

Sönke Engelke

Rückforderung variabler Vorstandsvergütung

Wissenschaftliche Beiträge aus dem Tectum Verlag

Reihe Rechtswissenschaft

Wissenschaftliche Beiträge aus dem Tectum Verlag

Reihe Rechtswissenschaft

Band 191

Sönke Engelke

Rückforderung variabler Vorstandsvergütung

Tectum Verlag

Sönke Engelke
Rückforderung variabler Vorstandsvergütung

Wissenschaftliche Beiträge aus dem Tectum Verlag
Reihe: Rechtswissenschaft; Bd. 191

Zugl. Diss. Westfälische Wilhelms-Universität Münster 2022

© Tectum – ein Verlag in der Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2022
ePDF 978-3-8288-7919-5
(Dieser Titel ist zugleich als gedrucktes Werk unter der ISBN
978-3-8288-4807-8 im Tectum Verlag erschienen.)
ISSN 1861-7875

Gesamtverantwortung für Herstellung:
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG

Alle Rechte vorbehalten

Besuchen Sie uns im Internet
www.tectum-verlag.de

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

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Februar 2022 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur sind bis März 2022 berücksichtigt. Kommentare und Handbücher sind im Mai 2022 noch einmal aktualisiert worden.

Bedanken möchte ich mich an erster Stelle bei meinem Doktorvater Herrn *Prof. Dr. Ingo Saenger* für die hervorragende Betreuung der Arbeit. Von der Themenauswahl bis zur Abgabe habe ich wertvolle Tipps und Unterstützung erhalten. Zugleich wurde mir großer wissenschaftlicher Freiraum gewährt. Außerdem möchte ich auch Herrn *Prof. Dr. Johann Kindl* für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens und die wertvollen Anmerkungen danken.

Ein herzlicher Dank gebührt zudem meinen Freunden und Kollegen *Lukas Bronowicz* und *Constantin Luft*, die meine Arbeit Korrektur gelesen und mir äußerst hilfreiche Hinweise und Anregungen gegeben haben. Die gemeinsamen Diskussionen eröffneten oftmals neue Perspektiven, welche die Arbeit erheblich bereicherten.

Ebenso möchte ich mich bei meiner Lebensgefährtin *Sophia Romey* für die unendliche Unterstützung bei meinem Promotionsvorhaben und darüber hinaus von ganzem Herzen bedanken. Zu guter Letzt gebührt ein ganz außerordentlicher Dank natürlich meinen Eltern, *Ulrike Engelke* und *Michael Engelke*. Ohne ihre schon mein ganzes Leben währende und umfassende Unterstützung wäre diese Arbeit überhaupt nicht möglich gewesen. Ihnen ist deshalb diese Arbeit gewidmet.

Düsseldorf, im Juni 2022

Sönke Engelke

Inhaltsübersicht

Abkürzungsverzeichnis	XIX
A. Einführung	1
B. Grundlagen	5
I. Typologie variabler Vorstandsvergütung	5
1. Kurzfristige Anreizwirkung (Short Term Incentives)	6
2. Langfristige Anreizwirkung (Long Term Incentives)	10
3. Zusammenfassung	20
II. Theoretische Grundlagen	21
1. Prinzipal-Agenten-Theorie	21
2. Shareholder Value	26
3. Bewertung	29
C. Rückforderung	33
I. Vertraglich (Clawbacks)	34
1. Spielarten	35
2. Ursprung und Entwicklung	40
3. Dogmatische Einordnung	56
4. Zuständigkeit des Aufsichtsrats	66
5. Clawbacks im Lichte des AGB-Rechts	68
6. Individualvereinbarungen	140
7. Clawbacks: Aktienrecht und DCGK de lege lata	141
8. Regulierung von Finanzinstituten und Kapitalverwaltungsgesellschaften	156
9. Anreize und Effekte	161
10. Formulierungsvorschläge	173
II. Gesetzliche Rückforderungsmöglichkeiten	175

1. Bereicherungsrechtliche Rückforderung	175
2. Störung der Geschäftsgrundlage, § 313 BGB	182
3. Zusammenfassung	182
D. Geltendmachung der Rückforderungsansprüche	185
I. Pflicht zur Geltendmachung?	185
1. ARAG/Garmenbeck	186
2. Compliance-Clawback	187
3. Performance-Clawback	194
4. Pflicht zur Geltendmachung bei gesetzlicher Rückforderungsmöglichkeit	197
5. Pflicht zur Geltendmachung durch Beschluss nach § 147 I S. 1 AktG?	197
6. Entfall einer Pflicht durch Verzicht oder Vergleich nach § 93 IV S. 3 AktG?	200
7. Zusammenfassung	202
II. Haftung bei unterlassener Rückforderung	203
1. Aktienrechtlicher Schadensersatz	203
2. Strafbarkeit wegen Untreue gemäß § 266 StGB	211
3. Zusammenfassung	218
E. Alternative bzw. ergänzende Gestaltungen	219
I. Malus-Klauseln	219
1. Malus-Klauseln im DCGK, der InstitutsVergV und der Praxis	220
2. Bonusbank	221
3. Rechtliche Zulässigkeit	222
4. Malus-Klauseln/Bonusbank als Alternative oder Ergänzung zu Clawbacks? ...	225
II. Bad Leaver-Klauseln	227
1. Rechtliche Zulässigkeit	229
2. Bad Leaver-Klauseln als Alternative oder Ergänzung zu Clawbacks?	234
III. Verwendung von Clawbacks – Vor- und Nachteile	235
1. Nachteile von Clawback-Klauseln	235
2. Vorteile von Clawback-Klauseln	236
3. Stellungnahme	238
IV. Zusammenfassung	239

F. Zusammenfassung der wesentlichen Erkenntnisse in Thesen	241
Literaturverzeichnis	245

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	XIX
A. Einführung	1
B. Grundlagen	5
I. Typologie variabler Vorstandsvergütung	5
1. Kurzfristige Anreizwirkung (Short Term Incentives)	6
a) Tantiemen	6
b) Anerkennungsprämien	8
2. Langfristige Anreizwirkung (Long Term Incentives)	10
a) Aktienoptionen	11
aa) Aktienbeschaffung	11
bb) Zuständigkeit	14
b) Virtuelle Optionsprogramme	15
c) Aktien mit Haltefrist	18
3. Zusammenfassung	20
II. Theoretische Grundlagen	21
1. Prinzipal-Agenten-Theorie	21
2. Shareholder Value	26
3. Bewertung	29
C. Rückforderung	33
I. Vertraglich (Clawbacks)	34
1. Spielarten	35
a) Fehlverhalten (Compliance)	35
b) Zielverfehlung (Performance)	36
c) Inzidenz von Clawbacks im DAX	38

2. Ursprung und Entwicklung	40
a) USA als Ausgangspunkt	40
b) Deutschland	42
aa) VorstAG	43
bb) ARUG II	44
(1) Hintergrund	45
(2) § 87a AktG	45
(3) § 162 AktG	48
cc) DCGK und InstitutsVergV	49
dd) Die Rolle der Stimmrechtsberater	50
ee) Say on pay	54
c) Zusammenfassung	56
3. Dogmatische Einordnung	56
a) Auflösende Bedingung, § 158 II BGB	57
b) Widerruf	58
c) Aufschiebende Bedingung, § 158 I BGB	60
d) Vertragsstrafe	60
aa) Performance-Clawback	61
bb) Compliance-Clawback	62
cc) Folgen der Einordnung als Vertragsstrafe	65
e) Zusammenfassung	65
4. Zuständigkeit des Aufsichtsrats	66
5. Clawbacks im Lichte des AGB-Rechts	68
a) Vorliegen von AGB	68
aa) Das (zukünftige) Vorstandsmitglied als Verbraucher	69
bb) Der GmbH-Geschäftsführer als Verbraucher	71
cc) Übertragbarkeit der Rechtsprechung auf den Vorstand	72
dd) Stellungnahme	73
b) Keine Bereichsausnahme, § 310 IV S. 1 BGB	76
c) Überraschende Klauseln, § 305c I BGB	76
d) Inhaltskontrolle	78
aa) Kontrollfähigkeit	78
(1) Klauseln innerhalb des Anwendungsbereichs von § 20 VI InstitutsVergV	79
(2) Sonstige Klauseln	80
bb) Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit, § 309 BGB	82
cc) Klauselverbote mit Wertungsmöglichkeit, § 308 BGB	83

(1) Rechtsprechung zu Widerrufs klauseln	83
(2) Rechtsprechung zu Stichtags- und Rückzahlungsklauseln	84
(3) Übertragbarkeit auf das Dienstverhältnis mit Vorstandsmitgliedern	86
(4) Folgen für die Wirksamkeit von Clawback-Klauseln	90
(a) Performance-Clawback	91
(aa) Verdient ist verdient	91
(bb) Betragsmäßige Begrenzung	94
(b) Compliance-Clawback	95
(aa) Verdient ist verdient	95
(bb) § 93 AktG	98
(cc) Betragsmäßige Begrenzung	101
(5) Der Entreicherungs einwand, § 818 III BGB	104
(6) Zwischenergebnis	107
dd) Transparenzgebot	108
(1) Allgemeine Anforderungen	108
(2) Compliance-Clawback	109
(a) Tatbestand	109
(b) Rechtsfolge	116
(aa) Umfang der Rückforderung	117
(bb) Rückzahlungsmodalitäten bei Vergütung in Aktien	118
(cc) Rückzahlung brutto oder netto	121
(dd) Ermessen des Aufsichtsrats	122
(ee) Rückforderungsfrist	124
(c) Zusammenfassung	126
(3) Performance-Clawback	127
(a) Tatbestand	127
(b) Rechtsfolge	128
(aa) Umfang der Rückforderung	128
(bb) Rückzahlungsmodalitäten bei Vergütung in Aktien	128
(cc) Rückzahlung brutto oder netto	129
(dd) Rückzahlung im Ermessen des Aufsichtsrats	130
(ee) Rückforderungsfrist	131
(c) Zusammenfassung	131
(4) Klauseln innerhalb des Anwendungsbereichs von § 20 VI InstitutsVergV	131
e) Folgen unwirksamer AGB	133

aa) Verbot der geltungserhaltenden Reduktion	134
bb) Geltungserhaltende Reduktion im Falle unwirksamer Clawback-Klauseln?	136
f) Ergebnis zur AGB-rechtlichen Zulässigkeit	137
6. Individualvereinbarungen	140
7. Clawbacks: Aktienrecht und DCGK de lege lata	141
a) § 87 AktG	141
aa) Angemessenes Verhältnis von Bezügen und Leistungen des Vorstands	142
bb) Das Nachhaltigkeits- und Mehrjährigkeitserfordernis	143
cc) Begrenzungsmöglichkeit, § 87 I S. 3 HS. 2 AktG	146
dd) Herabsetzung der Bezüge, § 87 II AktG	149
b) Das Spannungsverhältnis zwischen Vergütungsstruktur und § 76 I AktG	149
c) DCGK und § 161 AktG	151
aa) G.10 DCGK	152
bb) G.11 DCGK	153
d) Zusammenfassung	155
8. Regulierung von Finanzinstituten und Kapitalverwaltungsgesellschaften	156
a) Verpflichtung nach der InstitutsVergV	156
aa) Anwendungsbereich	157
bb) Regelungsinhalt	158
cc) Kritische Bewertung	158
b) Vorgaben im Bereich der Regulierung von Kapitalverwaltungsgesellschaften	161
9. Anreize und Effekte	161
a) Bezweckte Verhaltensanreize	162
b) Bisherige Erkenntnisse aus der Praxis	163
c) Implikationen für die Vergütungsgestaltung	165
aa) Festlegung der Leistungsindikatoren	166
bb) Business Judgment Rule	167
cc) Beweislastverteilung	170
d) Zusammenfassung	172
10. Formulierungsvorschläge	173
a) Formulierungsvorschlag für einen Compliance-Clawback	173
b) Formulierungsvorschlag für einen Performance-Clawback	174
II. Gesetzliche Rückforderungsmöglichkeiten	175

1. Bereicherungsrechtliche Rückforderung	175
a) <i>Condictio indebiti</i> , § 812 I S. 1 Var. 1 BGB	176
b) <i>Condictio ob rem</i> , § 812 I S. 2 Var. 2 BGB	177
c) <i>Condictio ob causam finitam</i> , § 812 I S. 2 Var. 1 BGB	179
d) Entreichungseinwand, § 818 III BGB	180
2. Störung der Geschäftsgrundlage, § 313 BGB	182
3. Zusammenfassung	182
D. Geltendmachung der Rückforderungsansprüche	185
I. Pflicht zur Geltendmachung?	185
1. ARAG/Garmenbeck	186
2. Compliance-Clawback	187
a) Maßgeblichkeit des Unternehmensinteresses	188
b) Angemessenheit i.S.d. § 87 AktG als Leitmotiv?	192
c) Zusammenfassung	193
3. Performance-Clawback	194
4. Pflicht zur Geltendmachung bei gesetzlicher Rückforderungsmöglichkeit	197
5. Pflicht zur Geltendmachung durch Beschluss nach § 147 I S. 1 AktG?	197
6. Entfall einer Pflicht durch Verzicht oder Vergleich nach § 93 IV S. 3 AktG?	200
7. Zusammenfassung	202
II. Haftung bei unterlassener Rückforderung	203
1. Aktienrechtlicher Schadensersatz	203
a) Anspruchsvoraussetzungen und Verjährung	204
b) Geltendmachung des Anspruchs	207
c) Überstimmte und verhinderte Aufsichtsratsmitglieder	210
2. Strafbarkeit wegen Untreue gemäß § 266 StGB	211
a) Anforderungen an die Pflichtverletzung	212
b) Vorsatzausschluss aufgrund unklarer Rechtslage?	215
3. Zusammenfassung	218
E. Alternative bzw. ergänzende Gestaltungen	219
I. Malus-Klauseln	219
1. Malus-Klauseln im DCGK, der InstitutsVergV und der Praxis	220
2. Bonusbank	221
3. Rechtliche Zulässigkeit	222

a) Verlustbeteiligung	223
b) Transparenzgebot	225
4. Malus-Klauseln/Bonusbank als Alternative oder Ergänzung zu Clawbacks? ...	225
II. Bad Leaver-Klauseln	227
1. Rechtliche Zulässigkeit	229
a) Stichtags- und Rückzahlungsklauseln	229
b) Verfallsklauseln bei Aktienoptionen	230
c) Inhaltliche Ausgestaltung	232
2. Bad Leaver-Klauseln als Alternative oder Ergänzung zu Clawbacks?	234
III. Verwendung von Clawbacks – Vor- und Nachteile	235
1. Nachteile von Clawback-Klauseln	235
2. Vorteile von Clawback-Klauseln	236
3. Stellungnahme	238
IV. Zusammenfassung	239
F. Zusammenfassung der wesentlichen Erkenntnisse in Thesen	241
Literaturverzeichnis	245

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Ansicht
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Zeitschrift)
a.F.	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft; Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift)
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGBG	AGB-Gesetz
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
AIFM	Alternative Investment Fund Manager
AktG	Aktiengesetz
AR	Aufsichtsrat; Der Aufsichtsrat (Zeitschrift)
ArbRB	Arbeits-Rechtsberater (Zeitschrift)
ArbZG	Arbeitszeitgesetz
Art.	Artikel
ARUG I	Gesetz zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie
ARUG II	Gesetz zur Umsetzung der zweiten Aktionärsrechterichtlinie
BaFin	Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Betriebs-Berater (Zeitschrift)
Bd.	Band
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
BeckOGK	beck-online.Grosskommentar
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
Beil.	Beilage
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BMF	Bundesministerium für Finanzen
BMW	Bayerische Motoren Werke AG
BT	Bundestag
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
ca.	circa
CAR	Contemporary Accounting Research (Zeitschrift)
CCZ	Corporate Compliance Zeitschrift
CEO	Chief Executive Officer
CFO	Chief Financial Officer
DAX	Deutscher Aktienindex
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
DCGK	Deutscher Corporate Governance Kodex
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
Drucks.	Drucksache
DStR	Deutsches Steuerrecht (Zeitschrift)
EBIT	Earnings before interests and taxes (Gewinn vor Zinsen und Steuern)
EBITDA	Earnings before interests, taxes, depreciation and amortization (Ergebnis vor Zinsen, Steuern und Abschreibungen auf immaterielle Vermögensgegenstände)

Abkürzungsverzeichnis

ECFR	European Company and Financial Law Review
EU	Europäische Union
e.V.	eingetragener Verein
EY	Ernst & Young
f.	folgend
ff.	folgende
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
gem.	gemäß
GG	Grundgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	GmbH-Gesetz
GmbHR	GmbH-Rundschau (Zeitschrift)
Hdb.	Handbuch
HGB	Handelsgesetzbuch
Hrsg.	Herausgeber
HS.	Halbsatz
HV	Hauptversammlung
i.d.R.	in der Regel
i.d.S.	in dem Sinne
i.E.	im Ergebnis
InstitutsVergV	Institutsvergütungsverordnung
IRZ	Zeitschrift für Internationale Rechnungslegung
i.S.d.	im Sinne des
ISS	Institutional Shareholder Services
i.V.m.	In Verbindung mit
JIG DCGK	Johannsen-Roth/Illert/Ghassemi-Tabar Deutscher Corporate Governance Kodex (Kommentar)
JURA	Juristische Ausbildung (Zeitschrift)
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
JZ	JuristenZeitung
KAGB	Kapitalanlagegesetzbuch
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
KölnKomm. AktG	Kölner Kommentar zum Aktiengesetz
KonTraG	Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
KWG	Kreditwesengesetz
LAG	Landesarbeitsgericht
lit.	Buchstabe
LTi	Long Term Incentives (Instrumente mit langfristiger Anreizwirkung)
M&A	Mergers and Acquisition
MAR	Market Abuse Regulation
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MüKo AktG	Münchener Kommentar zum Aktiengesetz
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
OECD	Organisation for Economic co-operation and Development (Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung)

OGAW	Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren
OLG	Oberlandesgericht
plc	Public limited company
PwC	PricewaterhouseCoopers
RA	Rechtsausschuss
RdA	Recht der Arbeit (Zeitschrift)
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
ROCE	Return on capital employed
RR	Rechtsprechungs-Report
S.	Satz
s.o.	siehe oben
s.u.	siehe unten
S&P	Standard & Poor's
Sec.	Section
SEC	United States Securities and Exchange Commission
sog.	sogenannt
SOX	Sarbanes-Oxley-Act
STI	Short Term Incentives (Instrumente mit kurzfristiger Anreizwirkung)
StGB	Strafgesetzbuch
StuB	Unternehmenssteuern und Bilanzen (Zeitschrift)
UAbs.	Unterabsatz
u.a.	unter anderem
UMAG	Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts
USA, US	Vereinigte Staaten von Amerika
v.	von
Var.	Variante
vgl.	vergleiche
VGR	Gesellschaftsrechtliche Vereinigung
VorstAG	Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung
VW	Volkswagen AG
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
z.B.	zum Beispiel
ZBB	Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
ZVgIRWiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft

