

# Ukrainische Flüchtlinge beschäftigen

Das müssen Arbeitgeber jetzt beachten S.6

## Einrichtungsbezogene Impfpflicht

Strafrechtliche Risiken S.18

## Das beste Führungsmodell

Erkenntnisse aus der Wissenschaft S.24

## Anreize ohne Aktien

Virtuelle Mitarbeiterbeteiligung S.46



## Virtuelle Mitarbeiterbeteiligung

# Anreize ohne Aktien

**Zur Förderung der Motivation werden (vor allem leitende) Angestellte gern an der Unternehmensentwicklung beteiligt. Solche Beteiligungsmodelle sollen den Unternehmenserfolg nachhaltig steigern und die Identifikation der Arbeitnehmer mit ihrem Arbeitgeber erhöhen. Da eine gesellschaftsrechtliche Beteiligung insbesondere bei einer GmbH schwierig ist, sind schuldrechtliche Konstrukte (sog. virtuelle Beteiligungen) beliebt, die die Unternehmensentwicklung spiegeln. Doch welche Grenzen muss der Arbeitgeber dabei beachten? Schränkt die Rechtsprechung die Gestaltungsfreiheit bei virtuellen Beteiligungen ein, insbesondere wenn der Mitarbeiter eigenes Geld investiert?**

### FLEXIBLE GESTALTUNGSMÖGLICHKEITEN

Die „virtuelle Beteiligung“ (engl.: „phantom shares“) bezeichnet ein schuldrechtliches Konstrukt, das eine Kapitalbeteiligung nachbildet. Durch Vertrag erhält der Arbeitnehmer Rechte, die ihn wirtschaftlich so stellen wie einen Gesellschafter. Auch virtuelle Anleiheoptionen (engl.: „stock appreciation rights“ oder „virtual stock options“) kommen in Betracht. Im Gegensatz zu Aktienoptionen, deren Berechtigte in Zukunft Aktien zu einem schon anfangs festgesetzten Preis erwerben und so von Wertsteigerungen profitieren können, erhalten Inhaber virtueller Anleiheoptionen einen schuldrechtlichen Zahlungsanspruch auf diese Differenz, ohne dabei ein wirtschaftliches Verlustrisiko einzugehen.

Was hieran besonders attraktiv ist: Die Ausgestaltungsmöglichkeiten sind flexibel und nicht an gesellschaftsrechtliche Prinzipien gebunden. Die Ansprüche des Arbeitnehmers können sich eng an den Rechten von Gesellschaftern orientieren (inkl. Nachbildung laufender Dividendenausschüttungen o. ä.) oder auf ein spezifisches Szenario zugeschnitten sein. Eine Auszahlung kann z. B. auf den Fall eines Unternehmensverkaufs beschränkt werden (etwa beim sog. „exit bonus“). Aufgrund dieser Variabilität ist der Übergang zu virtuellen Anleiheoptionen fließend und eine stringente Unterscheidung nicht erforderlich. Wegen der überragenden Bedeutung von Kapitalgesellschaften in der Praxis wird sich dieser Beitrag auf virtuelle Beteiligungen hieran beschränken.



Virtuelle Beteiligungen werden nicht notwendigerweise vom Arbeitgeber ausgegeben. Wenn die Beteiligungen als Anreiz für einen geplanten Unternehmensverkauf eingesetzt werden, kann bspw. auch ein Investor, der ein Interesse am Beibehalt des Managements hat, virtuelle Beteiligungen emittieren.

## BESTANDTEIL DER ARBEITSVERTRAGLICHEN VERGÜTUNGSREGELUNG

Das Leitbild der abhängigen Beschäftigung sieht die gegenseitige Verknüpfung des Arbeitsentgelts mit der Erbringung einer Arbeitsleistung vor. Das BAG differenziert zwischen diesem „Lohn im engeren Sinne“ und Lohnleistungen, die unabhängig von der Arbeitsleistung des Arbeitnehmers sind (BAG, Urt. v. 23.3.1983 – 5 AZR 6/81). Auch Aktienoptionen, die ein Arbeitgeber seinen leitenden Angestellten gewährt hat, können laut BAG als „Bestandteil der arbeitsvertraglichen Vergütungsregelung und damit arbeitsrechtlich als Arbeitsentgelt“ eingeordnet werden (BAG, Urt. v. 28.5.2008 – 10 AZR 351/07). Teil der arbeitsvertraglichen Vergütungsregelung werden nur solche Aktienoptionen, zu deren Gewährung sich der Arbeitgeber verpflichtet hat. Unerheblich ist dagegen, ob der Arbeitgeber die Optionen für seine Aktien oder die eines anderen (meist verbundenen) Unternehmens verspricht. Das BAG ließ es genügen, dass sich der Arbeitgeber neben der emittierenden Muttergesellschaft zur Gewährung von Aktienoptionen verpflichtet hatte (BAG, Urt. v. 28.5.2008 – 10 AZR 351/07). Im Folgenden liegt der Fokus auf solchen virtuellen Anleiheoptionen und virtuellen Beteiligungen, die vom Arbeitgeber ausgegeben werden.

In der gleichen Entscheidung hat das BAG klargestellt, dass diese Grundsätze auf virtuelle Aktienoptionen übertragbar sind. Dementsprechend können auch virtuelle Beteiligungen als Arbeitsentgelt eingeordnet werden. Schließlich verfolgen virtuelle Beteiligungen das gleiche Ziel wie (virtuelle) Aktienoptionen für Arbeitnehmer: Der Arbeitgeber möchte seine Arbeitnehmer dazu anspornen, mit besonderem Einsatz auf eine nachhaltige, positive Entwicklung des Unternehmens hinzuwirken. Lohnleistungen müssen nicht unmittelbar mit der Arbeitsleistung verknüpft sein. Es genügt, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer aufgrund des Arbeitsverhältnisses eine Leistung in Aussicht stellt. Dementsprechend gelten arbeitsrechtliche Vergütungsgrundsätze auch für virtuelle Beteiligungen.

Die Einführung und Ausgestaltung virtueller Beteiligungen unterliegt nur dann der Mitbestimmung des Betriebsrats, wenn auch nicht leitende Angestellte erfasst sind.

## SONDERFALL: INVESTITION VON PRIVATVERMÖGEN

Virtuelle Beteiligungen können auch so konzipiert werden, dass Arbeitnehmer ihr Privatvermögen investieren und nicht nur gewinn-, sondern auch verlustbeteiligt werden. Der Arbeitgeber ist dann bei negativer Unternehmensentwicklung berechtigt, die Wertdifferenz der virtuellen Beteiligung zu behalten.

Beispiel: Ein Arbeitnehmer erwirbt zehn virtuelle Beteiligungen i. H. v. jeweils 1.000 Euro, die von seinem Arbeitgeber ausgegeben werden. Anschließend verliert das Unternehmen 15 % an Wert. Die virtuellen Beteiligungen sind also noch 850 Euro wert. Zum Auszahlungszeitpunkt erhält der Arbeitnehmer nur noch 8.500 Euro. Die restlichen 1.500 Euro verbleiben beim Arbeitgeber. Hierdurch wird ein Teil des Betriebsrisikos auf die Arbeitnehmer abgewälzt. Diese Version virtueller Beteiligung verfolgt die gleichen Zwecke wie das oben beschriebene Grundmodell. Wenn die Investition nicht vom Arbeitgeber „fingiert“, sondern tatsächlich aus dem Privatvermögen des Arbeitnehmers bezahlt wird, können Ansprüche aus der Beteiligung aber nicht als Teil des Arbeitsentgelts eingeordnet werden. Das investierte Privatvermögen hängt nämlich nicht mit der Arbeitsleistung zusammen, die der Arbeitnehmer im Beschäftigungsverhältnis schuldet. Es steht gänzlich außerhalb des arbeitsvertraglichen Austauschverhältnisses. Der Arbeitnehmer nimmt hier die Rolle eines Investors ein, die neben seine Rolle als Arbeitnehmer tritt.

Diese beiden Rollen sollen – und dürfen – sich nicht gegenseitig einschränken. Würde man den Arbeitnehmerschutz auf die Investorentätigkeit eines Arbeitnehmers übertragen, würde man seine Privatautonomie in unzulässigem Maße beschränken und ihn ohne hinreichenden Grund besserstellen als andere Investoren. Die Abhängigkeit und das Schutzbedürfnis eines Arbeitnehmers, die aus der Leistungsweisungsgebundener Arbeit folgen, sind nicht umfassend und erstrecken sich insbesondere nicht auf sein Privatvermögen. Den Arbeitgeber trifft keine besondere Verantwortung gegenüber einem Investor, nur weil dieser gleichzeitig Arbeitnehmer ist. Ein Investor wird stattdessen durch das Regime des Anlegerschutzes abschließend geschützt.

Es bestehen keine grundsätzlichen Bedenken an der Vereinigung der Investoren- und Arbeitnehmerrolle in einer Person. Dies hat der BGH in Bezug auf eine Arbeitnehmerbürgschaft bestätigt (BGH, Urt. v. 11.9.2018 – XI ZR 380/16). Der BGH beurteilte es als hinnehmbares Risiko, wenn ein gut verdienender, leitender Angestellter eine Bürgschaft übernehme, um die wirtschaftliche Gesundung seines Arbeitgebers zu unterstützen. Dies sei von der Privatautonomie des bürgenden Arbeitnehmers gedeckt und stehe nicht in Widerspruch zu grundlegenden Wertungen der Rechts- und Sittenordnung. Eine andere Einordnung sei mit der Vertragsfreiheit nicht zu vereinbaren (BGH, Urt. v. 11.9.2018 – XI ZR 380/16). Je nach vertraglicher Gestaltung kann diese Art virtueller Beteiligung als stille Gesellschaft einzuordnen sein. Ein stiller Gesellschafter beteiligt sich außerhalb gesellschaftsrechtlicher Strukturen durch Einlage an einem Unternehmen im Gegenzug für eine Beteiligung am Unternehmensgewinn. Für die Einordnung als stille Beteiligung sprechen die mögliche Verlustbeteiligung sowie Leistung einer Geldeinlage. Die Klassifikation als stille Gesellschaft hat vornehmlich steuerrechtliche Folgen, auf die hier nicht näher eingegangen werden kann.

## ABWÄLZUNG DES BETRIEBSRISIKOS

Eine Schranke für die Gestaltungsfreiheit bei virtuellen Beteiligungen und Anleiheoptionen könnte aus der Verteilung des Betriebsrisikos folgen. Es beschreibt das Risiko, dass die Arbeitsleistung eines arbeitsfähigen und -willigen Arbeitnehmers aus im Betrieb liegenden Gründen unterbleibt. Dieses Risiko wird der gesetzgeberischen Grundkonzeption nach in § 615 Satz 3 BGB dem Arbeitgeber auferlegt, da er „die betriebliche Gestaltung organisiert, leitet, die Verantwortung trägt und die Erträge bezieht“ (BAG, Urt. v. 8.2.1957 – 1 AZR 338/55).

Aus § 619 BGB folgt, dass die Risikoverteilung grundsätzlich dispositiv ist (BAG, Urt. v. 30.1.1991 – 1 AZR 338/90). Eine abweichende Verteilung muss hinreichend deutlich vereinbart werden (BAG, Urt. v. 4.7.1958 – 1 AZR 559/57). Allerdings darf das Betriebs- und Wirtschaftsrisiko nach ganz herrschender Meinung nicht vollständig auf den Arbeitnehmer übertragen werden. Dies widerspräche dem Grundgedanken der arbeitsrechtlichen Beziehung: Der Arbeitnehmer stellt seine Arbeitskraft zur Disposition des Arbeitgebers und verzichtet deswegen auf die unternehmerische Freiheit, eigenverantwortlich am Markt zu agieren. Da er in Bezug auf das Arbeitgeberunterneh-

men nicht eigenständig spekulieren oder sich absichern kann, darf weder das Marktrisiko noch das Entgeltrisiko vollständig auf ihn verlagert werden.

Das BAG hat in zwei Urteilen Vergütungsabreden als sittenwidrig eingestuft, die einen Arbeitnehmer ohne angemessenen Ausgleich mit dem Betriebs- oder Wirtschaftsrisiko des Arbeitgebers belasten. Einem Urteil (BAG, Urt. v. 21.3.1984 – 5 AZR 462/82) lag ein Bauleitervertrag zugrunde. Der Bauleiter sollte für seine Tätigkeit ein Honorar erhalten, das sich nach dem Rohgewinn des Bauträgers an dem Projekt bemaß. Sofern das Bauvorhaben Verluste machen sollte, war eine Haftung des Bauleiters mit demselben Anteil vereinbart. Die Sittenwidrigkeit folgte für das BAG aus dem Umstand, dass der Bauleiter mit seiner geschuldeten Tätigkeit keinen Einfluss darauf hatte, inwiefern das Bauvorhaben gewinnbringend oder verlustig abgeschlossen werde. Es bestand die Gefahr, trotz ordnungsgemäßer Leistung haften zu müssen. Maßgeblich für die Einordnung als sittenwidrig war nicht, ob es tatsächlich zu einer Verlustbeteiligung kam, sondern die Gefahr für den Arbeitnehmer, dass „der Arbeitgeber wirtschaftliche Risiken auf ihn abwälzen und ihm so den angemessenen Lohn vorenthalten kann.“ Im zweiten Fall (BAG, Urt. v. 10.10.1990 – 5 AZR 404/89) hatte ein Arbeitnehmer gegenüber seinem Arbeitgeber die persönliche Haftung für einen Umschuldungskredit des Arbeitgebers übernommen, der der Finanzierung seines Arbeitsbereichs diene. Das BAG erkannte, dass der Arbeitnehmer seine Weiterbeschäftigung für ein Jahr auf diese Weise „erkauft“ hatte. Die Sittenwidrigkeit lag darin, dass der Arbeitnehmer das Betriebs- und Wirtschaftsrisiko mittragen musste, ohne dafür einen angemessenen Ausgleich zu erhalten.

Aus dieser Rechtsprechung lassen sich folgende drei Kriterien ableiten, mit denen eine mögliche Sittenwidrigkeit virtueller Beteiligungen zu beurteilen ist.

## KRITERIUM 1: BEEINFLUSSBARKEIT DES ERFOLGS

Je mehr Einfluss ein Arbeitnehmer auf das Ergebnis nehmen kann, desto mehr darf er auch mit dem Erfolgsrisiko belastet werden. Bei virtuellen Beteiligungen hat der einzelne Arbeitnehmer nur beschränkten Einfluss auf deren Werthaltigkeit. Selbst bei Geschäftsführern, denen viel Gestaltungsspielraum zukommt, hängt die Unternehmensentwicklung auch vom Wirtschaftsumfeld bis hin zur generellen Konjunktur ab (BAG, Urt. v. 28.5.2008 – 10 AZR 351/07). Virtuelle Beteiligungen beinhalten ein hohes Maß an Spekulation. Dieses Kriterium vermag also das Risiko einer Sittenwidrigkeit nicht zu beseitigen.

## KRITERIUM 2: KEINE VOLLSTÄNDIGE ÜBERWÄLZUNG DES BETRIEBSRISIKOS

Eine arbeitsvertragliche Vergütungsregel, die das Betriebsrisiko vollständig auf den Arbeitnehmer überwälzt, widerspricht den Leitgedanken des Arbeits-

verhältnisses und verstößt daher gegen die guten Sitten. Das droht bei virtuellen Beteiligungen nicht. Soweit virtuelle Beteiligungen und Aktienoptionen als Teil der arbeitsrechtlichen Vergütungsregelung gelten (siehe oben), trägt der Arbeitnehmer das Arbeitsentgeltisiko mit. Eine negative Unternehmensentwicklung führt dazu, dass der Arbeitnehmer nur sein Grundgehalt erhält und darüber hinaus keine (bzw. weniger) Ansprüche aus der virtuellen Beteiligung geltend machen kann. Zumindest solange das Grundgehalt angemessen ist (siehe Kriterium 3), bleibt aber der Großteil des Arbeitsentgelttrisikos beim Arbeitgeber. Insbesondere ist der Arbeitnehmer nicht verlustbeteiligt. Eine sittenwidrige Überwälzung des Arbeitsentgelttrisikos liegt damit fern.

Auf das Verhältnis zwischen virtueller Beteiligung und Grundgehalt kann es bei dieser Beurteilung nicht ankommen. Zur Veranschaulichung soll folgendes Extrembeispiel dienen: Arbeitnehmer B erhält ein Grundgehalt von 50.000 Euro, das der üblichen Vergütung in seinem Wirtschaftszweig entspricht. Dazu werden ihm virtuelle Beteiligungen gewährt, deren Wert bei Ausgabe mit 200.000 Euro beziffert ist. Selbst wenn B diese Beteiligungen überhaupt nicht realisieren kann, erhält er eine angemessene Vergütung. Bei positiver Unternehmensentwicklung könnte er ein Vielfaches seines Grundgehalts realisieren.

In diesem Beispiel ist kein Szenario ersichtlich, in dem die Entgeltabrede als sittenwidrig einzustufen wäre. § 138 BGB muss als Ultima Ratio verstanden werden, da sich nur dann eine Beschränkung der Privatautonomie rechtfertigen lässt. Solange B angemessen entlohnt wird, muss er nicht vor spekulativen Vereinbarungen geschützt werden.

Zu keiner anderen Einschätzung kommt man bei virtuellen Beteiligungen, die eine Investition von Privatvermögen des Arbeitnehmers vorsehen. Hier fallen die Ansprüche aus der virtuellen Beteiligung schon nicht unter den Begriff des Arbeitsentgelts (siehe bereits oben). Im Übrigen ist der Arbeitgeber bei negativer Entwicklung zwar berechtigt, Vermögen des Arbeitnehmers zu behalten und wird in diesem Umfang von seinem Betriebsrisiko entlastet. Diese Entlastung erhält er aber nicht durch eine einseitige Abwälzung auf den Arbeitnehmer, da er sich diesem im Gegenzug bei positiver Entwicklung zur Zahlung verpflichtet. Gerade wegen dieser möglichen Zahlungspflicht wäre es auch vollkommen praxisfern, davon auszugehen, dass die Risikoabwälzung auf das Unternehmen bezogen einen relevanten Umfang erreicht. Der Arbeitgeber wälzt das Betriebsrisiko nur geringfügig auf die Arbeitnehmer um. Dagegen bestehen keine Bedenken.

### KRITERIUM 3: ANGEMESSENER LOHN

Der Arbeitnehmer hat einen Anspruch auf angemessenen Lohn. Virtuelle Beteiligungen dürfen die Angemessenheit des Lohns nicht beeinträchtigen. Eine Vergütungsabrede ist nach § 138 BGB objektiv sittenwidrig, wenn Leistung und Gegenleistung in einem auffälligen Miss-

verhältnis zueinander stehen. Zur Konkretisierung hat das BAG sich einem vom BGH entwickelten Richtwert angeschlossen, wonach ein auffälliges Missverhältnis angenommen wird, „wenn die Arbeitsvergütung nicht einmal zwei Drittel eines in der betreffenden Branche und Wirtschaftsregion üblicherweise gezahlten Tariflohns erreicht“ (BAG, Urt. v. 22.4.2009 – 5 AZR 436/08, Rn. 13, AuA 8/10, S. 487). Eine Tarifvergütung ist in diesem Sinne üblich, „wenn mehr als 50 % der Arbeitgeber eines Wirtschaftsgebiets tarifgebunden sind oder wenn die organisierten Arbeitgeber mehr als 50 % der Arbeitnehmer eines Wirtschaftsgebiets beschäftigen“ und die verkehrsübliche Vergütung nicht niedriger liegt (BAG, a. a. O.). Später hat das BAG präzisiert, dass sich der relevante Wirtschaftszweig auf der Klassifikation der Wirtschaftszweige durch das Statistische Bundesamt beurteilt (BAG, Urt. v. 18.4.2012 – 5 AZR 630/10). Daneben kommt es auch auf die Wirtschaftsregion des Arbeitgebers an (BAG, Urt. v. 17.12.2014 – 5 AZR 633/13). Auch für Fälle, in denen dieser Regel zufolge Tarifentgelte nicht maßgeblich sind, hat das BAG den 2/3-Richtwert anerkannt (BAG, Urt. v. 19.8.2015 – 5 AZR 500/14). In diesen Fällen lässt sich das Lohnniveau freilich nur schwer feststellen. Das BAG hat eine Orientierung an Empfehlungen der Handwerkskammern oder Tarifverträgen ähnlicher Branchen akzeptiert (BAG, Urt. v. 12.4.2016 – 9 AZR 744/14).

Auch bei vollkommenem Wertverlust virtueller Beteiligungen muss ein angemessener Lohn gewährleistet bleiben. Dies lässt sich sicherstellen, wenn die Festvergütung den 2/3-Richtwert nicht unterschreitet. Dann verbessert jeder Zahlungsanspruch aus einer virtuellen Beteiligung die Bezahlung des Arbeitnehmers, die aber auch ohne diesen Zuschlag bereits angemessen ist.

Eine Vergütungsstruktur, die eine Festvergütung unterhalb des 2/3-Richtwerts in Verbindung mit einem virtuellen Beteiligungsmodell vorsieht, ist nicht „automatisch“ sittenwidrig, denn nach dem BAG treten neben den Richtwert stets Erwägungen des Einzelfalls. Dabei reicht allerdings eine positive Unternehmensprognose als Argument gegen die Sittenwidrigkeit allein nicht aus. Prognosen sind naturgemäß unsicher, zumal eine Unternehmensbewertung auch von externen Faktoren wie etwa Konjunktur oder Lieferengpässen abhängt (BAG, Urt. v. 28.5.2008 – 10 AZR 351/07, Rn. 29). Auch wenn der Arbeitnehmer die geschuldete Arbeitsleistung vollkommen zufriedenstellend erbringt, bleibt somit das Risiko, dass er nicht angemessen entlohnt wird. Hinzu kommt, dass die Sittenwidrigkeit nicht allein zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses zu beurteilen ist, sondern auch über jeden später streitigen Vergütungszeitraum (BAG, Urt. v. 22.4.2009 – 5 AZR 436/08). Sowohl die Arbeitsverträge der teilnehmenden Arbeitnehmer als auch die virtuellen Beteiligungen laufen naturgemäß über einen längeren Zeitraum. Es ist unmöglich, die negative Entwicklung eines Unternehmens in diesem Zeitraum mit einer derartigen Sicherheit auszuschließen, dass das Risiko unangemessener Lohnzahlung bei einer sonstigen Vergütung unter dem 2/3-Richtwert abwegig erscheint. Im Zweifel sollte daher die 2/3-Lohngrenze überschritten werden, um das Risiko der Unwirksamkeit zu vermeiden.



## SONDERFALL: INVESTITION VON PRIVATVERMÖGEN

An dieser Stelle stößt man wieder auf das Nebeneinander von Arbeitnehmer- und Investorenrolle. Zur Veranschaulichung soll folgendes Beispiel dienen: Der Arbeitgeber X bietet seinen leitenden Angestellten an, mit ihrem Privatvermögen virtuelle Beteiligungen i. H. v. bis zu 20.000 Euro zu erwerben. Arbeitnehmer A investiert daraufhin den Maximalbetrag. Der Arbeitsvertrag des A sieht eine jährliche Bruttovergütung von 50.000 Euro vor, die dem marktüblichen Vergleich entspricht. Wenn die virtuellen Beteiligungen innerhalb eines Jahres nun vollkommen ihren Wert verlieren, hätte A weiterhin Anspruch auf eine marktübliche Vergütung von 50.000 Euro. Allerdings hätte er 20.000 Euro an seinen Arbeitgeber verloren. Würde man diese 20.000 Euro von seiner Vergütung abziehen, blieben lediglich 30.000 Euro, die den 2/3-Richtwert unterschreiten. Macht dieses Ergebnis die Vergütungsabrede sittenwidrig? Dies ist abzulehnen. Solche virtuellen Beteiligungen gelten gerade nicht als Teil des Arbeitsentgelts (siehe oben) und können daher auch nicht den 2/3-Richtwert beeinflussen. In sehr seltenen Ausnahmefällen kann ein solches Beteiligungsmodell gleichwohl sittenwidrig sein. Durch die Vereinigung der Investoren- und Arbeitnehmerrolle in einer Person können diese Rollen Einfluss aufeinander haben. So ist bspw. denkbar, dass sich ein Arbeitnehmer in Zeiten hoher Arbeitslosigkeit genötigt fühlt, ein Beschäftigungsverhältnis einzugehen, auch wenn er dafür Privatvermögen in seinen Arbeitgeber investieren muss (BGH, Urt. v. 11.9.2018 – XI ZR 380/16, Rn. 12, AuA 6/19, S. 379). Ein Arbeitgeber könnte diese Drucksituation in sittenwidriger Weise nutzen, um an Investitionen zu gelangen. Virtuelle Beteiligungsmodelle sollten keinen psychologischen Druck auf den Arbeitnehmer ausüben, sein Privatvermögen zu investieren. Empfehlenswert ist eine Kommunikation, die virtuelle Beteiligungen als Angebot darstellt und nicht in Verbindung mit dem (Fort-)Bestand des Arbeitsverhältnisses bringt.



**Dr. Mark Zimmer**

Rechtsanwalt und Fachanwalt  
für Arbeitsrecht, Partner,  
GIBSON, DUNN & CRUTCHER  
LLP, München



**Katharina Heinrich**

Rechtsanwältin,  
GIBSON, DUNN & CRUTCHER  
LLP, München

## AGB-KONTROLLE ALS ZUSÄTZLICHE BESCHRÄNKUNG?

Neben der Sittenwidrigkeitsgrenze (§ 138 BGB) können auch die Regeln zu allgemeinen Geschäftsbedingungen relevant werden. Verträge über die Gewährung virtueller Beteiligung sind allgemeine Geschäftsbedingungen nach §§ 305 ff. BGB, sofern der Arbeitgeber die Bedingungen stellt. Da das BAG Arbeitnehmer als Verbraucher einordnet, kommt es gem. § 310 Abs. 3 Nr. 2 nicht darauf an, dass die Bedingungen auf eine Vielzahl von Verträgen angewendet werden sollen (BAG, Urt. v. 13.2.2013 – 5 AZR 2/12). Die gesetzliche Ausnahme für das Gesellschaftsrecht nach § 310 Abs. 4 Satz 1 BGB findet keine Anwendung auf rein schuldrechtliche Nachbildungen gesellschaftsrechtlicher Positionen. Soweit über virtuelle Beteiligungen eine Betriebsvereinbarung geschlossen worden ist, schließt § 310 Abs. 4 Satz 1 BGB allerdings die Anwendbarkeit der §§ 305 ff. BGB aus.

Im Übrigen müssen virtuelle Beteiligungsverträge der Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB standhalten. Insoweit hat das BAG in seiner Entscheidung zu Aktienoptionen und virtuellen Anleiheoptionen für Arbeitnehmer den spekulativen Charakter solcher Programme betont und klar von anderen Sondervergütungen abgegrenzt. Es erkannte an, dass Aktienoptionen „weniger als Gegenleistung für erbrachte Leistungen, sondern vielmehr Gewinnchance und Anreiz für zukünftigen Einsatz dar[stellen]“ (BAG, Urt. v. 28.5.2008 – 10 AZR 351/07). Das BAG hielt weder den ersatzlosen Verfall der Ansprüche nicht ausgeübter Aktienoptionen bei Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis noch Halte- und Wartefristen bzgl. der Ausübung der Optionen für unangemessen i. S. d. § 307 Abs. 2 BGB. Insbesondere durchbreche der Verfall der Ansprüche nicht den Grundsatz, dass einem Arbeitnehmer eine bereits erdiente Vergütung nicht entzogen werden darf, da es sich nur um eine Verdienstchance handelt (BAG, Urt. v. 28.5.2008 – 10 AZR 351/07).

Dieser Wertung des BAG folgend kann ein Verfall der Ansprüche auch nicht dem Rechtsgedanken des § 622 Abs. 6 BGB widersprechen, wonach arbeitsvertragliche Regelungen dem Arbeitnehmer eine Kündigung nicht erschweren dürfen. Die Rechtsprechung erkennt ausdrücklich ein legitimes Interesse darin, Ansprüche aus virtuellen Anleiheoptionen an den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses zu knüpfen.

Das Urteil zeigt, dass das BAG aufgrund des Zieles und spekulativen Charakters eine deutlich höhere Realisierungsunsicherheit für (virtuelle) Aktienoptionen erlaubt, als es das für andere Sondervergütungen tut. Da virtuelle Beteiligungen gleichermaßen spekulativ sind, kann hierfür nichts anderes gelten. Ob konkrete Klauseln die Arbeitnehmer unangemessen benachteiligen, bleibt freilich immer eine Einzelfallentscheidung.

## FAZIT

Bei der Bewertung virtueller Beteiligungen und virtueller Anleiheoptionen sind zwei Modelle zu unterscheiden: Der Arbeitnehmer kann die virtuellen Beteiligungen als Lohnergänzung ausgeben oder dem Arbeitnehmer eine Investition von Privatvermögen ermöglichen.

Im ersten Fall sind die virtuellen Beteiligungen Teil der arbeitsvertraglichen Vergütungsregelung und müssen sich an allgemeinen arbeitsrechtlichen Grundsätzen messen lassen. Insbesondere muss die angemessene Entgeltzahlung (2/3 des üblichen Fixgehalts) gewährleistet sein. Eine sittenwidrige Überwälzung des Betriebsrisikos droht hier nicht.

Durch die Investition von Privatvermögen nimmt der Arbeitnehmer im Verhältnis zu seinem Arbeitgeber eine neue Rolle als Investor ein, die nicht nach arbeitsrechtlichen Grundsätzen beurteilt werden darf, sondern allein dem Anlegerschutz unterliegt. ■