

MITARBEITERBETEILIGUNGEN UND VARIABLE LOHNBESTANDTEILE

Die Praxis kennt eine Vielzahl von Möglichkeiten, die Mitarbeiter am Erfolg oder am Kapital des Unternehmens zu beteiligen oder die Arbeit variabel zu entlohnen. So zahlreich wie die Ausgestaltungsmöglichkeiten sind auch die rechtlichen Problemstellungen, die die verschiedenen Mitarbeiterbeteiligungen und variablen Lohnbestandteile mit sich bringen. Nur durch eine korrekte Einordnung des anwendbaren Vergütungsmodells können die Rechtsfolgen eruiert und rechtliche Unsicherheiten verhindert werden.

■ Von Sandra Küng

Lohn oder Gratifikation?

Ein häufiger Streitpunkt ist die Frage, ob variable Vergütungen als Lohn oder als freiwillige Leistung des Arbeitgebers zu qualifizieren sind. Der Begriff «Bonus» wird für beide Formen der variablen Vergütung verwendet. Ist die variable Vergütung vertraglich geschuldet, so handelt es sich um Lohn, wird sie hingegen ganz oder zumindest teilweise freiwillig ausgerichtet, handelt es sich um eine Gratifikation im Sinne von Art. 322d OR. Um den Charakter einer Sondervergütung zu wahren, muss eine Gratifikation gegenüber dem Lohn akzessorisch bleiben und darf, was den Umfang der Entschädigung des Arbeitnehmers anbelangt, nur eine zweitrangige Bedeutung einnehmen. Daher kann es sich auch bei einem Bonus, dessen Ausrichtung nach der Vereinbarung der Parteien ins Ermessen der Arbeitgeberin gestellt ist, um einen (variablen) Lohnbestandteil handeln, wenn sich die entsprechende Vergütung nicht als zweitrangig und damit nicht als akzessorisch erweist.¹

WICHTIGER HINWEIS



Wird eine Gratifikation wiederholt über mehrere Jahre in gleicher Höhe ausgerichtet, so wird sie zum Lohnbestandteil und der Arbeitnehmer hat einen Anspruch auf die Ausrichtung.

Variable Lohnbestandteile

Bei variablen Löhnen bzw. variablen Lohnbestandteilen wird zwischen echtem und unechtem Leistungslohn unterschieden, wobei nur beim echten Leistungslohn die Höhe der Vergütung direkt von der eigenen Leistung abhängt. Beim unechten Leistungslohn ist die Leistung des Arbeitnehmers nur einer von vielen Faktoren, welche der Arbeitnehmer nicht oder nur beschränkt beeinflussen kann.² Das klassische Beispiel eines echten Leistungslohns ist der Akkordlohn. Im Gegensatz dazu können die Mitarbeitenden bei einem Anteil am Geschäftsergebnis als unechter Leistungslohn die Faktoren aller Regel nach nur beschränkt beeinflussen.

Problemstellungen bei variablen Vergütungen mit Lohncharakter

a) Anspruch pro rata temporis bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses

Die Pflicht zur Zahlung der variablen Vergütungen mit Lohncharakter pro rata temporis ist bei der Beendigung der Arbeitsverhältnisse regelmässig ein Streitpunkt. Das Bundesgericht hat jedoch unmissverständlich festgehalten, dass zwar die Gratifikation von der Bedingung abhängig gemacht werden könne, dass der Arbeitnehmer

zum Zeitpunkt der Fälligkeit noch im Arbeitsverhältnis stehe oder in ungekündigter Stellung sei, dass aber eine solche Bedingung bezüglich des Anspruchs auf Lohn unzulässig sei. Anders als bei der Gratifikation, welche keinen Lohn darstellt, sind variable Lohnbestandteile und Mitarbeiterbeteiligungen somit auch dann geschuldet, wenn der Mitarbeiter unter dem Jahr ausscheidet. Dies selbst dann, wenn dieser Anspruch reglementarisch – d.h. im Arbeitsvertrag, Personalreglement etc. – wegbedungen wurde. In der Lehre ist die Frage jedoch insbesondere im Zusammenhang mit dem Anteil am Geschäftsergebnis umstritten.³

b) Truckverbot

Unter Truckverbot versteht man das Verbot von Vereinbarungen, welche die Mitarbeitenden verpflichten, den Lohn im Interesse des Arbeitgebers zu verwenden. So dürfen etwa Mitarbeitende eines Kleiderladens nicht verpflichtet werden, Kleider des Ladens zu erwerben, auch nicht als Arbeitskleidung. Die Frage eines Verstosses gegen das Truckverbot stellt sich insbesondere auch bei Mitarbeiterbeteiligungen, namentlich bei Optionsplänen. Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts sind den Arbeitnehmern zugeleitete (gesperrte) Optionen, welche bei einer vorzeitigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses entschädigungs-

² Christoph Senti, Variabler Lohn und Mitarbeiterbeteiligungen: Rechtsfolgen, in: Wolfgang Portmann/Adrian von Kaenel (Hrsg.), Fachhandbuch Arbeitsrecht, Schulthess 2018, S. 89, N. 4.7.

³ Senti, a.a.O., S. 96f., N. 436 ff.

¹ BGE 142 III 381, S. 384.

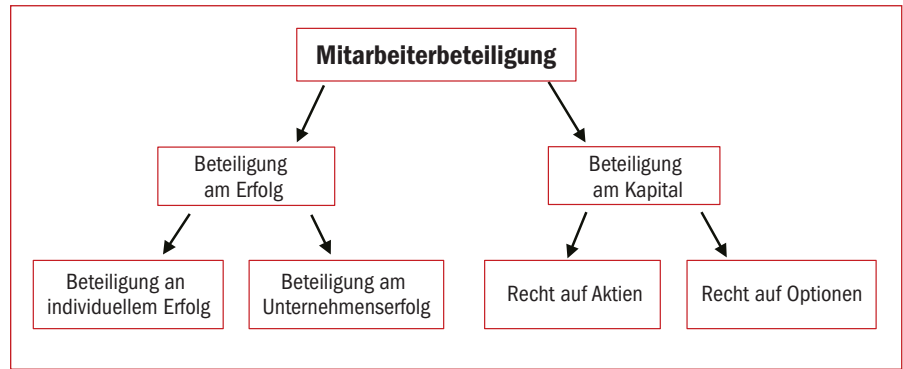
los verfallen, mit dem Truckverbot nicht vereinbar.⁴ In Fällen, in welchen der Arbeitnehmer jedoch als Anleger handelt und damit das mit der Anlage verbundene Risiko aus freien Stücken akzeptiert, ist das Truckverbot nicht verletzt.⁵

c) Lohnfortzahlung

Die Arbeitgeberin ist gesetzlich in verschiedenen Fällen trotz Ausbleiben der Arbeitsleistung des Arbeitnehmers zur Lohnfortzahlung verpflichtet. Dies etwa bei Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit oder Unfall gemäss Art. 324a OR, bei ferienbedingter Abwesenheit oder während einer (kündigungsbedingten) Freistellung. Grundsätzlich ist der Arbeitnehmer wirtschaftlich so zu stellen, wie wenn er gearbeitet hätte.⁶ Es stellt sich die Frage, auf welchen hypothetischen Verdienst in diesen Fällen abgestellt werden soll, wenn der Lohn aufgrund der variablen Lohnbestandteile Schwankungen unterliegt. Wenn sich der hypothetische Verdienst aufgrund des Lohnausfallsprinzips nicht eruieren lässt, ist auf das sog. «Referenzperiodenprinzip» zurückzugreifen.⁷

Varianten der Mitarbeiterbeteiligungen

Die Mitarbeitenden werden bei Mitarbeiterbeteiligungen entweder am Erfolg oder am Kapital der Gesellschaft beteiligt. Dabei kann sowohl auf den individuellen Erfolg als auch auf den Unternehmenserfolg abgestellt werden. Die sog. Phantom-Stocks stellen eine Form der Beteiligung am Unternehmenserfolg dar, welche auf den Aktienkurs abstellt und den Mitarbeitenden finanziell so stellt, als wäre er Aktionär der Gesellschaft.⁸ Bei der Beteiligung am Kapital stehen Rechte auf Aktien oder Optionen im Vordergrund.



Anteil am Geschäftsergebnis

Der Anteil am Geschäftsergebnis ist eine gesetzlich in Art. 322a OR geregelte Beteiligung des Mitarbeiters am Unternehmenserfolg, deren Höhe von Gewinn, Umsatz oder einer anderen Finanzkennzahl des Unternehmens abhängig ist. Da der Mitarbeiter das Geschäftsergebnis nur beschränkt beeinflussen kann, handelt es sich um einen unechten Leistungslohn. Die Bemessungsgrundlage ist dabei frei bestimmbar und kann sich sogar auf eine andere organisatorische Einheit, wie z.B. auf eine Muttergesellschaft, beziehen. Rechtliche Schwierigkeiten bereiten oft die Frage der (1) Fälligkeit des Anteils am Geschäftsergebnis, der (2) Pflicht zur Ausrichtung nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses und der (3) Informations- und Einsichtsrechte der Mitarbeitenden. Diese Fragen sind gesetzlich wie folgt geregelt:

Fälligkeit: Gemäss Art. 323 Abs. 3 OR ist der Anteil am Geschäftsergebnis auszurichten, sobald dieses festgestellt ist, spätestens jedoch sechs Monate nach Ablauf des Geschäftsjahrs. Steht das Geschäftsergebnis dann noch nicht fest, so ist ein zu schätzender Betrag auszuzahlen. Die sechsmonatige Frist entspricht den gesellschaftsrechtlichen Vorgaben, wonach die ordentliche Generalversammlung zur Genehmigung der Jahresrechnung ebenfalls innert sechs Monaten nach Abschluss des Geschäftsjahrs durchzuführen ist.

Anspruch trotz Beendigung des Arbeitsverhältnisses: Grundsätzlich werden sämtliche Forderungen mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses

fällig (Art. 339 Abs. 1 OR). Der Anteil am Geschäftsergebnis ist jedoch auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses unverändert auszurichten, sobald dieses festgestellt ist, spätestens jedoch sechs Monate nach Ablauf des Geschäftsjahrs (Art. 339 Abs. 3 OR i.V.m. Art. 323 Abs. 3 OR).

Informations- und Einsichtsrechte der Mitarbeitenden: Um die Höhe des Anteils am Geschäftsergebnis zu überprüfen, haben die Mitarbeitenden verschiedene Informations- und Einsichtsrechte. Bei einer Gewinnbeteiligung haben die Mitarbeitenden einen Anspruch auf eine Kopie der Erfolgsrechnung. Sind andere Parameter massgeblich, hat der Arbeitgeber den Mitarbeitenden oder einem gemeinsam bestimmten Fachexperten Einsicht in die Geschäftsbücher zu gewähren und die nötigen Informationen so weit zu liefern, als dies zur Überprüfung der Ansprüche des Arbeitnehmers nötig ist.

Mitarbeiterbeteiligungen in Form von Naturallohn

a) Echte Mitarbeiterbeteiligung: Beteiligung am Eigenkapital der Arbeitgeberin

Anders als bei den klassischen Leistungslöhnen (z.B. Provision und Anteil am Geschäftsergebnis), bei welchen den Mitarbeitenden eine variable Vergütung in Geld versprochen wird, handelt es sich bei den echten Mitarbeiterbeteiligungen um einen Naturallohn, denn der Arbeitnehmer wird im Ergebnis in Form von Aktien, Partizipationsscheinen oder Genossenschaftsanteilen am Eigenkapital der Arbeitgeberin beteiligt. Den Mitarbei-

4 Vgl. BGer, Urteil 4C.237/2004 vom 1. Oktober 2004, E. 3 und BGer, Urteil 4C.239/2004 vom 1. Oktober 2004, E. 3.

5 BGE 130 III 495.

6 BGE 134 III 399, E. 3.2.4.2.

7 Vgl. Eingehend Senti, a.a.O., S. 102 ff., N. 4.58 ff.

8 Vgl. Roland Müller, Mitarbeiterbeteiligung, in Bernhard Ehrenzeller/Hans Furer/Thomas Geiser (Hrsg.), Schriftenreihe des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis der Universität St. Gallen, Die Mitwirkung in den Betrieben, Gerichtspraxis, Erfahrungen und Sicht der Sozialpartner, Band 69, S. 63.



tenden können aber auch lediglich Optionen zugeteilt oder Anwartschaften eingeräumt werden, welche ihnen das Recht auf eine (meist spätere) Beteiligung am Eigenkapital gewähren.⁹ Als Mitarbeiteroptionen bezeichnet man ein Recht, eine bestimmte Anzahl Aktien der arbeitgebenden Gesellschaft zu einem im Voraus festgesetzten Preis erwerben (Call-Optionen) oder veräussern (Put-Optionen) zu können. Echte Mitarbeiterbeteiligungen sind als Naturallohn eine gültige Form der Entlohnung, sofern diese vertraglich entsprechend vereinbart wurde. Die Mitarbeiterbeteiligung kann wiederum als Anteil am Geschäftsergebnis, als regulärer Lohn, Gratifikation oder auch als eine Art Zusatzentschädigung, wie etwa als Dienstaltersgeschenk, ausgestaltet sein.¹⁰

b) Unechte Mitarbeiterbeteiligungen: Phantom-Stocks, Stock Appreciation Rights etc.

Bei unechten Mitarbeiterbeteiligungen werden die Mitarbeitenden nicht direkt am Eigenkapital beteiligt und erhalten auch kein Recht auf solche Beteiligun-

gen. Ihnen wird vielmehr eine Geldleistung in Aussicht gestellt, welche sich am Gegenwert der Wertpapiere orientiert. Die Mitarbeitenden sind zwar an der Gesellschaft nicht effektiv beteiligt, werden jedoch finanziell so gestellt, als ob sie beteiligt wären.¹¹

Gestaltungsmöglichkeiten bei Mitarbeiteraktien

Frei übertragbare Aktien: Die Mitarbeitenden können unverzüglich und uneingeschränkt über die Wertpapiere verfügen, diese also auch verkaufen, verpfänden oder verschenken.

Gebundene Aktien: Oftmals werden Mitarbeiteraktien als gebundene Aktien ausgegeben, d.h., die Mitarbeitenden können während einer bestimmten Dauer nicht über die Aktien verfügen, oder die Aktien müssen aufgrund einer Rückkaufsklausel bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses innerhalb einer bestimmten Frist zu einem definierten Preis zurückgegeben werden.

Aktien mit aufgeschobenem Erwerbszeitpunkt: Regelmässig umfasst die vertragliche Regelung (meist in Form eines Aktien- oder Optionsprogramms)

auch eine Einschränkung des zeitlichen Rahmens für den Erwerb der Aktien.¹²

Schlussbemerkungen

Mitarbeiterbeteiligungen und variable Lohnbestandteile bieten eine Vielzahl von Möglichkeiten, zur Motivation der Mitarbeitenden beizutragen, deren Identifikation mit dem Unternehmen und das Interesse an dem Unternehmen zu stärken und Mitarbeitende an das Unternehmen zu binden. Sie bringen jedoch eine Vielzahl von rechtlichen Fragen und einen erhöhten administrativen Aufwand mit sich. Ebenfalls zu berücksichtigen sind die teilweise komplexen steuerrechtlichen und sozialversicherungsrechtlichen Folgen, welche diese Formen der Entlohnung regelmässig mit sich bringen.

¹² Vgl. Müller, a.a.O., S. 82.

AUTORIN



RA Sandra Küng, MLaw, LL.M., ist Partnerin bei UMBRICHT Rechtsanwälte und berät Klienten im In- und Ausland zu Fragen des Arbeitsrechts und des Vertragsrechts, mit einem besonderen Schwerpunkt auf Dispute Resolution.

⁹ Eidgenössische Steuerverwaltung ESTV, Kreisschreiben Nr. 37: Besteuerung von Mitarbeiterbeteiligungen, Ziff. 2.3.1., S. 4.

¹⁰ Senti, a.a.O., S. 95, N. 4.32.

¹¹ Kreisschreiben Nr. 37 der ESTV, S. 5, Ziff. 2.3.2.