

Gesellschafterversammlung **sozialversicherungspflichtig** beschäftigt sind.¹²² Mit Mehrheit beteiligte Geschäftsführer sind demgegenüber nicht in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis tätig und unterfallen damit nicht § 7 Abs. 1 SGB IV.¹²³

Bis vor Kurzem hatten zahlreiche Landessozialgerichte angenommen, dass ein Fremd- oder mit Minderheit beteiligter Geschäftsführer auch dann nicht der Sozialversicherungspflicht unterliegt, wenn er zwar nicht durch seinen Geschäftsanteil, wohl aber durch seine Stimmrechte Entscheidungen der Gesellschafterversammlung verhindern konnte.¹²⁴ Ein in der Beratung seither erprobtes Mittel war daher der Abschluss von **Stimmbindungsvereinbarungen** zugunsten des Geschäftsführers. Damit hatte der Geschäftsführer zwar nicht das hinreichende Kapital, konnte aber die Mehrheit der Stimmen und damit auch ihm unangenehme Weisungen kontrollieren.

Diese Möglichkeit hat das BSG unter dem – nicht in allen Punkten überzeugenden – Postulat der „Vorhersehbarkeit des Beschäftigungsstatus“¹²⁵ – also der für den Rechtsverkehr transparent dokumentierten Statusfrage – kassiert und dies damit begründet, dass eine solche Stimmbindungsvereinbarung, wenn auch nur aus wichtigem Grund, so doch kündbar und die daraus resultierende **Rechtsmacht** des Geschäftsführers daher insbesondere in Krisenzeiten nicht hinreichend sicher genug sei, um von einer durchsetzbaren Rechtsmacht des Geschäftsführers, Beschlüsse zu verhindern, auszugehen.¹²⁶ Dabei leitet das BSG diese Rechtsmacht nahezu ausnahmslos¹²⁷ aus der Eintragung des Gesellschafter-Geschäftsführers in der Gesellschafterliste der GmbH ab, und zwar auch für Zeiträume vor Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) im Jahr 2008.¹²⁸ Im Zweifel ist der Gesellschaft und dem Geschäftsführer aufgrund der mit einer unterlassenen Abführung der Sozialversicherungsbeiträge verbundenen Risiken (zB § 266a StGB) anzuraten, ein **Statusfeststellungsverfahren** bei der Clearingstelle der Deutschen Rentenversicherung Bund einzuleiten und den Status des Geschäftsführers verbindlich klären zu lassen (§ 7a SGB IV).¹²⁹

b) Besteuerung der Geschäftsführervergütung

Der Geschäftsführer der GmbH bezieht Einkünfte aus **nichtselbstständiger Tätigkeit** nach § 19 EStG,¹³⁰ ungeachtet des Umstands, dass der Geschäftsführer in aller Regel kein Arbeitnehmer im formalen Sinne ist. Dies gilt für Fremd- wie auch für Gesellschafter-Geschäftsführer. Bei Letzteren sind im Zusammenhang mit der Vergütung indes die schon dargestellten Grundsätze des Verbots der verdeckten Gewinnausschüttung zu beachten.

6. Sonstige Fragen

Sowohl der Fremd- als auch der mit Minderheit beteiligte Geschäftsführer als auch – zumindest nach hM – der mit Mehrheit beteiligte Gesellschafter-Geschäftsführer können sich auf die Vorschriften zum **Pfändungsschutz** von Arbeitseinkommen nach §§ 850 ff. ZPO

¹²² BSG 9.11.1989 – 11 RA r 39/89, BB 1990, 783 (784); 8.12.1994 – 11 RA r 49/94, NZS 1995, 373 (374); MHD b GesR III/Diekmann § 43 Rn. 10; Lutter/Hommelhoff-Kleindiek GmbHG Anh. § 6 Rn. 40.

¹²³ BSG 13.3.2023 – B 12 R 4/21 R, NZS 2024, 62 (63); BSG 18.12.2001 – B 12 KR 10/01 R, NZA-RR 2003, 325 (326); Oppenländer/Trölit zsch GmbH-GF-HdB/Baumann/Winstel § 15 Rn. 9; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek GmbHG Anh. § 6 Rn. 40; MüKo GmbHG/Jaeger/Steinbrück § 35 Rn. 3171.

¹²⁴ Überblick bei von Medem DStR 2014, 2027 ff.

¹²⁵ BSG 13.3.2023 – B 12 R 4/21 R, NZS 2024, 62 (63); Oppenländer/Trölit zsch GmbH-GF-HdB/Baumann/Winstel § 15 Rn. 10, 13.

¹²⁶ BSG 11.11.2015 – B 12 KR 13/14 R, GmbHR 2016, 528 f.; 31.3.2014 – B 12 R 53/13 B, BeckRS 2014, 69538; aA LSG Sachsen 4.3.2014 – L 1 KR 9/11, BeckRS 2014, 67406.

¹²⁷ Zu einem solchen Ausnahmefall LSG Bayern 26.2.2024 – L 16 BA 107/23 B ER, BeckRS 2024, 3675.

¹²⁸ Oppenländer/Trölit zsch GmbH-GF-HdB/Baumann/Winstel § 15 Rn. 10.

¹²⁹ Reiserer/Heß-Emmerich GmbH-GF/Peters S. 164 mit einem Antragsmuster; Formulare hält auch die Deutsche Rentenversicherung Bund im Internet unter www.deutsche-rentenversicherung.de bereit.

¹³⁰ Umfassende Darstellung bei Besgen Führungskräfte-HdB/Menkel Teil 3 Rn. 98 ff.; Reiserer/Heß-Emmerich GmbH-GF/Peters S. 169.

berufen.¹³¹ Dies gilt auch für Ansprüche auf Karenzentschädigung aus einem nachvertraglichen Wettbewerbsverbot.¹³²

- 70 Rückständige Ansprüche des Arbeitnehmers auf Vergütung gegen die Gesellschaft sind nach Wegfall der §§ 59 Abs. 1 Nr. 3, 61 Abs. 1 Nr. 1a KO **einfache Insolvenzforderungen** iSd § 38 InsO.¹³³
- 71 **Erfüllungsort** für die Gehaltszahlungen ist der Ort, an dem die Gesellschaft ihren Sitz hat, für die **Verjährung** gelten die §§ 195 ff. BGB mit der Folge einer dreijährigen kenntnisabhängigen Regelverjährung zum Jahresende (§ 199 Abs. 1 BGB). Der kenntnisunabhängigen Höchstverjährungsfrist von zehn Jahren nach § 199 Abs. 4 BGB dürfte im Fall von Vergütungsansprüchen demgegenüber ein sehr begrenzter Anwendungsbereich zukommen, etwa bei unbekanntem Tantiemeansprüchen.

IV. Prozessuale Fragestellungen bei Vergütungsstreitigkeiten

- 72 Für Rechtsstreitigkeiten zwischen GmbH und Geschäftsführer aus dem Anstellungsvertrag sind mangels anders lautender Vereinbarung zwischen den Parteien (§ 2 Abs. 4 ArbGG) die **Zivilgerichte** und dort nach § 95 Abs. 1 Nr. 4a GVG die Kammern für Handelssachen zuständig.¹³⁴ Die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte ist, unabhängig von der Frage, ob das zugrunde liegende Rechtsverhältnis materiell als Arbeitsverhältnis einzustufen ist oder nicht,¹³⁵ nach § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG ausgeschlossen.¹³⁶
- 73 Der Ausschluss der Arbeitsgerichtsbarkeit nach § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG endet nach der neueren Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts jedoch dann, wenn die **Organstellung** des Geschäftsführers **endet**, und zwar auch dann, wenn dies erst nach Erhebung der Klage geschieht.¹³⁷ Das LAG Sachsen hatte in seinem Beschluss vom 18.3.2015 demgegenüber die Ansicht vertreten, dass dies dann nicht gilt, wenn der Geschäftsführer eine Klage auf rückständige Vergütung erhebt und erst nach Klageerhebung abberufen wird. Anders als in dem vom BAG entschiedenen Fällen, in denen es um Bestandsschutzstreitigkeiten zwischen Geschäftsführer und GmbH und damit um sog. sic-non-Fälle¹³⁸ ging, sei eine nach Klageerhebung erfolgte **Abberufung** des Geschäftsführers bei einer Klage des Geschäftsführers auf ausstehende Vergütung kein Umstand, der zum nachträglichen Wegfall der Fiktion des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG und damit zur nachträglichen Zuständigkeit der Arbeitsgerichte führe.¹³⁹ Anders als Bestandsschutzstreitigkeiten sei eine Klage auf Vergütung ein sog. **aut-aut-Fall**,¹⁴⁰ weil in diesem Fall das Bestehen der Vergütungsansprüche nicht zwingend

¹³¹ BGH 24.11.1980 – II ZR 183/80, NJW 1981, 2465 (2466); 17.11.1997 – II ZR 367/96, DStR 1998, 576; Habersack/Casper/Löbbe/Paefgen GmbHG § 35 Rn. 319; MüKoGmbHG/Jaeger/Steinbrück § 35 Rn. 332.

¹³² OLG Rostock 9.6.1994 – 1 U 40/94, NJW-RR 1995, 173 (174); Habersack/Casper/Löbbe/Paefgen GmbHG § 35 Rn. 515; Noack/Servatius/Haas/Beurskens GmbHG § 37 Rn. 136.

¹³³ Umfassend zur Vergütung des Geschäftsführers in Krise und Insolvenz Haarmeyer/Mock BGB § 612 Rn. 3 ff.

¹³⁴ MüKoGmbHG/Jaeger/Steinbrück GmbHG § 35 Rn. 313.

¹³⁵ BAG 26.10.2012 – 10 AZB 60/12, NZA 2013, 54 (55); 4.2.2013 – 10 AZB 78/12, NZG 2013, 351 (352); 21.1.2019 – 9 AZB 23/128, NZA 2019, 490; LAG Düsseldorf 19.7.2022 – 3 Ta 90/22, NZA-RR 2022, 487; Henssler/Strohn/Oetker GmbHG § 35 Rn. 215 ff.; Powietzka BB 2022, 949.

¹³⁶ Überblick bei Boemke RdA 2018, 1 (21) sowie Powietzka BB 2022, 949 ff.; zur Rechtswegzuständigkeit im Falle der Drittanstellung vgl. OLG Hamburg 22.3.2013 – 11 U 27/12, NZG 2013, 831; Winstel EWiR 2013, 459 (460).

¹³⁷ BAG 8.9.2015 – 9 AZB 21/15, NZA 2015, 1342 (1343 f.); LAG Baden-Württemberg 4.11.2022 – 12 Ta 8/22, NZA-RR 2023, 98 (99); MüKoGmbHG/Jaeger/Steinbrück GmbHG § 35 Rn. 313 f.; Powietzka BB 2022, 949.

¹³⁸ Vgl. dazu MAH ArbR/Reiserer/Lachmann § 8 Rn. 1; Klases BB 2013, 1849 ff.

¹³⁹ BAG 8.9.2015 – 9 AZB 21/15, NJW 2015, 3469; 21.1.2019 – 9 AZB 23/18, NZA 2019, 490; Noack/Servatius/Haas/Beurskens GmbHG § 37 Rn. 104.

¹⁴⁰ BAG 24.4.1996 – 5 AZB 25/95, BB 1996, 1512; MAH ArbR/Reiserer/Lachmann § 8 Rn. 2; Reinfelder RdA 2016, 87 (96).

vom Bestand eines Arbeitsverhältnisses abhänge, sondern eine Vergütung auch bei Vorliegen eines Dienstvertrags geschuldet sei.

Das BAG¹⁴¹ widersprach dieser Ansicht des LAG Sachsen. Auch in **Vergütungsstreitigkeiten**, dh in aut-aut-Fällen, sei der nachträgliche Wegfall der Organstellung zu berücksichtigen und führe zum Wegfall der Fiktion des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG, sodass die Arbeitsgerichte zuständig sein können. Es hat indes ausdrücklich offengelassen,¹⁴² ob die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte im Rahmen der Vergütungsklage – also einem aut-aut-Sachverhalt – dann eröffnet ist, wenn der Kläger schlüssig vorträgt, Arbeitnehmer zu sein, oder ob das Arbeitsgericht den Status des Klägers für die Frage der Zuständigkeit im Falle des Bestreitens der beklagten GmbH notfalls durch **Beweiserhebung** klären muss.¹⁴³ Eine Antwort auf diese vom BAG immer wieder offengelassene Frage hat sich bislang, insbesondere bei den Landesarbeitsgerichten, nicht herausgebildet. Die wohl überwiegende Ansicht scheint dabei gleichwohl davon auszugehen, dass in aut-aut-Fällen wie der Vergütungsklage zwar die bloße Behauptung einer Arbeitnehmereigenschaft nicht ausreicht, wohl aber der **schlüssige Prozessvortrag**; einer Beweiserhebung im Falle des Bestreitens der beklagten GmbH soll es hingegen nicht bedürfen.¹⁴⁴ Diese Ansicht erleichtert abberufenen Geschäftsführern im Falle von Vergütungsstreitigkeiten den Zugang zu den Arbeitsgerichten deutlich.¹⁴⁵

Wollen die GmbH und der Geschäftsführer für Vergütungsstreitigkeiten die Zuständigkeit der staatlichen Gerichte insgesamt ausschließen, können sie nach allgemeiner Meinung im Anstellungsvertrag oder im Zusammenhang mit einer konkreten Streitigkeit¹⁴⁶ die Zuständigkeit eines **Schiedsgerichts** vereinbaren (§ 1029 Abs. 1 ZPO).¹⁴⁷ Nachdem zumindest der Fremdgeschäftsführer nach überwiegender Meinung Verbraucher iSd § 13 BGB ist,¹⁴⁸ sollten die Parteien sich vorsorglich nicht auf eine **Schiedsklausel** im Anstellungsvertrag verlassen, sondern die für Verbraucher geltenden Schutzvorschriften des § 1031 Abs. 5 ZPO einhalten. Die Schiedsklausel sollte demnach in einer gesonderten, eigenhändig von beiden Parteien unterzeichneten Urkunde enthalten sein (§ 1031 Abs. 5 S. 1 ZPO) und neben der Schiedsabrede sollten keine weiteren Vereinbarungen darin aufgenommen werden (§ 1031 Abs. 5 S. 3 ZPO).

Eine in der **Satzung** der GmbH vereinbarte Schiedsklausel schließt demgegenüber auch im Falle eines Gesellschafter-Geschäftsführers nicht den Zugang zu den staatlichen Gerichten für die anstellungsvertragliche Vergütungsstreitigkeit aus.¹⁴⁹

¹⁴¹ BAG 8.9.2015 – 9 AZB 21/15, NZA 2015, 1342 (1343 f.).

¹⁴² BAG 10.12.1996 – 5 AZB 20/96, BB 1997, 998 (999); 8.9.2015 – 9 AZB 21/15, NZA 2015, 1342 (1343 f.).

¹⁴³ Zum Streitstand vgl. ErfK/Ahrendt ArbGG § 2 Rn. 38; MAH ArbR/Reiserer/Lachmann § 8 Rn. 2; Stagat NZA 2015, 193 (197).

¹⁴⁴ Darstellung bei Reinfelder RdA 2016, 87 (96); Jaeger NZA 1998, 961 (962) (der die „Beweiserhebungstheorie“ als herrschend bezeichnet); offengelassen stets vom BAG, vgl. BAG 10.12.1996 – 5 AZB 20/96, BB 1997, 998 (999); aA – Beweiserhebung erforderlich – der BGH 27.10.2009 – VIII ZB 42/08, BGHZ 183, 49 (52) (zum Handelsvertreter).

¹⁴⁵ Ausführliche Darstellung der Rechtsprechung bei Stagat NZA 2015, 193 (197 f.) und Powietzka BB 2022, 827 ff.

¹⁴⁶ Ein Ad-hoc-Schiedsgericht liegt vor, wenn das Schiedsgericht für den individuellen Streitfall ohne Rückgriff auf eine Schiedsorganisation konstituiert wird. Zum Ablauf eines Ad-hoc-Schiedsverfahrens eingehend Lörcher/Lörcher SchiedsVZ 2005, 179 ff.

¹⁴⁷ Habersack/Casper/Löbbe/Paefgen GmbHG § 35 Rn. 5284.

¹⁴⁸ Zur Verbrauchereigenschaft des Fremdgeschäftsführers BAG 19.5.2010 – 5 AZR 253/09, BB 2010, 2439 mAnm Ley; MüKoBGB/Micklitz § 13 Rn. 61.

¹⁴⁹ Vgl. etwa Umbeck SchiedsVZ 2009, 143 (146).

Kapitel 8. Vergütung von Vorständen börsennotierter Aktiengesellschaften

Schrifttum:

Annuß/Theusinger, Das VorstAG – Praktische Hinweise zum Umgang mit dem neuen Recht, BB 2009, 2434; Arbeitskreis Externe und Interne Überwachung der Unternehmen (AKEIÜ) der Schmalenbach-Gesellschaft für Betriebswirtschaft e. V., Die Zukunft des Deutschen Corporate Governance Kodex, DB 2016, 395; Arnold/Herzberg/Zeh, Vorstandsvergütung und Nachhaltigkeit, AG 2021, 141; Aust, Welche KPIs verwenden die DAX30-Unternehmen in der Vorstandsvergütung?, IRZ 2018, 395; Backhaus/Thielmann (Hrsg.), Der Aufsichtsrat, 2. Aufl. 2023; Bauer/Arnold, Festsetzung und Herabsetzung der Vorstandsvergütung nach dem VorstAG, AG 2009, 717; Bayer, Die Vergütung von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern börsennotierter Gesellschaften nach dem RefE für das ARUG II, DB 2018, 3034; Beiner/Braun, Der Vorstandsvertrag: Bestellung und Anstellungsvertrag der Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft, 2. Aufl. 2014; Bosse/Massmann, Handbuch der Vorstandsvergütung, 2. Aufl. 2015; Böcking/Bundle/Schmid/Wagner, Neukonzeption der variablen Vorstandsvergütung durch den Entwurf des DCGK, DB 2019, 137; Diekmann, „Say on Pay“ – Wesentliche Änderungen bei der Vergütung von Vorständen und Aufsichtsräten aufgrund der geänderten Aktionärsrechterichtlinie, WM 2018, 796; Diekmann/Punte, Aktuelles zu Drittanstellung, Drittrvergütung und Haftung von Mitgliedern des AG-Vorstands, WM 2016, 681; Dörrwächter/Harrack, Ermessen des Aufsichtsrats in der Vorstandsvergütung, NZG 2024, 611; Dörrwächter/Leuering, Die Maximalvergütung für Vorstandsmitglieder nach ARUG II, NJW-Spezial 2020, 15; Eisen-schmidt/Bilgenroth, Zur praktischen Umsetzung des Deutschen Corporate Governance Kodexes – eine empirische Analyse der Unternehmen des HDAX und SDAX, DStR 2016, 551; Fleischer, Das Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG), NZG 2009, 801; Geßler, AktG, Stand: 96. EL 2024; Haarmeyer/Mock, Vergütung in Krise, Sanierung und Insolvenz, 7. Aufl. 2024; Harnos, Die gesellschafts-rechtliche Klimatrias: richtiger Schritt oder Sackgasse auf dem Weg zum nachhaltigen Unternehmensrecht?, AG 2024, 28; Heidel, Aktienrecht und Kapitalmarktrecht, 6. Aufl. 2024; Hirte/Mülbert/Roth, Aktiengesetz, Großkommentar, 5. Aufl. 2015; Hoffmann-Becking/Krieger, Leitfaden zur Anwendung des Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG), NZG-Beil. 2009, 1; Hölters/Weber (Hrsg.), Aktiengesetz, 4. Aufl. 2022; Ihrig/Wandt/Wittgens, Die angemessene Vorstandsvergütung drei Jahre nach Inkraft-treten des VorstAG, ZIP 2012, Beilage zu Heft 40, 1; Jooß, Die Drittanstellung des Vorstandsmitglieds einer AG, NZG 2011, 1130; van Kann/Keiluwiet, Das neue Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung: Wichtige Reform oder viel Lärm um nichts?, DStR 2009, 1587; Koch, Aktiengesetz, 18. Aufl. 2024; Kremer/Bachmann, Deutscher Corporate Governance Kodex, 9. Aufl. 2023; Kort, Mannesmann: Das „Aus“ für nachträglich vorgesehene Vorstandsvergütungen ohne Anreizwirkung?, NZG 2006, 131; Kort, Zivilrecht-liche Folgen unangemessen hoher Vorstandsvergütung – eine „Mannesmann“-Spätlese, SStR 2007, 1127; Louven/Ingwersen, Wie nachhaltig muss die Vorstandsvergütung sein?, BB 2013, 1219; Marsch-Barner/Schäfer, Handbuch börsennotierte AG, 5. Aufl. 2022; Moll, Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, 5. Aufl. 2021; Nikoleczyk/Crombach, Praktische Probleme bei Ausgestaltung, vertraglicher Umsetzung und nachlaufender Überprüfung der Maximalvergütung für Vorstandsmitglieder, AG 2021, 744; Redenius-Hö-vermann/Bernhardt, 15 Jahre Say on Pay als Instrument guter Corporate Governance – Stumpfes Schwert oder effektives Mittel zur Kontrolle der Vorstandsvergütung?, ZIP 2024, 603; Reuter, Die aktienrechtliche Zulässigkeit von Konzernanstellungsverträgen, AG 2011, 274; Rosengarten, Die vorzeitige Beendigung von Vorstandsämtern und die Rolle des Aufsichtsratsvorsitzenden, NZG 2022, 1515; Röttgen/Kluge, Nachhaltig-keit bei Vorstandsverträgen, NJW 2013, 900; Säcker/Stenzel, Das zivilrechtliche Schicksal von gegen § 87 Abs. 1 AktG verstoßenden Vergütungsvereinbarungen, JZ 2006, 1151; v. Schenck, Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder, 4. Aufl. 2013; Schmidt-Bendun, Die Empfehlungen des Deutschen Corporate Governance Kodex zur Vorstandsvergütung – erste Antworten aus der Praxis auf neue Zweifelsfragen, AG 2014, 177; K. Schmidt/Lutter (Hrsg.), AktG, 5. Aufl. 2024; Schuster, Clawback-Klauseln – probates Mittel zukunftsgerichteter Gestaltung von Bonus-Vereinbarungen, in: Baeck/Hauck/Preis/Rieble/Röder/Schunder (Hrsg.), Festschrift für Jobst-Hubertus Bauer, 2010, 973; Stilz/Veil (Hrsg.), BeckOGK AktG, Stand: 1.7.2024; Traugott/Grün, Finanzielle Anreize für Vorstände börsennotierter Aktiengesellschaften bei Private Equity-Transaktionen, AG 2007, 761; Velte, „Nachhaltige und langfristige“ Vorstandsvergütung nach dem ARUG II, NZG 2020, 12; v. Werder/Danilov/Schwarz, Corporate Governance Report 2021: Akzeptanz und Anwendung des neuen Kodex, DB 2021, 2097; Wettich, Vorstandsvergütung: Bonus-Malus-System mit Rückforderungsmöglichkeit (claw back) und Reichweite des Zuständigkeitsvorbehalts zugunsten des Auf-sichtsratsplenums, AG 2013, 374.

Übersicht

	Rn.
I. Rechtlicher Rahmen für die Gestaltung der Vorstandsvergütung	1
1. Übersicht	1
2. Deutscher Corporate Governance Kodex (DCGK)	3

	Rn.
II. Festsetzung eines Vergütungssystems durch den Aufsichtsrat, § 87a Abs. 1	
AktG	5
1. Übersicht	5
2. Verhältnis des § 87a AktG zu § 87 AktG	7
3. Festsetzung des abstrakten Vergütungssystems	8
a) Zuständigkeit	8
b) Ermessen und Detailtiefe	9
c) Positive Festsetzung und „Fehlanzeige“	10
4. Elemente des Vergütungssystems	12
a) Maximalvergütung, § 87a Abs. 1 S. 2 Nr. 1 AktG	12
b) Weitere Elemente des Vergütungssystems gemäß § 87a Abs. 1 S. 2 AktG ..	20
5. Billigung des Vergütungssystems durch die Hauptversammlung, § 120a	
AktG	30
III. Festsetzung der individuellen Vergütung der Mitglieder des Vorstands	31
1. Zuständigkeit	31
2. Dokumentation	33
3. Materielle Kriterien	34
IV. Inhaltliche Vorgaben für die Vergütung der Vorstandsmitglieder, § 87 Abs. 1	
AktG	35
1. Verhältnis von § 87 zu § 87a AktG	35
2. Angemessenheit der Vergütung, § 87 Abs. 1 S. 1 AktG	36
a) Bezugspunkt für die Angemessenheit („Gesamtbezüge“)	39
b) Anwendbarkeit auf Drittbezüge	41
c) Anwendbarkeit auf Abfindungen	42
d) Anwendbarkeit auf Change-of-Control-Zahlungen	43
e) Kriterien der Angemessenheit	44
f) Folgen der Festsetzung unangemessener Vergütung	52
3. Nachhaltigkeit und Langfristigkeit, § 87 Abs. 1 S. 2 AktG	54
a) Überblick	54
b) Kriterien der Nachhaltigkeit	56
c) Zulässigkeit reiner Fixvergütung	60
d) Zulässigkeit einzelner Vergütungsbestandteile mit kurzfristigen Ver-	
gütungsanreizen	61
e) Das Verhältnis von fixer und variabler Vergütung, § 87a Abs. 1 S. 2 Nr. 3	
AktG	62
4. Mehrjährigkeit variabler Vergütungsbestandteile, § 87 Abs. 1 S. 3 AktG	64
a) Überblick	64
b) Gestaltung der Bemessungsgrundlage	67
V. Vorübergehende Abweichung vom Vergütungssystem	76
VI. Begrenzungsmöglichkeit bei außerordentlichen Entwicklungen	77
VII. Herabsetzung von Bezügen und Maximalvergütung	78
1. Herabsetzung durch den Aufsichtsrat	79
2. Heraufsetzung durch den Aufsichtsrat	84
VIII. Herabsetzung der Maximalvergütung gemäß § 87 Abs. 4 AktG	85
IX. Transparenz durch Einbeziehung der Hauptversammlung	86
1. Zweifacher Beschluss der Hauptversammlung	86
2. Veröffentlichung des Vergütungssystems	88
3. Vergütungsbericht	89

I. Rechtlicher Rahmen für die Gestaltung der Vorstandsvergütung

1. Übersicht

- 1 Die Vorgaben für Vergütungsanreize für Vorstände von Aktiengesellschaften, die nicht als Kredit- und Finanzdienstleistungsinstitute iSd §§ 1 Abs. 1b, 53 Abs. 1 KWG den strengen Regelungen des Kreditwesengesetzes (KWG) und der Institutsvergütungsverordnung

(InstVergV) unterfallen, richten sich im Wesentlichen nach § 87 AktG (Aktiengesetz). Dieser enthält auch nach Einführung des § 87a AktG die materiellen Vorgaben für die Vorstandsvergütung, die maßgeblich durch zwei Reformen geprägt werden:¹ Durch das **Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG)**,² das zum 5.9.2009 in Kraft trat, zog der Gesetzgeber „Lehren aus der Finanzmarktkrise“ 2007/2008. Ziel war es, insbesondere Fehlanreize durch kurzfristig angelegte Vergütungsparameter zu verhindern und eine Ausrichtung auf eine nachhaltige Unternehmensentwicklung sicherzustellen.³ Umgesetzt wurde dies insbesondere durch eine Erweiterung der Kriterien des AktG, die der Aufsichtsrat bei der Festsetzung der individuellen Vorstandsbezüge gem. § 87 Abs. 1 AktG zu beachten hat. Zugleich schuf oder verfeinerte das VorstAG Mechanismen, die die Effektivität der (erweiterten) Vorgaben des AktG für die Vergütungsfestsetzung sicherstellen sollen, wie etwa die Aufnahme eines zwingenden Mindestselbstbehalts von 10% des Schadens bis mindestens zur Höhe des Eineinhalbfachen der festen jährlichen Vergütung des Vorstandsmitglieds beim Abschluss von D&O-Versicherungen für Vorstandsmitglieder in § 93 Abs. 2 S. 3 AktG. Durch das Gesetz zur Umsetzung der zweiten Aktionärsrechte-Richtlinie (**ARUG II**) wurden im Jahr **2019 im Zuge der Umsetzung der zweiten Aktionärsrechte-Richtlinie**⁴ der Leistungsbezug und die Nachhaltigkeit der individuellen Vorstandsvergütung geschärft. Darüber hinaus wurde insbesondere die Rolle der Aktionäre deutlich gestärkt. Was bei DAX-Unternehmen bereits im Wege der fakultativen Abstimmung teilweise üblich war,⁵ sehen §§ 87a Abs. 2 S. 1, 120 Abs. 1 S. 1 AktG nunmehr verpflichtend vor: Zu jeder materiellen Änderung, mindestens aber alle vier Jahre, hat die Hauptversammlung zum Vergütungssystem zu beschließen (**say-on-pay I**) sowie jeweils gemäß § 120a Abs. 4 AktG über den Vergütungsbericht des vorangegangenen Geschäftsjahrs (**say-on-pay II**).

Die **Systematik** der Festlegung der Vorstandsvergütung besteht damit nach Einführung **2** des ARUG II aus der **Festsetzung eines abstrakten Vergütungssystems gem. § 87a AktG** durch den Aufsichtsrat (→ Rn. 5 ff.), der **Vorlage zur Billigung an die Hauptversammlung** gem. § 120a Abs. 4 AktG, der **Umsetzung eines zur Billigung vorgelegten Vergütungssystems im konkreten Fall** des einzelnen Mitglieds des Vorstands und der Erfüllung der übrigen mit dem ARUG II gestiegenen **Transparenzanforderungen**: in Fällen wesentlicher Änderungen und spätestens alle vier Jahre ist das Vergütungssystem erneut der Hauptversammlung vorzulegen nach § 120a Abs. 1 AktG. Ebenso beschließt sie über den **Vergütungsbericht**, in dem die jeweils im letzten Geschäftsjahr individuell gewährte Vergütung an aktuelle und ehemalige Vorstände unter Namensnennung offenzulegen ist, § 162 AktG (→ Rn. 89). Die Vorschrift des § 90 Abs. 2 AktG zur **Herabsetzung der Vergütung** im Falle der Verschlechterung der Lage der Gesellschaft bleibt in Kraft.

2. Deutscher Corporate Governance Kodex (DCGK)

Zu den Vorschriften des AktG kommen die Empfehlungen und Anregungen des **Deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK)**. **3** Der DCGK wurde im Jahr 2002 zur Steigerung von Nachvollziehbarkeit und Transparenz des deutschen Corporate Governance Systems für nationale und internationale „Stakeholder“ (= Aktionäre, Belegschaft, sonstige

¹ Siehe zur Entwicklung u. a. Velte DStR. 2022, 440.

² Entwurf eines Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) vom 17.3.2009, BT-Drs. 16/12278; verkündet BGBl. 2009 I 2509.

³ Entwurf eines Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) vom 17.3.2009, BT-Drs. 16/12278, 1.

⁴ Richtlinie (EU) 2017/828 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Mai 2017 zur Änderung der Richtlinie 2007/36/EG im Hinblick auf die Förderung der langfristigen Mitwirkung der Aktionäre (Text von Bedeutung für den EWR) (ABl. L 132 vom 20. Mai 2017, S. 1–25).

⁵ Hierzu Bayer DB 2018, 3034 (3038) mwN.

mit dem Unternehmen verbundene Gruppen) eingeführt.⁶ **Regelungsadressaten des DCGK** sind börsennotierte Gesellschaften und solche mit Kapitalmarktzugang iSd § 161 Abs. 1 S. 1 und 2 AktG. Die Regierungskommission DCGK will den Kodex jedoch auch als Handlungsempfehlung für nicht kapitalmarktorientierte Gesellschaften verstanden wissen.⁷ Regelungen, die über das AktG hinausgehen, lassen das Ziel einer verhaltenssteuernden Wirkung erkennen („Empfehlungen und Anregungen zur Leitung und Überwachung [...], die national und international als Standards guter und verantwortungsvoller Unternehmensführung anerkannt sind“⁸). Dies gilt in noch höherem Ausmaß für die aktuelle Fassung des DCGK aus dem Jahr 2022. Nach wie vor kann von den Anregungen des DCGK zwar grundsätzlich ohne Erklärung abgewichen werden, von den Empfehlungen („sollen“) grundsätzlich nicht ohne jährliche Offenlegung, § 161 Abs. 1 AktG („comply or explain“-Grundsatz⁹).¹⁰ Die Empfehlungen zeigen jedoch eine teilweise deutlich überschießende Tendenz.¹¹

- 4 Vom Berlin Center of Corporate Governance¹² veröffentlichte **Studien zur Einhaltung der Vorgaben des Kodex** zeigen zuletzt 2021 eine insgesamt hohe, aber hinsichtlich der seit 2020 eingeführten Empfehlungen (85,0 %) und Anregungen (84,2 %) niedrigere Befolgerate.¹³

II. Festsetzung eines Vergütungssystems durch den Aufsichtsrat, § 87a Abs. 1 AktG

1. Übersicht

- 5 Zunächst muss der Aufsichtsrat ein klares und verständliches **System zur Vergütung der Vorstände** festlegen, § 87a Abs. 1 iVm Abs. 2 S. 1 AktG. Die Hauptversammlung beschließt sodann über dessen Billigung, § 120a Abs. 1 S. 1 AktG. Bei jeder weiteren we-

⁶ DCGK Präambel S. 1.

⁷ DCGK Präambel S. 2.

⁸ DCGK Präambel S. 1.

⁹ DCGK Präambel S. 1. Zur Herkunft des Comply-or-Explain-Prinzips vgl. Arbeitskreis Externe und Interne Überwachung der Unternehmung (AKEIU) der Schmalenbach-Gesellschaft für Betriebswirtschaft e. V. DB 2016, 395 (396) mwN.

¹⁰ Interessant im Hinblick auf die Entwicklung der überschießenden Tendenz des DCGK ist auch der Ausschluss des Abweichens von C.10 DCGK (Anforderungen an die Unabhängigkeit des Vorsitzenden des Vergütungsausschusses), D.8 DCGK (Vereinbaren einer unverzüglichen Unterrichtungspflicht des Abschlussprüfers gegenüber dem Aufsichtsrat) und D.9 DCGK (Pflicht zur Information und zum Anfertigen eines Vermerks durch den Abschlussprüfer im Falle unrichtiger Erklärungen mit DCGK Bezug) im Guide to the DAX Equity Indices, Version 11.3.7 iDF vom 29.1.2024, Ziff. 4.1.1.1 Basic Criteria (für DAX, MDAX, SDAX, TecDAX), S. 28. Die weitere Entwicklung im Umgang mit DCGK-Abweichungserklärungen wird zu beobachten sein.

¹¹ Ob die Empfehlung G.1, 2 DCGK insoweit über den Wortlaut des § 87a Abs. 1 S. 2 Nr. 1 AktG hinausgeht oder die individuelle Festlegung bereits im Wortlaut des § 87a AktG angelegt ist, ist umstritten: Eine überschießende Empfehlung des DCGK sehen u. a. von der Linden DStR 2019, 1528 (1531); Hensler/Strohn/Vetter/Peters DCGK G.1 Rn. 3 f.; aA Arnold/Gralla NZG 2020, 529 (531). Ausführlich zu den Schwierigkeiten der Umsetzung Goette/Arnold AR-HdB/Arnold § 4 Rn. 1376.

¹² Seit Oktober 2021 wird dieses an der Mannheim Business School unter der Führung von Prof. Niessen-Ruenzi und Prof. Wüstemann geführt.

¹³ Im Einzelnen zeigen sich durchaus erhebliche Abweichungen hinsichtlich der Umsetzung der einzelnen Empfehlungen des Abschnitts G DCGK zur Vorstandsvergütung in der Praxis: So besteht etwa im Jahr 2020 eine Befolgerate von 82 aus 83 antwortenden Unternehmen hinsichtlich der Gewährung variabler Vergütungskomponenten, fixe Anteile liegen im Mittel bei 38,8 % (DAX: 32,5 %), die der kurzfristig bzw. langfristig variablen Komponenten durchschnittlich bei 23,1 % (DAX: 24,8 %) bzw. 38,2 % (DAX: 42,8 %), und eine Akzeptanzquote von 82,7 % (DAX: 95,8 %) hinsichtlich des doppelten Abfindungscaps (G.13 DCGK). Deutlich geringere Akzeptanzraten erzielen dagegen die Beurteilung der Üblichkeit der Gesamtvergütung im Vergleich zu anderen Unternehmen (G.3 DCGK), die überwiegende Gewährung der variablen Vergütung in Aktien (G.10 DCGK) und die Empfehlung im Change of Control Fall keine zusätzlichen Leistungen zu zahlen (G.14 DCGK) mit 60 % oder weniger.