

Vorstands-Incentives bei Unternehmensübernahmen

Zur AGB-rechtlichen Kontrolle von Leistungsvorbehalten

von
Dr. Matthias Lüttges

1. Auflage

Nomos Baden-Baden 2015

Verlag C.H. Beck im Internet:
www.beck.de

ISBN 978 3 8487 1846 7

Heidelberger Schriften
zum Wirtschaftsrecht und Europarecht

72

Matthias Lüttges

Vorstands-Incentives bei Unternehmensübernahmen

Zur AGB-rechtlichen Kontrolle von Leistungsvorbehalten



Nomos

Heidelberger Schriften
zum Wirtschaftsrecht und Europarecht

Herausgegeben von
Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Peter Hommelhoff
Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Peter-Christian Müller-Graff

Band 72

Matthias Lüttges

Vorstands-Incentives bei Unternehmensübernahmen

Zur AGB-rechtlichen Kontrolle von Leistungsvorbehalten



Nomos

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Erfurt, Univ., Diss., 2014

ISBN 978-3-8487-1846-7 (Print)

ISBN 978-3-8452-5853-9 (ePDF)

1. Auflage 2015

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2015. Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Inhaltsverzeichnis

Kapitel 1: Einführung	19
A. Einleitung	19
B. Gang der Abhandlung	24
Kapitel 2: Grundlagen zu Leistungsvorbehalten bei Incentive-Zahlungen an Vorstandsmitglieder	27
A. Zweck und rechtliche Einordnung von Sonderzahlungen an Vorstandsmitglieder bei Unternehmensübernahmen	27
I. Grundlegendes zu den Erwerbsformen bei Unternehmensübernahmen	28
II. Regelungsgehalt von Incentive-Vereinbarungen unter Leistungsvorbehalt	29
1. Leistungsinhalt von Incentive-Vereinbarungen	30
2. Zweck und Rechtfertigung einer Incentive-Vereinbarung	30
a. Divergenz der Interessen von Aktionären und Vorstandsmitgliedern der Zielgesellschaft bei einer Unternehmensübernahme	31
aa. Interessen der Vorstandsmitglieder	31
i. Angst vor Positionsverlust und Reduzierung der bisherigen Bezüge	31
ii. Sicherheitspräferenz, Risikoaversion und persönliche Befindlichkeiten des Managements	32
iii. Möglichkeit der Einflussnahme und Eigennutzmaximierung bei den Vorstandsmitgliedern	34
bb. Interessen der Aktionäre	36
cc. Interessenkonflikt	37
b. Bestehender Principal-Agent-Konflikt	38
aa. Theoretischer Rahmen der Agency-Theorie	39
i. Teil der Institutionenökonomik	39
ii. Ausgangslage der Agency-Theorie	40

Inhaltsverzeichnis

iii. Zugrunde liegendes menschliches Verhaltensmodell der Agency-Theorie	41
iv. Auswirkungen des Verhaltensmodells im Agency-Modell	42
v. Kostenfolgen	44
bb. Kritik an dem Agency-Modell und Stellungnahme	45
cc. Auswirkungen auf den Konflikt zwischen Vorstand und Aktionären	46
c. Schlussfolgerung und Auswirkung auf den Interessenkonflikt	48
3. Instrumente zur Lösung der Interessenkonflikte	49
a. Ausgleich des Informationsdefizits durch restriktive Kontroll- und Haftungsregelungen	49
b. Entzug der Kompetenzen des Vorstandsmitglied als Alternative	51
c. Anreizorientierte Auflösung des Interessenkonflikts	53
aa. Generelle Zweifel an der Eignung eines finanziellen Anreizes zur Verhaltenssteuerung bei der Vorbereitung und Durchführung der Unternehmensübernahme	54
bb. Keine rechtliche Relevanz der Zweifel	56
d. Stellungnahme zur Auflösung des Interessenkonflikts	59
4. Zwischenergebnis	61
III. Rechtliche Einordnung und Erscheinungsformen von Incentive-Vereinbarungen an Vorstandsmitglieder	62
1. Tantiemen	62
2. Change-of-Control-Klauseln	65
3. Take-Over-Boni	67
4. Anerkennungsprämien	68
5. Abfindungen	69
6. Stellungnahme und Zwischenergebnis	70
B. Gesellschafts- und übernahmerechtliche Zulässigkeit der Incentive-Vereinbarung	73
I. Unterscheidung der Zulässigkeit nachdem Zeitpunkt der Vereinbarung einer Incentive-Zahlung	73

1. Zulässigkeit von Incentive-Zahlungen bei Vereinbarung bereits im Anstellungsvertrag	75
a. Generelle Bedenken gegen Sonderzahlungen an Vorstandsmitglieder	75
b. Generelle Zulässigkeit	77
c. Stellungnahme	78
d. Zwischenergebnis	80
2. Nachträgliche Incentive-Zahlung ohne vertragliche Grundlage	80
a. Keine Regelung durch das VorstAG	81
b. Zulässigkeitsprüfung	82
aa. Erste Ansicht: Zulässigkeit aufgrund unternehmerischer Ermessensentscheidung des Aufsichtsrates	82
i. Erforderlichkeit einer nachträglichen Vergütungskorrektur	83
ii. Problem des cash-in bei der Vereinbarung von Sonderzahlungen bereits im Anstellungsvertrag	88
iii. Vergleichbarkeit mit zulässiger Ermessensstantieme	88
bb. Zweite Ansicht: Unzulässigkeit wegen fehlender Anreizwirkung und Verstoßes gegen das Unternehmensinteresse	89
i. Verschwendung von Gesellschaftsvermögen	89
ii. Ausgeglichene Risikoverteilung und Vergütungsregelung im Anstellungsvertrag	91
iii. Zumutbarkeit der Vertragserfüllung	93
iv. Keine Vergleichbarkeit mit Ermessenstantieme	94
cc. Stellungnahme	94
dd. Zwischenergebnis	96
3. Gesonderte Vereinbarung von Sonderzahlungen im Vorfeld einer sich anbahnenden Unternehmensübernahme	96
a. Unzulässigkeit als Umgehung der Grundsätze zur Verschwendung	96
b. Zulässigkeit der Incentive-Zahlungen bei Angemessenheit	98
c. Stellungnahme	99
4. Ergebnis	101
II. Kein Verstoß gegen § 33 WpÜG	102

Inhaltsverzeichnis

1. Erste Ansicht: § 33 WpÜG auf Incentive-Vereinbarungen nicht anwendbar	103
2. Zweite Ansicht: Generelle Verhinderungswirkung von Leistungsversprechen an Vorstandsmitglieder	104
3. Dritte Ansicht: Abgrenzung nach Verhinderungseignung	105
4. Stellungnahme	105
III. Zwischenergebnis	107
C. Anwendbarkeit von AGB-Recht auf Vergütungsvereinbarungen mit Vorstandsmitgliedern	107
I. Grundsatz: Privatautonomie im Vertragsrecht	108
II. Feststellung des Verwendungszwecks von AGB unter Hinzuziehung des Zwecks von AAB	109
1. Verwendungszweck von AGB	109
2. Verwendungszweck von vorformulierten Arbeits- und Vergütungsbedingungen	110
3. Vergleichbarkeit von AAB und AGB mit Vergütungsvereinbarungen mit Vorstandsmitgliedern	112
III. Gründe für die unveränderte Hinnahme von AGB	113
1. Gründe für die Hinnahme von AGB durch den Vertragspartner	113
a. Unveränderte Hinnahme von AGB aufgrund struktureller Unterlegenheit des Vertragspartners	113
aa. Wirtschaftliche oder soziale Unterlegenheit	114
bb. Ungleichgewichtslage als Rückschluss aus vertraglichem Ergebnis	115
cc. Ungleichgewicht als Folge der spezifischen Vertragsabschlussituation	115
dd. Keine Überforderung der Selbstverantwortung hinsichtlich des konkreten Vertrags	118
b. Ökonomische Analyse: Akzeptanz als Folge eines Marktversagens	119
aa. Grundlagen zur ökonomischen Analyse in Bezug auf die Verwendung von AGB	120
bb. Hinnahme von AGB durch den Vertragspartner aufgrund unverhältnismäßiger Transaktionskosten	123

c.	Hinnahme der AGB durch den Vertragspartner aufgrund wirtschaftlicher Selbstbestimmung	127
d.	Stellungnahme	127
2.	Berücksichtigung der besonderen Situation von AAB	130
3.	Einordnung der unveränderten Hinnahme von Incentive- Vereinbarungen durch die Vorstandsmitglieder	133
IV.	Rechtfertigung der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle	135
1.	Schutz der Vertragsgestaltungsfreiheit als Selbstzweck	136
2.	Klassischer Ansatz: Schutz der schwächeren Vertrags- partei vor den Folgen wirtschaftlicher Unterlegenheit	136
3.	Rechtfertigung nach der ökonomischen Analyse: Reaktion auf ein Transaktionskostenproblem	139
a.	Individueller Rechtfertigungsansatz	140
b.	Überindividueller Rechtfertigungsansatz	141
4.	Vorrangige Wirkung selbstregulierender Markt- mechanismen	143
a.	Berücksichtigung der Nichtabschlussfreiheit	143
aa.	Eingeschränkte Einflussnahme mit Individual- verträgen vergleichbar	143
bb.	Verweis bei funktionierendem Konditionen- wettbewerb	145
b.	Ausgleich des Marktversagens aufgrund Wettbewerb von AGB mit dispositivem Recht	147
c.	Reputation	149
d.	Stellungnahme	150
5.	Berücksichtigung von Erwägungen zu AAB	151
6.	Stellungnahme und Bezug zur Incentive-Vereinbarung	152
V.	Ergebnis	157
D.	Zusammenfassung Kapitel 2	158
Kapitel 3: AGB-rechtliche Inhaltskontrolle von Incentive- Zahlungen im Ermessen des Unternehmens		
A.	Vorliegen der Voraussetzungen von AGB im Sinne der §§ 305 ff. BGB	159
I.	Vertragsbedingungen	159

Inhaltsverzeichnis

1. Begriffsbestimmung von Leistungs- und Widerrufs- vorbehalten	160
a. Leistungsvorbehalte	160
aa. Begriffliche Konkretisierung des Freiwillig- keitsvorbehalts	160
bb. Begriffliche Konkretisierung des Ermessens- vorbehalts	161
cc. Abgrenzung Freiwilligkeits- und Ermessens- vorbehalt	162
dd. Zwischenergebnis	162
b. Widerrufsvorbehalte	163
c. Abgrenzung der Leistungs- von den Widerrufs- vorbehalten	163
d. Anwendbarkeit von Leistungs- und Widerrufs- vorbehalten auf Incentive-Vereinbarungen	164
2. Einordnen von Leistungsvorbehalten als Vertrags- bedingungen im Sinne der §§ 305 ff. BGB	165
a. Erste Ansicht: Keine Vertragsbedingung	165
b. Zweite Ansicht: Verhinderungswille und Abwei- chung von dem Grundsatz des „pacta sunt servanda“	167
c. Stellungnahme	168
3. Zwischenergebnis	171
II. Voraussetzungen des Merkmals der Vorformulierung für eine Vielzahl von Fällen	171
III. Voraussetzungen des Merkmals des Stellens	172
1. Bestimmung des Verwenders	173
2. Vorgang des Stellens	173
3. Vorbehaltloses Akzeptieren der Klausel	175
a. Weite Auslegung des Stellens	175
b. Differenzierte Betrachtung	175
c. Stellungnahme und Zwischenergebnis	176
IV. Kein Aushandeln im Sinne von § 305 Abs. 1 S. 3 BGB	177
V. Einbeziehung	178
VI. Zwischenergebnis	178
B. AGB-rechtliche Inhaltskontrolle von Leistungsvorbehalten bei Incentive-Zahlungen	178

I.	Kein Ausschluss des Anwendungsbereiches des AGB-Rechts	179
1.	Keine Inhaltskontrolle von Entgeltvereinbarungen	179
a.	Freie Preisbildung durch funktionierende Märkte	179
b.	Inhaltskontrolle bei Ungleichgewicht und Einheitsregelungen sowie bei Preisnebenabreden	180
c.	Stellungnahme und Zwischenergebnis	181
2.	Keine Inhaltskontrolle von Zielvereinbarungen	182
a.	Definition von Zielvereinbarungen	182
b.	Definition von Zielvorgaben	182
c.	Stellungnahme und Abgrenzung zu Incentive-Zahlungen	183
d.	Zwischenergebnis	184
3.	Kein Vorliegen einer Bereichsausnahme für das Arbeitsrecht gemäß § 310 Abs. 4 BGB	184
4.	Zwischenergebnis	184
II.	Verstoß gegen Regelungen der §§ 309, 308 BGB	185
1.	Anwendbarkeit auf Vorstandsmitglieder	185
2.	Verstoß gegen § 309 BGB	186
3.	Verstoß gegen § 308 Nr. 3 BGB	186
4.	Verstoß gegen § 308 Nr. 4 BGB	186
a.	Anwendbarkeit auf Widerrufsvorbehalte	187
b.	Anwendbarkeit auf Freiwilligkeits- und Ermessensvorbehalte	188
c.	Zwischenergebnis	189
III.	Verstoß gegen § 307 BGB	189
1.	Unvereinbarkeit der Abweichung in den AGB mit den Grundgedanken einer arbeitsvertraglichen Vergütung	189
a.	Bestimmung des Prüfungsgegenstands: Bewertung von Sonderzahlungen an Arbeitnehmer	190
aa.	Heranziehung der Grundsätze zum Entgelt im engeren und weiteren Sinn	191
i.	Arbeitsentgelt im engeren Sinn	191
ii.	Arbeitsentgelt im weiteren Sinn	192
bb.	Differenzierung nach laufendem Entgelt und Sonderleistung	193
i.	Laufende Vergütung	193
ii.	Sonderzahlungen	194

Inhaltsverzeichnis

cc.	Stellungnahme und Zwischenergebnis	194
dd.	Begriffsbestimmung und Einordnung verschiedener Typen von Sonderzahlungen	195
i.	Arbeitsleistungsbezogene Sonderzahlung	195
ii.	Gratifikation/Sonderleistung	196
iii.	Gratifikation mit Mischcharakter	198
iv.	Zielboni als erfolgsbezogene Sonderzahlung	199
v.	Bewertung von Incentive-Zahlungen	201
vi.	Zwischenergebnis	202
b.	Angemessenheit von Freiwilligkeitsvorbehalten bei Sonderzahlungen	202
aa.	Kriterien der Angemessenheit von Freiwilligkeitsvorbehalten	203
bb.	Freiwilligkeitsvorbehalte bei Entgelt im engeren Sinn	205
i.	Erste Ansicht: Generelle Unzulässigkeit bei Entgelten im engeren Sinn	205
(1)	Unzulässiger Eingriff in das Synallagma	206
(2)	Überwiegen des Vertrauens des Arbeitnehmers in Erhalt der Leistung	206
(3)	Unzulässigkeit wegen Verhaltenssteuerung und besonderer Motivation des Arbeitnehmers	208
(4)	Vorleistungspflicht des Arbeitnehmers	209
ii.	Zweite Ansicht: Berücksichtigung beiderseitiger Interessen	209
(1)	Widersprüchlichkeit der Argumentation des BAG	209
(2)	Abwägung des Vertrauensschutzes des Arbeitnehmers und der wirtschaftlichen Interessen des Arbeitgebers	210
(3)	Unbeachtlichkeit eines Marktversagens bei Vertragsschluss	211
(4)	Verzicht auf Sonderzahlungen bei Unzulässigkeit von Freiwilligkeitsvorbehalten	211
iii.	Stellungnahme	211
cc.	Freiwilligkeitsvorbehalte bei Entgelten im weiteren Sinn	213
dd.	Berücksichtigung der Ansicht des 10. Senates des BAG zur Angemessenheit bei Sonderzahlungen	215

ee.	Auswirkungen der Rechtsprechungen des 5. und 10. Senats auf das Ergebnis	217
ff.	Zwischenergebnis	219
c.	Besonderheiten bei Ermessensvorbehalten	219
aa.	Konkurrenz der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle gemäß §§ 307 ff. BGB zur Billigkeitskontrolle gemäß §§ 315 ff. BGB	220
bb.	Gesetzliche Regelungen zu Ermessensvorbehalten	221
cc.	Generell mögliche Ermessensgrade	222
i.	Billiges Ermessen	223
(1)	Begriffsbestimmung	223
(2)	Kritik an der Begrifflichkeit und Stellungnahme	224
ii.	Freies Ermessen	226
iii.	Freies Belieben und Willkürverbot	227
iv.	Einfaches Ermessen	228
v.	Stellungnahme und Zwischenergebnis	228
dd.	Generelle Möglichkeit der Vereinbarung von Ermessensvorbehalten in arbeitsvertraglichen Entgeltregelungen	229
ee.	Angemessenheitsabwägung bei Ermessensvorbehalten in vorformulierten Vertragsbedingungen	230
ff.	Zwischenergebnis	231
d.	Vergleichbarkeit von Sonderzahlungen an Arbeitnehmer mit Incentive-Zahlungen an Vorstandsmitglieder	232
e.	Anwendbarkeit der Grundsätze zu Sonderzahlungen an Arbeitnehmer auch auf Vorstandsmitglieder	234
aa.	Voraussetzungen der Arbeitnehmerstellung	235
i.	Klassischer Arbeitnehmerbegriff	235
(1)	Merkmale des Arbeitsvertrags als schuldrechtliches Austauschverhältnis	236
(aaa)	Besondere Treue- und Fürsorgepflichten	236
(bbb)	Vertragliche Aufgabe der freien Dispositionsmöglichkeit	237
(ccc)	Kollektiver Einschlag des Arbeitsverhältnisses	237
(2)	Persönliche Abhängigkeit als zentrales Merkmal	237

Inhaltsverzeichnis

(3)	Keine Verpflichtung zu konkretem Erfolg und kein eigenes unternehmerisches Risiko	238
ii.	Weitere Differenzierung der Merkmale der Arbeitnehmereigenschaft	239
(1)	Weisungsgebundenheit als zentrales Merkmal der Arbeitnehmereigenschaft	240
(2)	Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation	241
(3)	Fremdnützigkeit als Merkmal der persönlich abhängigen Arbeit	242
bb.	Besondere Merkmale des Anstellungsverhältnisses eines Vorstandsmitglieds	242
i.	Gesellschaftsrechtliche Prägung des Anstellungsverhältnisses	243
ii.	Funktion als Arbeitgeber	243
iii.	Gegenstand des Anstellungsvertrages	244
iv.	Abhängigkeitslage zum Anstellungsunternehmen	245
cc.	Vergleich der Stellung von Vorstandsmitgliedern mit Arbeitnehmern	245
i.	Keine gesetzliche Festlegung	246
ii.	Ablehnung der Arbeitnehmereigenschaft für Vorstandsmitglieder aufgrund gesellschaftsrechtlicher Wertungen	247
(1)	Keine persönliche Abhängigkeit	247
(2)	Keine arbeitnehmerähnliche Einbindung des Vorstandsmitglieds	248
(3)	Eigenverantwortlichkeit des Vorstands	249
f.	Zwischenergebnis	250
2.	Abweichung von allgemeinvertraglichen Grundsätzen	251
a.	Anwendbarkeit des Äquivalenzprinzips als Kontrollmaßstab	252
aa.	Allgemeine Rechtsgedanken als Maßstab im Rahmen der Interessenabwägung gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB	252
bb.	Äquivalenzprinzip als tauglicher Prüfungsmaßstab für Leistungsvorbehalte	254
b.	Angemessenheit des Leistungsvorbehalts am Maßstab des Äquivalenzprinzips	256
aa.	Vorliegen eines gegenseitigen Vertrags	257

i.	Erste Ansicht: Ablehnung des Gegenseitigkeitsverhältnisses	258
ii.	Zweite Ansicht: Differenzierte Bewertung	258
iii.	Stellungnahme	259
bb.	Prüfung der Unzumutbarkeit des Eingriffs in das Gegenseitigkeitsverhältnis durch den Leistungsvorbehalt	260
i.	Gründe für die Zumutbarkeit des Eingriffs	260
ii.	Gründe für die Unzumutbarkeit des Eingriffs	262
iii.	Berücksichtigung der Besonderheiten des gesellschafts- und arbeitsrechtlichen Einschlags	263
(1)	Unzumutbarkeit aufgrund aktienrechtlicher Bedenken	263
(aaa)	Erste Ansicht: Unvereinbarkeit des Leistungsvorbehalts mit der aktienrechtlichen Systematik	263
(bbb)	Zweite Ansicht: Vereinbarkeit aufgrund Gleichlaufs mit Ermessensvorbehalten	264
(ccc)	Stellungnahme und Zwischenergebnis	265
(2)	Berücksichtigung der Erwägungen zu Leistungsvorbehalten bei Sonderzahlungen an Arbeitnehmer	266
(aaa)	Erste Ansicht: Generelle Ablehnung der Anwendung von arbeitsrechtlichen Schutzprinzipien	266
(bbb)	Zweite Ansicht: Anwendbarkeit der Schutzprinzipien aufgrund eines vergleichbaren Schutzes des Vertrauens in den Erhalt der Incentive-Zahlung	267
(ccc)	Stellungnahme: Anwendbarkeit von Arbeitnehmerschutzprinzipien im Einzelfall	270
iv.	Konkrete Abwägung	273
(1)	Berücksichtigung der maßgeblichen arbeitsrechtlichen Schutzprinzipien	273
(2)	Rechtsmissbräuchlichkeit der Kombination einer konkreten Erfolgsvergütung mit einem Leistungsvorbehalt	275
(3)	Unbeachtlichkeit der „Doppelvergütung“	276
3.	Zwischenergebnis	277

Inhaltsverzeichnis

C. Rechtsfolge der Unangemessenheit	279
I. Geltungserhaltende Reduktion	279
II. Ergänzende Vertragsauslegung	280
III. Aufspaltung der umstrittenen Klausel	281
IV. Stellungnahme und Zwischenergebnis	282
D. Zusammenfassung Kapitel 3 und Verbesserungsvorschlag	282
 Kapitel 4: Endergebnis	 285
 Literaturverzeichnis	 293