

Recht der Internationalen Wirtschaft

6 | 2022

Betriebs-Berater International

9.6.2022 | 68. Jg.
Seiten 337–412

DIE ERSTE SEITE

Professor Dr. Thomas Klindt

Wer die Norm setzt, steuert den Markt

AUFSÄTZE

James H. Boykin und **Tyler Grove**

Die Russland-Sanktionen der USA | 337

Daniel Wiedmann und **Daniel Hoppen**

Die Russland-Sanktionen der EU (Teil 3) | 345

Dr. Mark Zimmer und **Maryam Neumann**

Wettbewerbsverbote in Aktienoptionsplänen ausländischer Konzernmütter | 349

Dr. Adrian Hemler

Irrweg „Eingriffsnorm“: Das Beispiel der Durchsetzung deutscher Zinsobergrenzen in einem russischen Darlehensvertrag | 355

LÄNDERREPORTE

Professor Dr. Rainer Wedde

Länderreport Russische Föderation | 360

Janine Kickler-Kreuz und **Dr. Susann Sturm**

Länderreport Steuerrecht USA – Update | 367

INTERNATIONALES WIRTSCHAFTSRECHT

EuGH: Kein Verbot des Einsatzes sog. Upload-Filter durch Online-Diensteanbieter zur Haftungsvermeidung | 372

EuGH: EuGVVO – Deliktsgerichtsstand und Folgen eines Wegfalls des Klagegerichtsstands für Interventionsklagen | 381

EuGH: Vollstreckbarkeit von Entscheidungen nach der EuGVVO – Definition des vorgeschalteten kontradiktorischen Verfahrens | 386

EuGH: Ne bis in idem – eingeschränkte Geltung in parallelen Kartellverfahren | 389

INTERNATIONALES STEUERRECHT UND ZOLLRECHT

EuGH: Zollkodex – fortbestehende Verbrauchsteuerschuld trotz Erlöschens der Zollschuld infolge Beschlagnahme | 412

Dr. Mark Zimmer, Rechtsanwalt/Fachanwalt für Arbeitsrecht, und
Maryam Neumann, Referendarin, beide München

Wettbewerbsverbote in Aktienoptionsplänen ausländischer Konzernmütter

Internationale Konzerne motivieren ihre Mitarbeiter oft mit Aktien- und sonstigen Beteiligungsprogrammen. Dort werden zuweilen nachvertragliche Wettbewerbsverbote ohne Karenzentschädigung vereinbart. Hier kann das – zumeist im jeweiligen Programm gewählte – ausländische Recht in Konflikt mit den gesetzlichen Regelungen der §§ 74 ff. HGB geraten. Angesichts der Parteiautonomie, die auch die Rechtswahl umfasst, stellt sich die Frage, wie dieser Konflikt zu lösen ist. Der folgende Beitrag befasst sich mit der Wirksamkeit derartiger Vereinbarungen in Aktienoptionsverträgen und soll dabei gleichzeitig einen Ausblick auf mögliche Alternativen geben.

I. Arten der Mitarbeiterbeteiligung

Aufgrund der demographischen Entwicklung und anderer Gründe ist die Bindung der Mitarbeiter für die Unternehmen

essentiell. Insbesondere in internationalen, konzernangehörigen Unternehmen sind die verschiedenen Arten der Mitarbeiterbeteiligung nicht mehr wegzudenken. Regelmäßig werden den Mitarbeitern der Tochtergesellschaften in diesem Zusammenhang von den Konzernmüttern entsprechende Prämien oder Vorteile angeboten, so dass bei entsprechender Wahl ausländischen Rechts das Verhältnis von nationalem und internationalem Vertragsrecht näher zu beleuchten ist.

1. Aktienoptionen

Ein beliebtes Anreizmittel sind Aktienoptionen (Stock Options). Sie sind in der internationalen Praxis ein effektives und beliebtes Mittel zur Leistungsförderung und Bindung der Arbeitnehmer an das Unternehmen.

Durch Aktienoptionspläne wird der Begünstigte gegen Zahlung eines zuvor festgelegten Optionspreises innerhalb einer bestimmten Frist berechtigt, unternehmenseigene Aktien

unter den im Plan genannten Bedingungen zu erwerben.¹ Dies führt zu einer gesteigerten Identifikation der Belegschaft mit dem Unternehmen, wodurch insbesondere Eigenverantwortung sowie auch unternehmerisches Denken gezielt gefördert werden sollen.²

In der Praxis werden Aktienoptionen der Belegschaft internationaler Unternehmen oft von Konzernobergesellschaften angeboten und nicht direkt von der Tochtergesellschaft als Arbeitgeberin. Dabei schließen Konzernunternehmen und Arbeitnehmer den Vertrag über die Gewährung von Aktienoptionen als rechtlich selbstständige Vereinbarung ab.³ Der mit dem Tochterunternehmen geschlossene Arbeitsvertrag bleibt hiervon unberührt. Der Aktienoptionsvertrag wird nicht Bestandteil des Arbeitsvertrages.⁴ Dies hat zur Folge, dass der Arbeitnehmer nur von dem Konzernunternehmen als Vertragspartner und nicht von der Tochtergesellschaft als Arbeitgeberin Erfüllung verlangen kann.⁵

2. Retention-Bonus

Interessant in diesem Zusammenhang sind ferner sog. Retention-Boni (Halteprämien). Danach erhält der Arbeitnehmer eine Prämie, wenn das Arbeitsverhältnis mindestens bis zu einem gewissen Stichtag ungekündigt fortbesteht. Hierdurch soll oft die Kooperation der Mitarbeiter bei bestimmten Projekten, etwa einer Unternehmenstransaktion gesichert werden. Nach der Rechtsprechung des BAG⁶ sind solche Prämien zulässig, sofern zwischen der Vergütung bereits erbrachter Arbeitsleistung und der Sonderzahlung differenziert wird.⁷

3. Unterschiedliche Rechtskreise

Aufgrund entsprechender Rechtswahl unterliegen diese Verträge über Anreizsysteme in der Regel dem Recht der ausländischen Konzernobergesellschaft, während für das Arbeitsverhältnis deutsches Recht gilt.⁸

Um dem maßgeblichen Zweck, dem Anreiz bzw. der Bindung der Mitarbeiter, gerecht zu werden, vereinbaren die Konzernobergesellschaften mit den Arbeitnehmern innerhalb der Aktienoptionsverträge oft nachvertragliche Beschränkungen. Hierunter fällt auch die Vereinbarung nachvertraglicher Wettbewerbsverbote. Dies wirft Fragen hinsichtlich der Geltung der §§ 74 ff. HGB auf, zumal in den Aktienoptionsplänen in der Regel keine Karenzentschädigung zugesagt wird.

In ähnlicher Weise problematisch sind die Zusatzvereinbarungen ausländischer Unternehmen mit deutschen Arbeitnehmern in Bezug auf die Zahlung eines Retention-Bonus, die gleichzeitig ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot vorsehen. Regelmäßig wird auch hier die Geltung ausländischen Rechts vereinbart.

Derartige, oftmals weitreichende Beschränkungen sind dabei zwar mit dem gewählten ausländischen Recht vereinbar, geraten jedoch unter Umständen teilweise mit dem nationalen Recht in Konflikt.

II. Wettbewerbsverbote ohne Karenzentschädigung

Nach ausländischem Recht ist oft keine Karenzentschädigung für ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot erforder-

lich. Hierdurch kann es zu einem Konflikt mit deutschem Recht kommen.

Bei der Vereinbarung eines derartigen Wettbewerbsverbotes können insbesondere die gewährten Aktienoptionen nicht mit hinreichender Sicherheit selbst als Entschädigung angesehen werden. Denn bei der Berechnung der Karenzentschädigung sind nach Ansicht einiger Gerichte sämtliche Vergütungsbestandteile, also auch Aktienoptionen zu berücksichtigen. Dies soll nach uneinheitlicher Meinung innerhalb der Rechtsprechung jedenfalls dann der Fall sein, wenn seitens des Arbeitgebers eine entsprechende (auch konkludente) vertragliche Verpflichtung vorliegt. In diesem Fall haben die Optionen Einfluss auf die Höhe der gesetzlichen Mindestentschädigung und können als Vergütungsbestandteil nicht zugleich selbst eine Entschädigung i. S. d. §§ 74 ff. HGB bilden.⁹ Daher stellt sich die Frage, ob die Anwendung dieser Vorschriften das Wettbewerbsverbot im Aktienoptionsplan unwirksam machen können – eine Frage des Kollisionsrechts.

1. Rechtswahl

Nach Art. 3 Abs. 1 Rom I-VO steht es den Parteien grundsätzlich frei, das für den Vertrag geltende Recht zu wählen.¹⁰ Dies wird durch den Grundsatz der Parteiautonomie als kollisionsrechtlich ausdrücklich festgeschriebenes Recht gewährleistet.¹¹ Dabei ist es den Parteien auch gestattet, eine Rechtswahl mit Wirkung nur auf einen Teil des Vertrages zu treffen.¹²

Allerdings gilt die Rechtswahl nicht grenzenlos.¹³ In Fällen, in denen die Rechtswahl vornehmlich der wirtschaftlichen Übermacht einer Partei dient oder gegen wichtige öffentliche Belange verstoßen würde, sieht das Gesetz eine Einschränkung vor.¹⁴

Beschränkt wird die Rechtswahl beispielsweise durch sog. „Eingriffsnormen“ gem. Art. 9 Rom I-VO, durch das Bestehen zwingender nationaler Arbeitnehmerschutzbestimmungen gem. Art. 8 Rom I-VO sowie auch durch den sog. „Ordre public“ gem. Art. 21 Rom I-VO.

2. Konflikt mit den §§ 74 ff. HGB

Nach deutschem Recht setzt die wirksame Vereinbarung eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbotes mit Arbeitnehmern nach § 74 HGB zwingend die Vereinbarung einer Karenzentschädigung von mindestens der Hälfte der zuletzt be-

1 Kubis/Tödtmann, in: *Arbeitshandbuch für Vorstandsmitglieder*, 3. Aufl. 2022, § 3 Rn. 128.

2 Schanz, NZA 2000, 626.

3 BAG, 12. 2. 2003 – 10 AZR 299/02, NZA 2003, 487.

4 BAG, 12. 2. 2003 – 10 AZR 299/02, NZA 2003, 487.

5 BAG, 12. 2. 2003 – 10 AZR 299/02, NZA 2003, 487.

6 BAG, 14. 11. 2012 – 10 AZR 3/12, ArbRAktuell 2013, 130; BAG, 12. 9. 2013 – 6 AZR 980/11, ArbRAktuell 2014, 49.

7 Unzulässig nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB dürfte allerdings eine Klausel sein, wonach eine Sonderzahlung, die zugleich auch Vergütung erbrachter Arbeitsleistung darstellen soll, von dem Fortbestand des Arbeitsverhältnisses abhängig gemacht wird; auch Mückl, ArbRAktuell 2022, 113.

8 Thomas/Weidmann, DB 2004, 2694.

9 Vgl. z. B. LAG Hessen, 14. 8. 2000 – 10 Sa 982/99, NJOZ 2001, 45, 51; LAG Hessen, 31. 5. 2017 – 18 Sa 768/16, BeckRS 2017, 123014; LAG Baden-Württemberg, 14. 1. 2009 – 2 Sa 17/08, BeckRS 2011, 65940; LAG Hamm 11. 8. 2021 – 10 Sa 284/21, BeckRS 2021, 26187.

10 Martiny, in: MüKo zum BGB, 8. Aufl. 2021, Art. 3 Rom I-VO Rn. 8.

11 Martiny (Fn. 10), Art. 3 Rom I-VO Rn. 8.

12 Ferrari, in: Ferrari/Kieninger/Mankowski u. a., Internationales Vertragsrecht, 3. Aufl. 2019, Art. 3 Rom I-VO Rn. 36.

13 Martiny (Fn. 10), Art. 3 Rom I-VO Rn. 9.

14 Martiny (Fn. 10), Art. 3 Rom I-VO Rn. 9.

zogenen Vertragsleistung voraus.¹⁵ Diese Grundregel gilt jedoch nach ständiger Rechtsprechung¹⁶ nicht für Gesellschaftsorgane. Die an dem arbeitsrechtlichen Schutz von Handlungsgehilfen orientierten Vorschriften der §§ 74 ff. HGB, insbesondere der Grundsatz der bezahlten Karenz gemäß § 74 Abs. 2 HGB, finden hier keine Anwendung. In Bezug auf Gesellschaftsorgane, vornehmlich GmbH-Geschäftsführer und AG-Vorstandsmitglieder, kann ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot daher ohne Karenzentschädigung durchaus wirksam vereinbart werden, sofern es nicht gem. § 138 BGB i.V.m. Art. 2, 12 GG nichtig ist.

Für Arbeitnehmer hingegen gilt, dass bei Zahlung einer zu geringen Entschädigungssumme das nachvertragliche Wettbewerbsverbot für den Arbeitnehmer unverbindlich ist, während die Vereinbarung im Falle des gänzlichen Fehlens insgesamt nichtig ist, § 75d HGB. Diese zwingende nationale Bestimmung ist Auslöser des im folgenden geschilderten Konflikts.

Insbesondere die oben geschilderten vertraglichen Vereinbarungen von US-amerikanischen Konzernmüttern enthalten oft nachvertragliche Wettbewerbsbeschränkungen ohne Zusage einer Karenzentschädigung. Hier richtet sich der Vertrag grundsätzlich nach dem im Aktienoptionsplan gewählten Recht (oft Delaware oder New York). Gerade im US-amerikanischen Recht fehlen jedoch Regelungen, die in vergleichbarer Weise die Vereinbarung einer Karenzentschädigung als Wirksamkeitsvoraussetzung erfordern.

Es stellt sich daher die Frage, ob derartige Beschränkungen gegenüber dem deutschen Arbeitnehmer als Vertragspartner, angesichts des Bestehens der §§ 74 ff. HGB, verbindlich sein können.

3. Einschätzung anhand entsprechender Rechtsprechung

Die bisherige Rechtsprechung zu der Frage der Vereinbarkeit derartiger nachvertraglicher Beschränkungen mit nationalem Recht ist leider nicht konsistent. Tendenziell müssen Unternehmen mit internationalen Anreizplänen aufgrund der bestehenden rechtlichen Ungewissheit damit rechnen, dass nachvertragliche Wettbewerbsverbote ohne Karenzentschädigung nicht durchsetzbar sind. Insbesondere vor dem Hintergrund der die Rechtswahl einschränkenden Kollisionsnormen erscheint eine Einschränkung in der vorliegenden Konstellation insbesondere durch Art. 8 Rom I-VO wahrscheinlich.

a) Keine Einschränkung durch Art. 9 Rom I-VO

Die vereinbarte Rechtswahl wird dabei nicht schon durch Art. 9 Rom I-VO eingeschränkt. Hierunter sind nationale Normen zu verstehen, die sich positiv gegen die gewählte Rechtsordnung durchsetzen.¹⁷ Es handelt sich gewissermaßen um eine Öffnungsklausel zugunsten international zwingender Normen.¹⁸ Eingriffsnormen sind als zwingende Vorschriften zu definieren, deren Einhaltung von einem Staat als entscheidend für die Wahrung seines öffentlichen Interesses, insbesondere seiner politischen, sozialen oder wirtschaftlichen Organisation angesehen wird.¹⁹ Im Vordergrund steht das mit der Norm verfolgte überwiegende öffentliche Interesse. Normen, die allein Individualbelange schützen, werden nicht umfasst.²⁰ Nach ganz herrschender Auffassung dienen die §§ 74 ff. HGB überwiegend dem

Ausgleich von privatrechtlichen Interessen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer.²¹ Das Interesse der Allgemeinheit an diesen Regelungen spielt eine eher untergeordnete Rolle, sodass nicht vom Vorliegen einer Eingriffsnorm ausgegangen werden kann.²²

b) Einschränkung der Rechtswahl über Art. 8 Rom I-VO

Eine entsprechende Einschränkung der Rechtswahl und damit eine Beurteilung der Wirksamkeit des nachvertraglichen Wettbewerbsverbotes ohne Karenzentschädigung nach deutschem Recht kann jedoch aus Art. 8 Rom I-VO folgen.

Danach darf die Rechtswahl nicht dazu führen, dass dem Arbeitnehmer der Schutz entzogen wird, der ihm durch zwingende Bestimmungen des Rechts gewährt wird, das nach Art. 8 Abs. 2 bis 4 Rom I-VO ohne Rechtswahl anwendbar wäre.²³ Kommt man im Wege eines Günstigkeitsvergleichs zu dem Ergebnis, dass zwingende nationale Arbeitnehmerschutzregelungen für den Arbeitnehmer günstiger wären als das gewählte ausländische Recht, wird die Rechtswahl durch diese Bestimmungen überlagert. Die zwingenden Bestimmungen des objektiven Vertragsstatuts werden in das subjektiv bestimmte Vertragsstatut gewissermaßen injiziert.²⁴

Vor diesem Hintergrund urteilte das LAG Hessen²⁵, dass ein zwischen Arbeitnehmer und ausländischer Konzerngesellschaft vereinbartes nachvertragliches Wettbewerbsverbot ohne Karenzentschädigung an den deutschen Voraussetzungen der §§ 74 ff. HGB zu messen ist, da die hiervon abweichende Rechtswahl auf Grund von Art. 8 Abs. 1 Rom I-VO (Art. 30 Abs. 1 EGBGB a.F.) entsprechend eingeschränkt werden muss. Dabei führt das Gericht aus, dass Schutzbestimmungen i.S.d. Art. 8 Abs. 1 Rom I-VO Vorschriften des Individualarbeitsrechts sind, welche die Rechtsstellung des schwächeren Vertragsteils verbessern.²⁶ Bei den unter Geltung deutschen Arbeitsrechts anwendbaren §§ 74 ff. HGB handelt es sich nach Ansicht des Gerichts um solche Schutzbestimmungen, was sich schon aus § 75d HGB und dem Bezug zu Art. 12 GG ergebe.²⁷ In Ermangelung einer entsprechenden Karenzentschädigung hielt das Gericht das Wettbewerbsverbot in diesem Fall – unter Einschränkung der Rechtswahl – daher für nichtig.

Nach wohl herrschender Meinung sind die §§ 74 ff. HGB auch auf die vorliegende Konstellation anwendbar, in der die Konzernmutter einen Aktienoptionsgewährungsvertrag mit dem Arbeitnehmer der Tochtergesellschaft schließt. Zwar ist der Vertrag nicht als Teil des Arbeitsvertrages anzusehen, sondern stellt einen rechtlich selbstständigen Vertrag dar.²⁸

15 Roth, in: Baumbach/Hopt, HGB, 4. Aufl. 2021, § 74 Rn. 20.

16 BGH, 7. 7. 2008 – II ZR 81/07, DStR 2008, 1842; zuletzt bestätigend OLG München, 2. 8. 2018 – 7 U 2107/18, NZA-RR 2019, 82 Rn. 8.

17 Staudinger, in: Ferrari/Kieninger/Manowski u. a. Internationales Vertragsrecht, 3. Aufl. 2018, Art. 9 Rom I-VO Rn. 1.

18 Staudinger (Fn. 17), Art. 9 Rom I-VO Rn. 1.

19 Staudinger (Fn. 17), Art. 9 Rom I-VO Rn. 1.

20 Staudinger (Fn. 17), Art. 9 Rom I-VO Rn. 1.

21 Thomas/Weidmann, DB 2004, 2694, 2695.

22 Bauer/Diller, Wettbewerbsverbote, 5. Aufl. 2009, Rn. 61 ff.

23 Martiny (Fn. 10), Art. 8 Rom I-VO Rn. 36.

24 Spickhoff, in: BeckOK, Stand: 1. 8. 2021, Art. 8 Rom I-VO Rn. 18.

25 LAG Hessen, 14. 8. 2000 – 10 Sa 982/99, NJOZ 2001, 45, 51.

26 LAG Hessen, 14. 8. 2000 – 10 Sa 982/99, NJOZ 2001, 45, 51; Lützele, in: Braun/Wisskirchen, Konzernarbeitsrecht, 2015, Teil II Rn. 398.

27 LAG Hessen, 14. 8. 2000 – 10 Sa 982/99, NJOZ 2001, 45, 51.

28 BAG, 12. 2. 2003 – 10 AZR 299/02, NZA 2003, 487.

Allerdings wird die Schranke des Art. 8 Rom I-VO aus folgenden Gründen für anwendbar gehalten:²⁹

Grundlage für das Zustandekommen des Aktienoptionsvertrags sei der mit der Tochtergesellschaft geschlossene Arbeitsvertrag. Der Arbeitsvertrag sei dementsprechend *conditio sine qua non* für den Abschluss des Aktienoptionsvertrages.³⁰ Aufgrund dieser untrennbaren Nähe erscheine es nicht sachgemäß, eine Berücksichtigung der §§ 74 ff. HGB nur hinsichtlich des Arbeitsvertrages, nicht jedoch in Bezug auf die verbundene Vereinbarung zur Gewährung von Aktienoptionen anzunehmen. Insofern erscheine eine Erstreckung schon aus Gründen des Umgehungsschutzes geboten.³¹

Zu einer ähnlichen Schlussfolgerung kam in diesem Zusammenhang auch schon das OLG Stuttgart.³² Das Gericht hatte hierbei zwar nicht über das Verhältnis von Arbeitsvertrag und Aktienoptionsvertrag, vereinbart durch eine Konzernobergesellschaft unter Wahl ausländischen Rechts, zu befinden. Allerdings entschied das Gericht in ähnlicher Weise über die grundsätzliche Möglichkeit der entsprechenden Anwendbarkeit der §§ 74 ff. HGB im Verhältnis von Arbeitnehmer und Drittem. Hiernach sollen die §§ 74 ff. HGB dann in entsprechender Weise zur Anwendung kommen, wenn das nachvertragliche Wettbewerbsverbot zwar nicht mit dem Arbeitgeber, aber mit einem Dritten im Hinblick auf das Arbeitsverhältnis vereinbart wurde. In diesem Fall, in dem Dritten das Ergebnis der Arbeit des Arbeitgebers und damit mittelbar auch die Arbeit des Arbeitnehmers zugutekommt, ist der Arbeitnehmer ebenso schutzwürdig, sodass eine entsprechende Anwendbarkeit der §§ 74 ff. HGB in Betracht kommt.³³

Danach erscheint es nur schwer vertretbar, eine Anwendbarkeit der §§ 74 ff. HGB i.V.m. Art. 8 Abs. 1 Rom I-VO in Bezug auf eine Konzernobergesellschaft, die letztendlich von der Tätigkeit des Arbeitnehmers für die Tochtergesellschaft und deren Erfolg profitiert, zu verneinen.

c) *Einschränkungen über den Ordre Public, Art. 21 Rom I-VO*

Letztlich könnte eine Einschränkung der Rechtswahl auch aufgrund des Ordre Public gem. Art. 21 Rom I-VO erfolgen. Dies ist der Fall, wenn die Anwendung von Vorschriften infolge der getroffenen Rechtswahl mit der öffentlichen Ordnung des Staates des angerufenen Gerichts offensichtlich unvereinbar ist.³⁴ Grundsätzlich spielt die Anwendung des Art. 21 Rom I-VO in der Praxis nur eine geringe Rolle.³⁵ Nur wenige einzelne Ausnahmefälle, die nicht bereits von anderen Kollisionsnormen erfasst werden, unterliegen dem Ordre Public.³⁶ Auch wenn beispielsweise grundsätzlich im Rahmen des Art. 8 Rom I-VO die Rechtswahl zunächst in uneingeschränkt zulässiger Weise erfolgt, bedeutet dies nicht, dass nachvertragliche Wettbewerbsverbote schrankenlos zulässig sind. Eine Bewertung muss in einem zweiten Schritt zusätzlich anhand des Ordre Public erfolgen, da die grundgesetzlich und völkerrechtlich garantierte Berufsfreiheit (Art. 12 GG) in diesem Zusammenhang tangiert wird.³⁷ Allerdings wird gegen den Ordre Public, folgt man der Rechtsprechung, nicht schon dann verstoßen, wenn ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot ohne Karenzentschädigung vereinbart wird.³⁸ Das OLG Celle³⁹ entschied in diesem Zusammenhang, dass die Vereinbarung eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbotes im Rahmen eines Geschäftsführerdienstvertrages, für den das Gericht die Gel-

tung niederländischen Rechts annahm, nicht schon deshalb unwirksam ist, weil die Vereinbarung keine Karenzentschädigung vorsah. Ein Verstoß gegen den Ordre Public wurde durch das Gericht nicht bejaht.⁴⁰ Vielmehr kam das Gericht im Wege der Abwägung zu dem Ergebnis, dass der Geschäftsführer auch nach niederländischem Recht die Möglichkeit hat, eine Karenzentschädigung zu erstreiten, sodass ihm selbst die Vermeidung wirtschaftlicher Härten möglich war.⁴¹

Mangels höchstrichterlicher Rechtsprechung kann letztlich keine abschließende Aussage darüber getroffen werden, ob die Vereinbarung eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbotes ohne Karenzentschädigung *per se* gegen den Ordre Public verstoßen wird. Grundsätzlich kann der Tatbestand im Rahmen des Art. 21 Rom I-VO nur schwer definiert werden.⁴² Für das deutsche Recht nahm der BGH im Rahmen des Art. 6 EGBGB den Versuch einer Definition vor, indem er die Frage stellte „ob das Ergebnis der Anwendung des ausländischen Rechts zu den Grundgedanken der deutschen Regelung und der in ihnen liegenden Gerechtigkeitsvorstellungen in so starkem Widerspruch steht, dass es von uns für untragbar gehalten wird“.⁴³ Angesichts der gravierenden Einschränkung des Art. 12 GG, die im Einzelfall mit der Vereinbarung von nachvertraglichen Wettbewerbsverboten ohne Karenzentschädigung verbunden ist, erscheint die Annahme eines Verstoßes gegen den Ordre Public nicht fernliegend.

Wahrscheinlicher ist es jedoch in der vorliegenden Konstellation, dass die Gerichte auf Grund der Nähe des vereinbarten Aktienoptionsvertrages zum Arbeitsverhältnis regelmäßig von einem Verstoß gegen Art. 8 Rom I-VO ausgehen werden.

III. Alternative Möglichkeiten

In der Praxis existieren verschiedene alternative Möglichkeiten, um sich als Arbeitgeber im Fall der vorzeitigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses abzusichern. Hintergrund dabei ist, dass der mit der Mitarbeiterbeteiligung verfolgte Zweck, die Bindung der Mitarbeiter an das Unternehmen zur Stärkung ihrer Leistungsmotivation, im Falle der vorzeitigen Beendigung nicht mehr erreicht werden kann.⁴⁴ An dieser Stelle sei darauf hingewiesen, dass die folgenden Alternativen angesichts des zuvor geschilderten Konflikts insbesondere für Vereinbarungen, die mit Arbeitnehmern geschlossen werden, sinnvoll erscheinen. Für Organmitglieder, wie den GmbH-Geschäftsführer oder den AG-Vorstand,

29 *Bauer/Diller* (Fn. 22), Rn. 61b.

30 *Buhr/Radtke*, DB 2001, 1882, 1883.

31 *Bauer/Diller* (Fn. 22), Rn. 61b.

32 OLG Stuttgart, 14. 8. 1970 – 2 U 6/70, BeckRS 1970, 31365543.

33 OLG Stuttgart, 14. 8. 1970 – 2 U 6/70, BeckRS 1970, 31365543.

34 *Domke/Raus*, in: Braun/Wisskirchen, Konzernarbeitsrecht, 2015, Teil II Rn. 97.

35 *Domke/Raus* (Fn. 34), Teil II Rn. 100.

36 *Domke/Raus* (Fn. 34), Teil II Rn. 100.

37 *Bauer/Diller* (Fn. 22), Rn. 61a.

38 *Lützele* (Fn. 26), Teil II Rn. 392.

39 OLG Celle, 13. 9. 2000 – 9 U 110/00, NZG 2001, 131.

40 OLG Celle, 13. 9. 2000 – 9 U 110/00, NZG 2001, 131.

41 OLG Celle, 13. 9. 2000 – 9 U 110/00, NZG 2001, 131.

42 *Schulze*, in: Ferrari/Kieninger/Mankowski u. a., Internationales Vertragsrecht, 3. Aufl. 2018, Art. 21 Rom I-VO Rn. 8.

43 *Schulze* (Fn. 42), Art. 21 Rom I-VO Rn.8; BGH, 17. 9. 1968 – IV ZB 501/68, NJW 1969, 369.

44 *Legerlotz/Laber*, DSStR 1999, 1658, 1663.

kann ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot ohne Karenzentschädigung auch nach deutschem Recht wirksam vereinbart werden.⁴⁵

1. Veräußerungsbeschränkungen

Unabhängig von der Vereinbarung eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbotes empfiehlt sich generell die Vereinbarung einer Veräußerungsbeschränkung, um zu verhindern, dass die Mitarbeiter aktive Verfügungsmacht über die Unternehmensbeteiligung erlangen.⁴⁶ Dadurch wird die intendierte Bindung des Mitarbeiters an das Unternehmen verstärkt, indem sichergestellt wird, dass auch nur der Mitarbeiter selbst von der gewährten Beteiligung profitiert.

In der Praxis wird dabei die Veräußerbarkeit von Aktien durch den Arbeitnehmer im Rahmen des Aktienoptionsvertrags von Beginn an ausgeschlossen. Sinnvoll erscheint in diesem Zusammenhang auch, die Erweiterung der Veräußerungsbeschränkung auf jede andere Form der Übertragung auszuweiten, wie zum Beispiel die Abtretung oder Pfändung.

2. Verfall- und Rückforderungsklauseln

Zur Umgehung der oben geschilderten Problematik bezüglich der wirksamen Vereinbarung eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbotes bietet sich als Alternative die Vereinbarung einer Verfall- oder Rückforderungsklausel an. Verknüpft mit der Bedingung, dass die Vereinbarung nur dann greift, wenn der Arbeitnehmer Wettbewerb betreibt, wird im Ergebnis eine mit dem nachvertraglichen Wettbewerbsverbot vergleichbare Wirkung erzielt: Der Arbeitnehmer wird mittelbar daran gehindert, sich nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses wettbewerbsrechtlich zu betätigen, da er nur auf diese Weise die gewährten Vorteile aufrecht erhalten kann.

Die Vereinbarung von Verfallklauseln führt im Fall der Beendigung des Arbeitsverhältnisses zum Verlust sämtlicher sich aus der Beteiligung ergebenden Vorteile.⁴⁷ Im Falle der Vereinbarung einer solchen Klausel muss zwischen Aktienoptionen und Belegschaftsaktien differenziert werden. Während bei Aktienoptionen regelmäßig ein Verfall sämtlicher Ansprüche aus der Beendigung des Arbeitsverhältnisses folgt, sollte für Belegschaftsaktien eine Rückforderung vereinbart werden. Danach sollen die gewährten Aktien unverzüglich mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses an das Unternehmen zurückgewährt werden.⁴⁸

Es handelt sich hierbei um die wirksame schuldrechtliche Vereinbarung einer Bedingung gem. § 158 Abs. 2 BGB. Zwar erscheint die wirksame Vereinbarung solcher Klauseln zunächst angesichts der vom Arbeitgeber erdachten und vorgegebenen Bedingung, aufgrund derer dem Arbeitnehmer „etwas“ entzogen wird, zweifelhaft.⁴⁹ Allerdings muss berücksichtigt werden, dass es sich bei den gewährten Aktien aufgrund eines Aktienoptionsprogramms um eine freiwillige Leistung handelt, auf die der Arbeitnehmer zuvor keinen Anspruch hatte.⁵⁰

Die Vereinbarung derartiger Klauseln ist im Ergebnis also weder sitten- oder treuwidrig gem. §§ 138, 242 BGB, noch stellen sie eine unbillige Kündigungserschwerung⁵¹ dar, sofern es sich bei den Aktien nicht um einen wesentlichen Vergütungsbestandteil handelt.⁵² Nach herrschender Meinung

ist § 622 Abs. 6 BGB jedenfalls schon kein tauglicher Ansatzpunkt für die Wirksamkeitsprüfung von Vertragsklauseln.⁵³

Insbesondere findet auch keine Übertragung der Rechtsprechung des BAG⁵⁴ zur Zulässigkeit von Verfallklauseln im Bereich der Erfolgs- und Ergebnisbeteiligung statt. Bei den gewährten Vorteilen im Rahmen von Mitarbeiterbeteiligungsprogrammen handelt es sich um künftige Vorteile mit primär spekulativem Charakter, während es sich bei den vom BAG zu beurteilenden Prämien um zusätzliches tätigkeitsbezogenes Entgelt handelt.⁵⁵

Wenn darüber hinaus das BAG⁵⁶ in ständiger Rechtsprechung davon ausgeht, dass die Verpflichtung der Arbeitnehmer zur Rückzahlung von Weihnachtsgeld im Fall der Eigenkündigung des Arbeitnehmers oder der außerordentlichen Kündigung durch den Arbeitgeber rechtswirksam ist, muss dies auch für den Fall der gewährten Aktien gelten.⁵⁷ Wenn in diesem Fall bereits tatsächlich bezogenes Entgelt wirksam zurückgezahlt werden muss, gilt dies erst recht für Aktienoptionen und bereits gewährte Aktien, die kein Entgelt sind.⁵⁸

Grundsätzlich können derartige Klauseln im Ergebnis jedoch nur dann wirksam vereinbart werden, wenn den Arbeitnehmer mit dem Verfall oder der Rückforderung keine „Strafe“ für sein Ausscheiden trifft. Arbeitnehmer, die folglich bereits finanzielle Aufwendungen für die Gewährung der Aktien getätigt haben, müssen den investierten Betrag mit Ausscheiden und der verbundenen Rückübertragung wieder zurückerstattet bekommen.⁵⁹

Weiterhin ist im Zusammenhang mit der Vereinbarung von Rückforderungsklauseln zu beachten, dass diese sich nicht auf Versorgungszusagen beziehen. Denn zum Teil wird in diesem Zusammenhang vertreten, dass Verfallklauseln im Bereich der betrieblichen Altersversorgung die §§ 74 ff. HGB in unzulässiger Weise umgehen.⁶⁰

IV. Vereinbarung einer Gerichtsstandsvereinbarung

Empfehlenswert erscheint aus Sicht der im Ausland ansässigen Konzernobergesellschaft auch die Vereinbarung einer Gerichtsstandsvereinbarung im Rahmen des Aktienoptionsgewährungsvertrages (zusätzlich zur Wahl des ausländischen Rechts).

45 BGH, 7. 7. 2008 – II ZR 81/07, DStR 2008, 1842; zuletzt bestätigend OLG München, 2. 8. 2018 – 7 U 2107/18, NZA-RR 2019, 82 Rn 8.

46 Legerlotz/Laber, DStR 1999, 1658, 1663.

47 Buhr/Radtke, DB 2001, 1882, 1885.

48 Buhr/Radtke, DB 2001, 1882, 1885.

49 Staake, NJOZ 2010, 2494, 2495.

50 Staake, NJOZ 2010, 2494, 2495.

51 Rechtsgedanke des § 622 Abs. 6 BGB.

52 Buhr/Radtke, DB 2001, 1882, 1885.

53 Buhr/Radtke, DB 2001, 1882, 1885; Legerlotz/Laber, DStR 1999, 1658, 1664.

54 BAG, 27. 4. 1982 – 3 AZR 814/79, AP BGB § 620 Probearbeitsverhältnis Nr. 16.

55 Legerlotz/Laber, DStR 1999, 1658, 1664.

56 Vgl. BAG, 28. 4. 2004 – 10 AZR 356/03, AP BGB § 611 Gratifikation Nr. 255.

57 Legerlotz/Laber, DStR 1999, 1658, 1664.

58 Legerlotz/Laber, DStR 1999, 1658, 1664.

59 Buhr/Radtke, DB 2001, 1882, 1885.

60 Legerlotz/Laber, DStR 1999, 1658, 1664; Buhr/Radtke, DB 2001, 1882.

1. Zulässigkeit nach § 38 Abs. 2 ZPO

Im Beispielfall der Konzernmutter mit Sitz in den USA ist die Gerichtsstandsvereinbarung nach § 38 Abs. 2 ZPO zulässig. Grundsätzlich bestimmt sich die internationale Zuständigkeit, sowie auch die Vereinbarung einer Gerichtsstandsvereinbarung vor internationalem Hintergrund nach den Regelungen internationaler Abkommen und Staatsverträge, insbesondere nach Art. 25 Brüssel Ia-VO (EuGV-VO).⁶¹ Da diese Regelungen jedoch nur greifen, wenn beide Vertragspartner in Mitgliedsstaaten ansässig sind, richtet sich die Zulässigkeit vorliegend für den Fall, in dem sich die Konzernobergesellschaft außerhalb der Europäischen Union befindet, nach § 38 Abs. 2 ZPO.

Auch das Haager Gerichtsstandsübereinkommen (HGÜ) findet in diesem Fall keine Anwendung, weil es nur für Vereinbarungen zwischen zwei Unternehmen gilt und nicht anwendbar ist, sofern ein Verbraucher (die Arbeitnehmer zählen als solche) beteiligt ist.⁶²

2. Keine allgemeine internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte

Unabhängig von der Vereinbarung einer Gerichtsstandsvereinbarung hat das OLG Hamm⁶³ am 5. 12. 2018 entschieden, dass eine internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte für die Klage des Arbeitnehmers gegen die Konzernmutter, gerichtet auf Gewährung von Aktienoptionen, nicht begründet werden kann. Der deutsche Mitarbeiter kann die ausländische Mutter in diesem Fall also nicht erfolgreich vor einem deutschen Gericht verklagen, was die Prozessrisiken für das Unternehmen stark mindert.

Nachdem, wie bereits zuvor geschildert, vorrangige internationale Abkommen für die in den USA ansässige Konzernmutter nicht in Betracht kommen, richtet sich die Zuständigkeit für die in Deutschland erhobenen Klagen grundsätzlich nach den §§ 12 ff. ZPO, die sowohl für die örtliche als auch für die internationale Zuständigkeit maßgebend sind.⁶⁴

Das Gericht entschied in diesem Zusammenhang, eine internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte ergebe sich in diesem Fall weder über die nach Art. 6 EuGVVO vorrangigen Gerichtsstandsregelungen noch aus den allgemeinen Regelungen nach §§ 12 ff. ZPO. Insbesondere befand sich nach Auffassung des Gerichts auch der besondere Gerichtsstand des § 29 ZPO am Sitz der Konzernmutter. Der Gerichtsstand des Erfüllungsortes bestimmt sich nach der für die Geltendmachung der Forderung maßgebenden Rechtsordnung.⁶⁵ Letztlich hat das Gericht eine konkrete Zuordnung offengelassen, da es sowohl nach deutschem als auch nach US-amerikanischem Recht den Erfüllungsort am Sitz der Konzernmutter feststellte. Denn sowohl die Leistungshandlung, die Übertragung der Aktie, als auch der Leistungserfolg, die Buchung der Aktie auf das im Ausland geführte Aktiendepot, finden im Ausland statt.⁶⁶

3. Einschränkung durch die Rechtsprechung des LAG Hessen

Im Zusammenhang mit der freien Vereinbarung einer Gerichtsstandsvereinbarung sei abschließend darauf hingewiesen, dass auch diese nicht grenzenlos zulässig ist. Nach der Rechtsprechung des LAG Hessen⁶⁷ ist eine Derogation der internationalen Zuständigkeit deutscher Arbeitsgerichte dann unwirksam, sofern hierdurch eine Umgehung der Anwendbarkeit des Art. 8 Rom I-VO beabsichtigt wird. In diesem Fall wiegt die Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers schwerer, sodass von der Unwirksamkeit der Gerichtsstandsvereinbarung ausgegangen werden muss.

V. Fazit

Viele internationale Aktienoptionspläne enthalten nachvertragliche Wettbewerbsverbote ohne Karenzenschädigung. Aufgrund fehlender höchstrichterlicher Rechtsprechung ist unklar, ob diese Wettbewerbsverbote wirksam sind. Eine beträchtliche Stimme in Literatur und Instanzrechtsprechung bezweifelt das. Es empfiehlt sich deshalb aus Sicht der Konzernobergesellschaften, auf Alternativregelungen zurückzugreifen. So ist etwa die Vereinbarung einer Rückforderungsbedingung im Falle nachvertraglichen Wettbewerbs eine effektive Möglichkeit, das Problem zu vermeiden oder jedenfalls zu mindern.



Dr. Mark Zimmer

Partner im Münchner Büro von Gibson, Dunn & Crutcher. Er ist Fachanwalt für Arbeitsrecht und berät Unternehmen seit 26 Jahren in allen arbeitsrechtlichen Angelegenheiten, insbesondere im Zusammenhang mit Umstrukturierungen, Fusionen und Übernahmen sowie bei Einstellungs- und Aufhebungsvereinbarungen von Führungskräften. Außerdem veröffentlicht er regelmäßig zu arbeitsrechtlichen und Compliance-Fragen und ist neben zahlreichen Vorträgen durch zwei Lehraufträge hervorgetreten.



Maryam Neumann

Referendarin, studierte von 2015 bis 2020 Rechtswissenschaften an der Universität Augsburg mit dem Schwerpunkt Arbeits- und Gesellschaftsrecht. Sie war im Rahmen der Wahlstation des Referendariats im Münchner Büro der Kanzlei Gibson, Dunn & Crutcher LLP vorwiegend im Bereich des Arbeitsrechts tätig.

61 Häferer/Burger, NZA 2020, 143, 146.

62 Schäuble, in: Hausmann/Odersky, Internationales Privatrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 4. Aufl. 2021, §16 Rn. 191.

63 OLG Hamm, 5. 12. 2018 – 8 U 50/17, NZG 2019, 232.

64 Häferer/Burger, NZA 2020, 143, 146.

65 OLG Hamm, 5. 12. 2018 – 8 U 50/17, NZG 2019, 232.

66 Häferer/Burger, NZA 2020, 143, 146, mit Verweis auf OLG Hamm, 5. 12. 2018 – 8 U 50/17, NZG 2019, 232.

67 LAG Hessen. 14. 8. 2000 – 10 Sa 982/99, NJOZ 2001, 45.