

Clawback-Regelungen in Arbeits- und Anstellungsverträgen *

Assoz. Prof. Dr. Giorgi Rusiashvili

I. Einleitung

Der vorliegende Text bezieht sich auf die Zulässigkeit der in Georgien bereits recht verbreiteten Rückforderungsvereinbarung „Clawback“ in Arbeits- und Anstellungsverträgen. Diese beruht zum Teil auf dem Rechtsgutachten, das ich im Auftrag der Beklagten eines aktuell laufenden Falles erstellt habe. Die tatsächlichen Umstände des Falles sind, wie sie aus den von den Parteien vorgelegten Dokumenten ergeben, wie folgt:

Im Jahr 2013 wurde der Beschwerdegegner (im Folgenden: Direktor) zum Direktor einer georgischen Bank (im Folgenden: die Bank) ernannt. Gemäß des zwischen ihm und der Bank geschlossenen Vertrags bestand seine Vergütung aus einem festen Betrag und einer variablen Komponente, die in bar und durch Vergütungssystem festgelegte Aktien der Bank ausbezahlt würde. Insbesondere gemäß Art. 4.3 des Anstellungsvertrages erhielt der Direktor neben der festen Vergütung, nach Veröffentlichung des Jahresberichts, jährlich eine aufgeschobene variable Vergütung in Form eines optionalen Rechts zum Kauf von Aktien der Bank und / oder Aktien, gemäß zu den Vorjahresergebnissen und -Bewertungen, wie dies im „Vergütungssystem“ bereits festgelegt ist. Nach Art. 6.2. dieses Vergütungssystem muss der Teilnehmer alle Bonusaktionen zurückgeben, für die im Unternehmen die Bedingung der kontinuierlichen Zusammenarbeit nicht erfüllt wurde, falls das Arbeitsverhältnis zwischen irgendeinem Unternehmen der Gruppe

und einem Teilnehmer vor Ablauf des Arbeitsvertrags durch die persönliche Erklärung / Entscheidung des Mitarbeiters beendet wird oder wenn die Kündigung durch „Bad Leaver“ erfolgt. Somit hätte die Übertragung der Bonusanteile und die Berechnung der Anzahl nach Ablauf des Arbeitskalenderjahres (Produktionszeitraum) erfolgen müssen. Dies war eine Art Vergütung für die Arbeit, die der Direktor im Rahmen der vertraglichen Verpflichtungen leistete und in Abhängigkeit von deren Ergebnissen berechnet wurde. Allerdings war ihr „Behalten“ daran geknüpft, dass der Direktor danach noch für eine gewisse Zeit (drei Jahre nach Erhalt der Prämie) in seiner Position bleibt.

Darüber hinaus hat die Bank dem Direktor gemäß der Vereinbarung die Verpflichtung auferlegt, keinen Wettbewerb zu betreiben, insbesondere dürfe er nicht innerhalb von sechs Monaten nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses (mittelbar oder unmittelbar) mit einer anderen in Georgien tätigen Bank oder einem in Georgien tätigen Finanzinstitut oder mit deren Holding- oder verbundenen Unternehmen zusammenarbeiten.

Im Oktober 2016 richtete der Direktor eine persönliche Erklärung bezüglich seiner Kündigung zum 1. Januar 2017 an die Bank. Was vom Aufsichtsrat der Bank im Dezember 2016 bestätigt wurde, gleichzeitig aber wurde verlangt, die Bonusaktien vollständig zurückzugeben und die Bedingung des Wettbewerbsverbots für die

* Aus dem Georgischen von Giorgi Kvantaliani.

nächsten sechs Monate zu erfüllen. Nach der Erklärung der Bank handelte es sich bei diesen Aktien um einen "Benefit", den der Direktor nur hat, wenn er weiterhin in der Bank arbeitet. Darüber hinaus hat die Bank darauf hingewiesen, dass sie gem. der Verfügung vom 26. September 2018 № 215/04 des Präsidenten der Nationalbank verpflichtet war, die Aktien vom Direktor zurückzufordern.

Entgegen dem Gericht erster Instanz, das die Klage der Bank als unbegründet abgewiesen hatte, gab das Berufungsgericht ihr statt.

II. Bonus als Vergütung für geleistete Arbeit – Art. 4.3. Anstellungsvertrag

Der Schlüssel zur Lösung solcher Fälle bestand darin, festzustellen, wofür die Bank ihrem Direktor die Bonusaktien zahlte, nämlich, ob es sich um eine Vergütung für bereits geleistete Arbeit handelte, um nur die "Loyalität" der Arbeitnehmer (unabhängig geleistete Arbeit) zu honorieren oder sowohl dem einen als auch dem anderen gedient hat, d.h. einen Mischcharakter hatte. Von diesen drei Alternativen könnte nur im zweiten Fall mit der Begründung der Kündigung des Direktors von einer Rückforderung der von der Bank übertragenen Aktien gesprochen werden. Angesichts der tatsächlichen Umstände war eine solche bloße Bedingung des "Honorars für Loyalität" jedoch nicht klar erkennbar. Bei der Vergütung mit Mischcharakter, also der Zahlung, die der Vergütung der gleichzeitig geleisteten Arbeit sowie der Gratifikation der zukünftigen Loyalität diente, handelte es sich bei der letztgenannten Komponente um eine nichtige AGB (siehe unten). Insbesondere:

Gemäß Art. 4.3. aus dem zwischen dem Direktor und der Bank geschlossenen Anstellungsvertrag erhielt der Direktor neben der festen Vergü-

tung, nach Veröffentlichung des Jahresberichts, jährlich eine aufgeschobene variable Vergütung in Form eines optionalen Rechts zum Kauf von Aktien der Bank und / oder Aktien, gemäß zu den Vorjahresergebnissen und -bewertungen, wie dies im „Vergütungssystem“ bereits festgelegt ist. Dementsprechend sieht der Vertrag klar vor, dass die Vergütung des Direktors aus zwei Teilen besteht: (1) der festen Vergütung und (2) der durch die Arbeit / Leistung erzielten Vergütung.

Die durch die Arbeit (Leistung) erzielte Vergütung (variable Vergütung) wird nach Veröffentlichung des Jahresberichts unter Berücksichtigung der Ergebnisse des Vorjahres und deren Bewertung berechnet. Daher ist klar, dass die Bank die bereits geleistete Arbeit des Direktors bewertet und der Direktor für die bereits geleistete Arbeit eine Vergütung in Form von Aktien erhält. Im vorliegenden Fall wurden dem Direktor die strittigen Anteile im Austausch für die bereits geleistete Arbeit zugesprochen. Dies ergibt sich unmittelbar aus dem wörtlichen Verständnis der obigen Bestimmung, denn nur ein solches wäre mit dem Zweck der vorliegenden Verordnung vereinbar, da Vergütung für zukünftige Loyalität nichts mit der bereits geleisteten Arbeit und dem Beitrag zum Gewinn der Bank zu tun haben können.

Es ist unklar, warum die "Loyalität" des Direktors je nach Gewinn der Bank im Vorjahr mehr oder weniger kosten soll. Im Gegenteil sind Inhalt und Zweck dieser Regelung durchaus nachvollziehbar, wenn sie nur als Vergütung für die geleistete Arbeit des Direktors und als Gratifikation für den jährlichen Gewinnbeitrag der Bank zu verstehen sind - es ist logisch, dass ein Top-Manager, von dessen Tätigkeit der Fortschritt und Gewinn des Unternehmens direkt abhängt, an diesem Gewinn teilhaben sollte, als Vergütung für die bereits geleistete Arbeit und nicht als Belohnung für zukünftige "Loyalität", was ei-

nen unbestimmten Wert für die Bank darstellt. Das heißt, es ist logisch und gerechtfertigt, dass ein Top-Manager eine Gratifikation (variable Vergütung) erwartet, weil er eine gewisse Zeit gut gearbeitet hat und nicht, weil er gut gearbeitet hat und zusätzlich für eine gewisse Zeit einfach im Unternehmen geblieben ist. Falls er das Interesse an der Stelle verloren hat, ist dies ein unmittelbarer Anreiz für ihn, sich skrupellos zu verhalten, insbesondere nur formell in der entsprechenden Position zu bleiben, ohne dass er Fleiß oder Initiative zeigt.

Die Tatsache, dass der Top-Manager in einem bestimmten Jahr seinen Verpflichtungen nach Treu und Glauben nachkommt und zum Gesamtgewinn des Unternehmens beiträgt, bedeutet nicht, dass er dies auch im nächsten Jahr tun wird. Dass er dann nur noch für sich genommen im Unternehmen verbleibt, erhöht den Wert der von ihm erbrachten Leistungen in keinsten Weise und hat damit auch nichts zu tun. Daher kann die Vergütung für diese Leistung nicht rückwirkend berechnet werden, je nachdem, ob dieser Manager in seiner Position geblieben ist oder nicht. Tatsächlich ist das bloße „Bleiben“ eines Top-Managers in einem Vertragsverhältnis für das Unternehmen völlig wertlos, wenn er seinen Pflichten nicht mehr mit der gebotenen Sorgfalt nachkommt. Zum Beispiel, wenn der Direktor der Bank im Folgejahr mitteilt, dass er zwar im Vertrag bleibt, aber jegliches Interesse an der Stelle verliert und keinen wesentlichen Beitrag mehr zum Erfolg des Unternehmens leisten will, muss die Bank ihm dennoch eine aus dem Gewinn des Vorjahres berechnete variable Vergütung für das bloße „Bleiben“ zahlen, woran sie aber kein Interesse mehr hat. Das heißt, sie würde diese Gebühr umsonst bezahlen. Dies kann nicht der Zweck dieser Verordnung sein.

Tatsächlich sind an Jahresgewinn verknüpfte variable Vergütungen die Standardform der Ver-

gütung für die Tätigkeit im oberen Management und der Zweck der variablen Vergütung, wie es in der entsprechenden EU-Richtlinie (welche die Grundlage der Verordnung des Präsidenten der Nationalbank ist und worüber unten näher eingegangen wird) verankert ist, hat überhaupt nichts mit der Belohnung künftiger Loyalität zu tun. Daher ist Herstellung einer solchen Verbindung nicht nur unlogisch, sondern auch rechtswidrig.

III. Unzulässigkeit der Rücknahme der verdienten Vergütung - deutsche Perspektive

Die Fehlentscheidung des Berufungsgerichts wurde von dem im Vertrag seitens der Bank einbezogenen Bestimmung verursacht, wonach die Beibehaltung der verdienten Vergütung (Bonusaktion) an eine Vertragsverlängerung gebunden war, für den Zeitraum, der über die für die Berechnung des Bonus maßgeblichen Periode hinausging. Das Gericht hat diesen Vorbehalt aus irgendeinem Grund zu viel Bedeutung beigemessen und ist nicht zu dem Schluss gekommen, dass sie einfach nichtig war. Die Nichtigkeit derartiger Vorbehalte ist in der deutschen Rechtsprechung, auf die hier näher eingegangen wird, klar und eindeutig festgestellt.

Diese Praxis betrifft hauptsächlich Arbeitsstreitigkeiten. Zwar ist ein Anstellungsvertrag mit der Geschäftsleitung einer Bank kein Arbeitsvertrag und es kann weiterhin strittig sein, inwieweit die nach dem Arbeitsrecht bestimmten Sozialschutzstandards des Arbeitnehmers darauf Anwendung finden, aber wenn es sich um den Schutz der verfassungsrechtlich garantierten Arbeitsfreiheit des Arbeitnehmers, die Pflicht zur Zahlung des verdienten Entgelts usw. handelt, gelten jedoch für die Arbeitnehmer im Anstellungs- und Arbeitsvertrag die gleichen Standards und Schutzmechanismen. Dies wird von der in-

ternationalen Praxis eindeutig anerkannt und vom Obersten Gerichtshof von Georgien geteilt. Somit ist diese deutsche Praxis uneingeschränkt auch auf den Anstellungsvertrag anwendbar.

1. Sonderzahlung vs. Bonus

Das deutsche Gericht erkennt einstimmig und eindeutig den Grundsatz der Unzulässigkeit der Rücknahme der verdienten Vergütungen, unabhängig von seiner Form an.¹

Hinzu kommt eine wichtige terminologische Frage, die auch für die Auslegung der Vertragsbedingungen von Bedeutung ist. Insbesondere in Deutschland wird der Begriff „Bonus“ im Anstellungs- und Arbeitsverhältnis verwendet, um eine einmalig erwirtschaftete Zuzahlung zu bezeichnen, die nicht aufgrund sonstiger Umstände zurückgefordert werden darf.² Somit wäre in Deutschland die Tatsache, dass die Bank diese Zahlung als Bonus bezeichnet, einer der wichtigen Faktoren, um sie als unwiderrufliche Erstattung zu betrachten, nur weil sie verdient wurde, d. h. als Erstattung für bereits erbrachte Leistungen, was seinerseits unwiderruflich ist.

Soll die Zahlung dagegen an andere Umstände als die Leistung geknüpft werden, spricht man von einer „Sonderzahlung“. Aber auch hier, wenn diese Zahlung an die bereits geleistete Arbeit gebunden ist und gleichzeitig darauf abzielt, die zukünftige Loyalität für das Unternehmen zu honorieren (dh Mischcharakter hat), wird der genannte Vorbehalt, wonach der Mitarbeiter die erzielte Vergütung verliert, nichtig. Dies ist eine

in Deutschland bereits stark etablierte Praxis. Die wichtigste Präzedenzentscheidung wurde im Jahr 2012 vom Bundesarbeitsgericht getroffen. Dieses Urteil weist hinsichtlich der tatsächlichen Umstände eine deutliche Ähnlichkeit, genauer gesagt, eine Identität mit dem vorliegenden Fall auf, und es empfiehlt sich, die Begründung des deutschen Gerichts ausführlich darzustellen und zu diskutieren.

2. BAG: „Sonderzahlung“ mit Mischcharakter

Das Bundesarbeitsgericht hat in seinem Urteil aus dem Jahr 2012 folgende Grundsätze formuliert³:

1. Wenn der Arbeitgeber die Höhe der „Sonderzahlung“ an die im Berichts-/Berechnungsjahr geleistete Arbeit anknüpft, so ist diese Zahlung zumindest teilweise als Vergütung für die geleistete Arbeit anzusehen.

2. Wird neben der bereits erbrachten Leistung [„Sonderzahlung“] als Vergütungszweck auch „Belohnung der Loyalität für das Unternehmen“ angegeben, handelt es sich um eine „Sonderzahlung“ mit Mischcharakter.

3. AGB, wonach die Aufrechterhaltung einer solchen „Sonderzahlung“ von der kontinuierlichen Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses für den Zeitraum abhängig gemacht wird, für den diese „Sonderzahlung“ bereits geleistet wurde und der über die für die Berechnung des Bonus maßgeblichen Periode hinausgeht, steht § 611 I BGB (= § 710 GZGB) entgegen. Sie entzieht dem Arbeitnehmer die bereits erwirtschaftete Vergü-

¹ BAG, NJW 1983, 185 = DB 1982, 2406; LAG Niedersachsen, DB 2003, 99 = BeckRS 2002, 41177; ArbG Wiesbaden, NZA-RR 2001, 80 (81); M. Lembke, Die Ausgestaltung von Aktienoptionsplänen in arbeitsrechtlicher Hinsicht, BB 2001, 1470.

² BAG, NZA 2012, 561.

³ BAG, Urteil vom 18.01.2012 - 10 AZR 612/10 = NZA 2012, 561.

tung und erschwert ihm die Ausübung seines Kündigungsrechts. Diese Bedingung verstößt unverhältnismäßig gegen die Interessen des Arbeitnehmers und ist daher nach § 307 I 1 BGB (= § 346 GZGB) nichtig.

a) Tatbestand:

Die Parteien streiten noch über Zahlungen iHv. insgesamt 91.300,00 Euro, die von der Beklagten als „Gratifikationen“ bezeichnet und von dem künftigen Bestand des Arbeitsverhältnisses abhängig gemacht worden sind. Der Kläger trat aufgrund des Anstellungsvertrags vom 17.12.2002 am 1.1.2003 als Wertpapierhändler in die Dienste der Beklagten. Das Arbeitsverhältnis endete durch ordentliche Kündigung des Klägers vom 28.3.2008 am 30.6.2008. Zuletzt erhielt der Kläger ein monatliches Gehalt iHv. 4.500,00 Euro brutto. Mit Schreiben vom 9.3.2005 teilte die Beklagte dem Kläger Folgendes mit: „[...] wir freuen uns Ihnen mitteilen zu dürfen, dass wir Ihnen auf Grund Ihres Beitrages zum Erfolg unseres Unternehmens im Geschäftsjahr 2004 eine freiwillige einmalige Sonderzahlung in Höhe von EUR 15.300,00 brutto zahlen werden. Wir weisen darauf hin, dass die Sonderzahlung stets unter dem Widerspruchsvorbehalt steht und eine etwaige wiederholte Zahlung keinen Rechtsanspruch auf zukünftige Zahlung begründet. Neben der vorgenannten Sonderzahlung möchten wir Ihnen mitteilen, dass wir für den Fall, dass das mit Ihnen bestehende Arbeitsverhältnis am 15.4.2008 ungekündigt fortbesteht, Ihnen eine Gratifikation in Höhe von EUR 15.300,00 brutto zur Honorierung der Betriebszugehörigkeit zahlen werden.“

Der Kläger unterzeichnete das Schreiben. Mit im Wesentlichen gleichlautenden Schreiben von März 2006 und März 2007 erklärte die Beklagte, dem Kläger für die vorangegangenen Geschäfts-

jahre jeweils eine Erfolgsbeteiligung (29.000,00 Euro brutto für 2005 und 50.000,00 Euro brutto für 2006) sowie einen weiteren Betrag für den Fall des ungekündigten Bestands des Arbeitsverhältnisses am 15.4.2009 (29.000,00 Euro brutto) bzw. 15.4.2010 (47.000,00 Euro brutto) zahlen zu wollen. Auch diese Schreiben unterzeichnete der Kläger.

Der Kläger hat vorgetragen, dass es sich bei den in den drei Schreiben genannten „Sonderzahlungen“ und „Gratifikationen“ tatsächlich um Bonusansprüche handle. Bei seiner Einstellung sei ihm erklärt worden, er erhalte einen Bonus i.H.v. 20 % des von ihm erwirtschafteten Gewinns, und zwar in zwei gleich hohen Beträgen, wobei die erste Hälfte zum 15.4. des Folgejahres und die zweite Hälfte drei Jahre später gezahlt werde, sofern bis dahin das Arbeitsverhältnis ungekündigt fortbestehe. Der Kläger verlangte Zahlung von 91 300 Euro (brutto) nebst Zinsen.“

Das Arbeitsgericht (ArbG Köln, Urt. v. 27. 3. 2009 – 1 Ca 6884/08) hat der Klage stattgegeben.

b) Entscheidungsgründe des Bundesarbeitsgerichts

Das Bundesarbeitsgericht gab dem Zahlungsanspruch des klagenden Arbeitnehmers mit folgenden Argumenten statt:

1. Die betreffenden Vereinbarungen sind Allgemeine Geschäftsbedingungen. Sie regeln Zahlungsansprüche, die an den jeweils im vorausgegangenen Jahr vom Kläger erbrachten Beitrag zum Unternehmenserfolg anknüpfen und gleichzeitig die künftige Betriebstreue honorieren sollen. Zwar ist die jeweils genannte Voraussetzung, nämlich der ungekündigte Bestand des Arbeitsverhältnisses jeweils am 15.4. der Jahre

2008, 2009 und 2010, nicht erfüllt. Das ist jedoch unschädlich, weil die Vereinbarung dieser Anspruchsvoraussetzung nach § 307 I 1 iVm. II Nr. 1 und Nr. 2 BGB (= § 346 GZGB) unwirksam ist.

2. Im Streitfall soll die Zahlung die erwartete Betriebstreue belohnen und knüpft dabei an die Leistung des Klägers im Bezugszeitraum (im jeweils vorangegangenen Kalenderjahr) an, indem sie sich der Höhe nach am Beitrag des Klägers zum Unternehmenserfolg ausrichtet. Es handelt sich damit um eine Sonderzahlung mit Mischcharakter. Wenn die Beklagte demgegenüber geltend macht, sie habe die Höhe der Zahlung rein nach Gutdünken bestimmt, so mag das zutreffen. Es ändert aber nichts daran, dass sie ihr Gutdünken hinsichtlich der Höhe der zugesagten Leistung, soweit nach außen erkennbar, nicht willkürlich wahrnahm und auch nicht an Treuegesichtspunkten ausrichtete, sondern an der Arbeitsleistung des Klägers im vorausgegangenen Jahr anknüpfte. Andernfalls wäre nicht erklärbar, dass sie die Zahlung in allen drei Jahren auf genau oder doch in etwa denselben Betrag festsetzte, der - nach dem ersten Absatz der jeweiligen Vereinbarung - aus ihrer Sicht dem Beitrag des Klägers zum Erfolg des Unternehmens in dem der Vereinbarung vorausgegangenen Jahr entsprach. Nicht erklärbar wäre auch, warum die Beklagte den Wert der Betriebstreue in drei Jahren so unterschiedlich ansetzte, wie es geschehen ist. In dieselbe Richtung weist schließlich der Umstand, dass die Zahlungen mehr als 25%, mehr als 50% und nahezu 100% des Jahresgrundgehalts im abgelaufenen Kalenderjahr betragen sollten. Dass Leistungen in dieser Höhe allein das zukünftige langjährige - gegebenenfalls auch weniger erfolgreiche - Verharren im Vertragsverhältnis sicherstellen und nicht wenigstens auch in einem Verhältnis zur vom Arbeitnehmer im Bezugsjahr erbrachten Arbeitsleistung stehen sollen, kann gerade in einer auf

kurzfristige Erfolge orientierten Branche wie dem Wertpapierhandel nicht angenommen werden.

3. Der Anspruch ist nicht deshalb ausgeschlossen, weil der Kläger jeweils am 15.4. der Jahre 2008, 2009 und 2010 nicht mehr in einem ungekündigten Arbeitsverhältnis zur Beklagten stand. Die entsprechende Einschränkung des Anspruchs in der jeweiligen Vereinbarung der Parteien ist nach § 307 I 1 BGB (= § 346 GZGB) unwirksam, weil sie den Kläger unangemessen benachteiligt.

4. Nach der bisherigen Rechtsprechung ist es dem Arbeitgeber nicht schlechthin versagt, Sonderzahlungen mit Bindungsklauseln zu versehen⁴, solange die Zahlungen nicht ausschließlich Gegenleistung für schon erbrachte Arbeit sind. Das gilt sowohl für Klauseln, in denen sich der Arbeitnehmer verpflichtet, erfolgte Sonderzahlungen zurückzuerstatten, wenn er vor einem bestimmten Zeitpunkt das Arbeitsverhältnis von sich aus kündigt (Rückzahlungsklauseln), als auch für Regelungen, nach denen die Leistung der Sonderzahlung voraussetzt, dass der Arbeitnehmer zu einem bestimmten Zeitpunkt noch im Arbeitsverhältnis steht.⁵ Allerdings dürfen derartige Klauseln den Arbeitnehmer nicht unangemessen benachteiligen. Insbesondere dürfen sie den Arbeitnehmer nicht in unzulässiger Weise in seiner Berufsfreiheit (Art. 12 I GG) behindern und unterliegen insoweit einer Inhaltskontrolle durch die Arbeitsgerichte gemäß § 307 BGB (= § 356 GZGB).⁶

5. Bei Anwendung dieser Grundsätze hält die hier zur Beurteilung stehende Stichtagsklausel

⁴ BAG, NZA 2007, 687.

⁵ Bestandsklauseln, Stichtagsklauseln; vgl. für den Fall, dass der Stichtag im Geschäftsjahr liegt: BAG, NZA 2009, 783.

⁶ BAGNJW 2008, 680.

sel der Inhaltskontrolle nicht stand. Eine Sonderzahlung, die jedenfalls auch Vergütung für bereits erbrachte Arbeitsleistung darstellt, kann nicht vom ungekündigten Bestand des Arbeitsverhältnisses zu einem Zeitpunkt außerhalb des Bezugszeitraums, in dem die Arbeitsleistung erbracht wurde, abhängig gemacht werden. Die Stichtagsklausel steht im Widerspruch zum Grundgedanken des § 611 I BGB, indem sie dem Arbeitnehmer bereits erarbeiteten Lohn entzieht. Sie verkürzt außerdem in nicht zu rechtfertigender Weise die nach Art. 12 I GG geschützte Berufsfreiheit des Arbeitnehmers, weil sie die Ausübung seines Kündigungsrechts unzulässig erschwert.⁷ Ein berechtigtes Interesse des Arbeitgebers, dem Arbeitnehmer Lohn für geleistete Arbeit gegebenenfalls vorenthalten zu können, ist nicht ersichtlich.

6. Das wird im Streitfall besonders deutlich. Der Kläger hatte nicht nur in den Bezugsjahren 2004 bis 2006 seine Arbeitsleistung erbracht, sondern die erste Wartefrist fast vollständig, die zweite zu zwei Dritteln und die dritte zu einem Drittel zurückgelegt. Dennoch müsste er bei Anwendung der Klausel im Falle vorzeitiger Kündigung den Verlust des Anspruchs auf Vergütung für bereits geleistete Dienste i.H.v. nahezu 200% eines Jahresgrundgehalts in Kauf nehmen.

7. Eine derartige faktische Einschränkung des Kündigungsrechts ist nicht durch den Zweck der Belohnung von Betriebstreue gedeckt. Das Arbeitsverhältnis dient dem Austausch von Arbeitsleistung und Arbeitsvergütung. Der Wert der Arbeitsleistung für den Arbeitgeber hängt von ihrer Qualität und vom Arbeitserfolg ab, regelmäßig jedoch nicht von der reinen Verweildauer des Arbeitnehmers im Arbeitsverhältnis. Die Honorierung zunehmender Beschäftigungs-

dauer als solcher steht nicht in einem Verhältnis zur Qualität und zum Erfolg der Arbeitsleistung. Die einmal erbrachte Arbeitsleistung gewinnt auch regelmäßig nicht durch bloßes Verharren des Arbeitnehmers im Arbeitsverhältnis nachträglich an Wert. Dementsprechend erreichen Jubiläumsgelder und ähnliche Zuwendungen üblicherweise auch bei Weitem nicht die hier gegebene Größenordnung. Sie sind, gemessen an der regelmäßigen Vergütung, im Allgemeinen eher marginal. Führt aber, wie nach der hier zu beurteilenden Klausel, die reine Beschäftigungsdauer zu einem massiven Anspruchaufwuchs bis hin zu einer Verdoppelung des Grundgehalts, so liegt es auf der Hand, dass der Grund dafür eben nicht die - als solche für den Arbeitgeber wertlose - Verweildauer selbst ist. Vielmehr hat die versprochene Zahlung ihren wahren Grund in der bereits erbrachten Leistung des Arbeitnehmers, die zuvor, gemessen an dem vom Arbeitgeber selbst zugrunde gelegten Verhältnis von Leistung und Gegenleistung (fester Grundlohn), noch nicht vollständig abgegolten war.

8. Mit diesen Überlegungen stimmt die Rechtsprechung des Ersten Senats des Bundesarbeitsgerichts überein, nach der es § 88 BetrVG den Betriebsparteien verwehrt, den Anspruch auf eine variable Erfolgsvergütung vom Bestehen eines ungekündigten Anstellungsverhältnisses am Auszahlungstag abhängig zu machen. § 88 BetrVG erlaubt den damit verbundenen Entzug verdienten Arbeitsentgelts nicht. Die in einer solchen Stichtagsregelung enthaltene auflösende Bedingung beschränkt auch die durch Art. 12 I GG (= Art. 26 der Verfassung Georgiens) geschützte Berufsfreiheit des Arbeitnehmers übermäßig. Die Vorenthaltung einer bereits verdienten Arbeitsvergütung ist stets ein unangemessenes Mittel, die selbstbestimmte Arbeitsplatzaufgabe zu verzögern oder zu verhindern. Mit ihr sind Belastungen für den Arbeitnehmer

⁷ vgl. für Bonuszahlungen: BAGNJW 2008, 680 Rn. 25 ff.

verbunden, die unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen eines Arbeitgebers nicht zu rechtfertigen sind.⁸

c) Anpassung an georgisches Recht

Die vom deutschen Gericht im obigem Urteil diskutierten Grundsätze, die eine Zusammenfassung der bisherigen Rechtsprechung darstellt, sind in vollem Umfang übertragbar und auf das georgische Recht anwendbar. Dies liegt sowohl an der Identität der normativen Vorschriften, die in diesen beiden Rechten gelten, als auch an dem konkreten Sachverhalt, der völlig mit dem Fall der Bank übereinstimmt.

Die Position der Bank vor dem Berufungsgericht, dass die übertragenen Aktien überhaupt keine Vergütung darstellen und es sich um ein „sprachliches Problem“ handele, macht völlig unklar, was die übertragenen Bonusaktien tatsächlich sind und worauf sich der Rückgabeanpruch stützt, weil in dem Vertrag, wenn auch rechtswidrig, die Rückforderung der Bonusaktion geregelt ist. Im Vertrag wurde dieser sog. „Benefit“ als „Vergütung“ bezeichnet, was der anderen Partei Vertrauen und eine starke Erwartung gab, dass dieser Benefit eine entlohnte Arbeit/Vergütung sein würde. Auch die absurde Annahme, die Bank habe diese Bedingung sprachlich undeutlich formuliert, ändert nichts daran, dass dieser Benefit aus der Position des Direktors klar und unmissverständlich bedeutete, was geschrieben stand, nämlich „Vergütung“ und bei der Auslegung ist sein Verständnis maßgebend. Hinzu kommt, dass selbst wenn diese Bedingung nicht hinreichend bestimmt war (was tatsächlich nicht der Fall war), es sich um eine von der Bank erstellte AGB-Klausel handelt und

im Zweifelsfall gegen sie ausgelegt werden sollte (contra proferentem). Insbesondere: Gem. § 305 I BGB sind AGB alle für den mehrmaligen Gebrauch vorformulierten Bedingungen, die eine Partei (Anbietende) der anderen bestimmt, durch die von den Gesetzesvorschriften abweichende oder diese ergänzenden Regelungen vereinbart werden. Sowohl der Anstellungsvertrag als auch das Vergütungssystem für die Geschäftsleitung wurden zweifellos vom Aufsichtsrat der Bank vorab genehmigt. Dies wird beispielsweise auch von der Bank auf Seite 4 der Beschwerde bestätigt. Dementsprechend hatte die Bank einen Anstellungsvertrag und ein Vergütungssystem für die Geschäftsleitung aufgestellt und diese Dokumente gegenüber ihrer Direktoren verwendet. Damit liegen hier allgemeine Geschäftsbedingungen vor.

Jede Bestimmung des Anstellungsvertrags und des Vergütungssystems der Geschäftsleitung, die so verstanden werden kann, dass der Direktor deswegen verpflichtet ist, Aktien an die Bank zurückzugeben, weil er nicht mehr bei der Bank beschäftigt ist und / oder gegen die Bestimmungen des Beschäftigungsverbots verstoßen hat, ist gem. § 346 GZGB nichtig. Gemäß § 346 GZGB sind allgemeine Geschäftsbedingungen trotz Einbeziehung in den Vertrag nichtig, wenn sie entgegen der Grundsätzen von Treu und Glauben die andere Vertragspartei benachteiligen. Ob die AGB gegen den Grundsatz von Treu und Glauben die andere Vertragspartei benachteiligen, ist wie folgt zu bestimmen: Der Inhalt der AGB ist mit den Normen aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch oder anderen Rechtsnormen zu vergleichen, die in diesem konkreten Fall anwendbar sein würden, wenn es keine AGB gäbe. Daher ist die AGB nichtig, die nicht dem normativen Rahmen entspricht, der durch Rechtsnormen für die gleiche Art von Verträgen (rechtliche Paradigma) fest-

⁸ BAG, Urt. v. 5. 7. 2011 – 1 AZR 94/10, BeckRS 2011, 77830 Rn. 28, 39, 43; BAG, NZA 2011, 1234.

gelegt wurde.⁹ Das rechtliche Paradigma in diesem Fall ist hauptsächlich bedingt durch: die Normen für den Auftrag - § 710 GZGB, wonach die Vergütung für die bereits geleistete Arbeit bezahlt wird und nicht widerrufen werden kann; § 720 I GZGB, wonach die Beschränkung des Kündigungsrechts unzulässig ist; einschlägige Normen des Arbeitsgesetzbuchs, die dasselbe feststellen und darüber hinaus die durch das Arbeitsgesetzbuch und die Verfassung garantierte Freiheit der Arbeit. In diesem Fall weicht die von der Bank angebotene Bedingung so erheblich vom gesetzlichen Paradigma ab, dass sie entgegen den Grundsätzen von Treu und Glauben die andere Vertragspartei benachteiligen und, gem. §§ 54, 346 GZGB nichtig sein muss.

Darüber hinaus kann der Verstoß der AGB mit dem Grundsatz von Treu und Glauben durch den mehrdeutigen und unverständlichen Wortlaut der Klausel (Bestimmtheitsgrundsatz) verursacht werden. Eine AGB-Klausel, die gegen das „Bestimmtheitsgebot“ verstößt, ist ebenfalls nach § 346 GZGB nichtig. Die AGB darf die Rechtsposition des Kontrahenten nicht verheimlichen und die Gefahr begründen, dass er aufgrund dieser Unklarheit seine Rechte nicht ausüben oder die Ansprüche des Vertragspartners nicht „abwehren“ kann. Daher sollten die Rechte und Pflichten des Kontrahenten maximal eindeutig und klar beschrieben werden. Voraussetzungen und Rechtsfolgen müssen ebenfalls so genau wie möglich festgelegt sein, damit dem Anbieter kein ungerechtfertigtes „Manöver“ überlassen wird.¹⁰ Im vorliegenden Fall war in der „Rücknahmeklausel“ festgelegt, dass die Bank die Bonuszahlung im Falle der Kündigung zurückfordern könnte. Da diese „Rücknahme“ im freien und willkürlichen

Ermessen der Bank lag, war es für den Direktor unklar, welche konkreten Folgen seine Kündigung haben würde, was gegen das in § 346 GZGB verankerte Transparenzgebot verstieße.

IV. Verordnung Nr. 215 / 04 des Präsidenten der Nationalbank von Georgien vom 26. September 2018

Es ist nur Spekulation, wenn die klagende Bank darauf hinweist, dass die Nationalbank sie verpflichtete, die an den Direktor übertragenen Aktien zurückzufordern und dass diese Pflicht sich aus den von der Verordnung Nr. 215 vom 26. September 2018 vom Präsident der Nationalbank von Georgien bestätigte „Corporate-Governance-Kodex für kommerzielle Banken“ (im Folgenden als „Corporate-Governance-Kodex“ bezeichnet) ableiten lässt oder dass die oben beschriebenen Grundsätze im Falle von Anstellungsverträge mit oberen Managements nicht gelten oder in irgendeiner Weise modifiziert werden müssen und eine Basis dafür diese Verordnung darstellt.

Bemerkenswert ist, dass der Corporate-Governance-Kodex auf das streitige Verhältnis überhaupt nicht anwendbar ist, da der Beklagte (ehemaliger Direktor) zum Zeitpunkt seines Erlasses keine Funktion mehr in der Bank ausübte. Es sollte jedoch beachtet werden, dass der Hinweis der Bank auf dem Corporate-Governance-Kodex eine Spekulation ist, da der Corporate-Governance-Kodex eindeutig besagt, dass: (1) Die variable Vergütung in der Tat eine Vergütung für die Arbeit des Direktors (für seine Leistung) ist und (2) diese Vergütung nach genau denselben Standards geschützt wird, wie die georgische Verfassung, internationale Menschenrechtsgesetze, das georgische Arbeitsgesetzbuch und andere Rechtsakte.

⁹ *Rusiashvili*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Auflage, Chanturia (Hrsg.), Art. 346 Rn. 10.

¹⁰ *Rusiashvili*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Auflage, Chanturia (Hrsg.), Art. 346 Rn. 22.

Darüber hinaus löst das gegebene normative Gesetz und seine Vorschriften dieses Problem gegen die Bank. Zunächst ist festzuhalten, dass es sich bei diesem Teil der Verordnung (Art. 19) um das in den meisten europäischen Ländern nach der Finanzkrise von 2008 entwickelten normativen Komplex handelt, der weitgehend auf EU-Richtlinien basiert.¹¹ In Deutschland trat beispielsweise am 6. Oktober 2010 die „Verordnung über die aufsichtsrechtlichen Anforderungen an Vergütungssysteme von Instituten“¹² (kurz: Institutsvergütungsverordnung) in Kraft, die sich hauptsächlich mit dem Vergütungssystem für im Bankensektor beschäftigte Führungskräfte befasst. Darüber hinaus wird die Frage der Managervergütung über den Bankensektor hinaus durch nationale Regelungen auf Basis der Alternative Investment Fund Managers Directive (AIFMD)¹³ geregelt.¹⁴

Durch die Einführung einer variablen Vergütung lässt sich der Zweck all dieser regulatorischen Komplexitäten, die im gegebenen Kontext

relevant sind, folgend zusammenfassen: 1. Erhöhung der Verantwortung für die Geschäftsleitung und Herstellung einer Korrelation zwischen ihrem Einkommen und dem Gewinn und Verlust des Unternehmens; 2. Herbeiführung eines Teilverlustes des Gehalts als Form der Sanktionierung für die Geschäftsleitung im Falle der Haftungsverletzung gegenüber dem Unternehmen.¹⁵ Insbesondere sollen Führungskräfte keine Garantie mehr haben, dass sie in jedem Fall ihr volles Gehalt erhalten, auch wenn sie ohne Sorgfalt arbeiten und dieser Verstoß nicht anderweitig sanktioniert wird (z. B. wegen unzureichenden Verschuldens). Darüber hinaus, wenn sich die finanzielle Gesamtsituation des Unternehmens verschlechtert, dürfte sich das auch unmittelbar auf das Einkommen des Top-Managements auswirken, damit dieses in Krisenzeiten keine nennenswerten Finanzmittel aus dem Unternehmen „herausholen“. In diesem Fall war keiner davon relevant. Der Direktor hat während des Zeitraums, für den ihm der Bonus zugesagt wurde, in keiner Weise gegen seine Verpflichtungen gegenüber der Bank verstoßen, und die finanzielle Gesamtlage der Bank hat sich nicht verschlechtert. Darüber hinaus ist die Berufung auf die Verfügung des Präsidenten der Nationalbank völlig sinnlos und widerspricht ihrem Zweck. Zweck dieser Anordnung ist es keineswegs, durch die Einführung der variablen Vergütung die Ausübung des Kündigungsrecht von Führungskräften zu erschweren. Insbesondere stellt § 19 XI des Corporate-Governance-Kodex ausdrücklich fest: *Das Ausscheiden aus der Position des Vorstands oder eines anderen wesentlichen Risikoträgers in einer Bank ist kein Grund für eine vorzeitige Beendigung oder Anpassung der variablen Vergütung gem. §19 XI 10, es sei denn, es gibt andere Gründe für die Anpassung.*

¹¹ Directive 2010/76/EU [...] amending Directives 2006/48/EC and 2006/49/EC as regards capital requirements for the trading book and for resecuritisations, and the supervisory review of remuneration policies (Capital Requirements Directive III – CRD III); Directive 2013/36/EU [...] on access to the activity of credit institutions and the prudential supervision of credit institutions and investment firms, amending Directive 2002/87/EC and repealing Directives 2006/48/EC and 2006/49/EC usw.

¹² Verordnung über die aufsichtsrechtlichen Anforderungen an Vergütungssysteme von Instituten https://www.bgb1.de/xaver/bgb1/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGB1&jumpTo=bgb1110s1374.pdf#_bgb1_%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgb1110s1374.pdf%27%5D__1625153492709.

¹³ Directive 2011/61/EU of the European Parliament and of the Council of 8 June 2011 on Alternative Investment Fund Managers and amending Directives 2003/41/EC and 2009/65/EC and Regulations (EC) No 1060/2009 and (EU) No 1095/2010.

¹⁴ Vgl. § 37 I 1 KAGB

¹⁵ S. R. Werner, Clawback-Regelungen in Vorstandsverträgen, NZA 2020, 155 ff

Daher ist es absurd, wenn die Bank behauptet, sie sei in irgendeiner Weise durch die Verordnung des Präsidenten der Nationalbank verpflichtet, die an den Direktor gezahlten Bonusaktien zurückzuziehen.

V. Clawback im angloamerikanischen Rechtssystem

Damit sich der vorliegende Text nicht nur am deutschen Recht orientiert und außerdem deutlich macht, dass die Grundsätze, die der Bank eine Rückforderung der bereits bezahlten Bonusaktien verbieten, international anerkannt und auch von anderen Rechtsordnungen geteilt sind, erscheint ein kleiner Exkurs - diesmal in angloamerikanisches Recht - empfehlenswert:

1. Clawback im britischen Recht

Clawback ist nach britischem Recht zulässig und gilt nur, wenn die folgenden Voraussetzungen erfüllt sind: 1. Es muss zum Schutz eines legitimen Geschäftsinteresses eingerichtet werden; 2. Er darf nicht über das hinausgehen, was zur Wahrung dieses Interesses erforderlich und zumutbar ist; 3. Es muss die Interessen der Parteien und der Öffentlichkeit in Einklang bringen; 4. Darüber hinaus ist die Rückforderungsbestimmung nur dann wirksam, wenn der zurückzufordernde Betrag Schadensersatz für die Person darstellt, die die Bedingung im Vertrag einbezogen hat, entsprechend berechnet wird und nicht nur ein Mechanismus zur Sanktionierung der anderen Partei ist.¹⁶

Das heißt, die Bedingung der Rücknahme einer Belohnung, die rein strafender Natur ist oder

zumindest, wenn der Zweck dieser Bestrafung im Vordergrund steht, ist im englischen Recht klar und eindeutig nichtig. Der Zweck der Strafe ist ein Missverhältnis zwischen dem Arbeitgeber zugefügten Schaden (den er tatsächlich erleidet) und dem zurückgenommenen Betrag, selbst wenn der Arbeitnehmer den Vertrag verletzt. Damit die Bedingung gültig ist, muss der Arbeitgeber deutlich machen, dass die Bedingung kompensatorischer Natur ist, mit vorab gewogenem Schaden (liquidated damages) und nicht nur ein „erschreckender“ Vorbehalt. Die Letzte Präzedenzentscheidung in diesem Bereich wurde im Fall von *Cavendish Square Holding BV v Talal El Makdessi* getroffen, welche diese Position nochmals bekräftigte. In diesem Fall stellte das Gericht fest, dass der Schlüsseltest, um herauszufinden, ob wir einer nichtigen Strafbedingung gegenüberstehen, darin besteht, festzustellen, ob die Rückerstattung oder eine andere versprochene Maßnahme exorbitant ist und nicht mit dem Interesse vereinbar ist, das der Arbeitgeber an der Vertragserfüllung hat. Diese Bedingung wird nicht als strafbar und daher nichtig angesehen, wenn der Arbeitgeber ein erhebliches und berechtigtes Interesse an der Vertragserfüllung hat und der zu zahlende Betrag für die Vertragsverletzung nicht willkürlich unverhältnismäßig oder überhöht ist. Daher muss der Arbeitgeber deutlich machen, was für ein berechtigtes Interesse er erreichen soll und wie die Vertragsstrafe diesem Zweck dient. Beide Angaben müssen bereits bei Vertragsschluss feststehen und nicht erst im Falle der Vertragsverletzung.

Wenn wir versuchen, die obige englische Praxis auf den Fall zwischen der Bank und dem Direktor anzuwenden, spricht das „umso mehr“-Argument für den Direktor. Wenn die oben genannten Bedingungen nach britischem Recht nichtig sind, gilt dies umso mehr, wenn die AGB, die in den Vertrag des Direktors aufgenommen

¹⁶ Cavendish Square Holding BV v. Talal El Makdessi; ParkingEye Limited v Beavis.

wurden, nichtig sind. Insbesondere: Im vorliegenden Fall ist zunächst zu berücksichtigen, dass die Bedingung „Rückzug des Entgelts“ nicht wegen Pflichtverletzung oder Anstellung bei einem Wettbewerber vereinbart wurde, sondern lediglich wegen Kündigung, die nicht in Betracht kommt als erster oder auch zweiter Fall. Es kann keine Verpflichtung bestehen, den Arbeitsvertrag nie zu kündigen und diese Arbeit dauerhaft unter Zwang zu verrichten.

Dies würde gegen eine Reihe von Grundrechten verstoßen, wie das Recht auf freie Entfaltung des Einzelnen (Art. 12 Verfassung Georgiens) und die Arbeitsfreiheit (Art. 26 Verfassung Georgiens), die die freie Berufswahl einschließt. Dies verstößt auch gegen Art. 720 I GZGB. Folglich konnte der Kläger keinen wirksamen Anspruch und kein berechtigtes Interesse im oben genannten Sinne haben, dass der Geschäftsführer gegen seinen Willen dauerhaft sein Angestellter bleiben würde. Außerdem müsste die „Rückzahlung“, selbst wenn man dies hypothetisch annehmen würde, eine Art Ausgleich für den Schaden sein, der der Bank durch die Entlassung des Direktors entstanden wäre, zumindest sollte es so konzipiert werden. Seitens der Bank einbezogene Bestimmung ist dagegen ausdrücklich und explizit weit von jeglichem Zusammenhang mit dem tatsächlichen Schaden entfernt, den sie möglicherweise verursacht und stellt nur eine Strafmaßnahme für das Verlassen des Dienstes dar. Damit erfüllt nach englischem Paradigma die Bedingung der Bank keines der Kriterien der Wirksamkeitsprüfung. Hinter dieser Bedingung steckt kein berechtigtes Interesse und sie hat mit tatsächlichem Schaden nichts zu tun, d.h. sie kann nicht einmal theoretisch kompensatorische Charakter haben, sondern ist nur eine Strafe und daher - nichtig.

Darüber hinaus kann eine Bestimmung, die einem Arbeitnehmer die Beschäftigung woan-

ders verbietet (restrictive covenant) - was hier nicht der Fall war, weil der Direktor Bonusaktien bereits beim Ausscheiden aus dem Job und nicht bei dem Wechsel zu einem anderen Job verlor – aufgrund einer Beschäftigungsbeschränkung (restriction of trade) nichtig sein.

Als Beschäftigungsbeschränkung und damit als nichtige Bestimmung gilt nicht nur der Vorbehalt bereits gezahlter Vergütungen und Prämien, sondern auch die vom Arbeitgeber an den Arbeitnehmer nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu zahlenden Vergütungen. Eine Bestimmung, die einen Arbeitgeber zum Entzug dieser Kompensation berechtigt, falls er in einem anderen Unternehmen gleichen Profils beschäftigen wird, verletzt die Freiheit des Arbeitnehmers und ist aufgrund der Beschäftigungsbeschränkung nichtig.¹⁷ Nach britischem Recht ist eine „Rücknahme“ aufgrund einer Anstellung bei einem Wettbewerber zulässig nur bei „Willkommensprämie“ (golden hello) und „Loyalitätsbonus“ (loyalty bonus), also Geld, das der Mitarbeiter nicht verdient, sondern nur zweckgebunden erhalten hat, um an einen anderen wettbewerbsfähigen Arbeitsplatz nicht zu wechseln.¹⁸ Es ist offensichtlich, dass es sich im Fall des Direktors nicht um einen solche „Loyalitätsbonus“ handelte, sondern um einen normal erwirtschafteten Bonus, den die Bank völlig rechtswidrig an der Bestimmung zu Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses angeknüpft hat.

2. Der amerikanische Rechtsansatz

Amerikanische Gerichte gehen noch weiter. In Staaten wie Kalifornien, North Dakota und Oklahoma ist ein Vorbehalt der Beschäftigung bei einem Konkurrenten, sowie im Falle der Be-

¹⁷ Sadler v. Imperial Life Insurance Company of Canada.

¹⁸ Tullett Prebon v. BGC Brokers.

schäftigung die Zurückforderung der Vergütung (Forfeiture-for-Competition)¹⁹ im Allgemeinen gesetzlich verboten.²⁰ In anderen Staaten sind solche Vorbehalte ausnahmsweise nur zulässig, wenn: 1. ihr Umfang (Dauer, räumliches Gebiet, Art der Beschäftigung) nicht über das hinausgeht, was zur Wahrung berechtigter Geschäftsinteressen des Arbeitgebers erforderlich ist; 2. Den Arbeitnehmer nicht unangemessen belastet;²¹ 3. Nicht mit öffentlichen Interessen kollidiert.

Betrachtet man die Situation im Kontext des angloamerikanischen Rechts, wird noch einmal betont, dass es sich hier nicht um eine Bonusrückgabe aufgrund eines Wechsels zu einem Wettbewerber handelt, sondern der Verlust dieser Vergütung eine allgemeine Kündigungsstrafe, die eine stärkere Einschränkung ist und unter anderem einen Grundrechtsverstoß darstellt (siehe oben). Wäre diese Sanktion jedoch an einen Wechsel zu Wettbewerbern gebunden gewesen (was auch immer die Bank in ihrer Klage bereits geäußert hatte, obwohl eine solche Verbindung aus dem Vertrag nicht ableiten lässt), wäre sie nach angloamerikanischem Recht wegen folgender Gründe immer noch nichtig:

1. Die Bank konnte von dem sechsmonatigen Verbot der Beschäftigung des Direktors nicht profitieren: Das Ziel der Bank, den Direktor in einer konkurrierenden Bank nicht einzustellen und Firmenkunden zu rekrutieren, kann nicht nur mit einer sechsmonatigen Sperre erreicht werden, da diese Art der Kundenbeziehung in der Regel viel länger als dieser Zeitraum besteht. Das heißt,

der Geschäftsführer hatte nach Ablauf dieser Frist noch unbegrenzt die Möglichkeit, mit einem Konkurrenten zusammenzuarbeiten und die Kundschaft „mitzunehmen“. Was die Nichtverwendung von Insiderinformationen betrifft, so ist dies dem Geschäftsführer ohnehin durch andere Rechtsvorschriften untersagt.

2. Obwohl die Bank keinen wesentlichen Nutzen aus dieser Beschränkung ziehen konnte, entzog sie dem Direktor dennoch völlig die Beschäftigungsmöglichkeiten. Ein solcher vollständiger Entzug des Rechts auf Beschäftigung ist sowohl im angloamerikanischen als auch im deutschen Recht nichtig (siehe unten). Insbesondere ist zu beachten, dass beklagter Direktor ein Banker mit Top-Manager-Profil war. Um seine Karrierechance zu wahren, war es für ihn nur möglich, in dieser Position in einem Finanzinstitut angestellt zu werden. Jeder andere Job, etwa als Buchhalter in einer öffentlichen Einrichtung, käme einem Karriereende gleich. Das von der Bank verhängte Verbot hinderte den beklagten Direktor vollständig daran, die Position des Top-Managers bei einem Kreditinstitut zu nehmen, einschließlich derjenigen, die nicht wirklich als Wettbewerber der Bank angesehen werden konnte (z. B. Mikrofinanzorganisationen oder die Nationalbank) und wo Firmenkunden der Bank nicht rekrutiert werden könnten. Tatsächlich bedeutet dies, dass der Direktor notgedrungen ein halbes Jahr arbeitslos bleiben musste. Aufgrund der Dynamik des Arbeitsmarktes und der Tatsache, dass es in Georgien nur sehr wenige Stellen gibt, die dem Profil des Direktors entsprechen, wird das Verpassen einer Beschäftigungsmöglichkeit innerhalb der sechs Monate die zweite Chance, eine passende Stelle zu finden, auf unbestimmte Zeit verzögern. Das heißt, der ehemalige Direktor sollte tatsächlich für eine lange und unbestimmte Zeitperiode arbeitslos bleiben. Dies kann nicht wirklich durch die von der Bank für sechs Monate bezahlte Ent-

¹⁹ Powell, Forfeiture-for-Competition Agreements ("Clawbacks"): An Alternative to Traditional Non-Competition Agreements?, CPJ 04/02/2010, p. 1 sqq.

²⁰ Cal. Bus. & Prof. Code § 16600: "Except as provided in this chapter, every contract by which anyone is restrained from engaging in a lawful profession, trade, or business of any kind is to that extent void."

²¹ Vgl. Reliable Fire Equipment Co. v. Arredondo.

schädigung kompensiert werden. In diesem Fall hätte eine Entschädigung zumindest so lange angeboten werden müssen, bis der ehemalige Direktor eine andere Stelle gefunden hätte. Hier stellt sich jedoch die Frage, ob es möglich ist, die Arbeitslosigkeit eines Top-Managers nur durch die Zahlung von "Arbeitslosengeld" zu kompensieren, wenn eine Person zu diesem Zeitpunkt unter Disqualifikation leidet, Karrierechancen und Zeit verliert, was in dem modernen Arbeitsmarkt so wichtig ist.

3. Der tatsächliche Zweck der Verwendung einer solchen Bestimmung durch die Bank (wenn sie selbst keine greifbaren Vorteile erhalten konnte) bestand darin, dem Direktor den Wunsch auf Kündigung zu nehmen, was, wie bereits erwähnt, ein völlig inakzeptabler Zweck ist. Die Einschränkungen waren für den Direktor so greifbar, dass er seine Karrierechance komplett verlieren würde. Der Direktor musste entweder das Verlust seines verdienten Gehalts oder Beendigung seiner Karriere wählen, was unmoralisch ist und eine inakzeptable Verletzung der Arbeitsfreiheit darstellt. Auch die AGB-Klauseln, die der Erreichung eines anderen Ziels (Dauerverbleib in der Position) anstelle des erklärten Ziels (keine Mitnahme des Mandanten) dienen, erfüllen nicht das „Transparenzgebot“ und sind daher gemäß § 346 GZGB nichtig.²²

Auch das deutsche Recht erkennt ausdrücklich den Grundsatz an, dass das „Beschäftigungsverbot“, das von einem Arbeitnehmer die faktische Arbeitslosigkeit verlangt, bereits nichtig ist und

es nicht diskutiert werden muss, ob das dem Arbeitnehmer erworbene Arbeitsentgelt zurückgenommen werden kann.²³

VI. Zusammenfassung

So lassen sich anhand einer Zusammenfassung der deutschen und anglo-amerikanischen Rechtsprechungen und der wissenschaftlichen Literatur die folgenden vier Grundsätze formulieren: 1. Die Bedingung der Rücknahme des vom Arbeitnehmer erzielten Entgelts (auch wenn das Entgelt teilweise als Belohnung für „Loyalität“ dient) ist nichtig; 2. Der Widerruf einer Gratifikation ist grundsätzlich nur bei vertragswidrigem Verhalten des Empfängers zulässig; 3. Auch in diesem Fall muss der zurückgeforderte Betrag für den verursachten Schaden angemessen sein; 4. Das Beschäftigungsverbot bei einem Wettbewerber ist nichtig, wenn dieser vom Arbeitnehmer tatsächlich volle Nichtbeschäftigung verlangt. Die Forderung der Bank verstößt gegen alle vier dieser Grundsätze. Sie verlangt vom Direktor eine Rückerstattung, obwohl er nicht vertragswidrig gehandelt hat (weil die ihm vorgeworfenen Vertragsverletzungen als Einschränkung der Arbeitsfreiheit und faktisch als Beschäftigungsverbot nichtig waren) und ungeachtet des der Bank entstandenen Schadens.

Dementsprechend liegen gemäß den §§ 54 und 346 GZGB alle Voraussetzungen für die Nichtigkeit der Bedingungen vor, auf die die Bank ihren Anspruch stützt.

²² Rusiashvili, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Auflage, Chanturia (Hrsg.), Art. 346 Rn. 23 ff.

²³ BGH II ZR 208/08, 30.11.2009.