

Betriebs Berater

4 | 2020

Steuern ... **ARUG II ... WirtschaftsstrafR ... Überstundenvergütungen ... Paketbotenschutz ...**

20.1.2020 | 75. Jg.
Seiten 129–192

DIE ERSTE SEITE

Jan-Paul Grüner

Einführung eines Freibetrags in der betrieblichen Altersversorgung

WIRTSCHAFTSRECHT

Madeleine Zipperle, RAin, und **Dr. Gero Lingen**, RA

Das Gesetz zur Umsetzung der zweiten Aktionärsrechterichtlinie im Überblick | 131

Ulf Reuker, LL.M., RA, und **Sebastian Wagner**, RA

Strafrechtliche Risiken der Werbung für Glücksspielanbieter | 138

STEUERRECHT

Prof. Dr. Lenhard Jesse, RA/FAStR/StB

Bindung der Finanzbehörden an (Finanz-)Gerichtsentscheidungen – Teil II | 151

Joschka Gommers, RA

Anwendbarkeit der Fünftelregelung auf die Nachzahlung von Überstundenvergütungen | 156

BILANZRECHT UND BETRIEBSWIRTSCHAFT

Dr. Martin Weiss, StB/FBistR

Neuere Entwicklungen bei der steuerbilanziellen Teilwertabschreibung | 171

ARBEITSRECHT

Dr. Gloria Versin, LL.M.

Die Nachunternehmerhaftung im Paketboten-Schutz-Gesetz | 181

Madeleine Zipperle, RAin, und Dr. Gero Lingen, RA

Das Gesetz zur Umsetzung der zweiten Aktionärsrechterichtlinie im Überblick

Zum 1.1.2020 ist das Gesetz zur Umsetzung der zweiten Aktionärsrechterichtlinie (ARUG II) in Kraft getreten. Damit ist der nationale Gesetzgeber verspätet der Pflicht zur Implementierung der neuen europäischen Richtlinienvorgaben nachgekommen, die eigentlich bereits bis zum 10.6.2019 in nationales Recht umzusetzen waren. Nachfolgend werden die für Unternehmen besonders relevanten Inhalte des ARUG II sowie die wesentlichen Änderungen im Vergleich zum Regierungsentwurf dargestellt und zahlreiche Praxishinweise gegeben.

I. Hintergrund

2007 wurde die europäische Aktionärsrechterichtlinie eingeführt, die eine Verbesserung der Aktionärsinformation bei börsennotierten Gesellschaften sowie die Erleichterung der grenzüberschreitenden Ausübung von Aktionärsrechten intendierte.¹ Die nationale Umsetzung dieser Richtlinie erfolgte durch das Gesetz zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie (ARUG I) vom 30.7.2009.² Mitte 2017 wurde die zweite EU-Aktionärsrechterichtlinie verabschiedet, welche die bestehende Aktionärsrechterichtlinie an wesentlichen Stellen abändert und ergänzt.³

Die Änderungsrichtlinie war bis zum 10.6.2019 in nationales Recht umzusetzen. Dieser Pflicht kam der deutsche Gesetzgeber jedoch erst jetzt durch das Inkrafttreten des ARUG II zum 1.1.2020 nach.

Im Laufe des nationalen Gesetzgebungsverfahrens hatte zunächst das Bundesjustizministerium im Oktober 2018 einen Referentenentwurf (RefE) vorgelegt, welchem am 20.3.2019 ein Regierungsentwurf (RegE) nachfolgte.⁴ Im Anschluss daran wurde vom Rechtsausschuss am 13.11.2019 eine geänderte Beschlussempfehlung gegeben,⁵ in deren Fassung der Bundestag am 14.11.2019 das ARUG II verabschiedet hat.⁶ Der Bundesrat hat in seiner Sitzung am 29.11.2019 schließlich beschlossen, den Vermittlungsausschuss nicht anzurufen, sodass das Gesetz am 19.12.2019 im Bundesgesetzblatt verkündet werden konnte.⁷

Im Vergleich zum RegE enthält das finale Gesetz vor allem Neuerungen zur Festsetzung der Vorstandsvergütung sowie eine Herabsetzung des Schwellenwerts für Geschäfte mit nahestehenden Personen (related party transactions). Hierauf wird im Verlauf dieses Beitrags näher eingegangen. Darüber hinaus erfolgt eine Darstellung folgender vier Hauptregelungsbereiche des ARUG II, welche nur für Unternehmen im regulierten Markt (§ 3 AktG) gelten:

- Stärkere Mitsprache der Aktionäre bei der Vergütung von Vorständen und Aufsichtsräten (say on pay);
- verbesserte Aktionärsidentifizierung und Aktionärskommunikation (know your shareholder);
- Genehmigungs- und Veröffentlichungspflichten bei related party transactions;

– erhöhte Transparenz bei der Mitwirkung von institutionellen Anlegern, Vermögensverwaltern und Stimmrechtsberatern.

Die unter II. 5. dargestellten weiteren Auswirkungen durch das ARUG II betreffen sämtliche Gesellschaften.

II. Wesentliche praxisrelevante Neuerungen durch das ARUG II

1. Stärkere Mitsprache der Aktionäre bei der Vergütung von Vorständen und Aufsichtsräten (say on pay)

Ein wichtiger Regelungskomplex des ARUG II ist die Stärkung von Mitwirkungsrechten der Aktionäre börsennotierter Gesellschaften bei der Vergütung von Vorständen und Aufsichtsräten.⁸ Erreicht wird dies durch die aktienrechtliche Pflicht zur Erstellung eines Vergütungssystems⁹ und Vergütungsberichts.

a) Vergütungssystem

aa) Vergütungssystem für Vorstandsmitglieder

Ziel des Vergütungssystems ist es, künftig *ex ante* Transparenz bei der Organvergütung herzustellen. Der Aufsichtsrat hat dazu ein „klares und verständliches“ System zur Vergütung des Vorstands zu beschließen.¹⁰

Während bislang gemäß § 120 AktG lediglich ein freiwilliges Votum der Hauptversammlung (HV) über das Vergütungssystem vorgesehen ist, hat künftig die HV zwingend bei jeder wesentlichen Änderung, mindestens aber alle vier Jahre, über die Billigung des Vergütungssystems für den Vorstand zu beschließen.¹¹ Im Rahmen des ARUG II wird auf das in Deutschland vorherrschende „dualistische System“ (Trennung von Geschäftsführung und Kontrolle) insoweit Rücksicht genommen, als der Beschluss der HV keine Rechte und Pflichten begründet. Folglich kann der Aufsichtsrat auch im Falle eines ablehnenden Beschlusses die Vorstandsvergütung frei festsetzen. Allerdings hat der Aufsichtsrat sodann spätestens in der folgenden ordentlichen HV ein überprüfbares Vergütungssystem zur Billigung vorzulegen.¹² Der Aufsichtsrat wird aber nicht verpflichtet, das Vergütungssystem im

1 RL 2007/36/EG vom 11.7.2007, ABl. EU 2007 Nr. L 184, 17.

2 BGBl. 2009, I., S. 2479.

3 RL (EU) 2017/828 vom 17.5.2017, ABl. EU 2017 Nr. L 132, 1 (Änderungs-RL).

4 Umfassend zum RefE Paschos/Goslar, AG 2018, 857 sowie zum RegE Paschos/Goslar, AG 2019, 365; Bungert/Wansleben, BB 2019, 1026.

5 BT-Drs. 19/15153.

6 BT-Drs. 605/19.

7 BR-Drs. 605/19; BGBl. I 2019, 2637.

8 Erfasst werden AG, SE und KGaA.

9 Lautete im RefE „Vergütungspolitik“.

10 § 87a Abs. 1 AktG; im RefE war noch ein „allgemein verständliches System“ vorgesehen.

11 § 120a Abs. 1 AktG.

12 § 120a Abs. 3 AktG; erstmals stellte der RegE klar, dass eine erneute Vorlage nicht schon in einer etwaigen, vorher stattfindenden außerordentlichen HV erfolgen muss.

Falle eines ablehnenden HV-Beschlusses zu ändern, sondern könnte hieran auch weiter festhalten. Aufgrund des durch den HV-Beschluss erzeugten „faktischen Drucks“ dürfte dies in der Praxis aber die Ausnahme bleiben.

Praxishinweis: Die HV hat über das vom Aufsichtsrat vorzulegende Vergütungssystem erstmals in einer ordentlichen HV zu beschließen, die nach dem 31.12.2020 stattfindet. Durch eine Übergangsvorschrift ist es Unternehmen möglich, ein Gesamtvergütungssystem zu entwickeln, welches sowohl die Vorgaben des ARUG II als auch die Detailanforderungen des reformierten Deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK) berücksichtigt.¹³ Der neue DCGK soll spätestens im Januar 2020 beim Bundesjustizministerium eingereicht werden und nach Prüfung mit der Veröffentlichung im Bundesanzeiger in Kraft treten.¹⁴ Bis dahin gilt weiterhin die Kodexfassung vom 7.2.2017. Unternehmen steht es jedoch frei, einzelne neue Empfehlungen i. S. v. „Best Practice“ bereits vorzeitig anzuwenden.¹⁵

(1) Inhalt des Vergütungssystems

§ 87a Abs. 1 S. 2 AktG enthält (Mindest-)Vorgaben für den Inhalt des Vergütungssystems. Demnach muss das Vergütungssystem mindestens folgende Angaben enthalten, in Bezug auf Vergütungsbestandteile jedoch nur, soweit diese tatsächlich vorgesehen sind:

- Festlegung einer Maximalvergütung der Vorstandsmitglieder (Nr. 1);
- Beitrag der Vergütung zur Förderung der Geschäftsstrategie und zur langfristigen Entwicklung der Gesellschaft (Nr. 2);
- alle festen und variablen Vergütungsbestandteile und ihren jeweiligen relativen Anteil an der Vergütung (Nr. 3);
- alle finanziellen und nichtfinanziellen Leistungskriterien für die Gewährung variabler Vergütungsbestandteile einschließlich einer Erläuterung, wie diese Kriterien zur Förderung der Ziele gemäß Nr. 2 beitragen, und einer Darstellung der Methoden, mit denen die Erreichung der Leistungskriterien festgestellt wird (Nr. 4);
- Aufschubzeiten für die Auszahlung von Vergütungsbestandteilen (Nr. 5);
- Möglichkeiten der Gesellschaft, variable Vergütungsbestandteile zurückzufordern (Nr. 6);
- im Falle aktienbasierter Vergütung, die Fristen, die Bedingungen für das Halten von Aktien nach dem Erwerb und eine Erläuterung, wie diese Vergütung zur Förderung der Ziele gemäß Nr. 1 beiträgt (Nr. 7);
- hinsichtlich vergütungsbezogener Rechtsgeschäfte die Laufzeiten und die Voraussetzungen ihrer Beendigung, einschließlich der jeweiligen Kündigungsfristen, etwaige Zusagen von Entlassungsschädigungen und die Hauptmerkmale der Ruhegehalts- und Vorruhestandsregelungen (Nr. 8);
- Erläuterung, wie die Vergütungs- und Beschäftigungsbedingungen der Arbeitnehmer bei der Festsetzung des Vergütungssystems berücksichtigt wurden, einschließlich einer Erläuterung, welcher Kreis von Arbeitnehmern einbezogen wurde (Nr. 9);
- Darstellung des Verfahrens zur Fest- und zur Umsetzung sowie zur Überprüfung des Vergütungssystems, einschließlich der Rolle eventuell betroffener Ausschüsse und der Maßnahmen zur Vermeidung und zur Behandlung von Interessenkonflikten (Nr. 10) und
- im Fall der Vorlage eines gemäß § 120a Abs. 3 AktG überprüften Vergütungssystems eine Erläuterung aller wesentlichen Änderungen und eine Übersicht, inwieweit Abstimmung und Äußerungen der Aktionäre in Bezug auf das Vergütungssystem und die Vergütungsberichte berücksichtigt wurden (Nr. 11).

(2) Gesetzliche Pflicht zur Festlegung einer Vorstands-Maximalvergütung

Eine wesentliche Neuerung im Vergleich zum RegE ist die gesetzliche Pflicht des Aufsichtsrats, eine Maximalvergütung der Vorstandsmitglieder (Cap) festzulegen. Bislang konnte die Festlegung einer Höchstgrenze für die Vorstandsvergütung bereits auf freiwilliger Basis nach dem DCGK erfolgen (vgl. Ziff. 4.2.3 Abs. 2 S. 6 DCGK vom 7.2.2017). Der Aufsichtsrat kann die Einzelheiten festlegen. Nach der Gesetzesbegründung enthält nämlich die Formulierung „Maximalvergütung der Vorstandsmitglieder“ kein Präjudiz zur Festsetzung einer gesonderten Maximalvergütung für jedes Vorstandsmitglied einzeln. Es obliege der Entscheidung des Aufsichtsrats, ob eine Maximalvergütung für den Gesamtvorstand oder für jedes Vorstandsmitglied gesondert, für den Vorsitzenden und ordentliche Vorstandsmitglieder getrennt, bzw. für variable und fixe Vergütungsbestandteile einheitlich oder gesondert festgelegt werden soll. Zwar empfiehlt der DCGK die Festlegung einer Maximalvergütung für jedes Vorstandsmitglied einzeln; die Unternehmen können jedoch von dieser Empfehlung unter Erläuterung abweichen.¹⁶ Grundsätzlich muss die Festlegung der Maximalvergütung konkrete Zahlen benennen, kann sich aber zu deren Berechnung z. B. an einem Vielfachen der durchschnittlichen Belegschaftsvergütung orientieren.¹⁷

Praxishinweis: Die Darstellung der Maximalvergütung in der HV-Einladung sollte – wie der Beschlussvorschlag über das Vergütungssystem insgesamt – an die Besonderheiten und Größe der jeweiligen Aktiengesellschaft angepasst werden. So sehen erste Praxisbeispiele von DAX-Unternehmen etwa neben erläuternden Textpassagen sowie Tabellen und Graphiken auch eine Beispielberechnung vor, die aus einer Addition der jeweiligen maximalen Zuflüsse aller Vergütungsbestandteile besteht.¹⁸ Derart umfassende Darstellungen sind jedoch nicht erforderlich und gerade für kleinere und mittelgroße Aktiengesellschaften auch nicht angezeigt. Hingegen ist es mit der Gesetzesbegründung allgemein ratsam, nicht zu engmaschige Vorgaben bei der Festlegung der Maximalvergütung zu machen (z. B. bei den Voraussetzungen für eine variable Vergütung) und die Möglichkeit der Schaffung neuer Vorstandsposten – z. B. aufgrund der Festlegung einer knapp bemessenen Maximalvergütung für den Gesamtvorstand – nicht zu beschränken.¹⁹ Darüber hinaus kann es sich anbieten, von der Möglichkeit Gebrauch zu machen, Abweichungen von der Maximalvergütung nach § 87a Abs. 2 S. 2 AktG im Vergütungssystem selbst vorzusehen.²⁰ So stellt § 87a Abs. 2 S. 2 AktG klar, dass der Aufsichtsrat vorübergehend von dem Vergütungssystem abweichen kann, wenn dies im Interesse des langfristigen Wohlergehens der Gesellschaft notwendig ist und das Vergütungssystem das Verfahren des Abweichens sowie die Bestandteile des Vergütungssystems, von denen abgewichen werden kann, benennt.

(3) Antrag auf Herabsetzung der Maximalvergütung durch die HV

Die HV kann auf Antrag gemäß §§ 87 Abs. 4, 122 Abs. 2 S. 1 AktG die vom Aufsichtsrat festgelegte Maximalvergütung für den Vorstand

¹³ Vgl. zur Vorstandsvergütung G. I. der noch nicht in Kraft getretenen DCGK-Fassung vom 9.5.2019; zum neuen DCGK von der Linden, DStR 2019, 1528; Zipperle/Beck, CB 2019, 317.

¹⁴ PM der Regierungskommission DCGK vom 28.11.2019, unter www.dcgk.de/files/dcgk/usercontent/de/download/Konferenzen/191128%20Pressemitteilung.pdf (Abruf: 20.12.2019).

¹⁵ Mitteilung der Regierungskommission DCGK, unter: www.dcgk.de/de/kodex/dcgk-2019.html (Abruf: 20.12.2019).

¹⁶ Zu Vorstehendem: Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses BT-Drs. 19/15153, 63 f.

¹⁷ BT-Drs. 19/15153, 64.

¹⁸ S. exemplarisch die Einladung der Siemens AG zur oHV 2020.

¹⁹ BT-Drs. 19/15153, 64.

²⁰ BT-Drs. 19/15153, 64.

durch verbindliches Votum herabsetzen. Voraussetzung für einen Herabsetzungsbeschluss ist, dass vor der HV ein fristgerechter Antrag auf Ergänzung der Tagesordnung gemäß § 122 Abs. 2 S. 1 AktG vorliegt. Dieser Ergänzungsantrag erfordert wiederum, dass der Antragsteller das Quorum von 5 % oder einen anteiligen Betrag von 500 000 Euro des Grundkapitals erreicht. Hingegen reicht ein Antrag in der HV zu einem vorhandenen Tagesordnungsgegenstand – etwa dem Beschluss über das Vergütungssystem nach § 120a AktG – nicht aus. Der HV-Herabsetzungsbeschluss bedarf gemäß § 133 AktG der einfachen Stimmenmehrheit und ist anfechtbar.

Ein entsprechender HV-Beschluss kann jedoch lediglich die zahlenmäßig bezifferte Maximalvergütung herabsetzen, nicht aber die konkrete Ausgestaltung der Maximalvergütung (= Zusammensetzung der Vergütungsbestandteile) verändern. Laufende (Alt-)Verträge bleiben von einem Herabsetzungsbeschluss unberührt. Im Einzelfall sollte der Aufsichtsrat aber auch bei bestehenden Verträgen die (bereits länger existente) Möglichkeit einer Herabsetzung nach § 87 Abs. 2 AktG erwägen.²¹ Zudem ist für künftige Anstellungsverträge – unabhängig von einer etwaig bestehenden Pflicht aus § 111 AktG – zumindest aus Gründen guter Corporate Governance die Aufnahme einer Anpassungsklausel für den Fall eines bindenden HV-Beschlusses ratsam.²²

Mit Blick auf das gesetzliche Ziel der Stärkung von Aktionärsrechten wird vereinzelt kritisiert, dass der HV kein Recht eingeräumt wird, die Vorstandsmaximalvergütung durch bindenden Beschluss anzuheben.²³

(4) Vergütungsstruktur ist auf nachhaltige und langfristige Entwicklung der Gesellschaft auszurichten

Durch eine redaktionelle Änderung des Wortlauts von § 87 Abs. 1 S. 2 AktG („nachhaltige und langfristige Entwicklung der Gesellschaft“) wurde klargestellt, dass der Aufsichtsrat bei der Festsetzung der Vergütung, insbesondere der Wahl der Vergütungsanreize, auch soziale und ökologische Gesichtspunkte in den Blick zu nehmen hat und nicht nur rein zeitliche.²⁴

Vor dem Hintergrund vergleichbarer DCGK-Reformbestrebungen könnte es zukünftig zu einer deutlichen Aufwertung (variabler) Vergütungen kommen, die sich verstärkt an Umweltzielen orientieren. Als Erfolgsparameter kommen hierbei beispielsweise das Volumen des CO₂-Ausstoßes oder der Umfang der CO₂-Reduktion im abgelaufenen Geschäftsjahr in Betracht.²⁵

Praxishinweis: Kapitalmarktorientierte Unternehmen mit mehr als 500 Beschäftigten sind nach § 289b HGB (CSR-RL) schon bislang zur Veröffentlichung einer nichtfinanziellen Erklärung verpflichtet, welche auch auf soziale und ökologische Aspekte eingehen soll. Es ist denkbar, im Vergütungsbericht auch auf diese CSR-Erklärung einzugehen und hieraus Vergütungsbestandteile abzuleiten.

bb) Vergütungssystem für Aufsichtsratsmitglieder

Im Hinblick auf das System der Aufsichtsratsvergütung hat die HV ebenfalls mindestens alle vier Jahre zu beschließen, wobei – wie bei der Vorstandsvergütung – gemäß § 120a Abs. 1 S. 4 AktG auch eine bloße Bestätigung erfolgen kann.²⁶ Eine Festlegung der Aufsichtsratsvergütung kann aber auch – wie vielfach üblich – durch Satzungsregelung erfolgen. Hierbei ist die Aufnahme der detaillierten und entsprechend anwendbaren Angaben des § 87a Abs. 1 S. 2 AktG (siehe

unter II. 1. a) aa) (1)) in die Satzung selbst möglich, aber nicht zwingend. Vielmehr reicht es aus, wenn die Angaben nach § 87a Abs. 1 S. 2 AktG im Beschluss zur Satzungsänderung, nicht aber im Satzungswortlaut selbst enthalten sind.²⁷ Der Gesetzgeber hat damit auf die Kritik am RefE reagiert, wonach langatmige Ausführungen zu einzelnen Aspekten des Vergütungssystems in der Satzung einen Fremdkörper darstellen würden (z. B. Erläuterung, wie die Vergütungs- und Beschäftigungsbedingungen der Arbeitnehmer bei der Festsetzung des Vergütungssystems berücksichtigt wurden).²⁸

b) Vergütungsbericht

Der Vergütungsbericht soll nachträglich Transparenz hinsichtlich der individuellen Vergütung der Mitglieder der Unternehmensleitung schaffen. Hierzu ist die konkrete Vergütung jedes einzelnen Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieds der Gesellschaft im letzten Geschäftsjahr anzugeben. Zudem muss der Vergütungsbericht auch eine Erläuterung enthalten, wie die festgelegte Maximalvergütung der Vorstandsmitglieder eingehalten wurde.²⁹ Einzubeziehende sind nicht nur die unmittelbar von der Gesellschaft selbst gewährten Leistungen, sondern auch von Gesellschaften desselben Konzerns oder von sonstigen Dritten gewährte oder geschuldete Vergütungen/Leistungen.³⁰ Zu beachten ist, dass in einem mehrstufigen Konzern mit mehreren börsennotierten Gesellschaften jede börsennotierte Gesellschaft einen eigenen Vergütungsbericht erstellen muss, da kein Konzern-Vergütungsbericht vorgesehen ist.³¹

Gemäß § 162 Abs. 1 AktG haben Vorstand und Aufsichtsrat jährlich gemeinsam „einen“ Vergütungsbericht aufzustellen, sodass separate Berichte von Vorstand und Aufsichtsrat nicht ausreichen.³² Der Vergütungsbericht wird vom Abschlussprüfer formell geprüft und mit einem Vermerk versehen.³³

Praxishinweis: Ein sogenannter „opt-out“ und damit die Befreiung von der Offenlegungspflicht der individuellen Vorstandsvergütung durch HV-Beschluss ist nicht mehr möglich, da §§ 286 Abs. 5, 314 Abs. 3 S. 1 HGB ersatzlos gestrichen wurden.

Der Vergütungsbericht ist erstmals für das nach dem 31.12.2020 beginnende Geschäftsjahr zu erstellen und der HV bis zum Ablauf der ersten ordentlichen HV in dem darauffolgenden Geschäftsjahr zur Billigung vorzulegen. Für börsennotierte KMUs i. S. d. § 267 Abs. 1, 2 HGB besteht eine Erleichterung, da diese die Möglichkeit erhalten – anstelle einer Abstimmung über den Vergütungsbericht – lediglich eine Erörterung in der HV vorzusehen.³⁴

21 Mutter, AG 2019, R340; Habersack, BB 1/2020, „Die Erste Seite“.

22 S. auch Habersack, BB 1/2020, „Die Erste Seite“.

23 Mutter, AG 2019, R340; ein nicht bindender Beschluss zur Anhebung der Maximalvergütung – auf Antrag gemäß § 122 Abs. 2 AktG – ist jedoch möglich und dürfte den Aufsichtsrat zumindest faktisch binden.

24 BT-Drs. 19/15153, 62.

25 S. hierzu Mutter, AG 2019, R340; Lutter/Krieger/Vorse, in: dies., Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 6. Aufl. 2014, § 7 Bestellung und Anstellung des Vorstands und die Organisation der Vorstandstätigkeit, Rn. 402.

26 Im Übrigen gilt § 87a Abs. 1 AktG entsprechend.

27 § 113 Abs. 3 S. 4 AktG; Bungert/Wansleben, BB 2019, 1026, 1027.

28 Zur Kritik Paschos/Goslar, AG 2018, 857, 864.

29 § 162 Abs. 1 Nr. 7 AktG.

30 Zum Vergütungsbericht Orth u. a., DB 2019, 2814; Löbbe/Fischbach, AG 2019, 373, 383 f.

31 RegE, S. 127; Orth u. a., DB 2019, 2814, 2818.

32 RegE, S. 126.

33 § 162 Abs. 3 AktG; im RefE war noch ein Prüfungsbericht vorgesehen.

34 § 120a Abs. 5 AktG (eigener HV-TOP erforderlich).

Ebenso wie die Abstimmung über das Vergütungssystem hat der HV-Beschluss über die Billigung des von Vorstand und Aufsichtsrat aufgestellten Vergütungsberichts einen lediglich unverbindlichen Charakter. Auch ist der Beschluss über den Vergütungsbericht – wie auch über das Vergütungssystem – nicht anfechtbar.³⁵

Praxishinweis: Für Unternehmen ist zu beachten, dass im Rahmen der Vorbereitung der HV, die über die Billigung des Vergütungssystems oder des Vergütungsberichts beschließen soll, sowohl das Vergütungssystem als auch der Vergütungsbericht ihrem vollständigen Inhalt nach bekanntzumachen sind.³⁶ Der Abschlussprüfervermerk ist als Teil des Vergütungsberichts mit zu veröffentlichen.³⁷

2. Verbesserte Aktionärsidentifizierung und Aktionärskommunikation (know your shareholder)

Das ARUG II soll es börsennotierten Gesellschaften einfacher machen, ihre Aktionäre zu identifizieren und damit auch zu informieren. Erreicht werden soll dies durch einen Informationsanspruch der Gesellschaft gegenüber „Intermediären“ (z. B. Depotbanken), welche die Aktien der Gesellschaft verwahren.³⁸ Anders als noch der RefE, sieht das finale ARUG II nicht vor, dass im Freiverkehr einbezogene Gesellschaften die neuen Informationsrechte für sich nutzbar machen können (opt-in). Diese Möglichkeit wurde bedauerlicherweise bereits im RegE gestrichen.³⁹

a) Inhalt und Reichweite des Informationsanspruchs

Das ARUG II nimmt für Inhalt und Format der von den Intermediären zu ermittelnden Informationen auf die Durchführungsverordnung (EU) 2018/1212 Bezug. Demnach zählen zur Identität der Aktionäre Angaben zur Person und zu den gehaltenen Aktien. Die Angaben über die Person umfassen Name, Postanschrift und eine elektronische Adresse, bei juristischen Personen und eingetragenen Personengesellschaften auch die Registernummer samt registerführender Stelle oder die Rechtsträgerkennung. Anders als noch im RefE ist eine Auskunft über das Geburtsdatum des Aktionärs nicht mehr umfasst.⁴⁰ Zu den Aktienangaben gehören die Aktienzahl und – wenn dies von der Gesellschaft angefordert wird – die Gattungen der Aktien oder das Datum, ab dem die Aktien gehalten werden. Außerdem gibt es einen Auskunftsanspruch hinsichtlich des jeweils nächsten Intermediärs (Aufklärung der Intermediärskette).

Praxishinweis: Für Gesellschaften dürfte es praktischer sein, die Auskünfte unmittelbar von einem beliebigen Intermediär zu fordern.⁴¹ Sollte der von der Gesellschaft in Anspruch genommene Intermediär nicht über die abgefragten Informationen verfügen, ist er nämlich verpflichtet, das Informationsverlangen unverzüglich an den jeweils nächsten Intermediär weiterzuleiten, bis letztlich der Intermediär erreicht ist, der die Aktien tatsächlich verwahrt.⁴²

Da die Weiterleitung der Informationsanfrage i. d. R. noch am gleichen Geschäftstag erfolgen muss, bleibt abzuwarten, ob die technische Umsetzung in der Praxis (insbesondere bei Einschaltung ausländischer Intermediäre) zeitnah gelingen wird.⁴³ Banken und andere Intermediäre müssen in jedem Fall ihre Systeme entsprechend einstellen.

Eine Verpflichtung zur regelmäßigen Identifikation von Aktionären gemäß § 67d AktG besteht nicht. Damit kann jede Gesellschaft frei entscheiden, ob und in welchen Fällen sie vom Informationsanspruch Gebrauch macht. Es ist jedoch im Einzelfall zu prüfen, ob nicht Informationspflichten aus anderen gesetzlichen Regelungen erwachsen.⁴⁴

Praxishinweis: Da keine Pflicht besteht, den Informationsanspruch zu nutzen, empfiehlt sich für Gesellschaften stets eine Abwägung über das Ob und die Reichweite der Inanspruchnahme des Informationsanspruchs nach dem Kosten-Nutzen-Faktor.⁴⁵ Im Falle der Ausübung des Informationsrechts erhalten Gesellschaften zahlreiche sensible persönliche Daten der Aktionäre. Diese sind zwingend datenschutzkonform zu verarbeiten, sodass die Unternehmen ihre Datenschutz/IT-Systeme überprüfen und ggf. anpassen sollten.⁴⁶

b) Kostentragung für Auskunftsanspruch

Gemäß § 67f Abs. 1 AktG soll grundsätzlich die Gesellschaft die Kosten für die notwendigen Aufwendungen der Intermediäre im Zusammenhang mit Tätigkeiten nach den §§ 67a ff. AktG tragen, soweit diese auf Methoden beruhen, die dem jeweiligen Stand der Technik entsprechen. Anders als noch im RegE müssen Gesellschaften aber nicht mehr zwingend solche Kosten tragen, die den Intermediären im Zusammenhang mit der rechtskonformen Verarbeitung personenbezogener Daten nach § 67e AktG entstehen. Dies sei interessengerecht, da Aufwendungen der Intermediäre hier vielfach allein der Risikosphäre der Intermediäre zuzuordnen seien (z. B. fehlerhafte, zu lange/unvollständige Speicherung personenbezogener Daten). Mangels zwingender gesetzlicher Regelung bleibt es demnach den Beteiligten (Gesellschaften, Intermediäre, Aktionäre) überlassen, die Kostenaufteilung untereinander zu regeln.

3. Genehmigungs- und Veröffentlichungspflichten bei related party transactions

a) Grundlagen

Ein weiterer Schwerpunkt des ARUG II sind die neuen Genehmigungs- und Veröffentlichungspflichten bei Verträgen börsennotierter Gesellschaften mit nahestehenden Personen (related party transactions).⁴⁷ Solchen Geschäften ist die Gefahr immanent, dass die Gesellschaft von der nahestehenden Person keine marktgerechte Gegenleistung erhält. Vor diesem Hintergrund unterliegen nunmehr bestimmte Geschäfte der Zustimmungspflicht des Aufsichtsrats und müssen im Anschluss veröffentlicht werden.⁴⁸

Der Begriff der „nahestehenden Person“ entspricht der weiten Definition aus den internationalen Rechnungslegungsstandards (IFRS).⁴⁹ Neben Familienmitgliedern werden auch nahestehende Unternehmen erfasst.

Der Begriff des „Geschäfts“ ist ebenfalls weit gefasst. Hierunter fallen gemäß § 111a Abs. 1 S. 1 Nr. 1 AktG alle Rechtsgeschäfte oder Maßnahmen der börsennotierten Gesellschaft, durch die ein Gegenstand oder ein anderer Vermögenswert entgeltlich oder unentgeltlich übertragen oder zur Nutzung überlassen wird (v. a. Käufe, Verkäufe,

35 §§ 120a Abs. 1, Abs. 4 S. 2 AktG.

36 § 124 Abs. 2 S. 3 AktG.

37 § 162 Abs. 3 AktG.

38 § 67d Abs. 1 AktG; ausführlich hierzu *Stiegler*, WM 2019, 620; *Paschos/Goslar*, AG 2019, 365, 366 ff.; *dies.*, AG 2018, 857, 858 ff.; *Schmidt*, NZG 2018, 1201, 1214 ff.

39 *Kuthe/Lingen*, CB 2019, 378, 379.

40 Kritisch hierzu *Paschos/Goslar*, AG 2019, 365, 366.

41 So auch *Bork*, NZG 2019, 738, 739.

42 § 67d Abs. 3 AktG.

43 *Bork*, NZG 2019, 738, 740; *Kuthe/Lingen*, CB 2019, 378, 379.

44 Z. B. § 20 Abs. 1 GwG, vgl. RegE, S. 73.

45 So schon *Bork*, NZG 2019, 738, 739; *Kuthe/Lingen*, CB 2019, 378, 379.

46 *Kuthe/Lingen*, CB 2019, 378, 380.

47 Ausführlich zum Aktionärsschutz bei Geschäften mit nahestehenden Personen gem. § 107 AktG und §§ 111a–c AktG s. *Florstedt*, ZHR 184 (2020) Heft 1, im Erscheinen.

48 Ausführlich zu related party transactions *Müller*, ZIP 2019, 2429.

49 § 111a Abs. 1 AktG (IAS 24).

Dienstleistungen, Sicherheiten).⁵⁰ Ein bloßes Unterlassen stellt jedoch kein zustimmungspflichtiges „Geschäft“ dar.

b) Ausnahmen

Zu beachten ist, dass der europäische Ansatz, alle wesentlichen Geschäfte mit nahestehenden Personen unmittelbar bei Abschluss bekanntzumachen, dem deutschen Regelungsregime zuwiderläuft, bei dem der Schutz vor missbräuchlichen Transaktionen vor allem über konzernrechtliche Vorschriften erfolgt. Daher stellte bereits die Begründung des RegE klar, dass die Richtlinienvorgaben möglichst schonend und unbürokratisch umgesetzt werden sollten.⁵¹

Vor diesem Hintergrund sieht § 111a AktG zahlreiche Ausnahmen von der Zustimmungspflicht bei related party transactions vor.⁵² So sind etwa Geschäfte im ordentlichen Geschäftsgang und zu marktüblichen Konditionen, Geschäfte mit unmittelbaren oder mittelbaren 100%igen Tochtergesellschaften sowie Geschäfte mit Tochterunternehmen (< 100%), die selbst in der EU börsennotiert sind, befreit.⁵³ Die Beurteilung, ob ein Geschäft „marktüblich“ ist, hat maßgeblich anhand allgemeiner Marktpreise zu erfolgen, wobei zum Vergleich ein Geschäft unter unabhängigen Dritten heranzuziehen ist.⁵⁴ Sofern keine allgemeinen Marktpreise ermittelbar sind, können diese auch geschätzt werden.⁵⁵ Hierzu empfiehlt sich die Einholung dreier unabhängiger Angebote. Ausgenommen von der Zustimmungspflicht sind auch Geschäfte auf Grundlage von Unternehmensverträgen, was sämtliche Geschäfte innerhalb eines Konzerns vom Zustimmungserfordernis befreit. Die Ausnahme für den Konzern wird dadurch gerechtfertigt, dass ein Unternehmensvertrag einen fusionsähnlichen Rechtszustand schafft, der eine Gleichbehandlung mit umwandlungsrechtlichen Sachverhalten rechtfertigt.⁵⁶ Ebenso sind Geschäfte im Zusammenhang mit der Vorstands- und Aufsichtsratsvergütung keine „Geschäfte mit nahestehenden Personen“, soweit diese im Einklang mit dem Vergütungssystem bzw. der Beschlussfassung der HV über die Aufsichtsratsvergütung stehen, da hier ausreichender Schutz durch die speziellen Vorschriften zu Vergütungssystem und Vergütungsbericht gewährleistet ist.

c) Schwellenwert

Sofern ein zustimmungspflichtiges Geschäft mit nahestehenden Personen vorliegt, folgt hieraus jedoch nicht zwangsläufig eine Zustimmungsbedürftigkeit. Eine solche besteht gemäß § 111b Abs. 1 AktG nämlich nur dann, wenn der wirtschaftliche Wert des Geschäfts (Zeitwert) oder zusammen mit den innerhalb des laufenden Geschäftsjahres vor Abschluss des Geschäfts mit derselben Person getätigten Geschäften 1,5% der Summe aus Anlage- und Umlaufvermögen überschreitet. Dass nur Geschäfte mit der nahestehenden Person innerhalb eines Geschäftsjahres zu berücksichtigen sind, wurde erstmals im RegE klargestellt, während im RefE noch nicht auf den Abschlussstichtag Bezug genommen wurde.⁵⁷ Durch die klare Stichtagsregelung dürften die für die Aufzeichnung der Geschäfte zuständigen Abteilungen im Unternehmen entlastet werden. Dennoch können im Einzelfall die Erfassung und Bewertung der einzelnen Geschäfte sowie die Prüfung auf ihre Schwellenwertrelevanz zu einem erheblichen Mehraufwand für die Unternehmen führen, sodass eine Implementierung von (automatisierten) Aufzeichnungsprogrammen und eine klare Zuordnung von personellen Verantwortlichkeiten empfehlenswert ist.⁵⁸

Praxishinweis: Unter den Begriff des „Geschäftsjahres“ fällt wohl auch ein Rumpfgeschäftsjahr. Durch die Anpassung des Wortlauts von „12-Monats-Zeitraum“ (RefE) auf „Geschäftsjahr“ (RegE) ist von einer bewussten Entscheidung des Gesetzgebers auszugehen.⁵⁹

Maßgeblich für die Beurteilung ist nach § 111b Abs. 1 AktG der zuletzt festgestellte (!) Jahresabschluss. Dies kann typischerweise zu Beginn eines Geschäftsjahres – mangels vorheriger Feststellung – auch der Jahresabschluss aus dem vorletzten Geschäftsjahr sein. Sofern die Gesellschaft zur Aufstellung eines Konzernabschlusses verpflichtet ist, tritt gemäß § 111b Abs. 3 AktG an die Stelle der Summe des Anlage- und Umlaufvermögens der Gesellschaft die Summe aus dem Anlage- und Umlaufvermögen des Konzerns gemäß § 298 Abs. 1 i.V.m. § 266 Abs. 2 lit. a und b HGB nach Maßgabe des zuletzt gebilligten Konzernabschlusses oder in den Fällen des § 315e HGB die Summe aus den entsprechenden Vermögenswerten des IFRS-Konzernabschlusses.

Praxishinweis: Im RegE war noch ein Schwellenwert von 2,5% (statt 1,5%) vorgesehen, sodass es kurz vor Verabschiedung des ARUG II noch zu einer weitreichenden Anpassung für Unternehmen kam. Die Tragweite ist erheblich, da die Vorschriften zu den related party transactions unmittelbar ohne Übergangsfristen gelten, sodass eine unverzügliche Beachtung/Kontrolle der Einhaltung zwingend geboten ist.⁶⁰

d) Art und Inhalt der Bekanntmachung

Sollte ein nach § 111b Abs. 1 AktG zustimmungspflichtiges Geschäft mit nahestehenden Personen vorliegen, muss die Gesellschaft gemäß § 111c AktG „alle wesentlichen Informationen veröffentlichen, die erforderlich sind, um zu bewerten, ob das Geschäft aus Sicht der Gesellschaft und der Aktionäre, die keine nahestehenden Personen sind, angemessen ist.“⁶¹ Die Publikation muss dabei mindestens Informationen zur Art des Verhältnisses zu den nahestehenden Personen, die Namen dieser Personen sowie das Datum und den Wert des Geschäfts enthalten.⁶²

Die Veröffentlichung hat zudem „unverzüglich“⁶³ und vergleichbar zur Ad-hoc-Publizität zu erfolgen. Dies bedeutet, dass Gesellschaften neben der Bekanntmachung über ein europaweites Medienbündel und im Unternehmensregister auch eine Veröffentlichung und mindestens fünfjährige Bereitstellung auf ihrer Internetseite gewährleisten müssen.

Sollte der vorgenannte Schwellenwert aufgrund einer Aggregation von Geschäften überschritten werden, so sind alle einbezogenen Geschäfte nachträglich zu veröffentlichen.⁶⁴ Einzubeziehen sind auch Geschäfte von Tochtergesellschaften mit nahestehenden Personen der

50 Zur umfassenden Darstellung einzelner Vertragstypen *Vetter*, AG, 2019, 853, 857 ff.

51 RegE, S. 36.

52 Vgl. für eine umfassende Darstellung von Anwendungsfragen der Ausnahmetatbestände *Eisele/Oser*, DB 2019, 1517, 1519 f.

53 § 111a Abs. 3 Nr. 1 AktG.

54 RegE, S. 90.

55 RegE, S. 91.

56 Ausführlich zu Ausnahmen *Eisele/Oser*, DB 2019, 1517, 1519 ff.; *Seulen*, DB 2018, 2915, 2916 ff. (RefE).

57 § 111b Abs. 1 AktG.

58 Hierzu *Paschos/Goslar*, AG 2019, 365, 371; *Kuthe/Lingen*, CB 2019, 378, 381.

59 Zutreffend *Vetter*, AG 2019, 853, 861 m. w. N.

60 Kritisch zu fehlenden Übergangsregelungen- und -fristen *Mutter*, AG 2019, R340, R341.

61 § 111c Abs. 2 S. 3 AktG.

62 *Eisele/Oser*, DB 2019, 1517, 1521.

63 Von einer „unverzüglichen“ Veröffentlichung ist i. d. R. noch bei Veröffentlichung innerhalb von spätestens vier Handelstagen auszugehen (RegE, S. 98).

64 § 111c Abs. 1 S. 2 AktG.

börsennotierten Muttergesellschaft, sofern diese für die Muttergesellschaft selbst offenlegungspflichtig wären.⁶⁵

Praxishinweis: Aufgrund der möglichen Aggregation müssen Geschäfte mittels eines (Compliance-)Systems konzernweit erfasst werden. Dies kann insbesondere für global agierende Konzerne schwierig und aufwendig sein.⁶⁶ Es empfiehlt sich hierzu klare Verantwortlichkeiten festzulegen und die Funktionsfähigkeit des Systems laufend zu überwachen. Gesellschaften, deren Geschäftsjahr bei Inkrafttreten des ARUG II bereits lief, sollten beobachten, ob bereits das laufende Geschäftsjahr und damit ein Zeitraum vor Inkrafttreten des ARUG II für die Aggregation als maßgeblich angesehen wird. Hierzu ist die Rechtslage noch unklar, auch wenn die besseren Gründe (keine Kenntnis/Vorbereitungsmöglichkeit) gegen eine Maßgeblichkeit des bereits laufenden Geschäftsjahrs sprechen.⁶⁷

Für den Fall, dass das Geschäft mit einer nahestehenden Person eine Ad-hoc-Mitteilungspflicht gemäß Art. 17 MAR auslöst, sind die Angaben zum Geschäft gemäß § 111c Abs. 2 AktG zwingend in die Ad-hoc-Mitteilung zu integrieren. In einem derartigen Fall entfällt die Pflicht zur Veröffentlichung gemäß § 111c Abs. 1 AktG.⁶⁸

e) Rechtsfolgen

Eine vorsätzliche Verletzung der Bekanntmachungspflicht kann nach § 405 Abs. 2a Nr. 6, Abs. 4 AktG mit einer Geldbuße von bis zu 500000 Euro geahndet werden.⁶⁹ Sollte das Geschäft auch eine Insiderinformation betreffen, reicht bereits leichtfertiges Verhalten.⁷⁰ Im Übrigen kommt bei Missachtung der Zustimmungspflichten eine persönliche Schadensersatzpflicht der Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder nach allgemeinen Grundsätzen (§§ 93, 116 AktG) sowie eine Strafbarkeit wegen Untreue in Betracht.

4. Erhöhte Transparenz bei der Mitwirkung von institutionellen Anlegern, Vermögensverwaltern und Stimmrechtsberatern

a) Allgemeines

Ein weiterer Schwerpunkt des ARUG II ist die stärkere Regulierung von institutionellen Anlegern, Vermögensverwaltern und Stimmrechtsberatern.

Dies erfolgt vor dem verstärkt zu beobachtenden Trend, dass institutionelle Anleger und Vermögensverwalter eine immer wichtigere Rolle im Rahmen der Corporate Governance einnehmen und vielfach bei der Stimmrechtsausübung die Dienste von Stimmrechtsberatern in Anspruch nehmen.⁷¹ Die wichtigsten Stimmrechtsberater sind hierbei ISS und Glass Lewis mit einem Marktanteil von rund 50%.⁷²

Ziel des ARUG II ist es, die Tätigkeiten der vorgenannten Normadressaten stärker an den Anlegerinteressen und Endbegünstigten auszurichten, um eine am langfristigen Unternehmenserfolg orientierte Unternehmensführung zu fördern. Durch eine bessere Information über die Mitwirkung der Vermögensverwalter und institutionellen Anleger bei der Corporate Governance soll den Anlegern eine bessere Kontrolle und somit eine bewusste Anlageentscheidung ermöglicht werden.⁷³

b) Transparenzpflichten

aa) Institutionelle Anleger und Vermögensverwalter

(1) Inhalt der Transparenzpflichten

Institutionelle Anleger und Vermögensverwalter sollen entweder eine Mitwirkungspolitik erstellen und veröffentlichen oder öffentlich er-

klären, warum sie eine solche Mitwirkungspolitik nicht erstellen und veröffentlichen (comply or explain).

„Institutionelle Anleger“ sind dabei gemäß § 134a Abs. 1 Nr. 1 AktG Lebens- und Rückversicherer sowie Einrichtungen der betrieblichen Altersversorgung, die den in der Norm genannten Spezialvorschriften unterfallen.

Unter „Vermögensverwalter“ fallen nach § 134a Abs. 1 Nr. 2 AktG Finanzdienstleistungsinstitute mit Erlaubnis zur Finanzportfolioverwaltung i. S. d. § 1 Abs. 1a S. 2 Nr. 3 sowie Kapitalverwaltungsgesellschaften mit Erlaubnis nach § 20 Abs. 1 KAGB.

Innerhalb der zu erstellenden und zu veröffentlichen Mitwirkungspolitik ist nach § 134b Abs. 1 AktG vorgesehen, dass darin insbesondere die Grundsätze zur Überwachung von wichtigen Angelegenheiten der Portfoliogesellschaften und die Einflussnahme auf die Kommunikation mit den Portfoliogesellschaften sowie zum Umgang mit Interessenkonflikten festgelegt werden.

Zusätzlich zur Mitwirkungspolitik sollen institutionelle Anleger und Vermögensverwalter gemäß § 134b Abs. 2 AktG zum einen jährlich einen Bericht über die Umsetzung der Mitwirkungspolitik (Mitwirkungsbericht) veröffentlichen, der allgemeine Angaben zu Abstimmungsverhalten, wesentlichen Abstimmungen und dem Einsatz von Stimmrechtsberatern enthält. Zum anderen sollen sie nach § 134b Abs. 3 AktG ihr konkretes Abstimmungsverhalten veröffentlichen, es sei denn, die Stimmabgabe war wegen des Gegenstands der Abstimmung oder des Umfangs der Beteiligung „unbedeutend“. Entsprechend dem RegE sollen vor allem Stimmabgaben zu „rein verfahrensrechtlichen Angelegenheiten“ als unbedeutend angesehen werden, was angesichts der Unbestimmtheit in der Praxis allerdings problematisch sein kann. Die Beteiligung soll dann unbedeutend sein, wenn sie im Verhältnis zu den übrigen Beteiligungen dieses Anlegers sehr gering ist.⁷⁴

(2) Art der Veröffentlichung

Nach § 134b Abs. 5 S. 1 AktG sind die Informationen über die Mitwirkungspolitik, den Mitwirkungsbericht sowie das Abstimmungsverhalten für mindestens drei Jahre auf der Internetseite des institutionellen Anlegers oder Vermögensverwalters öffentlich zugänglich zu machen und zumindest jährlich zu aktualisieren. Institutionelle Anleger können aber stattdessen auch auf die Internetseite der Vermögensverwalter oder andere kostenfrei und öffentlich zugängliche Internetseiten verweisen, wenn dort die Informationen verfügbar sind.

bb) Stimmrechtsberater

(1) Inhalt der Transparenzpflichten

Auch Stimmrechtsberater unterliegen zukünftig stärkeren Transparenzpflichten. Nach § 134d AktG müssen Stimmrechtsberater jährlich erklären, ob und inwieweit sie den Vorgaben eines Verhaltenskodex

65 § 111c Abs. 4 AktG.

66 *Paschos/Goslar*, AG 2018, 857, 870f.; *Kuthe/Lingen*, CB 2019, 378, 382.

67 Überzeugend *Vetter*, AG 2019, 853, 861; s. auch *Eisele/Oser*, DB 2019, 1517, 1523f., die darauf abstellen, dass erst ab Inkrafttreten des ARUG II ein Geschäft überhaupt als „related party transaction“ i. S. d. §§ 111a ff. AktG angesehen werden kann.

68 § 111c Abs. 3 AktG; hierzu *Paschos/Goslar*, AG 2019, 365, 372.

69 Zu den Rechtsfolgen *Tarde*, NZG 2019, 488, 494.

70 § 120 Abs. 15 Nr. 6–11 WpHG.

71 Exemplarisch hierfür ist die Nichtentlastung des Vorstandsvorsitzenden der Bayer AG (Baumann) in der oHV 2019, die maßgeblich auf Empfehlungen von Stimmrechtsberatern zurückging.

72 *Velte*, AG 2019, 893 m. w. N.

73 RefE, S. 30.

74 *Seulen*, DB 2018, 2915, 2920.

entsprechen bzw. nicht entsprechen (comply or explain). Sofern die Stimmrechtsberater keinem Verhaltenskodex folgen, müssen sie zusätzlich auch dies begründen, wobei ihnen kein bestimmter Verhaltenskodex vorgegeben wird.⁷⁵

Innerhalb des RegE wurde exemplarisch auf die Initiative der ESMA und die von mehreren bedeutenden Stimmrechtsberatern erstellten „Best Practice Principles for Shareholder Voting Research & Analysis“ verwiesen, wobei ausdrücklich auch die Verwendung anderer Regelwerke oder die Entwicklung eines eigenen Kodex erlaubt wird.⁷⁶

Nach § 134d Abs. 2 AktG müssen zwingend Informationen veröffentlicht werden zu:

- den wesentlichen Merkmalen der eingesetzten Methoden und Modelle sowie ihren Hauptinformationsquellen;
- den zur Qualitätssicherung sowie zur Vermeidung und zur Behandlung von potentiellen Interessenkonflikten eingesetzten Verfahren;
- der Qualifikation der an der Stimmrechtsberatung beteiligten Mitarbeiter;
- der Art und Weise, wie nationale Marktbedingungen sowie rechtliche, regulatorische und unternehmensspezifische Bedingungen berücksichtigt werden;
- den wesentlichen Merkmalen der verfolgten Stimmrechtspolitik für die einzelnen Märkte;
- der Frage, wie und wie oft das Gespräch mit den betroffenen Gesellschaften und deren Interessenträgern gesucht wird.

Außerdem haben Stimmrechtsberater gemäß § 134d Abs. 4 AktG ihre Kunden unverzüglich über Interessenkonflikte sowie über diesbezügliche Gegenmaßnahmen zu informieren. Dies kann vor allem dann praxisrelevant sein, wenn Stimmrechtsberater zugleich auch börsennotierte Gesellschaften zu Fragen der Corporate Governance beraten.⁷⁷

(2) Veröffentlichung der Informationen

Die vorgenannten zu veröffentlichenden Informationen müssen gesondert oder gebündelt auf der Internetseite des Stimmrechtsberaters für mindestens drei Jahre öffentlich zugänglich gemacht und jährlich aktualisiert werden.

cc) Rechtsfolgen bei Verstößen gegen die Transparenzpflichten

Im Falle von Verstößen gegen die neuen Transparenzpflichten (jeweilige Informationsbereitstellung auf der Homepage) der institutionellen Anleger, Vermögensverwalter und Stimmrechtsberater drohen Bußgelder.⁷⁸ Es ist noch offen, ob und wenn ja, in welchem Umfang daneben eine zivilrechtliche Haftung in Betracht kommt. Diese Frage wurde bereits nach dem RegE ausdrücklich der Rechtsprechung und Wissenschaft überlassen.⁷⁹ Denkbar erscheinen insoweit Schadenersatzansprüche nach § 823 Abs. 2 BGB, sofern den neuen gesetzlichen Transparenzpflichten Schutzgesetzcharakter im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB zugemessen wird.⁸⁰

5. Weitere Auswirkungen durch das ARUG II

a) Weitere HV-Auswirkungen

Insbesondere für Gesellschaften mit Namensaktien ändern sich durch das ARUG II auch die Einberufungsmodalitäten für HVs, die nach dem 3.9.2020 einberufen werden.⁸¹ Hierbei ist § 125 AktG relevant, der auch für nicht börsennotierte Gesellschaften gilt und die Mitteilung der Einberufung der HV näher regelt.

Gesellschaften, die zumindest auch Inhaberaktien begeben, haben demnach die Einberufung der HV mindestens 21 Tage vor derselben den Intermediären mitzuteilen, die Aktien der Gesellschaft verwahren. Für Gesellschaften, die (auch) Namensaktien begeben haben, wird gemäß § 125 Abs. 2 AktG der Versandstichtag (Einladungen) an Aktionäre vom Beginn des 14. Tages auf den Beginn des 21. Tages vor der HV vorverlegt, wodurch ein Gleichlauf mit dem Fristenregime für Inhaberaktien hergestellt werden soll.⁸² Aktionäre, die nach dem 21. Tag vor der HV ins Aktienregister eingetragen werden, sind teilnahmeberechtigt, haben aber keinen Anspruch auf eine persönliche Mitteilung.⁸³ Gestrichen wird für Gesellschaften mit Namensaktien die nach § 125 Abs. 2 S. 2 AktG a.F. vorgesehene Möglichkeit, per Satzungsregelung die Übermittlung an Aktionäre auf den Weg elektronischer Kommunikation zu beschränken. Für die Informationsübermittlung an Intermediäre verweist § 125 Abs. 5 S. 2, 3 AktG entsprechend auf die § 67a und § 67b AktG, sodass eine elektronische Kommunikation verpflichtend ist, wobei nicht börsennotierte Gesellschaften und ihre Intermediäre die Bestimmungen der Durchführungsverordnung (EU) 2018/1212 gemäß § 125 Abs. 5 S. 5 AktG nicht beachten müssen.⁸⁴

Das ARUG II erleichtert die HV-Einberufung per E-Mail, indem gemäß § 67 Abs. 1 S. 1 AktG eine elektronische Adresse in das Aktionärsregister aufzunehmen ist und gemäß § 121 Abs. 4 S. 2 AktG die (elektronische) Mitteilung über die Einberufung an den im Aktienregister Eingetragenen genügen soll.⁸⁵

Darüber hinaus kann gemäß § 129 Abs. 5 AktG jeder Abstimmende innerhalb eines Monats nach der HV eine Bestätigung darüber verlangen, ob und wie seine Stimmen gezählt wurden, wobei die Gesellschaft die entsprechende Information „unverzüglich“ geben muss.⁸⁶ Die Intermediäre sind verpflichtet, die Bestätigungen solange weiterzuleiten bis sie den Aktionär erreichen.

b) Auswirkungen auf Konzernabschlüsse

Im Zuge des ARUG II wurde zudem durch eine Modifikation der §§ 291, 292 HGB klargestellt, dass ein deutsches Mutterunternehmen, welches in einem nach ausländischem Recht aufgestellten übergeordneten Konzernabschluss einbezogen wurde, von der Verpflichtung zur Aufstellung eines handelsrechtlichen (Teil-)Konzernabschlusses befreit wird. Ausreichend ist es, den EU/EWR-Konzernabschluss und -lagebericht des übergeordneten Mutterunternehmens mit Sitz innerhalb der EU oder dem EWR nebst Bestätigungsvermerk (bzw. Versagungsvermerk) in englischer Sprache offenzulegen. Durch die Veränderung des Wortlauts von § 292 HGB („oder englischer“) gilt dies entsprechend auch für Konzernabschlüsse von Mutterunternehmen mit Sitz in einem Drittstaat.⁸⁷

75 Kritisch zum bloßen „comply or explain“-Ansatz *Velte*, AG 2019, 893, 897.

76 RegE, S. 121.

77 *Paschos/Goslar*, AG 2018, 857, 873.

78 § 405 Abs. 2a i.V.m. § 134b Abs. 3, § 134c Abs. 3, § 134d Abs. 3 AktG.

79 RegE, S. 123.

80 *So Tröger*, ZGR 2019, 126, 155.

81 BT-Drs. 19/15153, 43; umfassend *Noack*, DB 2019, 2785.

82 *Wolfarth*, HV Magazin 4/2019, 16; *Paschos/Goslar*, AG 2019, 365, 367; *Bork*, NZG 2019, 738, 742; *Hoppe*, NZG 2019, 1401, 1402; *Kuthe/Lingen*, CB 2019, 378, 380.

83 *Noack*, DB 2019, 2785, 2787 m.w.N.

84 *Paschos/Goslar*, AG 2019, 365, 367.

85 *Hoppe*, NZG 2019, 1401, 1402.

86 *Wolfarth*, HV Magazin, 4/2019, 16; *Noack*, DB 2019, 2785, 2790.

87 BT-Drs. 605/19, 19.

III. Fazit

Durch das ARUG II entstehen zahlreiche neue Herausforderungen für die Unternehmensleitung und Compliance-Abteilungen. Primär sind dabei die Pflicht zur Erstellung eines Vergütungssystems und Vergütungsberichts für die Leitungsorgane zu nennen. Hier gilt es, ein möglichst harmonisches Gesamtkonzept zu entwickeln, welches u. a. die Vorgaben aus dem ARUG II sowie die Detailangaben aus dem (in Kürze) reformierten DCGK umsetzt. Aufgrund von entsprechenden Übergangsvorschriften im ARUG II bleibt hierzu genügend Zeit. Hingegen sind die neuen Zustimmungs- und Publikationspflichten bei related party transactions unmittelbar zu befolgen. Folglich müssen insoweit unverzüglich geeignete Kontrollinstrumente innerhalb der Unternehmen implementiert werden.

Madeleine Zipperle ist Rechtsanwältin bei Heuking Kühn Lüer Wojtek in Köln. Sie berät (kapitalmarktorientierte) Unternehmen, insbesondere in Finanzierungsfragen. Daneben gewährleistet sie die laufende gesellschaftsrechtliche Beratung, einschließlich der Implementierung gut funktionierender Compliance.



Dr. Gero Lingen ist Rechtsanwalt bei Heuking Kühn Lüer Wojtek in Köln. Er berät Unternehmen im Kapitalmarkt- und Gesellschaftsrecht/M&A. Seine Tätigkeitschwerpunkte liegen im Bereich der Unternehmensfinanzierung sowie kapitalmarktbezogenen Compliance-Beratung.



Ulf Reuker, LL.M., RA, und Sebastian Wagner, RA

Strafrechtliche Risiken der Werbung für Glücksspielanbieter

Laut der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 26.10.2017 (Az. 8 C 18/16) ist das – auch nach Inkrafttreten des dritten Glücksspieländerungsstaatsvertrags am 1.1.2020 geltende – Internetverbot in § 4 Abs. 4 GlüStV verfassungs- und unionsrechtskonform. Dieses Urteil hat nicht nur Bedeutung auf Ebene des Wirtschaftsverwaltungsrechts, sondern dürfte sich auch strafrechtlich auswirken. Betroffen sind hiervon neben den Betreibern sog. Online-Casinos, denen eine Strafbarkeit wegen der unerlaubten Veranstaltung eines Glücksspiels droht, auch diejenigen Personen und Personenvereinigungen, die für ein bestimmtes Online-Casino oder – wie z. B. Fußballvereine und -verbände – jedenfalls für das dahinterstehende Glücksspielunternehmen werben. Welche strafrechtlichen Risiken diesbezüglich drohen und wie sich diese ggf. minimieren lassen, ist Gegenstand des nachfolgenden Beitrags.

I. Einleitung

Trotz des in § 4 Abs. 4 Glücksspielstaatsvertrag (GlüStV) geregelten Verbots der Veranstaltung öffentlicher Glücksspiele im Internet¹ ist es bundesweit möglich, mittels Desktop-Computer, Tablets oder Smartphones in hunderten sogenannter Online-Casinos die virtuellen Varianten von Casinospiele wie Black Jack und Roulette oder an virtuellen Spielautomaten um echtes Geld zu spielen. Die Veranstalter dieser internetbasierten Glücksspiele – zu denen auch die großen Sportwettenanbieter Tipico und bwin zählen – vertreten Medienberichten zufolge die Auffassung, dass sie aufgrund der ihnen im Ausland erteilten Lizenzen berechtigt seien, ihre virtuellen Casinospiele in der gesamten Europäischen Union und damit auch gegenüber Spielern in Deutschland anzubieten. Das dem entgegenstehende Online-Verbot des Glücksspielstaatsvertrags verstoße nach ihrem Dafür-

halten gegen höherrangiges Europarecht und sei deshalb nicht anwendbar.²

Wie diversen Pressemeldungen zu entnehmen ist, sehen dies die deutschen Behörden jedoch (inzwischen) offenbar anders: So haben sich die Landesmedienanstalten der Bundesländer im Februar 2019 mit einem gemeinsamen Brief an die Betreiber hunderter privater Fernseh- und Radiosender in Deutschland gewandt und diese unter Hinweis auf die Illegalität des Betriebs von Online-Casinos dazu aufgefordert, keine entsprechende Werbung mehr auszustrahlen.³ Ende März wurde zudem bekannt, dass die Bezirksregierung Düsseldorf ein ordnungsbehördliches Verfahren gegen den Bundesligaverein Borussia Dortmund wegen seiner Werbung für den Glücksspielanbieter bwin eingeleitet hat. Anlass hierfür sei nach Berichten von WDR,⁴ Süddeutsche.de⁵ und Zeit Online⁶ der Umstand gewesen, dass bwin „neben Sportwetten auch nach deutschem Recht verbotene Online-Casi-

¹ Danach ist die Veranstaltung von Online-Casinospiele jedenfalls bis zum Ablauf des 30.6.2021, dem Zeitpunkt des Außerkrafttretens des aktuellen Glücksspielstaatsvertrages, generell verboten. Ob und inwieweit sich dies ab dem 1.7.2021 ändert, wird gegenwärtig zwischen den Bundesländern kontrovers diskutiert.

² „Illegale Online-Casinos machen weiter“ vom 7.3.2019 unter <https://www.tagesschau.de/inland/online-casinos-101.html> (Abruf: 19.6.2019).

³ „Online-Casinos: Medienaufsichten setzen Werbeverbot durch“ vom 6.3.2019 <https://www.morgenpost.de/wirtschaft/article216606683/Online-Casinos-Medienaufsichten-setzen-Werbeverbot-durch.html> (Abruf: 19.6.2019); „Das Ende der Dreistigkeit“, v. 6.3.2019 <https://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/2.220/gluecksspiele-das-ende-der-dreistigkeit-1.4357214> (zuletzt abgerufen am 6.3.2019); „Keine Werbung für illegale Online-Casinos“ vom 6.3.2019 unter <https://www.tagesschau.de/inland/gluecksspiel-privatsender-101.html> (Abruf: 19.6.2019).

⁴ „Bezirksregierung stellt BVB-Werbung infrage“ unter: <https://www1.wdr.de/nachrichten/investigatives/bvb-gluecksspiel-100.html> (Abruf: 19.6.2019).

⁵ „Verfahren gegen den BVB“ vom 29.3.2019 unter <https://www.sueddeutsche.de/sport/bvb-gluecksspiel-werbung-verfahren-bezirksregierung-1.4389105> (Abruf: 19.6.2019).

⁶ „Verfahren gegen Borussia Dortmund eingeleitet“ vom 30.3.2019 unter <https://www.zeit.de/sport/2019-03/unerlaubtes-gluecksspiel-borussia-dortmund-verfahren-bezirksregierung-duesseldorf-werbeverbot-bwin?print> (Abruf: 19.6.2019).