

Entgeltbestandteile außerhalb des Arbeitsrechts?

Von Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Bremen

I. Ein nicht ganz seltener Fall

Die Klägerin war als „Investment-Managerin“ bei einer GmbH in Frankfurt tätig, die sich um den Ankauf und Verkauf von Unternehmen und Unternehmensbeteiligungen kümmerte. Dies geschah in der Weise, dass nach eingehender Analyse, die auch Aufgabe der Klägerin war, ein Erwerb getätigt wurde, anschließend bei entsprechendem Bedarf eine Umstrukturierung erfolgte und nach fünf bis zehn Jahren das Erworbene mit sattem Gewinn weiterverkauft wurde. Man spricht insoweit von „Private Equity“. Die in einem Zeitraum von ein bis vier Jahren gekauften Unternehmen und Beteiligungen wurden zu einem Fonds zusammengefasst, der seinen Sitz in der Kanalinsel Jersey hatte. Damit waren die erzielten Gewinne von steuerlichen Belastungen frei.

Die Klägerin bekam einen Arbeitsvertrag, in dem ein sehr ordentliches Jahresgehalt von ca. 120.000 Euro festgelegt war. Etwa eine Woche, bevor dieser unterschrieben wurde, hatte sie ein sog. Term Sheet erhalten, auf dem die Arbeitsbedingungen bis hin zum Essenzzuschuss und zu vermögensbildenden Leistungen aufgezählt waren. Außerdem war dort vermerkt, dass sie voraussichtlich einen Anteil an der Gesellschaft in Jersey bekommen würde, der die angekauften Unternehmen zugeordnet waren. Dies entsprach dem Üblichen bei der GmbH, aber auch bei anderen Unternehmen der Private-Equity-Branche.

Nach etwa zwei Jahren wurde sie mit einem kleinen prozentualen Anteil auch effektiv Gesellschafterin. Die daraus folgende Gewinnbeteiligung übertraf in der Folgezeit ihr Jahresgrundgehalt um das Doppelte, in guten Jahren um das Dreifache. Damit war ein außerordentlich hoher Anreiz zu sorgfältiger Evaluierung der zu kaufenden Unternehmen geschaffen. Dem branchenüblichen Sprachgebrauch entsprechend ist von einem „carried interest“ Programm die Rede.¹ In der Satzung der in Jersey angesiedelten Gesellschaft war

¹ Dazu Mengel, in: Hümmerich/Reufels (Hrsg.), Gestaltung von Arbeitsverträgen und Dienstverträgen für Geschäftsführer und Vorstände, 4. Aufl. 2019, Teil 1 Rn. 1903. Bei „carried interest“ handelt es sich um eine Gewinnbeteiligung für Verwalter einer Kapitalanlage, was bei wörtlicher Übersetzung („Übertragener

vorgesehen, dass im Falle des Ausscheidens einzelner Arbeitnehmergeschafter alle Rechte verloren gehen würden. Abweichendes war nur für den Fall der Verrentung und der betriebsbedingten Kündigung vorgesehen. Daneben konnte ein Ausschuss, den der dortige Vorstand eingesetzt hatte, jemandem zum „good leaver“ machen, so dass ihm seine Rechte erhalten blieben. Entscheidungskriterien waren nicht erkennbar, doch liegt die Annahme nahe, dass insbesondere einvernehmliches Ausscheiden auf diesem Wege möglich gemacht werden sollte. Soweit sich Streitigkeiten zwischen einzelnen Gesellschaftern oder zwischen Gesellschaftern und der Gesellschaft ergeben sollten, war das Recht von Jersey anwendbar und der High Court of Jersey als Gericht ausschließlich zuständig.

Es kam, wie es kommen musste: Die Klägerin sah sich auch wegen ihres in Anspruch genommenen Mutterschaftsurlaubs schlecht behandelt und bisweilen „ausgegrenzt“. Sie kündigte deshalb ihr Arbeitsverhältnis mit gesetzlicher Frist. Prompt erhielt sie ein Schreiben von der Gesellschaft in Jersey, wonach alle ihre Rechte hinfällig geworden seien. Dies betraf auch die Gewinnbeteiligung aus den beiden vorangegangenen Jahren, da insoweit noch keine Abrechnung erfolgt war; dies machte in etwa eine halbe Million Euro aus.

Die Klägerin versuchte zunächst, ihre frühere Arbeitgeberin in Anspruch zu nehmen und sich von ihr bestätigen zu lassen, dass sie ein „good leaver“ sei, weil sie ja lediglich von einer ihr nach deutschem Recht zukommenden Befugnis Gebrauch gemacht habe. Dies blieb jedoch ohne Erfolg, da nicht belegbar war, dass eine solche Erklärung auch für die Gesellschaft in Jersey bindend gewesen wäre. Es blieb daher nur die Möglichkeit, direkt gegen diese vorzugehen.

Hätte ein Arbeitsvertrag zwischen der Klägerin und der Gesellschaft in Jersey bestanden, wäre die internationale Zuständigkeit unproblematisch gewesen: Nach Art. 21 Abs. 2 VO (EU) 1215/2012 wäre eine Klage am gewöhnlichen Arbeitsort, d. h. in Frankfurt, möglich gewesen, auch wenn man Jersey seines Sonderstatus wegen wie einen Drittstaat behandeln würde. Doch um einen Arbeitsvertrag im traditionellen Sinn ging es ersichtlich nicht. Vielmehr stand die Frage zur Debatte, ob die Gewinnbeteiligung, die ja einen großen Teil der Gesamtvergütung ausmachte, arbeitsrechtlich zu qualifizieren war oder ob es sich (nur) um Rechte aus einem Gesellschaftsvertrag handelte. Im letzteren Fall hätte man sich der Rechtsprechung des High Court of Jersey ausgesetzt, der vermutlich wenig für deutsches

Zinsertrag“) nicht erkennbar ist.

arbeitsrechtliches Denken und den Bestandsschutz von zugesagten Sonderleistungen übriggehabt hätte. Auch hätte man sich den in Großbritannien üblichen hohen Anwaltsstundensätzen ausgesetzt, was auch bei gutverdienenden Mandanten keine Freude auslösen würde.

II. Vergütung in gesellschaftsrechtlicher Form?

Es liegt nahe, nach Präjudizien und Parallelen zu suchen. Dabei fällt auf, dass Kläger typischerweise dazu neigen, gegen den inländischen Vertragsarbeitgeber vorzugehen, den ausländischen Versprechenden aber in Ruhe lassen. Dies gilt etwa für einen anderen Fall aus der Private Equity-Branche, wo das BAG zu dem Ergebnis kam, der Arbeitgeber sei nur verpflichtet gewesen, dem Arbeitnehmer die Gesellschafterstellung zu verschaffen und das habe er auch getan; für die weitere Entwicklung treffe ihn keine Verantwortung.²

Dasselbe Problem taucht bei Aktienoptionsrechten auf, die gleichfalls einen Anreiz schaffen sollen, dass die begünstigten Arbeitnehmer alle Kräfte für ein gutes Geschäftsergebnis mobilisieren.³ Bekannt ist der Fall Nokia, wo die finnische Konzernmutter entsprechende Zusagen gemacht hatte, die deutsche Tochter aber verkauft wurde und aus dem Konzern ausschied: Die hier Beschäftigten konnten sich bei der Geltendmachung ihrer Rechte gegenüber dem Erwerber nicht auf § 613a BGB stützen, da sie ja auch den Veräußerer nicht hätten in Anspruch nehmen können.⁴ Die Zusage der Konzernspitze sah vor, dass im Falle des Ausscheidens die bereits erworbenen Anwartschaften unentgeltlich zurückzugewähren waren. Ob dies zulässig war sowie die entscheidende Vorfrage, welchem Recht die Zusage der finnischen Konzernspitze unterlag, wurde nie gerichtlich geklärt.

In Einzelfällen wurde der Versuch unternommen, die die Aktienoptionsrechte zusagende Muttergesellschaft direkt zu verklagen. Dabei sahen die Arbeitsgerichte aber den Rechtsweg zur Arbeitsgerichtsbarkeit nicht als gegeben an; es liege ein besonderer Vertrag vor, der neben dem Arbeitsvertrag stehe, so dass die ordentlichen Gerichte zur Entscheidung berufen seien.⁵ Dort scheint es nicht zu vielen Entscheidungen gekommen zu sein. Erwähnenswert ist

² BAG 3.5.2006 – 10 AZR 310/05, NZA-RR 2006, 582

³ Darstellung im Einzelnen bei Schaub-Linck, Arbeitsrechts-Handbuch, 19. Aufl. 2021, § 80 Rn.3 ff. Der Anreiz ist dabei sehr viel vermittelter als in der Private Equity-Branche, wo es normalerweise um eine überschaubare Zahl von Käufen und Verkäufen und von involvierten Personen geht.

⁴ BAG 12.2.2003 – 10 AZR 299/02, NZA 2003, 487

allerdings ein Urteil des OLG München,⁶ das den von insgesamt 47 Klägern geltend gemachten Fortbestand der Optionsrechte bejahte, weil in den Vergabebedingungen ein Verlust lediglich für den Fall des Ausscheidens vorgesehen war, hier aber ein Betriebsübergang auf einen konzernfremden Arbeitgeber vorlag: Dass die Rechte auch dann verloren gehen sollten, sei nicht erkennbar, die ausdrückliche Erwähnung des Ausscheidens lege im Gegenteil den Fortbestand nahe.

Soweit Optionsrechte vom Vertragsarbeitgeber selbst eingeräumt wurden, betrachtete sie das BAG als selbstverständlichen Teil des Arbeitsverhältnisses, ließ allerdings weitergehende Verfallklauseln als bei anderen Sonderleistungen zu.⁷ In gleicher Weise würde vermutlich auch bei der Einräumung einer Gesellschafterstellung wie im Private Equity-Bereich entschieden, doch sind dazu keine Urteile ersichtlich.

Die Gewährung von Gesellschafterstellungen an (meist Führungsfunktionen ausübende) Arbeitnehmer erfolgt auch in anderen Formen. Verbreitet sind virtuelle Aktienoptionsprogramme (auch „virtual stock options“ oder „stock appreciation rights“ genannt), bei denen der Begünstigte nur so behandelt wird, als hätte er ein Recht auf Bezug von Aktien: Macht er von seinem Bezugsrecht Gebrauch, wird ihm der Gewinn in Geld ausbezahlt.⁸

Den deutschen Optionsrechten entsprechen die „Restricted Stock Units“ nach US-amerikanischem Gesellschaftsrecht.⁹ Soweit ein entsprechender Plan deutschem Recht unterliegt (weil er z. B. von einer deutschen Tochtergesellschaft eines US-Konzerns aufgelegt wurde), finden grundsätzlich die Prinzipien über die Behandlung von Optionsrechten entsprechende Anwendung.¹⁰

⁵ So LAG Hamm 25.11.2009 – 2 Ta 275/09, juris; LAG München 19.1.2008 – 11 Ta 256/07, juris; zuletzt in einem ähnlichen wie dem unter I geschilderten Fall LAG Frankfurt/Main 23.7.2021 – 14 Ta 35/21, juris (Leitsatz in FA 2021, 367). Letzteres ohne Zulassung der Rechtsbeschwerde zum BAG, obwohl dies § 17a Abs. 4 Satz 4 und 5 GVG nahegelegt hätte. Eine Erzwingung durch Nichtzulassungsbeschwerde ist nicht möglich.

⁶ 18.7.2008 – 25 U 1797/08, AG 2008, 870

⁷ BAG 28.5.2008 – 10 AZR 351/07, NZA 2008, 1066

⁸ Röller, in: Küttner (Hrsg.), Personalbuch 2022, Aktienoptionen, Rn.1. Zu einem Fall dieser Art s. LAG Baden-Württemberg 17.1.2012 – 22 Sa 7/11, juris

⁹ S. den Fall LAG München 12.2.2009 – 3 Sa 833/08, NZG 2009, 1238

¹⁰ Hoefs, in: Clemenz/Kreft/Krause (Hrsg.), AGB-Arbeitsrecht. Kommentar, 2. Aufl. 2019, Anhang „Besondere Vergütungsbestandteile“ Rn.38

Möglich ist weiter, dass das Arbeitgeberunternehmen der Belegschaft oder einzelner Gruppen von Beschäftigten eigene Aktien unentgeltlich oder zu einem Vorzugspreis anbietet, um so die Identifikation mit dem Unternehmen zu erhöhen. Die früher bestehende gesetzliche Haltefrist ist abgeschafft, doch soll es zulässig sein, ein schuldrechtliches Veräußerungsverbot zu vereinbaren und für den Fall der Zuwiderhandlung eine Vertragsstrafe oder eine Kündigung vorzusehen.¹¹

In der Rechtsprechung des BFH findet sich eine weitere, eher atypische Gestaltung. Konkret ging es darum, dass der Vertragsarbeitgeber eine von ihm beherrschte Gesellschaft dazu veranlasste, Geschäftsanteile verbilligt abzugeben – allerdings nicht an den Arbeitnehmer selbst, sondern an eine von diesem beherrschte GmbH. Da ein sog. Veranlassungszusammenhang durch das Arbeitsverhältnis vorlag, waren dadurch Einkünfte aus nichtselbständiger Tätigkeit für den Arbeitnehmer entstanden, die nicht den günstigen Regeln über Einkünfte aus Kapitalvermögen unterlagen.¹²

III. Das Qualifikationsproblem

1. Bedeutung

Wird die Leistung durch das Drittunternehmen – typischerweise die in- oder ausländische Konzernmutter – als Entgeltbestandteil gesehen und damit dem Arbeitsrecht unterstellt, so ergeben sich eine Reihe wichtiger Konsequenzen.

Diese sind am sichtbarsten, wenn sich die leistende Gesellschaft im Ausland befindet: da der gewöhnliche Arbeitsort im Inland liegt, findet nach Art. 8 Abs. 2 Rom I-VO deutsches Recht Anwendung. Wird ein ausländisches Recht gewählt, bleiben alle zwingenden Vorschriften des innerstaatlichen Rechts anwendbar; faktisch gilt das Günstigkeitsprinzip. Außerdem kann der Arbeitgeber nach Art. 21 Abs. 1 lit.b VO (EU) 1215/2012 am gewöhnlichen Arbeitsort verklagt werden, was nach Art. 21 Abs. 2 VO (EU) 1215/2012 auch dann gilt, wenn er seinen Sitz oder Wohnsitz in einem Drittstaat außerhalb der EU hat. Geht man stattdessen von einer

¹¹ Sieg, in: Maschmann/Sieg/Göpfert (Hrsg.), Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2020, C 20 Rn.11. Bei Arbeitnehmern unterliegt die Vertragsstrafe bestimmten Grenzen (Däubler/Deinert/Walser-Däubler, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht, 5. Aufl. 2021, § 309 Nr. 6 Rn.5 ff.) und die Kündigung ist nur unter den Voraussetzungen des § 1 KSchG möglich. Bedeutung haben diese Sanktionen daher in erster Linie im Dienstvertragsrecht.

¹² BFH 1.9.2016 – VI R 67/14, NZA-RR 2017, 31 ff.

zivilrechtlichen Leistung aus, so findet nach Art. 4 Abs. 1 lit. b Rom I – VO gleichfalls das Recht des Arbeitsorts Anwendung, sofern man die Zuwendung als Teil eines „Dienstleistungsvertrags“ qualifiziert. Allerdings besteht nach Art. 3 Abs. 1 Rom I – VO freie Rechtswahl, so dass jederzeit z. B. das Recht der die Leistung erbringenden Gesellschaft gewählt werden kann. Auch der vergleichsweise „bequeme“ Gerichtsstand des Arbeitsorts steht nicht zur Verfügung. Ein Arbeitgeber mit Sitz innerhalb der EU muss nach Art. 4 VO (EU) 1215/2012 grundsätzlich in dem Mitgliedstaat verklagt werden, wo er seinen Sitz oder Wohnsitz hat; ist er in einem Drittstaat ansässig, gilt für die internationale Zuständigkeit nationales Recht. Noch wichtiger ist, dass Art. 25 Abs. 1 VO (EU) 1215/2012 die Möglichkeit zur Vereinbarung eines ausländischen Gerichtsstands zulässt; eine eventuelle gerichtliche Auseinandersetzung muss dann ggf. in Finnland oder den USA stattfinden.

Auch soweit es um einen rein inländischen Sachverhalt geht, sind die Unterschiede erheblich. Sämtliche Vorschriften über die sog. Lohnsicherung¹³ bis hin zur Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall sind unanwendbar. Dasselbe gilt für Verfallklauseln, die einen Arbeitsplatzwechsel übermäßig erschweren.

Die mögliche Ausklammerung eines Teils der Vergütung aus dem Arbeitsrecht trifft nicht notwendig nur Hochverdiener im Bereich Private Equity oder Führungskräfte, die Optionsrechte als Extra obendrauf bekommen. Es geht nicht darum, diesen Gruppen den Weg zum Vermögens- oder gar zum Einkommensmillionär zu ebnen. Doch wenn die Rechtsordnung einmal den Schritt tut, Zahlungen, die durch die Erbringung der Arbeitsleistung veranlasst sind, von den arbeitsrechtlichen Schutzvorschriften freizustellen, so lässt sich davon gegenüber den Beziehern mittlerer und kleiner Einkommen gleichfalls Gebrauch machen. Auch bei ihnen kann der Arbeitgeber eine (konzernangehörige oder nicht konzernangehörige) Drittfirma einschalten, die „völlig unabhängig“ vom Arbeitsvertrag eine Zusatzleistung erbringt, die beispielsweise die Differenz zwischen dem Mindestlohn und der angemessenen Vergütung übernimmt und sich dabei gesellschaftsrechtlicher Formen bedient.

2. Kriterien

¹³ Dazu Schaub-Linck (Fn.3) § 73; Däubler, Das Arbeitsrecht 2, 12. Aufl. 2009, Rn.819 ff.

Die Frage, welcher Personenkreis vom Arbeitsrecht erfasst wird, ist unter dem Stichwort des Arbeitnehmerbegriffs eingehend erörtert. Auch beim Jubilar wird man dabei in höchst bereichernder Weise fündig.¹⁴ Wie weit der sachliche Gegenstandsbereich des Arbeitsrechts reicht, ist demgegenüber sehr viel weniger erörtert. Geht man vom Schutzgedanken arbeitsrechtlicher Normierungen aus, so muss man jedenfalls alle die Leistungen einbeziehen, die im Hinblick auf die Arbeitsleistung erbracht werden, die durch die abhängige Arbeit „veranlasst“ sind. Wie die reichhaltige Rechtsprechung über Sonderzahlungen des Arbeitgebers zeigt, geht es generell nicht allein um die Gegenleistung im Sinne eines Synallagmas. Sobald ein Bezug zur abhängigen Arbeit vorhanden ist, besteht die Gefahr einer Benachteiligung der schwächeren Seite und damit ein zwingender Grund für das Eingreifen des Arbeitsrechts. Dies legt es nahe, auch Leistungen durch Dritte einzubeziehen, soweit sie im Hinblick auf das Arbeitsverhältnis und mit Zustimmung des Arbeitgebers gewährt werden. So hat etwa der BFH das Recht zum verbilligten Bezug von Aktien als Teil des Arbeitslohnes angesehen, wenn diese Möglichkeit durch das Arbeitsverhältnis „veranlasst“ sei.¹⁵ Anklänge in dieser Richtung finden sich auch beim BAG, wenn dort die Rede davon ist, die Teilnahme eines Arbeitnehmers an einem Carried-Interest-Plan sei keine „Vergütung im engeren Sinne“¹⁶, was den Schluss nahelegt, dass es sich doch um eine Vergütung „im weiteren Sinne“ handelt.

Nun ist mit einer arbeitsrechtlichen Qualifizierung nur ein Teil der auftauchenden Probleme bewältigt. Dies wird schon am einleitend geschilderten Fall deutlich, wo es primär um den Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten nach § 2 ArbGG ging. Hier lag bisher der Schwerpunkt der Auseinandersetzung, während die materiell-rechtliche Einordnung im Hintergrund blieb. Auch hier soll deshalb die Rechtswegfrage eingehend behandelt werden.

IV. Der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten

1. Auslagerung einer Arbeitgeberfunktion?

¹⁴ Henssler, Neue Herausforderungen für den europäischen und nationalen Arbeitnehmerbegriff, in: Brose/Greiner u.a. (Hrsg.), Grundlagen des Arbeits- und Sozialrechts. Festschrift für Ulrich Preis, 2021, S. 433 ff.

¹⁵ BFH 1.6.2016 – VI R 67/14, NZA-RR 2017, 31 Tz. 23

¹⁶ BAG 3.5.2006 – 10 AZR 310/05, NZA-RR 2006, 582, 586 (Tz. 37)

§ 2 ArbGG enthält einen Katalog von Gegenständen, für die die Arbeitsgerichte sachlich zuständig sind. Er wird durch § 3 ArbGG ergänzt, der Rechtsnachfolger eines Beteiligten und Personen einbezieht, die kraft Gesetzes an die Stelle des sachlich Berechtigten oder Verpflichteten getreten sind. Neben den in § 2 Abs. 1 Nr. 1 und 2 ArbGG genannten kollektivrechtlichen Streitigkeiten stehen „bürgerliche Rechtsstreitigkeiten zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern“ nach § 2 Abs.1 Nr. 3 ArbGG im Vordergrund. Dritte sind vom Text her nur im Fall des § 2 Abs. 1 Nr. 4 lit. b ArbGG einbezogen, wonach auch Ansprüche gegen eine gemeinsame Einrichtung der Tarifparteien, gegen Sozialeinrichtungen des privaten Rechts und gegen Versorgungseinrichtungen erfasst sind.

Auch soweit die Ausnahmen des § 2 Abs. 1 Nr. 4 lit. b ArbGG nicht eingreifen, hat sich die Rechtsprechung nicht damit begnügt, ihre Zuständigkeit auf die Zweierbeziehung Arbeitgeber – Arbeitnehmer zu beschränken. Im Bereich der Leiharbeit hat sie der Tatsache Rechnung getragen, dass die Arbeitgeberfunktion zwischen dem Verleiher und dem Entleiher aufgespalten ist. Während der Verleiher alle die Befugnisse behält, die den Einsatz als solchen und den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses betreffen, übt der Entleiher das Direktionsrecht in Bezug auf die konkrete Arbeit aus. Dabei hat er nach § 11 Abs. 6 AÜG das in seinem Betrieb geltende Arbeitsschutzrecht zu beachten. Dem Leiharbeiter steht außerdem nach § 7 Satz 2 BetrVG das aktive Wahlrecht zum Betriebsrat des Entleiherbetriebs zu, sofern sein Einsatz für mehr als drei Monate vorgesehen ist. § 14 Abs. 2 AÜG verweigert dem Leiharbeiter zwar das passive Wahlrecht, gibt ihm aber die Befugnis, im Entleiherbetrieb die Sprechstunde des Betriebsrats aufzusuchen und an Betriebsversammlungen teilzunehmen. Auch hat er nach § 13b AÜG gleichberechtigten Zugang zu betrieblichen Sozialeinrichtungen wie z. B. der Kantine. Das BAG zog daraus die Konsequenz, auch zum Entleiher würden „rechtliche Beziehungen mit arbeitsrechtlichem Charakter“ entstehen und hat deshalb die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 lit. a ArbGG bejaht.¹⁷ Unterstützend verwies es darauf, die Arbeitsgerichte hätten über alle bürgerlich-rechtlichen Streitigkeiten zu entscheiden, die „in greifbarer Beziehung“ zu einem Arbeitsverhältnis stehen.¹⁸ In der Sache selbst war über einen Schadensersatzanspruch gegen den Entleiher nach § 15 Abs. 2 AGG zu entscheiden. In der Sache wird damit die Figur eines partiellen Arbeitsverhältnisses anerkannt, in dem nur ein Teil der im „Normalfall“

¹⁷ BAG 15.3.2011 – 10 AZB 49/10, NZA 2011, 653, Tz. 9

¹⁸ BAG (Fn.17) Tz. 11

existierenden Rechte und Pflichten besteht.¹⁹ Im Rahmen der Zuständigkeitsprüfung wird es wie ein vollständiges Arbeitsverhältnis behandelt. Dasselbe geschieht im Bereich des Tarifrechts.²⁰ Die Rechtsprechung der Instanzgerichte ist zum selben Ergebnis gelangt, als es um einen Auskunftsanspruch des Leiharbeitnehmers nach § 13 AÜG²¹ und um einen Schadensersatzanspruch des Entleihers gegen den Leiharbeitnehmer ging.²² Auch in der Literatur fand das BAG zumindest im Ergebnis Zustimmung.²³

Wann kann nun die Rede davon sein, dass ein Dritter Arbeitgeberfunktionen ausübt? Es wäre ersichtlich zu kurz gedacht, wollte man ausschließlich auf Fälle der Übertragung des Direktionsrechts abstellen. Man denke etwa an das mittelbare Arbeitsverhältnis: Der Arbeitnehmer hat einen Arbeitsvertrag mit einem Arbeitgeber, der seinerseits Arbeitnehmer eines „Hauptarbeitgebers“ ist. In der Literatur wird etwa der Fall genannt, dass ein Hausmeister seine Ehefrau anstellt und mit ihr gemeinsam die von einer Person nicht zu schaffenden Aufgaben gegenüber seinem Arbeitgeber erfüllt. Dieser muss hier keineswegs immer ein Direktionsrecht gegenüber der „Hilfskraft“ haben, doch hat die Rechtsprechung mit Rücksicht auf die Eingliederung in den Arbeitsprozess den „Hauptarbeitgeber“ für verpflichtet angesehen, subsidiär, d. h. wie ein Bürge für die Entgeltansprüche des „Unterarbeitnehmers“ gegenüber seinem Arbeitgeber einzustehen.²⁴ Hier wird lediglich die Funktion als verlässliche Zahlungsstelle auf den Hauptarbeitgeber übertragen; Bedenken wegen der arbeitsgerichtlichen Zuständigkeit wurden nicht artikuliert. Ähnlich verhält es sich in dem Fall, dass der bei einer KG angestellte Arbeitnehmer den persönlich haftenden Gesellschafter in Anspruch nimmt, weil die KG nur einen Teil seiner Ansprüche befriedigt hatte.²⁵ Dabei stützte sich das BAG allerdings auf die Erwägung, angesichts seiner umfassenden gesetzlichen Vertretungsmacht für die KG sei er selbst Arbeitgeber, was nicht unbedingt einzuleuchten vermag, da er immer nur „für den Vertragsarbeitgeber“ handelt. Allerdings kommt auch hier die berechtigte Tendenz zum Ausdruck, eben nicht nur auf die vertragliche, sondern auch auf die tatsächlich wahrgenommene Funktion abzustellen.

¹⁹ Zum partiellen Arbeitsverhältnis s. Däubler, in: Bauer/Kort/Möllers/Sandmann (Hrsg.), Festschrift für Herbert Buchner, 2009, S. 163 ff.

²⁰ Nebe, in: Däubler (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz mit Arbeitnehmer-Entsendegesetz. Kommentar, 5. Aufl. 2022, § 1 TVG Rn.319

²¹ LAG Hamburg 24.10.2007 – 4 Ta 11/07, juris

²² LAG Hamm 4.8.2003 – 2 Ta 739/02, NZA-RR 2004, 106

²³ Ulrici, jurisPR-ArbR 26/2011 Anm. 3; Hamann, in: Schüren/Hamann (Hrsg.), Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 5. Aufl. 2018, § 13 Rn.5; J. Ulber, in: Ders. (Hrsg.), AÜG, 5. Aufl. 2017 § 13 Rn.17; abweichend Karthaus, AuR 2011, 453 ff.

²⁴ So ansatzweise schon BAG 9.4.1957 – 3 AZR 435/54, AP Nr. 2 zu § 611 BGB Mittelbares Arbeitsverhältnis sowie deutlicher BAG 21.2.1990 – 5 AZR 162/89, AP Nr. 57 zu § 611 BGB Abhängigkeit

²⁵ So der Fall BAG 28.2.2006 – 5 AS 19/05, NZA 2006, 453

Legt man diese Rechtsprechung zugrunde, so muss es für die Annahme einer Streitigkeit mit einem „Arbeitgeber“ auch genügen, wenn ein Dritter mit Zustimmung des Arbeitgebers mit Rücksicht auf das Bestehen des Arbeitsverhältnisses eine Leistung an den Arbeitnehmer erbringt. Schon deshalb wäre in dem einleitend geschilderten Fall und in den weiteren Konstellationen die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte zu bejahen.²⁶ Im Übrigen deckt sich dieses Ergebnis mit der schon kurz erwähnten²⁷ jahrzehntealten Rechtsprechung des BAG, wonach alle bürgerlich-rechtlichen Streitigkeiten, die in „greifbarer Beziehung“ zu einem Arbeitsverhältnis stehen, möglichst in die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte fallen sollen.²⁸

2. Analogie zur Rechtsnachfolge nach § 3 ArbGG?

Bisweilen führen verschiedene Wege zum selben Ergebnis. Angesichts der Skepsis der Instanzgerichte gegenüber der Zuständigkeit der Arbeitsgerichte für alle Entgeltbestandteile²⁹ liegt es nahe, weitere Überlegungen anzustellen.

Im Laufe der Entwicklung ist verschiedentlich der Fall aufgetreten, dass Arbeitnehmer im Wege des Durchgriffs Ansprüche gegen einen Gesellschafter ihrer Arbeitgeber-GmbH geltend gemacht haben, weil diese ihren Verpflichtungen nicht nachgekommen war.³⁰ Anders als beim persönlich haftenden Gesellschafter einer KG³¹ war hier der Ausweg verschlossen, den in Anspruch genommenen Gesellschafter als (partiellen) Arbeitgeber zu qualifizieren. Eine weitere Schwierigkeit bestand darin, dass § 3 eine Rechtsnachfolge oder einen anderen Tatbestand voraussetzt, wonach der Beklagte an die Stelle des Arbeitgebers tritt. Das BAG vertrat dennoch nicht den Standpunkt, dass hier die ordentlichen Gerichte zuständig seien, obwohl der inhaltliche Schwerpunkt, ob ein Durchgriff wirklich Platz greift, eindeutig auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts liegt. Das BAG meinte stattdessen, der Begriff der Rechtsnachfolge sei weit auszulegen. Es komme deshalb nicht entscheidend darauf an, ob eine Person zeitlich nachfolgend in die Rechtsbeziehung einer anderen eintrete. Vielmehr sei der prozessuale Begriff der Rechtsnachfolge so aufzufassen, dass er auch den Hinzutritt eines

²⁶ Zur abweichenden Auffassung der Instanzgerichte s. Fn.5

²⁷ Oben Fn.18

²⁸ BAG 3.2.1965 – 4 AZR 385/63, AP Nr. 12 zu § 5 TVG, bestätigt durch BAG 14.12.1979 – 4 AZR 3/78, DB 1980, 980; BAG 23.8.2001 – 5 AZR 11/01, NZA 2002, 230 und BAG 15.3.2011 – 10 AZB 49/10, NZA 2011, 653 Tz. 11

²⁹ Oben Fn.5

³⁰ S. die Fälle BAG 11.11.1986 – 3 AZR 186/85, AP Nr. 2 zu § 3 ArbGG 1979; BAG 13.6.1997 – 9 AZB 38/96, NZA 1997, 1128

³¹ Oben Fn.25

weiteren Schuldners einbeziehe. Andernfalls bestehe die Gefahr, dass verschiedene Gerichtsbarkeiten zu unterschiedlichen Ergebnissen bei der Beurteilung eines einheitlichen Anspruchs kommen könnten.³² In einer späteren Entscheidung ergänzte das BAG dies durch die Erwägung, es komme nicht auf den Übergang des Arbeitsverhältnisses, sondern der durch das Arbeitsverhältnis begründeten Rechts- und Pflichtenzuständigkeit an, die im Falle des Durchgriffs auch den Gesellschafter treffe.³³

In einem weiteren Fall wandte das BAG Zuständigkeitsvorschriften des § 2 Abs. 1 ArbGG analog an, weil der Gesetzgeber eine Lücke gelassen habe.³⁴ Dies war bei dem Anspruch des Pensionssicherungsvereins auf Übertragung von Vermögen einer Unterstützungskasse nach § 9 Abs. 3 BetrAVG der Fall. Auch hier spielte § 3 ArbGG bei der Lückenfüllung die entscheidende Rolle, da der Pensionssicherungsverein in gewisser Weise an die Stelle der Versorgungsempfänger getreten war.

Auch diese Rechtsprechung beruht auf dem Gedanken, dass Dritte in bestimmtem Umfang an die Stelle der Arbeitsvertragsparteien treten: Dies war bei der Durchgriffshaftung so, letztlich aber auch beim Rückgriff des Pensionssicherungsvereins gegen die Unterstützungskasse. Dabei dient eine außerordentlich weite Auslegung des § 3 ArbGG als normative Basis, um das als sachgerecht empfundene Ergebnis zu erreichen. Es wäre daher nicht zu beanstanden, würde man auch Ansprüche der hier geschilderten Art gegen ein Drittunternehmen zum Zuständigkeitsbereich der Arbeitsgerichte rechnen.

3. Der leistende Dritte als „Sozialeinrichtung“?

§ 2 Abs. 1 ArbGG macht in seiner Nr. 4 b selbst eine Ausnahme von der Beschränkung auf das Verhältnis Arbeitnehmer – Vertragsarbeitgeber und lässt Klagen gegen gemeinsame Einrichtungen der Tarifvertragsparteien und gegen „Sozialeinrichtungen des privaten Rechts“ (sowie gegen Versorgungseinrichtungen) zu. Wird ein Teil des Entgelts von einem anderen

³² So BAG 11.11.1986 – 3 AZR 186/85, AP Nr. 2 zu § 3 ArbGG 1979

³³ BAG 13.6.1997 – 9 AZB 38/96, NZA 1997, 1128

³⁴ Hierzu und zum Folgenden BAG 11.11.1986 – 3 AZR 228/86, AP Nr. 6 zu § 2 ArbGG 1979.

Konzernunternehmen oder einem anderen Dritten erbracht, stellt sich die Frage, ob es sich dabei um eine Sozialeinrichtung handelt.

Nach der Rechtsprechung des BAG³⁵ liegt eine „Sozialeinrichtung“ dann vor, „wenn eine Leistung des Arbeitgebers nach allgemeinen Richtlinien aus einer abgesonderten, besonders zu verwaltenden Vermögensmasse erfolgt und wenn sie der Verbesserung der sozialen Lebensbedingungen dienen soll“.³⁶ Als erstes fragt sich, ob von „Sozialeinrichtungen“ auch dann die Rede sein kann, wenn die von ihnen erbrachten Leistungen nicht nur das eigentliche Einkommen ergänzen, sondern wenn sie dieses ggf. sogar deutlich übertreffen. Eine Differenzierung nach Art und Höhe der Leistungen ist im Gesetz nirgends angelegt. Das BAG hatte deshalb keine Bedenken dagegen, eine Beschäftigungsgesellschaft als Sozialeinrichtung zu qualifizieren, obwohl sie mit den von Arbeitslosigkeit bedrohten Arbeitnehmern befristete Arbeitsverträge abgeschlossen hatte und dadurch die ausschließliche Bezugsquelle für deren Einkommen wurde.³⁷ Außerdem kommt in dem Verzicht auf eine nur ergänzende Funktion der Leistungen auch die weite Auslegung des § 2 Abs. 1 ArbGG zum Tragen, die vom BAG befürwortet wird und die aus dem genannten Ziel folgt, alle bürgerlich-rechtlichen Streitigkeiten, die in „greifbarer Beziehung“ zu einem Arbeitsverhältnis stehen, möglichst von den Arbeitsgerichten entscheiden zu lassen.³⁸ Die übrigen Voraussetzungen bereiten keine besonderen Schwierigkeiten: Bei gesellschaftsrechtlichen Beteiligungen liegt in Form des Gesellschaftsvermögens eine abgesonderte, besonders zu verwaltende Vermögensmasse vor. Dass dabei bei den Gewinnausschüttungen nach einheitlichen Maßstäben (und nicht nach Willkür) verfahren wird, ist in aller Regel zu unterstellen. Eine Zuständigkeit der Arbeitsgerichte lässt sich daher auch mit § 2 Abs. 1 Nr. 4 lit. b ArbGG begründen.

V. Anwendungsprobleme

Geht man davon aus, dass die Gewährung von Geschäftsanteilen oder von Aktien arbeitsrechtlichen Grundsätzen unterliegt, so bedeutet dies nicht, dass damit die gesellschaftsrechtliche Natur dieser Rechte aufgehoben oder grundlegend verändert würde. Dies hat das BAG bei der mittelbaren Beteiligung der Arbeitnehmer am

³⁵ BAG 5.12.2013 – 10 AZB 25/13, NZA 2014, 221

³⁶ Ähnlich schon BAG 23.8.2001 – 5 AZB 11/01, NZA 2002, 230; zustimmend ErfK-Koch, 22. Aufl. 2022, § 2 ArbGG Rn.22.

³⁷ BAG 23.8.2001 – 5 AZB 11/01, NZA 2002, 230.

³⁸ Oben Fn.28

Arbeitgeberunternehmen durch eine „zwischengeschaltete“ Gesellschaft ebenso gesehen.³⁹ Vielmehr ist lediglich dafür Sorge zu tragen, dass bei der Gewährung wie beim Entzug dieser Rechte zwingende arbeitsrechtliche Grundsätze nicht verletzt werden. Insoweit gelten dieselben Grundsätze, die das BAG am Beispiel der Rote-Kreuz-Schwestern für die Arbeit auf vereinsrechtlicher Grundlage entwickelt hat.⁴⁰

1. Zusage durch inländische Konzernmutter

a) Die Zuwendung von Mitgliedschaftsrechten

Die inländische Konzernmutter ist bei der Einräumung von Gesellschafterstellungen im Carried-Interest-Modell, bei der Einräumung von Aktienoptionen und bei der Gewährung virtueller Anteilsrechte und bei der Übertragung von Aktien an den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz gebunden. Dasselbe gilt, wenn die Gewährung der Rechte nicht durch die Konzernmutter, sondern durch eine andere Gesellschaft erfolgt: Beide üben insoweit eine Arbeitgeberfunktion aus und sind deshalb genauso wenig wie Vertragsarbeitgeber nicht zu unsachlichen Ungleichbehandlungen oder zu Diskriminierungen im Sinne der §§ 1, 7 Abs. 1 AGG berechtigt.

Der Gleichbehandlungsgrundsatz erstreckt sich einmal auf die Auswahl des begünstigten Personenkreises. Dabei steht dem (funktionalen) Arbeitgeber ein weiter Ermessensspielraum zu. So ist es ihm erlaubt, an der Stellung in der Hierarchie anzuknüpfen, weil es einen durchaus sachlichen Grund darstellt, den in der Zuwendung liegenden Anreiz gerade solchen Personen zu gewähren, denen ein höherer Einfluss auf das Geschehen im Unternehmen als anderen zukommt. So hat es das BAG zugelassen, die betriebliche Altersversorgung ausschließlich auf Führungskräfte zu beschränken,⁴¹ doch stellt dies angesichts des deutlich geringeren Frauenanteils in dieser Gruppe eine mittelbare Diskriminierung dar, für die bei der betrieblichen Altersversorgung eine Rechtfertigung nach § 3 Abs. 2 AGG höchst fraglich ist.⁴² Bei der Gewährung von finanziellen Anreizen für künftiges unternehmensdienliches Verhalten dürfte jedoch Abweichendes gelten; die Anknüpfung an die

³⁹ BAG 10.11.2021 – 10 AZR 696/19, NZA 2022, 345

⁴⁰ BAG 6.7.1995 – 5 AZB 9/93, NZA 1996, 33 Tz. 27 f.

⁴¹ BAG 11.11.1986 – 3 ABR 74/85, NZA 1987, 449 = AP Nr. 4 zu § 1 BetrAVG Gleichberechtigung

⁴² Däubler, Arbeitsrecht 2, Rn.1313; zur Anwendung der Diskriminierungsverbote trotz § 2 Abs. 2 Satz 2 AGG s. Schrader/Schubert, in: Däubler/Beck (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz mit Entgelttransparenzgesetz und Berliner LADG. Handkommentar, 5. Aufl. 2022, § 2 AGG Rn.155 ff.

Entscheidungsbefugnisse stellt hier einen von der Sache her einsichtigen, vom Geschlecht völlig unabhängigen Rechtfertigungsgrund dar.

Der allgemeine Gleichbehandlungsgrundsatz wie die Diskriminierungsverbote beziehen sich auch auf die Frage, welche Rechte dem Einzelnen zugeteilt werden. Ist der Gesellschaftsanteil bei einem Carried-Interest-Programm für die einen größer als für die andern? Werden einer Gruppe Vorzugsaktien ohne Stimmrecht, der anderen normale Aktien mit Stimmrecht gewährt? Sind die Kurse, zu denen man die Aktien beziehen kann, unterschiedlich? In der Praxis werden sich insoweit meist keine Probleme ergeben, die vor Gericht gebracht werden.

Weitere Fragen sind nicht erkennbar. Das Drittunternehmen wird mit dem einzelnen Begünstigten Verträge über die Gewährung der Anteilsrechte schließen, wo die näheren Bedingungen festgelegt sind.

b) Verfall der Rechte bei Ausscheiden?

Sehr viel streitanfälliger sind Klauseln, wonach bei Ausscheiden des Arbeitnehmers alle Rechte verfallen, ohne dass es darauf ankäme, ob der Grund für das Ausscheiden in der Sphäre des Arbeitgebers oder in der des Arbeitnehmers liegt.

Im Bereich der Aktienoptionspläne sind solche Verfallklauseln vom BAG in vollem Umfang gebilligt worden.⁴³ Anders als bei sonstigen Sonderzahlungen bestehe keine Notwendigkeit, nach dem Anlass für die Auflösung des Arbeitsverhältnisses zu differenzieren und beispielsweise den betriebsbedingt Gekündigten zumindest anteilige Rechte zu belassen. Maßgebend dafür ist die Erwägung, dass der spekulative Charakter von Optionsrechten kein rechtlich relevantes Vertrauen in den Erwerb einer Vermögensposition schaffe; insoweit sei die Situation eine andere als bei Boni und Tantiemen. Außerdem wolle die Gewährung von Aktienoptionen in erster Linie nicht die erbrachten Leistungen belohnen, sondern das künftige Verhalten steuern – ein Ziel, das bei Ausgeschiedenen keinerlei Grundlage mehr besitze. Auch sehe § 193 Abs. 2 Nr. 4 AktG eine zwingende Mindestwartezeit von zwei Jahren vor, die 2009 im Rahmen der Finanzmarktreformen auf vier Jahre verlängert wurde.⁴⁴ Darüber hinauszugehen und längere Fristen vorzusehen, verstoße daher nicht gegen den

⁴³ BAG 28.5.2008 – 10 AZR 351/07, NZA 2008, 1066, auch zum Folgenden

⁴⁴ Vgl. BT-Drs. 16/12278, 6: Geschäftsleiter und Führungskräfte sollen stärker an die mittel- und langfristigen Ziele des Unternehmens gebunden werden.

Grundgedanken einer gesetzlichen Regelung im Sinne des § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB.⁴⁵ Damit wird die Wartezeit bis zur Gewährung der Aktien immer länger; zugleich steigt so das „Verfallpotential“, denn einmal übertragene Aktien können selbstredend nicht mehr entzogen werden.

Ob diese Rechtsprechung auch in der Gegenwart noch Bestand hat, wird man bezweifeln können. Das BAG hat inzwischen entschieden, dass bei Zuwendungen mit Mischcharakter, die sowohl die erbrachte Arbeitsleistung belohnen also auch künftiges Verhalten etwa im Sinne des Verzichts auf einen Arbeitsplatzwechsel steuern wollen, bei den Bindungsklauseln so zu behandeln sind, als ginge es um ein Entgelt für erbrachte Leistungen.⁴⁶ Soweit Aktienoptionspläne - wie üblich – am bisherigen Unternehmenserfolg anknüpfen und gleichzeitig die dafür in erster Linie Verantwortlichen begünstigen, fällt es schwer, von einer ausschließlichen Zukunftsorientierung auszugehen.⁴⁷ Die vierjährige Wartezeit des § 193 Abs. 2 Nr. 4 AktG besteht primär zum Schutz der Aktionäre. Auch ist zu berücksichtigen, dass es sich zum Teil um Leistungen mit erheblichem Vermögenswert handelt; sie im Falle eines Arbeitsplatzwechsels ersatzlos zu verlieren, beeinträchtigt den Arbeitnehmer in gravierendem Umfang in seiner Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG. Erst recht kann es nicht in Betracht kommen, einen Verfall auch für den Fall einer betriebsbedingten Kündigung vorzusehen; nicht anders als z. B. bei der Rückzahlung von Ausbildungskosten⁴⁸ wäre dies eine inakzeptable Risikoverlagerung auf den Arbeitnehmer.

Wird während der Wartefrist betriebsbedingt gekündigt, müssen die Betroffenen einen zeitanteiligen Anspruch geltend machen können. Wird der Arbeitnehmer bei einer vereinbarten fünfjährigen Wartefrist nach zwei Jahren betriebsbedingt gekündigt, stehen ihm Bezugsrechte in Höhe von zwei Fünfteln der Aktien zu, die er bei Weiterarbeit bis zum Ende der Wartefrist erhalten hätte. Der betriebsbedingten Kündigung ist der Fall gleichzusetzen, dass der Betrieb an ein konzernfremdes Unternehmen veräußert wurde und auch dies zu einem Verfall der Optionsrechte führen soll.⁴⁹ Der Anspruch besteht in beiden Fällen gegen die Konzernmutter bzw. gegen das die Gesellschaftsanteile ausgebende Unternehmen.

⁴⁵ So BAG (Fn.43). Ebenso Küttner/Röllner (Fn.8), Aktienoptionen, Rn. 11; Mengel (Fn.1) Kap. 1 Rn.625 ff.; Sieg (Fn.11) C 20 Rn.18

⁴⁶ BAG 18.1.2012 – 10 AZR 612/10, NZA 2012, 561

⁴⁷ Der Vergütungscharakter wird auch betont bei Baeck/Diller DB 1998, 1405, 1408; Mengel (Fn.1) Kap. 1 Rn.627

⁴⁸ BAG 11.4.2006 – 9 AZR 610/05, NZA 2006, 1042

⁴⁹ Dies ist nicht notwendigerweise der Fall, wie OLG München (Fn.6) belegt

Will der Arbeitnehmer aus eigenem Entschluss ausscheiden, müsste er bei anderen Sonderleistungen wie Gratifikationen, Umzugs- und Ausbildungskosten je nach Höhe des Erhaltenen eine bestimmte Bindungsfrist einhalten, soweit diese im Arbeitsvertrag oder anderweitig vereinbart ist. Diese würde in aller Regel unter vier Jahren liegen; außerdem würde sich eine Rückzahlungsverpflichtung in den meisten Fällen zeitanteilig verringern. Die pauschale Wartefrist des § 193 Abs. 2 Nr. 4 AktG ist daher nur dann mit Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar, wenn dem Arbeitnehmer auch hier ein Anteil bleibt, der dem „absolvierten“ Zeitraum innerhalb der vier Jahre entspricht.

2. Zusage durch ausländische Konzernmutter

Werden die Anteilsrechte durch eine ausländische Konzernmutter ausgegeben, so gelten dieselben Grundsätze wie im Inland, soweit deutsches Recht anwendbar ist. Dies ist nach Art. 8 Abs. 2 Rom I – VO der Fall, wenn sich der ständige Arbeitsort in Deutschland befindet. Die arbeitsrechtliche Qualifizierung der Ausgabe von Aktienoptionen (und anderer vergleichbarer Rechte) wird im Übrigen von der herrschenden Meinung in der kollisionsrechtlichen Literatur bestätigt, die sie ausdrücklich zum Arbeitsstatut rechnet.⁵⁰

VI. Zusammenfassung

Das Arbeitsrecht erfasst alle Leistungen, die durch das Arbeitsverhältnis veranlasst sind. Dabei spielt es keine Rolle, ob sie vom Vertragsarbeitgeber oder von Dritten gewährt werden. Auch für Ansprüche gegen den Dritten sind die Arbeitsgerichte zuständig. Es wäre an der Zeit, dass Instanzgerichte bei Streitigkeiten über den Rechtsweg durch Zulassung der Beschwerde nach § 17a Abs. 4 Satz 5 GVG eine Klärung durch das BAG möglich machen.

⁵⁰ Oetker, in: MünchArbR, 5. Aufl. 2022, § 13 Rn.98 mwN