



Betriebs Berater

19|2021

Smart Contracts ... Transparenzregister ... ESEF ... Compliance ... Recht ... Wirtschaft ...

10.5.2021 | 76. Jg.
Seiten 1089–1152

DIE ERSTE SEITE

Christoph Barth, RA

17. AWW-Novelle in Kraft: Licht und Schatten

WIRTSCHAFTSRECHT

Sebastian Schnell, LL.M., RA, und **Corbinian Schwaab**, RA

Vertragsgestaltung beim Einsatz von Smart Contracts zur Automatisierung von Lieferbeziehungen | 1091

Dominik von Zehmen, RA

Die Selbstbindung des Aufsichtsrats an das Vorstandsvergütungssystem und ihre weitreichenden Praxisfolgen | 1098

STEUERRECHT

Daniel Schwarz, LL.M.

Eine umsatzsteuerrechtliche Auslegung von Zuschüssen an NPOs: Eindeutig zweideutig | 1111

Arndt Rodatz, RA/StB, **Christian Judis**, RA, und **Dr. Michael Bergschneider**

Transparenzregister als Vollregister – Der (geplante) Federstrich des Gesetzgebers und weitere Änderungen im Überblick | 1115

BILANZRECHT UND BETRIEBSWIRTSCHAFT

Dr. Dirk Rabenhorst, WP/StB

Erfahrungen aus der erstmaligen Erstellung, Prüfung und Einreichung der ESEF-Unterlagen | 1131

ARBEITSRECHT

Prof. Dr. Gerrit Horstmeister

Compliance-Ermittlungen und § 626 Abs. 2 BGB: Wann beginnt die Zwei-Wochen-Frist? | 1140

- Soweit sich regelungsbedürftige Aspekte aufgrund der technischen Grenzen des Smart Contract nicht automatisiert abwickeln lassen, sollte durch entsprechende Vertragsgestaltung eindeutig geregelt werden, inwieweit Lösungen außerhalb des technischen Systems umgesetzt werden sollen.
- Bei der technischen Gestaltung des Smart Contract ist wichtig, dass funktionierende Schnittstellen implementiert werden, durch die der Smart Contract alle nötigen Informationen erfassen kann, um die getroffenen Vereinbarungen ordnungsgemäß ausführen zu können. Für Fälle rechts- oder vertragswidriger Ergebnisse sollten technische Möglichkeiten vorgesehen werden, um den rechts- und vertragskonformen Zustand auf der technischen Ebene wiederherzustellen bzw. abzubilden.
- Unser Fazit: Die beim Einsatz von Smart Contracts in Lieferbeziehungen erforderliche Abstimmung zwischen „klassischer“ Vertragsgestaltung und technischer Gestaltung stellt die rechtsberatende Praxis vor besondere Herausforderungen. Als Teil der breiteren „Legal Tech“-Entwicklungen wird Technologie zunehmend auch die Art der Vertragsgestaltung beeinflussen. In der Praxis führt dies zwangsläufig zu einer enger werdenden Verzahnung von juristischer und IT-Expertise. Anders als in IT-Fachmedien teilweise prognosti-

ziert,⁷¹ wird man die Juristen noch länger benötigen – aber eben auch IT-Experten.

Sebastian Schnell, LL.M. (Queen Mary, London), RA, ist Counsel bei Hogan Lovells in München im Praxisbereich Strategic Operations, Agreements and Regulation (SOAR). Schwerpunkte seiner Tätigkeit sind das nationale und internationale Handels- und Vertriebsrecht einschließlich vertraglicher und regulatorischer Arbeit.



Corbinian Schwaab, RA, ist Associate bei Hogan Lovells in München. Er berät als Mitglied der vielfach ausgezeichneten Strategic Operations, Agreements and Regulation (SOAR) Praxis nationale und internationale Unternehmen zu allen Fragen des Vertrags-, Handels- und Vertriebsrechts sowie zu produktbezogenen regulatorischen Themen.



⁷¹ Vgl. Computerwoche vom 18.10.2016, abrufbar unter: <https://www.computerwoche.de/a/blockchain-im-einsatz,3316539> (Abruf: 6.4.2021): „Vorteilhaft ist bei dieser automatisierten Abwicklung von Verträgen [durch Smart Contracts], dass keine Juristen oder Anwälte beim Abfassen oder Ausführen benötigt werden.“

Dominik von Zehmen, RA

Die Selbstbindung des Aufsichtsrats an das Vorstandsvergütungssystem und ihre weitreichenden Praxisfolgen

In der diesjährigen HV-Saison 2021 müssen zahlreiche Aufsichtsräte einen Billigungsbeschluss ihrer Hauptversammlung über das Vergütungssystem für die Vorstandsmitglieder herbeiführen. Durch das Vergütungssystem wird ihr Gestaltungsspielraum bei zukünftigen Abschlüssen und Änderungen von Vorstandsdienstverträgen stark eingeschränkt. Der Beitrag zeigt die strenge Selbstbindung des Aufsichtsrats an das von ihm erstellte Vergütungssystem auf und gibt Handreichungen für eine flexibilitätschaffende Gestaltung von Vorstandsvergütungssystemen und -dienstverträgen.

I. Einleitung

Mit der Einführung der §§ 87a, 120a AktG durch das Gesetz zur Umsetzung der zweiten Aktionärsrechterichtlinie vom 12.12.2019 (ARUG II) wurden dem Aufsichtsrat einer börsennotierten Gesellschaft neue, gewichtige Pflichten in Bezug auf die Vorstandsvergütung auferlegt:

1. Er ist nun verpflichtet, ein klares und verständliches System zur Vergütung der Vorstandsmitglieder zu beschließen (§ 87a Abs. 1 S. 1 AktG), das die in § 87a Abs. 1 S. 2 AktG vorgeschriebenen, umfangreichen Mindestangaben enthalten muss.

2. Er hat das Vergütungssystem der Hauptversammlung bei jeder wesentlichen Änderung, mindestens jedoch alle vier Jahre, zur Billigung vorzulegen (sog. Say-on-Pay).

Der erste Beschluss der Hauptversammlung über die Billigung des Vergütungssystems muss spätestens bis zum Ablauf der ersten ordentlichen Hauptversammlung, die auf den 31.12.2020 folgt, gefasst werden (vgl. § 26j Abs. 1 S. 1 EGAktG).

Falls die Hauptversammlung das Vergütungssystem nicht billigt, hat der Aufsichtsrat spätestens in der darauf folgenden ordentlichen Hauptversammlung ein überprüftes – nicht zwingend geändertes¹ – Vergütungssystem zum Beschluss vorzulegen (vgl. § 120a Abs. 3 AktG), das zusätzlich die Angaben nach § 87a Abs. 1 S. 2 Nr. 11 AktG enthalten muss.

3. Er hat außerdem die Vergütung der Vorstandsmitglieder in Übereinstimmung mit einem der Hauptversammlung nach § 120a Abs. 1 AktG zur Billigung vorgelegten Vergütungssystem festzusetzen (§ 87a Abs. 2 S. 1 AktG).

¹ Begr. RegE ARUG II, BT-Drs. 19/9739, 93; vgl. auch Koch, in: Hüffer/Koch, AktG, 15. Aufl. 2021, § 120a, Rn. 9 m. w. N.

Die erstmalige Beschlussfassung des Aufsichtsrats über die Vergütungsfestsetzung muss bis zum Ablauf von zwei Monaten nach erstmaliger Billigung des Vergütungssystems durch die Hauptversammlung erfolgen (§ 26j Abs. 1 S. 2 EGAktG). Bis zu diesem Zeitpunkt kann den gegenwärtigen und hinzutretenden Vorstandsmitgliedern noch eine Vergütung nach der bestehenden Vergütungspraxis gewährt werden; die vor diesem Zeitpunkt mit ihnen geschlossenen Verträge bleiben unberührt (§ 26j Abs. 1 S. 3 EGAktG).

II. Selbstbindung des Aufsichtsrats nach § 87a Abs. 1 S. 2 AktG

Mit der letztgenannten Pflicht des Aufsichtsrats geht eine strenge Bindungswirkung des Vergütungssystems einher. Vorbehaltlich der nur unter engen Voraussetzungen bloß vorübergehend möglichen Abweichung vom Vergütungssystem im Falle außergewöhnlicher Umstände (§ 87a Abs. 2 S. 2 AktG),² muss sich der Aufsichtsrat bei der Festsetzung der konkreten Vorstandsvergütung in dem durch das Vergütungssystem gezogenen Rahmen bewegen.³ Der Aufsichtsrat bindet sich demnach durch das von ihm erarbeitete und der Hauptversammlung zur Billigung vorgelegte Vergütungssystem für die Vorstandsmitglieder selbst – dies gilt auch bei einem Wechsel sämtlicher Aufsichtsratsmitglieder.⁴

§ 87a Abs 2 AktG: „Der Aufsichtsrat der börsennotierten Gesellschaft hat die Vergütung der Vorstandsmitglieder in Übereinstimmung mit einem der Hauptversammlung nach § 120a Absatz 1 zur Billigung vorgelegten Vergütungssystem festzusetzen. Der Aufsichtsrat kann 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.“

1. Zeitliche Bindungswirkung des § 87a Abs. 2 S. 1 AktG

Die Bindungswirkung des § 87a Abs. 2 S. 1 AktG greift erst ein, wenn das Vergütungssystem der Hauptversammlung zur Billigung vorgelegt worden ist. Letzteres bedeutet nach herrschender Meinung, dass die Hauptversammlung über die Billigung des Vergütungssystems abgestimmt und der Versammlungsleiter dies festgestellt haben muss.⁵ Nicht entscheidend ist hingegen, ob die Hauptversammlung das Vergütungssystem auch tatsächlich gebilligt hat, sie kann das System also auch abgelehnt haben.⁶ Dies ist angesichts des bloß beratenden bzw. empfehlenden Charakters des Hauptversammlungsvotums, das weder Rechte noch Pflichten begründet (§ 120a Abs. 1 S. 2 AktG) und den Aufsichtsrat nicht von seiner Verantwortung zur Festsetzung einer dem § 87 AktG entsprechenden Vergütung entbindet (vgl. § 116 S. 3 AktG),⁷ konsequent.

Die Selbstbindung an ein Vergütungssystem gilt für dessen gesamte Laufzeit, d.h. bis sich der Aufsichtsrat an ein anderes, der Hauptversammlung vorgelegtes Vergütungssystem (selbst) bindet.

2. Zwingende Bindungswirkung erst nach erstmaliger Billigung? Was bedeutet ein ablehnendes Votum der ersten Hauptversammlung für die Selbstbindung?

Es ist allerdings umstritten, ob die Bindungswirkung des § 87a Abs. 2 S. 1 AktG überhaupt nur dann erstmals zwingend eingreift, wenn die

Hauptversammlung erstmals ein ihr nach § 120a AktG vorgelegtes Vergütungssystem gebilligt hat.

Eine jüngere Mindermeinung bejaht dies. Der Aufsichtsrat könne bis zu einer solchen erstmaligen Billigung statt eines vorgelegten, aber abgelehnten Vergütungssystems auch die bisherige Vergütungspraxis weiterhin anwenden.⁸ Dies ergebe sich aus § 26j Abs. 1 S. 2 und S. 3 EGAktG und dem damit verfolgten gesetzgeberischen Ziel zu verhindern, dass Aufsichtsräte gezwungen sind, das erste, der Hauptversammlung vorgelegte, aber dort abgelehnte Vergütungssystem nach § 87a Abs. 2 S. 1 AktG heranziehen zu müssen.⁹ Um dieses Ziel zu verdeutlichen, habe der Rechtsausschuss am Ende des Gesetzgebungsverfahrens den Wortlaut von § 26j Abs. 1 S. 2 EGAktG um das Wort „erstmalig“ in Bezug auf die Billigung des Vergütungssystems durch die Hauptversammlung ergänzt. Nach dieser überzeugenden Auffassung ist der Aufsichtsrat also nicht zwingend an das der Hauptversammlung erstmals vorgelegte Vergütungssystem gebunden, wenn dieses von der Hauptversammlung nicht gebilligt worden ist.

Nach überwiegender Ansicht hingegen müsse der Aufsichtsrat das der Hauptversammlung vorgelegte, aber abgelehnte Vergütungssystem zwingend verwenden, da es (noch) kein weiteres, der Hauptversammlung ebenfalls vorgelegtes Vergütungssystem i.S.d. § 87a Abs. 1 AktG gebe.¹⁰ Ein Teil der Stimmen, die diese Auffassung vertreten, weisen hierzu zwar ebenfalls auf die Gesetzesmaterialien des ARUG II hin, ohne jedoch auf die Übergangsvorschrift des § 26j Abs. 1 EGAktG und dessen Begründung einzugehen.

Mit Blick auf die diesjährige Hauptversammlungssaison 2021 ist den Aufsichtsräten deshalb schon aus Gründen der Rechtssicherheit zu empfehlen, ein erstmals nach § 120a AktG der Hauptversammlung zur Billigung vorgelegtes Vergütungssystem anzuwenden, selbst wenn es abgelehnt wurde. Dieses Vorgehen scheint auch aus Sachgründen regelmäßig geboten zu sein:

Falls bereits (neue) Vorstandsdienstverträge nach Maßgabe des zur Billigung vorgelegten, aber von der Hauptversammlung abgelehnten Vergütungssystems mit Vorstandsmitgliedern abgeschlossen wurden (z.B. zur Gewinnung eines neuen Vorstandsmitglieds oder zur Ersetzung des bisherigen Dienstvertrages, um den Erhalt eines Vorstandsmitglieds sicherzustellen), wird der Aufsichtsrat ohnehin das abgelehnte Vergütungssystem verwenden und sich daran entsprechend (selbst) binden (müssen).

Werden nach dem ablehnenden Hauptversammlungsvotum Vorstandsdienstverträge mit gegenwärtigen Vorstandsmitgliedern verlängert oder mit zukünftigen Vorstandsmitgliedern abgeschlossen, dürfte die Wahl des Aufsichtsrats auch aus sachlichen Erwägungen regelmä-

2 S. hierzu von Zehmen, BB 2021, 628, 635 f.

3 Vgl. Begr. RegE ARUG II, BT-Drs. 19/9739, 72.

4 Spindler, in: MünchKomm AktG, Nachtrag zum ARUG II, 5. Aufl. 2021, § 87a, Rn. 35.

5 Seibt, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, 4. Aufl. 2020, § 87a, Rn. 23; Spindler, in: MünchKomm AktG, Nachtrag zum ARUG II, 5. Aufl. 2021, § 87a, Rn. 35.

6 Begr. RegE ARUG II, BT-Drs. 19/9739, 74.

7 Vgl. Begr. RegE ARUG II, BT-Drs. 19/9739, 74.

8 Spindler, in: MünchKomm. AktG, Nachtrag zum ARUG II, 5. Aufl. 2021, § 87a, Rn. 36 (insoweit unter Aufgabe seiner früher vertretenen Auffassung in AG 2020, 61, 69); Wandt/Vossen, AG 2020, 705, 707 ff. mit einer überzeugenden Analyse der Gesetzesmaterialien und des Gangs des Gesetzgebungsverfahrens.

9 Wandt/Vossen, AG 2020, 705, 707 mit Verweis auf Begr. RegE ARUG II, BT-Drs. 19/9739, 117 f. und Begr. Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz, BT-Drs. 19/15153, 57.

10 Fleischer, in: BeckOGK, AktG, Stand: 1.2.2021, § 87a, Rn. 29; Grigoleit/Kochendörfer, in: Grigoleit, AktG, 2. Aufl. 2020, § 87a, Rn. 88; Seibt, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, 4. Aufl. 2020, § 87a, Rn. 24; Ihrig/Schäfer, in: Ihrig/Schäfer, Rechte und Pflichten des Vorstands, 2. Aufl. 2020, Rn. 194d; Herler, ZHR 184 (2020), 408, 441 f.

big nicht auf das alte, bisherige Vergütungssystem, sondern auf das von ihm neu erarbeitete und vorgelegte, jedoch von der Hauptversammlung abgelehnte Vergütungssystem fallen:

- Das alte, bisherige Vergütungssystem dürfte aus Sicht des Aufsichtsrats überholt sein, hat er doch ein neues System erarbeitet, das den zahlreichen neuen Empfehlungen des Deutschen Corporate Governance Kodex in seiner geltenden Fassung vom 16.12.2019 („Kodex“) zur Vorstandsvergütung (weitgehend) entsprechen wird. Je nach Aktionärskreis der Gesellschaft sind bei der Gestaltung des neuen Vergütungssystems gegebenenfalls bestimmte Abstimmungsrichtlinien von Stimmrechtsberatern und institutionellen Investoren berücksichtigt worden, die anlässlich des neuen Kodex überarbeitet wurden und nun neue Anforderungen an die Vorstandsvergütung stellen. Das alte Vergütungssystem wird der Aufsichtsrat insbesondere dann kaum fortführen wollen, wenn das neue Vergütungssystem ein (wesentlich) anderes Incentive-Design vorsieht, der Aufsichtsrat sich also auch unter vergütungsstrategischen Aspekten von dem alten System bereits getrennt hat. Gegen die Fortführung des bisherigen Systems wird auch regelmäßig sprechen, dass das neue Vergütungssystem wohl eher den Erwartungen der gegenwärtigen und potenziell zukünftigen Vorstandsmitglieder entspricht – schließlich wird der Aufsichtsrat die Erwartungen der Vorstandsmitglieder, für die das Vergütungssystem akzeptabel sein muss, bei der Systemgestaltung entsprechend einbezogen haben.
- Entscheidet sich der Aufsichtsrat deshalb für das neue, aber von der Hauptversammlung abgelehnte Vergütungssystem, gilt es Folgendes zu beachten: Nach herrschender Meinung ist es nicht zulässig, die in der Hauptversammlung geäußerte Aktionärskritik (z. B. Einbeziehung von bestimmten Nachhaltigkeitszielen in die variable Vergütung) unmittelbar im vorgelegten Vergütungssystem zu berücksichtigen und es mit entsprechenden Anpassungen als Grundlage für die Vergütungsfestsetzung zu verwenden, da das Vergütungssystem dergestalt noch nicht der Hauptversammlung zur Billigung vorgelegt worden ist.¹¹ Selbst ein nur punktuell geändertes System kann nach herrschender Ansicht erst genutzt werden, wenn es der Hauptversammlung vorgelegt wurde.¹² Das von der Hauptversammlung abgelehnte Vergütungssystem darf somit nur unverändert verwendet werden. Etwaig zu verlängernde oder neu abzuschließende Vorstandsdiensverträge wären dementsprechend nach diesem abgelehnten System zu gestalten. Allerdings wird der Aufsichtsrat im Regelfall der nächsten ordentlichen Hauptversammlung ein nicht bloß überprüftes, sondern anhand der geäußerten Aktionärskritik auch überarbeitetes Vergütungssystem zum Beschluss vorlegen (vgl. § 120a Abs. 3 AktG), um ein positives Votum zu erreichen. In den Dienstverträgen sollte deshalb ein Anpassungsvorbehalt vorgesehen werden, der dem Aufsichtsrat die vertragliche Umstellung auf das überarbeitete Vergütungssystem nach dessen Billigung ermöglicht.

3. Auswahlmöglichkeit unter mehreren vorgelegten Vergütungssystemen

Aus dem Wortlaut und den Gesetzesmaterialien ergibt sich, dass der Aufsichtsrat nicht genau das zuletzt vorgelegte Vergütungssystem bei der Festsetzung der Vorstandsvergütung zugrunde legen muss, sondern lediglich, dass (irgend)ein (irgendwann einmal) vorgelegtes – nicht notwendigerweise auch gebilligtes – Vergütungssystem zu ver-

wenden ist.¹³ Wird etwa das zur Billigung vorgelegte Vergütungssystem von der Hauptversammlung abgelehnt, kann der Aufsichtsrat das davor vorgelegte (bisherige) Vergütungssystem (weiterhin) anwenden. Sogar auf ein noch früher vorgelegtes Vergütungssystem kann gegebenenfalls zurückgegriffen werden, soweit es den Anforderungen des § 87a Abs. 1 AktG entspricht.¹⁴ Die Auswahl im Einzelfall hat der Aufsichtsrat im Rahmen seiner Sorgfaltspflichten nach pflichtgemäßem Ermessen zu treffen.¹⁵ Der Praxis ist grundsätzlich anzuraten, das letzte, von der Hauptversammlung nach § 120a Abs. 1 AktG gebilligte Vergütungssystem als Grundlage für die Vergütungsfestsetzung zu wählen.¹⁶

4. Sachliche Bindungswirkung des § 87a Abs. 2 S. 1 AktG

Aus der Pflicht, die Vergütung der Vorstandsmitglieder in Übereinstimmung mit einem der Hauptversammlung nach § 120a Abs. 1 AktG zur Billigung vorgelegten Vergütungssystem festzusetzen (§ 87a Abs. 2 S. 1 AktG), folgt eine weitreichende materielle Selbstbindung des Aufsichtsrats an das Vergütungssystem. Festsetzung der Vorstandsvergütung in Übereinstimmung mit dem Vergütungssystem bedeutet, dass nur dasjenige vergütungsbezogen mit Vorstandsmitgliedern vereinbart und ihnen gewährt werden darf, was im Vergütungssystem vorgesehen oder angelegt ist.¹⁷

Aufgrund der sachlichen Reichweite der umfangreichen Mindestangaben nach § 87a Abs. 1 S. 2 AktG, die in das Vergütungssystem aufzunehmen sind (und in der aktuellen Praxis mit einem relativ hohen Detaillierungsgrad umgesetzt werden), wird der Gestaltungsspielraum des Aufsichtsrats in den Dienstverträgen mit den Vorstandsmitgliedern erheblich eingeschränkt.¹⁸

Erforderlich ist deshalb eine enge Abstimmung zwischen Vergütungssystem und Vorstandsdiensvertrag. Dies betrifft nicht nur die eigentlichen Vergütungsbestandteile (wie Festgehalt, Nebenleistungen, Versorgungsleistungen, kurzfristig und langfristig variable Vergütung einschließlich aller Leistungskriterien), Aufschubzeiten für die Auszahlung, Möglichkeiten zur Rückforderung variabler Vergütungsbestandteile (Clawback) sowie – im Falle aktienbasierter Vergütung – Fristen und Bedingungen für das Halten von Aktien nach dem Erwerb, sondern auch den jeweiligen Anteil der Vergütungsbestandteile an der Ziel-Gesamtvergütung i. S. d. Kodex oder – in der Praxis selten – an der Maximalvergütung i. S. d. § 87a Abs. 1 S. 2 Nr. 1 AktG. Durch das Vergütungssystem wird deshalb insbesondere auch die Vergütungsstruktur festgeschrieben. Aufgrund der vorgeschriebenen Angaben zu sog. vergütungsbezogenen Rechtsgeschäften im Vergütungs-

11 So z. B. *Spindler*, in: MünchKomm AktG, Nachtrag zum ARUG II, 5. Aufl. 2021, § 87a, Rn. 35c; *Grigoleit/Kochendörfer*, in: Grigoleit, AktG, 2. Aufl. 2020, § 87a, Rn. 88 und 115; *Seibt*, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, 4. Aufl. 2020, § 87a, Rn. 24; a. A. *Dauner-Lieb*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2021, § 87a AktG, Rn. 11.

12 *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, 15. Aufl. 2021, § 87a, Rn. 13; *Grigoleit/Kochendörfer*, in: Grigoleit, AktG, 2. Aufl. 2020, § 87a, Rn. 88 und 115; *Spindler*, in: MünchKomm AktG, Nachtrag zum ARUG II, 5. Aufl. 2021, § 87a, Rn. 35c; vgl. auch *Seibt*, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, 4. Aufl. 2020, § 87a, Rn. 24.

13 Begr. RegE ARUG II, BT-Drs. 19/9739, 74 f.

14 Begr. RegE ARUG II, BT-Drs. 19/9739, 74 f.; vgl. auch *Spindler*, in: MünchKomm AktG, Nachtrag zum ARUG II, 5. Aufl. 2021, § 87a, Rn. 35b f.

15 Begr. RegE ARUG II, BT-Drs. 19/9739, 75; vgl. auch *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, 15. Aufl. 2021, § 87a, Rn. 13.

16 Vgl. Begr. RegE ARUG II, BT-Drs. 19/9739, 92 f.; *Wentrup*, in: Münch. Hdb. GesR, Bd. 4, 5. Aufl. 2020, § 21, Rn. 60.

17 Vgl. *Grigoleit/Kochendörfer*, in: Grigoleit, AktG, 2. Aufl. 2020, § 87a, Rn. 82; *Vetter/Lauterbach*, AG 2021, 89, 90 f.

18 Vgl. auch *Grigoleit/Kochendörfer*, in: Grigoleit, AktG, 2. Aufl. 2020, § 87a, Rn. 82; *Vetter/Lauterbach*, AG 2021, 89, 90 ff.

system (§ 87a Abs. 1 S. 2 Nr. 8 AktG) umfasst die Bindungswirkung darüber hinaus sämtliche sonstigen, vergütungsrelevanten Regelungen in den Vorstandsdienstverträgen. Hierzu zählen u.a. Vertragslaufzeiten, ggf. vertraglich vereinbarte ordentliche Kündigungsrechte, Koppelungsklauseln, Regelungen zur Beendigung des Dienstverhältnisses bei dauernder Dienstunfähigkeit oder Erreichen der für Vorstandsmitglieder festgelegten Altersgrenze (vgl. Empfehlung B.5 des Kodex), vertraglich zugesagte Abfindungen sowie alle Arten von Zahlungen und sonstigen Leistungen im Zusammenhang mit der Beendigung des Dienstverhältnisses (z.B. auf Basis einer Change-of-Control-Klausel), Karenzentschädigungen bei nachvertraglichem Wettbewerbsverbot, Verfallsregelungen für variable Vergütungsbestandteile (Bad-Leaver-Regelungen), Richtlinien zum Aktienbesitz (Share Ownership Guidelines) sowie Ruhegehalts- und Vorruhestandsregelungen.

Die sachliche Bindungswirkung des § 87a Abs. 1 S. 2 AktG erfasst sämtliche Neuabschlüsse und Verlängerungen von Vorstandsdienstverträgen. Bereits bestehende Dienstverträge genießen hingegen Bestandsschutz,¹⁹ solange und soweit keine entsprechenden, vergütungsbezogenen Änderungen vereinbart werden.

III. Zusammenfassung und Handreichungen für die Praxis

Durch § 87a Abs. 2 S. 1 AktG wird eine strenge und weitreichende (Selbst-)Bindung des Aufsichtsrats an das Vergütungssystem für die Vorstandsmitglieder angeordnet, die den Gestaltungsspielraum des Aufsichtsrats in den Dienstverträgen mit den Vorstandsmitgliedern stark einschränkt. Bei der Ausarbeitung des Vergütungssystems sollte der Aufsichtsrat deshalb auf eine hinreichende Flexibilität achten. Hierfür bieten sich folgende Gestaltungsansätze an:

- Weniger Detailtiefe im Vergütungssystem bedeutet mehr Gestaltungsspielraum für den Aufsichtsrat in den Vorstandsdienstverträgen und bei den (Festlegungs-)Beschlüssen zur (variablen) Vorstandsvergütung.
- Vermittels qualitativer statt quantitativer Angaben lassen sich grundsätzlich größere Gestaltungsspielräume schaffen. Bei (bloß) qualitativen Angaben sollte darauf geachtet werden, dass sie der vom Gesetz geforderten Klarheit und Verständlichkeit des Vergütungssystems (vgl. § 87a Abs. 1 S. 1 AktG) nicht abträglich sind und gegebenenfalls auch die Erwartungen von Investoren und Stimmrechtsberatern nicht enttäuschen. Abgesehen von der Maximalvergütung, bei der dies zwingend erforderlich ist,²⁰ sollten grundsätzlich keine fixen Geldbeträge angegeben werden. Im Rahmen der variablen Vergütungsbestandteile sollten die Leistungskriterien keinesfalls mit konkreten Zielwerten (einschließlich Schwellen- und Capwerte) unterlegt werden.
- Bei Verwendung quantitativer Angaben kann eine größere Flexibilität dadurch geschaffen werden, dass auf Bandbreiten abgestellt

wird. Je größer eine Bandbreite ist, desto größer ist der Gestaltungsspielraum. Dies gilt z.B. für die (Prozent-)Angaben der relativen Anteile der einzelnen Vergütungsbestandteile an der Ziel-Gesamtvergütung. Innerhalb der genannten prozentualen Bandbreiten könnte die Vergütungsstruktur vom Aufsichtsrat entsprechend (nach-)justiert werden.

- Im Vergütungssystem können bestimmte Anpassungsregelungen und Gestaltungsvorbehalte vorgesehen werden. Beispielsweise kann eine Erhöhung der Maximalvergütung um einen konkreten Geldbetrag für den Fall geregelt werden, dass einem neuen Vorstandsmitglied eine Antrittsprämie zur Kompensation entfallender Zahlungen aus dem vorangehenden Dienstverhältnis gewährt wird. Bei den anzugebenden Nebenleistungen kann etwa der Vorbehalt des Aufsichtsrats ergänzt werden, auch andere oder zusätzliche marktübliche Nebenleistungen zu gewähren. Ein weiterer Gestaltungsvorbehalt könnte sein, dass sich der Aufsichtsrat die Möglichkeit offenhält, mit Vorstandsmitgliedern ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot einschließlich Karenzentschädigung zu vereinbaren – gewissermaßen als opt-in-Regelung, falls ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot nicht per se in den Dienstverträgen vorgesehen werden soll.
- Vergütungsbezogene Anpassungsmöglichkeiten des Aufsichtsrats, die das Vergütungssystem flexibilitätsschaffend vorsieht, sollten in den Dienstverträgen kongruent implementiert werden. Dies gilt jedenfalls für Anpassungsmöglichkeiten zu Ungunsten der Vorstandsmitglieder, denn anderenfalls wäre der Aufsichtsrat zur Anpassung zwar gegenüber der Gesellschaft, nicht aber gegenüber den Vorstandsmitgliedern berechtigt.

Bei mehreren, zur Auswahl stehenden Vergütungssystemen ist dem Aufsichtsrat grundsätzlich anzuraten, das letzte, von der Hauptversammlung nach § 120a Abs. 1 AktG gebilligte Vergütungssystem als Grundlage für die Vergütungsfestsetzung zu wählen. Das erstmals der Hauptversammlung nach § 120a Abs. 1 AktG zur Billigung vorgelegte Vergütungssystem i.S.d. § 87a Abs. 1 AktG sollte jedoch selbst dann angewendet werden, wenn es abgelehnt wurde.

Dominik von Zehmen ist Rechtsanwalt bei CMS Hasche Sigle Partnerschaft von Rechtsanwälten und Steuerberatern mbB, Frankfurt a.M. Er ist spezialisiert auf die Beratung von börsennotierten und nicht börsennotierten Unternehmen in allen Fragen des Gesellschafts- und Kapitalmarktrechts mit Schwerpunkt auf den Gebieten Aktienrecht, Corporate Governance, Konzernrecht und Umwandlungsrecht.



¹⁹ Seibt, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, 4. Aufl. 2020, § 87a, Rn. 24; Spindler, in: MünchKomm AktG, Nachtrag zum ARUG II, 5. Aufl. 2021, § 87a, Rn. 35.

²⁰ S. hierzu (wie auch zu weiteren Dos and Don'ts bei der Systemgestaltung nach ARUG II und DCGK 2020) von Zehmen, BB 2021, 628, 629 f.