



Betriebs Berater

10 | 2021

10. GWB-Novelle ... Weltsteuerordnung ... Konzernklausel ... Vergütungssysteme ... Recht ...

8.3.2021 | 76. Jg.
Seiten 577–640

DIE ERSTE SEITE

Dipl.-Betriebsw. **Gerhard Schmitt**, RA/StB

Bruxellis locuta – Causa finita? – Ertragsteuerliche Folgefragen aus dem Handels- und Kooperationsabkommen mit dem Vereinigten Königreich

WIRTSCHAFTSRECHT

Dr. Harald Kahlenberg, RA, **Dr. Dietmar Rahlmeyer**, RA, und **Peter Giese**, RA

Die 10. GWB-Novelle: Mehr als eine Digitalisierungsnovelle | 579

STEUERRECHT

Falk Thörmer, LL.M., StB

Das neue Besteuerungsrecht der Marktstaaten an digitalen und konsumentenorientierten Geschäftsmodellen – Eine stabile Säule der neuen „Weltsteuerordnung“? | 599

Elisabeth Märker, RAin

Die Vorbehaltensfrist der Konzernklausel im Lichte des gleich lautenden Ländererlasses vom 22.9.2020 | 605

BILANZRECHT UND BETRIEBSWIRTSCHAFT

Dr. Annetrin Veit, RAin/StBin

BB-Rechtsprechungsreport zur Bilanzierung betrieblicher Altersversorgung 2020/2021 | 619

ARBEITSRECHT

Dominik von Zehmen, RA

Vergütungssysteme für Vorstände auf dem Prüfstand | 628

BB-Rechtsprechungsreport
zur Bilanzierung betrieblicher
Altersversorgung 2020/2021

Dominik von Zehmen, RA

Vergütungssysteme für Vorstände auf dem Prüfstand

Dos and don'ts bei der Systemgestaltung nach ARUG II und DCGK 2020

Dieser Beitrag soll eine praktische Hilfestellung bei der Gestaltung von gesetz- und kodexkonformen Vergütungssystemen für die Vorstandsmitglieder börsennotierter Gesellschaften geben. Hierzu wurden die in der Hauptversammlungssaison 2020 bei den DAX- und MDAX-Unternehmen nach § 120a Abs. 1 AktG zur Beschlussfassung vorgelegten Vergütungssysteme ausgewertet.

I. Einleitung

Aufgrund der durch das Gesetz zur Umsetzung der zweiten Aktionärsrechterichtlinie (ARUG II) vom 12.12.2019 eingeführten §§ 87a, 120a AktG ist der Aufsichtsrat einer börsennotierten Gesellschaft verpflichtet, ein klares und verständliches System zur Vergütung der Vorstandsmitglieder zu beschließen und der Hauptversammlung zur Billigung vorzulegen. Die erstmalige Beschlussfassung der Hauptversammlung über die Billigung des Vergütungssystems muss spätestens bis zum Ablauf der ersten ordentlichen Hauptversammlung, die auf den 31.12.2020 folgt, erfolgen (vgl. § 26j Abs. 1 EGAktG). § 87a Abs. 1 AktG regelt die inhaltlichen (Mindest-)Bestandteile des Vergütungssystems. Flankierend zu diesen aktienrechtlichen Neuregelungen sieht der Deutsche Corporate Governance Kodex in seiner geltenden Fassung vom 16.12.2019, die am 20.3.2020 im Bundesanzeiger veröffentlicht wurde („DCGK 2020“), zahlreiche neue Empfehlungen zur Vorstandsvergütung vor.

Mangels Rechtsprechung und wünschenswerter Klarstellungen seitens der Regierungskommission sind im Zusammenhang mit Vorstandsvergütungssystemen derzeit noch viele Rechtsfragen offen und Streitpunkte ungeklärt, mit denen die Aufsichtsräte börsennotierter Gesellschaften nun praxistauglich umgehen müssen. Dieser Beitrag soll ihnen hierbei als Handreichung dienen.¹

Zu diesem Zweck wurden die Vergütungssysteme, die bereits in der Hauptversammlungssaison 2020 bei insgesamt acht DAX- und acht MDAX-Unternehmen den ordentlichen Hauptversammlungen zur Beschlussfassung nach § 120a Abs. 1 S. 1 AktG vorlagen, untersucht und ausgewertet. Der Großteil der börsennotierten Gesellschaften hat es hingegen noch vor sich, in der nun anstehenden Hauptversammlungssaison 2021 einen entsprechenden Billigungsbeschluss ihrer Hauptversammlung über das Vergütungssystem für die Vorstandsmitglieder herbeizuführen.

II. Allgemeine Handhabung für die Praxis

Die Gestaltung von Vorstandsvergütungssystemen ist eine komplexe Aufgabe. Bei der unternehmensspezifischen Ausarbeitung des Vergütungssystems, das zur Förderung der Geschäftsstrategie und zur langfristigen Entwicklung der Gesellschaft beizutragen hat, gilt es die detaillierten gesetzlichen Vorgaben und zahlreichen Empfehlungen des

DCGK 2020 zu beachten. Abhängig vom Aktionärskreis der Gesellschaft sollten darüber hinaus die einschlägigen Abstimmungsrichtlinien von Stimmrechtsberatern und institutionellen Investoren berücksichtigt werden, die teils umfangreiche und voneinander divergierende Anforderungen an die Vorstandsvergütung stellen. Ein wesentlicher Faktor für einen erfolgreichen Billigungsbeschluss der Hauptversammlung ist ein frühzeitiger Dialog mit den relevanten Investoren, um ihre konkreten Erwartungen zu sondieren und rechtzeitig vor der Einberufung der Hauptversammlung bei der Ausgestaltung des Vergütungssystems berücksichtigen zu können. Daneben sind vor allem auch die Erwartungen der gegenwärtigen und potenziell zukünftigen Vorstandsmitglieder einzubeziehen, für die das Vergütungssystem akzeptabel sein muss. Ist das Incentive-Design auf dieser Basis erarbeitet worden, gilt es schließlich in technischer Hinsicht Gestaltungen zu vermeiden, die einer praxistauglichen Umsetzung des Vergütungssystems entgegenstehen (können).

III. Umgang mit ausgewählten Bestandteilen des Vergütungssystems in der Praxis

Im Folgenden werden einzelne Bestandteile des Vergütungssystems erläutert und Ansätze zu ihrer praktischen Handhabung bei der gesetz- und kodexkonformen Systemgestaltung dargestellt. Auf Grundlage der ausgewerteten Vorstandsvergütungssysteme werden dabei „dos and don'ts“ aufgezeigt.

Ausgewählte Bestandteile des Vergütungssystems im Überblick

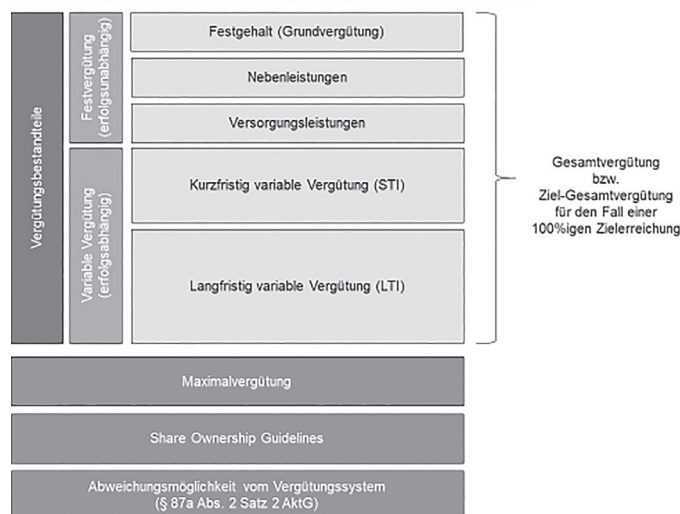


Abb.: Vergütungs-Systembestandteile

¹ Auf die für Kredit- und Finanzdienstleistungsinstitute sowie Versicherungsunternehmen geltenden Spezialregelungen (vgl. § 25a Abs. 5 u. Abs. 6 KWG und InstitutsVergV bzw. § 25 VAG und VersVergV) wird aus Raumgründen nicht eingegangen.

1. Festlegung einer (konkreten) Maximalvergütung

Das Vergütungssystem muss eine Maximalvergütung der Vorstandsmitglieder enthalten (§ 87a Abs. 1 S. 2 Nr. 1 AktG).

a) Begriff der Maximalvergütung

Unter der Maximalvergütung ist der „Aufwands-Höchstbetrag der Gesellschaft aus der Summe aller Vergütungselemente für das betreffende Jahr“ (einschließlich eines Dienstaufwands gemäß IAS 19² aus Zusagen für Pensionen und sonstige Versorgungsleistungen) zu verstehen.³ Die vom Aufsichtsrat festzulegende Maximalvergütung im Sinne einer Vergütungsobergrenze (Cap) muss also neben dem Festgehalt und der (kurz- und langfristigen) variablen Vergütung auch die weiteren Vergütungsbestandteile wie insbesondere Neben- und Versorgungsleistungen sowie Beendigungsleistungen, die nicht lediglich aufgrund einer vorzeitigen Beendigung der Vorstandstätigkeit entfallende Vergütungsansprüche abfinden, umfassen.⁴

b) Einbeziehung von Konzernbezügen in die Maximalvergütung und ihre Darstellung im Vergütungssystem

Wenngleich sich die gesetzliche Regelung des § 87a Abs. 1 S. 2 Nr. 1 AktG und die Empfehlung G.1 DCGK 2020 nicht dazu verhalten, so sind doch auch Vergütungen von Vorstandsmitgliedern für Tätigkeiten in mit der Gesellschaft verbundenen Unternehmen (sog. Konzernbezüge) in die Maximalvergütung einzubeziehen.⁵ Dem steht nicht entgegen, dass die Maximalvergütung als der Aufwands-Höchstbetrag der „Gesellschaft“ begriffen wird,⁶ da nach allgemeiner Meinung bei der Beurteilung der Angemessenheit der konkreten Gesamtbezüge eines Vorstandsmitglieds (§ 87 Abs. 1 S. 1 AktG), für die der Vergütungs-Cap gilt, auch Konzernbezüge zu berücksichtigen sind.⁷

Im Vergütungssystem zu berücksichtigende Konzernbezüge fehlen, wenn die Tätigkeiten von Vorstandsmitgliedern in mit der Gesellschaft verbundenen Unternehmen per se nicht vergütet werden oder die Vorstandsstellungsverträge vorsehen, dass diese Tätigkeiten mit der vertraglich vereinbarten (Gesamt-)Vergütung bzw. (bereits) mit dem Jahresfestgehalt abgegolten sind. Soweit Konzernbezüge nicht von vornherein ausgeschlossen sind und deshalb für die Festlegung der Maximalvergütung relevant bleiben, werden sie in der Praxis regelmäßig von der Maximalvergütung dadurch implizit umfasst, dass die Anstellungsverträge ihre Anrechnung auf die vertraglich vereinbarte Vergütung vorsehen. Auch der DCGK 2020 empfiehlt nunmehr in G.15, dass die Vergütung für die Wahrnehmung konzerninterner Aufsichtsratsmandate angerechnet werden soll. Eine Anrechnung der Vergütung für die Wahrnehmung sonstiger (konzerninterner oder -externer) Nebentätigkeiten wird vom DCGK 2020 hingegen nicht verlangt.

In der Praxis enthalten die Vergütungssysteme regelmäßig Angaben zur Behandlung von etwaigen Nebentätigkeiten einschließlich Aufsichtsratsmandaten der Vorstandsmitglieder. Die Aufnahme solcher Angaben in das Vergütungssystem ist weder vom Gesetz vorgeschrieben noch vom DCGK 2020 empfohlen, aber in Bezug auf die Vergütung für die Wahrnehmung von Organfunktionen in mit der Gesellschaft verbundenen Unternehmen wegen ihres Vergütungscharakters im Sinne des § 87 Abs. 1 S. 1 AktG schlüssig. Soweit die untersuchten Vergütungssysteme dazu Ausführungen machen, wird eine entsprechende (gesonderte) Vergütung jedenfalls – d.h. soweit sie nicht bereits mit der (übrigen) Vorstandsvergütung abgegolten ist – angerechnet.

In Bezug auf Aufsichtsratsmandate ist darauf zu achten, dass nicht etwa Sitzungsgelder von der Anrechnung ausgenommen werden, da auch sie zur Aufsichtsratsvergütung gehören;⁸ andernfalls muss eine Abweichung von der Empfehlung G.15 DCGK 2020 erklärt werden. Eine Abweichung braucht jedoch nicht erklärt zu werden, wenn die Aufsichtsratsvergütung nicht – wie es die Begründung der Regierungskommission zur Empfehlung G.15 DCGK verlangt – auf die Festvergütung für die Vorstandstätigkeit, sondern – wie es derzeit die meisten Vergütungssysteme vorsehen – auf andere Vergütungsbestandteile oder die Vorstandsvergütung insgesamt angerechnet wird. Die geforderte Anrechnung auf die Festvergütung ist nicht Teil der Empfehlung selbst.⁹ Sie ist auch nicht nach dem Zweck der Empfehlung G.15 DCGK 2020 geboten, zusätzliche Vergütungen für die Wahrnehmung von konzerninternen Aufsichtsratsmandaten, die als ein typisches Instrument der Konzernleitung zu den üblichen Aufgaben eines Vorstands gehören, einzudämmen.¹⁰

c) Angabe eines konkreten Höchstbetrags für die Maximalvergütung?

Die Maximalvergütung sollte mit einem konkreten Geldbetrag angegeben werden.¹¹

Von Teilen in der Literatur wird allerdings unter Bezugnahme auf die Gesetzesbegründung zu § 87a Abs. 1 S. 2 Nr. 1 AktG vertreten, dass die Maximalvergütung auch in Form einer Berechnungsmethode, z. B. als ein (bestimmtes) Vielfaches einer (variablen) Kennzahl wie etwa die durchschnittliche Belegschaftsvergütung, angegeben werden dürfe.¹² Die bloße Angabe einer Berechnungsmethode birgt für die Praxis jedoch grundsätzlich die Gefahr, dass mit der so festgelegten Maximalvergütung das Erfordernis eines „klaren und verständlichen“ Vergütungssystems (§ 87 Abs. 1 S. 1 AktG) nicht erfüllt wird. Eine im Ergebnis nicht konkret betragsmäßige Festlegung der Maximalvergütung stünde zudem in Widerspruch zu der in § 87 Abs. 4 AktG geregelten Möglichkeit der Hauptversammlung, auf Antrag nach § 122 Abs. 2 S. 1 AktG die festgelegte Maximalvergütung (auf einen bestimmten Betrag) herabzusetzen.¹³

2 Vgl. Begründung zur Empfehlung G.1 DCGK 2020, S. 14.

3 Vgl. Begründung der Regierungskommission zur Empfehlung G.1 in der Fassung des zweiten Entwurfs des Deutschen Corporate Governance Kodex vom 9.5.2019. In der jetzigen Begründung zur Empfehlung G.1 DCGK 2020 findet sich diese begriffliche Klarstellung nicht mehr, was aber nur redaktionelle Gründe hat, vgl. hierzu die PM der Regierungskommission vom 23.1.2020, wonach materielle Änderungen am [zweiten] Kodexentwurf nicht mehr notwendig waren, sondern [lediglich] redaktionelle Anpassungen und Kürzungen zwecks einer noch besseren Klarheit und Verständlichkeit vorgenommen wurden.

4 *Johannsen-Roth*, in: *Johannsen-Roth/Ilbert/Ghassemi-Tabar*, DCGK, 2020, Empfehlung G.1, Rn. 9; *Seibt*, in: *K. Schmidt/Lutter*, AktG, 4. Aufl. 2020, § 87a, Rn. 8; *Dörrwächter/Leuring*, NJW-Spezial 2020, 15; *Vetter/Lauterbach*, AG 2021, 89, 100.

5 *Seibt*, in: *K. Schmidt/Lutter*, AktG, 4. Aufl. 2020, § 87a, Rn. 8.

6 *Johannsen-Roth*, in: *Johannsen-Roth/Ilbert/Ghassemi-Tabar*, DCGK, 2020, Empfehlung G.1, Rn. 11.

7 *Koch*, in: *Hüffer/Koch*, AktG, 14. Aufl. 2020, § 87, Rn. 6; vgl. auch Ziff. 4.2.2. Abs. 2 S. 1 Deutscher Corporate Governance Kodex in der Fassung vom 7.2.2017, bekanntgemacht im Bundesanzeiger am 24.4.2017 und am 19.5.2017 (Berichtigung der Veröffentlichung vom 24.4.2017), wonach die Gesamtvergütung der einzelnen Vorstandsmitglieder vom Aufsichtsratsplenium unter Einbeziehung von etwaigen Konzernbezügen auf der Grundlage einer Leistungsbeurteilung festgelegt wird.

8 *Bachmann*, in: *Kremer u. a.*, DCGK, 8. Aufl. 2021, Empfehlung G.15, Rn. 4; *Goslar*, DB 2020, 937, 938.

9 *Kießling*, in: *Johannsen-Roth/Ilbert/Ghassemi-Tabar*, DCGK, 2020, Empfehlung G.15, Rn. 4.

10 *Bachmann*, in: *Kremer u. a.*, DCGK, 8. Aufl. 2021, Empfehlung G.15, Rn. 4; *Arnold/Gralla*, NZG 2020, 529, 536.

11 Vgl. *Johannsen-Roth*, in: *Johannsen-Roth/Ilbert/Ghassemi-Tabar*, DCGK, 2020, Empfehlung G.1, Rn. 7; *Seibt*, in: *K. Schmidt/Lutter*, AktG, 4. Aufl. 2020, § 87a, Rn. 9; *Dörrwächter/Leuring*, NJW-Spezial 2020, 15, 16.

12 Vgl. *Grigoleit/Kochendörfer*, in: *Grigoleit*, AktG, 2. Aufl. 2020, § 87a, Rn. 38.

13 Vgl. hierzu *Bungert*, in: *Münch. Hdb. GesR*, Bd. 4, 5. Aufl. 2020, § 35, Rn. 48.

Der Praxis ist deshalb anzuraten, die Maximalvergütung in Form eines konkreten Geldbetrags festzulegen und die Berechnungsmethode – wenn überhaupt – nur zusätzlich zur Erläuterung anzugeben.

Nicht zulässig ist es, wenn die Maximalvergütung (erst) jährlich vom Aufsichtsrat nach einer bestimmten Berechnungsmethode (z. B. je Vorstandsmitglied in Höhe der Summe des maximal möglichen Zuflusses aus allen Vergütungsbestandteilen) betragsmäßig festgelegt wird. Denn in einem solchen Fall ändert sich die Maximalvergütung letztlich automatisch – d. h. ohne einen neuen Billigungsbeschluss der Hauptversammlung – in Abhängigkeit von den jährlichen Berechnungsparametern.¹⁴

d) Festsetzung der Maximalvergütung gesamthaft für alle Vorstandsmitglieder oder gesondert für jedes einzelne Vorstandsmitglied?

Nach Maßgabe des § 87a Abs. 1 S. 2 Nr. 1 AktG steht es dem Aufsichtsrat frei, ob er die Maximalvergütung für den Vorstand insgesamt oder jedes einzelne Vorstandsmitglied gesondert festlegt.¹⁵ Hiervon abweichend legt die herrschende Meinung jedoch die Empfehlung G.1 DCGK 2020 dahingehend aus, dass die Maximalvergütung – gleichermaßen wie dies für die Ziel-Gesamtvergütung in G. 2 DCGK 2020 empfohlen wird – für jedes Vorstandsmitglied einzeln festgelegt werden soll.¹⁶

Dieser Empfehlung sollte in der Praxis gefolgt werden, und zwar nicht nur aus dem Grund, eine entsprechende begründungspflichtige Abweichung in der Entsprechenserklärung nach § 161 AktG zu vermeiden. Vielmehr verbietet sich die Festlegung einer Maximalvergütung für den Gesamtvorstand bereits aus Praktikabilitätsgründen, da sie einer etwaigen Erweiterung des Vorstands entgegenstehen könnte. Hierauf weist auch der Rechtsausschuss in den Gesetzesmaterialien hin, wonach er es für ratsam hält, nicht zu engmaschige Vorgaben bei der Festlegung der Maximalvergütung zu machen, um z. B. die Möglichkeit der Schaffung neuer Vorstandsposten nicht zu beschränken.¹⁷ Aus diesem Grund wäre es bei einer gesonderten Festlegung der Maximalvergütung für jedes einzelne Vorstandsmitglied aber ebenso verfehlt, allein und abschließend nach Funktionsbereichen zu differenzieren, ohne auch eine Maximalvergütung für sonstige, ordentliche Vorstandsmitglieder – also ungeachtet eines spezifischen Funktionsbereichs – festzulegen. Falls beispielsweise die Maximalvergütung lediglich in Bezug auf die bereits im Vorstand bestehenden Funktionen (z. B. CEO, CFO und COO) bestimmt wurde und der Vorstand später um ein weiteres Mitglied vergrößert werden sollte, müsste für dieses neue Mitglied eine Maximalvergütung noch festgelegt und das insoweit geänderte Vergütungssystem der Hauptversammlung wiederum zur Billigung vorgelegt werden. Der Großteil der untersuchten Vorstandsvergütungssysteme der DAX- und MDAX-Unternehmen differenziert bei der festgelegten Maximalvergütung für die einzelnen Vorstandsmitglieder hingegen – flexibilitätswahrend – zwischen dem Vorstandsvorsitzenden und übrigen ordentlichen Vorstandsmitgliedern. Der Aufsichtsrat ist gut beraten, bei der Gestaltung der Maximalvergütung auf eine hinreichende, aber zugleich maßvolle Flexibilität zu achten, weil sich während der vierjährigen Regellaufzeit des Vergütungssystems (vgl. § 120a Abs. 1 S. 1 AktG) die Größe, Struktur, Ressortbildung und personelle Zusammensetzung des Vorstands verändern können.¹⁸

Zum einen sollte deshalb bei der betragsmäßigen Festlegung der Maximalvergütung ein angemessener Sicherheitsaufschlag einberechnet

werden. Dies ist nach herrschender Meinung zulässig¹⁹ und vor allem dann anzuraten, wenn – wie in der Praxis häufig – die Neben- und Versorgungsleistungen bestimmten Schwankungen unterliegen, so dass sich deren Beträge nur mit einer gewissen Unsicherheit ex-ante bestimmen lassen (siehe hierzu unten unter 2. c)).

Zum anderen können bei der Maximalvergütung präzise Anpassungsmechanismen für bestimmte Sachverhalte geregelt werden. Beispielsweise kann eine Anpassung der Maximalvergütung für den Fall vorgesehen werden, dass einem neu eintretenden Vorstandsmitglied Zahlungen aus Anlass des Amtsantritts zur Kompensation entfallender Zahlungen aus dem vorangehenden Dienstverhältnis gewährt werden: Wird eine solche, der Maximalvergütung unterfallende Sonderzahlung (sog. Sign-on-Bonus oder Antrittsprämie) im Eintrittsjahr oder dem zweiten Jahr der Bestellung gewährt, so erhöht sich die Maximalvergütung für dieses eine Geschäftsjahr um einen konkreten Geldbetrag, der z. B. funktionspezifisch differenzierend für Vorstandsvorsitzende höher als für sonstige ordentliche Vorstandsmitglieder festgelegt werden kann.²⁰ Aus Gründen der Rechtssicherheit sollte die Erhöhung der Maximalvergütung hingegen nicht mit einem entsprechenden Prozentsatz angegeben werden (siehe oben unter c)). Von Teilen in der Literatur wird empfohlen²¹ und vereinzelt sogar für notwendig erachtet,²² dass das Vergütungssystem in Bezug auf die Maximalvergütung außerdem bestimmt, welche Vergütungsbestandteile für den Fall des Überschreitens der Maximalvergütung gekürzt werden. Insoweit solle sich für eine entsprechende Kürzung regelmäßig die langfristig variable Vergütung anbieten, da diese zu einem deutlich späteren Zeitpunkt ausgezahlt werde.²³ Eine Festlegung der Kürzungsmodalitäten im Rahmen der Maximalvergütung ist allerdings weder gesetzlich vorgeschrieben noch unter praktischen Gesichtspunkten geboten. Bestimmt etwa ein Vergütungssystem, dass die im Rahmen der langfristig variablen Vergütung zufließenden Beträge entsprechend reduziert werden, bis die Maximalvergütung nicht mehr überschritten wird, so wäre der Aufsichtsrat an diesen Kürzungsmechanismus gebunden und darin beschnitten, (alternativ oder kumulativ) z. B. die kurzfristig variable Vergütung zu reduzieren. Eine gleichmäßige Kürzung mehrerer Vergütungsbestandteile kann aber sinnvoll sein, beispielsweise damit die relativen Anteile der Vergütungsbestandteile im Vergütungsbericht (vgl. § 162 Abs. 1 S. 2 Nr. 1

14 Vgl. hierzu auch *Seibt*, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, 4. Aufl. 2020, § 87a, Rn. 9.

15 *Beschlussempfehlung u. Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz*, BT-Drs. 19/15153, 56.

16 *Bachmann*, in: Kremer u. a., DCGK, 8. Aufl. 2021, Empfehlung G.1, Rn. 8; *Johannsen-Roth*, in: *Johannsen-Roth/Illert/Ghassemi-Tabar*, DCGK, 2020, Empfehlung G.1, Rn. 8; a. A. *Arnold/Herzberg/Zeh*, AG 2020, 313, 315.

17 *Beschlussempfehlung u. Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz*, BT-Drs. 19/15153, 56.

18 *Seibt*, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, 4. Aufl. 2020, § 87a, Rn. 9.

19 *Johannsen-Roth*, in: *Johannsen-Roth/Illert/Ghassemi-Tabar*, DCGK, 2020, Empfehlung G.1, Rn. 8 f.; *Bachmann*, in: Kremer u. a., DCGK, 8. Aufl. 2021, Empfehlung G.1, Rn. 6 ff.; *Arnold/Herzberg/Zeh*, AG 2020, 313, 316; vgl. auch *Gaj*, AG 2015, 173, 181 f., 185; *Sünner*, AG 2014, 115, 116.

20 Zur erforderlichen Berücksichtigung solcher Sonderzahlungen bei der Maximalvergütung s. *Dörrwächter/Leuring*, NJW-Spezial 2020, 15, 16; *Arnold/Herzberg/Zeh*, AG 2020, 313, 321, die es auch für empfehlenswert erachten, Sign-on-Boni eher gestreckt über die gesamte Laufzeit des Dienstvertrages zu leisten als einen sehr hohen Einmalbetrag in einem Geschäftsjahr zu zahlen und sie der regulären Maximalvergütung zu unterstellen. Zur Zulässigkeit und Vereinbarkeit von Antrittsprämien mit einer Vergütungsstruktur, die auf eine nachhaltige und langfristige Entwicklung der Gesellschaft ausgerichtet ist, s. *Schwennicke*, in: Grigoleit, AktG, 2. Aufl. 2020, § 87, Rn. 21; *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, 14. Aufl. 2020, § 87, Rn. 28, jeweils m. w. N.

21 *Seibt*, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, 4. Aufl. 2020, § 87a, Rn. 9; *Arnold/Herzberg/Zeh*, AG 2020, 313, 316.

22 *Johannsen-Roth*, in: *Johannsen-Roth/Illert/Ghassemi-Tabar*, DCGK, 2020, Empfehlung G.1, Rn. 9.

23 *Dörrwächter/Leuring*, NJW-Spezial 2020, 15, 15; *Arnold/Herzberg/Zeh*, AG 2020, 313, 316.

AktG) von denjenigen, die im Vergütungssystem angegebenen sind (vgl. § 87a Abs. 1 S. 2 Nr. 3 AktG; Empfehlung G.1 Spiegelstrich 2 DCGK 2020), nicht wesentlich abweichen. Denn eine Verzerrung der Relation zwischen der kurzfristig variablen und der langfristig variablen Vergütung wäre erläuterungsbedürftig und könnte bei Aktionären Fragen aufwerfen. Dem Aufsichtsrat ist deshalb aus Flexibilitätsgründen jedenfalls anzuraten, nicht allein die langfristig variable oder die kurzfristig variable Vergütung, sondern die variablen Bezüge insgesamt als Bezugspunkt für eine mögliche Kürzung zu wählen.

Nur wenige der untersuchten Vergütungssysteme regeln, welche Vergütungsbestandteile bei einem Überschreiten der Maximalvergütung gekürzt werden. Der Großteil der Vergütungssysteme enthält hingegen keine entsprechende Bestimmung, so dass der jeweilige Aufsichtsrat bei der inhaltlichen Ausgestaltung des Kürzungsmechanismus in den Anstellungsverträgen mit den Vorstandsmitgliedern frei ist.²⁴

Falls das Vergütungssystem derart konzipiert ist, dass ein Überschreiten der Maximalvergütung faktisch ausgeschlossen ist (u. a. mittels der Festlegung von betragsmäßigen Höchstgrenzen (Caps) für die variablen Vergütungsbestandteile), kann auch auf eine entsprechende Regelung in den Anstellungsverträgen verzichtet werden. Dies setzt voraus, dass der für die Maximalvergütung festgelegte Betrag mindestens so hoch ist wie die Summe der potenziell erreichbaren Auszahlungen und Zuteilungen an das jeweilige Vorstandsmitglied aus allen für ein Geschäftsjahr gewährten Vergütungsbestandteilen (Maximalvergütung \geq maximal erreichbarer Gesamtvergütung). Ein Kürzungsmechanismus braucht insoweit auch nicht wegen der Gefahr eines etwaigen späteren Hauptversammlungsbeschlusses im Wege eines Tagesordnungsergänzungsverlangens nach § 122 Abs. 2 S. 1 AktG über die Herabsetzung der festgelegten Maximalvergütung (§ 87 Abs. 4 AktG) vertraglich vereinbart zu werden, da laufende Anstellungsverträge von dem Herabsetzungsbeschluss unberührt bleiben.²⁵

2. Ziel-Gesamtvergütung

Durch die Empfehlung G.1 Spiegelstrich 1 DCGK 2020 wird eine Ziel-Gesamtvergütung im Vergütungssystem implementiert, deren Bestimmung für die einzelnen Vorstandsmitglieder (abstrakt) festgelegt werden soll. Die Ziel-Gesamtvergütung ist Bezugspunkt für die Relationstransparenz der festen und der variablen Vergütungsbestandteile (siehe unten unter b)). Ferner soll der Aufsichtsrat auf Basis des Vergütungssystems für jedes Vorstandsmitglied dessen konkrete Ziel-Gesamtvergütung für das jeweils bevorstehende Geschäftsjahr festlegen (vgl. Empfehlung G.2 DCGK 2020). Die Ziel-Gesamtvergütung wird allerdings trotz ihrer Bedeutung nicht im DCGK 2020 definiert.

a) Begriff der Ziel-Gesamtvergütung

Bei der Ziel-Gesamtvergütung handelt es sich um die Gesamtvergütung für den Fall einer hundertprozentigen Zielerreichung, wobei die Gesamtvergütung die Summe aller für das betreffende Jahr aufgewendeten Vergütungsbeträge einschließlich eines Dienstaufwands nach IAS 19 ist.²⁶ Die Ziel-Gesamtvergütung umfasst demnach alle festen sowie kurzfristig variablen und langfristig variablen Vergütungsbestandteile.

b) Relativer Anteil von fester und variabler Vergütung

Im Vergütungssystem müssen alle festen und variablen Vergütungsbestandteile sowie ihr jeweiliger relativer Anteil an der Vergütung ange-

geben werden (vgl. § 87a Abs. 1 S. 2 Nr. 3 AktG). Darüber hinausgehend soll nach der Empfehlung G.1 Spiegelstrich 2 DCGK 2020 im Vergütungssystem festgelegt werden, welchen relativen Anteil die Festvergütung einerseits sowie kurzfristig variable und langfristig variable Vergütungsbestandteile andererseits an der Ziel-Gesamtvergütung haben. Nach der Regierungskommission geht es bei der Festlegung des Verhältnisses von Festvergütung zu variablen Vergütungsbestandteilen darum, dass der Aufsichtsrat das richtige Anreizniveau schafft.²⁷

c) Umgang mit Neben- und Versorgungsleistungen

In der Praxis bereitet es Schwierigkeiten, dass Neben- und Versorgungsleistungen bei der Ermittlung der Ziel-Gesamtvergütung zu berücksichtigen sind (vgl. oben unter 2.) und deren relativer Anteil an der Vergütung im Vergütungssystem anzugeben ist (vgl. § 87a Abs. 1 S. 2 Nr. 3 AktG). Denn die entsprechenden Zuwendungen schwanken regelmäßig, so dass sich die hier anfallenden Beträge im Voraus kaum exakt bestimmen, sondern letztlich nur schätzen lassen.²⁸ Bei der Bestimmung der jeweiligen (Ziel-)Beträge und Anteile der Neben- und Versorgungsleistungen ist dem Aufsichtsrat deshalb nach hier vertretener Auffassung ein breiter Beurteilungsspielraum zuzugestehen.²⁹ Nach einer Stimme in der Literatur soll darüber hinaus auch ein angemessener Sicherheitsaufschlag zulässig sein, sofern hierauf im Vergütungssystem hingewiesen wird.³⁰

Zusagen zur betrieblichen Altersversorgung sind in der Praxis nach wie vor weit verbreitet, werden aber zunehmend kritisiert.³¹ Sofern Zusagen zur betrieblichen Altersversorgung gemacht werden, ist darauf zu achten, dass vermehrt institutionelle Investoren in ihren Abstimmungsrichtlinien eine beitragsorientierte und ausschließlich an die Fixvergütung geknüpfte Ausgestaltung verlangen.³²

Unter den untersuchten Vergütungssystemen finden sich neuerdings zwei Vergütungssysteme, die von einer Versorgungszusage absehen und stattdessen den Vorstandsmitgliedern ein festes Versorgungsentgelt (Cash Allowance) gewähren, mit dem die Altersversorgung selbst gestaltet werden kann. Die vorgenannten Schwierigkeiten und Unsicherheiten bei der Berechnung der Altersverorgungsbeiträge, um ihren relativen Anteil an der Vergütung im Vergütungssystem angeben zu können, stellen sich hier nicht. Schon wegen der wachsenden Kritik an der betrieblichen Altersversorgung für Vorstände ist zu erwarten, dass diese neue Praxis von weiteren Unternehmen aufgegriffen wird.

24 Denkbar wäre z. B. eine Vertragsbestimmung, die es dem Aufsichtsrat überlässt, nach (pflichtgemäßem, billigem oder freiem) Ermessen zu bestimmen, welche Vergütungsbestandteile um welchen Betrag gekürzt werden, bis die Maximalvergütung nicht mehr überschritten wird.

25 Beschlussempfehlung u. Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz, BT-Drs. 19/15153, 55.

26 Begründung zur Empfehlung G.1 DCGK 2020, S. 14.

27 Begründung des DCGK 2020, S. 3.

28 *Johannsen-Roth*, in: *Johannsen-Roth/Ilbert/Ghassemi-Tabar*, DCGK, 2020, Empfehlung G.1, Rn. 6 m. w. N.

29 So auch *Arnold/Herzberg/Zeh*, AG 2020, 313, 317.

30 *Johannsen-Roth*, in: *Johannsen-Roth/Ilbert/Ghassemi-Tabar*, DCGK, 2020, Empfehlung G.1, Rn. 6.

31 *Fockenbrock*, in: *Handelsblatt* vom 21.3.2019, S. 14 f.; *Bachmann*, in: *Kremer u. a.*, DCGK, 8. Aufl. 2021, Grundsatz 23, Rn. 22 m. w. N.

32 *Deka*, Grundsätze der Abstimmungspolitik bei Hauptversammlungen innerhalb der von den Gesellschaften Deka Investment GmbH, Deka Vermögensmanagement GmbH u. Deka International S.A. verwalteten Investmentvermögen, Stand: 7.1.2020, Ziff. 4.6.1; *Union Investment*, Proxy Voting Policy, Stand: 1.4.2020, S. 3; vgl. auch „Leitlinien für eine nachhaltige Vorstandsvergütung“ in Ziff. 1.5, unter <http://www.leitlinien-vorstandsverguetung.de/design.html> (Abruf: 3.1.2021).

3. Festvergütung

Zu den festen Vergütungsbestandteilen im Sinne des § 87a Abs. 1 S. 2 Nr. 3 AktG – der DCGK 2020 spricht von Festvergütung – zählen insbesondere das Festgehalt, Nebenleistungen und Versorgungsleistungen.

Bei den Nebenleistungen, wozu etwa die private Nutzungsmöglichkeit eines Dienstwagens und (in aller Regel) die Übernahme von Versicherungsprämien gehören, ist umstritten, ob hierunter auch die von der Gesellschaft geleisteten Entgelte für eine Vermögensschadenhaftpflichtversicherung (D&O-Versicherung) fallen.³³ Der Praxis ist daher zu empfehlen, die Prämien für eine D&O-Versicherung vorsorglich bei den Nebenleistungen mit einzubeziehen. Rund die Hälfte der untersuchten Vergütungssysteme sowohl bei den DAX- als auch bei MDAX-Unternehmen behandelt die D&O-Versicherungsprämien ausdrücklich als Teil der Vorstandsvergütung in Form von Nebenleistungen. Bei der jeweils anderen Hälfte der Vergütungssysteme, die teils unspezifisch Versicherungsprämien bei den gewährten Nebenleistungen nennen, ist unklar, ob die D&O-Versicherungsprämien tatsächlich einbezogen sind – insoweit bleibt es abzuwarten, ob die später von der Hauptversammlung zu billigenden und auf der Internetseite öffentlich zugänglich zu machenden Vergütungsberichte (vgl. §§ 120a Abs. 4 S. 1, 162 AktG) hierüber Aufschluss geben.

4. Variable Vergütung (STI und LTI)

Während die Festvergütung eine gewisse Grundabsicherung des Vorstandsmitglieds bezweckt,³⁴ soll die variable Vergütung für das Vorstandsmitglied der wesentliche materielle Anreiz sein, um die Ziele der Geschäftspolitik zu verfolgen.³⁵ Wie in der Praxis allgemein üblich sehen auch alle der untersuchten Vergütungssysteme eine variable Vergütung vor, die jeweils sowohl einen kurzfristig variablen Bestandteil (short-term incentive – kurz: STI) als auch einen langfristig variablen Bestandteil (long-term incentive – kurz: LTI) umfasst.

a) Variable Vergütung als Teil der (Gesamt-)Vergütungsstruktur

Bei börsennotierten Gesellschaften ist die Struktur der (Gesamt-)Vergütung auf eine nachhaltige und langfristige Entwicklung der Gesellschaft auszurichten (§ 87 Abs. 1 S. 2 AktG).

aa) Neues Nachhaltigkeitsgebot und Erfordernis der Festlegung von Nachhaltigkeitszielen in der variablen Vergütung

Durch das ARUG II wurden in § 87 Abs. 1 S. 2 AktG die Wörter „nachhaltige Unternehmensentwicklung“ durch die jetzigen Wörter „nachhaltige und langfristige Entwicklung der Gesellschaft“ ersetzt. Diese Änderung wurde erst am Ende des Gesetzgebungsverfahrens durch den Rechtsausschuss eingefügt; in dem vorangegangenen Regierungsentwurf war noch eine Änderung des Gesetzeswortlauts durch die Wörter „langfristige Entwicklung der Gesellschaft“ vorgesehen. Nach dem allgemeinen Verständnis vor dem Inkrafttreten des ARUG II meinte „nachhaltige Entwicklung“ (bereits) eine „langfristige Entwicklung“ im Sinne einer Orientierung der Vergütungsstruktur an einem dauerhaften, periodenübergreifenden Unternehmenserfolg, in Abgrenzung zu einer kurzfristig stichtagsbezogenen Betrachtung einzelner Leistungskennzahlen.³⁶ Wegen des jetzt bestehenden begrifflichen Nebeneinanders von Nachhaltigkeit und Langfristigkeit in § 87 Abs. 1 S. 2 AktG ist umstritten, ob nunmehr bei der Vorstandsvergü-

tung börsennotierter Gesellschaften zwingend auch Nachhaltigkeitsziele einzubeziehen sind.³⁷

Dem Aufsichtsrat ist deshalb zu empfehlen, Nachhaltigkeitsziele festzulegen. Zudem verlangen zunehmend die Abstimmungsrichtlinien von Stimmrechtsberatern und institutionellen Investoren, dass Nachhaltigkeitskriterien in der variablen Vorstandsvergütung – teils sogar speziell in der langfristig variablen Vergütung – berücksichtigt werden.³⁸ Zu beachten ist hierbei allerdings, dass die Abstimmungsrichtlinien auf sog. Environmental, Social and Governance (ESG)-Kriterien abstellen und insofern mit dem Aspekt der guten Unternehmensführung (Governance) über den Begriff der Nachhaltigkeit hinausgehen, der nach der Begründung der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses zu § 87 Abs. 1 S. 2 AktG (bloß) soziale und ökologische Gesichtspunkte umfasst. Auch die „Leitlinien für eine nachhaltige Vorstandsvergütung“, die von einem privaten Arbeitskreis aus Aufsichtsratsvorsitzenden, institutionellen Investoren, Wissenschaftlern und Corporate Governance-Experten erarbeitet wurden, verstehen die Nachhaltigkeit im weiteren Sinne, indem sie hierunter auch ESG-Kriterien sowie (sogar) weitere nichtfinanzielle Parameter (z. B. Innovation und Unternehmenskultur) fassen.³⁹ Dementsprechend werden in der aktuellen Praxis bei den ausgewiesenen Nachhaltigkeitszielen regelmäßig sozial- und umweltbezogene Aspekte mit weiteren ESG-Kriterien kombiniert. Neben den Aktionärsinteressen (Stichwort: Shareholder-value-Orientierung) werden Interessen und Erwartungen weiterer Stakeholder einbezogen, die für den langfristigen Erfolg der Gesellschaft als wesentlich gesehen werden und damit im wohlverstandenen Unternehmensinteresse liegen. Nach Auswertung der untersuchten Vergütungssysteme stehen bei den ESG-Krite-

33 Ablehnend z. B. *Fleischer*, in: BeckOGK, AktG, Stand: 15.1.2020, § 87, Rn. 13; *Koch*, in: Hüf-fer/Koch, AktG, 14. Aufl. 2020, § 87, Rn. 6, wonach die D&O-Versicherung aufgrund des Eigeninteresses der Gesellschaft nicht der Vergütung, sondern den dienstlichen Fürsorgeaufwendungen zuzurechnen sei; bejahend z. B. *Schwennicke*, in: Grigoleit, AktG, 2. Aufl. 2020, § 87, Rn. 5; *Weber*, in: Hölters, AktG, 3. Aufl. 2017, § 87, Rn. 7; differenzierend *Spindler*, in: MünchKomm AktG, Nachtrag zum ARUG II, 5. Aufl. 2021, § 87, Rn. 25 ff.

34 *Bachmann*, in: Kremer u. a., DCGK, 8. Aufl. 2021, Empfehlung G.1, Rn. 10.

35 Begründung des DCGK 2020, S. 4.

36 *Seibt*, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, 4. Aufl. 2020, § 87, Rn. 23; *Spindler*, in: MünchKomm AktG, 5. Aufl. 2019, § 87, Rn. 79; *Weber*, in: Hölters, AktG, 3. Aufl. 2017, § 87, Rn. 30; *Hüf-fer*, in: Hüf-fer/Koch, AktG, 14. Aufl. 2020, § 87, Rn. 27 m. w. N.; Gesetzesentwurf der Bundesregierung zum ARUG II, BT-Drs. 19/9739, 72.

37 Bejahend unter Bezugnahme auf die Begründung der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses zu § 87 Abs. 1, S. 2 AktG: *Schwennicke*, in: Grigoleit, AktG, 2. Aufl. 2020, § 87, Rn. 20; *Fleischer*, in: BeckOGK, AktG, Stand: 15.1.2020, § 87, Rn. 36; *Bachmann*, in: Kremer u. a., DCGK, 8. Aufl. 2021, Grundsatz 23, Rn. 51, *Velte*, NZG 2020, 12, 14; *Walden*, NZG 2020, 50, 57 f.; *Florstedt*, ZIP 2020, 1, 3; ablehnend: *Seibt*, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, 4. Aufl. 2020, § 87, Rn. 23; *Hüf-fer*, in: Hüf-fer/Koch, AktG, 14. Aufl. 2020, § 87, Rn. 25 und 27; *Wentrup*, in: Münch. Hdb. GesR, Bd. 4, 5. Aufl. 2020, § 21, Rn. 47 ff. Für die letztere Ansicht spricht, dass nach der Begründung des Regierungsentwurfs des ARUG II der Wortlaut von § 87 Abs. 1, S. 2 AktG (lediglich) an denjenigen der richtlinienbasierten Vorschriften der §§ 87a und 162 AktG, die den Begriff der Langfristigkeit verwenden, redaktionell angepasst werden sollte, ohne dass damit eine inhaltliche Änderung einhergeht (Gesetzesentwurf der Bundesregierung zum ARUG II, BT-Drs. 19/9739, 72). Hiervon dürfte auch der Rechtsausschuss nicht abgerückt sein, da er mit der Beibehaltung des Nachhaltigkeitsbegriffs lediglich hat „deutlich machen wollen“ (und nicht gesetzlich vorschreiben wollen), dass der Aufsichtsrat bei der Vorstandsvergütung auch soziale und ökologische Gesichtspunkte „in den Blick zu nehmen“ hat, also erwägen soll. Eine Pflicht des Aufsichtsrats, im Rahmen der Vorstandsvergütung zwingend auch Nachhaltigkeitsziele festzulegen, lässt sich dem nicht ohne Weiteres entnehmen.

38 Für Stimmrechtsberater z. B. BVI, BVI-Analyse-Leitlinien für Hauptversammlungen 2021, Stand: November 2020, Ziff. 1.3; nicht hingegen die proxy voting guidelines der einflussreichsten Stimmrechtsberater ISS und Glass Lewis; für institutionelle Investoren z. B. Deka, Grundsätze der Abstimmungspolitik bei Hauptversammlungen innerhalb der von den Gesellschaften Deka Investment GmbH, Deka Vermögensmanagement GmbH u. Deka International S.A. verwalteten Investmentvermögen, Stand: 7.1.2020, Ziff. 4.6.4; Union Investment, Proxy Voting Policy, Stand: 1.4.2020, S. 3; nicht hingegen BlackRock, Proxy voting guidelines for European, Middle Eastern, and African securities, gültig ab Januar 2021, S. 15.

39 Vgl. Erläuterung zu Ziff. 1.6. der Leitlinien, unter <http://www.leitlinien-vorstandsvergue-tung.de/design.html> (Abruf: 3.1.2021).

rien vor allem Mitarbeiter- und Kundenzufriedenheit im Mittelpunkt und weniger sozial- und umweltbezogene Ziele.

Der Großteil der untersuchten Vorstandsvergütungssysteme stellt in Bezug auf die Nachhaltigkeit auf ESG-Kriterien ab, wobei vereinzelt sogar begrifflich nicht dazugehörige Aspekte, wie z.B. Datenschutz- und -sicherheit, mit einbezogen werden. Neben Sozial- und Umweltaspekten, die teils spezifiziert werden (z.B. Begrenzung der CO₂-Emissionen, schonende Ressourcennutzung), werden als ESG-Bereiche z.B. häufig Kundenzufriedenheit, Mitarbeiterzufriedenheit, Arbeitssicherheit, Compliance und Diversität genannt. Nur wenige Vergütungssysteme fokussieren die Nachhaltigkeit im engeren Sinne auf Sozial- und Umweltaspekte. Des Weiteren gibt es ein Vergütungssystem, das keine Nachhaltigkeitsziele oder ESG-Kriterien in die Vorstandsvergütung einbezieht.

Bei den auf ESG-Kriterien abstellenden Vergütungssystemen gibt es nur eines, das mit einer die Treibhausgasemissionen messenden CO₂-Leistung des Unternehmens ein Nachhaltigkeitsziel im engeren Sinne als nichtfinanzielles Leistungskriterium festschreibt. Bei den übrigen Vergütungssystemen ist offen, ob und inwieweit Sozial- und Umweltaspekte bei der Vorstandsvergütung berücksichtigt werden, da die Festlegung der konkret anzuwendenden ESG-Kriterien dem Aufsichtsrat überlassen ist. Hierüber werden erst die später zu veröffentlichen Vergütungsberichte Aufschluss geben können.

Die Nachhaltigkeitsziele oder ESG-Kriterien sind bei neun der untersuchten Vergütungssysteme (rund 56%) ausschließlich in der kurzfristig variablen Vergütung, bei einem Vergütungssystem (rund 6%) ausschließlich in der langfristig variablen Vergütung und bei fünf Vergütungssystemen (rund 31%) sowohl in der kurzfristig variablen als auch in der langfristig variablen Vergütung verankert. Im letzteren Gestaltungsfall sollte bei der konkreten Festlegung der ESG-Kriterien durch den Aufsichtsrat darauf geachtet werden, dass diese für das STI und das LTI unterschiedlich gewählt sind, um eine Doppelincentivierung zu vermeiden. Gleichwohl kann – je nach Ausgestaltung – ein langfristiges Ziel des LTI (z.B. Unterschreiten eines bestimmten Emissionswertes) auch im Rahmen des STI als Performance-Maßstab verwendet werden und dies nach den unternehmensspezifischen Gegebenheiten zweckmäßig sein.

Am weitesten ist bei den untersuchten Vergütungssystemen die Gestaltung verbreitet, dass die jeweiligen Nachhaltigkeitsziele bzw. ESG-Kriterien additiv mit mehreren finanziellen Zielen (i.d.R. Gewinn-/Ertragskennzahlen oder Profitabilitätsgrößen) verknüpft und unter diesen mit einem eher untergeordneten Anteil (z.B. 10% oder 20%) gewichtet werden. Nach einer alternativen Gestaltung fließen die Nachhaltigkeitsziele bzw. ESG-Kriterien zusammen mit (mehreren) finanziellen Zielen und gegebenenfalls weiteren nichtfinanziellen Leistungskriterien (z.B. in Bezug auf die individuelle Leistung des Vorstandsmitglieds durch persönliche Beiträge zu bedeutenden Projekten, spezifische Ziele des verantworteten Vorstandsressorts oder die kollektive Leistung des Gesamtvorstands bei strategisch wichtigen Unternehmenszielen) – mit meist offener anteiliger Gewichtung – in einen Multiplikator ein, der sich in der aktuellen Praxis in den Bandbreiten von 0,9 bis 1,1, 0,8 bis 1,2 und 0,7 bis 1,3 bewegt. Je nach verwendetem Multiplikator kann die Auszahlung aus den betreffenden variablen Vergütungsbestandteilen daher um bis zu 10%, 20% oder 30% positiv wie negativ zu adjustieren sein. Weiterhin sieht eines der untersuchten Vergütungssysteme vor, dass unterschiedliche ESG-Kriterien als Zu- oder Abschlag in Höhe von bis zu 10% sowie neben

weiteren nichtfinanziellen Zielen als Zuschlag in Höhe von bis zu 25% auf den Zielerreichungsgrad für die finanziellen Leistungskriterien berücksichtigt werden können.

bb) Langfristorientierung der Vergütungsstruktur und mehrjährige Bemessungsgrundlage für die (langfristig) variable Vergütung

Anknüpfend an die Langfristorientierung der Vergütungsstruktur (§ 87 Abs. 1 S. 2 AktG) bestimmt § 87 Abs. 1 S. 3 Halbs. 1 AktG, dass variable Vergütungsbestandteile eine mehrjährige Bemessungsgrundlage haben sollen. Kurzfristig variable Vergütungsbestandteile sind damit nicht ausgeschlossen, vielmehr ist weiterhin auch eine Mischung aus kurzfristigen und langfristigen Anreizen möglich, wenn im Ergebnis ein langfristiger Verhaltensanreiz erzeugt wird.⁴⁰ Flankierend hierzu empfiehlt der DCGK 2020 in G.6, dass die variable Vergütung, die sich aus dem Erreichen langfristiger orientierter Ziele ergibt, den Anteil aus kurzfristig orientierten Zielen übersteigen soll. Dieser Empfehlung wird entsprochen, wenn im Zeitpunkt der Festlegung der Ziel-Gesamtvergütung (ex ante), also jeweils bei hundertprozentiger Zielerreichung, die Summe der langfristig variablen Vergütung größer ist als die Summe der kurzfristigen variablen Vergütung.⁴¹ Damit wird zugleich hinreichend sichergestellt, dass die Vergütungsstruktur hinlänglich auf eine langfristige Entwicklung der Gesellschaft ausgerichtet ist.

Bestandteile der variablen Vergütung sind als langfristig zu qualifizieren, wenn ihnen eine mehrjährige Bemessungsgrundlage zugrunde liegt.⁴² Wann eine mehrjährige Bemessungsgrundlage vorliegt, lässt das Gesetz offen, und auch der DCGK 2020 verhält sich dazu nicht. Nicht ausreichend ist es jedenfalls, nur die Fälligkeit hinauszuschieben, vielmehr müssen die variablen Bestandteile auch an negativen Entwicklungen im gesamten Bemessungszeitraum teilnehmen.⁴³ Nach dem Wortsinne bedeutet „mehrjährig“ einen mindestens zweijährigen Bemessungszeitraum. Nach der herrschenden Meinung bedarf es allerdings im Regelfall eines Bemessungszeitraums von drei bis vier Jahren.⁴⁴

Demnach kann die Mehrjährigkeit insoweit sichergestellt werden, als bei der Ausgestaltung von langfristig variablen Vergütungsbestandteilen ein vierjähriger Bemessungszeitraum zugrunde gelegt wird.⁴⁵ Mit der Zugrundelegung eines vierjährigen Bemessungszeitraums wird zugleich auch der Empfehlung G.10 S. 2 DCGK 2020 entsprochen, wonach das jeweilige Vorstandsmitglied erst nach vier Jahren über die langfristig variablen Gewährungsbeträge verfügen können soll. Bei einem (bloß) dreijährigen Bemessungszeitraum müsste hingegen noch eine mindestens einjährige Warte- bzw. Haltefrist angehängt werden, um eine andernfalls erforderliche Abweichungserklärung von der Empfehlung G.10 S. 2 DCGK 2020 zu vermeiden.

40 Vgl. Beschlussempfehlung u. Bericht des Rechtsausschusses (6. Ausschuss) zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorSTAG) der Fraktionen der CDU/CSU u. SPD, BT-Drs. 16/13433, 16; *Fleischer*, in: BeckOGK, AktG, Stand: 15.1.2020, § 87, Rn. 41 m. w. N.

41 Vgl. Begründung zur Empfehlung G.6 DCGK 2020, S. 16 („bei hundertprozentiger Zielerreichung“); *Kießling*, in: Johannsen-Roth/Illert/Ghassemi-Tabar, DCGK, 2020, Empfehlung G.6, Rn. 9 f.; *Bachmann*, in: Kremer u. a., DCGK, 8. Aufl. 2021, Empfehlung G.6, Rn. 13.

42 *Kießling*, in: Johannsen-Roth/Illert/Ghassemi-Tabar, DCGK, 2020, Empfehlung G.6, Rn. 2; *Bachmann*, in: Kremer u. a., DCGK, 8. Aufl. 2021, Empfehlung G.6, Rn. 10.

43 Vgl. Beschlussempfehlung u. Bericht des Rechtsausschusses (6. Ausschuss) zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorSTAG) der Fraktionen der CDU/CSU u. SPD, BT-Drs. 16/13433, 10.

44 *Kießling*, in: Johannsen-Roth/Illert/Ghassemi-Tabar, DCGK, 2020, Empfehlung G.6, Rn. 2 m. w. N.; *Fleischer*, in: BeckOGK, AktG, Stand: 15.1.2020, § 87, Rn. 39 m. w. N.; *Spindler*, in: MünchKomm AktG, Nachtrag zum ARUG II, 5. Aufl. 2021, § 87, Rn. 92a.

45 So auch *Bachmann*, ZHR 2020, 127, 134.

Die langfristig variablen Vergütungsbestandteile weisen bei elf der insgesamt sechzehn untersuchten Vergütungssysteme (rund 69 %) einen vierjährigen Bemessungszeitraum, bei vier Vergütungssystemen (25 %) einen dreijährigen Bemessungszeitraum und bei einem Vergütungssystem (rund 6 %) einen fünfjährigen Bemessungszeitraum auf.

Unter den LTI-Plantypen ist der Performance Share Plan mit Abstand am weitesten verbreitet, den drei Viertel der untersuchten Vergütungssysteme verwenden. Dabei wird als Referenzzeitraum für den nach volumengewichteten Durchschnittskurs oder den arithmetischen Mittelwert der Schlusskurse der Aktie im Börsenhandel, die bei der Ermittlung des (Anfangs-)Bestands der virtuellen Aktien (Performance Shares) zu Beginn und der Auszahlungshöhe am Ende der LTI-Laufzeit (Bemessungszeitraum) herangezogen werden, in der Regel ein Zeitraum von einem Monat (bzw. 30 Börsenhandels- oder Kalendertage) oder zwei Monaten (bzw. 60 Börsenhandels- oder Kalendertage) gewählt. Daneben werden unter diesen virtuellen Aktienprogrammen als kürzeste Referenzperiode 20 Börsenhandeltage und als längste Referenzperiode drei Monate (bzw. ein bestimmtes Quartal) verwendet. Weitere genutzte LTI-Plantypen sind der Performance Cash Plan, der bei den DAX-Unternehmen bislang genauso üblich wie der Performance Share Plan war, und Stock Awards (virtuelles Aktienoptionsprogramm).

Mehr als drei Viertel der untersuchten Vergütungssysteme verwenden als Leistungskriterium für die Bemessung der Zielerreichung beim LTI den relativen Total Shareholder Return (kurz: TSR), d.h. die Entwicklung der Aktienrendite der Gesellschaft im Vergleich zur Entwicklung der Aktienrendite in einem bestimmten (Branchen-)Index (z.B. DAX, MDAX, EURO STOXX 50, MSCI World Industrials) oder einer definierten Wettbewerbergruppe. Mit Ausnahme eines Vergütungssystems wird der relative TSR dabei nur als eines von mehreren Leistungskriterien, bei denen es sich teilweise auch um ESG-Kriterien handelt, genutzt.⁴⁶ Die bereits in den letzten Jahren zunehmende Verwendung des TSR als Erfolgsziel beim LTI ist u.a. auf den weltweit einflussreichsten Stimmrechtsberater ISS zurückzuführen, der dieses Leistungskriterium in seinen Abstimmungsrichtlinien verlangt.⁴⁷

b) Variable Vergütung überwiegend in Aktien oder aktienbasiert

Der DCGK 2020 empfiehlt in G.10 S. 1, dass die dem Vorstandsmitglied gewährten variablen Vergütungsbeträge von ihm unter Berücksichtigung der jeweiligen Steuerbelastung überwiegend in Aktien der Gesellschaft angelegt oder entsprechend aktienbasiert gewährt werden sollen. Die Empfehlung bezieht sich auf die gesamte variable Vergütung. Ein Überwiegen des aktienbezogenen Teils der variablen Vergütung liegt vor, wenn die Zielvergütung in (echten) Aktien und/oder in aktienbasierter Form wertmäßig größer ist als die Zielvergütung in sonstigen Formen.⁴⁸

aa) Vergütung in Aktien

Trotz des Wortlauts der Empfehlung G.10 S. 1 DCGK 2020 muss das Vorstandsmitglied nicht selbst die Aktien mit den an ihn ausgezahlten variablen Netto-Vergütungsbeträgen erwerben. Vielmehr wird nach herrschender Meinung der Empfehlung auch entsprochen, wenn die Gesellschaft dem Vorstandsmitglied zur Abgeltung seiner variablen Vergütungsansprüche die Aktien unmittelbar oder durch Einschaltung eines Dritten zuwendet.⁴⁹ Die Gesellschaft kann hierzu z.B. den (Netto-)Auszahlungsbetrag an eine Depotbank überweisen, die die

Aktien für Rechnung des Vorstandsmitglieds auf dem Kapitalmarkt erwirbt und in ein für ihn geführtes Wertpapierdepot einbucht, oder eigene Aktien in ein von ihr oder ihrer Depotbank verwaltetes Wertpapierdepot einlegen, dessen Begünstigter das Vorstandsmitglied ist.⁵⁰ Für den letzteren Fall wird eine Hauptversammlungsermächtigung zum Erwerb und zur Verwendung eigener Aktien gemäß § 71 Abs. 1 Nr. 8 AktG benötigt, auch wenn die Gesellschaft im Ergebnis lediglich im Sinne einer Abwicklungsstelle im Namen und für Rechnung des Vorstandsmitglieds fungiert.⁵¹

Die Zuwendung der Aktien an das Vorstandsmitglied durch die Gesellschaft oder einen Dritten hat gegenüber dem Aktienerwerb durch das Vorstandsmitglied den Vorteil, dass sich insiderrechtliche Verbotssrisiken (vgl. Art. 14a i.V.m. Art. 8 und 7 MAR) vermeiden lassen, indem das Vorstandsmitglied keinen Einfluss auf den Aktienerwerb hat und die ausführenden Stellen – z.B. innerhalb der Gesellschaft sichergestellt durch entsprechende organisatorische Vorkehrungen – nicht im Besitz von Insiderinformationen sind (vgl. Art. 9 MAR). Neben den insiderrechtlichen Regelungen gilt es weiterhin insbesondere die Vorschriften zu Eigengeschäften von Führungskräften nach Art. 19 Abs. 1 und Abs. 3 MAR (Directors' Dealings bzw. Managers' Transactions), Handelsverboten nach Art. 19 Abs. 11 MAR (Closed Periods) und Stimmrechtsmitteilungen nach §§ 33 ff. WpHG zu beachten, deren Einhaltung durch unternehmensinterne Compliance-Strukturen abgesichert sein sollte.

Die Regierungskommission weist in ihrer Begründung zur Empfehlung G.10 DCGK 2020 darauf hin, dass eine Verpflichtung zur Anlage von (Netto-)Gewährungsbeträgen in Aktien der Gesellschaft Bestandteil einer Share Ownership Guideline sein könne. Entsprechende Richtlinien zum Aktienbesitz, die bestimmte Aktienerwerbs- und -halteverpflichtungen für die Vorstandsmitglieder regeln, sind in der Praxis weitverbreitet. Sie sind im Regelfall nicht als bloßer Annex zur aktienbezogenen Vergütung ausgestaltet, sondern als wesentlicher eigenständiger Bestandteil des Vergütungssystems konzipiert (siehe hierzu unten unter cc)).

Fünf der insgesamt sechzehn untersuchten Vergütungssysteme (rund 31 %) sehen eine (teilweise) Vergütung in Aktien der Gesellschaft vor, die bei drei Vergütungssystemen das STI, bei einem Vergütungssystem das LTI und bei einem Vergütungssystem sowohl das STI als auch das LTI betrifft. Die variablen Vergütungsbeträge sind dabei jeweils mit der Verpflichtung unterlegt, sie in Aktien der Gesellschaft anzulegen. Mit Ausnahme eines Vergütungssystems, dessen Aktienkomponente allerdings auch nur 5 % des tatsächlichen Brutto-Auszahlungsbetrags aus dem STI ausmacht, regeln die betreffenden Vergütungssysteme, dass der Aktienerwerb nicht über die Vorstandsmitglieder selbst er-

46 Dies wird auch von den Abstimmungsrichtlinien der Deka u. von BlackRock verlangt: Ziff. 4.6.4 der Grundsätze der Abstimmungspolitik bei Hauptversammlungen innerhalb der von den Gesellschaften Deka Investment GmbH, Deka Vermögensmanagement GmbH u. Deka International S.A. verwalteten Investmentvermögen, Stand: 7.1.2020; BlackRock, Proxy voting guidelines for European, Middle Eastern, and African securities, gültig ab Januar 2021, S. 14.

47 ISS, Continental Europe Proxy Voting Guidelines 2020, aktualisiert am 21.1.2020, unter Ziff. 4 (Compensation), S. 20; ISS, Europe Evaluating Pay for Performance Alignment, aktualisiert am 30.1.2020, S. 7.

48 Bachmann, in: Kremer u.a., DCGK, 8. Aufl. 2021, Empfehlung G.10, Rn. 8; Kießling, in: Johannsen-Roth/Ilbert/Ghassemi-Tabar, DCGK, 2020, Empfehlung G.10, Rn. 13.

49 Kießling, in: Johannsen-Roth/Ilbert/Ghassemi-Tabar, DCGK, 2020, Empfehlung G.10, Rn. 11 f.; Bachmann, in: Kremer u.a., DCGK, 8. Aufl. 2021, Empfehlung G.10, Rn. 4.

50 Vgl. auch Kießling, in: Johannsen-Roth/Ilbert/Ghassemi-Tabar, DCGK, 2020, Empfehlung G.10, Rn. 12; Stenzel, BB 2020, 970, 975.

51 A.A. Kießling, in: Johannsen-Roth/Ilbert/Ghassemi-Tabar, DCGK, 2020, Empfehlung G.10, Rn. 12, der die vertretene Ausnahme vom grundsätzlichen Erwerbsverbot nicht näher begründet.

folgt, sondern (ohne deren Möglichkeit zur Einflussnahme) entweder über die Gesellschaft oder einen Dienstleister abgewickelt wird.

Bei den übrigen elf untersuchten Vergütungssystemen (rund 69 %) wird die variable Vergütung hingegen ohne eine echte Aktienkomponente überwiegend aktienbasiert gewährt, wobei sich in einem Vergütungssystem der Aufsichtsrat vorbehalten hat, die Auszahlung anstatt in bar in Aktien der Gesellschaft vorzunehmen.

bb) Aktienbasierte Vergütung

Alternativ zur überwiegenden Vergütung in (echten) Aktien kann der Empfehlung G.10 S. 1 DCGK 2020 dadurch entsprochen werden, dass die variable Vergütung überwiegend aktienbasiert ausgestaltet ist. Zur Begriffsbestimmung kann der IFRS 2 herangezogen werden,⁵² womit z.B. virtuelle Aktien sowie echte und virtuelle Aktienoptionen umfasst sind. Performance Share Plans, die als LTI-Plantyp in der aktuellen Praxis am gebräuchlichsten sind, stellen ein typisches aktienbasiertes Vergütungsinstrument dar. Aktienbasiert sind auch Gestaltungen, bei denen die Höhe der variablen Vergütung an die Entwicklung der Aktie der Gesellschaft im Bemessungszeitraum gekoppelt ist.⁵³ Maßgeblich ist, dass die variable Vergütung direkt mit der Kursentwicklung in Verbindung steht.⁵⁴

Bei Verwendung eines Performance Cash Plan lässt sich die „Aktienbasierung“ dadurch herstellen, dass ihm Leistungskriterien zugrunde gelegt werden, die an der Entwicklung des Aktienkurses der Gesellschaft ausgerichtet sind (z.B. relativer TSR). Soweit ergänzend nichtaktienkursorientierte Leistungskriterien integriert werden, ist bei dem Grad ihrer Einbeziehung darauf achten, dass der aktienbezogene Anteil an der variablen Vergütung insgesamt noch überwiegt (siehe hierzu oben unter b)). Andernfalls muss eine Abweichung von der Empfehlung G.10 S. 1 DCGK 2020 erklärt werden. Je nach Ausgestaltung im Einzelfall kann sich die Nutzung eines Multiplikators (z.B. in der Bandbreite von 0,8 bis 1,2) anbieten, mit dem nichtaktienkursorientierte Leistungskriterien berücksichtigt werden können, ohne dass dies den Anteil der aktienbezogenen variablen Vergütung beeinflusst. Hierzu muss der Multiplikator so konzipiert sein, dass er beim wertmäßigen Vergleich der Zielvergütung in (echten) Aktien und/oder in aktienbasierter Form mit der Zielvergütung in sonstigen Formen in Höhe von 1,0 (entsprechend einem Zielerreichungsgrad von 100 %) anzusetzen ist.

cc) Richtlinien zum Aktienbesitz (Share Ownership Guidelines)

Share Ownership Guidelines sind interne Richtlinien der Gesellschaft für ihre Vorstandsmitglieder, nach deren Maßgabe die Vorstandsmitglieder verpflichtet sind, eine festgelegte Anzahl von Aktien der Gesellschaft über einen bestimmten Zeitraum zu erwerben und zu halten. Sie sind somit kein Vergütungsbestandteil, knüpfen aber in aller Regel an bestimmte Vergütungsbestandteile an, wie z.B. an das STI und/oder das LTI, indem die variablen Vergütungsbeträge mit einer bestimmten Aktienerwerbs- und -halteverpflichtung unterlegt werden (siehe oben unter aa)), oder an das Festgehalt, nach dem sich in der Praxis häufig der Mindestumfang des zu haltenden Aktienbesitzes bestimmt. Die Abstimmungsrichtlinien von Stimmrechtsberatern und institutionellen Investoren verlangen zunehmend, dass Share Ownership Guidelines Bestandteil des Vorstandsvergütungssystems sind, teils mit konkreten Vorgaben z.B. für den Mindestumfang und die Mindestdauer der Eigeninvestmentverpflichtungen.⁵⁵

Drei Viertel der untersuchten Vergütungssysteme sehen für die Vorstandsmitglieder Share Ownership Guidelines vor: Der in Aktien der Gesellschaft zu investierende Mindestumfang für die Vorstandsmitglieder variiert dabei regelmäßig – teilweise funktionspezifisch differenzierend zwischen dem Vorstandsvorsitzenden und den übrigen ordentlichen Vorstandsmitgliedern – zwischen 100 % und 300 % ihres Brutto-Jahresfestgehalts, wofür oftmals eine Aufbauphase von (maximal) vier Jahren festgelegt ist. Die Aktienerwerbs- und -halteverpflichtungen gelten mindestens für die Dauer der (organschaftlichen) Amtszeit bzw. des (dienstvertraglichen) Anstellungsverhältnisses als Vorstandsmitglied, zum Teil gilt die Aktienhalteverpflichtung für zwei Jahre nach dem jeweiligen Beendigungszeitpunkt fort.

c) Vierjahresfrist für die erstmalige Verfügungsmöglichkeit über langfristig variable Gewährungsbeträge

Der DCGK 2020 empfiehlt in G.10 S. 2, dass das Vorstandsmitglied über die langfristig variablen Gewährungsbeträge erst nach vier Jahren verfügen können soll. Nach einer Stimme in der Literatur soll die vierjährige Warte- bzw. Haltefrist nicht für alle langfristig variablen Vergütungsbestandteile, sondern nur für die in G.10 S. 1 DCGK 2020 genannten – in Aktien oder in aktienbasierter Form gewährten – langfristig variablen Vergütungsbestandteile gelten.⁵⁶ Gegen diese Auffassung spricht, dass sich eine solche Einschränkung des Anwendungsbereichs weder aus dem Wortlaut der Empfehlung G.10 S. 2 DCGK 2020 noch zwingend aus ihrem Regelungszusammenhang mit der Empfehlung G.10 S. 1 DCGK 2020 ergibt. Um der Empfehlung G.10 S. 2 DCGK zu entsprechen, ist dem Aufsichtsrat deshalb anzuraten, die Vierjahresfrist für sämtliche langfristig variablen Vergütungsbestandteile ungeachtet ihrer Form (wie z.B. auch nichtaktienbasierte Barleistungen nach einem Performance Cash Plan) zu beachten. Einer (gesonderten) Warte- bzw. Haltefrist bedarf es nicht, wenn der langfristig variablen Vergütung bereits ein vierjähriger Bemessungszeitraum zugrunde liegt (siehe oben unter a) bb)).

5. Abweichungsmöglichkeit vom Vergütungssystem nach § 87a Abs. 2 S. 2 AktG

Nach § 87a Abs. 2 S. 2 AktG kann der Aufsichtsrat vorübergehend von dem Vergütungssystem abweichen, wenn dies im Interesse des langfristigen Wohlergehens der Gesellschaft notwendig ist und das Vergütungssystem das Verfahren des Abweichens sowie die Bestandteile des Vergütungssystems, von denen abgewichen werden kann, benennt.

Ausweislich der Gesetzesbegründung soll von dieser Ausnahmeregelung nur dann Gebrauch gemacht werden können, wenn außergewöhnliche Umstände vorliegen, wie z.B. eine Situation, die geeignet

52 *Seibt*, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, 4. Aufl. 2020, § 87a, Rn. 16; *Spindler*, in: MünchKomm AktG, Nachtrag zum ARUG II, 5. Aufl. 2021, § 87a, Rn. 29a; *Arnold/Herzberg/Zeh*, AG 2020, 313, 321; *Goslar*, DB 2020, 937, 938.

53 *Grigoleit/Kochendörfer*, in: Grigoleit, AktG, 2. Aufl. 2020, § 87a, Rn. 62; *Arnold/Gralla*, NZG 2020, 529, 534.

54 Vgl. *Bachmann*, in: Kremer u.a., DCGK, 8. Aufl. 2021, Empfehlung G.10, Rn. 7; *Kießling*, in: Johannsen-Roth/Ilbert/Ghassemi-Tabar, DCGK, 2020, Empfehlung G.10, Rn. 2.

55 *Deka*, Grundsätze der Abstimmungspolitik bei Hauptversammlungen innerhalb der von den Gesellschaften Deka Investment GmbH, Deka Vermögensmanagement GmbH u. Deka International S.A. verwalteten Investmentvermögen, Stand: 7.1.2020, Ziff. 4.6.3; *Union Investment*, Proxy Voting Policy, Stand: 1.4.2020, S. 3; *BVI*, BVI-Analyse-Leitlinien für Hauptversammlungen 2021, Stand: November 2020, Ziff. 1.3; vgl. auch „Leitlinien für eine nachhaltige Vorstandsvergütung“ in Ziff. 1.8, unter <http://www.leitlinien-vorstandsverguetung.de/design.html> (Abruf: 3.1.2021).

56 *Kießling*, in: Johannsen-Roth/Ilbert/Ghassemi-Tabar, DCGK, 2020, Empfehlung G.10, Rn. 14; a.A. *Bachmann*, in: Kremer u.a., DCGK, 8. Aufl. 2021, Empfehlung G.10, Rn. 10; wohl auch *Arnold/Gralla*, NZG 2020, 529, 534 f.

ist, die langfristige Tragfähigkeit und Rentabilität der Gesellschaft zu beeinträchtigen.⁵⁷ Als Anwendungsbeispiele nennt die Gesetzesbegründung die Finanzkrise in den Jahren 2008/2009 oder eine Unternehmenskrise, die besondere Maßnahmen erfordert (z. B. das Anwerben eines besonders geeigneten Krisenmanagers über Vergütungsanreize). Eine Restrukturierung und Neuausrichtung der Gesellschaft solle nicht an den Vorgaben zur Vergütung der Vorstandsmitglieder scheitern.

Ergänzend zum Vorliegen eines außergewöhnlichen Umstandes verlangt die Gesetzesbegründung, dass dieser im Vergütungssystem bereits „in Umrissen berücksichtigt“ worden sein muss, damit sich die Gesellschaft (sic! – an sich der Aufsichtsrat) auf ein Abweichen vom Vergütungssystem berufen kann. Nach herrschender Meinung soll deshalb eine lediglich den Gesetzeswortlaut wiedergebende Öffnungsklausel – wie sie vereinzelt bei den untersuchten Vergütungssystemen vorkommt – den Anforderungen des § 87a Abs. 2 S. 2 AktG nicht genügen.⁵⁸ Dem Aufsichtsrat ist insoweit anzuraten, entsprechende außergewöhnliche Umstände, Ereignisse oder Entwicklungen durch eine Aufzählung von Beispielfällen zu spezifizieren. Genannt werden können z. B. eine weitreichende Änderung der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen (etwa durch eine schwere Wirtschafts- oder Finanzkrise oder eine Pandemie) oder eine Unternehmenskrise, die besondere Maßnahmen erfordert. In Betracht kommen ferner jede sonstigen Umstände oder Ereignisse, die alleine oder zusammen mit anderen Umständen oder Ereignissen die Grundlagen des Vergütungssystems insoweit erheblich beeinträchtigen oder sogar entfallen lassen, als ein angemessener materieller Leistungsanreiz für die Vorstandsmitglieder nicht mehr gesetzt bzw. aufrechterhalten werden kann (etwa infolge einer wesentlichen Veränderung der Unternehmensstrategie oder einer signifikant geänderten Zusammensetzung der Unternehmensgruppe z. B. durch Erwerb oder Veräußerung wesentlicher Unternehmensteile). An die „Umrissdarstellung“ der außergewöhnlichen Umstände im Vergütungssystem ist kein zu strenger Maßstab anzulegen,⁵⁹ da es bei der Ausnahmeregelung des § 87a Abs. 2 S. 2 AktG vor allem um unerwartete und unvorhersehbare (Fehl-)Entwicklungen geht.

Entsprechend dem Gesetzeswortlaut müssen in formeller Hinsicht außerdem das Abweichungsverfahren und die abweichungsfähigen Bestandteile des Vergütungssystems benannt werden. In Bezug auf das Abweichungsverfahren genügt z. B. die Angabe, dass der Aufsichtsrat (ggf. auf Vorschlag eines (Vergütungs-)Ausschusses und mit einer bestimmten qualifizierten Stimmenmehrheit) über die vorübergehende Abweichung vom Vergütungssystem beschließt und in seinem Beschluss die einschlägigen außergewöhnlichen und die Abweichung erfordernden Umstände festzustellen hat. Als abweichungsfähige Bestandteile des Vergütungssystems sollten die Vergütungsstruktur und -höhe sowie sämtliche einzelnen Vergütungsbestandteile, die Maximalvergütung und, soweit vorhanden, die jeweilige Share Ownership Guideline benannt werden, um im Falle einer notwendigen Abweichung einen größtmöglichen Gestaltungsspielraum zu haben.

Eine Abweichung vom Vergütungssystem gemäß § 87a Abs. 2 S. 2 AktG wird letztlich nur in Extremfällen möglich sein. Zudem besteht das Risiko, dass sich die Abweichung gegenüber Aktionären und Investoren nur schwer vermitteln lässt. Der Aufsichtsrat sollte deshalb bei der Gestaltung des Vergütungssystems und in den konkreten Zielvereinbarungen mit den Vorstandsmitgliedern flexibilitätserschaffende Elemente vorsehen, die es ihm bereits vorgelagert bis zu einem gewissen Grad ermöglichen, bei unerwarteten Fehlentwicklungen einen angemessenen mate-

riellen Leistungsanreiz aufrechtzuerhalten, und zwar – entsprechend der Empfehlung G.8 DCGK 2020 – ohne die Zielwerte oder Vergleichsparameter der variablen Vergütungsbestandteile nachträglich ändern zu müssen (Repricing). Im Rahmen der variablen Vergütung bieten sich hierzu u. a. folgende Gestaltungselemente an: Verwendung von relativen Erfolgszielen bzw. Vergleichsparametern (z. B. TSR, EBITDA-Marge oder Umsatzrendite jeweils im Vergleich zu einer definierten Wettbewerbergruppe) alternativ oder kumulativ zu absoluten Zielwerten, Festlegung niedriger(er) Minimalwerte bei den Erfolgszielen, ab deren Erreichung variable Vergütungsansprüche (erst) entstehen, niedriger(er) oder gar kein Cut-off in Höhe eines bestimmten Mindestzielerreichungsgrads (z. B. 50%) – gleichwohl sollten die unteren Erfolgsziele (noch) hinreichend ambitioniert sein („Pay for Performance“), Einbeziehung von diskretionären Vergütungsparametern etwa im Rahmen eines Multiplikators, insbesondere in Bezug auf qualitative, nicht-kennzahlbasierte Leistungskriterien (z. B. individuelle Beiträge von Vorstandsmitgliedern zu bestimmten Projekten oder die Zusammenarbeit im Vorstand), und Verwendung von ESG-Kriterien mit einem breiten Strauß berücksichtigungsfähiger Aspekte. Davon zu unterscheiden sind die ebenfalls in den Anstellungsverträgen vorzusehenden Mechanismen, vermittels derer der Aufsichtsrat bei der variablen Vergütung außergewöhnlichen (positiven wie negativen) Entwicklungen in angemessenem Rahmen Rechnung tragen kann (vgl. Empfehlung G.11 S. 1 DCGK 2020, § 87 Abs. 1 S. 3 Halbs. 2 AktG), wie z. B. Höchstgrenzen (Caps), Malus- und Clawback-Klauseln und einseitige Anpassungsrechte des Aufsichtsrats zur Bereinigung von Berechnungsgrundlagen („als ob“-Berechnung unter Ausschluss außergewöhnlicher Entwicklungen, was weder ein Repricing noch eine Ermessenstantieme darstellt⁶⁰).

Für die Darstellung der im Vergütungssystem anzugebenden Leistungskriterien einschließlich der Methoden zur Feststellung der Zielerreichung (vgl. § 87a Abs. 1 S. 2 Nr. 4 AktG, Empfehlung G.1 Spiegelstriche 3 und 4 DCGK 2020) genügt eine abstrakte Form, d. h. eine bestimmte Detailtiefe (z. B. Angabe von konkreten Ziel- oder Vergleichswerten) wird weder vom Gesetz verlangt noch vom DCGK 2020 empfohlen.⁶¹ Hier gilt es vor allem, die Geheimhaltungsinteressen der Gesellschaft zu wahren, um insbesondere Wettbewerben keine die Geschäftsposition gefährdenden Rückschlüsse auf die strategische Planung und Ausrichtung der Gesellschaft zu ermöglichen. Hinsichtlich der Darstellung der Methoden, mit denen die Erreichung der Leistungskriterien festgestellt wird, weisen die untersuchten Vergütungssysteme einen relativ hohen Detaillierungsgrad auf, was weniger der vom Gesetz geforderten Klarheit und Verständlichkeit des Vergütungssystems als vielmehr der Markterwartung geschuldet sein dürfte.

57 Gesetzesentwurf der Bundesregierung zum ARUG II, BT-Drs. 19/9739, 75.

58 Dauner-Lieb, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2019, § 161 AktG, Rn. 19; Bachmann, in: Kremer u. a., DCGK, 8. Aufl. 2021, Empfehlung G.2, Rn. 13; Seibt, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, 4. Aufl. 2020, § 87a, Rn. 28; Spindler, in: MünchKomm AktG, Nachtrag zum ARUG II, 5. Aufl. 2021, § 87a, Rn. 39; ders., AG 2020, 61, 69; Löbbe/Fischbach, AG 2019, 373, 380; vgl. auch Communication from the Commission: Guidelines on the standardised presentation of the remuneration report under Directive 2007/36/EC, as amended by Directive (EU) 2017/828 as regards the encouragement of long-term shareholder engagement (Stand: 1.3.2019), S. 15, unter https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/rrg_draft_21012019.pdf (Abruf: 19.1.2021); a. A. Grigoleit/Kochendörfer, in: Grigoleit, AktG, 2. Aufl. 2020, § 87a, Rn. 109.

59 Wie hier Bachmann, in: Kremer u. a., DCGK, 8. Aufl. 2021, Empfehlung G.2, Rn. 13; Seibt, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, 4. Aufl. 2020, § 87a, Rn. 28.

60 Vgl. Kießling, in: Johannsen-Roth/Ilbert/Ghassemi-Tabar, DCGK, 2020, Empfehlung G.11, Rn. 6f.; Seibt, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, 4. Aufl. 2020, § 87, Rn. 26.

61 Gesetzesentwurf der Bundesregierung zum ARUG II, BT-Drs. 19/9739, 73.

IV. Zusammenfassung

Die Gestaltung von Vorstandsvergütungssystemen ist eine komplexe Aufgabe. Neben den gesetzlichen Vorgaben und Empfehlungen des DCGK sollten bei der unternehmensspezifischen Ausarbeitung des Vergütungssystems auch die für die Gesellschaft relevanten Abstimmungsrichtlinien von Stimmrechtsberatern und institutionellen Investoren sowie die Erwartungen der Vorstandsmitglieder berücksichtigt werden. In technischer Hinsicht gilt es zudem Gestaltungen zu vermeiden, die einer praxistauglichen Umsetzung des Vergütungssystems entgegenstehen (können). Die wesentlichen Handreichungen hierfür lassen sich wie folgt zusammenfassen.

1. Maximalvergütung

- Die Maximalvergütung sollte in Form eines konkreten Geldbetrags und nicht für den Vorstand insgesamt, sondern für jedes Vorstandsmitglied einzeln festgelegt werden.
- Ungeachtet einer etwaigen betragsmäßigen Differenzierung nach Funktionsbereichen im Vorstand (z. B. CEO, CFO und COO) in Bezug auf die jeweilige Höhe der Maximalvergütung sollte in jedem Fall eine Maximalvergütung allgemeiner Art für (sonstige) ordentliche Vorstandsmitglieder vorgesehen werden.
- Im Zusammenhang mit den in der Praxis häufig schwankenden Neben- und Versorgungsleistungen für Vorstandsmitglieder bietet es sich an, bei der Festlegung der Maximalvergütung einen angemessenen Sicherheitsaufschlag zu berücksichtigen.
- Ferner sollte für die Maximalvergütung ein betragsmäßiger Anpassungsmechanismus für den Fall geregelt werden, dass einem neuen Vorstandsmitglied eine Antrittsprämie zur Kompensation entfallender Zahlungen aus dem vorangehenden Dienstverhältnis gewährt wird.
- Eine (Vor-)Festlegung im Vergütungssystem, welche Vergütungsbestandteile für den Fall des Überschreitens der Maximalvergütung gekürzt werden, ist nicht notwendig. Falls das Vergütungssystem nicht schon derart konzipiert ist, dass ein Überschreiten der Maximalvergütung faktisch ausgeschlossen ist, ist es erforderlich und ausreichend, die entsprechenden Kürzungsmodalitäten in den Anstellungsverträgen der Vorstandsmitglieder zu regeln. Aus Flexibilitäts- und Darstellungsgründen im Vergütungsbericht sollte hierbei als Bezugspunkt für eine mögliche Kürzung die variable Vergütung insgesamt, also nicht allein das STI oder das LTI, gewählt werden oder es sollte vertraglich in das pflichtgemäße Ermessen des Aufsichtsrats gestellt sein, welche Vergütungsbestandteile in welchem Umfang reduziert werden, bis die Maximalvergütung nicht mehr überschritten ist.
- Bei der festzulegenden Maximalvergütung ist zudem auf die Einbeziehung von Konzernbezügen zu achten, sofern Tätigkeiten von Vorstandsmitgliedern in mit der Gesellschaft verbundenen Unternehmen vergütet werden und nicht durch das Jahresfestgehalt oder die Vorstandsvergütung insgesamt abgegolten sind.

2. Neben- und Versorgungsleistungen

- In Bezug auf schwankende Neben- und Versorgungsleistungen ist dem Aufsichtsrat ein breiter Beurteilungsspielraum bei der Bestimmung der (Ziel-)Beträge und relativen Anteile an der Ziel-Gesamtvergütung zuzugestehen.
- Entsprechende Berechnungsschwierigkeiten und die wachsende Kritik an einer betrieblichen Altersversorgung für Vorstände lassen sich vermeiden, wenn den Vorstandsmitgliedern (nur) ein (zweck-

gebundenes) Entgelt gewährt wird, mit dem sie ihre Altersversorgung selbst gestalten können. Sofern Zusagen zur betrieblichen Altersversorgung gemacht werden, ist darauf zu achten, dass institutionelle Investoren in ihren Abstimmungsrichtlinien eine beitragsorientierte und ausschließlich an die Fixvergütung geknüpfte Ausgestaltung verlangen.

- In die Nebenleistungen sollten die Prämien für eine D&O-Versicherung einbezogen werden.

3. Variable Vergütung

- Im Rahmen der variablen Vergütung – insbesondere beim LTI – sollten ESG-Kriterien mit einem möglichst breiten Strauß berücksichtigungsfähiger Aspekte aus den Bereichen Umwelt, Soziales und guter Unternehmensführung einbezogen werden. Angesichts der streitigen Auslegung des Nachhaltigkeitsgebots nach § 87 Abs. 1 S. 2 AktG und einer entsprechenden zunehmenden Erwartungshaltung bei Investoren und Stimmrechtsberatern sollten bei der Festlegung der konkret anzuwendenden ESG-Kriterien durch den Aufsichtsrat nicht nur Governance-Aspekte, sondern auch umwelt- und/oder sozialbezogene Ziele berücksichtigt werden.
- Die Summe der langfristig variablen Vergütung sollte die Summe der kurzfristig variablen Vergütung bei der Festlegung der Ziel-Gesamtvergütung übersteigen (LTI > STI).
- Der langfristig variablen Vergütung sollte ein mindestens vierjähriger Bemessungszeitraum zugrunde gelegt werden.
- Die variable Vergütung insgesamt sollte den Vorstandsmitgliedern überwiegend in Aktien oder aktienbasiert gewährt werden, d. h. die Zielvergütung in (echten) Aktien und/oder in aktienbasierter Form muss wertmäßig größer als die Zielvergütung in sonstigen Formen sein.
- Bei einer Vergütung in Aktien sollten die Vorstandsmitglieder die Aktien nicht mit an sie ausgezahlten variablen Netto-Vergütungsbeiträgen erwerben müssen, sondern die Aktien sollten ihnen seitens der Gesellschaft oder einer von ihr beauftragten Depotbank zugewendet werden.
- Für eine aktienbasierte Vergütung des LTI bietet sich die Verwendung eines Performance Share Plan an. Bei einem Performance Cash Plan muss die Aktienbasierung durch die Verwendung von Leistungskriterien, die an der Entwicklung des Aktienkurses der Gesellschaft ausgerichtet sind (z. B. relativer Total Shareholder Return), hergestellt werden. Soweit dem Performance Cash Plan daneben auch nichtaktienkursorientierte Leistungskriterien zugrunde gelegt werden, ist bei dem Grad ihrer Einbeziehung darauf achten, dass der aktienbezogene Anteil an der variablen Vergütung insgesamt noch überwiegt.
- Die Abstimmungsrichtlinien von Stimmrechtsberatern und institutionellen Investoren haben dazu beigetragen, dass Share Ownership Guidelines einen festen Bestandteil der Vorstandsvergütungssysteme bilden und der relative Total Shareholder Return ein standardmäßiges Leistungskriterium beim LTI ist.

4. Abweichungsmöglichkeit vom Vergütungssystem (§ 87a Abs. 2 S. 2 AktG)

- Die Möglichkeit des Aufsichtsrats, unter außergewöhnlichen Umständen nach § 87a Abs. 2 S. 2 AktG vom Vergütungssystem vorübergehend abzuweichen, besteht nur, wenn hierfür im Vergütungssystem in formeller Hinsicht (hinreichend) Vorsorge getroffen worden ist. Neben der Benennung des Abweichungsverfahrens und der abweichungsfähigen Bestandteile des Vergütungssystems sollten

die außergewöhnlichen Umstände durch eine Aufzählung entsprechender Beispielfälle spezifiziert werden.

- Im Vergütungssystem und in den konkreten Zielvereinbarungen mit den Vorstandsmitgliedern sollten flexibilitätserschaffende Elemente vorgesehen werden, die bereits im bestehenden System bis zu einem gewissen Grad die Aufrechterhaltung einer hinreichenden Incentivierung des Vorstands bei unerwarteten (Fehl-)Entwicklungen ermöglichen.

Dominik von Zehmen, Rechtsanwalt bei CMS Hasche Sigle Partnerschaft von Rechtsanwälten und Steuerberatern mbB, Frankfurt a.M.



BAG: Zur Definition eines Vorstellungsgesprächs gem. § 82 S. 2 SGB IX

BAG, Urteil vom 27.8.2020 – 8 AZR 45/19

ECLI:DE:BAG:2020:270820.U.8AZR45.19.0

Volltext des Urteils: [BB-ONLINE BBL2021-243-1](#)

unter [www.betriebs-berater.de](#)

AMTLICHE LEITSÄTZE

1. Nach § 82 Satz 2 SGB IX in der bis zum 31. Dezember 2017 geltenden Fassung (aF) hat der öffentliche Arbeitgeber schwerbehinderte Bewerber/innen zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen. Eine Einladung ist nach § 82 Satz 3 SGB IX aF entbehrlich, wenn die fachliche Eignung offensichtlich fehlt.
2. Schwerbehinderte Bewerber sollen durch das in § 82 Satz 2 SGB IX aF genannte Vorstellungsgespräch die Möglichkeit erhalten, ihre Chancen im Auswahlverfahren zu verbessern. Sie sollen die Chance haben, den Arbeitgeber von ihrer fachlichen und persönlichen Eignung zu überzeugen.
3. Der Begriff „Vorstellungsgespräch“ in § 82 Satz 2 SGB IX aF ist dahin auszulegen, dass er – auch bei mehrstufigen Auswahlprozessen – grundsätzlich alle Instrumente des Verfahrens der Personalauswahl unabhängig von ihrer Bezeichnung, der angewandten Methode und der konkreten Durchführungsform erfasst, die nach der eigenen Konzeption des Arbeitgebers erforderlich sind, um sich ein umfassendes Bild von der fachlichen und persönlichen Eignung des Bewerbers zu machen.

SGB IX §§ 82a.F., 165 n.F.

AUS DEN GRÜNDEN

- 14 Die zulässige Revision des Klägers ist begründet. Entgegen der Annahme des Landesarbeitsgerichts hat der Kläger gegen das beklagte Land einen Anspruch auf Zahlung einer Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG. Der Senat hält unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls eine Entschädigung iHv. 7.674,00 Euro für angemessen. ...

Die Benachteiligung beruht auf der unterlassenen Einladung zum Vorstellungsgespräch

- 24 3. Der Kläger hat die unmittelbare Benachteiligung iSv. § 3 Abs. 1 AGG auch wegen seiner (Schwer)Behinderung erfahren. Das beklagte Land hat den Kläger entgegen seiner Verpflichtung nach § 82 Satz 2 SGB IX aF nicht zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen. Dieser Umstand begründet die Vermutung iSv. § 22 AGG, dass der Kläger wegen seiner (Schwer)Behinderung benachteiligt wurde. Das beklagte Land hat diese Vermutung nicht widerlegt. ...

Darlegungs- und Beweislast im vorliegenden Fall

(2) Nach ständiger Rechtsprechung des Senats begründet der Verstoß des Arbeitgebers gegen Vorschriften, die Verfahrens- und/oder Förderpflichten zugunsten schwerbehinderter Menschen enthalten, mithin auch der Verstoß des öffentlichen Arbeitgebers gegen die in § 82 Satz 2 SGB IX aF geregelte Pflicht, eine/n schwerbehinderte/n Bewerber/in zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen, regelmäßig die Vermutung einer Benachteiligung wegen der (Schwer)Behinderung. Diese Pflichtverletzungen sind nämlich grundsätzlich geeignet, den Anschein zu erwecken, an der Beschäftigung schwerbehinderter Menschen uninteressiert zu sein (vgl. etwa BAG 23. Januar 2020 – 8 AZR 484/18 – Rn. 37 [BB 2020, 1656]; 16. Mai 2019 – 8 AZR 315/18 – Rn. 22 mwN, BAGE 167, 1; 11. August 2016 – 8 AZR 375/15 – Rn. 25, BAGE 156, 107 [BB 2017, 250]; 22. Oktober 2015 – 8 AZR 384/14 – Rn. 35; 26. Juni 2014 – 8 AZR 547/13 – Rn. 45 mwN).

(3) Besteht die Vermutung einer Benachteiligung, trägt die andere Partei die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz nicht verletzt worden ist. Hierfür gilt jedoch das Beweismaß des sog. Vollbeweises. Der Arbeitgeber muss Tatsachen vortragen und ggf. beweisen, aus denen sich ergibt, dass ausschließlich andere als die in § 1 AGG genannten Gründe zu einer ungünstigeren Behandlung geführt haben (vgl. etwa BAG 23. Januar 2020 – 8 AZR 484/18 – Rn. 36 [BB 2020, 1656] mwN; 26. Januar 2017 – 8 AZR 73/16 – Rn. 26 mwN). ...

b) Danach besteht die Vermutung, dass der Kläger die unmittelbare Benachteiligung wegen seiner (Schwer)Behinderung erfahren hat. Das beklagte Land war nach § 82 Satz 2 SGB IX aF verpflichtet, den schwerbehinderten Kläger zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen. Anders als das Landesarbeitsgericht angenommen hat, war es dieser Verpflichtung mit der Einladung zu dem Auswahlgespräch am 22. Dezember 2016 nicht ausreichend nachgekommen. Es hätte den fachlich nicht offensichtlich ungeeigneten Kläger, anstatt ihm unter dem 27. Dezember 2016 eine Absage zu erteilen, zudem zu der Potenzialanalyse einladen müssen. Der Umstand, dass dies unterblieben ist, begründet die Vermutung iSv. § 22 AGG, dass der Kläger wegen seiner (Schwer)Behinderung benachteiligt wurde. ...

Begriff des Vorstellungsgesprächs bei mehrstufigen Auswahlprozessen

cc) Entgegen der Annahme des Landesarbeitsgerichts war das beklagte Land seiner Verpflichtung, den schwerbehinderten Kläger zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen, nicht bereits dadurch nachgekommen, dass es diesen zu dem Auswahlgespräch am 22. Dezember 2016 eingeladen hat. Es hätte den Kläger, anstatt ihm mit Schreiben vom 27. Dezem-