

1. Einleitung

Entlohnungsstrategien zählen zu den wichtigsten wirtschaftlichen Entscheidungen eines Unternehmens. Darüber sind sich Manager, Unternehmer, Gesellschafter und andere Stakeholder einig. Bei der Frage, wie die Lohngestaltung konkret aussehen soll, gibt es jedoch große Meinungsverschiedenheiten.¹ In der letzten Zeit hat man, bedingt durch die Wirtschaftskrise, viel über Kurzarbeit, Kündigungswellen und drohende Arbeitslosenrekorde gehört. Alle diese Probleme rufen bei vielen das Bedürfnis nach Sicherheit, Planbarkeit und Stabilität hervor. Gerade in bewegten Zeiten wundert es daher nicht, wenn Fragen der Flexibilisierung der Arbeitsbedingungen, allen voran des Entgelts, und daraus resultierend des Arbeitsmarktes eher konservativ behandelt werden. Aus ökonomischer Sicht stellen die schützenden Instrumente, Institute und Regelungen des Arbeitsrechts Kosten dar. Betriebswirtschaftlich nehmen diese Arbeitskosten für ein Unternehmen eine Schlüsselstellung ein.² Es scheint nur auf den ersten Blick unbillig, den einzelnen Arbeitnehmer damit zu konfrontieren, sich über die Höhe seiner Entlohnung und Erwerbchancen Gedanken machen zu müssen. Bei allen Vorteilen steht erhöhte Flexibilisierung bei vielen Menschen immer noch für Unsicherheit und Willkür.

Beteiligungen am Unternehmen, Gewinnbeteiligungen, Provisionen, Zielbonusvereinbarungen, Leistungsprämien, Erfolgsprämien, Aktienoptionen, etc erscheinen unübersichtlich und komplex zu sein und den durchschnittlichen, nHM „schutzbedürftigen“ Arbeitnehmer zu überfordern.³ Einige Autoren⁴ behaupten, dass Arbeitnehmer sich überhaupt nur dann flexiblen Entlohnungssystemen unterwerfen, wenn ihre soziale Lage besonders ungünstig ist und durch das Lohnsystem wenigstens geringfügige Erhöhungen des Einkommens ermöglicht werden. Die Frage, die sich hier meines Erachtens jedoch stellt, ist, ob nicht gerade durch flexiblere Entgeltgestaltung bessere Arbeitsbedingungen

¹ Vgl dazu *Guthrie*, Remuneration: Pay effects at work, in *Boxall/Purcell/Wright*, Human Resource Management (2007) 344, mit einem Fallbeispiel.

² *Zöllner*, Vorsorgende Flexibilisierung durch Vertragsklauseln, NZA 1997, 121.

³ Laut einer Studie des World Economic Forum liegt Österreich im Ranking des „Global Competitiveness Index“ im Bereich „Flexible Entgeltgestaltung“ auf Platz 142 von 144 bewerteten Staaten; vgl World Economic Forum, The Global Competitiveness Report 2012–2013.

⁴ Vgl dazu *Trost*, Leistungsentgeltprobleme aus kollektivrechtlicher Sicht, DRdA 1985, 270.

für Arbeitnehmer und wirtschaftlichere Konzepte für Arbeitgeber verwirklicht werden können. Je nach Branche kann die Anpassungsmöglichkeit der Arbeitskosten an wirtschaftliche Bedingungen für ein Unternehmen überlebenswichtig sein. Darüber hinaus können auch positiv formulierte Effekte erzielt werden. Mitarbeiter zu motivieren, mit „an Bord“ zu holen und am Erfolg der eigenen Arbeitsleistung partizipieren zu lassen, könnte einerseits Leistung und Zufriedenheit auf beiden Seiten fördern und andererseits Innovation schaffen.⁵ Die Möglichkeit, einen höheren Verdienst zu erlangen, muss hier nicht näher erwähnt werden. Zumindest für den Arbeitgeber resultieren Vorteile aus Innovations- und Produktivitätssteigerung durch Motivation.⁶ Darüber hinaus haben Studien gezeigt, dass es großteils einen positiven Zusammenhang zwischen Entlohnung und intrinsischer Motivation der Mitarbeiter gibt.⁷ Obwohl die Literatur zur kognitiven Evaluationstheorie⁸ einen Diskurs über die Vorteile finanzieller Anreize gestartet hat, wurde durch Studien gezeigt, dass rein monetäre Anreize die individuelle Motivation keinesfalls untergraben.⁹

Verschiedene Management-Theorien erkennen die Bedeutung von Mitarbeitermotivation als kritischen Erfolgsfaktor eines Unternehmens. Im Zentrum *Peter F. Druckers*¹⁰ Philosophie steht die Überzeugung, dass Menschen die wertvollste Ressource einer Organisation sind und dass die Aufgabe einer Führungskraft darin besteht, Menschen auf Leistung vorzubereiten und ihnen den Freiraum dafür zu geben.¹¹ In Kombination mit leistungsorientierten Füh-

⁵ *Guthrie*, Remuneration 345, mit einem Hinweis darauf, dass die Sinnhaftigkeit von pay-for-performance-Systemen durchaus kontroversiell diskutiert wird.

⁶ Vgl *Tomandl*, Rechtsprobleme des Akkord- und Prämienlohnes (1961) 7.

⁷ *Fang/Gerhart*, How do Company Differences in Pay for Performance Strategy Influence Intrinsic Motivation, Extrinsic Motivation and Overall Motivation?, Aufsatz für die Jahresversammlung der Academy for Management, Chicago (1999); Gegenmeinungen werden zB von *Daniell/Esner*, Intrinsic Motivation, Journal of Applied Psychology 65, 566 vertreten.

⁸ Begründer dieser Subtheorie zur Selbstbestimmungstheorie sind E.L. Deci und R.M. Ryan; vgl *Deci/Ryan*, The „what“ and „why“ of goal pursuits: Human needs and the self-determination of behaviour, Psychological Inquiry 2007/11, 227–268.

⁹ Vgl *Guthrie*, Remuneration 347.

¹⁰ Der austro-amerikanische Ökonom *Peter F. Drucker* (1909 – 2005) gilt als Begründer der Management-by-objectives-Theorie und als einer der bedeutendsten Management-Vordenker unserer Zeit.

¹¹ Vgl *Drucker ua*, Die fünf entscheidenden Fragen des Managements (2009) 21.

rungskonzepten lassen sich auch leistungsbezogene Entlohnungsformen im weitesten Sinn verwirklichen und kombinieren, wobei die Einführung eines derartigen Remunerationssystems nicht zwingend erfolgen muss. Zielvereinbarungen etwa wurden als Personalführungskonzept ursprünglich ohne Entgeltbezug konzipiert.¹² Sofern ein Entgeltbezug hergestellt wird, kann von einem Bonus (zB einer Zielbonusvereinbarung) gesprochen werden.¹³

Mit dieser Arbeit sollen verschiedene Formen flexibler Entgeltgestaltung in arbeitsrechtlicher Hinsicht beleuchtet werden. Dabei werden zunächst die unterschiedlichen Möglichkeiten variabler Entlohnung dargestellt. Die spezifischen rechtlichen Probleme in den jeweiligen Bereichen werden anschließend erörtert, Lösungen angeboten und gemeinsame Grundsätze erforscht: Die Verschiebung des Unternehmerrisikos, Fragen zur Entgeltfortzahlung, Grenzen der einseitigen Abänderungsmöglichkeit der Entgelthöhe durch die Vereinbarung von Vorbehalten und die Einräumung von Gestaltungsrechten an den Arbeitgeber und vor allem die betrieblichen Mitbestimmungsrechte in Zusammenhang mit Lohnfragen werden kritisch analysiert und die aktuelle Judikatur wird eingebaut.

Um das weite Thema der flexiblen Entgeltgestaltung greifbar machen zu können, ist der Aufbau der Arbeit entscheidend. Es gibt mehrere Möglichkeiten, die mit der Entgeltgestaltung verbundenen Probleme darzustellen. Einerseits kann nach der Berechnungsmethode und Bezugsgröße der variablen Entgeltteile unterschieden werden. Entweder ergeben sich die Parameter für die Ermittlung der Entgelthöhe aus Unternehmenskennzahlen, oder die Entgeltbestandteile werden unabhängig von der Gebarung des Arbeitgebers berechnet und ausbezahlt. Hier unterscheidet man Unternehmens- und Gewinnbeteiligung, die direkt an der Substanz des Arbeitgebers als Rechengröße ansetzen, von anderen Entgeltvarianten, die als Prämie, Provision oder Bonus, relativ unabhängig von der wirtschaftlichen Performance des Arbeitgeberunternehmens, anhand anderer Bezugsgrößen berechnet werden. Aktienoptionen spielen dabei eine besondere Rolle, weil sowohl Elemente mit starkem Unternehmens(wert)bezug zu erkennen sind, andererseits aber die Wertschöpfung nicht im Unternehmen selbst, sondern über den Kapitalmarkt erfolgt.

Eine weitere Möglichkeit besteht darin, nach den arbeitsrechtlichen Rechtsfolgen eines gewählten Entgeltsystems zu differenzieren. Dabei müssen zu-

¹² Vgl *Deich*, Arbeitsvertragliche Gestaltung von Zielvereinbarungen 11 f.

¹³ Vgl *Mair/Rainer*, Zielvereinbarungen im Arbeitsverhältnis, ÖJZ 2007, 801 mwN.

nächst die relevanten Gesetzesbestimmungen herausgearbeitet werden, die eine Untergliederung verschiedener Entlohnungssysteme notwendig machen. Diese zweite Form der Unterteilung ist meines Erachtens sinnvoller, weil es in der Praxis für den Juristen immer nur darum gehen kann, welche rechtlichen Folgen durch getätigte Dispositionen, hier eingeführte Entlohnungsmodelle, zu erwarten sind. Anders gesagt müssen sich Arbeitgeber und Arbeitnehmer über die Konsequenzen im Klaren sein und im Idealfall durch vorausschauende Planung spätere Unklarheiten oder rechtliche Unannehmlichkeiten vermeiden. Hier spielt die Einführbarkeit des gewünschten Lohnsystems eine tragende Rolle. Wegen der gesetzlichen Regelung der notwendigen betrieblichen Mitbestimmung bei Leistungslohnsystemen (ieS) muss eine klare Definition der leistungsprägenden Faktoren iSd ArbVG erfolgen. Gerade dieser Bereich unterliegt momentan einer starken Wandlung, was vor allem die ArbVG-Novelle 2010 beweist. Die voranschreitende Verschiebung der Regelungskompetenz in Entgeltfragen von der Kollektivvertragebene auf die Betriebsvereinbarung steht am Anfang einer wichtigen Entwicklung.

Auf einzelvertraglicher Ebene kann das überkollektivvertragliche Entgelt bzw die Entgelthöhe auch einseitig, durch flexibel ausgestaltete Arbeitsverträge, mit der Vereinbarung diverser Vorbehalte verändert werden. Hier besteht, durch die Lockerung der vertraglichen Bindungswirkung, ein erhöhtes Kontrollbedürfnis. Je nach Intensität der Gestaltungsrechte und Stärke der einseitigen Gestaltungsmöglichkeiten und je nach Informations- und Wissensstand des Vertragspartners kommt es zu Interessensabwägungen und Billigkeitskontrollen.

Im weiteren Verlauf werden verschiedene Varianten von Entlohnungssystemen, darunter Prämienlöhne, Erfolgslöhne, Leistungslöhne, Provisionen, und deren Zusammenspiel mit betriebsverfassungsrechtlicher Mitbestimmung durch die Belegschaft besprochen. Eine zielorientierte Steuerung des Entgelts über die Bewertung von Leistungsverhalten wird für Unternehmen immer interessanter. Die Überzahlung des Grundlohns nach unflexiblen Gehaltstabellen und rein zeitlichen Vorrückungen (zB Biennalsprünge) wird von vielen Arbeitgebern als leistungsfeindlich empfunden. An die Stelle dieser Entlohnungsformen treten vielfach Systeme der erfolgs- und leistungsbezogenen Entgeltfindung.¹⁴ Dabei haben Leistungs- und Erfolgsgeltdsysteme sowohl für den Arbeitnehmer als

¹⁴ Zum besonderen betriebswirtschaftlichen Interesse, das hinter der Einführung leistungsbezogener Entlohnungsmodelle steht vgl *Tomandl*, Rechtsprobleme des Akkord- und Prämienlohnes (1961) 7.

auch den Arbeitgeber erhebliche Bedeutung, wobei im Regelfall die Initiative zur Einführung vom Arbeitgeber ausgeht.¹⁵ Die vorherrschende Frage stellt sich hier im Bereich der betrieblichen Mitbestimmung. Die ArbVG-Novelle 2010 hat mehrere Neuerungen gebracht, die teils durch stark kritisierte Rechtsprechung, teils als notwendige Modernisierung¹⁶ Einzug ins österreichische Arbeitsrecht gehalten haben. Meines Erachtens ist es von besonderer Bedeutung, die Begriffe „Erfolg“ und „Leistung“ sauber zu trennen. Erst durch diese Differenzierung kann man die teleologischen Überlegungen hinter den einschlägigen Gesetzesbestimmungen begreifen. Bei Prämienmodellen unterschiedlicher Ausgestaltung ergeben sich Probleme rund um die Gewichtung der zugrundeliegenden Leistungs- und Bewertungssysteme. Sogenannte Performance Management-Systeme waren in letzter Zeit Gegenstand von wissenschaftlichen Auseinandersetzungen. Auch der OGH musste sich mit diesem Thema befassen und vor allem die Frage der betrieblichen Mitbestimmung klären. Hier lassen sich Parallelen zur Frage der Mitbestimmung bei der Einführung von Provisionsregelungen ziehen. Die Diskussion über (Abschluss)Provisionen und deren Einordnung in die Gruppe der Erfolgs- oder Leistungsentgelte kann ganz generell für die Erörterung der Frage, ab wann ein Entgeltsystem unter einen der Tatbestände der §§ 96 ff ArbVG fällt, fruchtbar gemacht werden.

Die Diskussion, ob es sich bei Performance Management-Systemen um erfolgs- oder leistungsabhängige Entlohnungsformen handelt, die möglicherweise eine Zustimmung voraussetzen, ist noch lange nicht abschließend behandelt. Die neuere Judikatur wirft hier einige Fragen auf, die auch durch die Novellierung der §§ 96, 97 ArbVG nicht abschließend beantwortet sind. Einheitliche Kriterien, ab wann ein Entlohnungsmodell den Tatbeständen der §§ 96 ff ArbVG entspricht, konnten bislang noch nicht gefunden werden. Ein Ziel dieser Arbeit ist es, die Grundelemente von leistungsbezogenen Entgeltfindungsmethoden iSd ArbVG klar herauszuarbeiten, die Rechtsprechung kritisch zu hinterfragen und einen Leitfaden zu geben, unter welchen Fallvarianten Entlohnungsformen, die an Zielvereinbarungen und Bewertungsgespräche gekoppelt sind, wirklich mitbestimmungspflichtig werden. Die Novellierung des ArbVG, mit der auch

¹⁵ Vgl *Trost*, Leistungsentgeltprobleme aus kollektivrechtlicher Sicht, DRdA 1985, 269.

¹⁶ Als Anm möchte ich erwähnen, dass bereits das BRG 1919 und später das BRG 1947 einen eher restriktiven Leistungsbegriff kannten und nur „Akkord-, Stück- und Gedinglöhne“ der betrieblichen Mitbestimmung unterwarfen.

die Mitbestimmung nach den §§ 96 und 97 verändert wurde, führte zu neuen, bisher ungelösten Problemen, womit die Definitionsprobleme nur um eine Ebene verlagert wurden. Hinzu kommt der Umstand, dass „freie“ Entgeltbetriebsvereinbarungen wieder in den Fokus der juristischen Diskussion gerückt sind. Vor allem zu deren Beendigungsmöglichkeiten wird in dieser Arbeit ein eigener Ansatz entwickelt.

In einem weiteren Teil geht es um die Beteiligung von Mitarbeitern an der Substanz des Unternehmens oder an Derivaten von Gesellschaftsanteilen einerseits und am Gewinn andererseits. Mitarbeiterbeteiligungen haben an Bedeutung für eine moderne Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik gewonnen. Sie waren aber auch ein Grund für die Auslösung der Wirtschaftskrise. Falsch incentivierte Führungskräfte trugen zu Blasen an den Kapitalmärkten bei. Dennoch geht die Tendenz wieder vermehrt in die meines Erachtens richtige Richtung, Manager direkt finanziell an die Geschicke ihrer Unternehmen zu binden. Mit der Novellierung des BWG in Umsetzung der CRD III-Richtlinie¹⁷ wird zumindest im Bankenbereich ein Vergütungsregime festgelegt, das an Parametern der Nachhaltigkeit und Langfristigkeit ausgerichtet werden soll.¹⁸ Abgesehen von den Führungsebenen bieten Beteiligungen am Erfolg des Arbeitgebers auch gute Möglichkeiten, die allgemeine Belegschaft zu motivieren. Die zahlreichen Vorteile und Chancen solcher Beteiligungen bergen aber auch Gefahren für Arbeitnehmer und Arbeitgeber. Um erfolgreich funktionierende Modelle zu etablieren, sind eine gemeinsame und koordinierte Herangehensweise und beiderseitiges Risikobewusstsein unumgänglich. „Einen Automatismus des Erfolgs“¹⁹ gibt es nicht. Der Nahebezug zwischen Mitarbeiterbeteiligung und Unternehmenserfolg bzw -misserfolg bedeutet eine besonders starke Risikoneigung solcher Strukturen. Die Faustregel „keine Chance ohne Risiko“ darf hier keinesfalls oberflächlich als Floskel abgetan werden. Gerade bei Arbeitnehmern handelt es sich bei ihren laufenden Einkünften im Regelfall um ihre Lebensgrundlage. Klare rechtliche Grundlagen und politische Fördermaßnahmen müssen deshalb die notwendigen Rahmenbedingungen schaffen. Zur

¹⁷ RL 2010/76/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24.11.2010, ABl. Nr. L 329 vom 14.12.2010, 3.

¹⁸ Geiger, Arbeitsrechtliche Folgen der BWG-Novelle 2010, ASoK 2011, 170.

¹⁹ Kronberger/Leitsmüller/Rauner, Mitarbeiterbeteiligung in Österreich 10.

Veranschaulichung sei angeführt, dass ca drei Viertel der Mitarbeiterbeteiligungsmodelle keine Begrenzung des Verlustrisikos vorsehen.²⁰

Etliche rechtliche Fragen, etwa im Bereich der Entgeltfortzahlung und Beendigungsansprüche, in Zusammenhang mit Aktienoptions-Programmen sind, trotz der Novellierung des AVRAG, wegen der geringen Anzahl vorliegender oberstgerichtlicher Judikatur, noch lange nicht erschöpfend behandelt worden und gaben Anlass zur Erörterung im letzten Teil dieser Arbeit.

²⁰ *Vevera*, Mitarbeiterbeteiligung am Kapital im EU-Mitgliedsland Österreich, Gemeinschaftsprojekt von AK-Wien, WKO und Fachhochschule Wiener Neustadt, November 2005, 26 f.