichtlich der Herabsetzung auf das angemessene Maß und der Einbeziehung von Versorgungsbezügen, im Übrigen vollzieht das VorstAG nur den Rechtszustand deklaratorisch nach, der bei einer zeitgemäßen Auslegung von § 87 Abs. 2 AktG ohnehin erreicht war.
2. Die Auslegung von § 87 Abs. 2 AktG muss sich stets am wertungsmäßig und strukturell verwandten § 313 BGB orientieren. In Einzelpunkten gilt

110 Nach BAG DB 2004, 324, 325 f besteht daneben keine Möglichkeit, den Insolvenzschutz wie nach § 7 Abs. 1 Satz 3 Nr. 5 BetrAVG i. d. F. bis 1. Januar 1999 dadurch auszulösen, dass sich der Arbeitgeber auf eine wirtschaftliche Notlage beruft.

111 THÜSING, ZGR 2003, 457, 506.

ein strengerer Maßstab, weil Gesellschaftsorgane mehr schulden als bloß synallagmatische Vertragstreue; nach wie vor ist § 87 Abs. 2 AktG aber eng auszulegen.

3. Die Einbeziehung von Versorgungsbezügen durch § 87 Abs. 2 Satz 1 AktG n.F. ist auch ohne Zurechnungsprüfung differenziert gelöst und setzt dank der Befristung in § 87 Abs. 2 Satz 2 AktG n.F. die organ-schaftlichen Treuepflichten mit dem persönlichen Vertrauensschutz in ein ausgewogenes Verhältnis.
4. Vorstandsbezüge, die EUR 500.000,00 übersteigen, sind in der wirt-schaftlichen Notlage regelmäßig unbillig. Eine wirtschaftliche Notlage ist spätestens dann anzunehmen, wenn die Aktiengesellschaft arbeitsrechtli-che Notinstrumente ergreift. Hierin verwirklicht sich die besondere so-zialpolitische Bedeutung des § 87 Abs. 2 AktG.
5. Die unverändert fortgewährten Vorstandsbezüge sind auch in der wirt-schaftlichen Notlage ausnahmsweise nicht unbillig für die Gesellschaft, wenn die vom Vorstandsmitglied dargelegten persönlichen Interessen im Einzelfall das Gesellschaftsinteresse überwiegen.
6. Bei Vorliegen einer Herabsetzungslage war und ist die Herabsetzung der Regelfall. Das unternehmerische Ermessen des Aufsichtsrats erlaubt nur in besonderen Ausnahmesituationen (vgl. ARAG/Garmenbeck) den Ver-zicht auf die Herabsetzung.