

- Die erste Seite
Prof. Dr. Gudula Deipenbrock und Prof. Dr. Mads Andenas
- 417 Europäisches Bilanzrecht für mittelständische Gesellschaften:
IFRS (for SMEs) als Reformkonzept? • *Prof. Dr. Claus Luttermann*
- 424 Neue Entwicklungen zur „derivative action“ nach dem Companies
Act 2006 • *Dr. Hendrik Braun und Christian Strothotte*
- 436 Pflichten von „Directors“ in Verbindung mit M&A-Transaktionen
in den USA • *Dr. Peter Flägel*
- 439 Maßnahmen gegen die Finanzmarktkrise in den Staaten der GUS
Dr. Hans-Joachim Schramm
- 446 Die dritte Revision des Patentgesetzes der Volksrepublik China
Dr. Qian Ma und Ge Jiang
- 453 Regelungen zur Vergütung von Verwaltern börsennotierter
Gesellschaften und Reformvorschläge im spanischen Aktienrecht
Prof. Dr. Andrés Recalde und Philipp Schönnenbeck
- 460 Das Recht der Solarenergie in Spanien • *Dr. Amrei Schröder*
- 468 EuGH: Die rügelose Einlassung des beklagten gebietsfremden
Versicherungsnehmers begründet die internationale Zuständigkeit
des Gerichts am Sitz des Versicherers nach Art 24 EuGVVO
- 475 BGH: IPR-Anknüpfung bei Übereignung beweglicher Sachen –
Übertragung des mittelbaren Besitzes in einer Besitzkette
- 480 BAG: Tariflicher Mehrurlaub, Schwerbehindertenzusatzurlaub
und Urlaubsabgeltung wegen krankheitsbedingter Arbeitsun-
fähigkeit – Vertrauensschutz bei Verstoß gegen EU-Richtlinie

che, Themenkomplexe und Schnittstellen. Hervorzuheben ist die Erwähnung von sehr spezifischen politischen und ökonomischen Interessen, die den chinesischen Markt betreffen. So werden die Themenkomplexe nationale Verteidigung, traditionelles Wissen und Durchsetzung detailliert behandelt. Begrüßenswert ist die Absichtserklärung zur Förderung einer Immaterialgüterrechtskultur, die u. a. durch die Einführung von Unterricht im Bereich geistiges Eigentum in Grundschulen und weiterführenden Schulen erreicht werden soll, sowie einer institutionalisierten Ausbildung im tertiären Bildungssektor⁷⁰.

5. Wenn gefragt wird, welche Faktoren die dritte Revision geprägt haben, welche Motive den Gesetzgeber geleitet haben und auf welche Weise „wirtschaftspolitische Absichten in eine normative Form gegossen wurden“, so zeigt sich u. E., wie die im Laufe der Wirtschaftsreform immer stärker betonte Notwendigkeit, wissenschaftlich-technische Leistungen hervorzubringen und Hochtechnologieprodukte zu importieren, zu einer Veränderung des Patentsystems führte. Dies erfolgte teils auf Druck der Technologie exportierenden Staaten und unter Anpassung an wesentlich von diesen geprägte internationale Instrumente, teils – und dies nicht zuletzt – aus einem innerstaatlichen, mit zunehmender Anerkennung individueller Rechte einhergehenden Modernisierungsimpuls⁷¹, um eine Immaterialgüterrechtskultur in China und die Innovationsfähigkeit Chinas zu fördern. Deswegen muss die Verabschiedung der dritten Revision des chinesischen Patentgesetzes als ein weiterer richtungsweisender und selbstbestimmter Schritt Chinas auf dem Weg zu einer innovativen Wissensgesellschaft gewertet werden, die auf einem verbesserten und gestärkten Patentschutz aufbaut, der den Bedürfnissen der chinesischen Gesellschaft Rechnung trägt⁷². In diesem Sinne sei abschließend ein Satz von Professor *William P. Alford* von der Harvard Law School zitiert:

„There are very fundamental challenges that are a product of China’s history, her present institutional structure, and her

course of future development that we need to heed if we wish to enhance the prospects for intellectual property protection in China⁷³.“



Dr. Qian Ma, LL.M.

Jurastudium und Zulassung als Rechtsanwältin in China, LL.M. und Promotion über M&A in Saarbrücken. 2003–2007 Foreign Associate und Associate bei internationalen Sozietäten (Coudet Brothers und Hengeler Mueller) in Frankfurt am Main. Seit 2009

Lehrbeauftragte für chinesisches Wirtschaftsrecht und Gewerblichen Rechtsschutz an der Johann Wolfgang Goethe-Universität, Frankfurt, und der Hochschule Darmstadt sowie wiss. Mitarbeiterin für das Forschungsprojekt „Produkt- und Markenpiraterie in Asien“ an der Hochschule Darmstadt. Seit November 2009 Berufung als Researcher des „Centers for Intellectual Property Right Studies“ an der China University of Political Science and Law, Peking.



Ge Jiang, LL.M.

Jurastudium in China. Ihr fachlicher Schwerpunkt liegt im Gesellschaftsrecht und im Recht des geistigen Eigentums. Aktuell Promotion in Deutschland im Bereich Gesellschaftsrecht. Sie publiziert in China regelmäßig zu Themen des Zivilrechts und des Gesellschaftsrechts.

70 Der endgültige Text der Nationalstrategie ist auf Chinesisch auf der Webseite des „National IP Strategy Formulation Office“ verfügbar (http://www.nipso.cn/gjzl/qwfb/200901/t20090121_439117.html). Vgl. *Wechsler*, GRUR Int. 2008, 874.

71 Vgl. *Heuser*, Ortsbesichtigungen – Chinesisches Recht im Wandel (1971–2006), 2007, S. 311.

72 Vgl. *Wechsler*, GRUR Int. 2009, 275, 276.

73 *Alford*, To Steal a Book is an Elegant Offense: Intellectual Property Law in Chinese Civilization, 1995 (Stanford University Press).

Professor Dr. Andrés Recalde, Madrid, und Philipp Schönenbeck, Abogado/Rechtsanwalt, Madrid

Regelungen zur Vergütung von Verwaltern börsennotierter Gesellschaften und Reformvorschläge im spanischen Aktienrecht

Zur Zeit liegt dem spanischen Parlament ein Entwurf zur gesetzlichen Regelung der Vergütung von Verwaltern börsennotierter Gesellschaften vor. Zugleich soll der spanische Corporate Governance-Kodex den jüngsten europäischen Empfehlungen zur Vergütung von Mitgliedern der Unternehmensleitung angepasst werden. Der folgende Beitrag fasst die bisher geltende Rechtslage zusammen und beleuchtet im Anschluss die Änderungen, welche sich durch die Reformvorhaben ergeben würden.

I. Einleitung

Es besteht kein Zweifel daran, dass die Frage nach der Regulierung der Vergütung von Mitgliedern der Unternehmensleitung grenzüberschreitend von hoher Aktualität ist. Nicht zuletzt wegen der Wirtschaftskrise sind auch in Spanien die teilweise sehr hohen Bezüge von Verwaltern¹ börsennotier-

1 Hinsichtlich der Begriffsverwendung „Verwalter“ ist klarzustellen, dass dieser nicht einem Vorstandsmitglied oder Geschäftsführer nach deutschem Recht gleichgestellt werden kann. Das spanische Recht sieht ein

ter Aktiengesellschaften und Finanzinstituten heftig diskutiert worden. Einerseits sind diese nach dem Empfinden vieler Bürger nicht mehr durch persönliche Leistung gerechtfertigt, insbesondere da die unternehmerischen Entscheidungen vieler Verwalter aus heutiger Sicht ihren Anteil an der aktuellen Wirtschaftskrise haben dürften. Andererseits hat sich die Diskussion um die Bezüge im Hinblick auf die Gewährung staatlicher Finanzhilfen zugespitzt.

Vor diesem Hintergrund ist vehement eine Reform der Vergütungsregeln gefordert worden.² Die Reformvorschläge wurden in einigen Ländern bereits gesetzlich umgesetzt.³ Darüber hinaus sind sie als Empfehlungen der Europäischen Kommission aufgegriffen worden.⁴ Auch in Spanien ist der Gesetzgeber aktiv geworden und hat einige Reformvorschläge auf den Weg gebracht. Die Reformvorschläge sind in dem Entwurf des Gesetzes einer nachhaltigen Wirtschaft⁵ enthalten und betreffen u. a. das spanische Kapitalmarktgesetz.⁶ Darüber hinaus sind Änderungen betreffend die Vergütungsempfehlungen von Verwaltern in börsennotierten Gesellschaften in dem spanischen Corporate Governance-Kodex (CUBG⁷) vorgesehen.

Bevor dieser Beitrag auf die aktuellen Reformvorschläge zu sprechen kommt, sollen sowohl die bisherige Gesetzeslage als auch der Stand der spanischen Corporate Governance zur Vergütung von Verwaltern dargestellt werden.

II. Historische Entwicklung und aktuelle Gesetzeslage

1. Ausgangslage

a) Gesetzliche Regelung

Die entscheidende gesetzliche Vorgabe hinsichtlich der Vergütung⁸ von Verwaltern findet sich in Art. 130 des spanischen Aktiengesetzes (LSA),⁹ welcher unverändert seit 1951 besteht.¹⁰ Der Regelungskern dieser Norm ist, dass die Vergütung der Verwalter in der Satzung festzulegen ist. Darüber hinaus enthält Abs. 1 eine Beschränkung für den Fall, dass die Vergütung in einer Gewinnbeteiligung besteht.¹¹ Diese knappe Regelung ist seit jeher von der Lehre heftig kritisiert worden, da in den Details vieles unklar bleibt.¹²

aa) Unentgeltlichkeit

Das Amt eines Verwalters ist nicht zu vergüten, wenn eine Vergütungsregelung nicht ausdrücklich in der Satzung vorgesehen ist.¹³ Bei Fehlen einer entsprechenden Satzungsbestimmung besteht daher grundsätzlich kein Vergütungsanspruch.¹⁴ Auch kann dieser nicht ergänzend durch einen Richter festgesetzt werden.

bb) Satzungsvorbehalt

Aus dem Gesetzestext ergibt sich nicht eindeutig, wie der Satzungsvorbehalt ausgestaltet sein muss. Allgemein wird angenommen, dass das jeweilige Vergütungsmodell in der Satzung bestimmt sein muss. Auf diese Weise sollen den schutzwürdigen Interessen der Gesellschafter, der Gesellschaft und der Verwalter entsprochen werden.¹⁵

b) Reform der gesetzlichen Vergütungsregelung

1999 änderte der spanische Gesetzgeber Art. 130 LSA und fügte Abs. 2 ein.¹⁶ Diese Reform stand im unmittelbaren Zusammenhang mit einer weit verbreiteten und teilweise missbräuchlichen Gewährung von Aktienoptionsrechten. Im Rah-

men der damaligen Praxis kam es teilweise zu exorbitanten Vergütungszahlungen. Dies löste zu jener Zeit ein erhebliches Medienecho aus und war Anlass einer intensiven Diskussion über die Angemessenheit der gesetzlichen Regelung.¹⁷

Abs. 2 des Art. 130 LSA enthält die klarstellende Regelung, dass bestimmte Vergütungsmodelle (u. a. Aktienoptionsrechte) ausdrücklich in der Satzung erwähnt sein müssen und deren konkrete Gewährung einen Beschluss der Hauptversammlung erfordert.¹⁸

2. Streitpunkte

Lehre und Rechtsprechung haben sich im Laufe der Zeit vornehmlich mit drei Fragen beschäftigen müssen:

monistisches System vor, in dem das Geschäftsführungsorgan sowohl geschäftsführend als auch überwachend tätig wird. Das Geschäftsführungsorgan kann dabei aus einem Alleinverwalter, mehreren einzelvertretungs- oder gesamtvertretungsberechtigten Verwaltern oder einem Verwaltungsrat (Consejo de Administración) bestehen. Letztere Möglichkeit ist jedenfalls in börsennotierten Gesellschaften das absolut vorherrschende System.

2 Vgl. etwa Initiative von sieben europäischen Finanzministern, u. a. aus Deutschland und Spanien: <http://www.tagesanzeiger.ch/wirtschaft/konjunktur/Wie-Finanzminister-die-BoniGier-eindaemmen-wollen/story/23957080>; *Dominique Strauss-Kahn*, in: *El País*. Negocios, 20. 9. 2009, S. 8.

3 Vgl. etwa das Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung vom 31. 7. 2009 in Deutschland.

4 Empfehlungen der Kommission vom 30. 4. 2009 – K(2009) 3177 und K(2009) 3159.

5 Proyecto de la Ley de Economía Sostenible, welcher am 19. 3. 2010 von der Regierung beschlossen wurde.

6 Ley de Mercado de Valores.

7 Código Unificado de Buen Gobierno.

8 Unter dem Begriff Vergütung versteht man nach spanischem Recht sämtliche vermögenswerte Leistungen. Hiervon umfasst werden daher auch Abfindungs- oder Pensionszahlungen, die Bereitstellung eines Dienstwagens oder Beiträge zu Pensionsversicherungen. Vgl. hierzu *Martínez Sanz/Pütz*, in: *Arroyo-Embid*, *Comentarios a la LSA*, 2. Aufl. 2009, Art. 130, S. 1470.

9 Ley de Sociedades Anónimas.

10 Art. 130 Abs. 1 LSA entspricht Art. 74 des spanischen Aktiengesetzes von 1951.

11 Soweit die Vergütung in einer Gewinnbeteiligung gewährt wird, darf diese lediglich zulasten festgestellter Gewinne gewährt werden, wenn die vorgeschriebenen gesetzlichen und satzungsmäßigen Rücklagen gebildet und den Aktionären eine Dividende von mindestens 4 Prozent zuerkannt wurden.

12 *Sánchez-Calero Guilarte*, RdS 2007/28, S. 19, 25 ff.; *Roncero Sánchez*, *La retribución de los administradores de la sociedad anónima*, in: *Manuales de la reforma mercantil en España*, Bd. 3, *Diario Expansión*, 1999, S. 343, 371; *Martínez Sanz/Pütz* (Fn. 8), S. 1468.

13 Die gesetzliche Vermutung für die Unentgeltlichkeit des Amtes ist mehrheitlich als unzeitgemäß kritisiert worden. Vgl. *Esteban Velasco*, *Administradores de Sociedades Anónimas*, EJB 1995, I, 346, 348; *Roncero Sánchez* (Fn. 12), S. 347; *Martínez Sanz/Pütz* (Fn. 8), S. 1469; a. A. *Farrando Miguel*, RdS 2006/27, S. 355, 379.

14 So jedenfalls die Rechtsprechung: Urteil des Tribunal Supremo vom 21. 4. 2005 (249/2005); Etwas anderes gilt nach einer neueren Rechtsprechung nur in einer Einmann-Gesellschaft: Urteil des Tribunal Supremo vom 31. 10. 2007 (1147/2007) und die h. M.: Nachweise bei *Martínez Sanz/Pütz* (Fn. 8), S. 1471.

15 *Sánchez Calero*, *Los Administradores en las Sociedades de Capital*, 2. Aufl. 2005, S. 247.

16 Die Änderung erfolgte durch die 19. Zusatzbestimmung des Gesetzes 55/1999, vom 29. Dezember. Neben Art. 130 Abs. 2 wurden noch die Zusatzbestimmungen 3 und 4 aufgenommen, wonach entsprechende Vergütungsmodelle (z. B. Aktienoptionsrechte) zugunsten von geschäftsführenden Angestellten, die nicht dem Verwaltungsorgan angehören, durch die Hauptversammlung genehmigt werden müssen. Vgl. hierzu *Martínez Sanz/Recalde*, in: *Arroyo-Embid*, *Comentarios a la LSA*, 2. Aufl. 2009, S. 3215 ff.

17 *Sánchez Calero* (Fn. 15); *Sánchez Andrés*, *Las llamadas „stock-options“ y las fórmulas mágicas de la ciencia jurídica*, in: *Homenaje a Sánchez Calero*, Bd. II, 2002, S. 1485, 1497 ff.; *Roncero Sánchez* (Fn. 12), S. 371 f.

18 Diese Gesetzesänderung ist teilweise als überflüssig kritisiert worden, weil sich der Regelungsinhalt bereits aus Art. 130 Abs. 1 ergebe. Vgl. *Martínez Sanz/Pütz* (Fn. 8), S. 1485.

a) Bestimmung der Rechtsbeziehung zwischen Verwalter und Gesellschaft

aa) Bisher herrschende Meinung und Rechtsprechung

Die herrschende Meinung hat sich seit jeher dafür ausgesprochen, die Rechtsbeziehung zwischen Verwalter und Gesellschaft als organschaftliches Verhältnis zu betrachten.¹⁹ Aus dieser Annahme folgt grundsätzlich, dass daneben ein Dienstleistungs- oder Arbeitsvertrag nur in Betracht kommt, wenn die insoweit zu erbringenden Aufgaben nicht mit denen identisch sind, die von einem Verwalter erbracht werden müssen.²⁰ Soweit nach diesen Kriterien ein Dienstleistungs- oder Arbeitsvertrag geschlossen werden kann, unterliegt die zusätzlich geschlossene Vergütungsvereinbarung nicht Art. 130 LSA.

Die Rechtsprechung²¹ hat das Nebeneinander von organschaftlicher Bestellung als Verwalter und dem Abschluss eines Geschäftsführervertrages (*contratos de alta dirección*) ausdrücklich ausgeschlossen, da die Geschäftsführung bereits eine von den Verwaltern zu übernehmende Aufgabe darstellt. Die Rechtsprechung vermeidet so, dass in Bezug auf geschäftsführende Verwalter unterschiedliche, sich teilweise widersprechende Regelungen Anwendung finden. Während für geschäftsführende Angestellte ein besonderes Arbeitsrecht gilt, unterfällt das Amt des Verwalters gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen. Der wesentliche Unterschied zwischen beiden Regelungen zeigt sich bei den Voraussetzungen der Abberufung bzw. Kündigung.

bb) Neuere Strömungen

Trotz dieser Rechtsprechung kommt es in der Praxis häufig zu Vergütungsvereinbarungen außerhalb der Satzung. So werden in der Regel alle wesentlichen Rechte und Pflichten der Verwalter in einem Geschäftsführervertrag geregelt, in denen u. a. die Vergütungsbestandteile und deren Höhe, Abfindungszahlungen für den Fall der Abberufung, Versicherungen und Pensionsansprüche bestimmt werden. Die Häufigkeit solcher Vereinbarungen hat einen Teil der spanischen Lehre dazu bewegt, die zuvor dargestellten dogmatischen Vorgaben zu entschärfen, um sie mit der gesellschaftsrechtlichen Wirklichkeit in Einklang zu bringen.²²

So wird in Anlehnung an das amerikanische Modell eines *Board of Directors* vertreten, dass zumindest bei Bestehen eines Verwaltungsrates in börsennotierten Gesellschaften zwischen den geschäftsführenden (*executive directors*) und nicht geschäftsführenden Verwaltungsratsmitgliedern unterschieden werden müsse.²³ Während sich ein Teil der Verwaltungsratsmitglieder der Geschäftsführung der Gesellschaft täglich widmen, würden sich die restlichen Verwaltungsratsmitglieder darauf beschränken, diese periodisch zu überwachen. Der klaren Trennung dieser Aufgaben entspräche es, auch im Hinblick auf die anwendbaren gesetzlichen Regelungen zu unterscheiden.²⁴

Als gesetzlicher Anhaltspunkt für diese Meinung wird Art. 141 LSA zitiert, wonach sich der Verwaltungsrat u. a. seine eigene Geschäftsordnung geben, aus seiner Mitte einen Vorsitzenden und einen Schriftführer wählen und die geschäftsführenden Personen und Bevollmächtigten der Gesellschaft bestimmen kann.²⁵ Der hiermit zum Ausdruck gebrachten Autonomie des Verwaltungsrates entspräche es, dass der Verwaltungsrat zumindest die Vergütung des Vorsitzenden, des Schriftführers und der sonstigen geschäftsfüh-

renden Personen in einem gesonderten Geschäftsführervertrag bestimmen könne.²⁶

Ergebnis dieser Auffassung ist, dass Art. 130 LSA teleologisch zu reduzieren und nur auf nicht geschäftsführende Verwaltungsratsmitglieder anzuwenden sei. Für geschäftsführende Verwaltungsratsmitglieder wiederum könne das Rechtsverhältnis zu der Gesellschaft, neben der Bestellung als Verwalter, in einem Geschäftsführervertrag geregelt werden. Die darin vereinbarte Vergütung müsse nicht in der Satzung enthalten sein.²⁷

cc) Stellungnahme

Trotz des Umstandes, dass die zuvor dargestellte Auffassung der allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Praxis entspricht und tatsächlich sogar, wie noch darzustellen ist, Einzug in den spanischen Corporate Governance-Kodex gefunden hat, steht diese im eindeutigen Widerspruch zu der gesetzlichen Aussage in Art. 130 LSA, dem kein Anhaltspunkt zu entnehmen ist, wonach geschäftsführende Verwaltungsratsmitglieder von seinem Anwendungsbereich ausgenommen wären.²⁸

Gegen diese Ansicht spricht zudem eine neuere Entscheidung des Tribunal Supremo,²⁹ welche im Zusammenhang mit der steuerlichen Abzugsfähigkeit der an die Verwalter gezahlten Vergütung im Rahmen der Unternehmenssteuer ergangen ist. In dieser Entscheidung stellt das Gericht ausdrücklich klar, dass für geschäftsführende Verwalter keine gesonderte Vergütung außerhalb des Anwendungsbereichs von Art. 130 LSA in Betracht kommt.

Auch ist der Hinweis auf Art. 141 LSA nicht überzeugend, da sich allein aus der Autonomie des Verwaltungsorgans in eigenen Angelegenheiten noch nicht ergibt, dass ein Teil seiner Mitglieder von zwingenden gesetzlichen Vorgaben an anderer Stelle befreit wäre.

b) Ungleiche Vergütung

Zweiter wesentlicher Streitpunkt war und ist die Frage, inwieweit die einzelnen Verwalter unterschiedlich vergütet werden können bzw. in wessen Kompetenzbereich die Entscheidung über diese Frage fällt. Soweit nämlich eine unterschiedliche Vergütung nicht in der Satzung vorgesehen ist, erhalten alle Verwalter nach der gesetzlichen Intention die gleiche Vergütung (Art. 124 Abs. 3 der spanischen Verordnung zum Handelsregister³⁰).

19 Vgl. statt vieler *Sánchez Calero* (Fn. 15), S. 92.

20 *García de Enterría*, RDM 1995, S. 473, 495.

21 Urteile des Tribunal Supremo vom 21. 4. 2005 (249/2005) und vom 24. 4. 2007 (441/2007).

22 *Paz-Ares*, InDret 1/2008, S. 1; *Marín de la Bárcena*, RdS 2008/30, S. 421.

23 *Paz-Ares* (Fn. 22); *ders.*, InDret, 2/2009, S. 1; ebenso *Marín de la Bárcena* (Fn. 22); dagegen *Martínez Sanz/Pütz* (Fn. 8), S. 1472.

24 Vgl. kritische Darstellung der vertretenen Argumentation bei *León Sanz*, La previsión en los Estatutos de la Retribución de los Administradores de las Sociedades Anónimas. El Estado de la cuestión en la Doctrina Española, in: I Foro de Encuentro de Jueces y Profesores de Derecho Mercantil, 2010, S. 13, 24 ff.; *Marín de la Bárcena* (Fn. 22), S. 432.

25 *Paz-Ares* (Fn. 22), S. 29 ff.; *ders.*, (Fn. 23), S. 11.

26 *Paz-Ares* (Fn. 23).

27 *Paz-Ares* (Fn. 23).

28 Ebenso *Roncero Sánchez* (Fn. 12), S. 349; *Marín de la Bárcena* (Fn. 22), S. 432, wobei dieser eine Sonderregelung für geschäftsführende Verwalter für zulässig hält, wenn dies in der Satzung bestimmt ist; *Martínez Sanz/Pütz* (Fn. 8), S. 1492; *León Sanz* (Fn. 24), S. 26.

29 Tribunal Supremo, Urteil vom 13. 11. 2008 (2578/2004).

30 Reglamento del Registro Mercantil.

Letztlich hängt die Entscheidung darüber von dem Ergebnis des zuvor Dargestellten ab. Eine unterschiedliche Vergütung ergibt sich nämlich nicht nur im Hinblick auf die in der Satzung festgelegte Vergütung für die Leistungen als Verwalter. Vielmehr entstehen dort die größten Unterschiede, wo zusätzliche Vergütungsbestandteile im Rahmen eines Geschäftsführervertrages gezahlt werden. Insoweit stellt sich dann die gleiche Frage wie zuvor: Kommt neben der Bestellung als Verwalter überhaupt noch der Abschluss eines Geschäftsführervertrages in Frage? Nur wer diese Frage bejaht, kann letztlich auf eine Satzungsregel verzichten, wonach hinsichtlich der Höhe der Vergütung zwischen den einzelnen Verwaltern zu unterscheiden ist, da in diesem Fall die ggf. erforderliche Differenzierung mittels des Geschäftsführervertrages außerhalb der Satzung vorgenommen werden könnte.³¹

c) Anforderungen an die Bestimmtheit des Satzungsvorbehalts

Was das System der Vergütung anbelangt, so bestehen kaum inhaltliche Beschränkungen. Daher können sowohl eine feste als auch eine variable Vergütung bestimmt oder diese miteinander kombiniert werden, wobei allerdings nicht offen bleiben darf, welches Vergütungssystem zur Anwendung kommt. Von dem Satzungsvorbehalt werden sämtliche Vergütungsbestandteile umfasst.³² Beschlüsse der Hauptversammlung, mit denen Leistungen gewährt werden, die nicht zuvor in der Satzung bestimmt wurden, sind grundsätzlich anfechtbar.³³ Bis zu welchem Punkt das Vergütungssystem und die Höhe der Vergütung bestimmt sein müssen, ist umstritten.

aa) Auffassung der DGNR und der Rechtsprechung

Die Auffassung der Rechtsprechung ist teilweise sehr restriktiv ausgefallen: So ist durch die DGNR³⁴ mehrfach vertreten worden, dass Klauseln, die die Bestimmung des Ob, des Wie und die Höhe der Vergütung einer Entscheidung der Hauptversammlung überlassen³⁵ oder im Hinblick auf eine an den Gewinn gekoppelte Vergütung lediglich eine Höchst- und/oder Mindestgrenze festlegen,³⁶ unzulässig und damit nicht eintragungsfähig sind.

Ebenso hat die Rechtsprechung stets klargestellt, dass das Vergütungssystem sowie die Kriterien zur Festlegung der Höhe der Vergütung eindeutig bestimmt in der Satzung enthalten sein müssen.³⁷

bb) Auffassung des Schrifttums

Die zuvor genannten Kriterien werden mehrheitlich abgelehnt, da bei deren strikter Anwendung die konkrete Summe des Vergütungsanspruches in der Satzung aufgenommen werden müsste.³⁸ Aus diesem Grund fordert das Schrifttum ein höheres Maß an Flexibilität, um den Gesellschaften zu erlauben, sich in gewissem Maße den jeweiligen Umständen anpassen zu können, ohne hierfür jeweils eine Satzungsänderung vornehmen zu müssen.³⁹ In der Konsequenz soll es daher genügen, wenn die Satzung sämtliche Regelungen enthält, die zur Bestimmbarkeit der Vergütung erforderlich sind.

Soweit die Satzung allerdings nur die Kriterien zur Bestimmbarkeit enthält, besteht in der Folge das Problem, welches Gesellschaftsorgan zu welchem Zeitpunkt die Vergütung abschließend bestimmt.

(1) Kompetenz der Hauptversammlung

Zum einen wird vertreten, dass es in die Kompetenz der Hauptversammlung fallen würde, eine endgültige Bestimmung der konkreten Vergütung vorzunehmen. Dies entspräche der ausdrücklichen Regelung, wie sie in Art. 66 Abs. 3 des spanischen Gesetzes über Gesellschaften mit beschränkter Haftung⁴⁰ vorgesehen ist. Gleiches könnte im Rahmen einer Analogie auf die Aktiengesellschaft übertragen werden.⁴¹

(2) Übertragbarkeit der Kompetenz

Zum anderen wird es für zulässig erachtet, die Kompetenz zur abschließenden Bestimmung der konkreten Vergütung per Satzungsbestimmung oder Hauptversammlungsbeschluss auf das Geschäftsführungsorgan zu übertragen. Es soll sogar möglich sein, dem Geschäftsführungsorgan die Kompetenz zu übertragen, selbst sämtliche Umstände zur Festlegung der Vergütung zu bestimmen.⁴² Fehlt es allerdings an einer entsprechenden Satzungsbestimmung oder einem Hauptversammlungsbeschluss, so ist nach überwiegender Meinung das Geschäftsführungsorgan nicht befugt, in Vergütungsfragen zu entscheiden, da dies zum einen der gesetzlichen Grundentscheidung für eine Festlegung durch die Hauptversammlung widerspräche und zum anderen einen Interessenkonflikt darstellen würde.⁴³

(3) Kompetenz des Geschäftsführungsorgans

Dessen ungeachtet ist es übliche Praxis, insbesondere unter den börsennotierten Gesellschaften, dass die Bestimmung der Vergütung ohne satzungsrechtliche Regelung allein durch das Geschäftsführungsorgan vorgenommen wird.⁴⁴ Diese Praxis wird von einem Teil des Schrifttums für zulässig gehalten.⁴⁵ Für diese Auffassung wird vorgebracht, dass,

31 Vgl. *García de Enterría* (Fn. 19), S. 488 ff.; *Sánchez Calero* (Fn. 15), S. 259 ff.; *Juste Mencía*, *Retribución de consejeros*, in: Esteban Velasco, *El Gobierno de las Sociedades Cotizadas*, 1999, S. 497, 509 ff.

32 Daher müssten auch Abfindungsansprüche in der Satzung enthalten sein. Diese sind allerdings von der Rechtsprechung teilweise als unzulässig erklärt worden, da hierdurch das Recht der Hauptversammlung zur jederzeitigen Abberufung der Verwalter eingeschränkt werden könnte. Vgl. Tribunal Supremo, Urteil vom 30. 12. 1992 (1209/1992). Entsprechende Abfindungsklauseln sind in der Praxis allerdings weit verbreitet.

33 Tribunal Supremo, Urteile vom 30. 12. 1992 (1209/1992), vom 21. 4. 2005 (249/2005) und vom 24. 4. 2007 (441/2007), kommentiert von *Marín de la Bárcena* (Fn. 22).

34 Dirección General de Registros y Notariados (DGRN). Hierbei handelt es sich um ein dem Justizministerium zugeordnetes Organ, vor welchem Entscheidungen der Notare oder (Handels-)Registerbeamten angefochten werden können.

35 Vgl. Entscheidung DGRN vom 15. 10. 1998 (RJ 1998, 7226); anders allerdings die gesetzliche Regelungen zu Gesellschaften mit beschränkter Haftung in Art. 66 Abs. 3 Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, wonach bei einer fixen Vergütung die Gesellschafterversammlung jährlich die konkrete Vergütung zu bestimmen hat.

36 Vgl. hierzu Entscheidung DGNR vom 20. 2. 1991 (RJ 1991, 1690); Urteil des Tribunal Supremo vom 27. 3. 1984 (RJ 1984, 1440).

37 Tribunal Supremo, Urteil vom 21. 4. 2005 (249/2005).

38 *Martínez Sanz/Pütz* (Fn. 8), S. 1472; *Juste Mencía* (Fn. 31), S. 503 f.; *Sánchez Calero* (Fn. 15), S. 250.

39 Vgl. *León Sanz* (Fn. 24), S. 14 f.

40 Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

41 *Roncero Sánchez* (Fn. 12), S. 359; gegen eine Analogie: *Juste Mencía* (Fn. 31), S. 514; *Marín de la Bárcena* (Fn. 22), S. 432.

42 *León Sanz* (Fn. 24), S. 18; *Juste Mencía* (Fn. 31), S. 517; Durch Entscheidung der DGRN vom 4. 10. 1991 wurde einer entsprechenden Satzungsbestimmung allerdings die Eintragung verwehrt.

43 *Martínez Sanz/Pütz* (Fn. 8), S. 1473; *Roncero Sánchez* (Fn. 12), S. 353; *Farrando Miguel* (Fn. 13), S. 418 ff.; *Juste Mencía* (Fn. 31), S. 519.

44 *Sánchez Calero* (Fn. 15), S. 261.

45 *Paz-Ares* (Fn. 22), S. 34. Ein Überblick zu dieser Diskussion findet sich bei *León Sanz* (Fn. 24), S. 16.

zumindest hinsichtlich der geschäftsführenden Verwalter, die Bestellung als Verwalter sowohl auf organschaftlicher als auch auf vertraglicher Ebene erfolgt und der Bestellung daher eine Phase vertraglicher Verhandlungen vorausgeht, welche ein gewisses Maß an Flexibilität erfordern und daher besser durch das Geschäftsführungsorgan als durch die Hauptversammlung vorgenommen werden können.⁴⁶ Gegen das Argument, dass sich hieraus ein Interessenkonflikt ergebe, wird eingewandt, dass sich die Verwalter gemäß Art. 127ter LSA in eigenen Angelegenheiten enthalten sollen und dass die konfliktträchtige Vergütung der geschäftsführenden Verwalter durch eine besondere Vergütungskommission bestimmt werden soll, welche wiederum ausschließlich mit unabhängigen, nicht geschäftsführenden Verwaltern zu besetzen ist (Empfehlung 44 lit. b CUBG). Zudem spräche hierfür der Umstand, dass die Verwalter im Rahmen der Aufstellung des Jahresabschlusses Angaben über die von ihnen im Geschäftsjahr bezogenen Vergütungsleistungen machen müssen (Art. 200 Abs. 9 LSA). Eine solche Regelung sei nur umsetzbar, wenn entweder die Hauptversammlung bereits im Vorhinein die jeweilige Vergütung konkret bestimmt habe oder wenn die Verwalter ermächtigt seien, diese selbst zu bestimmen. Allein die Bestimmung der Vergütung der übrigen, d. h. nicht geschäftsführenden Verwalter, solle durch die Hauptversammlung erfolgen.⁴⁷

cc) Stellungnahme

Eine ausdrückliche Ermächtigung des Geschäftsführungsorgans in Vergütungsfragen dürfte zulässig sein, da das spanische Aktienrecht keine ausschließliche Kompetenz der Hauptversammlung vorschreibt. Der Einwand des Bestehens eines Interessenkonflikts könnte dadurch gelöst werden, dass es die Hauptversammlung selbst ist, die in Kenntnis dieses Interessenkonflikts die konfliktträchtige Befugnis delegiert und hierdurch ihr Einverständnis erteilt.⁴⁸ Die Annahme, das Geschäftsführungsorgan wäre aber auch ohne eine konkrete satzungsrechtliche oder durch Beschluss der Hauptversammlung vorgenommene Delegation befugt, in eigenen Vergütungsfragen zu entscheiden, lässt sich nicht überzeugend vertreten, auch wenn diese Auffassung in den Empfehlungen des CUBG vorausgesetzt wird.⁴⁹

d) Sonstige bisher nicht geklärte Aspekte

aa) Zeitpunkt der Bestimmung der Vergütung

Der aktuell gültige Gesetzestext enthält keine Angaben hinsichtlich des Zeitpunkts, wann über die Vergütung der Verwalter abschließend zu bestimmen ist. Denkbar ist eine Bestimmung sowohl vor als auch nach Ablauf des Geschäftsjahres bzw. der Aufstellung des Jahresabschlusses. Zudem dürfte die Antwort auf diese Frage davon abhängen, ob die abschließende Bestimmung durch die Hauptversammlung oder durch das Verwaltungsorgan vorgenommen wird.⁵⁰

bb) Beschränkungen hinsichtlich der Höhe der Vergütung

Ebenso bestehen grundsätzlich keine Beschränkungen hinsichtlich der Höhe der Vergütung. Unangemessen hohe Vergütungen könnten daher lediglich über die allgemeinen Bestimmungen zur Anfechtung von Hauptversammlungs- oder Verwaltungsratsbeschlüssen angegriffen werden (Art. 115 und 141 LSA). Nicht zuletzt könnte auch eine individuelle Haftungsklage gegen diejenigen geltend gemacht werden, die eine unangemessene Vergütung vereinbart oder gewährt

haben. Gesetzliche Vorgaben, wie die Angemessenheit der Vergütung bestimmt werden könnte, fehlen jedoch.

Etwas konkreter sind dagegen die Vorgaben im Insolvenzfall.⁵¹ So sind die Insolvenzverwalter berechtigt, Insolvenzanfechtungsklage zu erheben, falls eine vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorgenommene Vermögensverfügung, etwa die Vereinbarung einer unverhältnismäßigen Vergütung, zu einer Schädigung der Insolvenzmasse geführt hat (Art. 71 des spanischen Insolvenzgesetzes⁵²). Zwar fehlen auch hier Kriterien zur Bestimmbarkeit der Angemessenheit der Vergütung, doch wird die Geltendmachung der Klage durch die gesetzliche Vermutung für das Vorliegen eines Schadens erleichtert, wenn die Vermögensverfügung zugunsten einer der Gesellschaft nahe stehenden Person, etwa zugunsten eines Verwalters, erfolgte. Im Übrigen kann die Bestimmung der Angemessenheit der Vergütung im Hinblick auf die marktübliche Vergütung in vergleichbaren Gesellschaften oder anhand des erzielten wirtschaftlichen Erfolges vorgenommen werden.

3. Corporate Governance

Der Corporate Governance-Prozess ist in Spanien durch die Kodexe Olivencia (1998), Aldama (2003) und den aktuellen Kodex CUBG von 2006⁵³ geprägt. Die spanische Börsenaufsicht (CNMV⁵⁴) hat hinsichtlich aller Kodexe, insbesondere aber im Hinblick auf den letzten als Schirmherrin im Rahmen des seit 2003 in Art. 116 Abs. 4 LMV verankerten Prinzips „comply or explain“ agiert.

Schon zu Beginn dieser Entwicklung wurden diverse Vorschläge hinsichtlich der Vergütung von Verwaltern gemacht. Diese beschränkten sich aber auf allgemein gehaltene, zaghafte Empfehlungen zur Angemessenheit der Vergütung, zur Förderung der Transparenz und zur Schaffung einer Vergütungskommission. Die Freiheit der Gesellschaften, das jeweilige Vergütungssystem und die Höhe der Vergütung selbst zu bestimmen, wurde ausdrücklich erwähnt. Man war offensichtlich davon überzeugt, dass die kritische Vergütungsfrage bei ausreichender Transparenz der Kontrollfunktion des Marktes überlassen werden könnte. Zwingende Vorgaben hielt man in einer freien Marktwirtschaft für unange-

46 Paz-Ares (Fn. 22), S. 34.

47 Paz-Ares (Fn. 22), S. 19 ff.

48 Umstritten ist weiterhin ob eine Delegation dieser Befugnis zugunsten der sog. Vergütungskommission (comisión de retribuciones) erlaubt ist, da es sich bei dieser Kommission nicht um ein „Gesellschaftsorgan“ mit eigenen Kompetenzen handelt, sondern lediglich um eine interne Organisationsform des Verwaltungsrates. Da diese Kommission aber grundsätzlich durch sog. unabhängige Verwalter zu besetzen ist, dürfte wenig gegen eine Delegation sprechen.

49 Dies gilt insbesondere, da nunmehr einzelne dieser Empfehlungen im Rahmen des Reformvorhabens auf Gesetzesebene gehoben werden sollen.

50 Vgl. zu der hiermit verbundenen Problematik: *Juste Mencía* (Fn. 31), S. 518 ff.; *Farrando Miguel* (Fn. 13), S. 426 ff.; *Marín de la Bárcena* (Fn. 22), S. 428; *Martínez Sanz/Pütz* (Fn. 8), S. 1474; *Sánchez-Calero Guilarte* (Fn. 12), S. 52.

51 Vgl. hierzu *León Sanz*, Los créditos derivados del contrato de alta dirección, in: II. Kongress zum Insolvenzrecht, 15. bis 17. 4. 2010, bisher unveröffentlicht (Veröffentlichung voraussichtlich in: ADCo, 2010); s. zu diesem Kongress den Tagungsbericht von *Cohnen*, RIW 2010/6, RIW-aktuell, S. II.

52 Ley Concursal.

53 Die Verabschiedung des CUBG stand im Zusammenhang mit der fortschreitenden Entwicklung der Corporate Governance auf internationaler (OECD Principles of Corporate Governance 2004) und auf europäischer Ebene (Kommission Winter, Empfehlung III.11 sowie Art. 5 der Empfehlung der Europäischen Kommission vom 14. 12. 2004 [2004/913/EG]).

54 Comisión Nacional del Mercado de Valores.

bracht. Seit der aktuellen Wirtschaftskrise wird die Diskussion hierüber jedoch kritischer geführt.

a) Empfehlungen hinsichtlich des Vergütungssystems

Schon der Kodex Olivencia enthielt eine Empfehlung, wonach solche Vergütungssysteme gewählt werden sollten, die ausreichend Leistungsanreize für die Verwalter enthalten. Was die Schaffung adäquater Leistungsanreize anbelangte, so galt – damals wie heute – die Übertragung von Aktien oder die Gewährung von Optionsrechten als adäquates Mittel (Empfehlung 36 CUBG). Allgemein gilt die Börsennotierung des jeweiligen Unternehmens als verlässlicher Indikator für die Leistungen des Führungspersonals.⁵⁵ Für nicht geschäftsführende Verwalter soll dagegen kein erfolgsabhängiges Vergütungsmodell zur Anwendung kommen, da man insoweit eine Beeinträchtigung ihrer Unabhängigkeit befürchtet.

b) Empfehlungen hinsichtlich der Höhe der Vergütung

Der Kodex Olivencia stand vor allen Dingen im Zeichen der Anerkennung der gesellschaftsrechtlichen Praxis und enthielt lediglich einige gut gemeinte Hinweise zur Mäßigung der Vergütung. Klare Empfehlungen zu Beschränkungen der Höhe enthielt auch später der Kodex Aldama nicht.

Im aktuellen spanischen Corporate Governance-Kodex wird dagegen zumindest auf indirekte Weise Einfluss auf die Höhe der Vergütung genommen. So heißt es in der 37. Empfehlung, dass die Vergütung der nicht geschäftsführenden Verwalter zwar ausreichend hoch sein soll, um deren Zeitaufwand, Verantwortung und fachliche Kompetenz angemessen zu vergüten, deren Höhe jedoch ein gewisses Maß nicht übersteigen soll, damit ihre Unabhängigkeit nicht gefährdet wird. Im Hinblick auf die erfolgsabhängigen Vergütungen wird empfohlen, eventuelle Vorbehalte der Abschlussprüfer zu berücksichtigen und insoweit eine Reduzierung der Vergütung vorzunehmen (Empfehlung 38 CUBG). Darüber hinaus wird die Schaffung von Kontrollmechanismen empfohlen, um sicherzustellen, dass die Höhe von variablen Vergütungsbestandteilen tatsächlich im Zusammenhang mit der persönlichen Leistung des jeweiligen Verwalters steht und nicht nur auf einer allgemeinen positiven Marktentwicklung beruht (Empfehlung 39 CUBG).

c) Empfehlungen hinsichtlich des in Vergütungsfragen zuständigen Organs

Die Kompetenz zur Entscheidung über Vergütungsfragen wird indirekt dem Geschäftsführungsorgan zugewiesen, indem empfohlen wird, die endgültige Entscheidung über die Vergütung der Verwaltungsratsmitglieder nicht auf Dritte (etwa Vergütungskommissionen) zu übertragen, sondern einer Entscheidung des Verwaltungsratsplenums vorzubehalten (Empfehlung 8. lit. b ii CUBG).

d) Empfehlungen hinsichtlich besonderer Verfahren zur Bestimmung der Vergütung

Da der spanische Corporate Governance-Kodex voraussetzt, dass der Verwaltungsrat selbst über die Höhe und das System der Vergütung seiner eigenen Mitglieder entscheidet, stellt sich die Frage, wie dem sich daraus ergebenden Interessenkonflikt begegnet werden kann. Der Kodex empfiehlt insoweit die Bildung einer Vergütungskommission, die ausschließlich mit unabhängigen Verwaltern besetzt sein soll

(Empfehlung 44 CUBG). Aufgabe dieser Vergütungskommission ist es, dem Verwaltungsrat Vorschläge zur Bestimmung der Höhe der Vergütung und des zu wählenden Vergütungssystems zu machen. Des Weiteren soll die Vergütungskommission das gewählte Vergütungssystem periodisch auf seine Zweckmäßigkeit und Angemessenheit überprüfen.

e) Empfehlungen hinsichtlich der Verbesserung der Transparenz

Das Problem fehlender Transparenz in Vergütungsfragen ergibt sich daraus, dass hinsichtlich der Angaben im Anhang zum Jahresabschluss nur die Pflicht besteht, die Gesamtsumme der Vergütungsbestandteile aller Mitglieder des Verwaltungsrats zu nennen (Art. 200 Abs. 9 LSA). Was die einzelnen Verwalter, insbesondere die geschäftsführenden Verwalter erhalten, lässt sich dagegen nicht erfahren. Zwar ist dieser Schwachpunkt der gesetzlichen Regelung bereits von den Kodexen Olivencia und Aldama aufgegriffen worden, doch ist erst in dem aktuellen Kodex (Empfehlung 41) eine eindeutige Empfehlung enthalten, die Vergütung individualisiert für jeden einzelnen Verwalter auszuweisen.

Darüber hinaus wird die Vorlage eines Vergütungsberichts empfohlen (Empfehlung 41), welcher durch den Verwaltungsrat der Hauptversammlung zur Beschlussfassung vorzulegen ist. Dieser Bericht soll über die Vergütungspolitik des Verwaltungsrates für das laufende und ggf. für das folgende Geschäftsjahr informieren. Der hierüber zu fassende separate Beschluss der Hauptversammlung soll aber nach der Empfehlung des Kodex keine bindende Wirkung haben.⁵⁶

f) Sonstige Empfehlungen

Geschäftsführerverträge für geschäftsführende Verwalter werden für zulässig erachtet, soweit in diesen bestimmte Vertragsklauseln wie Dauer, Kündigungsfrist, Zuschläge und Abfindungszahlungen geregelt werden (Empfehlung 8 lit. b ii und 35 lit. d CUBG).

4. Vereinbarkeit der Empfehlungen des CUBG mit der aktuellen Gesetzeslage

Ohne auf sämtliche dargestellten Empfehlungen des spanischen Corporate Governance-Kodex eingehen zu wollen, soll an dieser Stelle hervorgehoben werden, dass sich einzelne Empfehlungen nicht ohne Weiteres mit den bisher von der Rechtsprechung und der h.M. vertretenen Prinzipien vereinbaren lassen.⁵⁷

Dies gilt insbesondere im Hinblick auf das zur Bestimmung der Vergütung zuständige Organ sowie für die von dem Kodex angenommene Zulässigkeit des Nebeneinanders von organschaftlicher Bestellung und Abschluss eines Geschäftsführervertrages. Der Widerspruch bezieht sich dabei nicht nur auf das Nebeneinander des Amtes eines Verwalters und des zusätzlichen Abschlusses eines Geschäftsführervertrages, sondern auch auf die von der Rechtsprechung teilweise abgelehnten Abfindungsansprüche eines Verwalters im Falle

⁵⁵ Vgl. hierzu *Juste Mencía* (Fn. 31), S. 526 ff.

⁵⁶ Vgl. zu der Kritik *Sánchez-Calero Guilarte* (Fn. 12), S. 52; *Farrando Miguel* (Fn. 13), S. 426; *Martínez Sanz/Pütz* (Fn. 8), S. 1473; *Velasco San Pedro*, RdS 2006/27, S. 137, 144 ff.

⁵⁷ Dies kann wohl im Wesentlichen dem bestimmenden Einfluss von *Paz-Ares* zugeschrieben werden, der in sämtlichen Kommissionen zur Ausarbeitung der Kodexe vertreten war.

einer vorzeitigen Abberufung.⁵⁸ Nach der Rechtsprechung ist die Vereinbarung von (millionenschweren) Abfindungszahlungen nicht mit der Freiheit der Hauptversammlung vereinbar, einen Verwalter jederzeit abberufen zu können. Nicht zuletzt findet sich im Gesetz keine Stütze für die in dem CUBG vorgenommene Unterscheidung zwischen geschäftsführenden und nicht geschäftsführenden Verwaltern.

Darüber hinaus bereitet die rechtliche Einordnung des oben genannten (unter 3. e) unverbindlichen Beschlusses Schwierigkeiten, insbesondere da das spanische Recht keine „unverbindlichen“ Beschlussfassungen kennt. Ob und wie insoweit nämlich die Anfechtungsregeln anwendbar sind, ist bisher ungeklärt.⁵⁹

Beim Thema Transparenz geht der Kodex zwar über die gesetzliche Regelung hinaus; zu einem höherem Maß an Transparenz hat dies, wohl wegen der fehlenden Verbindlichkeit der Empfehlung, allerdings in der Praxis bisher nicht geführt.

III. Aktuelle Reformvorhaben

Das Reformvorhaben ist in dem Gesetzesentwurf einer nachhaltigen Wirtschaft⁶⁰ enthalten, welcher vor dem Hintergrund der aktuellen Wirtschaftskrise entwickelt wurde. Der Gesetzesentwurf ist sehr weit gefasst und enthält eine Vielzahl an Regelungen, die in ihrer Gesamtheit der Förderung der spanischen Wirtschaft dienen sollen. In einem Teilbereich werden die Vergütungsregeln von Verwaltern und geschäftsführenden Angestellten in börsennotierten Aktiengesellschaften geregelt.⁶¹ Erkennbar sind die Änderungen darauf ausgerichtet, die als unangemessen empfundenen Vergütungen von Verwaltungsratsmitgliedern und geschäftsführenden Angestellten zu beschränken.

1. Geplante Änderungen im spanischen Aktien- und Kapitalmarktrecht

Der Entwurf sieht u. a. eine Änderung von Art. 61ter LMV vor, wonach nunmehr im Anwendungsbereich des jährlichen Berichts zur Corporate Governance im Rahmen der ordentlichen Hauptversammlung einer börsennotierten Gesellschaft durch den Verwaltungsrat in einem separaten Punkt der Tagesordnung ein Bericht zur Vergütung der Verwalter und geschäftsführenden Angestellten der Gesellschaft vorgelegt und zu einer unverbindlichen Abstimmung gebracht werden muss. Dieser Bericht soll umfassend über die von dem Verwaltungsrat beschlossene Vergütungspolitik der Verwalter und geschäftsführenden Angestellten für das laufende und das folgende Geschäftsjahr informieren. Insbesondere soll der Bericht darüber Aufschluss geben, wie die Vergütungspolitik umgesetzt und in welcher Höhe jeder einzelne Verwalter und geschäftsführende Angestellte vergütet wurde. Dem Wirtschafts- und Finanzministerium obliegt die Bestimmung weiterer Einzelheiten hinsichtlich der in diesem Bericht aufzunehmenden Informationen.

Der Reformvorschlag beschränkt sich damit allein darauf, die Transparenz in börsennotierten Gesellschaften zu erhöhen. Es scheint daher, dass der Gesetzgeber nach wie vor der Kontrollfunktion des Marktes vertraut und keine weitergehenden gesetzlichen Vorgaben, etwa in Bezug auf die Höhe der Vergütung, sei es durch vor- oder nachgeschaltete Kontrollen, für erforderlich erhält. Das Vertrauen des Gesetzgebers, dass über den Markt eine Entwicklung zur effektiven

Kontrolle und Mäßigung der Vergütung angetrieben werden könnte, erscheint jedoch aus rechtspolitischer Sicht widersprüchlich. Die aktuell vorgeschlagene gesetzliche Transparenzregelung war nämlich bereits inhaltsgleich als Empfehlung in dem CUBG verankert. Gerade deren Nichtbefolgung durch die Marktteilnehmer hat den Gesetzgeber offensichtlich motiviert, diese unverbindliche Empfehlung als zwingende gesetzliche Regelung auszugestalten.

Festzuhalten bleibt, dass die Fragestellungen, die mit den entsprechenden Empfehlungen verbunden waren, von der Regierung in dem Gesetzesentwurf nicht aufgelöst werden.

2. Änderungen im spanischen Corporate Governance-Kodex

Die CNMV hat am 17. 12. 2009 ein Konsultationsverfahren zur Änderung des CUBG eingeleitet. Die vorgeschlagenen Änderungen betreffen dabei zum einen die zwangsläufigen Änderungen, die daraus folgen, dass einzelne Empfehlungen nunmehr auf Gesetzesebene gehoben werden sollen, und sind insoweit durch die tatsächliche Umsetzung des zuvor dargestellten Gesetzesentwurfs bedingt.⁶² Andererseits greift die CNMV die Empfehlung der Europäischen Kommission⁶³ zur Regelung der Vergütung von Mitgliedern der Unternehmensleitung börsennotierter Gesellschaft auf und fügt diese in die Empfehlungen des Corporate Governance-Kodex ein.⁶⁴

Die Inhalte der Kommissionsempfehlung sind dabei inhaltsgleich und ohne jede weitere Konkretisierung übernommen worden. Ohne im Einzelnen an dieser Stelle auf die jeweiligen Empfehlungen eingehen zu wollen, lassen sich Interpretationsschwierigkeiten bei der zukünftigen Anwendung schon aufgrund der unreflektierten Umsetzung sicher voraussagen.

Im Übrigen sieht die Empfehlung der Kommission vor, dass die Mitgliedstaaten die geeigneten Maßnahmen treffen sollen, um sicherzustellen, dass börsennotierte Gesellschaften mit eingetragenem Sitz in ihrem Hoheitsgebiet die Empfehlung befolgen. Die Umsetzung der Empfehlung auf Ebene des Corporate Governance-Kodex kann dagegen nicht sicherstellen, dass die europäischen Vorgaben tatsächlich befolgt werden, weil sich die Befolgung des Kodex lediglich auf den Grundsatz „comply or explain“ beschränkt und keine verbindlichen Rechtssätze aufstellt. Zwar ist die Empfehlung der Kommission für die Mitgliedstaaten nicht verbindlich, so dass es dem spanischen Gesetzgeber frei steht, die Empfehlung der Kommission nicht zu befolgen, dennoch hätte sich schon zum jetzigen Zeitpunkt eine Umsetzung auf Gesetzesebene angeboten. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass der Gesetzgeber mit der gesetzlichen Verankerung der Transparenzregelung zum Ausdruck gebracht hat, dass die Aufstellung von unverbindlichen Empfehlungen in dem Corporate Governance-Kodex eine

58 Tribunal Supremo, Urteil vom 9. 5. 2001 (445/2001).

59 *Velasco San Pedro* (Fn. 56), S. 144 ff.

60 Proyecto de la Ley de Economía Sostenible.

61 Darüber hinaus enthält der Gesetzesentwurf u. a. Änderungen in Vergütungsfragen für Kreditinstitute und Investmentgesellschaften (vgl. Art. 25 lit. b des Gesetzesentwurfes).

62 Bei Umsetzung des Gesetzesentwurfes würden die Empfehlungen 35, 40 und 41 CUBG gestrichen.

63 Empfehlung der Kommission zur Ergänzung der Empfehlungen 2004/913/EG und 2005/162/EG zur Regelung der Vergütung von Mitgliedern der Unternehmensleitung börsennotierter Gesellschaften.

64 Die europäischen Vorgaben sollen in den Empfehlungen 36, 39, 40, 54 und 57 CUBG umgesetzt werden.

ungenügende Maßnahme darstellt. Die gesellschaftsrechtliche Praxis der letzten Jahre hat klar gezeigt, dass die Empfehlungen des CUBG zur Vergütung der Verwalter und leitenden Angestellten nur in den wenigsten Fällen befolgt wurden. Gerade das Fehlen von Kontrollmechanismen kann insbesondere in Fällen von Unternehmensübernahmen, Verschmelzungen oder sonstigen Umwandlungsmaßnahmen unverhältnismäßige Vergütungszahlungen an die Mitglieder der Unternehmensleitung begünstigen.

Die Umsetzung der Kriterien zur Sicherstellung der Angemessenheit der Vergütung und der eventuellen Reduzierung von Vergütungsvereinbarungen oder der Rückforderung von Zahlungen in Krisensituationen hätte eine Umsetzung auf Gesetzesebene erfordert. Solange eine Umsetzung dieser Kriterien nicht auf Gesetzesebene erfolgt, sagt deren Befolgung noch nichts darüber aus, ob es durch eine konkrete Vergütungsvereinbarung oder -zahlung zu einem Vermögensschaden der Gesellschaft gekommen ist, welcher im Rahmen eines Insolvenzverfahrens von den Insolvenzverwaltern zum Anlass genommen werden könnte, eine Insolvenzanfechtungsklage zu erheben.⁶⁵

IV. Zusammenfassung

Das aktuelle Reformvorhaben spiegelt das politische Unbehagen wider, welches sich in Anbetracht von sehr hohen Vergütungszahlungen, der nicht eindeutig geregelten Kompetenzbereiche und der damit in Zusammenhang stehenden Interessenkonflikte einstellt.

Die Reform zeigt auch, dass der Gesetzgeber eine Regelung dieses Themas auf der Ebene von unverbindlichen Empfehlungen (zumindest teilweise) nicht für ausreichend erachtet. Allerdings fehlt es dem Reformgeber an Mut, so dass die Reform zu kurz greift. Die bestehenden Problembereiche werden nicht im Kern behandelt und können daher nicht gelöst werden. Stattdessen werden lediglich einzelne Fragen nunmehr gesetzlich geregelt, während andere wichtige Fra-

gen auf der Ebene unverbindlicher Empfehlungen verbleiben. Es hätte dem spanischen Gesetzgeber gut angestanden, eine einheitliche Gesamtregelung auf Gesetzesebene zu schaffen. Diese Möglichkeit ist versäumt worden. Den Änderungen des CUBG können vor dem Hintergrund der bisherigen Erfahrungen nur geringe Erfolgsaussichten vorausgesagt werden. Sollten verbindliche Gesetzgebungsvorschläge auf europäischer Ebene folgen, so wird der spanische Gesetzgeber weitere Änderungen beschließen müssen.

Die seit langem geforderte einheitliche und umfassende Reform des Vergütungsrechts von Verwaltern in spanischen Aktiengesellschaften ist damit weiterhin überfällig.



Professor Dr. Andrés Recalde

Seit 1995 Professor für Handels- und Gesellschaftsrecht an der Universität Jaume I de Castellón (Spanien), wo er kürzlich das Amt des Dekans der Fakultät für Rechts- und Wirtschaftswissenschaften übernommen hat. Des Weiteren ist er Of-counsel der Rechtsanwaltskanzlei CMS Albiñana y Suárez de Lezo in Madrid. Er ist Autor einer Vielzahl von Veröffentlichungen, die sich vornehmlich dem Recht der Kapitalgesellschaften – hierbei insbesondere der Durchführung der Hauptversammlung, dem Stimmrecht und der Corporate Governance –, dem Kapitalmarktrecht – unter besondere Beachtung von Übernahmeangeboten und Effekten – und dem Transportrecht widmen.



Philipp Schönnenbeck

Seit 2008 Rechtsanwalt und Abogado bei CMS Albiñana y Suárez de Lezo in Madrid, wo er schwerpunktmäßig im Bereich des Handels- und Gesellschaftsrechts tätig ist. Er ist zudem Teil des Germandesk von CMS Albiñana & Suárez de Lezo und in enger Kooperation mit CMS Hasche Sigle in einer Vielzahl deutsch-spanischer Mandate involviert.

65 León Sanz (Fn. 51).

Dr. Amrei Schröder, Rechtsanwältin, Erlangen

Das Recht der Solarenergie in Spanien

Im Vergleich zur deutschen Regelung des EEG

Spanien hat in den vergangenen Jahren ein spektakuläres Wachstum der Photovoltaikbranche erlebt, was nicht zuletzt den außerordentlich günstigen klimatischen Bedingungen des Landes zu verdanken ist. Der entscheidende Grundstein für die rasche Entwicklung wurde aber durch die entsprechenden gesetzgeberischen Fördermaßnahmen gelegt. Nach anfangs überaus sonnigen Zeiten hat die spanische Branche zuletzt jedoch herbe Einschnitte hinnehmen müssen und die Schattenseite gesetzlicher Regelungen kennen gelernt. Auch in Deutschland hat die Regierung Kürzungen der Solarstromvergütung an-

gekündigt. Der folgende Beitrag geht der Frage nach, wie sich die Solarbranche in den letzten Jahren in beiden Ländern entwickelt hat, wie sich die rechtliche Lage in Spanien und Deutschland zur Förderung von Photovoltaikstrom derzeit darstellt und welche Änderungen beabsichtigt sind.

I. Einführung

Wie viele andere Länder auch hat sich der spanische Gesetzgeber bei der Gestaltung des Rechts der Solarenergie an der deutschen Regelung orientiert, die im April ihr zehnjähriges