

Stand: 21.12.2021

Fragen und Antworten: Erstellung eines Vergütungsberichts gemäß § 162 AktG

1.	Vorbemerkungen	1
2.	Verständnis wichtiger Begriffe	2
3.	Erläuterung zur Anwendung der Leistungskriterien gemäß § 162 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 AktG	7
4.	Vertikalvergleich gemäß § 162 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 AktG	8
5.	Angaben zur Anzahl der gewährten oder zugesagten Aktien und Aktienoptionen gemäß § 162 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 AktG	12
6.	Angabe desselben Vergütungsbestandteils i.S. des § 162 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 AktG in mehreren Vergütungsberichten derselben Gesellschaft.....	13

1. Vorbemerkungen

Die nachfolgende Zusammenstellung behandelt häufig gestellte Fragen zur praktischen Umsetzung der Anforderungen des § 162 AktG an die Erstellung eines aktienrechtlichen Vergütungsberichts. Die Fragen und Antworten wurden von der IDW Arbeitsgruppe „Vergütungsberichterstattung“ entwickelt und sind das Ergebnis der Diskussion mit Stand vom 20.12.2021. Bei allen Antworten handelt es sich um Handlungsempfehlungen und unverbindliche Hinweise zur Auslegung des § 162 AktG.

Mit der Veröffentlichung dieser Fragen und Antworten möchte das IDW die von § 162 AktG Betroffenen bei der praktischen Umsetzung der Anforderungen an die Erstellung des aktienrechtlichen Vergütungsberichts unterstützen. Es ist vorgesehen, diese Zusammenstellung von Fragen und Antworten bei Bedarf zu aktualisieren, um weitere sowie künftig auftretende praktische Anwendungsfragen bzw. weitere Erkenntnisse zu berücksichtigen.

Da die Auslegung des § 162 AktG nicht immer eindeutig möglich ist, enthalten die Antworten teilweise mehrere vertretbare Auslegungen. Gibt es mehrere vertretbare Auslegungen, gebietet es die gemäß § 162 Abs. 1 Satz 1 AktG geforderte Klarheit und Verständlichkeit des Vergütungsberichts, dass über gleichartige Sachverhalte in einem Vergütungsbericht unter Zugrundelegung derselben Auslegungsvariante berichtet wird (sachliche Stetigkeit). Ferner muss

Stand: 21.12.2021

eine einmal gewählte Auslegungsvariante im Zeitablauf grundsätzlich beibehalten werden (zeitliche Stetigkeit). Wird davon in begründeten Ausnahmefällen abgewichen, ist dies aus Gründen der Klarheit und Verständlichkeit im Vergütungsbericht zu erläutern.

Die Pflicht, im Anhang gemäß § 285 Nr. 9 HGB bzw. im Konzernanhang gemäß § 314 Abs. 1 Nr. 6 HGB, ggf. i.V.m. § 315e HGB, für die dort genannten Personengruppen Angaben zu den Gesamtbezügen sowie damit zusammenhängende Angaben zu machen, bleibt von der Erstellung eines Vergütungsberichts gemäß § 162 AktG unberührt. Deshalb müssen diese Angaben auch von börsennotierten (Mutter-)Gesellschaften selbst dann im (Konzern-)Anhang gemacht werden, wenn sie freiwillig in den Vergütungsbericht gemäß § 162 AktG aufgenommen werden. Ein Verweis im (Konzern-)Anhang auf die betreffenden Stellen im Vergütungsbericht reicht nicht aus, um den Anforderungen der §§ 285 Nr. 9, 314 Abs. 1 Nr. 6 HGB zu genügen.

2. Verständnis wichtiger Begriffe

2.1. Wann ist eine Vergütung gewährt und geschuldet i.S. des § 162 Abs. 1 Satz 1 AktG und damit gemäß § 162 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 AktG als Vergütungsbestandteil anzugeben?

Gemäß § 162 Abs. 1 Satz 1 AktG ist im Vergütungsbericht über die jedem einzelnen gegenwärtigen oder früheren Vorstands- und Aufsichtsratsmitglied im letzten Geschäftsjahr gewährte und geschuldete Vergütung zu berichten. In welchem Vergütungsbericht die Vergütung bzw. der Vergütungsbestandteil gemäß § 162 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 AktG anzugeben ist, hängt damit davon ab, ob sie bzw. er im Geschäftsjahr, für das der Vergütungsbericht erstellt wird, gewährt oder geschuldet ist. Da § 162 AktG die Vergütungsberichterstattung nicht an das Vorliegen eines Aufwands knüpft, ist der Berichterstattung keine aufwandsbezogene Betrachtung zugrunde zu legen.

Begriff „gewährt“

Ob bzw. unter welchen Voraussetzungen eine Vergütung „gewährt“ ist, ergibt sich aus dem Gesetzeswortlaut nicht. Nach den Gesetzesmaterialien ist eine Vergütung gewährt und damit gemäß § 162 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 AktG anzugeben, wenn sie dem Organmitglied faktisch, d.h. tatsächlich zufließt und damit in sein Vermögen übergeht, unabhängig davon, ob der Zufluss zur Erfüllung einer Verpflichtung oder rechtsgrundlos erfolgt („Zuflussprinzip“; vgl. Begr. RegE ARUG II, BT-Drs. 19/9739, S. 111, Begr. Beschlussempfehlung BT-Rechtsausschuss ARUG II, BT-Drs. 19/15153, S. 53). Ein unterschiedliches Zuflussprinzip in Abhängigkeit davon, ob die Vergütung in Geld oder in einer sonstigen Leistung besteht, ist aus den Gesetzesmaterialien nicht erkennbar. Danach ist es sachgerecht, eine Vergütung gemäß § 162 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 AktG (erst) im Vergütungsbericht für das Geschäftsjahr anzugeben, in dem sie tatsächlich zufließt (im Folgenden: Auslegung 1).

Stand: 21.12.2021

Nach den Gesetzesmaterialien soll der genaue Zuflusszeitpunkt nicht reguliert werden. Vielmehr kann es auch weiterhin der Klärung durch die Praxis überlassen bleiben, wann dieser Zeitpunkt angenommen wird (vgl. Begr. RegE ARUG II, BT-Drs. 19/9739, S. 111). Deshalb erscheint es alternativ vertretbar, eine Vergütung gemäß § 162 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 AktG (bereits) im Vergütungsbericht für das Geschäftsjahr anzugeben, in dem die der Vergütung zugrunde liegende (ein- oder mehrjährige) Tätigkeit vollständig erbracht worden ist (im Folgenden: Auslegung 2).

Da der genaue Zuflusszeitpunkt nicht reguliert werden soll, besteht außerdem in Ausnahmefällen (insb. bei nicht in Geld bestehenden Vergütungsbestandteilen; siehe Beispiel 3) ein Ermessensspielraum, diesen in Anlehnung an das Zuflussprinzip zu bestimmen.

Besonderheiten des Begriffs „gewährt“ im Fall von Aktienoptionen

Für Aktienoptionen weist die Begründung zur Beschlussempfehlung des BT-Rechtsausschusses darauf hin, dass bereits ihre Einräumung – d.h. ihre Gewährung i.S. des § 285 Nr. 9 Buchst. a Satz 4 HGB bzw. ihre Gewährung („grant“) i.S. des IFRS 2 Anhang A – ohne Weiteres als Zufluss bzw. Gewährung i.S. des § 162 Abs. 1 Satz 1 AktG verstanden werden kann und dass bei Aktienoptionen Zusage- und Gewährungszeitpunkt oft zusammenfallen (vgl. Begr. Beschlussempfehlung BT-Rechtsausschuss ARUG II, BT-Drs. 19/15153, S. 53). Dies spricht dafür, dass bereits die Einräumung von Aktienoptionen, d.h. des Rechts auf Erwerb von Aktien, ein Zufluss und damit die Gewährung einer Vergütung ist. Anhaltspunkte dafür, dass der künftige Zufluss von Aktien aus der Optionsausübung zwingend eine weitere angabepflichtige Gewährung ist, enthalten die Gesetzesmaterialien nicht. Die Angabe einer derartigen weiteren Vergütung ist deshalb nicht erforderlich.

Ebenso wenig lässt sich den Gesetzesmaterialien entnehmen, dass bei in Geld zu erfüllenden aktienbasierten Vergütungen bereits im Zeitpunkt ihrer Zusage eine Gewährung vorliegen soll. Deshalb ist es sachgerecht, bei derartigen Vergütungsbestandteilen eine gewährte Vergütung – entsprechend den in Geld zu erfüllenden nicht aktienbasierten Vergütungen – nur in dem nach den oben genannten Auslegungsvarianten bestimmten Zeitpunkt anzugeben.

Begriff „geschuldet“

Der Gesetzeswortlaut „geschuldet“ deutet zunächst darauf hin, dass eine Vergütung gemäß § 162 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 AktG anzugeben ist, wenn im Geschäftsjahr, für das der Vergütungsbericht erstellt wird, eine Schuld, d.h. eine rechtliche Verpflichtung, besteht, die noch nicht erfüllt wurde. Nach den Gesetzesmaterialien ist der Begriff „geschuldet“ mit Blick auf die englische Fassung der Zweiten Aktionärsrechterichtlinie (2. ARRL)¹ („due“) und in Abgrenzung zu

¹ 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, ABl. EU Nr. L 132 vom 20.05.2017, S. 1.

Stand: 21.12.2021

dem in § 162 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 AktG verwendeten Begriff „zugesagt“ jedoch enger zu verstehen. Danach ist eine Vergütung geschuldet, wenn die Gesellschaft eine rechtlich bestehende Verpflichtung gegenüber dem Organmitglied hat, die fällig, aber noch nicht erfüllt ist (vgl. Begr. RegE ARUG II, BT-Drs. 19/9739, S. 111, Begr. Beschlussempfehlung BT-Rechtsausschuss ARUG II, BT-Drs. 19/15153, S. 53). Ist eine solche Verpflichtung noch nicht fällig, handelt es sich um eine (lediglich) zugesagte Vergütung; wird die Verpflichtung (unabhängig von ihrer Fälligkeit) erfüllt, handelt es sich um eine gewährte Vergütung (vgl. Begr. RegE ARUG II, BT-Drs. 19/9739, S. 112). Danach ist es sachgerecht, eine Vergütung gemäß § 162 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 AktG (erst) im Vergütungsbericht für das Geschäftsjahr anzugeben, in dem die entsprechende Verpflichtung fällig ist.

Zusammenhang der Begriffe

Nach dem Gesetzeswortlaut ist über die gewährte *und* geschuldete Vergütung zu berichten. Da eine Vergütung nach dem o.g. Begriffsverständnis nicht zum selben Zeitpunkt gewährt und geschuldet sein kann, ist sie anzugeben, wenn sie entweder gewährt oder geschuldet ist. Liegen die beiden Zeitpunkte in unterschiedlichen Geschäftsjahren, ist die Vergütung in dem Vergütungsbericht für das Geschäftsjahr anzugeben, in dem der frühere der beiden Zeitpunkte liegt, da bereits in diesem Geschäftsjahr die Voraussetzung für eine Angabe vorliegt. Eine nochmalige Angabe derselben Vergütung im Vergütungsbericht für das Geschäftsjahr, in dem der spätere der beiden Zeitpunkte liegt, ist nicht erforderlich und aus Gründen der Klarheit und Verständlichkeit des Vergütungsberichts auch nicht empfehlenswert. Liegen die beiden Zeitpunkte in unterschiedlichen Geschäftsjahren und weicht die Vergütung im späteren der beiden Zeitpunkte der Höhe nach von der bereits berichteten Vergütung ab, ist es konsequent, die (positive oder negative) Differenz im Vergütungsbericht für das Geschäftsjahr anzugeben, in dem der spätere der beiden Zeitpunkte liegt (siehe Beispiel 4).

Angaben und Erläuterungen aus Gründen der Klarheit und Verständlichkeit

Gemäß § 162 Abs. 1 Satz 1 AktG ist ein klarer und verständlicher Vergütungsbericht zu erstellen. Deshalb muss das Verständnis von „gewährt und geschuldet“ im Vergütungsbericht erläutert werden.

Ungeachtet des Begriffsverständnisses sind zusätzliche freiwillige Angaben zur Vergütung zulässig. Dabei muss aus Gründen der Klarheit und Verständlichkeit des Vergütungsberichts zweifelsfrei erkennbar sein, ob die jeweilige Angabe in Erfüllung der gesetzlichen Anforderungen oder freiwillig erfolgt.

Beispiele

Beispiel 1: Wird der Jahresbonus für das kalenderjahrgleiche Geschäftsjahr x1 nach der Aufsichtsratssitzung im März x2 fällig und fließt er dem Vorstandsmitglied im April x2 zu, wird er

Stand: 21.12.2021

nach der gemäß Auslegung 1 vertretenen Auffassung in x2 gewährt und auch in x2 geschuldet. Danach ist es sachgerecht, ihn gemäß § 162 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 AktG im Vergütungsbericht für das Geschäftsjahr x2 anzugeben. Alternativ erscheint es nach der Auslegung 2 vertretbar, ihn bereits im Geschäftsjahr x1 als gewährt anzunehmen und dementsprechend im Vergütungsbericht für das Geschäftsjahr x1 anzugeben.

Beispiel 2: Ist für eine Altersversorgungsverpflichtung gegenüber einem Vorstandsmitglied eine Rückstellung zu passivieren (Direktzusage), fließt dem Vorstandsmitglied weder etwas zu, noch handelt es sich bei der jährlichen Rückstellungszuführung um eine fällige Verpflichtung. Damit ist die Rückstellungszuführung weder eine gewährte Vergütung, noch ist diese Vergütung nach hier verteilter Auffassung im Geschäftsjahr der Rückstellungszuführung geschuldet. Deshalb ist es nicht sachgerecht, die Rückstellungszuführung als Vergütung gemäß § 162 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 AktG im Geschäftsjahr der Rückstellungszuführung anzugeben. Die Pflicht zur separaten Angabe des Barwerts der Verpflichtung und des während des letzten Geschäftsjahres hierfür aufgewandten oder zurückgestellten Betrags (§ 162 Abs. 2 Nr. 3 AktG) bleibt hiervon unberührt.

Fließt dem (ehemaligen) Organmitglied aus der Direktzusage in einem späteren Geschäftsjahr ein Ruhegehalt zu, ist dieses (unter Berücksichtigung des datenschutzrechtlichen Unterlassungsgebots gemäß § 162 Abs. 5 Satz 2 AktG) im Vergütungsbericht für das Geschäftsjahr anzugeben, in dem das Ruhegehalt zufließt (vgl. Begr. RegE ARUG II, BT-Drs. 19/9739, S. 114).

Beispiel 3: Im Fall einer Nebenleistung für die Vorstandstätigkeit in Form der Überlassung eines Dienstwagens zur Nutzung durch das Vorstandsmitglied ist es für die Frage, wann dieser Vergütungsbestandteil anzugeben ist, vertretbar, auf den Zuflusszeitpunkt nach deutschem Einkommensteuerrecht abzustellen.

Beispiel 4: Werden einem Vorstandsmitglied zu Beginn des kalenderjahrgleichen Geschäftsjahres x1 virtuelle Performance Shares zugesagt, deren Leistungszeitraum am Ende des Geschäftsjahres x3 endet und die im April des Geschäftsjahres x4 zu einer Auszahlung führen, ist es sachgerecht, lediglich im Vergütungsbericht für das Geschäftsjahr x4 eine gewährte Vergütung in Höhe des tatsächlichen Auszahlungsbetrags anzugeben (Auslegung 1). Alternativ erscheint es vertretbar, im Vergütungsbericht für das Geschäftsjahr x3 eine gewährte Vergütung in Höhe des geschätzten Auszahlungsbetrags anzugeben (Auslegung 2). Weicht im letztgenannten Fall die im Geschäftsjahr x4 geschuldete Vergütung von der zuvor berichteten Vergütung ab, ist es konsequent, die Differenz im Vergütungsbericht für das Geschäftsjahr x4 anzugeben.

Stand: 21.12.2021

2.2. Für welche Tätigkeit(en) des Organmitglieds der berichtenden Gesellschaft ist die Vergütung anzugeben?

Gemäß § 162 Abs. 1 Satz 1 AktG ist im Vergütungsbericht über die jedem einzelnen gegenwärtigen oder früheren Vorstands- und Aufsichtsratsmitglied im letzten Geschäftsjahr gewährte und geschuldete Vergütung zu berichten. Dabei ist über alle Vergütungen zu berichten, die einem Organmitglied von der berichtenden Gesellschaft oder von einem Unternehmen desselben Konzerns i.S. des § 290 HGB (handelsrechtlicher Konzernbegriff) gewährt und geschuldet werden.

Für welche Tätigkeit(en) des Organmitglieds die Vergütung anzugeben ist, lässt sich zwar aus dem Gesetzeswortlaut nicht ableiten. Nach den Gesetzesmaterialien ist „Vergütung“ allerdings als Gesamtheit der Definitionen aus § 285 Nr. 9 Buchst. a Satz 1 bis 3 und Buchst. b Satz 1 und 2 sowie § 314 Abs. 1 Nr. 6 Buchst. a Satz 1 bis 3 und Buchst. b Satz 1 HGB zu verstehen (vgl. Begr. RegE ARUG II, BT-Drs. 19/9739, S. 111). Danach umfasst der Vergütungsbegriff ausschließlich die Vergütung des Organmitglieds für seine Vorstands- bzw. Aufsichtsrats-tätigkeit.

Eine weitergehende tätigkeitsbezogene Eingrenzung des Vergütungsbegriffs erfolgt nicht. Insbesondere konkretisieren die Gesetzesmaterialien nicht eindeutig, ob auch Vergütungen anzugeben sind, die das Organmitglied der berichtenden Gesellschaft für die Organtätigkeit für eine andere Konzerngesellschaft erhält. Diese Frage ist bspw. relevant, wenn ein Vorstandsmitglied der berichtenden Gesellschaft gleichzeitig als Geschäftsleitungs- oder Aufsichtsratsmitglied eines Tochterunternehmens tätig ist und hierfür eine gesonderte Vergütung erhält.

Regelmäßig ist dabei von einer sachlichen Verknüpfung der Organtätigkeiten für verschiedene Konzerngesellschaften auszugehen. Besteht eine solche sachliche Verknüpfung, erscheint es sachgerecht, auch die entsprechenden Vergütungen für Organtätigkeiten für andere Konzerngesellschaften in die Vergütung des Organmitglieds der berichtenden Gesellschaft einzubeziehen. Besteht eine solche sachliche Verknüpfung nicht, ist es dennoch vertretbar, die Vergütung für die Organtätigkeit für eine andere Konzerngesellschaft in die Vergütung des Organmitglieds der berichtenden Gesellschaft einzubeziehen. Die gewählte Vorgehensweise sollte aus Gründen der Klarheit und Verständlichkeit erläutert werden.

Stand: 21.12.2021

2.3. Sind Angaben zu Vergütungen an Hinterbliebene früherer Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats im Vergütungsbericht gemäß § 162 AktG erforderlich?

Gemäß § 162 Abs. 1 Satz 1 AktG ist die im letzten Geschäftsjahr jedem einzelnen gegenwärtigen oder früheren Mitglied des Vorstands und des Aufsichtsrats gewährte und geschuldete Vergütung im Vergütungsbericht anzugeben.

In § 285 Nr. 9 Buchst. b Satz 1 sowie § 314 Abs. 1 Nr. 6 Buchst. b Satz 1 Halbsatz 1 HGB wird die Angabe zu Bezügen früherer Mitglieder von Vorstand und Aufsichtsrat und ihrer Hinterbliebenen explizit gefordert. Eine vergleichbare Regelung enthält § 162 AktG in Bezug auf Hinterbliebene demgegenüber nicht. Auch die 2. ARRL enthält keine Hinweise darauf, dass Vergütungen an solche Hinterbliebene (d.h. insb. Witwen, Witwer oder Waisen) im Vergütungsbericht anzugeben sind. Daher brauchen Vergütungen an Hinterbliebene früherer Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats nicht im Vergütungsbericht gemäß § 162 AktG angegeben zu werden.

3. Erläuterung zur Anwendung der Leistungskriterien gemäß § 162 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 AktG

Für welches Geschäftsjahr sind die Leistungskriterien zu erläutern?

Gemäß § 162 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 AktG ist zu erläutern, wie die Leistungskriterien (i.S. des § 87a Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 AktG) angewendet wurden. Dabei wird auf die gemäß § 162 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 i.V.m. Satz 1 AktG im Vergütungsbericht anzugebende Vergütung Bezug genommen. Daher ist die Anwendung der Leistungskriterien (z.B. EBIT-Zielerreichung) desjenigen Geschäftsjahres zu erläutern, das der anzugebenden Vergütung zugrunde liegt.

Beispiel: Ein Jahresbonus für das kalenderjahrgleiche Geschäftsjahr x1, dessen Höhe vom EBIT x1 und einer persönlichen Zielerreichung in x1 abhängt, wird nach der Aufsichtsratssitzung im März x2 fällig und fließt dem Vorstandsmitglied im April x2 zu. Die Gesellschaft entscheidet sich dafür, den Jahresbonus als in x2 gewährte und geschuldete Vergütung im Vergütungsbericht für das Geschäftsjahr x2 anzugeben (siehe Antwort zu Frage 2.1., Auslegung 1). Damit korrespondierend ist im Vergütungsbericht für das Geschäftsjahr x2, der in x3 erstellt und der Hauptversammlung zur Beschlussfassung bzw. Erörterung vorgelegt wird (§ 120a Abs. 4 Satz 1 bzw. Abs. 5 AktG), die Anwendung der Leistungskriterien (EBIT, persönliche Ziele) des Geschäftsjahres x1 zu erläutern. Eine zusätzliche freiwillige Erläuterung im Vergütungsbericht für das Geschäftsjahr x2 über den Jahresbonus für das Geschäftsjahr x2 ist zulässig. Dabei muss zweifelsfrei erkennbar sein, ob die jeweilige Angabe in Erfüllung der gesetzlichen Anforderungen oder freiwillig erfolgt. Eine solche zusätzliche freiwillige Erläuterung entbindet indes nicht von der pflichtgemäßen Erläuterung im Vergütungsbericht für das Geschäftsjahr x3.

Stand: 21.12.2021

4. Vertikalvergleich gemäß § 162 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 AktG

4.1. Wie hat die vergleichende Darstellung gemäß § 162 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 AktG zu erfolgen?

Gemäß § 162 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 AktG hat der Vergütungsbericht eine vergleichende Darstellung der jährlichen Veränderung der Vergütung, der Ertragsentwicklung der Gesellschaft und der über die letzten fünf Geschäftsjahre betrachteten durchschnittlichen Vergütung von Arbeitnehmern auf Vollzeitäquivalenzbasis zu enthalten (sog. „Vertikalvergleich“).

Grundlage der vergleichenden Darstellung sind drei Größen: die individualisiert anzugebende Vergütung i.S. des § 162 Abs. 1 Satz 1 AktG jedes Organmitglieds, die Ertragsentwicklung der Gesellschaft und die durchschnittliche Vergütung von Arbeitnehmern auf Vollzeitäquivalenzbasis. Da es sich bei der Organvergütung (gemäß § 162 Abs. 1 Satz 1 AktG) und bei der Ertragsentwicklung der Gesellschaft (mangels gesetzlich vorgesehener Durchschnittsbildung) um Jahresgrößen handelt, ist es für Zwecke der Vergleichbarkeit sachgerecht, auch die durchschnittliche Arbeitnehmervergütung als Durchschnittswert eines Geschäftsjahres und nicht als Durchschnittswert über die letzten fünf Geschäftsjahre zu ermitteln.

Die vergleichende Darstellung der jährlichen Veränderung erfordert, die Veränderung jeder der drei genannten Größen von einem zum nächsten Geschäftsjahr zu ermitteln.

Über welchen Zeitraum die jährliche Veränderung der jeweiligen Vergleichsgröße zu berichten ist, ergibt sich aus § 162 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 AktG nicht eindeutig. Auch die Gesetzesmaterialien enthalten hierzu keine Hinweise. Der Gesetzeswortlaut spricht dafür, nur die jährliche Veränderung der durchschnittlichen Arbeitnehmervergütung (und nicht der beiden anderen Vergleichsgrößen) über die letzten fünf Geschäftsjahre zu berichten. Gemäß Artikel 9b Abs. 1 Unterabs. 2 Buchst. b der 2. ARRL, der § 162 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 AktG zugrunde liegt, ist allerdings über „die jährliche Veränderung der Vergütung, der Leistung der Gesellschaft und der durchschnittlichen Vergütung [...] von Beschäftigten [...], mindestens in den letzten fünf Geschäftsjahren“ zu berichten. Bei richtlinienkonformer Auslegung ist es deshalb sachgerecht, die jährliche Veränderung aller drei Vergleichsgrößen über die letzten fünf Geschäftsjahre zu berichten (im Folgenden: Variante 1). Nach dem Gesetzeswortlaut kann es aber auch nicht beanstandet werden, wenn nur die jährliche Veränderung der durchschnittlichen Arbeitnehmervergütung über die letzten fünf Geschäftsjahre berichtet wird, während für die Vergütung der Organmitglieder und für die Ertragsentwicklung der Gesellschaft nur *eine* jährliche Veränderung (vom Vorjahr zum Berichtsjahr) angegeben wird (im Folgenden: Variante 2).

Um die jährliche Veränderung der drei Vergleichsgrößen sinnvoll miteinander vergleichen zu können, ist es sachgerecht, diese Veränderung in Prozent anzugeben (Veränderungsrate), soweit dies sinnvoll möglich ist.

Stand: 21.12.2021

4.2. Wie ist der Begriff „Ertragsentwicklung der Gesellschaft“ zu verstehen?

Gemäß § 162 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 AktG muss der Vergütungsbericht u.a. eine vergleichende Darstellung der jährlichen Veränderung der „Ertragsentwicklung der Gesellschaft“ enthalten.

Gesellschaft i.S. von § 162 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 AktG ist die rechtlich selbstständige, börsennotierte (Einzel-)Gesellschaft. Deshalb ist gemäß § 162 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 AktG die Ertragsentwicklung der (Einzel-)Gesellschaft darzustellen (stand-alone). Dies gilt auch, wenn die berichtende Gesellschaft Mutterunternehmen eines Konzerns ist. Eine Darstellung allein der Ertragsentwicklung des Konzerns der „Gesellschaft“ ist nicht sachgerecht.

Der Begriff „Ertrag“ ist in § 162 AktG nicht definiert. Auch in den Gesetzesmaterialien finden sich keine Hinweise zur Auslegung dieses Begriffs.

Aus Objektivierungsgründen erscheint es sachgerecht, als Ertrag i.S. von § 162 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 AktG das Jahresergebnis (Jahresüberschuss/Jahresfehlbetrag) der Gesellschaft zu verwenden. Ist die Gesellschaft Mutterunternehmen eines Konzerns und bemisst sich die Organvergütung nach Konzerngrößen (z.B. Konzern-EBIT), empfiehlt es sich, zusätzlich diese zu verwenden.

4.3. Müssen in dem Vertikalvergleich fünf oder nur vier Veränderungsraten pro Vergleichsgröße angegeben werden?

Gemäß § 162 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 AktG hat der Vergütungsbericht eine vergleichende Darstellung der jährlichen Veränderung der Vergütung, der Ertragsentwicklung der Gesellschaft sowie der über die letzten fünf Geschäftsjahre betrachteten durchschnittlichen Vergütung von Arbeitnehmern auf Vollzeitäquivalenzbasis zu enthalten.

Weder in den Gesetzesmaterialien noch in der 2. ARRL finden sich Hinweise, ob für jedes der in den Fünfjahresvergleich einbezogenen Geschäftsjahre jeweils eine Veränderungsrate anzugeben ist (dann fünf Veränderungsraten) oder ob nur die Veränderungsraten zwischen den fünf Geschäftsjahren anzugeben sind (dann nur vier Veränderungsraten). Nach dem Gesetzeswortlaut ist es ausreichend, nur vier Veränderungsraten anzugeben.

4.4. Welche Übergangserleichterungen gelten für die vergleichende Darstellung gemäß § 162 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 AktG?

Gemäß § 26j Abs. 2 Satz 2 EGAktG ist § 162 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 AktG bis zum Ablauf des fünften Geschäftsjahres, gerechnet ab dem nach dem 31.12.2020 beginnenden Geschäftsjahr, mit der Maßgabe anzuwenden, dass nicht die durchschnittliche Vergütung der letzten fünf

Stand: 21.12.2021

Geschäftsjahre in die vergleichende Darstellung einbezogen wird, sondern lediglich die durchschnittliche Vergütung über den Zeitraum seit dem Beginn des nach dem 31.12.2020 beginnenden Geschäftsjahres.

Nach dem Gesetzeswortlaut („durchschnittliche Vergütung“) handelt es sich bei der Regelung des § 26j Abs. 2 Satz 2 EGAktG um eine auf die Vergleichsgröße „durchschnittliche Arbeitnehmervergütung“ beschränkte Übergangserleichterung (vgl. auch Begr. RegE ARUG II, BT-Drs. 19/9739, S. 118). Der Gesetzeswortlaut, der lediglich die Einbeziehung der durchschnittlichen Arbeitnehmervergütung über den Zeitraum seit dem Beginn des nach dem 31.12.2020 beginnenden Geschäftsjahres verlangt, deutet darauf hin, dass im Geschäftsjahr der erstmaligen Erstellung eines Vergütungsberichts gemäß § 162 AktG gar keine jährliche Veränderung dieser Vergleichsgröße dargestellt werden muss, da dafür die durchschnittliche Arbeitnehmervergütung eines vor dem 31.12.2020 beginnenden Geschäftsjahres zu ermitteln wäre. Der Grund für die Übergangserleichterung gemäß § 26j Abs. 2 Satz 2 EGAktG ist allerdings, Gesellschaften davon zu befreien, nachträglich Daten aus der Vergangenheit zu erheben, die sie ggf. in Unkenntnis dessen, dass eine solche gesetzliche Regelung erlassen werden wird, nicht erhoben haben (vgl. Begr. RegE ARUG II, BT-Drs. 19/9739, S. 118). Da das ARUG II am 19.12.2019 im Bundesgesetzblatt verkündet worden ist,² war spätestens seit diesem Zeitpunkt die gesetzliche Neuregelung bekannt und eine Erleichterung hinsichtlich der Datenerhebung für nachfolgende Zeiträume nicht mehr erforderlich. Dies spricht dafür, dass es im Geschäftsjahr der Erstanwendung erforderlich ist, zumindest eine jährliche Veränderung dieser Vergleichsgröße – die des Geschäftsjahres der Erstanwendung zum Vorjahr – darzustellen. Die freiwillige Angabe mehrerer jährlicher Veränderungsdaten ist zulässig.

Gemäß § 26j Abs. 2 Satz 2 EGAktG ist es zulässig, die Darstellung der jährlichen Veränderung der durchschnittlichen Arbeitnehmervergütung über einen Fünfjahreszeitraum in den Erstjahren sukzessive aufzubauen. Für die beiden anderen Vergleichsgrößen (Organvergütung und Ertragsentwicklung der Gesellschaft) enthält § 26j Abs. 2 EGAktG dagegen keine Übergangserleichterung. Deshalb ist es sachgerecht, die jährliche Veränderung der beiden anderen Vergleichsgrößen vom Geschäftsjahr der Erstanwendung an über die letzten fünf Geschäftsjahre (einschließlich des Berichtsjahres) vergleichend darzustellen (siehe Antwort zu Frage 4.1., Variante 1). Folgt man dagegen der Auffassung, dass für die beiden anderen Vergleichsgrößen gemäß § 162 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 AktG die Angabe lediglich *einer* jährlichen Veränderung (vom Vorjahr zum Berichtsjahr) erforderlich ist (siehe die Antwort zu Frage 4.1., Variante 2), kann es auch nicht beanstandet werden, den Vertikalvergleich in den Erstjahren für alle drei Vergleichsgrößen sukzessive aufzubauen. In diesem Fall setzt sich der Vertikalvergleich aus ver-

² BGBl. I S. 2637.

Stand: 21.12.2021

pflichtenden Angaben zur jährlichen Veränderung der durchschnittlichen Arbeitnehmervergütung und aus teilweise freiwilligen Angaben zur jährlichen Veränderung der beiden anderen Vergleichsgrößen zusammen.

Gemäß §§ 286 Abs. 5, 314 Abs. 3 Satz 1 HGB a.F. durften in der Vergangenheit individualisierte Angaben zur Vergütung der Vorstandsmitglieder unterbleiben, wenn die Hauptversammlung dies beschlossen hat (sog. „Opting out“). Eine vergleichbare Möglichkeit ist für den Vergütungsbericht gemäß § 162 AktG nicht vorgesehen. Es gibt auch keinen Bestandsschutz für Gesellschaften, die in der Vergangenheit von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht haben, sodass die Regelungen des § 162 AktG auch von solchen Gesellschaften zu beachten sind (vgl. Begr. RegE ARUG II, BT-Drs. 19/9739, S. 119). Damit ist es sachgerecht, dass auch solche Gesellschaften vom Geschäftsjahr der Erstanwendung an die jährliche Veränderung der Vergütung jedes Organmitglieds über die letzten fünf Geschäftsjahre vergleichend darstellen.

4.5. Muss bei der erstmaligen Erstellung eines Vergütungsberichts gemäß § 162 AktG die jährliche Veränderung der Organvergütung für Zwecke der vergleichenden Darstellung gemäß § 162 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 AktG anhand der gewährten und geschuldeten Vergütung i.S. des § 162 Abs. 1 Satz 1 AktG ermittelt werden?

Für Zwecke der vergleichenden Darstellung gemäß § 162 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 AktG ist es sachgerecht, nicht nur die jährliche Veränderung der durchschnittlichen Arbeitnehmervergütung, sondern auch die jährliche Veränderung der Organvergütung und der Ertragsentwicklung der Gesellschaft über einen Zeitraum von fünf Geschäftsjahren zu ermitteln und darzustellen (siehe die Antwort zu Frage 4.1.). Für die beiden letztgenannten Vergleichsgrößen gilt dies sachgerechter Weise von Beginn der Vergütungsberichterstattung gemäß § 162 AktG an für den gesamten Zeitraum (siehe die Antwort zu Frage 4.4.).

Da § 162 Abs. 1 Satz 1 AktG den grundsätzlichen Inhalt des Vergütungsberichts regelt (vgl. Begr. RegE ARUG II, BT-Drs. 19/9739, S. 111), ist es sachgerecht, die jährliche Veränderung der Vergütung über den Zeitraum von fünf Geschäftsjahren anhand der jedem Organmitglied gewährten und geschuldeten (Gesamt-)Vergütung i.S. des § 162 Abs. 1 Satz 1 AktG (siehe die Antwort zu Frage 2.1.) zu ermitteln.

Die gewährte und geschuldete Vergütung i.S. des § 162 Abs. 1 Satz 1 AktG unterscheidet sich hinsichtlich ihrer Ermittlung sowohl von den Bezügen i.S. der §§ 285 Nr. 9 Buchst. a Satz 1, 314 Abs. 1 Nr. 6 Buchst. a Satz 1 HGB, konkretisiert durch DRS 17, als auch von den gewährten Zuwendungen und dem Zufluss i.S. der Ziff. 4.2.5 DCGK i.d.F. 2017. Die Ermittlung der jährlichen Veränderung der Vergütung i.S. des § 162 Abs. 1 Satz 1 AktG erfordert deshalb grundsätzlich eine rückwirkende Neuermittlung der Vergütung jedes Organmitglieds für den gesamten Vergleichszeitraum.

Stand: 21.12.2021

Ob eine rückwirkende Neuermittlung allerdings zwingend ist, erscheint fraglich. Weder § 162 AktG noch die Gesetzesmaterialien enthalten dazu explizite Vorgaben oder Hinweise, auch der dem § 162 AktG zugrunde liegende Artikel 9b der 2. ARRL nicht. Außerdem zielt die vergleichende Darstellung primär auf die Beurteilung der (mittel- bis langfristigen) Korrelation der Vergleichsgrößen untereinander (Vertikalvergleich; vgl. auch Erwägungsgründe 33 und 38 der 2. ARRL) und nicht auf den Vergleich der jeweiligen Größe über mehrere Jahre ab. Deshalb kann es nicht beanstandet werden, wenn für Zwecke der Ermittlung der jährlichen Veränderung der Vergütung für Geschäftsjahre vor der erstmaligen Anwendung des § 162 AktG für alle diese zurückliegenden Geschäftsjahre oder für einen Teil dieser Geschäftsjahre auf die Bezüge i.S. des HGB oder auf den Zufluss i.S. des DCGK i.d.F. 2017 zurückgegriffen wird.

Aus Gründen der Klarheit und Verständlichkeit des Vergütungsberichts muss die Vorgehensweise bei der Ermittlung der jährlichen Veränderung der Vergütung erläutert werden.

5. Angaben zur Anzahl der gewährten oder zugesagten Aktien und Aktienoptionen gemäß § 162 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 AktG

5.1. Ist neben der Anzahl echter Aktien und Aktienoptionen auch die Anzahl virtueller Aktien (-optionen) von der Angabepflicht gemäß § 162 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 AktG erfasst?

Gemäß § 162 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 AktG sind im Vergütungsbericht bestimmte Angaben zu „gewährten oder zugesagten Aktien und Aktienoptionen“ zu machen. Da die Vorschrift im Einklang mit der 2. ARRL die Angabepflicht nicht auf alle Formen „aktienbasierter Vergütung“ i.S. von § 87a Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 AktG bezieht, ist davon auszugehen, dass sich die Angabepflicht nicht auf gewährte oder zugesagte aktienbasierte Vergütungsbestandteile mit Barausgleich (d.h. virtuelle Aktien[-optionen]) erstreckt. Eine Pflicht, deren Anzahl gemäß § 162 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 AktG anzugeben, besteht also nicht.

5.2. Ist im Vergütungsbericht nur über die Anzahl der im jeweiligen Berichtsjahr gewährten oder zugesagten Aktien und Aktienoptionen zu berichten oder sind auch in Folgejahren Angaben über den Bestand an gewährten oder zugesagten Aktien und Aktienoptionen in Form eines Entwicklungsspiegels zu machen?

Gemäß § 162 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 AktG ist u.a. die Anzahl der gewährten oder zugesagten Aktien und Aktienoptionen anzugeben.

„Gewährt“ ist dabei i.S. des § 162 Abs. 1 Satz 1 AktG zu verstehen (siehe die Antwort zu Frage 2.1.). „Zugesagt“ ist zu verstehen als „rechtlich bestehende[.] Verbindlichkeiten über Vergütungsbestandteile, die fällig oder noch nicht fällig sind und noch nicht erfüllt sind. [...] In

Stand: 21.12.2021

der Praxis werden Zusage (im Sinne der Verpflichtung zur Einräumung einer Option) und Gewährung der Option oft zusammenfallen, zwingend notwendig ist das aber nicht.“ (Begr. Beschlussempfehlung BT-Rechtsausschuss ARUG II, BT-Drs. 19/15153, S. 53).

Die Anforderungen gemäß § 162 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 AktG sind nicht eindeutig. Einerseits kann aus dem Zusammenspiel mit § 162 Abs. 1 Satz 1 AktG abgeleitet werden, dass die Anzahl nur der im jeweiligen Berichtsjahr gewährten oder zugesagten Aktien und Aktienoptionen angegeben zu werden braucht. Andererseits kann argumentiert werden, dass – anders als bei den Angaben gemäß § 162 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 AktG – die Anzahl der gewährten oder zugesagten Aktien und Aktienoptionen solange anzugeben ist, bis diese durch Verfall oder Ausübung erloschen sind (im Falle von Aktienoptionen) bzw. keinen, die Ausübung der Rechte einschränkenden Bedingungen mehr unterliegen (im Falle von Aktien). Die Angaben zur Anzahl sollten in diesem Fall, getrennt nach Aktien und Aktienoptionen, in einem Entwicklungsspiegel (Anfangsbestand, Zugänge des Geschäftsjahres, Abgänge des Geschäftsjahres, Endbestand) gemacht werden. Aufgrund der nicht eindeutigen Anforderungen sind beide Auffassungen vertretbar. Aus Transparenzgründen empfiehlt sich die mehrperiodige Angabe.

6. Angabe desselben Vergütungsbestandteils i.S. des § 162 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 AktG in mehreren Vergütungsberichten derselben Gesellschaft

Kann es geboten sein, denselben Bestandteil der Vergütung eines Organmitglieds in mehreren, verschiedene Geschäftsjahre betreffenden Vergütungsberichten derselben Gesellschaft anzugeben?

Ein aktienrechtlicher Vergütungsbericht ist gemäß § 26j Abs. 2 Satz 1 EGAktG zwingend erstmals für das nach dem 31.12.2020 beginnende Geschäftsjahr zu erstellen, bei einem kalenderjahrgleichen Geschäftsjahr für das Geschäftsjahr 2021. Damit zeitlich abgestimmt treten die bis dahin geltenden HGB-Vorschriften zu individualisierten Vergütungsangaben und zur Darstellung der Grundzüge des Vergütungssystems im (Konzern-)Anhang und im (Konzern-)Lagebericht (handelsrechtlicher „Vergütungsbericht“ gemäß §§ 285 Nr. 9 Buchst. a Satz 5 bis 8, 289a Abs. 2 bzw. §§ 314 Abs. 1 Nr. 6 Buchst. a Satz 5 bis 8, 315a Abs. 2 HGB a.F.) außer Kraft. Dabei kommt es zu einem Konzeptwechsel: Die gewährte und geschuldete Vergütung i.S. des § 162 Abs. 1 Satz 1 AktG unterscheidet sich hinsichtlich ihrer Periodisierung von den Bezügen i.S. der §§ 285 Nr. 9 Buchst. a Satz 1, 314 Abs. 1 Nr. 6 Buchst. a Satz 1 HGB, konkretisiert durch DRS 17.

Weder § 162 AktG noch § 26j Abs. 2 Satz 1 EGAktG enthalten in Bezug auf das abweichende Periodisierungskonzept besondere Übergangsregelungen. Daher gilt das neue Periodisierungskonzept bei erstmaliger Erstellung eines aktienrechtlichen Vergütungsberichts von Anfang an und vollumfänglich. Bedeutungslos ist, ob ein Vergütungsbestandteil i.S. des § 162

Stand: 21.12.2021

Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 AktG bereits nach Maßgabe der aufgehobenen Vorschriften des HGB angabepflichtig war oder freiwillig angegeben wurde. Aufgrund dessen ist es möglich, dass derselbe Vergütungsbestandteil im ersten (oder ggf. einem nachfolgenden) aktienrechtlichen Vergütungsbericht anzugeben ist, obwohl er bereits zuvor in einem (Konzern-)Anhang derselben Gesellschaft für ein früheres Geschäftsjahr anzugeben war.

Beispiel: Eine börsennotierte Gesellschaft stellt ihren ersten aktienrechtlichen Vergütungsbericht für das kalenderjahrgleiche Geschäftsjahr x1 auf. Sie hat einem Vorstandsmitglied im Geschäftsjahr x0 eine mehrjährige variable Vergütung in Form virtueller Performance Shares zugesagt. Nach handelsrechtlichen Vorschriften war der beizulegende Zeitwert dieser Performance Shares bereits im (Konzern-)Anhang für das Geschäftsjahr x0 in die Gesamtbezüge des Vorstandsmitglieds einzubeziehen. Nach den neuen aktienrechtlichen Vorschriften ist dieser Vergütungsbestandteil nochmals im Vergütungsbericht für das Geschäftsjahr, in dem die Vergütung gewährt und geschuldet wird, als Vergütung i.S. des § 162 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 AktG anzugeben (siehe die Antwort zu Frage 2.1., Beispiel 4), obwohl er bereits im (Konzern-)Anhang für das Geschäftsjahr x0 anzugeben war.

Mit Blick auf spätere aktienrechtliche Vergütungsberichte ist es in den gesetzlichen Vorschriften dagegen nicht angelegt, einen Vergütungsbestandteil, der bereits in einem *aktienrechtlichen* Vergütungsbericht für ein vorangegangenes Geschäftsjahr anzugeben war, in einem zeitlich nachfolgenden Vergütungsbericht derselben Gesellschaft ein weiteres Mal anzugeben, es sei denn, es handelt sich um eine betragliche Differenz zwischen tatsächlicher und geschätzter Vergütung (siehe die Antwort zu Frage 2.1., Zusammenhang der Begriffe).

Die freiwillige Berücksichtigung eines Vergütungsbestandteils in einem aktienrechtlichen Vergütungsbericht für ein früheres Geschäftsjahr befreit die Gesellschaft nicht von der Pflicht zu einer erneuten Angabe im aktienrechtlichen Vergütungsbericht für das Geschäftsjahr, für das der Vergütungsbestandteil angabepflichtig ist.