

# Aktienrecht, Gemeinwohl und Vergütungsparameter

Prof. Dr. STEPHAN HARBARTH, LL.M. (Yale), Mannheim\*

## Inhaltsübersicht

ZGR 2018, 379–402

I. Einführung . . . . .	380
II. Nichtfinanzielle Vergütungsparameter in der unternehmerischen Praxis . . . .	380
III. Pflicht zur Einbeziehung nichtfinanzieller Vergütungsparameter? . . . . .	383
1. Verpflichtung aus Unternehmensinteresse? . . . . .	383
2. Merkmal der „Nachhaltigkeit“ in § 87 Abs. 1 Satz 2 AktG . . . . .	385
3. Rechtslage im regulierten Bereich . . . . .	388
IV. Zulässigkeit der Einbeziehung nichtfinanzieller Vergütungsparameter . . . . .	389
1. Grundsatz . . . . .	390
2. Pflichtenkreis des Aufsichtsrats . . . . .	396
V. CSR-Aufsichtsratsvergütung? . . . . .	401

*Der Beitrag behandelt die Frage, ob und inwieweit für Vorstand und Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft Vergütungsanreize gesetzt werden müssen oder dürfen, um eine Ausrichtung der Organtätigkeit am Maßstab der Corporate Social Responsibility finanziell zu honorieren. Schwerpunkte der Untersuchung gelten dem Merkmal der „Nachhaltigkeit“ in § 87 Abs. 1 Satz 2 AktG, der Befugnis des Vorstands zur Orientierung an CSR-Gesichtspunkten (bei Fehlen wie bei Vorhandensein CSR-bezogener Satzungsklauseln) und dem Pflichtenkreis des Aufsichtsrats.*

*The article addresses the question of whether, and to what extent, the management board and the supervisory board of a stock corporation must or may have incentive pay components as part of their compensation in order to honor their efforts to align their management of the company with standards of corporate social responsibility. The focus of the examination is on the element of “sustainability” contained in Section 87 Para. 1 Sentence 2 of the German Stock Corporation Act, the right of the management board to take into account considerations of CSR (regardless whether the corporate charter documents contain CSR provisions), and the respective scope of duties of the supervisory board.*

\* Prof. Dr. STEPHAN HARBARTH, LL.M. (Yale), Rechtsanwalt, Partner der Sozietät Schilling, Zutt & Anschütz, Mannheim, und Honorarprofessor an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg. Der Beitrag beruht auf einem Vortrag, den der Verfasser am 12. Januar 2018 auf dem ZGR-Symposium gehalten hat. Den Diskussionsteilnehmern und Herrn Rechtsanwalt Priv.-Doz. Dr. Daniel Damler sei für zahlreiche wertvolle Anregungen gedankt.

## I. Einführung

Die Forderung nach mehr *Corporate Social Responsibility* – oder kurz CSR – im Sinne über die Einhaltung gesetzlicher Vorschriften hinausgehender gesellschaftlicher, ökologischer und gegebenenfalls politischer Verantwortung<sup>1</sup> eines Unternehmens hat gegenwärtig Konjunktur.

Bislang wird ein gewisser Druck durch private oder öffentliche Initiativen erzeugt, etwa durch den „Deutschen Nachhaltigkeitskodex“<sup>2</sup> oder durch das „Good Company Ranking“, das die CSR-Kompetenz der DAX-30-Unternehmen vergleicht.<sup>3</sup>

Jedenfalls auf den ersten Blick mag es naheliegen, die Unternehmensleitung wenn nicht gar zu einem sozial, ökologisch oder – wie teilweise in den Raum gestellt – auch politisch verantwortlichen Handeln zu zwingen, so doch entsprechende finanzielle Anreize zu setzen. Durch die Implementierung einer entsprechenden Vergütungsstruktur könnte sichergestellt werden, dass sich CSR-Engagement für den Vorstand – und u.U. auch für den Aufsichtsrat – auszahlt. Ganz so unproblematisch, wie es vielleicht auf den ersten Blick erscheinen mag, ist dieses gut gemeinte Anliegen freilich nicht. Es wirft etwa folgende Fragen auf: Sollte der Vorstand dazu angehalten werden können, Geld, das nicht ihm, sondern den Anteilseignern gehört, in großem Stil in kulturelle oder ökologische Projekte zu investieren, ohne dass das Unternehmen davon unmittelbar profitiert? Inwieweit darf die Ausrichtung auf CSR-Vorgaben das nach der Finanzkrise in den Mittelpunkt gerückte Ziel langfristiger ökonomischer Solidität konterkarieren? Wie lassen sich Vergütungsparameter wie „gesellschaftliches Engagement“ so objektivieren und konkretisieren, dass willkürlichen Entscheidungen nicht Tür und Tor geöffnet wird?

## II. Nichtfinanzielle Vergütungsparameter in der unternehmerischen Praxis

Die Verbreitung nichtfinanzieller Vergütungsparameter – einschließlich CSR-Parametern – in der unternehmerischen Praxis zu bestimmen, ist schwierig. Immerhin liegt für das Jahr 2014 – basierend auf den Angaben von 120 an einem deutschen Börsenplatz notierten Unternehmen – eine betriebswirtschaftliche Untersuchung vor, die eine gewisse Orientierung ermöglicht.<sup>4</sup> Danach bezogen 61,1 % der Unternehmen nichtfinanzielle Ziele bei der Fest-

1 Vgl. dazu „Amundi zeigt sich über Wahlergebnis besorgt“, FAZ vom 27.9.2017, S. 25.

2 <https://www.deutscher-nachhaltigkeitskodex.de> (zuletzt 7.3.2018).

3 Good Company Ranking 2016. Corporate Social Responsibility-Wettbewerb der DAX 30 Unternehmen, S. 3: [https://www.kirchhoff.de/fileadmin/user\\_upload/161011\\_GCR\\_final.pdf](https://www.kirchhoff.de/fileadmin/user_upload/161011_GCR_final.pdf) (zuletzt 7.3.2018).

4 v. WERDER/BARTZ, DB 2014, 905 ff; vgl. auch FABER/v. WERDER, AG 2014, 608 ff.

legung der variablen Vergütungskomponenten ein.<sup>5</sup> Die drei wichtigsten Faktoren waren nach Auskunft der befragten Unternehmen individuelles Führungsverhalten mit 52,0 %, Mitarbeiterzufriedenheit mit 34,0 % und Kundenzufriedenheit mit 32,0 %. Genannt wurden ferner *Compliance/Integrity* mit 26,0 %, *Corporate Social Responsibility* – im engeren Sinn – mit 14,0 % sowie Umweltschutz mit 12,0 %. Was die Gewichtung der nichtfinanziellen Faktoren anbelangt, so haben sich fast drei Viertel der nichtfinanzielle Ziele einbeziehenden Unternehmen für einen Anteil bis einschließlich 20,0 % entschieden; insgesamt reicht die Bandbreite von 2,5 % bis 80,0 %.<sup>6</sup>

Die Beratungspraxis, aber auch die Durchsicht aktueller Geschäftsberichte börsennotierter Unternehmen bestätigen den Befund, dass bei börsennotierten Gesellschaften nichtfinanzielle Vergütungsfaktoren zum Standard gehören.<sup>7</sup> Im Mittelpunkt stehen Mitarbeiter- und Kundenzufriedenheit und nicht so sehr allgemeine gesellschafts- oder umweltpolitische Ziele. Einige wenige Beispiele seien genannt:

*Daimler* sieht ausweislich des Vergütungsberichts für den Jahresbonus einen 10%igen Zu- oder Abschlag in Bezug auf nichtfinanzielle Ziele vor. Darunter fallen „die Weiterentwicklung und Verstetigung des Unternehmenswerts Integrität, Diversity sowie Erhalt und Steigerung einer hohen Mitarbeiterzufriedenheit und einer hohen Produktqualität.“ Einen eigenen Punkt bildet das Nichterreichen von Compliance-Zielen, das ausschließlich negativ – mit einem Abschlag von bis zu 25 % – zu Buche schlägt.<sup>8</sup>

*Volkswagen* operiert seit 2010 – als Teil der variablen/erfolgsabhängigen Vergütung – mit einem „Long Term Incentive“. Dessen Höhe ist u. a. abhängig von der Kunden- und Mitarbeiterzufriedenheit (gemessen am „Kundenzufriedenheitsindex“ und „Mitarbeiterindex“).<sup>9</sup> Allerdings liegt es in der Natur der Sache, dass der Vergleichbarkeit und Objektivierbarkeit eines „Mitarbeiterindex“, der u. a. durch „Mitarbeiterbefragungen“ ermittelt wird, Grenzen gesetzt sind. Vermutlich wegen dieser Unschärfe stellt man sicher, dass die „Long Term Incentive“-Vergütung nur dann ausgezahlt wird, wenn der Konzern auch finanziell erfolgreich ist, indem eine Addition der genannten Indizes und anschließend eine Multiplikation des Ergebnisses mit dem Renditeindex erfolgt.<sup>10</sup>

5 v. WERDER/BARTZ, DB 2014, 905, 913.

6 v. WERDER/BARTZ, DB 2014, 905, 913.

7 Vgl. auch KAPOOR, *Corporate Social Responsibility*, 2016, S. 258 f (mit den Beispielen Deutsche Telekom AG, RWE AG, SAP SE).

8 Daimler AG, Geschäftsbericht/Vergütungsbericht 2016, S. 144.

9 Volkswagen AG, Geschäftsbericht/Vergütungsbericht 2016, S. 68.

10 Volkswagen AG, Geschäftsbericht/Vergütungsbericht 2016, S. 68.

Bei *Thyssenkrupp* fließen „weiche“ Faktoren in die Berechnung der Tantiemen ein (die erste Komponente der variablen Vergütung). Deren Höhe bemisst sich nach der Entwicklung der drei Erfolgsgrößen „Ergebnis vor Zinsen und Steuern“, „Free Cashflow vor M&A“ und „Gesamtkapitalrentabilität“. <sup>11</sup> Ein „multiplikativer Korrekturfaktor“ erlaubt es dem Aufsichtsrat, die Gesamtzieelerreichung in einer Spannweite +/- 20 % anzupassen und individuell zu differenzieren. Dieser Korrekturfaktor berechnet sich jeweils zur Hälfte aus einem Nachhaltigkeitsmultiplikator und einem „diskretionären“ Faktor. Letzteren legt der Aufsichtsrat nach billigem Ermessen zur Bewertung der Gesamtleistung fest. Der „Nachhaltigkeitsmultiplikator“ basiert hingegen „auf indirekt finanziellen Zielen aus den Bereichen Mitarbeiter, Innovationen, Umwelt und Lieferanten“.

Auch Unternehmen der Versicherungs- und Kreditwirtschaft berücksichtigen im Rahmen der Festsetzung variabler Vergütungsbestandteile „Nachhaltigkeitsfaktoren“, wie die Beispiele *Allianz* und *Deutsche Bank* zeigen. Die *Allianz* honoriert u. a. eine „integrative Leitungskultur (einschließlich Gleichstellung von Frauen – Frauen in Führungspositionen)“. <sup>12</sup> Der Geschäftsbericht der *Deutschen Bank* von 2016 bekennt sich explizit zur „unternehmerischen Verantwortung (Corporate Responsibility, CR)“, die sich ausrichte „an den drei Säulen der Nachhaltigkeit, um wirtschaftliche, ökologische und gesellschaftliche Werte zu schaffen“. Erwähnung finden die zehn Prinzipien des UN Global Compact. Ziel sei es, „das Wissen über und das Bewusstsein für die Bedeutung von Menschenrechtsthemen in der Bank zu stärken“. <sup>13</sup> Die Vergütungsstruktur bildet die CSR-Anliegen jedenfalls partiell ab. Im Rahmen von Zielvereinbarungen für den „Short-Term Award (STA)“ werden „nicht nur finanzielle Erfolge, sondern auch das Verhalten gegenüber Mitarbeitern und Kunden im Rahmen der Geschäftstätigkeit“ berücksichtigt. „Als (sic) Ziele für die individuellen Komponenten können beispielsweise Ertragsentwicklungen im Jahresverlauf, projektbezogene Zielsetzungen, Diversity Ziele oder auch Entwicklungen in der Mitarbeiter- oder Kundenzufriedenheit sein.“ <sup>14</sup>

Bei großen ausländischen Unternehmen gewinnt eine spezifische CSR-Vergütung ebenfalls an Bedeutung. Nach dem Vergütungsbericht der *Airbus Group* fließen Nachhaltigkeitsfaktoren in die Berechnung der variablen Vergütung ein. Anzustreben sind hiernach z. B. die Produktion von Bio-Kerosin und die Verringerung des ökologischen Fußabdrucks. <sup>15</sup> Der italienische Mi-

11 Thyssenkrupp AG, Geschäftsbericht/Vergütungsbericht 2015/2016, S. 24.

12 Allianz SE, Geschäftsbericht/Vergütungsbericht 2016, S. 25.

13 Deutsche Bank AG, Geschäftsbericht/Vergütungsbericht 2016, S. 286.

14 Deutsche Bank AG, Geschäftsbericht/Vergütungsbericht 2016, S. 241.

15 Airbus Group, Remuneration Report 2016, S. 42.

neralöl- und Energiekonzern *ENI* macht die variable Vergütung von der Verfolgung von Umweltschutz und Nachhaltigkeit abhängig. Im Mittelpunkt steht die Verringerung von Treibhausgasemissionen.<sup>16</sup> Das spanische Textilunternehmen *Inditex* sieht zwischen 15 % und 30 % der variablen Vergütung für den Fall der Einhaltung von CSR- und Umweltschutzstandards vor. Darunter fallen etwa die Beachtung der Menschenrechte, die Errichtung von ökoeffizienten Filialen und die Nachverfolgung und Überprüfung der Produktionsbedingungen.<sup>17</sup>

Diese Schlaglichter zeugen von einer inzwischen bei vielen Unternehmen anzutreffenden Orientierung an CSR-Belangen: von Umweltbelangen bis zur Mitarbeiterzufriedenheit, von Arbeitssicherheit bis zu Geschlechterquoten.

### *III. Pflicht zur Einbeziehung nichtfinanzieller Vergütungsparameter?*

Dass in der Praxis prominente in- und ausländische Unternehmen nichtfinanzielle Vergütungsparameter und – jedenfalls in Ansätzen – CSR-Aspekte berücksichtigen, bedeutet freilich nicht, dass sie dazu auch verpflichtet sind. Da das Thema CSR in den letzten Jahren bei der „Vermarktung“ eines Unternehmens mit Blick auf potentielle Kunden und Investoren eine wachsende Rolle spielt, besteht die Neigung, die Vergütungsstruktur *freiwillig* um CSR-Aspekte anzureichern.<sup>18</sup> Dieser Umstand entschärft ein wenig die sogleich zu behandelnde Streitfrage, ob schon nach geltendem Aktienrecht soziale und ökologische Bezüge bei der Festsetzung der Vergütung herzustellen sind.

#### *1. Verpflichtung aus Unternehmensinteresse?*

Hinsichtlich der Frage, ob bereits aus dem wohlverstandenen Unternehmensinteresse, namentlich der sogenannten Gemeinwohlbindung der Aktiengesellschaft – so sie denn überhaupt besteht –, eine Pflicht zur Ausrichtung der Vorstandsvergütung an CSR-Maßstäben resultiert, ist anhand der Unternehmensstrategie zu differenzieren:

Wenn auch der Vorstand in gewissem Umfang berechtigt sein mag, gewinn-reduzierende Gemeinwohlaktivitäten zu entfalten, ist er hierzu nicht verpflichtet. Das Vorstandsmitglied, das sich im Rahmen der Unternehmensstrategie ausschließlich am Ziel der Ertragsoptimierung orientiert, ohne über die Ein-

16 ENI, Remuneration Report 2017, S. 9, 16, 24.

17 Inditex, Annual Report on Remuneration of Directors of Listed Public Companies 2016, S. 12, 24, 37f.

18 Vgl. SEIBT, DB 2016, 2707, 2709 f.

haltung bestehenden Gesetzesrechts hinausgehende soziale, ökologische oder andere gemeinwohlbezogene Aktivitäten zu entfalten, mag möglicherweise ethisch angreifbar agieren, verletzt aber nicht seine Vorstandspflichten. Ist die Pflichtwidrigkeit eines solchen Vorstandshandelns zu verneinen, kann auch der Aufsichtsrat, der – wie an späterer Stelle dargelegt wird (dazu IV. 2. c)) – grundsätzlich an die vom Vorstand festgelegte Unternehmensstrategie gebunden ist, nicht verpflichtet sein, eine Vergütungsstruktur zu etablieren, die derartiges Vorstandshandeln auf der Vergütungsebene „sanktioniert“.

An der diesbezüglichen Rechtslage hat sich auch durch das CSR-Richtlinie-Umsetzungsgesetz und die darin stipulierten Berichtspflichten nichts geändert. Was sich geändert hat und voraussichtlich auch künftig weiter ändern wird, ist nicht das organschaftliche Pflichtenprogramm, sondern der zu Grunde liegende Sachverhalt. Mit der zunehmenden Sensibilisierung der Öffentlichkeit für das Thema „CSR“ wird dieses zu einer ökonomischen Größe, die weder Vorstand noch Aufsichtsrat ohne Weiteres ignorieren können, wenn sie den *wirtschaftlichen* Erfolg des Unternehmens nicht gefährden wollen. Das Bekanntwerden sozial- oder umweltschädlicher Aktivitäten kann schwerwiegende Folgen für das Renommee einer Gesellschaft haben, das heute einen zentralen wertbildenden Faktor darstellt. Die unlängst gesetzlich normierten Berichtspflichten reflektieren nicht nur bereits erfolgte Bewusstseinsveränderungen, sondern dürften einen nicht ganz unwesentlichen Beitrag zur Beschleunigung dieses gesellschaftlichen Bewusstseinswandels leisten, durch den das Feld gemeinwohlorientierter Aktivitäten, die sich aus Wirtschaftlichkeitserwägungen rechtfertigen lassen, ausgeweitet wird. Wenn auch die CSR-Berichtspflichten als solche, so wie sie in der CSR-Richtlinie und in ihrer nationalen Umsetzung konzipiert sind, keine unmittelbaren Verbindlichkeiten über die Berichtspflicht hinaus begründen und den Gesellschaftszweck der berichtspflichtigen Gesellschaften nicht völlig umgestalten (weil eine solche fundamentale Neuausrichtung nicht über den Weg der Berichtspflichten herbeigeführt worden wäre),<sup>19</sup> so ist doch eine gewisse, über eine bloße Anregung hinausgehende Ausstrahlungswirkung „auf die gesamte Unternehmensverfassung der großen Börsengesellschaften in Deutschland“ nicht zu verkennen.<sup>20</sup>

Und wie ist die Rechtslage bei Gesellschaften zu beurteilen, deren Unternehmensstrategie einen klaren CSR-Akzent beinhaltet? Da die Vorstandsmitglieder vorbehaltlich einer Änderung zur Umsetzung dieser Strategie verpflichtet sind, stellt sich die Frage, ob sich dieses Vorstands-Pflichtenprogramm auch in

19 SCHÖN, ZHR 180 (2016), 279, 288; FLEISCHER, AG 2017, 509, 522; SPIESHOFFER, in: VGR, Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2016, 2017, S. 61, 70; abweichend HOMMELHOFF, FS Kübler, 2015, S. 290, 298 f.

20 HOMMELHOFF, NZG 2017, 1361, 1366; noch weitergehend DERS., FS Kübler, S. 290, 298 f.

der Anreizstruktur der Vergütung spiegeln muss. Man mag fragen: Würde in einer solchen Konstellation die alleinige Ausrichtung variabler Vergütungselemente an Ertragszahlen nicht dazu führen, dass die Vorstandsmitglieder incentiviert werden, CSR-Belange außer Acht zu lassen? Mag dieser Befund theoretisch auch richtig sein, so sollte man, wie noch zu zeigen sein wird (dazu IV. 2. b)), der Bejahung einer Pflicht des Aufsichtsrats, ein variables CSR-bezogenes Vergütungselement vorzusehen, dennoch mit Skepsis gegenüberstehen.

## 2. Merkmal der „Nachhaltigkeit“ in § 87 Abs. 1 Satz 2 AktG

Die Diskussion in der Literatur konzentriert sich vor diesem Hintergrund weitgehend auf die Auslegung des § 87 Abs. 1 Satz 2 AktG. Diese Vorschrift, die allerdings nur für börsennotierte Aktiengesellschaften gilt, bestimmt, dass die Vergütungsstruktur „auf eine *nachhaltige* Unternehmensentwicklung auszurichten“ ist. Wie man das Merkmal „nachhaltig“ zu verstehen hat, ist in der Literatur umstritten.

Die h.M., vor allem auch in der Kommentarliteratur,<sup>21</sup> bestreitet, dass der Begriff der Nachhaltigkeit in § 87 Abs. 1 Satz 2 AktG eine Orientierung an allgemeinen ökologischen, wirtschaftlichen und sozialen Entwicklungen verlange, wenngleich immerhin zugestanden wird, dass der Begriff „wenig glücklich gewählt“ sei.<sup>22</sup> Die Regelung, eingeführt durch das VorstAG im Jahr 2009, also während bzw. unmittelbar nach der Finanzkrise, zielt einzig und allein auf die Entschärfung des sog. Zeitpräferenzkonflikts,<sup>23</sup> d.h. die Vorschrift solle verhindern, dass die Unternehmensleitung um des eigenen Vorteils willen nur auf kurzfristige Erfolge hinarbeite und ein unternehmerisches „Strohfeuer“ entzünde, das in naher Zukunft zu erlöschen drohe. Beabsichtigt sei die Implementierung von Verhaltensanreizen, die einer dauerhaften Rentabilität des Unternehmens zugutekommen.<sup>24</sup> Mit anderen Worten: Der Begriff „nachhaltig“ sei in § 87 AktG nur ein Synonym für „langfristig“ und enthalte darüber hinaus keine unternehmenspolitischen Zielvorgaben.

Die Gegenauffassung<sup>25</sup> stellt nicht in Abrede, dass § 87 Abs. 1 Satz 2 AktG *auch* dazu bestimmt sei, Verhaltensanreize mit langfristig ertragssteigernder

21 HÜFFER/KOCH, Komm. z. AktG, 12. Aufl., 2016, § 87 Rdn. 11; KORT, Großkomm. z. AktG, 5. Aufl., 2015, § 87 Rdn. 123; FLEISCHER, in: Spindler/Stilz, Komm. z. AktG, 3. Aufl., 2015, § 87 Rdn. 27; LOUVEN/INGWERTSEN, BB 2013, 1219ff; MARSCH-BARNER, ZHR 175 (2011), 737, 745.

22 FLEISCHER, aaO (Fn. 21), § 87 AktG Rdn. 27.

23 FLEISCHER, aaO (Fn. 21), § 87 AktG Rdn. 27.

24 KORT, aaO (Fn. 21), § 87 AktG Rdn. 122.

25 RÖTTGEN/KLUGE, NJW 2013, 900ff; IHRIG/SCHÄFER, Rechte und Pflichten des Vorstands, 2014, § 12 Rdn. 221; vgl. ferner DAUNER-LIEB/VON PREEN/SIMON, DB 2010, 377,

Wirkung einzuführen, misst der Norm aber einen weitergehenden Gehalt zu. Nach dem sog. „Drei-Säulen-Modell“ habe sich unternehmerisches wie staatliches Handeln auf eine 1. ökologische, 2. wirtschaftliche und 3. soziale Entwicklung hin auszurichten.<sup>26</sup> Das Merkmal der Nachhaltigkeit in § 87 AktG nehme auf alle drei „Säulen“ Bezug und dürfe nicht auf einen Aspekt reduziert werden.

Diese Streitfrage wird dadurch entschärft, dass vielfach von einem Gleichlauf von langfristigen wirtschaftlichen Unternehmensinteressen und positiven sozialen bzw. ökologischen Effekten ausgegangen werden kann. Mag der Gleichlauf häufig sein, zwingend ist er nicht.<sup>27</sup> Ein ertragsoptimierendes Verhalten muss ebenso wenig positive ökologische Effekte nach sich ziehen wie ein Vergütungsparameter, der auf *Corporate Social Responsibility* ausgerichtet ist, Anreize enthalten muss, auf eine langfristig profitable Unternehmensentwicklung hinzuwirken. Daher muss man in der Tat die Frage beantworten, welchem der verschiedenen Nachhaltigkeitsziele der Gesetzgeber in § 87 Abs. 1 Satz 2 AktG im Konfliktfall den Vorrang einräumen wollte.

Ohne an dieser Stelle auf alle Aspekte der Diskussion eingehen zu können, sprechen in der Summe die besseren Argumente für die Annahme eines engen, wirtschafts- bzw. unternehmensbezogenen Nachhaltigkeitsbegriffs. Die primäre, vorrangige Orientierung der Vorstandsvergütung und damit letztlich des Vorstandshandelns an gesellschafts- oder umweltpolitischen Anliegen – auch zum Nachteil des Unternehmens – wäre ein Systembruch und Paradigmenwechsel gewesen, der im Gesetzestext oder zumindest in den Gesetzesmaterialien seinen Niederschlag hätte finden müssen.<sup>28</sup> Dies ist indes nicht der Fall.

Die Durchsicht der allgemein zugänglichen Gesetzesmaterialien, insbesondere der Regierungsbegründung vom 17. März 2009, ergibt, dass fast ausschließlich von „Langfristigkeit“, „langfristigen Verhaltensanreizen“ und „Langfristausrichtung“ die Rede ist.<sup>29</sup> An einer Stelle heißt es sogar: „Es ist eine der Lehren der Finanzmarktkrisen, dass von kurzfristig ausgerichteten Vergütungsinstrumenten fehlerhafte Verhaltensanreize ausgehen können. Wer auf die Erreichung kurzfristiger Parameter ausgerichtet ist ..., wird das nachhaltige Wachstum seines Unternehmens aus dem Blick verlieren und zum Eingehen unverantwortlicher Risiken verleitet.“<sup>30</sup>

379; RAIBLE/SCHMIDT, ZCG 2009, 249 f; HOHENSTATT/KUHNKE, ZIP 2009, 1981, 1982; THÜSING, AG 2009, 517, 520; SEIBERT, WM 2009, 1489, 1490.

26 RÖTTGEN/KLUGE, NJW 2013, 900, 901 f.

27 Zur (nach wie vor offenen) Frage der Vereinbarkeit von sozialer Verantwortung und Profitabilität insbesondere FLEISCHER, AG 2017, 509, 518 f.

28 Vgl. KORT, aaO (Fn. 21), § 87 AktG Rdn. 76; § 76 AktG Rdn. 87.

29 BT-Drucks. 16/12278, S. 5.

30 BT-Drucks. 16/12278, S. 1.

Wenn trotz dieses Befundes die Gegenseite das historische Argument nicht gelten lassen will, dann vornehmlich aus zwei Gründen: Zum einen gibt es in der Regierungsbegründung einige terminologische Unstimmigkeiten, die den Befund relativieren, etwa wenn es heißt: „Ziel des Gesetzentwurfs ist es, die Anreize in der Vergütungsstruktur in Richtung einer nachhaltigen *und* auf Langfristigkeit ausgerichteten Unternehmensführung zu stärken“<sup>31</sup> – denn diese Formulierung legt nahe, dass „Langfristigkeit“ eben offenbar doch kein Synonym für „Nachhaltigkeit“ ist. Zum anderen beruft sich die Gegenauffassung auf eine „Mitteilung der beiden Vorsitzenden einer koalitionsinternen ‚Arbeitsgruppe Managervergütung‘ von CDU/CSU und SPD“, aus der hervorgehe, dass man sich in einem Fachgespräch mit Vertretern des DGB beraten habe. Eine Kernforderung des DGB sei es im Jahre 2008 gewesen, dass § 87 Abs. 1 AktG um eine Regelung ergänzt werden müsse, die sicherstelle, dass bei der Bemessung der Vorstandsgehälter die soziale, gesellschaftliche und ökologische Verantwortung des Vorstands und des jeweiligen Vorstandsmitglieds Berücksichtigung finde.<sup>32</sup> Folglich müsse der Begriff in diesem Licht interpretiert werden.

Indes erscheint es schon aus Gründen der Rechtssicherheit nicht unbedenklich, auf andere Quellen als die offiziellen Verlautbarungen zurückzugreifen, weil sich Herkunft, Wahrheitsgehalt und Stellenwert inoffizieller (Zusatz-) Informationen in der Regel nicht in gleicher Weise nachvollziehen und überprüfen lassen.<sup>33</sup> Das Problem stellt sich insbesondere bei mündlichen Vernehmungen der am Gesetzgebungsprozess beteiligten Personen. Abgesehen von einer isolierten Entscheidung des Kammergerichts Berlin aus dem Jahre 1910, die die eidliche Vernehmung von Mitgliedern einer Reichstagskommission über kommissionsinterne Vorgänge für zulässig erklärt hat,<sup>34</sup> scheinen Wissenschaft und Praxis derartigen Quellen zur Ermittlung des gesetzgeberischen Willens keinen Wert zuzubilligen.<sup>35</sup>

Auch in systematischer und teleologischer Hinsicht liegt die Annahme nahe, dass es dem Gesetzgeber mit der Reform von 2009 darauf ankam, Zeitpräferenzkonflikte in der Vergütungspraxis zu entschärfen und die Unternehmensleitung von der Verfolgung kurzfristiger Ziele abzuhalten: Die Wendung „nachhaltige Unternehmensentwicklung“ in § 87 Abs. 1 Satz 2 AktG wird im darauf folgenden Satz 3 in der Bedeutung „mehrjährig“, d. h. „langfristig“, konkretisiert,<sup>36</sup> wenn es im Gesetzestext heißt, variable Vergütungsbestandteile

31 BT-Drucks. 16/12278, S. 1 (Hervorhebung nicht im Original), vgl. auch S. 5: „Langfristigkeit der Anreize und Nachhaltigkeit des Vorstandshandelns“.

32 RÖTTGEN/KLUGE, NJW 2013, 900, 902.

33 FLEISCHER, FS Goette, 2011, S. 75, 83.

34 Vgl. KLEIN, JW 1911, 834; SALMANN, JW 1912, 321.

35 FLEISCHER, FS Goette, S. 75, 82 f.

36 LOUVEN/INGWERSEN, BB 2013, 1219, 1221; VELTE, NZG 2016, 294, 298.

sollen „daher“ eine mehrjährige Bemessungsgrundlage haben. Die Frage nach Sinn und Zweck von § 87 Abs. 1 Satz 2 AktG führt zurück auf die noch nicht allzu ferne Entstehungsgeschichte der Vorschrift. Die Regierungsbegründung enthält, wie gesehen, unübersehbare Hinweise auf die große Finanzkrise seit 2007. Ob tatsächlich „kurzfristige Parameter“<sup>37</sup> in der Vergütungsstruktur das Eingehen unverantwortlicher Risiken gefördert haben und dieses Verhalten wiederum Ursache der Finanzkrise war, ist in den Wirtschaftswissenschaften keineswegs unumstritten, doch entsprach diese These 2008/09 einer verbreiteten Auffassung in der Öffentlichkeit.

Die Einführung von CSR-Berichtspflichten durch das CSR-Richtlinie-Umsetzungsgesetz hat an dieser Rechtslage im Grundsatz nichts geändert. Auch wenn sich in §§ 289b ff HGB eine europäische Nachhaltigkeitspolitik niederschlägt,<sup>38</sup> setzt diese auf ein Berichtskonzept, nicht auf eine Veränderung des organschaftlichen Pflichtenprogramms und überlagert deshalb auch nicht das vorstehend skizzierte Verständnis des Merkmals der Nachhaltigkeit in § 87 AktG. Folgen hat die zunehmende Anerkennung von CSR durch den Gesetzgeber aber immerhin bereits jetzt für die *Zulässigkeit* der Einbeziehung nicht-finanzieller Vergütungsparameter (dazu IV.).

### 3. Rechtslage im regulierten Bereich

Die Verpflichtung, die Vergütungsstrukturen „nachhaltig“ zu gestalten, findet sich auch außerhalb des Aktiengesetzes. Während der Finanzkrise haben sich Finanz- und Versicherungsinstitute als ökonomisch besonders instabil erwiesen. Die Anforderungen an die Vergütung der Geschäftsleitung und Mitarbeiter auch und gerade solcher Institute wurden daher z. T. drastisch erhöht.<sup>39</sup> Es würde den Rahmen dieses Beitrags sprengen, alle vergütungsrechtlichen Vorgaben im regulierten Bereich auch nur cursorisch zu erwähnen. Hingewiesen sei lediglich auf einige typische und wiederkehrende Formulierungen in den Gesetzes- und Verordnungstexten, in denen die Absicht des Normgebers zum Ausdruck kommt, mit den Mitteln des Vergütungsrechts mikro- und makro-ökonomischen Fehlentwicklungen entgegenzuwirken. So heißt es beispielsweise in § 25 a Abs. 1 Satz 3 Nr. 6 KWG, das Risikomanagement umfasse insbesondere „angemessene, transparente und auf eine nachhaltige Entwicklung des Instituts ausgerichtete Vergütungssysteme“, in § 19 Abs. 3 Satz 1 InstitutsVergV (vom 25. Juli 2017), es seien solche Vergütungsparameter zu verwenden, „die dem Ziel eines nachhaltigen Erfolges Rechnung tragen“, und –

37 BT-Drucks. 16/12278, S. 1.

38 Vgl. HOMMELHOFF, NZG 2017, 1361, 1365.

39 Eingehend BAUER/SCHUSTER, Nachhaltigkeit im Bankensektor, 2016; vgl. auch FLEISCHER, aaO (Fn. 21), § 87 AktG Rdn. 5.

auf europäischer Ebene – in Art. 92 (2) g) (ii) CRD IV-Richtlinie (2013/36/EU), die variable Vergütung sollte „eine nachhaltige und risikobereinigte Leistung widerspiegeln“ – „zur Gewährleistung eines nachhaltigen und diversifizierten Bankwesens in der Union“ (Erwägungsgrund 49).

Noch ferner als bei den aktienrechtlichen Vergütungsregelungen liegt bei den aufsichtsrechtlichen Bestimmungen die Annahme, dass der Begriff „nachhaltig“ auf soziale oder gar ökologische Sachverhalte verweise. Die Regierungsbegründung zu dem im Jahr 2010 ergangenen „Gesetz über die aufsichtsrechtlichen Anforderungen an die Vergütungssysteme von Instituten und Versicherungsunternehmen“, das u. a. den § 25 a KWG reformierte, enthält keinerlei Anhaltspunkte für ein weites Verständnis des Nachhaltigkeitsbegriffs, sieht man einmal von der auch hier gebrauchten Wendung „langfristiger und nachhaltiger Unternehmenserfolg“ ab, die suggeriert, mit „nachhaltig“ sei etwas anderes gemeint als mit „langfristig“. <sup>40</sup>

Erkennbar ging es dem Normgeber darum, mit seinen Maßnahmen – angesichts der sehr bedrohlichen Lage auf den Finanzmärkten seit 2007 – die Geschäftsleitung der Finanzinstitute anzuhalten, den „längerfristigen Erfolg des Unternehmens und die angemessene Berücksichtigung eingegangener Risiken“ <sup>41</sup> anzustreben. CSR-Belange finden insoweit keine Erwähnung. Positive Effekte für den Arbeitsmarkt und die sozialen Sicherungssysteme sind allenfalls als ein Reflex finanzwirtschaftlicher Stabilität mitzudenken. Diese Sicht deckt sich auch mit den Stellungnahmen der aufsichtsrechtlichen Literatur. <sup>42</sup>

#### IV. Zulässigkeit der Einbeziehung nichtfinanzieller Vergütungsparameter

In der bisherigen Diskussion um die Einführung nichtfinanzieller Vergütungsparameter stand die Frage nach einer etwaigen *Pflicht* des Aufsichtsrats, die Vergütungsstruktur an CSR-Zielen auszurichten, im Mittelpunkt. Da – wie gesehen – nach richtiger Auffassung eine solche Pflicht nicht besteht, stellt sich die weitere Frage, ob und gegebenenfalls inwieweit dem Aufsichtsrat überhaupt das *Recht* zukommt, den Vorstand durch Vergütungsanreize zu einem CSR-orientierten Handeln anzuhalten.

40 BT-Drucks. 17/1291, S. 1, 9.

41 BT-Drucks. 17/1291, S. 9.

42 ANNUß, NZA-Beilage 2014, 121, 125; BAUERFEIND, GWR 2016, 89, 90; BRAUN, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, Komm. z. KWG, CRR-VO, 5. Aufl., 2016, § 25 a KWG Rdn. 729.

## 1. Grundsatz

Ein solches Recht wäre von vornherein zu verneinen, wenn es dem Adressaten der vom Aufsichtsrat zu entwickelnden Vergütungsstruktur – also dem Vorstand – untersagt wäre, Aufwendungen aus dem Vermögen der Aktiengesellschaft zu Gunsten sozialer, kultureller, ökologischer und politischer Zwecke etc. zu tätigen oder sich auf andere Weise der *Corporate Social Responsibility* zu verschreiben. Denn selbstverständlich darf der Aufsichtsrat nur Vergütungsanreize setzen, die auf ein rechtlich zulässiges Handeln des Vorstands zielen. Insoweit ist zu berücksichtigen, ob CSR-Belange in der Satzung verankert sind oder nicht.

### *a) Gesetzlicher Normalfall: Keine statutarischen CSR-Klauseln*

Bei einer Aktiengesellschaft ohne statutarische CSR-Klausel stellt sich die Frage nach dem aktienrechtlichen Gemeinwohlpostulat bzw. nach dem Verhältnis zwischen Gewinnerzielungsauftrag und gemeinwohlorientierter Tätigkeit. Seit Jahrzehnten wird sowohl national wie international darüber diskutiert, an welche Zielvorgaben die Geschäftsleitung gebunden ist. Neben den beiden großen konkurrierenden Konzepten *shareholder value* und *stakeholder value* gibt es eine Reihe vermittelnder Ansätze (z.B. das „moderate“ oder „enlightened“ *shareholder-value*-Modell).<sup>43</sup> In dem gegebenen Rahmen lässt sich die Debatte mit ihren vielfältigen Verästelungen und Wendungen nicht adäquat abbilden.<sup>44</sup> Das ist allerdings insofern hinnehmbar, als sich die Standpunkte zunehmend annähern, Extrempositionen nur noch selten vertreten werden und der Grundsatzstreit dadurch an praktischer Relevanz verliert.

### *aa) CSR-Orientierung dem Grunde nach*

Einerseits bestreiten auch die Anhänger einer *Stakeholder*-Orientierung nicht, dass der Vorstand einen *Shareholder-value*-Ansatz verfolgen darf.<sup>45</sup> Andererseits erkennen diejenigen, die von einem grundsätzlichen Vorrang der Aktionärsinteressen ausgehen, die Befugnis des Vorstands an, das Unternehmen als *good corporate citizen* zu etablieren und zu diesem Zweck die Belange von Arbeitnehmern, Verbrauchern, Gläubigern usw. zu berücksichtigen.<sup>46</sup> Die

43 Vgl. insbes. FLEISCHER, aaO (Fn. 21), § 76 AktG Rdn. 38.

44 Überblick bei FLEISCHER, aaO (Fn. 21), § 76 AktG Rdn. 21 ff; HÜFFER/KOCH, aaO (Fn. 21), § 76 AktG Rdn. 28 ff.

45 FLEISCHER, aaO (Fn. 21), § 76 AktG Rdn. 36.

46 FLEISCHER, aaO (Fn. 21), § 76 AktG Rdn. 38.

gegenteilige Auffassung, also die These, dass *Stakeholder*-Interessen jenseits gesetzlicher oder statutarischer Konkretisierung stets außer Betracht bleiben müssen, wäre auch kaum mit den neueren CSR-Berichtspflichten zu vereinbaren. Wäre die Verfolgung von CSR-Aspekten unzulässig, wäre eine CSR-Berichtspflicht von vornherein sinnlos und überflüssig.

Die in § 289c HGB genannten CSR-Gesichtspunkte dürften insoweit mindestens unproblematisch als Ausprägungen des zur Konkretisierung des Unternehmensinteresses heranziehbaren Gemeinwohlaspekts fungieren. Mit anderen Worten: Was unter § 289c HGB subsumiert werden kann, dürfte damit zugleich einen legitimen Gemeinwohlaspekt darstellen, der seinerseits wieder in die Festsetzung des spezifischen Unternehmensinteresses einer Aktiengesellschaft einfließen kann.

### *bb) Ausmaß der CSR-Orientierung*

Der Verfolgung von CSR-Aspekten sind indes Schranken gesetzt: Sofern (wie im Regelfall) die Vorrangigkeit oder zumindest Gleichrangigkeit von CSR-Zielen keinen Eingang in die Satzung gefunden hat (dazu sogleich b)), liegt das Gesellschaftsziel einer Aktiengesellschaft prinzipiell in der Gewinnerzielung.<sup>47</sup> Es handelt sich um einen ungeschriebenen Satzungsbestandteil, der den aktienrechtlichen Normalfall darstellt.<sup>48</sup> Sollten Gemeinwohlbelange in der Zukunft im Zuge der CSR-Konjunktur stärker im Gesetzestext verankert werden, mag man diesen „Normalfall“ in Frage stellen; nach geltendem Gesetzesrecht besteht hierfür aber kein Anlass. Von vornherein unproblematisch ist die Verfolgung von CSR-Belangen, soweit sie mit dem Gesellschaftsziel der Gewinnerzielung nicht konfliktiert. Auch soweit ein solcher Konflikt besteht, dürfen sich schon jetzt Vorstand und Aufsichtsrat für CSR-Ziele engagieren, sofern sie durch ihr Handeln das Primat der Gewinnerzielung nicht grundsätzlich in Frage stellen.

### *cc) Grenzziehung*

Das Problem der Statthaftigkeit von Zuwendungen aus dem Vermögen einer Aktiengesellschaft zur Förderung von Kunst, Wissenschaft, Sport, Sozialwesen usw. ist älter als der inflationäre Gebrauch des Begriffs „*Corporate Social Responsibility*“. Zumindest was die strafrechtliche Würdigung anbelangt (§ 266 StGB), existiert sogar höchstrichterliche Rechtsprechung.<sup>49</sup> Die h.M. legt – grundsätzlich zu Recht – einen großzügigen Maßstab an und betont den auch insoweit maßgeblichen weiten unternehmerischen Ermessensspielraum

47 HARBARTH, Anlegerschutz in öffentlichen Unternehmen, 1998, S. 126 ff.

48 HARBARTH, aaO (Fn. 47), S. 135.

49 BGHSt 47, 187 = NSStZ 2002, 322.

des Vorstands.<sup>50</sup> Allerdings empfiehlt es sich, Differenzierungen vorzunehmen, weil bei Lichte besehen viele Fälle im eigentlichen Sinne gar keine gemeinnützigen Aktivitäten betreffen und daher rechtlich unproblematisch sind.

Es ist richtig, dass „sich kaum je eine scharfe Unterscheidung treffen“ lässt zwischen „einem rein altruistischen und einem – langfristig – egoistischen Verhalten, das auf eine für den Erfolg des Unternehmens wesentliche Umweltstabilisierung – ‚good will-Verfestigung‘ – zielt“.<sup>51</sup> Doch erst recht lässt sich in heutiger Zeit keine scharfe Unterscheidung treffen zwischen einer „normalen“ kommerziellen Tätigkeit und einem der Unternehmens- und Produktvermarktung dienenden „Sponsoring“. Für viele Unternehmen ist die Vermarktung essentieller Bestandteil des Kerngeschäfts, der wesentlich zu Umsatz und Gewinn beiträgt. Insoweit gelten keinerlei Besonderheiten im Vergleich zu anderen Inhalten unternehmerischer Tätigkeiten. Die Business Judgement Rule findet selbstverständlich Anwendung. Eine Entscheidung über Sponsoring-Investitionen mit Unternehmensbezug hat genauso Prognosecharakter und verdient es, genauso vor den Nebenwirkungen eines richterlichen *hindsight bias* geschützt zu werden wie etwa Investitionen in eine neue Technologie.<sup>52</sup>

Auch wenn es inzwischen üblich geworden ist, Bemühungen um eine optimale Kundenzufriedenheit als eine CSR-Maßnahme zu qualifizieren, sollte man den rechtlichen Gehalt dieses Etiketts nicht überbewerten. Der Sache nach ist kundenorientiertes Verhalten keine soziale Wohltat und kein Akt zivilgesellschaftlicher Verantwortung, sondern eine unentbehrliche Voraussetzung für den wirtschaftlichen Erfolg eines Unternehmens. Dafür gelten keine anderen Grenzen als für jede sonstige unternehmerische Tätigkeit. Dementsprechend ist auch eine Vergütungsstruktur, die Kundenzufriedenheit honoriert, unproblematisch. Man kann sich allenfalls die Frage stellen, wozu es eigentlich eines solchen Parameters bedarf und ob nicht eine Ausrichtung am finanziellen Erfolg ausreicht, weil eine konsequente Kundenorientierung in positiven Geschäftszahlen ihren Niederschlag findet. Dieses Argument ist nicht ganz von der Hand zu weisen, gleichwohl kann es durchaus sinnvoll sein, wenn der Aufsichtsrat mit „Kundenzufriedenheit“ einen separaten Vergütungspara-

50 Vgl. nur FLEISCHER, aaO (Fn. 21), § 76 AktG Rdn. 45; SEIBT, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, 3. Aufl., 2015, § 76 Rdn. 13; MERTENS/CAHN, Kölner Komm. z. AktG, 3. Aufl., 2010, § 76 Rdn. 33; SPINDLER, Münchener Komm. z. AktG, 4. Aufl., 2014, § 76 Rdn. 89; HÜFFER/KOCH, aaO (Fn. 21), § 76 AktG Rdn. 35.

51 BGHSt 47, 187 = NStZ 2002, 322, Rdn. 10.

52 Zum Merkmal „unternehmerische Entscheidung“ in § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG SPINDLER, aaO (Fn. 50), § 93 AktG Rdn. 41; FLEISCHER, aaO (Fn. 21), § 93 AktG Rdn. 68 (jeweils m. w. N.).

meter schafft, um dadurch den Vorstand für das Thema besonders zu sensibilisieren.

Von Maßnahmen, die einen offenkundigen Bezug zum Unternehmenserfolg aufweisen, sind solche zu unterscheiden, die bei einer Gesamtbetrachtung nicht als gleichsam natürlicher, sachlich gebotener Bestandteil der Unternehmensstrategie erscheinen. Hierher gehören Fälle der Unterstützung karitativer Einrichtungen ebenso wie der Förderung von Sportvereinen und kulturellen Institutionen. Als Ausweis von *Corporate Social Responsibility* im engeren Sinne dienen derartige „Investitionen“ dazu, die soziale Akzeptanz eines Unternehmens zu verbessern und dessen Ruf als *good corporate citizen* zu festigen.<sup>53</sup> Divergierende Formulierungen in der Kommentarliteratur deuten darauf hin, dass sich eine ganz herrschende Meinung noch nicht herausgebildet hat und im Einzelfall die Ansichten darüber auseinander gehen können, wie weit sich die Unternehmensleitung von der erwerbswirtschaftlichen Zielsetzung entfernen darf. So vertreten einige Autoren die Auffassung, auch solche Maßnahmen seien erlaubt, bei denen ein konkreter Bezug zum Unternehmenserfolg nicht herstellbar sei,<sup>54</sup> während es von anderer Seite heißt, der Vorstand dürfe nur Handlungen vornehmen, die zumindest indirekt positive wirtschaftliche Auswirkungen auf das Unternehmen hätten.<sup>55</sup>

Um nicht den Gerichten die Zuständigkeit für eine Entscheidung zuzuweisen, deren Voraussetzung sie weit schlechter einschätzen können als der mit dem Geschäftsumfeld des konkreten Unternehmens vertraute Vorstand – die Bestimmung der hinreichenden Nähe zum Unternehmensgegenstand –, sollte der Schwerpunkt der gerichtlichen Überprüfung bei der Höhe der Zuwendung im Verhältnis zur Vermögens- und Ertragslage des Unternehmens liegen. Steht grundsätzlich fest, dass ein unmittelbarer Zusammenhang mit einer ertragssteigernden unternehmerischen Tätigkeit nicht gegeben ist, kommt es also entscheidend auf den Umfang einer Förderung sozialer, ökologischer und sonstiger Zwecke an. Gemessen an der Ertragslage exorbitante Ausgaben sind in der Regel unzulässig. Ein bestimmter Betrag lässt sich angesichts der unterschiedlichen Größenordnung unternehmerischer Tätigkeit nicht angeben. Es kommt immer auf den Einzelfall und dabei u. a. auf das Verhältnis zwischen Bilanzsumme bzw. Gewinn und CSR-Ausgaben an.<sup>56</sup> Die Kosten für den Bau und die langfristige Unterhaltung eines Museums fallen für ein Weltunternehmen nicht ins Gewicht, während bereits die Finanzierung einer Kunstaussstellung ein kleines Unternehmen finanziell in Bedrängnis bringen kann.<sup>57</sup> Die

53 FLEISCHER, aaO (Fn. 21), § 76 AktG Rdn. 46; HÜFFER/KOCH, aaO (Fn. 21), § 76 AktG Rdn. 35.

54 MERTENS/CAHN, aaO (Fn. 50), § 76 AktG Rdn. 33.

55 KORT, aaO (Fn. 21), § 76 AktG Rdn. 99.

56 KORT, aaO (Fn. 21), § 76 AktG Rdn. 108.

57 KORT, aaO (Fn. 21), § 76 AktG Rdn. 108.

Grenzen der Leistungsfähigkeit können insbesondere in Krisenzeiten schnell erreicht sein. Allerdings sind – worauf bereits der BGH hingewiesen hat<sup>58</sup> – Spenden und andere CSR-Ausgaben in Krisenzeiten nicht *per se* unzulässig. Wenn beispielsweise ein Unternehmen als Folge gesetzwidrigen Verhaltens in die öffentliche Kritik und nach dem dadurch bedingten Umsatzeinbruch in eine finanzielle Schieflage gerät, kann es geradezu geboten sein, das Renommee durch Förderung von Gemeinwohlprojekten zu verbessern.

Umgekehrt erübrigt sich bei marginalen Zuwendungen eine umfassende gerichtliche Prüfung der Frage, ob das geförderte Projekt zumindest indirekt wirtschaftlich positive Folgen zeitigt. In Grenzfällen, wenn nämlich die Ausgaben zwar hoch, aber grundsätzlich noch vertretbar erscheinen, wird man freilich die ökonomischen Effekte einer CSR-Maßnahme etwas genauer untersuchen müssen. Was beim Sponsoring, das dem Unternehmen zumindest eine gewisse Publizität verschafft, zulässig ist, kann beim anonymen Mäzenatentum – wenn weder der Empfänger noch irgendein Dritter den Geldgeber kennt – unangemessen sein,<sup>59</sup> weil in einem solchen Fall positive wirtschaftliche Effekte in der Regel auszuschließen sind. Dabei gilt es wiederum zu berücksichtigen, dass sich das Bestehen oder Nicht-Bestehen solcher Effekte nicht anhand objektiver, zeitloser Maßstäbe bestimmen lässt. Nicht zuletzt die neu eingeführten CSR-Berichtspflichten können mittel- und langfristig bewirken, dass Unternehmen, die keine CSR-Ziele verfolgen, wirtschaftlich weniger erfolgreich sind als solche, die glaubhaft ihre Bereitschaft signalisieren, sozial und ökologisch verantwortlich, mithin „nachhaltig“ zu agieren. Man wird indes letztlich abwarten müssen, in welchem Umfang die Sensibilisierung für das Thema „CSR“ tatsächlich Kauf- und Investitionsentscheidungen beeinflusst.

Die Schaffung CSR-bezogener Berichtspflichten wird die gesellschaftliche Bedeutung derartiger Aspekte in den kommenden Jahren weiter erhöhen und damit auch den Bereich ihrer gesellschaftsrechtlich zulässigen Verfolgung ausweiten. In dem Maße, in dem sich die öffentliche Aufmerksamkeit für Umweltbelange, Arbeitnehmerschutz, Wahrung von Menschenrechten in der Lieferkette etc. erhöht und sich auf die Akzeptanz der Produkte der Aktiengesellschaft bei Kunden, aber auch bei Lieferanten, Kreditgebern etc. stärker auswirkt und deshalb für den wirtschaftlichen Erfolg der Aktiengesellschaft an Bedeutung gewinnt, kann der Vorstand der Aktiengesellschaft diese Gesichtspunkte künftig auch stärker in seiner Entscheidungsfindung berücksichtigen.

58 BGH NStZ 2002, 322, 324 Rdn. 14.

59 Zur Unterscheidung Sponsoring – Mäzenatentum vgl. KORT, aaO (Fn. 21), § 76 AktG Rdn. 107.

*b) CSR-Satzungsklauseln*

Vom gesetzlichen Normalfall abweichende CSR-Satzungsklauseln sind zulässig, soweit nicht gegen die Leitungsautonomie des Vorstands gemäß § 76 Abs. 1 AktG verstoßen wird. Dabei handelt es sich entweder um Regelungen des Gesellschaftsziels, soweit Abweichungen von der Gewinnerzielung vorgesehen sind, oder um solche des Unternehmensgegenstands, soweit sie den Tätigkeitsbereich der Gesellschaft betreffen. Für die Bildung einer dritten Kategorie – in der Vergangenheit unter dem Stichwort „allgemeine Handlungsanleitungen“ diskutiert<sup>60</sup> – dürfte kein Bedürfnis bestehen.<sup>61</sup> Wenn Aktiengesellschaften sogar gemeinnützig tätig werden dürfen,<sup>62</sup> spricht erst recht nichts dagegen, eine partielle CSR-Orientierung statutarisch festschreiben zu dürfen.<sup>63</sup> Geschieht dies, dürfen CSR-Belange tendenziell in stärkerem Maße verfolgt werden als ohne eine solche statutarische Grundlage, indes nicht schrankenlos.

Zu erinnern ist in diesem Zusammenhang an die 90er Jahre des letzten Jahrhunderts, als der finanziell angeschlagene Staat nach Wegen suchte, um privates Kapital für Vorhaben der Daseinsvorsorge – insbesondere für den Betrieb und Ausbau der Energie- und Telekommunikationsinfrastruktur – zu mobilisieren, ohne die allgemeine Versorgungssicherheit zu gefährden. Resultat dieser spannungsreichen Interessenlage waren u. a. Kapitalgesellschaften, die gemäß ihrer Satzung sowohl erwerbswirtschaftliche als auch gemeinwohlbezogene Ziele zu verfolgen hatten, ohne dass der Vorrang des einen oder des anderen Elements explizit festgeschrieben war.<sup>64</sup> Das permanente Spannungsverhältnis zwischen Gewinnerzielungsabsicht und Erfüllung öffentlicher Aufgaben führt in der Unternehmenspraxis zu Konflikten, die nach richtiger Auffassung dahingehend aufzulösen sind, dass eine Abwägung stattfindet, in die alle abwägungsrelevanten Belange eingestellt werden, und es nicht zu einer unangemessenen Beeinträchtigung einer der beiden Komponenten zugunsten der anderen kommen darf, die widerstrebenden Belange mithin in einen angemessenen Ausgleich zu bringen sind (z. B. ist ein Gewinn in einer bestimmten Mindesthöhe anzustreben).<sup>65</sup> Ähnliches muss für Unternehmen gelten, deren Satzungen eine zweite gleichrangige Zielkomponente in Gestalt einer CSR-Klausel aufweisen. Sowohl für die Gewinnerzielung als auch für die CSR-

60 Vgl. DREHER, ZHR 55 (1991), 349, 372 ff; dazu bereits HARBARTH, aaO (Fn. 47), S. 205 ff.

61 HARBARTH, aaO (Fn. 47), S. 208 f.

62 Vgl. SCHLÜTER/STOLTE, Stiftungsrecht, 3. Aufl., 2016, Kap. 4 Rdn. 91; WEBER, Die gemeinnützige Aktiengesellschaft, 2014.

63 FLEISCHER, AG 2017, 509, 514.

64 Eingehend HARBARTH, aaO (Fn. 47), S. 171 ff.

65 HARBARTH, aaO (Fn. 47), S. 182 ff, 466 f.

Orientierung gilt in solchen Fällen ein – im genauen Verlauf freilich schwer zu bestimmendes – Untermaßverbot.

## 2. *Pflichtenkreis des Aufsichtsrats*

### a) *Verbot vergütungsgesteuerten Konterkarierens gesetzlicher oder statutarischer Vorgaben*

Die oben skizzierte Diskussion in Rechtsprechung und Literatur bezieht sich vornehmlich auf das *Vorstandshandeln*, d. h. problematisiert wird insbesondere, inwieweit der Vorstand für das Unternehmen Spenden oder sonstige Zuwendungen an politische Parteien, Sportvereine, kulturelle Einrichtungen usw. leisten darf. Dessen ungeachtet ist sie für den hier zu betrachtenden Pflichtenkreis des Aufsichtsrats von Relevanz. Denn eine Vergütungsstruktur, die auf die Durchführung rechtswidriger Maßnahmen durch den Vorstand zielt, ist so unzulässig wie die Maßnahme des Vorstands selbst. Dies bedeutet namentlich, dass dem Aufsichtsrat die Vereinbarung einer Vergütung für eine Handlung untersagt ist, durch die das Vorstandsmitglied gegen die erwerbswirtschaftliche Ausrichtung der Aktiengesellschaft verstößt. Unzulässig ist ferner eine Vergütung, die für die Unterlassung von durch die Satzung vorgeschriebenen CSR-bezogenen Aktivitäten zugesagt wird.

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang auch der Unternehmensgegenstand. Der Aufsichtsrat darf daher die Vergütungsstruktur nicht in der Weise gestalten, dass beispielsweise die Vorstandsmitglieder eines Rüstungs- oder Steinkohle-Bergbauunternehmens ein persönliches Interesse daran haben, die rechtlich zulässige Produktion von Rüstungsgütern bzw. die Förderung von Steinkohle im behaupteten Interesse des Weltfriedens bzw. des Umweltschutzes gänzlich einzustellen.<sup>66</sup> Demgegenüber sind Vergütungsregelungen nicht zu beanstanden, die soziales, kulturelles und ökologisches Engagement honorieren, das in einem angemessenen wirtschaftlichen Verhältnis zu Größe und Lage des Unternehmens steht, und zwar auch dann, wenn es zu Einschränkungen der Gewinnerzielung und Minderungen des Unternehmenswerts kommt.

### b) *Gebot der vergütungsmäßigen Spiegelung des Pflichtenprogramms?*

Ist es dem Aufsichtsrat nach dem Vorgesagten verboten, durch Vergütungsanreize das Pflichtenprogramm des Vorstands zu konterkarieren, stellt sich die weitere und schwierigere Frage, ob Vergütungsanreize – sofern sie gesetzt

66 MERTENS/CAHN, aaO (Fn. 50), § 76 AktG Rdn. 2.

werden – das Pflichtenprogramm des Vorstands gleichsam zu spiegeln haben. Mit anderen Worten: Muss der Aufsichtsrat bei der Vergütung von Vorstandsmitgliedern deren Pflichtenprogramm, das sich aus einer erwerbswirtschaftlichen Komponente und einer CSR-bezogenen Komponente zusammensetzt, „eins zu eins“ abbilden? Dies wird man zu verneinen haben. Aus praktischer Perspektive wäre dies außerordentlich schwierig, weil sich die Relationen der verschiedenen Komponenten nicht mit einer solchen Präzision ermitteln lassen, dass sie problemlos in einer Vergütungsabrede gespiegelt werden können. Gewichtiger erscheint indes der Gesichtspunkt, dass vom Vorstand die uneingeschränkte Ausrichtung auf sein aktienrechtliches Pflichtenprogramm berechtigterweise auch ohne dessen Spiegelung in der Vergütungsstruktur erwartet werden darf.

An diesem Befund dürfte auch die in § 87 Abs. 1 Satz 1 AktG enthaltene Vorgabe, dass die Gesamtbezüge in einem angemessenen Verhältnis u. a. zu den Leistungen des Vorstandsmitglieds zu stehen haben, nichts ändern. Zwar strahlt auch in den Leistungsbegriff die interessenplurale Zielsetzung des Vorstandshandelns aus,<sup>67</sup> doch dürfte sich angesichts weiterer zu berücksichtigender Parameter und des dem Aufsichtsrat insoweit zukommenden erheblichen Spielraums keine Pflicht zur Festsetzung von Vergütungselementen ergeben, die sich im Sinne einer „Spiegelung“ der Verfolgung von CSR-Aspekten zuordnen lassen (und zwar weder im Rahmen der fixen noch der variablen Vergütung).

### *c) Kompetenzrechtliche Grenzen*

Ein Thema für sich sind die kompetenzrechtlichen Grenzen, die der Aufsichtsrat bei der Festlegung der Vorstandsvergütung einzuhalten hat. Dieser Fragenkreis wird z. T. unter dem Schlagwort „Boardisierung“ des Aufsichtsrats diskutiert, weil die Gefahr besteht, dass dieser, indem er eigenständige Vergütungsziele formuliert, in die dem Vorstand gemäß § 76 AktG zugewiesene Leitungskompetenz eingreift.<sup>68</sup> Die wachsenden Anforderungen, die der Gesetzgeber an das „Vergütungsdesign“ stellt, haben das Konfliktpotential zusätzlich erhöht. Freilich handelt es sich um Konflikte, die nicht nur auftreten können, wenn der Aufsichtsrat die Vergütung an CSR-Ziele knüpft, die der Vorstand ablehnt, sondern ganz allgemein bei divergierenden Unternehmensstrategien – auch solchen ohne jeden CSR-Bezug (z. B. wenn der Vorstand ein Wachstum aus eigener Kraft befürwortet, der Aufsichtsrat hingegen Vergütungsanreize zum Erwerb anderer Unternehmen schaffen möchte). Vorlie-

67 Vgl. HÜFFER/KOCH, aaO (Fn. 21), § 87 AktG Rdn. 3.

68 DAUNER-LIEB/VON PREEN/SIMON, DB 2010, 377 ff.

gend kann nicht umfassend zu dieser Problematik Stellung genommen werden. Einige Aussagen erscheinen dennoch angezeigt:<sup>69</sup>

Die Zuständigkeit für die Gestaltung der Vergütungshöhe und -struktur liegt beim Aufsichtsrat und nicht beim Vorstand, der lediglich unverbindliche Vorschläge unterbreiten kann. Umgekehrt verhält es sich bei der Festlegung der Unternehmensplanung und -strategie, die – ungeachtet der Beratungsfunktion des Aufsichtsrats und der Berichtspflichten des Vorstands (§ 90 AktG) – in den Kompetenzbereich des Vorstands fällt.<sup>70</sup> Eine Reihe von Vergütungsbestandteilen weist in der Regel überhaupt keinen Bezug zur Unternehmensstrategie auf. Insoweit hat der Aufsichtsrat freie Hand. Besteht hingegen ein solcher Zusammenhang, muss der Aufsichtsrat der vom Vorstand vorgegebenen Unternehmensstrategie Rechnung tragen. Insbesondere darf er grundsätzlich nicht eine Vergütungsstruktur implementieren, die im offenen Widerspruch zu den Zielvorgaben des Vorstands steht. Er darf z. B. keine finanziellen Anreize schaffen, die Zahl der Beschäftigten im Unternehmen um des allgemeinen gesellschaftlichen Zusammenhalts und des sozialen Friedens willen konstant zu halten oder sogar zu erhöhen, wenn die Unternehmensleitung das strategische Ziel verabschiedet hat, die Personalkosten durch betriebsbedingte Kündigungen drastisch zu senken. Andere, mit diesem Ziel kompatible CSR-bezogene Vergütungsanreize (etwa für die Förderung sozialer Einrichtungen in den von Entlassungen betroffenen Regionen) sind selbstverständlich denkbar. Umgekehrt darf der Aufsichtsrat die Vorstandsstrategie, das Unternehmen am Markt als einen in puncto CSR verantwortungsvollen Akteur zu etablieren, auch nicht durch CSR-feindliche Vergütungsanreize konterkarieren.

Die Bindung an die vom Vorstand festgelegte Unternehmensstrategie gilt allerdings nicht uneingeschränkt. Die neuere Gesetzgebung weist dem Aufsichtsrat eine besondere und eigenständige Rolle bei der Festsetzung einer angemessenen und nachhaltigen Vergütung zu. Gemäß § 116 Satz 3 AktG sind die Aufsichtsratsmitglieder sogar zum Ersatz verpflichtet, wenn sie eine unangemessene Vergütung festsetzen. Man mag das als „Boardisierung“ beklagen, doch ist der Rechtsanwender an das Gesetz und nicht an echte oder vermeintliche Idealformen der Corporate Governance gebunden. Mit dieser eigenständigen, haftungsbewehrten Stellung des Aufsichtsrats wäre es nicht zu vereinbaren, wenn – wie z. T. in der Literatur vertreten<sup>71</sup> – der Vorstand das ihn selbst betreffende Vergütungssystem ausarbeitet und der Aufsichtsrat das Vorstandskonzept lediglich auf Stimmigkeit und Überzeugungskraft überprüft.<sup>72</sup>

69 C. SCHÄFER, GS Winter, 2011, S. 557, 566 f; vgl. ferner KAPOOR, aaO (Fn. 7), S. 261 f; DAUNER-LIEB/VON PREEN/SIMON, DB 2010, 377, 381 f.

70 C. SCHÄFER, GS Winter, S. 557; SPINDLER, aaO (Fn. 50), § 87 AktG Rdn. 78, § 72 AktG Rdn. 22.

71 DAUNER-LIEB/VON PREEN/SIMON, DB 2010, 377, 382 f.

72 SPINDLER, aaO (Fn. 50), § 87 AktG Rdn. 78; C. SCHÄFER, GS Winter, S. 557, 565.

Ebenso wenig überzeugt die Auffassung,<sup>73</sup> der Aufsichtsrat dürfe sein Vergütungsmodell schlechthin gar nicht an quantitative Ziele wie Werte bei Kunden- und Mitarbeiterzufriedenheit oder Diversitätskennzahlen knüpfen, weil dies die Lenkungskompetenz vom Vorstand auf den Aufsichtsrat verlagere.<sup>74</sup>

Daneben endet die Bindung des Aufsichtsrats an die vom Vorstand festgelegte Unternehmensstrategie dort, wo sich diese mit der gesetzlichen Anforderung einer nachhaltigen – d. h. auf einen langfristigen ökonomischen Erfolg ausgerichteten (siehe IV. 2.) – Unternehmensentwicklung nicht in Einklang bringen lässt.<sup>75</sup> Sofern langfristiger wirtschaftlicher Erfolg im konkreten Fall nur durch ein soziales oder ökologisches Engagement zu gewährleisten ist, darf – und u. U. muss – der Aufsichtsrat ein solches durch entsprechende Vergütungsanreize honorieren, auch wenn die Strategie des Vorstands dem entgegensteht.

Weitere Orientierungspunkte neben der Unternehmensstrategie und den gesetzlichen Vorgaben („Nachhaltigkeit“) können die vom Vorstand gemäß Ziffer 4.1.5 DCGK festgelegten Zielgrößen für den Frauenanteil in den beiden Führungsebenen unterhalb des Vorstands<sup>76</sup> oder nunmehr auch der Inhalt der nichtfinanziellen Erklärung (§ 289 c HGB) sein. Solchen Stellungnahmen und Berichten kann der Aufsichtsrat entnehmen, welche CSR-Ziele voraussichtlich keine kompetenzrechtlichen Probleme aufwerfen.

Denkbar ist ferner, einem Kompetenzkonflikt dadurch vorzubeugen, dass die Satzung die Pflicht festschreibt, bis zu einem gewissen Umfang CSR-Aspekte vergütungsbestimmend heranzuziehen. Ob die Satzung Richtlinien für Vorstandsbezüge enthalten darf,<sup>77</sup> ist zwar umstritten, indes nach richtiger Auffassung grundsätzlich zu bejahen.<sup>78</sup> Allerdings existieren auch insoweit kompetenzrechtliche Grenzen, als durch die entsprechenden satzungsmäßigen Bestimmungen die Personalkompetenz des Aufsichtsrats nicht beschränkt werden darf.<sup>79</sup>

Sieht der Vorstandsanstellungsvertrag in den vorstehend skizzierten Grenzen eine partielle Anbindung der Vorstandsvergütung an die Verfolgung von CSR-Aspekten vor, stellt sich die Frage, wem die inhaltliche Bestimmungsmacht über den jeweiligen CSR-Aspekt zukommt.

73 KAPOOR, aaO (Fn. 7), S. 261.

74 So aber FONK, NZG 2011, 321, 325.

75 SPINDLER, aaO (Fn. 50), § 87 AktG Rdn. 78.

76 C. SCHÄFER, GS Winter, S. 557, 567.

77 Dagegen (hinsichtlich der „Angemessenheit“ der Vorstandsvergütung) KORT, aaO (Fn. 21), § 87 AktG Rdn. 39; MERTENS/CAHN, aaO (Fn. 50), § 87 AktG Rdn. 4.

78 HÜFFER/KOCH, aaO (Fn. 21), § 87 AktG Rdn. 4; KÖRNER, NJW 2004, 2697, 2701; OVERLACK, ZHR 141 (1977), 125, 134 f.

79 HÜFFER/KOCH, aaO (Fn. 21), § 87 AktG Rdn. 4.

Vordergründig mag dies einfach erscheinen, wenn der jeweilige Aspekt so eng gefasst wird, dass sich seine Erfüllung oder Nicht-Erfüllung leicht beurteilen lässt. Indes stieße ein solches Vorgehen an die Grenzen der durch § 76 AktG abgesicherten eigenverantwortlichen Leitungsmacht des Vorstands. Es dürfte deshalb etwa unzulässig sein, ein bestimmtes variables Vergütungselement für den Fall zuzusagen, dass eine Spende in einer bestimmten Höhe an einen bestimmten Sportverein getätigt wird.

Werden derartige Vergütungselemente abstrakter umschrieben, mag sich die Frage stellen, ob der Aufsichtsrat dem Vorstand die Auszahlung des entsprechenden Vergütungsbetrags unter Hinweis darauf verweigern darf, dass er eine andere Ausfüllung des jeweiligen CSR-Aspekts bevorzugt hätte. Diese Frage wird man zu verneinen haben. Die Entscheidung etwa darüber, welche kulturellen oder sonstigen Einrichtungen in welchem Umfang finanziell unterstützt werden, wird man bis an die Grenze der Vertretbarkeit dem Vorstand zubilligen müssen. Dies ist Ausfluss seiner durch § 76 AktG abgesicherten Leitungsmacht.

Sofern kompetenzrechtlich statthaft ist es freilich aus Aufsichtsratssicht empfehlenswert, die Vergütungsvoraussetzungen so genau wie möglich festzuschreiben, weil das Vergütungssystem nur auf diese Weise seine Steuerungswirkung entfalten kann. In Betracht kommen vor allem konkrete Zielgrößen (z. B. Frauenanteil im Unternehmen, Produktkennzahlen zu Verbrauch, Emissionen usw., Zufriedenheitsindizes, sofern sie auf der Grundlage anerkannter, objektifizierbarer Standards erstellt werden). Fehlt es daran, so ist im Zweifel anzunehmen, dass die Leistungsbestimmung nach billigem Ermessen zu treffen ist (§ 315 Abs. 1 BGB). Verbindlichkeit erzeugt nur eine Bestimmung, die der Billigkeit entspricht. Entspricht sie nicht der Billigkeit, so wird sie durch Urteil getroffen (§ 315 Abs. 3 BGB).

#### *d) Gestaltung nichtfinanzieller Vergütungsparameter*

Auf das „Wie“ der Einbeziehung grundsätzlich zulässiger nichtfinanzieller Vergütungsparameter kann an dieser Stelle nicht im Einzelnen eingegangen werden. Die Verfolgung von CSR-Belangen kann im Rahmen der Vereinbarung der Grundvergütung Berücksichtigung finden. Da die Gesamtbezüge des Vorstandsmitglieds nach § 87 Abs. 1 Satz 1 AktG in einem angemessenen Verhältnis u. a. zu den Leistungen des Vorstandsmitglieds stehen müssen, angesichts der interessenpluralen Zielsetzung des Vorstandshandelns Leistung aber nicht allein an der Wertentwicklung der Aktiengesellschaft zu messen ist,<sup>80</sup> können sich CSR-Erfolge auch in der Festsetzung der Grundvergütung niederschlagen.

80 Vgl. HÜFFER/KOCH, aaO (Fn. 21), § 87 AktG Rdn. 3.

Schwerpunktmäßig betrifft die Frage der vergütungsmäßigen Auswirkungen der Verfolgung von CSR-Aspekten indes die variable Vergütung. In Betracht kommen insoweit diverse Gestaltungsmöglichkeiten, die sich an den Bedürfnissen des konkreten Unternehmens orientieren sollten. Die Idee des „Defering“, d. h. des Aufschiebens einer Vergütung,<sup>81</sup> um sicherzustellen, dass die variablen Bestandteile auch an negativen Entwicklungen teilhaben (Ziffer 4.2.3 DCGK), ist grundsätzlich auch auf die CSR-Vergütung übertragbar, weil gerade CSR-Erfolge bzw. -Misserfolge häufig erst nach einigen Jahren zu Tage treten. Denkbar wären überdies komplexe Bonus-Malus-Systeme mit Rückforderungsmöglichkeiten.<sup>82</sup> Mittels *Claw-back*-Klauseln könnte gewährleistet werden, dass die Förderung sozialer oder ökologischer Zwecke nur dann positiv in der endgültigen Vergütung ihren Niederschlag findet, wenn diese Förderung langfristige Effekte zeitigt und sich nicht bereits nach wenigen Monaten als unwirksam erweist.

Bei der Bemessung der Höhe und der Ausgestaltung der Vergütungsstruktur hat der Aufsichtsrat – unbeschadet der dogmatischen Einordnung – einen Spielraum.<sup>83</sup>

#### V. CSR-Aufsichtsratsvergütung?

Abschließend stellt sich die Frage, inwieweit der Aufsichtsrat seinerseits – im Rahmen der Überwachung und Beratung des Vorstands in CSR-Angelegenheiten – für das Erreichen bestimmter CSR-Zielvorgaben vergütet werden darf. Nach § 113 Abs. 1 Satz 3 AktG soll die Aufsichtsratsvergütung in einem angemessenen Verhältnis zu den Aufgaben der Aufsichtsratsmitglieder und zur Lage der Gesellschaft stehen; nach Ziffer 5.4.6 DCGK soll eine erfolgsorientierte Aufsichtsratsvergütung auf eine nachhaltige Unternehmensentwicklung ausgerichtet sein.

Die erfolgsorientierte Vergütung von Aufsichtsratsmitgliedern ist mithin grundsätzlich statthaft.<sup>84</sup> Angesichts der interessenpluralen Zielsetzung des

81 Vgl. JAEGER, GS Winter, 2011, S. 313, 314; HOHENSTATT/KUHNKE, ZIP 2009, 1981, 1984 ff; HÜFFER/KOCH, aaO (Fn. 21), § 87 AktG Rdn. 13.

82 Dazu etwa WETTICH, AG 2013, 374 ff.

83 Vgl. (mit unterschiedlichen Akzenten) BGH NJW 2006, 522, 523; FLEISCHER, aaO (Fn. 21), § 87 AktG Rdn. 39; SPINDLER, aaO (Fn. 50), § 116 AktG Rdn. 57; HOFFMANN-BECKING, ZHR 169 (2005), 155, 157; SCHWARK, FS Raiser, 2005, S. 377, 387 ff; KROPPE, FS Raiser, 2005, S. 233, 234; HABERSACK, Münchener Komm. z. AktG, 4. Aufl., 2014, § 116 Rdn. 41; C. SCHÄFER, ZIP 2005, 1253, 1258.

84 HABERSACK, aaO (Fn. 83), § 113 AktG Rdn. 14; HOPT/ROTH, Großkomm. z. AktG, 4. Aufl., 2005, § 113 Rdn. 35; SPINDLER, in: Spindler/Stilz, Komm. z. AktG, 3. Aufl., 2015, § 113 Rdn. 40; GEHLING, ZIP 2005, 551, 554.

Aufsichtsratshandelns ist nicht ersichtlich, weshalb eine erfolgsorientierte Vergütung im Prinzip nicht auch CSR-Aspekte einschließen darf. Allerdings kann an dieser Stelle weder die in diesem Zusammenhang geführte Diskussion zu Vor- und Nachteilen erfolgsorientierter Aufsichtsratsvergütungen noch jene zu einem Verbot übereinstimmender Erfolgsparameter für Vorstand und Aufsichtsrat vertieft werden.<sup>85</sup>

Im Vergleich zu einer klassischen Aufsichtsratsvergütung können bei einem CSR-Bezug zumindest ungewohnte Bemessungsschwierigkeiten auftreten. Die Gesellschaft würde bei der Bemessung nach allgemeinen Grundsätzen vom Vorstand vertreten (§ 78 Abs. 1 Satz 1 AktG). Dies kann zwar nicht bedeuten, dass die Entscheidung darüber, ob die Zielvorgaben tatsächlich erreicht wurden, im freien Ermessen des Vorstands liegt.<sup>86</sup> Der Vorstand (und nicht die das CSR-bezogene Vergütungselement festlegende Hauptversammlung) erhielte indes die Befugnis, in einem nicht unerheblichen Umfang auf die Höhe der Aufsichtsratsvergütung Einfluss zu nehmen, was insbesondere mit Blick auf die Überwachungstätigkeit des Aufsichtsrats und seine Kompetenzen zur Entscheidung über die Vorstandsvergütung die Gefahr von Interessenkonflikten begründet. Ungeachtet der rechtlichen Zulässigkeit dürfte eine spezifische CSR-Aufsichtsratsvergütung daher jedenfalls regelmäßig nicht zu empfehlen sein.

85 Vgl. HABERSACK, aaO (Fn. 83), § 113 AktG Rdn. 14; DERS., ZHR 168 (2004), 373, 379f; RÖHRICHT, in: VGR, Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2004, 2005, S. 1, 16; GEHLING, ZIP 2005, 551, 554.

86 Zu analogen Problemen beim Ersatz angemessener Auslagen und bei der Einrede der Untätigkeit vgl. HÜFFER/KOCH, aaO (Fn. 21), § 113 AktG Rdn. 2c; HOPT/ROTH, aaO (Fn. 84), § 113 AktG Rdn. 80.