

Fahrten hinreichend konkret benannt sind.²²⁴ Den Anforderungen an ein ordnungsgemäßes Fahrtenbuch wird letztlich nur ein **geschlossenes Verzeichnis** gerecht, das aufgrund seiner äußeren Gestaltung geeignet ist, jedenfalls im Regelfall nachträgliche Abänderungen, Streichungen und Ergänzungen als solche kenntlich werden zu lassen.²²⁵ Bei **Unstimmigkeiten des Fahrtenbuchs** ist ein **Zeugenbeweis** zum prozessualen Nachweis einer ausschließlich privaten Nutzung **untauglich**.²²⁶

IV. Beitragsrechtliche Aspekte der Privatnutzung

Nach § 14 Abs. 1 Satz 1 SGB IV zählen zum Arbeitsentgelt alle laufenden oder einmaligen Einnahmen aus einer Beschäftigung, gleichgültig, ob ein Rechtsanspruch auf die Einnahmen besteht, unter welcher Bezeichnung oder in welcher Form sie geleistet werden und ob sie unmittelbar aus der Beschäftigung oder im Zusammenhang mit ihr erzielt werden. Hiervon ausgehend zählt auch die Privatnutzungsbefugnis eines Dienstwagens als **laufende Einnahme** zum Arbeitsentgelt.²²⁷ Die Höhe des geldwerten Vorteils ist gemäß § 3 Satz 2 SVEV i.V.m. § 8 Abs. 2 EStG zu ermitteln. Es kann daher auf die Ausführungen zu den steuerrechtlichen Aspekten verwiesen werden.²²⁸

V. Beispiel einer Dienstwagenüberlassungsvereinbarung

Eine Dienstwagenüberlassungsvereinbarung kann beispielsweise wie folgt lauten:²²⁹

224 Vgl. BFH 1.3.2012, VI R 33/10, NJW 2012, 2751 zur Zulässigkeit der Verwendung der Abkürzung „F“ für Firmensitz einerseits und zur Unzulässigkeit von Ortsangaben, die sich in der bloßen Nennung eines Straßennamens erschöpfen, andererseits.

225 BFH 1.3.2012, VI R 33/10, NJW 2012, 2751; BFH 9.11.2005, VI R 27/05, NJW 2006, 2143; siehe BFH 16.11.2005, VI R 64/04, NJW 2006, 2063 zur Unzulässigkeit der Verwendung der Tabellenkalkulationssoftware MS-Excel.

226 BFH 1.12.2015, X B 29/15, BFH/NV 2016.

227 Vgl. BAG 21.3.2012, 5 AZR 651/10, NZA 2012, 616; BAG 24.3.2009, 9 AZR 733/07, NZA 2009, 861; BAG 19.12.2006, 9 AZR 294/06, BB 2007, 1624; BAG 16.11.1995, 8 AZR 240/95, BB 1996, 630; vgl. auch BT-Drs. 14/8796, S. 24.

228 Auch die sozialrechtliche Rechtsprechung lehnt sich insoweit an die steuerliche Sichtweise an; vgl. LSG Baden-Württemberg 22.1.2013, L 11 EG 1721/12, DStR 2013, 2473 sowie *Laws*, FA 2015, 234, 237 m. w. N.

229 Vgl. zu weiteren Beispielen: *Abeln/Meier*, AuA 2005, 264, 271; *Preis-Greiner*, II D 20 Rn. 3; *Hansen*, AuA 7/03, 44, 47; *Keilich*, AuA 2009, 264, 268; *Schrader/Straube*, Rn. 115; *Stoffels*, NZA 2017, 1217, 1218 m. w. N.

52 Vereinbarung zur Dienstwagennutzung

Zwischen [Name und Anschrift des Arbeitgebers],

– nachfolgend „Unternehmen“ –

und [Name und Anschrift des Arbeitnehmers],

– nachfolgend „Mitarbeiter“ –

wird in Ergänzung des Arbeitsvertrags vom [Datum] Folgendes vereinbart:

1. Das Unternehmen stellt dem Mitarbeiter ab dem [Datum] einen Dienstwagen der Kategorie [Kategorie, maximale Leistung] zur Verfügung. Der Mitarbeiter ist berechtigt, den Dienstwagen auch privat zu nutzen. Die Auswahl des Dienstwagens einschließlich der Ausstattung erfolgt durch das Unternehmen.
2. Die Privatnutzung wird lohn- und sozialversicherungsrechtlich erfasst und abgerechnet. Sie ist auf das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland beschränkt.
3. Das Unternehmen übernimmt während der Überlassung des Dienstwagens alle laufenden Kosten (insb. Treibstoff, Versicherungen und Steuer). Der Mitarbeiter erhält eine Tankkarte, die er ausschließlich für den Dienstwagen zu verwenden hat.
4. Der Dienstwagen ist durch das Unternehmen in der Kfz-Haftpflichtversicherung pflichtversichert. Außerdem besteht eine Vollkaskoversicherung mit einer Selbstbeteiligung von 500,00 € pro Schadensfall.
5. Das Unternehmen behält sich vor, die Überlassung des Dienstwagens aus sachlichen Gründen, insbesondere aufgrund der wirtschaftlichen Lage des Unternehmens, der Leistung oder des Verhaltens des Mitarbeiters zu widerrufen, sofern der geldwerte Vorteil des Dienstwagens weniger als 25 % des regelmäßigen Gesamtverdienstes des Mitarbeiters ausmacht. Ein sachlicher Grund liegt insbesondere vor, bei:
 - wirtschaftlichen Verlusten von mehr als [Zahl] Prozent im letzten Geschäftsjahr
 - einer wirtschaftlichen Notlage des Unternehmens
 - Freistellung des Mitarbeiters von der Arbeitsleistung nach Kündigung des Arbeitsverhältnisses
 - Ruhen des Arbeitsverhältnisses
 - einem Wechsel der Position des Mitarbeiters, wenn für die Ausübung der neuen Tätigkeit ein Dienstwagen nicht mehr erforderlich ist und auch vergleichbare Arbeitnehmer nicht über einen Dienstwagen verfügen
 - einem Fahrverbot oder dem Verlust der FahrerlaubnisDie Ausübung des Widerrufsrechts erfolgt unter Beachtung einer Ankündigungsfrist von einem Monat zum Monatsende.
Bei Widerruf der Dienstwagenüberlassung ist der Dienstwagen nebst Schlüssel, Fahrzeugpapieren, Tankkarten und Zubehör am Unternehmenssitz herauszugeben.
Im Widerrufsfall ist der Mitarbeiter nicht berechtigt, für den Entzug der Privatnutzung eine Nutzungsentschädigung oder Schadensersatz zu verlangen.
6. Unfälle, Verluste oder Beschädigungen des Dienstwagens sind dem Unternehmen unverzüglich mitzuteilen. Bei einem Unfall hat der Mitarbeiter dem Unternehmen unverzüglich einen schriftlichen Unfallbericht einzureichen.

7. Das Unternehmen übernimmt keine Bußgelder oder Geldstrafen, sollte der Mitarbeiter mit dem Dienstwagen Verkehrsverstöße begehen.
8. Der Mitarbeiter verpflichtet sich, unaufgefordert die jeweiligen Wartungen und Inspektionen nach den Herstellervorgaben gemäß Serviceheft in Abstimmung mit dem Unternehmen durchführen zu lassen. Er hat für vollständige und richtige Angaben im Serviceheft Sorge zu tragen. Während der Ausführung von Wartungs- und Inspektionsarbeiten steht ihm ein Ersatzfahrzeug zu.
9. Nebenabreden zu dieser Vereinbarung sind nicht getroffen.
10. Änderungen der Vereinbarung einschließlich der Aufhebung bedürfen – soweit eine vorrangige Individualabrede nach § 305b BGB nicht entgegensteht – der Schriftform. Dies gilt auch für diese Schriftformklausel selbst.
11. Sollte eine Bestimmung dieser Vereinbarung unwirksam sein oder werden, so wird dadurch die Wirksamkeit der übrigen Bestimmungen nicht berührt. An die Stelle der unwirksamen Bestimmung tritt eine rechtlich zulässige, die dem Sinn und Zweck der unwirksamen Bestimmung so nahe wie möglich kommt.

[Ort und Datum]

Unternehmen Mitarbeiter

Kapitel 31

Fortbildung auf Kosten des Arbeitgebers

Schrifttum: *Besgen*, Fragenbereiche zu beruflicher Ausbildung und beruflicher Fortbildung, BuP 2018, 379; *Bettinghausen*, Rückzahlungsvereinbarungen über Fortbildungskosten – Was Arbeitgeber zu beachten haben, NZA-RR 2017, 573; *Dimsic*, Rückzahlung von Fortbildungskosten, RdA 2016, 106; *Dorth*, Gestaltungsgrenzen bei Aus- und Fortbildungskosten betreffenden Rückzahlungen, RdA 2013, 287; *Düwell/Ebeling*, Rückzahlung von verauslagten Bildungsinvestitionen, DB 2008, 406; *Elking*, Rückzahlungsklauseln bei Fortbildungskosten – die aktuellen Anforderungen der Rechtsprechung, BB 2014, 885; *Franzen*, Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei der Einführung von Maßnahmen der betrieblichen Berufsbildung nach § 97 II BetrVG, NZA 2001, 865; *Gaenslen/Zons*, Rückzahlungsklauseln bei Fortbildungsverträgen – Berufliche Bildung für ewige Betriebstreue? Gestaltung Rückzahlungsvereinbarungen in Fortbildungsverträgen, öAT 2017, 92; *Gaul*, Arbeitnehmer erproben, beurteilen und entwickeln, NZA-Beil. 2016, 56; *Greßlin/Römermann*, Arbeitsrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten zum Schutz von betrieblichem Know-how, BB 2016, 1461; *Günther*, Rückzahlungsklauseln in Arbeitsverträgen, öAT 2014, 137; *Hennige*, Rückzahlung von Aus- und Fortbildungskosten, NZA-RR 2000, 617; *Hoffmann*, Rückzahlungsklauseln bei Fortbildungskosten – Anforderungen, Rechtsfolgenproblematik und Vertrauensschutz, NZA-RR 2015, 337; *Hoß*, Finanzierung von Fortbildungskosten durch den Arbeitgeber – Zulässigkeit von Rückzahlungsklauseln, MDR 2000, 1115; *Hoß*, Fortbildungsvereinbarung, ArbRB 2002, 2016; *Jesgarzewski*, Rückzahlungsvereinbarungen, AuA 2015, 459; *Jesgarzewski*, Rückzahlungsvereinbarungen für Fortbildungskosten, BB 2011, 1594; *Klemm/Kornbichler/Neighbour u. a.* (Hrsg.), Beck'sches Formularbuch Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2014; *Klinkhammer/Peters*, Fortbildungsinvestitionen – eine nützliche Investition mit Risiken, ArbRAktuell 2015, 369; *Lakies*, Betriebliche Weiterbildung und Rückzahlungsklauseln, ArbRAktuell 2012, 2016; *Lingemann/Kieczka*, Rückzahlungsvereinbarungen bei Fortbildungskosten, ArbRAktuell 2009, 156; *Löwisch*, Rückzahlungs- und Bestandsklauseln in Betriebsvereinbarungen, NZA 2013, 549; *Maier/Mosig*, Unwirksame Rückzahlungsklauseln bei arbeitgeberseitiger Übernahme der Ausbildungskosten, NZA 2008, 1168; *Natzel*, Unwissenheit ist ein freiwilliges Unglück – Qualifizierung als Herausforderung beider Arbeitsvertragsparteien, BB 2010, 697; *Olbertz/Sturm*, Rückzahlungsvereinbarungen für Fortbildungskosten – welche Spielregeln gelten?, GWR 2015, 510; *Reich*, Die Rückzahlung beamtenrechtlicher Fortbildungskosten, DÖV 2015, 957; *Röder/Gebert*, Technologischer Wandel und Betriebsänderung – Bringen Industrie 4.0 und E-Mobilität den „Qualifizierungssozialplan“?, NZA 2017, 1289; *Sandmann*, Alter und Leistung: Fördern und Fordern, NZA-Beil. 2008, 17; *Sandmann/Schmitt-Rolfes*, Arbeitsrechtliche Probleme der Arbeitnehmerweiterbildung, ZfA 2002, 295; *Sasse/Häcker*, Rückzahlung von Fortbildungskosten, DB 2014, 600; *Schmidt*, Die Beteiligung der Arbeitnehmer an den Kosten der beruflichen Bildung – Umfang und Grenzen der Vertragsgestaltung, NZA 2004, 1002; *Schmidt/Radermacher*, Rückzahlung von arbeitgeberseitig verauslagten Fortbildungskosten, MDR 2014, 316; *Schönhöft*, Rückzahlungsverpflichtungen in Fortbildungsverträgen, NZA-RR 2009, 625; *Straube*, Inhaltskontrolle von Rückzahlungsklauseln für Ausbildungskosten, NZA-RR 2012, 505; *Stück*, Rückzahlungsvereinbarungen für Fortbildungskosten – Was ist noch zulässig?, DStR 2008, 2020; *Wisskirchen/Bissels/Schmidt*, „Der unzeitgemäße Arbeitnehmer“: Die Änderung von Anforderungen an Mitarbeiter als Kündigungsgrund, NZA 2008, 1386.

Kap. 31 Fortbildung auf Kosten des Arbeitgebers

Übersicht

| | Rn. | | Rn. |
|--|-----|---|-----|
| I. Interessenlage | 1 | aa) Allgemein | 21 |
| II. Qualifizierungspflicht des Arbeitnehmers | 2 | bb) Angemessene Bindung bei bezahlter Freistellung | 23 |
| 1. Gesetzliche Regelungen | 2 | cc) Angemessene Bindung bei unbezahlter oder fehlender Freistellung | 25 |
| 2. Tarifvertragliche Regelungen | 4 | f) Zurückzuzahlende Fortbildungskosten | 26 |
| 3. Betriebsverfassungsrechtliche Regelungen | 5 | aa) Transparenzgebot | 26 |
| 4. Arbeitsvertrag als Grundlage einer Qualifizierungspflicht | 6 | bb) Erstattungsfähige Kosten | 29 |
| III. Qualifizierungsanspruch des Arbeitnehmers | 8 | cc) Ratierliche Verringerung des Rückzahlungsbetrags | 30 |
| IV. Fortbildungsvereinbarungen | 10 | g) Folgen der Unwirksamkeit einer vorformulierten Rückzahlungsklausel | 31 |
| 1. Ausgangslage | 10 | 4. Individuell ausgehandelte Rückzahlungsklauseln | 34 |
| 2. Rückzahlung von Fortbildungskosten | 11 | 5. Kollektivvertragliche Rückzahlungsklauseln | 36 |
| 3. Vorformulierte Rückzahlungsklauseln | 12 | 6. Beispiel einer Fortbildungsvereinbarung | 38 |
| a) Prüfungsmaßstab | 12 | | |
| b) Form und Zeitpunkt der Vereinbarung | 13 | | |
| c) Geldwerter Vorteil | 14 | | |
| d) Zulässiger Rückzahlungsgrund | 16 | | |
| e) Angemessene Bindungsdauer | 21 | | |

I. Interessenlage

- 1 Aufgrund des ständigen Wandels der Arbeitsbedingungen ist die regelmäßige Qualifizierung des eigenen Personals ein wichtiger Baustein sowohl zur Sicherung der Wettbewerbsfähigkeit und Innovationskraft des Arbeitgebers als auch zur Bindung der Arbeitnehmer an das Unternehmen. Häufig hat daher der Arbeitgeber ein erhebliches wirtschaftliches Interesse, die Qualifizierung seiner Arbeitnehmer zu fördern und in entsprechende Maßnahmen zu investieren.¹ Gleichzeitig liegt die Teilnahme an einer bestimmten Qualifizierungsmaßnahme oftmals aber auch im Interesse des Arbeitnehmers, da eine erfolgreiche Teilnahme u. U. neue berufliche Perspektiven eröffnen und den eigenen Marktwert erhöhen kann.²

1 *Bettinghausen*, NZA-RR 2017, 573; *Dorth*, RdA 2013, 287; *Hoß*, ArbRB 2002, 216; *Jesgarzewski*, AuA 2015, 459; *MASIG-Mroß*, 160 Rn. 1; *Olbertz/Sturm*, GWR 2015, 510; *Sasse/Häcker*, DB 2014, 600.

2 *MASIG-Mroß*, 160 Rn. 1; *Olbertz/Sturm*, GWR 2015, 510, 512.

II. Qualifizierungspflicht des Arbeitnehmers**1. Gesetzliche Regelungen**

Im **Grundsatz** ist davon auszugehen, dass es **keine allg. gesetzliche Pflicht** des Arbeitnehmers zu einer beruflichen Qualifizierung gibt.³ § 2 Abs. 4 SGB III fordert die Arbeitnehmer lediglich dazu auf, bei ihren Entscheidungen verantwortungsvoll deren Auswirkungen auf ihre beruflichen Möglichkeiten einzubeziehen und insb. ihre berufliche Leistungsfähigkeit im Sinne eines „lebenslangen Lernens“⁴ den sich ändernden Anforderungen anzupassen. Eine Rechtspflicht zur beruflichen Qualifizierung in einem bestehenden Arbeitsverhältnis wird § 2 Abs. 4 SGB III indes nicht beigemessen.⁵

Der Grundsatz, dass es keine allg. gesetzliche Pflicht des Arbeitnehmers zu einer beruflichen Qualifizierung gibt, wird allerdings vielfach durch **spezialgesetzliche Regelungen** durchbrochen.⁶ So sind Arbeitnehmer z.B. nach § 12 Abs. 1 ArbSchG über **Sicherheit und Gesundheitsschutz** bei der Arbeit ausreichend und angemessen zu unterweisen. Ein weiteres Beispiel findet sich in § 12 Abs. 2 AGG. Nach dieser Vorschrift soll der Arbeitgeber seine Arbeitnehmer in geeigneter Art und Weise, insbesondere im Rahmen der beruflichen Aus- und Fortbildung, auf die Unzulässigkeit von Benachteiligungen aufgrund von Rasse, ethnischer Herkunft, Geschlecht, Religion, Weltanschauung, Behinderung, Alter oder sexueller Identität hinweisen und darauf hinwirken, dass diese unterbleiben. Darüber hinaus bestehen Qualifizierungsverpflichtungen insb. für solche Arbeitnehmer, die als Betriebsbeauftragte oder sonst im Rahmen ihrer arbeitsvertraglichen Verpflichtungen besondere Aufgaben wahrzunehmen haben. So hat der Arbeitgeber z.B. nach § 5 Abs. 3 ASiG den **Fachkräften für Arbeitssicherheit** auf seine Kosten die zur Erfüllung ihrer Aufgaben erforderliche Fortbildung zu ermöglichen. § 6 Abs. 2 BDSG, Art. 38 Abs. 2 DS-GVO sehen vor, dass dem **Datenschutzbeauftragten** unter anderem die zur Erhaltung seines Fachwissens erforderlichen Ressourcen zur Verfügung zu stellen sind. Hieraus wird sich (inzident) ein Schulungsanspruch des Datenschutzbeauftragten herleiten lassen.⁷ Nach § 55 Abs. 4 BImSchG i.V.m. § 9 5. BImSchV hat der **Immissionsschutzbeauftragte** regelmäßig, mindestens alle zwei Jahre, an Fortbildungsmaßnahmen teilzunehmen.

³ Natzel, BB 2010, 697 f.

⁴ Vgl. BT-Drs. 13/4941, S. 152.

⁵ Gagel-Deinert, § 2 Rn. 53 ff.; Brand-Kühl, § 2 Rn. 11; Natzel, BB 2010, 697, 698.

⁶ MASIG-Mroß, 160 Rn. 10; Natzel, BB 2010, 697; Küttner-Poeche, Fortbildung, Rn. 16; Sandmann/Schmitt-Rolfes, ZfA 2002, 295, 297.

⁷ HWK-Lembke, Art. 39 DSGVO Rn. 11.

2. Tarifvertragliche Regelungen

- 4 Ausgehend von der Überlegung, dass ein hohes Qualifikationsniveau regelmäßig im Interesse sowohl des Arbeitgebers als auch des Arbeitnehmers liegt, haben gelegentlich auch TV Aspekte beruflicher Qualifizierung zum Gegenstand.⁸ In aller Regel sehen TV allerdings keine echte Rechtspflicht der tarifgebundenen Arbeitnehmer zur Teilnahme an einer bestimmten Qualifizierungsmaßnahme vor. Vielmehr begründen tarifvertragliche Regelungen zugunsten der Arbeitnehmer allenfalls Ansprüche gegen den Arbeitgeber auf eine bestimmte Qualifizierung oder enthalten Regelungen zu einer Beteiligung des Arbeitnehmers an den Kosten einer Qualifizierungsmaßnahme.

3. Betriebsverfassungsrechtliche Regelungen

- 5 Das **BetrVG** befasst sich insb. in seinen §§ 96 bis 98 mit Fragen beruflicher Bildung. Es geht hierbei im Grundsatz davon aus, dass eine Qualifizierung in der Eigenverantwortung des Arbeitnehmers liegt. Von der Kodifizierung einer Pflicht zur Teilnahme an Qualifizierungsmaßnahmen hat der Gesetzgeber ebenso abgesehen wie von der Festlegung eines individuellen Anspruchs auf Qualifizierung. Aus dem BetrVG selbst folgt daher **keine Pflicht** des Arbeitnehmers, an einer Qualifizierungsmaßnahme teilzunehmen.⁹

4. Arbeitsvertrag als Grundlage einer Qualifizierungspflicht

- 6 Die Arbeitsvertragsparteien können die Pflicht des Arbeitnehmers zur Teilnahme an Qualifizierungsmaßnahmen **explizit** im Arbeitsvertrag oder in einer Zusatzvereinbarung zum Arbeitsvertrag **regeln**.¹⁰ Haben Arbeitgeber und Arbeitnehmer **keine ausdrückliche Vereinbarung** getroffen, bedeutet dies gleichwohl nicht, dass der Arbeitnehmer sich kein neues Wissen aneignen muss, wenn dies zur ordnungsgemäßen Erbringung der arbeitsvertraglich geschuldeten Leistung erforderlich ist. Vielmehr darf der Arbeitgeber in diesen Fällen gestützt auf sein **Direktionsrecht** anordnen, dass sich der Arbeitnehmer neues Wissen anzueignen hat.¹¹ Diese Anordnungsbefugnis besteht allerdings nur insoweit, als sich die Anordnung im Rahmen der seitens des Arbeitnehmers arbeitsvertraglich geschuldeten Tätigkeit bewegt, soweit also die im Rahmen der Qualifizierungsmaßnahme vermittelten Kenntnisse typischerweise im arbeitsvertraglich verein-

⁸ Vgl. hierzu *Natzel*, BB 2010, 697, 698.

⁹ *Franzen*, NZA 2001, 865, 868; *Natzel*, BB 2010, 697, 698; *HWG-Worzalla*, § 97 Rn. 25.

¹⁰ *Natzel*, BB 2010, 697, 698; *Küttner-Poeche*, Fortbildung, Rn. 4.

¹¹ ArbG Bonn 4.7.1990, 4 Ca 751/90, NZA 1991, 512 f.; *Natzel*, BB 2010, 697, 699 f.; *Wisskirchen/Bissels/Schmidt*, NZA 2008, 1386, 1388.

barten Tätigkeitsbereich einzusetzen sind.¹² Dies ist regelmäßig dann der Fall, wenn die Anordnung im unmittelbaren Zusammenhang mit dem in der Berufsbezeichnung zum Ausdruck kommenden **Berufsbild** erfolgt. Ändert sich das Berufsbild, hat der Arbeitnehmer diese Veränderung nachzuvollziehen.¹³ Wird beispielsweise in einem Betrieb auf eine neue Sekretariatssoftware umgestellt, so fällt das Erlernen der Bedienung dieser Software in den arbeitsvertraglichen Aufgabenbereich der im Sekretariat beschäftigten Arbeitnehmer.¹⁴ Der Arbeitgeber kann daher gestützt auf sein Direktionsrecht anordnen, dass diese Arbeitnehmer die Bedienung der neuen Sekretariatssoftware erlernen.¹⁵

Ordnet der Arbeitgeber die Teilnahme an einer Qualifizierungsmaßnahme im Wege der Ausübung seines Direktionsrechts an, so hat die Qualifizierungsmaßnahme grds. **während der Arbeitszeit** zu erfolgen. Außerdem ist der Arbeitgeber an die Grundsätze „**billigen Ermessens**“ gebunden. Der Arbeitgeber muss daher bei seiner Entscheidung, ob er die Teilnahme an einer bestimmten Qualifizierungsmaßnahme anordnet, die Belange des Arbeitnehmers angemessen berücksichtigen.¹⁶ Schließlich hat der Arbeitgeber auch die entstehenden **Kosten** einer Qualifizierungsmaßnahme zu tragen, wenn er die Teilnahme an dieser Maßnahme im Wege der Ausübung seines Direktionsrechts anordnet.¹⁷ 7

III. Qualifizierungsanspruch des Arbeitnehmers

Spiegelbildlich zu der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen der Arbeitnehmer eine Pflicht zur beruflichen Qualifizierung hat, stellt sich die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen sich der Arbeitnehmer gegenüber seinem Arbeitgeber auf einen **Anspruch auf Teilnahme an einer Qualifizierungsmaßnahme** berufen kann. Abgesehen von verschiedenen spezialgesetzlichen Bestimmungen, die unter bestimmten Voraussetzungen eine Pflicht zur Qualifizierung einzelner Arbeitnehmergruppen vorsehen und damit einen entsprechenden Qualifizierungsanspruch begründen,¹⁸ besteht **kein allg. gesetzlicher Anspruch, auf Kosten des Arbeitgebers an einer Qualifizierungsmaßnahme** 8

12 Natzel, BB 2010, 697, 699 f.; Wisskirchen/Bissels/Schmidt, NZA 2008, 1386, 1388.

13 Natzel, BB 2010, 697, 699 f.; Wisskirchen/Bissels/Schmidt, NZA 2008, 1386, 1388.

14 Vgl. hierzu Sandmann/Schmitt-Rolfes, ZfA 2002, 295, 310, 312.

15 Zu den Reaktionsmöglichkeiten des Arbeitgebers, wenn sich der Arbeitnehmer unberechtigt weigert, an einer seitens des Arbeitgebers angeordneten Qualifizierungsmaßnahme teilzunehmen, Sandmann, NZA-Beil. 2008, 17, 21; Sandmann/Schmitt-Rolfes, ZfA 2002, 295, 317; Wisskirchen/Bissels/Schmidt, NZA 2008, 1386, 1388.

16 ArbG Bonn 4.7.1990, 4 Ca 751/90, NZA 1991, 512 f.; Sandmann/Schmitt-Rolfes, ZfA 2002, 295, 313.

17 Wisskirchen/Bissels/Schmidt, NZA 2008, 1386, 1388.

18 Vgl. hierzu beispielsweise Dorth, RdA 2013, 287, 290 f.; Stück, DStR 2008, 2020, 2021.

teilzunehmen.¹⁹ Ein solcher Anspruch kann insb. nicht **§ 81 Abs. 4 Satz 2 BetrVG** entnommen werden, wonach der Arbeitgeber mit dem jeweiligen Arbeitnehmer zu **erörtern** hat, wie dessen berufliche Kenntnisse und Fähigkeiten den künftigen Anforderungen angepasst werden können, sobald feststeht, dass sich die Tätigkeit des Arbeitnehmers ändern wird und seine beruflichen Kenntnisse und Fähigkeiten zur Erfüllung seiner Aufgaben nicht ausreichen.²⁰ Auch die **Bildungsurlaubsgesetze** der Bundesländer sehen lediglich einen Anspruch auf bezahlte Freistellung von der Arbeitspflicht zum Zwecke der Teilnahme an Veranstaltungen zur beruflichen oder politischen Weiterbildung vor, nicht dagegen einen Anspruch auf Übernahme der Kosten durch den Arbeitgeber.²¹

- 9 Ein Anspruch des Arbeitnehmers, auf Kosten des Arbeitgebers an einer Qualifizierungsmaßnahme teilzunehmen, kann sich im Einzelfall aus einem **TV**, einer **Betriebsvereinbarung**, einer **Sprecherausschussvereinbarung**, einer ausdrücklichen **vertraglichen Abrede** oder aus dem **arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz** ergeben.²² Daneben kann ein Qualifizierungsanspruch bestehen, wenn der Arbeitnehmer der arbeitsvertraglich geschuldeten Tätigkeit infolge von veränderten Anforderungen ohne die Teilnahme an einer bestimmten Qualifizierungsmaßnahme nicht mehr nachkommen kann. Ein Teilnahmeanspruch kann sich in diesen Fällen aus der **Pflicht des Arbeitgebers zur vertragsgemäßen Beschäftigung des Arbeitnehmers** ergeben.²³

IV. Fortbildungsvereinbarungen

1. Ausgangslage

- 10 Qualifizierungsmaßnahmen kommen in ganz unterschiedlicher Form vor. Sie reichen von Tages- und Wochenkursen über mehrmonatige Lehrgänge in speziellen Bildungseinrichtungen bis hin zu einem mehrjährigen Studium an einer Hochschule.²⁴ Entschließt sich der Arbeitgeber dazu, den Arbeitnehmer im Zusammenhang mit der Teilnahme an einer entsprechenden Maßnahme finanziell zu unterstützen oder diese sogar vollständig zu finanzieren, so hat der Arbeitgeber zumindest bei länger andauernden und für ihn daher oftmals mit erhebli-

19 Dorth, RdA 2013, 287 f.; Wisskirchen/Bissels/Schmidt, NZA 2008, 1386, 1389.

20 Fitting, § 81 Rn. 25; ErK-Kania, § 81 BetrVG Rn. 15; Wisskirchen/Bissels/Schmidt, NZA 2008, 1386, 1389.

21 Wisskirchen/Bissels/Schmidt, NZA 2008, 1386, 1389.

22 Küttner-Poeche, Fortbildung, Rn. 14; Wisskirchen/Bissels/Schmidt, NZA 2008, 1386, 1389; Beck'sches Formularbuch Arbeitsrecht-Zürn, A.IV.7 Ziff. 2.

23 Sandmann/Schmitt-Rolfes, ZfA 2002, 295, 319 f., 332; Wisskirchen/Bissels/Schmidt, NZA 2008, 1386, 1389.

24 BAG 16.3.1994, 5 AZR 339/92, NZA 1994, 937, 938; MASIG-Mroß, 160 Rn. 17; Schönhöft, NZA-RR 2009, 625; Preis-Stoffels, A 120 Ausbildungskosten, Rn. 2.

chen Kosten verbundenen Qualifizierungsmaßnahmen ein erhebliches Interesse daran, die von dem Arbeitnehmer erworbene Zusatzqualifikation möglichst lange für sein Unternehmen nutzbar machen zu können und ein Abwandern des Arbeitnehmers – im schlimmsten Fall zu einem Wettbewerber – zu verhindern.²⁵ Um dieses Ziel zu erreichen, machen Arbeitgeber ihre Unterstützung oftmals von dem Abschluss einer **sog. Fortbildungsvereinbarung** abhängig. Eine solche Vereinbarung gestaltet das Rechtsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer im Zusammenhang mit der Teilnahme des Arbeitnehmers an der Fortbildungsmaßnahme näher aus und regelt unter anderem, wer die durch die Teilnahme entstehenden Kosten trägt, unter welchen näheren Bedingungen dies geschieht und ob der Arbeitnehmer während seiner Abwesenheit weiterhin eine Vergütung erhält.²⁶ Der **Begriff der „Fortbildung“** ist hierbei äußerst **weit** zu verstehen. Im Zusammenhang mit Fortbildungsvereinbarungen versteht das BAG hierunter jede Maßnahme zur Entwicklung von Fähigkeiten und Kenntnissen, die generell für den Arbeitnehmer beruflich von Nutzen sind. Eine Fortbildung kann auch darin bestehen, bereits vorhandene Kenntnisse zu verbessern oder durch tatsächliche praktische Übungen zu vervollkommen.²⁷

2. Rückzahlung von Fortbildungskosten

Erklärt sich der Arbeitgeber dazu bereit, die durch die Teilnahme an einer Fortbildung entstehenden Kosten zu übernehmen, so verbindet er damit in aller Regel die Erwartung, dass der Arbeitnehmer nach Abschluss der Fortbildung zumindest für einen gewissen Zeitraum im Unternehmen verbleibt und dem Arbeitgeber seine Arbeitskraft zur Verfügung stellt. Erfüllt sich diese Erwartung nicht, so stellt sich aus Sicht des Arbeitgebers die Frage, ob er von dem Arbeitnehmer die vollständige oder zumindest teilweise Rückzahlung der Fortbildungskosten verlangen kann. Das Gesetz selbst sieht keine Pflicht des Arbeitnehmers zur Rückzahlung von seitens des Arbeitgebers übernommenen Fortbildungskosten vor. **Voraussetzung** eines entsprechenden Rückzahlungsanspruchs des Arbeitgebers ist vielmehr stets, dass die Rückzahlungspflicht des Arbeitnehmers **vertraglich ausdrücklich geregelt** ist.²⁸ Rückzahlungsklauseln stellen vor

25 Bettinghausen, NZA-RR 2017, 573; Dorth, RdA 2013, 287; Düwell/Ebeling, DB 2008, 406; Hoffmann, NZA-RR 2015, 337; Lakies, ArbRAktuell 2012, 216; Lingemann/Kieczka, ArbRAktuell 2009, 156; Olbertz/Sturm, GWR 2015, 510; Sasse/Häcker, DB 2014, 600; Preis-Stoffels, A 120 Ausbildungskosten, Rn. 3; Stück, DStR 2008, 2020.

26 Vgl. hierzu Dorth, RdA 2013, 287; Elking, BB 2014, 885; Lakies, ArbRAktuell 2012, 216; Lingemann/Kieczka, ArbRAktuell 2009, 156; Sasse/Häcker, DB 2014, 600; Straube, NZA-RR 2012, 505.

27 BAG 30.11.1994, 5 AZR 715/93, BB 1995, 1191, 1192.

28 Dorth, RdA 2013, 287, 288; Lakies, ArbRAktuell 2012, 216; Küttner-Poeche, Rückzahlungsklausel, Rn. 2.

diesem Hintergrund üblicherweise das – überaus konfliktträchtige – Kernstück von Fortbildungsvereinbarungen dar.²⁹

3. Vorformulierte Rückzahlungsklauseln

a) Prüfungsmaßstab

- 12 Auch wenn das Interesse des Arbeitgebers an einer Sicherung seiner Bildungsinvestitionen nachvollziehbar ist, sind vertragliche Rückzahlungsklauseln gleichwohl **nur in sehr engen Grenzen** zulässig.³⁰ Grund hierfür ist, dass Rückzahlungsklauseln, die eine Zahlungspflicht des Arbeitnehmers typischerweise an eine von dem Arbeitnehmer ausgehende Beendigung des Arbeitsverhältnisses knüpfen, geeignet sind, das Grundrecht des Arbeitnehmers auf freie Wahl des Arbeitsplatzes nach **Art. 12 Abs. 1 GG** einzuschränken.³¹ Diese verfassungsrechtliche Wertentscheidung berücksichtigt das BAG dadurch, dass es Rückzahlungsklauseln am Maßstab der Generalklauseln des BGB misst. Sofern es sich bei der vertraglichen Rückzahlungsklausel um Allgemeine Geschäftsbedingungen i. S. v. §§ 305, 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB handelt, der Inhalt der Rückzahlungsklausel also – wie in der Praxis in der weit überwiegenden Anzahl der Fälle³² – zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht individuell ausgehandelt ist, unterliegt die vertragliche Rückzahlungsklausel in erster Linie der **Angemessenheitskontrolle nach § 307 Abs. 1 BGB**.³³ Zu der Frage, unter welchen Voraussetzungen eine vertragliche Rückzahlungsklausel als angemessen anzusehen ist, weil sie die Interessen des Arbeitnehmers hinreichend berücksichtigt, hat sich über viele Jahre eine **dezidierte Rspr.** entwickelt.³⁴ Die von der Rspr. aufgestell-

29 Preis-Stoffels, A 120 Ausbildungskosten, Rn. 4; Beck'sches Formularbuch Arbeitsrecht-Zürn, A.IV.7 Ziff. 9.

30 Zur Frage der Übertragbarkeit der Rspr. des BAG auf das Beamtenrecht Reich, DÖV 2015, 957 ff.

31 BAG 19.1.2011, 3 AZR 621/08, NZA 2012, 85, 90; BAG 11.4.2006, 9 AZR 610/05, BB 2006, 2134, 2135; BAG 16.3.1994, 5 AZR 339/92, NZA 1994, 937, 939.

32 Dorth, RdA 2013, 287, 292; Elking, BB 2014, 885.

33 BAG 18.3.2014, 9 AZR 545/12, NZA 2014, 957 ff.; BAG 6.8.2013, 9 AZR 442/12, NZA 2013, 1361 ff.; BAG 28.5.2013, 3 AZR 103/12, NZA 2013, 1419 ff.; BAG 21.8.2012, 3 AZR 698/10, NZA 2012, 1428 ff.; BAG 13.12.2011, 3 AZR 791/09, NZA 2012, 738 ff.; BAG 19.1.2011, 3 AZR 621/08, NZA 2012, 85 ff.; BAG 15.9.2009, 3 AZR 173/08, NZA 2010, 342 ff.; BAG 14.1.2009, 3 AZR 900/07, NZA 2009, 666 ff.; BAG 18.11.2008, 3 AZR 192/07, NZA 2009, 435 ff.; BAG 18.3.2008, 9 AZR 186/07, NZA 2008, 1004 ff.; BAG 5.6.2007, 9 AZR 604/06, NZA-RR 2008, 107 ff.; BAG 23.1.2007, 9 AZR 482/06, NZA 2007, 748 ff.; BAG 11.4.2006, 9 AZR 610/05, BB 2006, 2134 ff.

34 Nach h.M. steht dem Betriebsrat hinsichtlich der Ausgestaltung von vertraglichen Rückzahlungsklauseln kein Mitbestimmungsrecht zu, vgl. *Fitting*, § 98 Rn. 8; *Franzen*, NZA 2001, 865, 870; *ErfK-Kania*, § 98 BetrVG Rn. 6.; *GK-BetrVG-Raab*, § 98

ten Grundsätze finden entsprechende Anwendung, wenn der Arbeitgeber die hohen Anforderungen an eine wirksame Rückzahlungsklausel dadurch zu umgehen versucht, dass er dem Arbeitnehmer ein Darlehen gewährt und den Erlass des Rückzahlungsanspruchs an die Einhaltung einer Bindungsfrist knüpft. Bei derartigen Abreden ist in Wahrheit kein Darlehen im Rechtssinne gewollt, sondern eine Vereinbarung über die Tragung der Fortbildungskosten.³⁵

b) Form und Zeitpunkt der Vereinbarung

Rückzahlungsklauseln bedürfen zu ihrer Wirksamkeit **von Gesetzes wegen keiner bestimmten Form**. Vielmehr kann eine Fortbildungsvereinbarung samt Rückzahlungsklausel grds. mündlich rechtswirksam vereinbart werden.³⁶ Gleichwohl empfiehlt es sich aus Arbeitgebersicht dringend, eine Fortbildungsvereinbarung **schriftlich** abzuschließen, da sich andernfalls, wenn es zu einer gerichtlichen Auseinandersetzung über die Wirksamkeit der Rückzahlungsklausel kommt, deren Inhalt kaum hinreichend darlegen und erforderlichenfalls beweisen lassen wird.³⁷ Zudem sollte die Fortbildungsvereinbarung **möglichst vor Beginn der Fortbildung** abgeschlossen werden, da sich der Arbeitgeber sonst leicht dem Vorwurf aussetzt, den Arbeitnehmer bei Abschluss der Fortbildungsvereinbarung unzulässig unter Druck gesetzt zu haben.³⁸

Rn. 16; HWK-Ricken, § 98 BetrVG Rn. 6; Richardi-Thüsing, § 98 Rn. 16; HWG-Worzalla, § 98 Rn. 23; MASIG-Mroß, 160 Rn. 63; a. A. DKKW-Buschmann, § 98 Rn. 8.

35 BGH 17.9.2009, III ZR 207/08, NZA 2010, 37, 38 f.; BAG 23.1.2007, 9 AZR 482/06, NZA 2007, 748 ff.; BAG 26.10.1994, 5 AZR 390/92, BB 1995, 568 ff.; Dorth, RdA 2013, 287, 288 f.; Düwell/Ebeling, DB 2008, 406, 410; MAHArbR-Glaser, § 26 Rn. 67; Hromadka/Maschmann, Rn. 431; ErfK-Preis, § 611a BGB Rn. 448; Schmidt, NZA 2004, 1002, 1004; Straube, NZA-RR 2012, 505, 507; Schaub-Vogelsang, § 176 Rn. 19.

36 LAG Nürnberg 20.8.2014, 4 Sa 96/14, BeckRS 2015, 65219.

37 Düwell/Ebeling, DB 2008, 406, 410; Gaenslen/Zons, öAT 2017, 92, 93; Hennige, NZA-RR 2000, 617, 621; Lakies, ArbRAktuell 2012, 216; Preis-Stoffels, A 120 Ausbildungskosten, Rn. 9; Stück, DStR 2008, 2020, 2023.

38 BAG 9.12.1992, 5 AZR 158/92, BeckRS 2010, 65616; BAG 19.3.1980, 5 AZR 362/78, BB 1980, 1470 f.; Hoffmann, NZA-RR 2015, 337, 338; Lakies, ArbRAktuell 2012, 216; BLDH-Lingemann, Kap. 8 Rn. 33; Maier/Mosig, NZA 2008, 1168, 1169; MASIG-Mroß, 160 Rn. 32; Küttner-Poeche, Rückzahlungsklausel, Rn. 3; Schönhöft, NZA-RR 2009, 625, 627; Schmidt/Radermacher, MDR 2014, 316, 317; Preis-Stoffels, A 120 Ausbildungskosten, Rn. 9; Stück, DStR 2008, 2020, 2021; offengelassen von BAG 15.9.2009, 3 AZR 173/08, NZA 2010, 342, 345; vgl. zur Unwirksamkeit einer erst mehr als sieben Monate nach Beginn der Fortbildung abgeschlossenen Fortbildungsvereinbarung LAG Mecklenburg-Vorpommern 8.5.2018, 2 Sa 215/17, BeckRS 2018, 13590.

c) Geldwerter Vorteil

- 14 Eine vorformulierte Rückzahlungsklausel setzt – gewissermaßen als Ausgleich für die dem Arbeitnehmer (aufschiebend bedingt)³⁹ auferlegte Rückzahlungsverpflichtung – zu ihrer Wirksamkeit zunächst voraus, dass die Fortbildungsmaßnahme für den Arbeitnehmer von **geldwerter Vorteil** ist.⁴⁰ Dieser geldwerte Vorteil kann darin liegen, dass der Arbeitnehmer bei seinem bisherigen Arbeitgeber die **Voraussetzungen für eine höhere Vergütung**, insb. einer höheren Tarifgruppe, erfüllt. Weiterhin kann ein geldwerter Vorteil gegeben sein, wenn die durch die Fortbildung erworbenen Kenntnisse sich anderweitig nutzbar machen lassen, weil der Arbeitnehmer auf dem allg. Arbeitsmarkt eine ihm **zuvor verschlossene**, nicht ganz fernliegende **berufliche Möglichkeit erhält**.⁴¹ Einen geldwerten Vorteil bedeuten beispielsweise der Erwerb des Omnibusführerscheins,⁴² die Ausbildung zum Verkehrspiloten,⁴³ der Erwerb einer Musterberechtigung zum Führen von Verkehrsflugzeugen,⁴⁴ eine Fortbildung zur Aufrechterhaltung einer Musterberechtigung zum Führen von Verkehrsflugzeugen,⁴⁵ die Ausbildung eines Dipl.-Ing. FH zum Kfz-Prüfingenieur⁴⁶ sowie die Ausbildung zur Altenpflegerin.⁴⁷ Auch die Finanzierung eines Hochschulstudiums durch den Arbeitgeber rechtfertigt es regelmäßig, eine Rückzahlungsvereinbarung zu treffen.⁴⁸ Gleiches gilt für die Finanzierung der Teilnahme an

39 Dorth, RdA 2013, 287, 288; Preis-Stoffels, A 120 Ausbildungskosten, Rn. 7.

40 BAG 19.1.2011, 3 AZR 621/08, NZA 2012, 85, 89; BAG 15.9.2009, 3 AZR 173/08, NZA 2010, 342, 344; BAG 14.1.2009, 3 AZR 900/07, NZA 2009, 666, 668; BAG 16.3.1994, 5 AZR 339/92, NZA 1994, 937, 940.

41 BAG 19.1.2011, 3 AZR 621/08, NZA 2012, 85, 89; BAG 15.9.2009, 3 AZR 173/08, NZA 2010, 342, 344; BAG 14.1.2009, 3 AZR 900/07, NZA 2009, 666, 668; BAG 16.3.1994, 5 AZR 339/92, NZA 1994, 937, 940; Elking, BB 2014, 885, 887; Lakies, ArbRAktuell 2012, 216, 217; Straube, NZA-RR 2012, 505, 506; Lingemann/Kieczka, ArbRAktuell 2009, 156 f.; MüKoBGB-Müller-Glöge, § 611 Rn. 888; Sasse/Häcker, DB 2014, 600.

42 BAG 24.1.1963, 5 AZR 100/62, BB 1963, 473; LAG Düsseldorf 23.1.1989, 4 Sa 1518/88, DB 1989, 1295; HR-Mengel, § 1 Rn. 964; MüKoBGB-Müller-Glöge, § 611 Rn. 888; Küttner-Poeche, Rückzahlungsklausel, Rn. 9.

43 BAG 24.6.1999, 8 AZR 339/98, NZA 1999, 1275, 1277; HR-Mengel, § 1 Rn. 964.

44 BAG 16.3.1994, 5 AZR 339/92, NZA 1994, 937, 942 f., wobei das Gericht wegen der Besonderheiten von Musterberechtigungen eine Bindungsdauer von maximal einem Jahr für zulässig hielt.

45 LAG Hamm 18.5.2018, 1 Sa 49/18, NZA-RR 2018, 404, 407 f.

46 LAG Rheinland-Pfalz 3.3.2015, 8 Sa 561/14, BeckRS 2015, 70516.

47 BAG 21.7.2005, 6 AZR 452/04, NZA 2006, 542, 544.

48 BAG 12.12.1979, 5 AZR 1056/77, AP Nr. 4 zu § 611 BGB Ausbildungsbeihilfe; Dorth, RdA 2013, 287, 293; HR-Mengel, § 1 Rn. 964; Preis-Stoffels, A 120 Ausbildungskosten, Rn. 27; vgl. für das Studium an einer Berufsakademie BAG 5.12.2002, 6 AZR 537/00, AP Nr. 11 zu § 5 BBiG.

einem Lehrgang zum Erwerb des Abschlusses Betriebswirtin (HWK),⁴⁹ die Teilnahme an dem Fortbildungsstudium zum Krankenkassenbetriebswirt,⁵⁰ die Teilnahme an der Fachweiterbildung „Anästhesie und Intensivpflege“,⁵¹ die Teilnahme an der Weiterbildung zum Fach- und Gesundheitspfleger in der Psychiatrie⁵² und die Teilnahme an dem Studiengang „Sparkassenbetriebswirt/Sparkassenbetriebswirtin“. ⁵³ Auch ein Sprachaufenthalt im Ausland kann für den Arbeitnehmer einen geldwerten Vorteil darstellen. ⁵⁴ Hierbei ist es unerheblich, ob der Arbeitnehmer nach Abschluss der Fortbildung den erworbenen geldwerten Vorteil auch tatsächlich für sich nutzbar macht oder nicht. ⁵⁵ Endet das Arbeitsverhältnis vor Abschluss der Fortbildung, ist dem Erfordernis des geldwerten Vorteils dann genügt, wenn die Fortbildung für den Arbeitnehmer von geldwertem Vorteil gewesen wäre und er nur die bis zum Ausscheiden tatsächlich entstandenen Kosten zurückzuzahlen hat. ⁵⁶

Zur Begründung eines geldwerten Vorteils **nicht ausreichend** sind hingegen 15
Schulungen, die lediglich einen innerbetrieblichen Vorteil bringen oder der Auffrischung bereits vorhandener Kenntnisse dienen. Die Teilnahme an solchen Schulungen liegt überwiegend im Interesse des Arbeitgebers, sodass dieser die hierfür anfallenden Kosten in voller Höhe zu tragen hat. Auch bei Vertiefungslehrgängen fehlt es regelmäßig an einem Vorteil für den Arbeitnehmer. Schließlich kann auch die Teilnahme an einem Lehrgang, der – wie beispielsweise beim TÜV-Schweißer-Zeugnis – lediglich dem Nachweis bereits vorhandener Fähigkeiten dient, eine Rückzahlungsklausel nicht rechtfertigen. ⁵⁷

d) Zulässiger Rückzahlungsgrund

Auslöser der Rückzahlungspflicht des an der Fortbildung teilnehmenden Arbeitnehmers soll in aller Regel die Beendigung des Arbeitsverhältnisses vor Ablauf eines bestimmten Zeitraums sein. In diesem Fall muss eine vertragliche Rück- 16

49 BAG 14.1.2009, 3 AZR 900/07, NZA 2009, 666 ff.; Dorth, RdA 2013, 287, 293; Lingemann/Kieczka, ArbRAktuell 2009, 156.

50 Hessisches LAG 29.10.2010, 19 Sa 329/10, BeckRS 2011, 70799.

51 LAG Baden-Württemberg 12.9.2013, 16 Sa 24/13.

52 LAG Hamm 9.3.2012, 7 Sa 1500/11, BeckRS 2012, 69038.

53 BAG 19.1.2011, 3 AZR 621/08, NZA 2012, 85 ff.; BAG 5.6.2007, 9 AZR 604/06, NZA-RR 2008, 107 ff.; ArbG Trier 15.3.2017, 4 Ca 1190/16, BeckRS 2017, 150797.

54 BAG 30.11.1994, 5 AZR 715/93, NZA 1995, 727 ff.

55 Dorth, RdA 2013, 287, 293 m. w. N.

56 BAG 19.1.2011, 3 AZR 621/08, NZA 2012, 85, 90.

57 BAG 16.3.1994, 5 AZR 339/92, NZA 1994, 937, 940; Dorth, RdA 2013, 287, 293; Elking, BB 2014, 885, 887; Lakies, ArbRAktuell 2012, 216, 217; Lingemann/Kieczka, ArbRAktuell 2009, 156 f.; HR-Mengel, § 1 Rn. 968; MASIG-Mroß, 160 Rn. 30; Küttner-Poeche, Rückzahlungsklausel, Rn. 8; Sasse/Häcker, DB 2014, 600; a. A. hinsichtlich des TÜV-Schweißer-Zeugnisses Schmidt/Radermacher, MDR 2014, 316, 318.

Kap. 31 Fortbildung auf Kosten des Arbeitgebers

zahlungsklausel danach **differenzieren**, in wessen **Verantwortungs- und Risikobereich** der Grund der Beendigung des Arbeitsverhältnisses fällt.⁵⁸ Eine Bestimmung, die eine Rückzahlungsverpflichtung des Arbeitnehmers auch für den Fall vorsieht, dass die Beendigung des Arbeitsverhältnisses dem Verantwortungs- und Risikobereich des Arbeitgebers zuzurechnen ist, ist unwirksam. Nach dem Wortlaut der Rückzahlungsklausel muss es vielmehr der Arbeitnehmer selbst in der Hand haben, durch eigene Betriebstreue einer Rückzahlungsverpflichtung zu entgehen.⁵⁹

- 17 Vor diesem Hintergrund **scheidet eine Rückzahlungspflicht** des Arbeitnehmers insb. für den Fall **aus**, dass das Arbeitsverhältnis aufgrund des Ausspruchs einer **betriebsbedingten Kündigung** endet.⁶⁰ Auch für den Fall des Ausspruchs einer Eigenkündigung kann eine Rückzahlungspflicht nicht begründet werden, wenn die **Eigenkündigung durch den Arbeitgeber veranlasst** wurde, beispielsweise weil dieser sich gegenüber dem Arbeitnehmer arbeitsvertragswidrig verhalten hat⁶¹ oder der Ausspruch der Kündigung dadurch veranlasst ist, dass der Arbeitgeber trotz eines entsprechenden Verlangens des Arbeitnehmers nicht bereit oder nicht in der Lage ist, diesem einen seinen verbesserten beruflichen Qualifikationen und Fähigkeiten entsprechenden Arbeitsplatz zuzuweisen.⁶²

58 BAG 18.3.2014, 9 AZR 545/12, NZA 2014, 957, 958; BAG 28.5.2013, 3 AZR 103/12, NZA 2013, 1419, 1420; BAG 13.12.2011, 3 AZR 791/09, NZA 2012, 738, 739 f.; BAG 19.1.2011, 3 AZR 621/08, NZA 2012, 85, 89; BAG 11.4.2006, 9 AZR 610/05, BB 2006, 2134, 2135 f.; vgl. für den Fall einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Abschluss eines Aufhebungsvertrags BAG 5.7.2000, 5 AZR 883/98, BB 2000, 2208 f.; *Diwitt/Ebeling*, DB 2008, 406, 409; *Schaub-Vogelsang*, § 176 Rn. 25 f.

59 BAG 18.3.2014, 9 AZR 545/12, NZA 2014, 957, 958; BAG 28.5.2013, 3 AZR 103/12, NZA 2013, 1419, 1420; BAG 13.12.2011, 3 AZR 791/09, NZA 2012, 738, 740; BAG 23.1.2007, 9 AZR 482/06, NZA 2007, 748, 749; BAG 11.4.2006, 9 AZR 610/05, BB 2006, 2134, 2135 f.; *Besgen*, BuP 2018, 379, 382; *Elking*, BB 2014, 885, 889; *Hromadka/Maschmann*, Rn. 432; *Lakies*, ArbRAktuell 2012, 216, 217 f.; *Lingemann/Kieczka*, ArbRAktuell 2009, 156, 158; *MASIG-Mroß*, 160 Rn. 37 ff.; *Sasse/Hücker*, DB 2014, 600, 601.

60 BAG 19.1.2011, 3 AZR 621/08, NZA 2012, 85, 88 f.; BAG 18.11.2008, 3 AZR 192/07, NZA 2009, 435, 439; BAG 23.1.2007, 9 AZR 482/06, NZA 2007, 748, 749; BAG 11.4.2006, 9 AZR 610/05, BB 2006, 2134 ff.

61 BAG 18.3.2014, 9 AZR 545/12, NZA 2014, 957, 958; BAG 28.5.2013, 3 AZR 103/12, NZA 2013, 1419, 1420; BAG 13.12.2011, 3 AZR 791/09, NZA 2012, 738, 739; BAG 19.1.2011, 3 AZR 621/08, NZA 2012, 85, 89; BAG 18.11.2008, 3 AZR 192/07, NZA 2009, 435, 439.

62 BAG 13.12.2011, 3 AZR 791/09, NZA 2012, 738, 740; BAG 18.11.2008, 3 AZR 192/07, NZA 2009, 435, 439; BAG 5.12.2002, 6 AZR 537/00, AP Nr. 11 zu § 5 BBiG; LAG Hamm 14.1.2011, 7 Sa 1615/10, BeckRS 2011, 71491; Hessisches LAG 29.10.2010, 19 Sa 329/10, BeckRS 2011, 70799; *Lakies*, ArbRAktuell 2012, 216, 218; *Küttner-Poeche*, Rückzahlungsklausel, Rn. 14; *Straube*, NZA-RR 2012, 505, 506.

Dagegen kann eine Rückzahlungsverpflichtung des Arbeitnehmers insb. für den Fall des Ausspruchs einer berechtigten **verhaltensbedingten Arbeitgeberkündigung** und des Ausspruchs einer Eigenkündigung, wenn die **Eigenkündigung nicht durch den Arbeitgeber veranlasst** wurde, wirksam vereinbart werden.⁶³ Für den Fall des Ausspruchs einer nicht durch den Arbeitgeber veranlassten Eigenkündigung wird allerdings die Möglichkeit, eine Rückzahlungsverpflichtung vorzusehen, teilweise für die Konstellation abgelehnt, dass die Eigenkündigung deshalb ausgesprochen wurde, weil der Arbeitnehmer aus in seiner Person liegenden Gründen dauerhaft nicht mehr in der Lage ist, seiner Tätigkeit nachzugehen.⁶⁴

Bislang **nicht abschließend geklärt** ist die Frage, ob die Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber aus **personenbedingten Gründen** als zulässiger Rückzahlungsgrund in Betracht kommt. Die h.M. geht davon aus, dass eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber aus personenbedingten Gründen grds. in den Risikobereich des Arbeitgebers fällt und daher für diesen Fall keine Rückzahlungspflicht des Arbeitnehmers vereinbart werden kann.⁶⁵ Dieser Ansicht scheint auch das BAG zuzuneigen, wenn es in einer Entscheidung aus dem Jahr 2008 ausführt, dass eine Abwälzung der Fortbildungskosten für den Fall unzulässig sei, dass „die arbeitgeberseitige Kündigung sonst auf Gründen beruht, die nicht mit einem vertragswidrigen Verhalten des Arbeitnehmers zusammenhängen“.⁶⁶

Ebenfalls nicht abschließend geklärt ist die Frage, ob eine Rückzahlung für den Fall wirksam vereinbart werden kann, dass zwar das Arbeitsverhältnis des

63 BAG 24.6.2004, 6 AZR 383/03, BB 2004, 2194, 2195; *Dorth*, RdA 2013, 287, 299; *Düwell/Ebeling*, DB 2008, 406, 408; *Hoffmann*, NZA-RR 2015, 337, 341; *Klinkhammer/Peters*, ArbRAktuell 2015, 369, 371 f.; *Lingemann/Kieczka*, ArbRAktuell 2009, 156, 158; *Sasse/Häcker*, DB 2014, 600, 601; *Schmidt/Radermacher*, MDR 2014, 316, 320; *Schönhöft*, NZA-RR 2015, 625, 627 f.; *Stück*, DStR 2008, 2020; *Schaub-Vogelsang*, § 176 Rn. 25 f. jeweils m. w. N.

64 LAG Hamm 18.5.2018, 1 Sa 49/18, NZA-RR 2018, 404, 408 f. mit Anm. *Schönhöft*, NZA-RR 2018, 409 ff.; ArbG Ulm 8.5.2017, 4 Ca 486/16, BeckRS 2017, 114075; ablehnend *Polzer*, DB 2017, 1975.

65 *Düwell/Ebeling*, DB 2008, 406, 408; *Gaenslen/Zons*, öAT 2017, 92, 93; *Liebers-Hahn*, Teil 1 F Rn. 90; *BLDH-Lingemann*, Kap. 8 Rn. 34; *Olbertz/Sturm*, GWR 2015, 510, 512; *Schönhöft*, NZA-RR 2009, 625, 628; *Stück*, DStR 2008, 2020; in diese Richtung auch LAG Rheinland-Pfalz 17.2.2003, 7 Sa 1141/02, BeckRS 2003, 17099; jedenfalls dann, wenn der Arbeitnehmer die für den Ausspruch der personenbedingten Kündigung maßgebenden Gründe nicht zu vertreten hat, auch BAG 24.6.2004, 6 AZR 320/03, BeckRS 2004, 41837; ähnlich LAG Niedersachsen 29.10.2014, 17 Sa 274/14, BeckRS 2015, 69952; *Dimsic*, RdA 2016, 106, 107; *MAHArbR-Glaser*, § 26 Rn. 73; *Hoffmann*, NZA-RR 2015, 337, 341; *Sasse/Häcker*, DB 2014, 600, 601; a. A. *Hromadka/Maschmann*, Rn. 432.

66 BAG 18.11.2008, 3 AZR 192/07, NZA 2009, 435, 439.

Kap. 31 Fortbildung auf Kosten des Arbeitgebers

an der Fortbildung teilnehmenden Arbeitnehmers fortbesteht, dieser aber das **Fortbildungsziel nicht erreicht**, also insb. die Abschlussprüfung nicht besteht. Auch hier wird man davon ausgehen müssen, dass eine Rückzahlungspflicht nur wirksam vereinbart werden kann, wenn das Nichtbestehen der Abschlussprüfung auf einem Grund beruht, der in der Sphäre des Arbeitnehmers liegt, dieser sich also insb. mangelhaft auf die Prüfung vorbereitet hat.⁶⁷ Eine Rückzahlungspflicht wird im Falle des Nichterreichens des Fortbildungsziels dagegen ausscheiden, wenn eine für den Arbeitgeber von vornherein erkennbare intellektuelle Überforderung des Arbeitnehmers vorlag.⁶⁸ Trotz der bestehenden Rechtsunsicherheit, ob das Nichterreichen des Fortbildungsziels einen zulässigen Rückzahlungsgrund darstellt, empfiehlt es sich gleichwohl, eine entsprechende Regelung in den Fortbildungsvertrag aufzunehmen. Auf diese Weise kann oftmals die Motivation des Arbeitnehmers hinsichtlich einer engagierten Teilnahme an der Fortbildung nicht unerheblich gesteigert werden.⁶⁹

e) Angemessene Bindungsdauer

aa) Allgemein

- 21 Eine wirksame vertragliche Rückzahlungsklausel setzt weiterhin voraus, dass die **Vorteile der Fortbildung** für den Arbeitnehmer und die **Dauer der Bindung** des Arbeitnehmers an den Arbeitgeber in einem **angemessenen Verhältnis** zueinander stehen. Die Verhältnismäßigkeit der Bindungsdauer ist anhand einer Abwägung unter Heranziehung aller Umstände des Einzelfalls, also beispielsweise der Dauer der Fortbildung, der Höhe der Fortbildungskosten, des Umfangs der Freistellung des Arbeitnehmers und der Qualität der erworbenen Qualifikationen, zu ermitteln.⁷⁰
- 22 Das Erfordernis der „angemessenen Bindungsdauer“ ist von der Rspr. für den Fall entwickelt worden, dass der Arbeitnehmer nach Abschluss der Fortbildung aus dem Arbeitsverhältnis ausscheidet. Auf Klauseln, die eine Rückzahlungsverpflichtung lediglich für den Fall auslösen, dass das Arbeitsverhältnis vor Abschluss der Fortbildung endet, ist es dagegen nicht übertragbar.⁷¹ Die Bindung an

67 Dimsic, RdA 2016, 106, 109 f.; Gaenslen/Zons, öAT 2017, 92, 94; ErfK-Preis, § 611a BGB Rn. 439; Sasse/Häcker, DB 2014, 600, 601; Schönhöft, NZA-RR 2009, 625, 628; Straube, NZA-RR 2012, 505, 507; Schaub-Vogelsang, § 176 Rn. 23.

68 LAG Niedersachsen 29.10.2014, 17 Sa 274/14, BeckRS 2015, 69952; ErfK-Preis, § 611a BGB Rn. 439; Sasse/Häcker, DB 2014, 600, 601; Straube, NZA-RR 2012, 505, 507; Schaub-Vogelsang, § 176 Rn. 23.

69 Ebenso Beck'sches Formularbuch Arbeitsrecht-Zürn, A.IV.7 Ziff. 14.

70 BAG 19.1.2011, 3 AZR 621/08, NZA 2012, 85, 89; BAG 15.9.2009, 3 AZR 173/08, NZA 2010, 342, 344; BAG 14.1.2009, 3 AZR 900/07, NZA 2009, 666, 668.

71 BAG 19.1.2011, 3 AZR 621/08, NZA 2012, 85, 90.

das Arbeitsverhältnis bis zum Abschluss der Fortbildung und eine damit einhergehende Pflicht zur Rückzahlung der seitens des Arbeitgebers übernommenen Fortbildungskosten für den Fall, dass das Arbeitsverhältnis auf alleinige Veranlassung des Arbeitnehmers vor Abschluss der Ausbildung endet, ist dem Arbeitnehmer i. d. R. zumutbar.⁷² Dies gilt nicht nur dann, wenn die Fortbildung in einem Block absolviert wird, sondern auch in Fällen, in denen sie in mehreren, zeitlich voneinander getrennten Abschnitten erfolgt. Voraussetzung ist dann jedoch, dass nach der Fortbildungsvereinbarung die zeitliche Lage der einzelnen Fortbildungsabschnitte den Vorgaben der Fortbildungseinrichtung entspricht und die zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer getroffene Fortbildungsvereinbarung dem Arbeitgeber nicht die Möglichkeit eröffnet, allein nach seinen Interessen die Teilnahme des Arbeitnehmers an den jeweiligen Fortbildungsabschnitten oder deren zeitliche Lage festzulegen. Andernfalls hätte es nämlich der Arbeitgeber in der Hand, den Arbeitnehmer länger als zur ordnungsgemäßen Absolvierung der Fortbildung nötig an sich zu binden und ihn dadurch in seinem beruflichen Fortkommen zu behindern.⁷³

bb) Angemessene Bindung bei bezahlter Freistellung

In der Rspr. des BAG hat sich **für den Fall einer bezahlten Freistellung des Arbeitnehmers von der Arbeitspflicht zum Zwecke der Teilnahme an einer Fortbildung folgende Staffe- lung** herausgebildet:⁷⁴

| Dauer der Fortbildung | Angemessene Bindung nach Abschluss der Fortbildung |
|------------------------|--|
| bis zu einem Monat | bis zu sechs Monate |
| bis zu zwei Monate | bis zu zwölf Monate |
| drei bis vier Monate | bis zu zwei Jahre |
| sechs bis zwölf Monate | bis zu drei Jahre |
| mehr als zwei Jahre | bis zu fünf Jahre |

72 BAG 19.1.2011, 3 AZR 621/08, NZA 2012, 85, 90; *Dimsic*, RdA 2016, 106, 109.

73 BAG 19.1.2011, 3 AZR 621/08, NZA 2012, 85, 90; *MASIG-Mroß*, 160 Rn. 41.

74 BAG 19.1.2011, 3 AZR 621/08, NZA 2012, 85, 89; BAG 15.9.2009, 3 AZR 173/08, NZA 2010, 342, 344 f.; BAG 14.1.2009, 3 AZR 900/07, NZA 2009, 666, 668; BAG 16.3.1994, 5 AZR 339/92, NZA 1994, 937, 940; vgl. auch *Dorth*, RdA 2013, 287, 294; *Düwell/Ebeling*, DB 2008, 406, 409; *Elking*, BB 2014, 885, 889; HR-Mengel, § 1 Rn. 973 ff.; *Sasse/Häcker*, DB 2014, 600; *Stück*, DStR 2008, 2020, 2022; *Schaub-Vogelsang*, § 176 Rn. 30.

- 24 Erfolgt die Fortbildung – wie in der Praxis häufig – nicht zusammenhängend, sondern vielmehr in **Fortbildungsblöcken**, so zählen zur „Dauer der Fortbildung“ lediglich solche Zeiten, während derer der Arbeitnehmer tatsächlich zum Zwecke der Teilnahme an der Fortbildung unter Fortzahlung seiner Vergütung von seiner Arbeitspflicht befreit ist. Die Zeiten zwischen den einzelnen Fortbildungsblöcken sind dagegen bei der Bestimmung der „Dauer der Fortbildung“ nicht mitzurechnen.⁷⁵ Die in der Tabelle genannten Werte sind im Übrigen nicht als feste rechnerische Größen zu verstehen. Vielmehr handelt es sich um **richterrechtlich entwickelte Regelwerte**, die einzelfallbezogenen Abweichungen zugänglich sind.⁷⁶ So kann eine längere Bindungsdauer im Einzelfall auch bei einer kürzeren Ausbildung gerechtfertigt sein, wenn die seitens des Arbeitgebers aufgewendeten Mittel ganz erheblich sind oder die Teilnahme an der Fortbildung dem Arbeitnehmer überdurchschnittlich große Vorteile bringt.⁷⁷

cc) Angemessene Bindung bei unbezahlter oder fehlender Freistellung

- 25 Stellt der Arbeitgeber den Arbeitnehmer zum Zwecke der Teilnahme an einer Fortbildung „lediglich“ unbezahlt von seiner Arbeitspflicht frei oder ist eine Freistellung nicht erforderlich, beispielsweise weil die Fortbildung außerhalb der Arbeitszeit stattfindet, übernimmt der Arbeitgeber jedoch die sonstigen Kosten der Fortbildung (z. B. Lehrgangsgebühren, Kosten für Bücher, Prüfungsgebühren), kann die von der Rspr. entwickelte Staffelung zur Bestimmung der angemessenen Bindungsdauer nicht ohne Weiteres herangezogen werden.⁷⁸ Vielmehr wird man in diesem Fall eine Angemessenheitsprüfung unter Berücksichtigung der Umstände des jeweiligen Einzelfalls vornehmen müssen, bei der insb. die Höhe der von dem Arbeitgeber übernommenen Fortbildungskosten und der geldwerte Vorteil, den der Arbeitnehmer aus der Teilnahme an der Fortbildung erlangt, zu berücksichtigen sind.⁷⁹

75 BAG 15.9.2009, 3 AZR 173/08, NZA 2010, 342, 345; Hessisches LAG 29.10.2010, 19 Sa 329/10, BeckRS 2011, 70799; *Gaenslen/Zons*, öAT 2017, 92, 94; *Schaub-Vogelsang*, § 176 Rn. 31.

76 BAG 19.1.2011, 3 AZR 621/08, NZA 2012, 85, 89; BAG 15.9.2009, 3 AZR 173/08, NZA 2010, 342, 345; BAG 14.1.2009, 3 AZR 900/07, NZA 2009, 666, 668; BAG 21.7.2005, 6 AZR 452/04, NZA 2006, 542, 544.

77 BAG 15.9.2009, 3 AZR 173/08, NZA 2010, 342, 345; BAG 14.1.2009, 3 AZR 900/07, NZA 2009, 666, 668; BAG 21.7.2005, 6 AZR 452/04, NZA 2006, 542, 544; vgl. hierzu auch *Düwell/Ebeling*, DB 2008, 406, 409 f.; *Elking*, BB 2014, 885, 889; *Sasse/Häcker*, DB 2014, 600.

78 *Dorth*, RdA 2013, 287, 295; *Hof*, MDR 2000, 1115, 1118; *MASIG-Mroß*, 160 Rn. 40; *Schönhöft*, NZA-RR 2009, 625, 630 f.

79 *Dorth*, RdA 2013, 287, 295; *MASIG-Mroß*, 160 Rn. 40.

*f) Zurückzuzahlende Fortbildungskosten**aa) Transparenzgebot*

Das **Transparenzgebot** (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB) verlangt, dass die von dem Arbeitnehmer bei Eintritt des die Rückzahlungspflicht auslösenden Ereignisses (z. B. Ausspruch einer nicht durch den Arbeitgeber veranlassten Eigenkündigung des Arbeitnehmers) zurückzuzahlenden Fortbildungskosten in der Rückzahlungsklausel selbst **dem Grunde und der Höhe nach im Rahmen des Möglichen angegeben** werden.⁸⁰ Dies soll es dem Arbeitnehmer ermöglichen, bei Abschluss des Fortbildungsvertrags sein Rückzahlungsrisiko abzuschätzen und in seine Überlegungen einzubeziehen. Der Arbeitnehmer muss bereits bei Abschluss des Fortbildungsvertrags erkennen können, was gegebenenfalls „auf ihn zukommt“. ⁸¹ Zu diesem Zwecke müssen in der Rückzahlungsklausel zumindest **Art und Berechnungsgrundlagen** der bei Eintritt des Rückzahlungsfalls seitens des Arbeitnehmers zu erstattenden Kosten angegeben werden.⁸² Ohne die genaue und abschließende **Bezeichnung der einzelnen Positionen** (z. B. Lehrgangsgebühren, Fahrt-, Unterbringungs- und Verpflegungskosten), aus denen sich die Gesamtforderung des Arbeitgebers zusammensetzen soll, und der Angabe, nach welchen Parametern die einzelnen Positionen **berechnet** werden (z. B. Kilometerpauschale für Fahrtkosten, Tagessätze für Übernachtungs- und Verpflegungskosten), bleibt für den Arbeitnehmer nämlich unklar, in welcher Größenordnung eine Rückzahlungsverpflichtung auf ihn zukommen kann.⁸³

Vor diesem Hintergrund hat das BAG beispielsweise die in einer Rückzahlungsklausel verwendete Bezeichnung, dass die „Kosten im Zusammenhang mit der praktischen Ausbildung“ zu erstatten sind, als intransparent und damit nach § 307 Abs. 1 Satz 1, 2 BGB als unwirksam erachtet.⁸⁴ Diese Formulierung lässt nämlich offen, welche Positionen im Einzelnen unter „Kosten im Zusammenhang mit der praktischen Ausbildung“ fallen und in welcher Höhe Kosten anfallen können. Damit schafft die Rückzahlungsklausel zugunsten des Arbeitgebers

80 BAG 6.8.2013, 9 AZR 442/12, NZA 2013, 1361, 1362 f.; BAG 21.8.2012, 3 AZR 698/10, NZA 2012, 1428, 1429; LAG Rheinland-Pfalz 31.7.2014, 3 Sa 203/14, BeckRS 2014, 72731; noch offengelassen von BAG 15.9.2009, 3 AZR 173/08, NZA 2010, 342, 345.

81 BAG 6.8.2013, 9 AZR 442/12, NZA 2013, 1361, 1362 f.; BAG 21.8.2012, 3 AZR 698/10, NZA 2012, 1428, 1430.

82 BAG 6.8.2013, 9 AZR 442/12, NZA 2013, 1361, 1362 f.; BAG 21.8.2012, 3 AZR 698/10, NZA 2012, 1428, 1430; noch offengelassen von BAG 15.9.2009, 3 AZR 173/08, NZA 2010, 342, 345.

83 BAG 6.8.2013, 9 AZR 442/12, NZA 2013, 1361, 1362 f.; BAG 21.8.2012, 3 AZR 698/10, NZA 2012, 1428, 1430.

84 BAG 21.8.2012, 3 AZR 698/10, NZA 2012, 1428, 1430.

Kap. 31 Fortbildung auf Kosten des Arbeitgebers

einen nicht gerechtfertigten Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum.⁸⁵ Gleiches gilt für die Formulierung „die der Arbeitgeberin entstandenen Aufwendungen für die Weiterbildung, einschließlich der Lohnfortzahlungskosten“.⁸⁶ Auch folgende Klausel genügt dem Transparenzgebot nicht: „Der Arbeitgeber übernimmt für Fortbildungskosten die Fortzahlung der vollen Bezüge sowie die vollen Lehrgangskosten. Der Arbeitnehmer ist zur Rückzahlung der Lehrgangskosten verpflichtet, wenn er das Arbeitsverhältnis kündigt.“⁸⁷

- 28 Darüber hinaus deutete das BAG zuletzt an, dass die Rückzahlungsklausel auch angeben muss, ob eine mögliche Rückzahlungsverpflichtung des Arbeitnehmers hinsichtlich der einzelnen Positionen auf die **Netto- oder die Bruttosumme** gerichtet ist und ob auch die Beiträge, die für eine etwaige Zusatzversorgung abgeführt wurden, zu erstatten sind.⁸⁸

bb) Erstattungsfähige Kosten

- 29 Zu den erstattungsfähigen und damit in einer Rückzahlungsklausel abbildbaren Fortbildungskosten zählen neben den **eigentlichen Kosten des Lehrgangs** (z. B. Lehrgangsgebühren, Kosten für Sachmittel wie Schulungsmaterial, Prüfungsgebühren) insb. die während einer etwaigen Freistellung **fortgezahlte Bruttovergütung** (ohne die Arbeitgeberanteile zur Sozialversicherung) sowie die von dem Arbeitgeber übernommenen **Reise- und Unterbringungskosten**.⁸⁹ Der Arbeitgeber kann hierbei maximal den Betrag zurückverlangen, den er selbst auch tatsächlich aufgewandt hat; andernfalls würde es sich nicht mehr um eine zulässige Rückzahlungsklausel handeln, sondern um eine Vertragsstrafenabrede.⁹⁰ Dementsprechend darf auch eine Rückzahlungsklausel nicht an die Fortbildungskosten in voller Höhe anknüpfen, sondern lediglich an den Teil, der nicht schon durch die reduzierte Vergütung abgegolten ist, wenn zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer neben einer (ratierlichen) Rückzahlung für den Fall einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses innerhalb eines bestimmten Zeitraums auch eine

85 BAG 21.8.2012, 3 AZR 698/10, NZA 2012, 1428, 1430.

86 BAG 6.8.2013, 9 AZR 442/12, NZA 2013, 1361 ff.

87 LAG Rheinland-Pfalz 31.7.2014, 3 Sa 203/14, BeckRS 2014, 72731.

88 BAG 6.8.2013, 9 AZR 442/12, NZA 2013, 1361, 1362; hierzu auch *Elking*, BB 2014, 885, 887, 890; *Hoffmann*, NZA-RR 2015, 337, 340; *Olbertz/Sturm*, GWR 2015, 510, 512; *Küttner-Poeche*, Rückzahlungsklausel, Rn. 6.

89 *Dorth*, RdA 2013, 287, 296; *Düwell/Ebeling*, DB 2008, 406, 409; *Elking*, BB 2014, 885, 889; *Lakies*, ArbRAktuell 2012, 216, 218; *Küttner-Poeche*, Rückzahlungsklausel, Rn. 16; *Sasse/Häcker*, DB 2014, 600, 601.

90 BAG 10.5.2016, 9 AZR 434/15, BeckRS 2016, 73355; BAG 21.7.2005, 6 AZR 452/04, NZA 2006, 542, 544; BAG 16.3.1994, 5 AZR 339/92, NZA 1994, 937, 941; *Dorth*, RdA 2013, 287, 296; *Düwell/Ebeling*, DB 2008, 406, 409; *Elking*, BB 2014, 885, 889; *ErfK-Preis*, § 611a BGB Rn. 446; *Schönhöft*, NZA-RR 2009, 625, 628 f.

Abgeltung der Fortbildungskosten durch eine Vergütungsreduzierung vereinbart wird.⁹¹

cc) Ratierliche Verringerung des Rückzahlungsbetrags

Schließlich muss eine Rückzahlungsklausel zur Vermeidung einer unangemessenen Benachteiligung des Arbeitnehmers eine **ratierliche Verringerung** des Rückzahlungsbetrags vorsehen.⁹² Je länger der Arbeitnehmer nämlich nach Abschluss der Fortbildung im Unternehmen verbleibt und der Arbeitgeber damit seine Investition in den Arbeitnehmer für sich nutzbar machen kann, umso geringer darf der Arbeitnehmer bei einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses an den Bildungsinvestitionen beteiligt werden. Auch wenn das BAG bislang nicht ausdrücklich eine monatliche Verringerung des Rückzahlungsbetrags verlangt hat,⁹³ so ist eine Klausel, die **für jeden vollen Beschäftigungsmonat** nach Abschluss der Fortbildung eine **anteilige Verringerung des Rückzahlungsbetrags** vorsieht, doch **üblich und sachgerecht**.⁹⁴ Beträgt die angemessene Bindungsdauer nach Abschluss der Fortbildung beispielsweise 24 Monate, sollte daher die Rückzahlungsklausel ausdrücklich vorsehen, dass sich der seitens des Arbeitnehmers bei einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses zurückzuzahlende Betrag für jeden vollen Monat, den der Arbeitnehmer nach Abschluss der Fortbildung bei seinem Arbeitgeber verbleibt, um 1/24 verringert. Sieht die Rückzahlungsklausel dagegen lediglich eine nach Quartalen oder gar Jahren bemessene Verringerung des Rückzahlungsbetrags vor, so besteht ein deutlich erhöhtes

91 BAG 10.5.2016, 9 AZR 434/15, BeckRS 2016, 73355.

92 BAG 16.3.1994, 5 AZR 339/92, NZA 1994, 937, 941; LAG Rheinland-Pfalz 3.3.2015, 8 Sa 561/14, BeckRS 2015, 70516 Rn. 116 ff.; *Dorth*, RdA 2013, 287, 296; *Elking*, BB 2014, 885, 889; *Gaenslen/Zons*, öAT 2017, 92, 94; *Greßlin/Römermann*, BB 2016, 1461, 1463; *Lakies*, ArbRAktuell 2012, 216, 218; MASIG-Mroß, 160 Rn. 45; Küttner-Poeche, Rückzahlungsklausel, Rn. 16; *ErfK-Preis*, § 611a BGB Rn. 443; *Sasse/Häcker*, DB 2014, 600, 602; *Straube*, NZA-RR 2012, 505, 506; offengelassen von BAG 15.9.2009, 3 AZR 173/08, NZA 2010, 342, 343 f.

93 *Bettinghausen*, NZA-RR 2017, 573, 576; *Hoffmann*, NZA-RR 2015, 337, 341; *Preis-Stoffels*, A 120 Ausbildungskosten, Rn. 49; für die Zulässigkeit einer vertraglich vereinbarten jährlichen Verringerung des Rückzahlungsbetrags BAG 23.4.1986, 5 AZR 159/85, NZA 1986, 741 f.; für die Zulässigkeit einer in einem TV vorgesehenen jährlichen Verringerung des Rückzahlungsbetrags BAG 6.9.1995, 5 AZR 174/94, BB 1996, 959, 961.

94 LAG Rheinland-Pfalz 3.3.2015, 8 Sa 561/14, BeckRS 2015, 70516; LAG Hamm 9.3.2012, 7 Sa 1500/11, BeckRS 2012, 69038; *Elking*, BB 2014, 885, 889; *Gaenslen/Zons*, öAT 2017, 92, 94; *Hoffmann*, NZA-RR 2015, 337, 341; *Hoß*, MDR 2000, 1115, 1118; *MüKoBGB-Müller-Glöge*, § 611 Rn. 889; *Schmidt/Radermacher*, MDR 2014, 316, 320; *Schönhöft*, NZA-RR 2009, 625, 631; *Schaub-Vögelsang*, § 176 Rn. 33.

Risiko, dass die Klausel wegen einer unangemessenen Benachteiligung des Arbeitnehmers unwirksam ist.⁹⁵

g) Folgen der Unwirksamkeit einer vorformulierten Rückzahlungsklausel

- 31 Genügt eine in einem Fortbildungsvertrag enthaltene Rückzahlungsklausel den dargestellten Anforderungen nicht und ist damit nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam, beispielsweise weil die Rückzahlungsklausel nicht nach dem Grund der vorzeitigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses differenziert, so hat dies zur Folge, dass die **Rückzahlungspflicht des Arbeitnehmers insgesamt entfällt**. Eine sog. geltungserhaltende Reduktion findet grunds. nicht statt. Die den Arbeitnehmer unangemessen benachteiligende Rückzahlungsklausel wird – selbst wenn der Fortbildungsvertrag eine salvatorische Klausel enthält⁹⁶ – also nicht so weit aufrechterhalten, wie ihr Inhalt noch angemessen wäre.⁹⁷ Der Arbeitnehmer kann das Arbeitsverhältnis demnach auch während der vereinbarten Bindungsdauer beenden, ohne zu einer Rückzahlung der seitens des Arbeitgebers übernommenen Fortbildungskosten verpflichtet zu sein.⁹⁸
- 32 Nur **ausnahmsweise** kommt im Falle einer Unwirksamkeit der Rückzahlungsklausel wegen einer **zu langen Bindungsdauer** eine **ergänzende Vertragsauslegung** dergestalt in Betracht, dass die noch zulässige Bindungsdauer durch das ArbG im Nachhinein festgelegt wird und die Rückzahlungsklausel mit dieser noch zulässigen Bindungsdauer aufrechterhalten bleibt. Eine solche ergänzende Vertragsauslegung setzt voraus, dass es für den Arbeitgeber im Einzelfall schwierig ist, bei Abschluss der Fortbildungsvereinbarung die rechtlich zulässige Bindungsdauer zu bestimmen, beispielsweise wenn die Fortbildung dem Arbeitnehmer ungewöhnlich große Vorteile bringt oder der Arbeitgeber ganz erhebliche Mittel aufwendet, um dem Arbeitnehmer die Teilnahme an der Fortbil-

95 LAG Rheinland-Pfalz 3.3.2015, 8 Sa 561/14, BeckRS 2015, 70516 Rn. 116 ff.; LAG Hamm 9.3.2012, 7 Sa 1500/11, BeckRS 2012, 69038; *Olbertz/Sturm*, GWR 2015, 510, 513; *MASIG-Mroß*, 160 Rn. 45, 58; *ErfK-Preis*, § 611a BGB Rn. 443; *Sasse/Häcker*, DB 2014, 600, 602; a. A. LAG Baden-Württemberg 12.9.2013, 16 Sa 24/13, wonach eine jährliche Verringerung des Rückzahlungsbetrags ausreichen soll.

96 BAG 28.5.2013, 3 AZR 103/12, NZA 2013, 1419, 1420; BAG 13.12.2011, 3 AZR 791/09, NZA 2012, 738, 741.

97 BAG 10.5.2016, 9 AZR 434/15, BeckRS 2016, 73355; BAG 18.3.2014, 9 AZR 545/12, NZA 2014, 957, 958; BAG 28.5.2013, 3 AZR 103/12, NZA 2013, 1419, 1420; BAG 15.9.2009, 3 AZR 173/08, NZA 2010, 342, 345 f.; BAG 14.1.2009, 3 AZR 900/07, NZA 2009, 666, 668 f.; BAG 23.1.2007, 9 AZR 482/06, NZA 2007, 748, 750 f.; BAG 11.4.2006, 9 AZR 610/05, BB 2006, 2134, 2136 f.

98 BAG 18.3.2014, 9 AZR 545/12, NZA 2014, 957, 958; BAG 28.5.2013, 3 AZR 103/12, NZA 2013, 1419, 1420; BAG 21.8.2012, 3 AZR 698/10, NZA 2012, 1428, 1429; *Hoffmann*, NZA-RR 2015, 337, 341; *Lakies*, ArbRAktuell 2012, 216, 218; *Lingemann/Kieczka*, ArbRAktuell 2009, 156, 158; *Olbertz/Sturm*, GWR 2015, 510, 513; *Preis-Stoffels*, A 120 Ausbildungskosten, Rn. 59a.

dung zu ermöglichen, sich also ein **Prognoserisiko** des Arbeitgebers verwirklicht.⁹⁹ Eine ergänzende Vertragsauslegung scheidet dagegen dann aus, wenn die Rückzahlungsklausel eine Bindungsdauer vorsieht, die bereits im Zeitpunkt des Abschlusses der Fortbildungsvereinbarung offensichtlich zu lang ist, beispielsweise im Falle einer tatsächlich vereinbarten Bindungsdauer von fünf Jahren statt einer eigentlich zulässigen Bindungsdauer von lediglich zwei Jahren. Es kann dann nämlich nicht mehr davon ausgegangen werden, dass sich ein Prognoserisiko des Arbeitgebers verwirklicht.¹⁰⁰

Ist eine Rückzahlungsklausel unwirksam, so hat der Arbeitgeber auch **keinen bereicherungsrechtlichen Anspruch** auf Rückzahlung der Fortbildungskosten. Ein Anspruch nach §§ 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1, 812 Abs. 2 BGB scheidet aus, weil der Arbeitnehmer die seitens des Arbeitgebers übernommenen Fortbildungskosten nicht „ohne rechtlichen Grund“ erlangt hat. Der rechtliche Grund besteht in dem – mit Ausnahme der Rückzahlungsklausel (§ 306 Abs. 1 BGB) – wirksamen Fortbildungsvertrag.¹⁰¹ Auch ein Anspruch des Arbeitgebers auf Rückzahlung der Fortbildungskosten nach §§ 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1, 818 Abs. 2 BGB und §§ 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2, 818 Abs. 2 BGB besteht i.E. nicht.¹⁰² Gleichermäßen kann der Arbeitgeber die aufgewendeten Fortbildungskosten im Falle einer Kündigung des Arbeitnehmers vor Ablauf der Bindungsdauer **nicht in Form von Schadensersatz** von dem Arbeitnehmer verlangen.¹⁰³

4. Individuell ausgehandelte Rückzahlungsklauseln

Während zu der Frage, welchen Anforderungen eine vorformulierte Rückzahlungsklausel genügen muss, eine weitgehend gesicherte Rspr. besteht, ist bislang ungeklärt, unter welchen Voraussetzungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer ausnahmsweise individuell ausgehandelte Rückzahlungsklauseln, bei denen es sich nicht um Allgemeine Geschäftsbedingungen i. S. v. §§ 305, 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB handelt, wirksam sind. Teilweise wird davon ausgegangen, dass individuell ausgehandelte Rückzahlungsklauseln weniger strengen Anfor-

99 BAG 14.1.2009, 3 AZR 900/07, NZA 2009, 666, 669; BAG 15.9.2009, 3 AZR 173/08, NZA 2010, 342, 345 f.; Hessisches LAG 29.10.2010, 19 Sa 329/10, BeckRS 2011, 70799; *Lakies*, ArbRAktuell 2012, 216, 218; *Lingemann/Kieczka*, ArbRAktuell 2009, 156, 158; *Sasse/Häcker*, DB 2014, 600, 602.

100 BAG 14.1.2009, 3 AZR 900/07, NZA 2009, 666, 669; *Lakies*, ArbRAktuell 2012, 216, 218; *Lingemann/Kieczka*, ArbRAktuell 2009, 156, 158; *Sasse/Häcker*, DB 2014, 600, 602.

101 BAG 10.5.2016, 9 AZR 434/15, BeckRS 2016, 73355; BAG 6.8.2013, 9 AZR 442/12, NZA 2013, 1361, 1363; BAG 28.5.2013, 3 AZR 103/12, NZA 2013, 1419, 1421; BAG 21.8.2012, 3 AZR 698/10, NZA 2012, 1428, 1431.

102 BAG 10.5.2016, 9 AZR 434/15, BeckRS 2016, 73355; BAG 28.5.2013, 3 AZR 103/12, NZA 2013, 1419, 1421; BAG 21.8.2012, 3 AZR 698/10, NZA 2012, 1428, 1431 f.

103 ArbG Essen 14.1.2014, 2 Ca 3563/12, BeckRS 2014, 73156.

derungen unterliegen als vorformulierte Rückzahlungsklauseln. Individuell ausgehandelte Rückzahlungsklauseln seien nur ausnahmsweise dann nach § 138 BGB unwirksam¹⁰⁴ bzw. verstießen gegen den Grundsatz von Treu und Glauben,¹⁰⁵ wenn ihr Inhalt einen Vertragspartner ungewöhnlich belaste und als Ausgleich der Interessen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer offensichtlich ungeeignet sei. Andere neigen dagegen dazu, die für vorformulierte Rückzahlungsklauseln geltenden Kriterien über § 242 BGB auch für individuell ausgehandelte Rückzahlungsklauseln zur Anwendung zu bringen.¹⁰⁶

- 35 Abweichend von der Rechtslage bei vorformulierten Rückzahlungsklauseln¹⁰⁷ soll im Falle der Vereinbarung einer unangemessen langen Bindungsdauer in einer individuell ausgehandelten Rückzahlungsklausel allerdings eine geltungserhaltende Reduktion möglich sein, sodass eine unangemessen lange Bindungsdauer insoweit aufrechterhalten bleibt, als dies dem Arbeitnehmer noch zumutbar ist.¹⁰⁸

5. Kollektivvertragliche Rückzahlungsklauseln

- 36 Unstreitig unterliegt eine **in einem TV vereinbarte Rückzahlungsklausel** nicht in demselben Umfang einer gerichtlichen Inhaltskontrolle wie einzelvertragliche Rückzahlungsklauseln. Anders als einzelvertragliche Vereinbarungen, bei denen regelmäßig von einer strukturellen Unterlegenheit des einzelnen Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber und einer hieraus folgenden ungleichen Verhandlungsstärke auszugehen ist, werden TV von gleichberechtigten Partnern des Arbeitslebens ausgehandelt. Aus diesem Grund ist davon auszugehen, dass bei einer Gesamtbetrachtung der tariflichen Regelungen die Arbeitnehmerinteressen angemessen berücksichtigt werden. Es besteht insoweit eine materielle Richtigkeitsgewähr für die tariflichen Regelungen. Sie haben die Vermutung für sich, dass sie sowohl den Arbeitgeber- als auch den Arbeitnehmerinteressen gerecht werden und keiner Seite ein unzumutbares Übergewicht vermitteln. Die Tarifvertragsparteien haben danach im Unterschied zu den Arbeitsvertragspar-

104 Preis-Stoffels, A 120 Ausbildungskosten, Rn. 18.

105 In diese Richtung Schmidt, NZA 2004, 1002, 1007.

106 Schaub-Vogelsang, § 176 Rn. 21; wohl auch LAG Berlin-Brandenburg 12.11.2009, 25 Sa 29/09, Rn. 124 ff.; MAHArbR-Glaser, § 26 Rn. 40; möglicherweise auch BAG 14.1.2009, 3 AZR 900/07, NZA 2009, 666, 667.

107 BAG 18.3.2014, 9 AZR 545/12, NZA 2014, 957, 958 f.; BAG 28.5.2013, 3 AZR 103/12, NZA 2013, 1419, 1420; BAG 14.1.2009, 3 AZR 900/07, NZA 2009, 666, 668; BAG 15.9.2009, 3 AZR 173/08, NZA 2010, 342, 345 f.; BAG 14.1.2009, 3 AZR 900/07, NZA 2009, 666, 668 f.; BAG 23.1.2007, 9 AZR 482/06, NZA 2007, 748, 750 f.; BAG 11.4.2006, 9 AZR 610/05, BB 2006, 2134, 2136 f.; Elking, BB 2014, 885, 889; Jesgarzewski, BB 2011, 1594, 1598; Lakies, ArbRAktuell 2012, 216, 218.

108 LAG Berlin-Brandenburg 12.11.2009, 25 Sa 29/09, Rn. 124 ff.; ähnlich MAHArbR-Glaser, § 26 Rn. 40.

teien eine weitgehende Gestaltungsfreiheit und können von den für arbeitsvertragliche Rückzahlungsklauseln aufgestellten Regeln auch zum Nachteil der Arbeitnehmer abweichen.¹⁰⁹ So hielt das BAG beispielsweise eine tarifvertragliche Rückzahlungsklausel, die eine von Dauer und Umfang der Fortbildung unabhängige starre Bindungsdauer von drei Jahren sowie eine lediglich jährliche Verringerung des Rückzahlungsbetrags vorsah, für wirksam.¹¹⁰ Hierbei ist es unerheblich, ob der die Rückzahlungsklausel beinhaltende TV kraft beiderseitiger Tarifbindung oder aber kraft **vertraglicher Inbezugnahme** Anwendung findet. Auch einzelvertraglich **in vollem Umfang einbezogene und einschlägige TV** unterliegen der gleichen Richtigkeitsgewähr wie normativ geltende TV.¹¹¹

Gelegentlich finden sich Regelungen zur Rückzahlung von Fortbildungskosten auch in **Betriebsvereinbarungen**,¹¹² insb. in Sozialplänen und Rationalisierungsschutzabkommen.^{113, 114} Auch wenn Betriebsvereinbarungen nach § 310 Abs. 4 Satz 1 BGB keiner Inhaltskontrolle am Maßstab der §§ 305 ff. BGB unterliegen, wird teilweise davon ausgegangen, dass die für Rückzahlungsklauseln in vorformulierten Verträgen entwickelten Schranken über § 75 BetrVG entsprechend auch auf in Betriebsvereinbarungen vereinbarte Rückzahlungsklauseln Anwendung finden sollen.¹¹⁵

6. Beispiel einer Fortbildungsvereinbarung

Unter Berücksichtigung der von der Rspr. entwickelten Anforderungen an eine vorformulierte und damit einer Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 BGB unterliegenden Rückzahlungsklausel kann eine Fortbildungsvereinbarung nach derzeitiger Rechtslage beispielsweise wie folgt gestaltet sein:¹¹⁶

109 BAG 6.11.1996, 5 AZR 498/95, NZA 1997, 663 f.; BAG 6.9.1995, 5 AZR 174/94, BB 1996, 959 ff.; *Besgen*, BuP 2018, 379, 384; Küttner-Poeche, Rückzahlungsklausel, Rn. 17; *ErfK-Preis*, § 611a BGB Rn. 442; *Schaub-Vogelsang*, § 176 Rn. 36.

110 BAG 6.9.1995, 5 AZR 174/94, BB 1996, 959 ff.

111 BAG 15.3.2000, 5 AZR 584/98, BB 2000, 1995 f.; BAG 6.9.1995, 5 AZR 174/94, BB 1996, 959 ff.; LAG Hamm 11.10.2013, 1 Sa 1006/13, BeckRS 2013, 73746; Küttner-Poeche, Rückzahlungsklausel, Rn. 17.

112 Bedenken hinsichtlich der Wirksamkeit von in Betriebsvereinbarungen enthaltenen Rückzahlungsklauseln äußerte zuletzt das LAG Niedersachsen 29.10.2014, 17 Sa 274/14, BeckRS 2015, 69952.

113 *Schaub-Vogelsang*, § 176 Rn. 37; *Röder/Gebert*, NZA 2008, 1289, 1296.

114 Vgl. zur Zulässigkeit von Rückzahlungsklauseln in Dienstvereinbarungen *Gaenslen/Zons*, öAT 2017, 92, 94.

115 LAG Niedersachsen 29.10.2014, 17 Sa 274/14, BeckRS 2015, 69952; *Gaul*, NZA-Beil. 2016, 56, 60; a. A. *Löwisch*, NZA 2013, 549 f.

116 Vgl. zu weiteren Beispielen *Liebers-Hahn*, Teil 1 F Rn. 83 ff.; *BLDH-Lingemann*, M 8.6; *MASIG-Mroß*, 160 Rn. 18 ff.; *Stück*, DSStR 2008, 2020, 2024; Beck'sches Formularbuch Arbeitsrecht-Zürn, A.IV.7.

Fortbildungsvereinbarung

Zwischen

der A-AG, [Anschrift],

– nachfolgend „Arbeitgeberin“ –

und

Herrn Z, [Anschrift],

– nachfolgend „Arbeitnehmer“ –

wird in Ergänzung des Arbeitsvertrags vom ____ [Datum] folgende Fortbildungsvereinbarung geschlossen:

§ 1

Fortbildungsgegenstand, Dauer der Fortbildung

(1) Der Arbeitnehmer nimmt vom ____ [Beginn der Fortbildung] bis zum ____ [Ende der Fortbildung] an der Fortbildung ____ [Bezeichnung der Fortbildung] bei ____ [Bezeichnung der Fortbildungsstätte/des Fortbildungsinstituts] teil. Die Fortbildung findet an ____ [Anzahl] Tagen statt. Weitere Einzelheiten ergeben sich aus dem dieser Vereinbarung als Anlage beigefügten Fortbildungs-/Lehrplan.

(2) Die Parteien sind sich darüber einig, dass die Teilnahme an der Fortbildung auf eigenen Wunsch des Arbeitnehmers und im Interesse seiner beruflichen Fort- und Weiterbildung erfolgt.

§ 2

Bezahlte Freistellung

(1) Die Arbeitgeberin stellt den Arbeitnehmer zum Zwecke der Teilnahme an der Fortbildung von der Pflicht zur Erbringung der Arbeitsleistung frei. Die Parteien sind sich darüber einig, dass es sich bei dieser Freistellung nicht um Urlaub handelt.

(2) Die Arbeitgeberin zahlt dem Arbeitnehmer während der Teilnahme an der Fortbildung seine Vergütung fort. Die Höhe der Vergütung wird dabei nach dem Durchschnittsverdienst berechnet, den der Arbeitnehmer in den dem Beginn der Fortbildung unmittelbar vorangegangenen drei Kalendermonaten hatte.

§ 3

Sonstige Fortbildungskosten

(1) Neben der bezahlten Freistellung übernimmt die Arbeitgeberin auch folgende Kosten der Fortbildung:¹¹⁷

- Unterrichts-/Schulungskosten in Höhe von EUR _____,
- Kosten für Schulungsmaterial in Höhe von EUR _____,
- Unterbringungskosten in Höhe von EUR _____ pro Übernachtung,
- Verpflegungskosten in Höhe von EUR _____ pro Fortbildungstag,

¹¹⁷ Das BAG 6.8.2013, 9 AZR 442/12, NZA 2013, 1361, 1362, deutete zuletzt an, dass die Rückzahlungsklausel auch angeben muss, ob eine mögliche Rückzahlungsverpflichtung des Arbeitnehmers hinsichtlich der einzelnen Positionen jeweils auf die Netto- oder die Bruttosumme gerichtet ist. Die Fortbildungsvereinbarung sollte daher entsprechende Angaben enthalten.

- An- und Abreisekosten (pauschal EUR _____ je gefahrenem Kilometer) und
- [ggf. Auflistung weiterer Kosten, die seitens der Arbeitgeberin übernommen werden].

(2) Soweit die Agentur für Arbeit, ein Sozialversicherungsträger oder eine andere Stelle die Kosten der Fortbildung ganz oder teilweise übernimmt bzw. Fördermittel gewährt, sind diese seitens des Arbeitnehmers in Anspruch zu nehmen und werden auf die Leistungen der Arbeitgeberin angerechnet. Ein Anspruch des Arbeitnehmers auf Übernahme der Kosten der Fortbildung entfällt insoweit.

§ 4

Rückzahlungspflicht bei Ausscheiden vor Abschluss der Fortbildung

(1) Der Arbeitnehmer ist verpflichtet, der Arbeitgeberin die nach § 2 dieser Vereinbarung bis zum Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses gezahlte Bruttovergütung und die bis zu diesem Zeitpunkt nach § 3 dieser Vereinbarung von der Arbeitgeberin übernommenen sonstigen Kosten der Fortbildung zu erstatten, wenn das Arbeitsverhältnis vor Abschluss der Fortbildung **(i)** durch eine nicht von der Arbeitgeberin veranlasste Kündigung des Arbeitnehmers, die nicht darauf beruht, dass der Arbeitnehmer aus in seiner Person liegenden Gründen dauerhaft nicht mehr in der Lage ist, seiner Tätigkeit nachzugehen, oder **(ii)** aus einem Grund endet, der die Arbeitgeberin zum Ausspruch einer außerordentlichen oder ordentlichen verhaltensbedingten Kündigung berechtigt, oder aus einem solchen Grund ein Aufhebungsvertrag geschlossen wird.

(2) Die Rückzahlung des von dem Arbeitnehmer zu erstattenden Betrags erfolgt in Raten von monatlich EUR _____ (in Worten: EUR _____). Die Rückzahlung beginnt mit dem Beginn des Kalendermonats, der auf den Monat folgt, in welchem das die Rückzahlung auslösende Ereignis liegt.

§ 5

Rückzahlungspflicht bei Ausscheiden nach Abschluss der Fortbildung

(1) Der Arbeitnehmer ist verpflichtet, der Arbeitgeberin die nach § 2 dieser Vereinbarung gezahlte Bruttovergütung und die nach § 3 dieser Vereinbarung von der Arbeitgeberin übernommenen sonstigen Kosten der Fortbildung zu erstatten, wenn das Arbeitsverhältnis vor Ablauf von _____ [zulässige Bindungsdauer] Monaten nach Abschluss der Fortbildung **(i)** durch eine nicht von der Arbeitgeberin veranlasste Kündigung des Arbeitnehmers, die nicht darauf beruht, dass der Arbeitnehmer aus in seiner Person liegenden Gründen dauerhaft nicht mehr in der Lage ist, seiner Tätigkeit nachzugehen, oder **(ii)** aus einem Grund endet, der die Arbeitgeberin zum Ausspruch einer außerordentlichen oder ordentlichen verhaltensbedingten Kündigung berechtigt, oder aus einem solchen Grund ein Aufhebungsvertrag geschlossen wird.

(2) Die Rückzahlung des von dem Arbeitnehmer zu erstattenden Betrags erfolgt in Raten von monatlich EUR _____ (in Worten: EUR _____). Die Rückzahlung beginnt mit dem Beginn des Kalendermonats, der auf den Monat folgt, in welchem das die Rückzahlung auslösende Ereignis liegt.

(3) Der seitens des Arbeitnehmers zu erstattende Betrag vermindert sich um $1/x$ [abhängig von der zulässigen Bindungsdauer, z. B. $1/24$ bei 24 Monaten] für jeden vollen Beschäftigungsmonat nach Abschluss der Fortbildung.

§ 6

Rückzahlung bei schuldhaftem Misserfolg und Abbruch der Fortbildung ohne wichtigen Grund

(1) Erreicht der Arbeitnehmer das Fortbildungsziel schuldhaft nicht, so ist er verpflichtet, der Arbeitgeberin die nach § 2 dieser Vereinbarung gezahlte Bruttovergütung und die nach § 3 dieser Vereinbarung von der Arbeitgeberin übernommenen sonstigen Kosten der Fortbildung zu erstatten. Die Rückzahlung des von dem Arbeitnehmer zu erstattenden Betrags erfolgt in Raten von monatlich EUR _____ (in Worten: EUR _____). Die Rückzahlung beginnt mit dem Beginn des Kalendermonats, der auf den Monat folgt, in welchem feststeht, dass der Arbeitnehmer das Fortbildungsziel nicht erreicht.

(2) Bricht der Arbeitnehmer die Fortbildung ohne wichtigen Grund ab, so ist er verpflichtet, der Arbeitgeberin die nach § 2 dieser Vereinbarung bis zum Zeitpunkt des Abbruchs der Fortbildung gezahlte Bruttovergütung und die bis zu diesem Zeitpunkt nach § 3 dieser Vereinbarung von der Arbeitgeberin übernommenen sonstigen Kosten der Fortbildung zu erstatten. Die Rückzahlung des von dem Arbeitnehmer zu erstattenden Betrags erfolgt in Raten von monatlich EUR _____ (in Worten: EUR _____). Die Rückzahlung beginnt mit dem Beginn des Kalendermonats, der auf den Monat folgt, in welchem die Fortbildung abgebrochen wurde. Ein Abbruch der Fortbildung innerhalb der ersten _____ [Wochen/Monate] nach Beginn der Fortbildung löst keine Rückzahlungspflicht aus.

§ 7

Wohlverhalten

Der Arbeitnehmer verpflichtet sich, die Fortbildungsveranstaltungen stets zu besuchen und den erfolgreichen Abschluss der Fortbildung nicht durch schuldhaftes Verhalten wie unentschuldigtes Fernbleiben von den Fortbildungsveranstaltungen, mangelnden Einsatz oder mangelnde Vorbereitung auf Klausuren und Prüfungen zu gefährden.

§ 8

Nebenabreden, Textformklausel, Salvatorische Klausel, Ausfertigung

- (1) Nebenabreden zu dieser Fortbildungsvereinbarung wurden nicht getroffen.
- (2) Änderungen und Ergänzungen dieser Fortbildungsvereinbarung bedürfen zu ihrer Wirksamkeit der Textform. Dies gilt auch für die Aufhebung, Änderung oder Ergänzung des Textformerfordernisses selbst. Individuelle Vereinbarungen haben stets Vorrang und gelten auch ohne Beachtung des Formerfordernisses (§ 305b BGB).
- (3) Sollten einzelne Bestimmungen dieser Fortbildungsvereinbarung ganz oder teilweise nichtig oder unwirksam sein oder werden, so wird dadurch die Wirksamkeit der übrigen Bestimmungen nicht berührt.
- (4) Der Arbeitnehmer hat eine Ausfertigung dieser Fortbildungsvereinbarung ausgehändigt bekommen.

Ort, Datum

A-AG

Ort, Datum

Herr Z

Kapitel 32

Überstundenvergütung und deren pauschale Abgeltung

Schrifttum: *Bauer/Chwalisz*, Instrumente zur Entgeltflexibilisierung, ZfA 2007, 355; *Clemenz/Kreft/Krause*, AGB Arbeitsrecht – Kommentar zu den §§ 305–310 BGB, 2013; *Dörner*, Kündigungsschutz im betrieblichen Alltag, 2013; *Hahn/Pfeiffer/Schubert*, Arbeitszeitrecht Handkommentar, 2014; *Hohenstatt/Schramm*, Neue Gestaltungsmöglichkeiten zur Flexibilisierung der Arbeitszeit, NZA 2007, 238; *Lembke*, Arbeitsvertrag für Führungskräfte, 5. Aufl. 2012; *Preis*, Der Arbeitsvertrag, 5. Aufl. 2015.

Übersicht

| | Rn. | | Rn. |
|---|-----|---|-----|
| I. Einführung | 1 | 2. Überstundenzuschlag | 25 |
| 1. Begriffe und Bedeutung | 1 | 3. Überstundenausgleich durch bezahlte Freizeitgewährung | 28 |
| 2. Gesetzliche Regelungen | 5 | IV. Abgestufte Darlegungs- und Beweislastverteilung | 33 |
| 3. Tarifliche Regelungen | 8 | V. Überstundenklauseln im Arbeits- vertrag | 38 |
| 4. Trennung Anordnungs- befugnis – Vergütung | 10 | 1. Zulässigkeitskriterien | 38 |
| II. Grundlage: Umfang der Arbeitszeit | 14 | 2. Rechtsfolgen unzulässiger Pauschalierung | 45 |
| III. Überstundenvergütungs- anspruch und -höhe | 20 | 3. Musterklausel Überstunden- pauschalierung | 46 |
| 1. Vergütungsanspruch in Entgelt | 20 | | |

I. Einführung

1. Begriffe und Bedeutung

Überstunden sind nach allgemeinem Verständnis die Arbeitsstunden, die über die Arbeitszeit hinausgehen, die für das jeweilige Arbeitsverhältnis aufgrund Tarifvertrags, Betriebsvereinbarung oder Arbeitsvertrags festgelegt sind.¹

Unter **Mehrarbeit** versteht man im Allgemeinen die Überschreitung der üblichen gesetzlichen Höchstarbeitszeit von acht Stunden täglich oder 48 Stunden wöchentlich (§ 3 ArbZG).²

1 BAG 8.11.1989, 5 AZR 642/88, NZA 1990, 309; BAG 11.11.1997, 9 AZR 566/96, NZA 1998, 1011; BAG 25.4.2013, 6 AZR 800/11, NZA 2014, 504; Preis-Preis, II M 20 Rn. 1; Küttner-Reinecke, Überstunden, Rn. 1; Schaub-Linck, § 69 Rn. 4; HWK-Thüsing, § 611 BGB Rn. 134.

2 BAG 8.11.1989, 5 AZR 642/88, NZA 1990, 309; BVerwG 14.12.1995, 2 B 47.95, JurionRS 1995, 30919; BAG 27.5.1992, 5 AZR 252/91, NZA 1993, 453; BAG 21.11.2006, 9 AZR 176/06, NZA 2007, 446; Schaub-Linck, § 69 Rn. 4.

Kap. 32 Überstundenvergütung und deren pauschale Abgeltung

- 3 Durch Anordnung von Überstunden kann der **Arbeitgeber** kurzfristige nicht vorhersehbare Personalengpässe überbrücken, ohne Produktionseinbußen hinnehmen zu müssen und neue Arbeitnehmer einstellen und einarbeiten zu müssen. Das IAB, das Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung, gibt für 2016 eine Anzahl von 1,7 Milliarden Überstunden an, wovon ca. 1 Milliarde Überstunden unbezahlt erfolgt sein soll, d.h. durchschnittlich pro abhängigen Beschäftigten im Jahr 2016: 9,1 Std. bezahlte Überstunden und 13,3 Überstunden unbezahlt.
- 4 Für den **Arbeitnehmer** bedeutet die Leistung von Überstunden zwar, dass er an diesen Tagen länger arbeiten muss. Er erhält dafür aber in der Regel eine über seiner Vergütung liegende Überstundenvergütung oder Freizeitausgleich, wenn dies vereinbart ist.

2. Gesetzliche Regelungen

- 5 Ausdrückliche gesetzliche Regelungen für die Vergütung von Überstunden und Mehrarbeit sowie über die Zuschläge für Über- oder Mehrarbeit bestehen nicht. Das **Arbeitszeitgesetz** enthält – anders als noch § 15 AZO – **keine Regelung**, sondern überlässt die Regelung der Mehrarbeitsvergütung (vgl. Rn. 2) den (Tarif-)Vertragsparteien.
- 6 Eine gesetzliche Regelung besteht nur für **Nachtarbeitszuschläge** in § 6 Abs. 5 **ArbZG**, wonach der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer für die während der Nachtzeit geleisteten Arbeitsstunden eine angemessene Zahl bezahlter freier Tage oder einen angemessenen Zuschlag auf das ihm hierfür zustehende Bruttoarbeitsentgelt zu gewähren hat. Das BAG hat die verwendeten unbestimmten Rechtsbegriffe inzwischen konkretisiert: Sofern keine tarifvertraglichen Ausgleichsregelungen bestehen, ist für die Arbeitsstunden zwischen 23:00 Uhr und 06:00 Uhr regelmäßig ein Zuschlag von 25 % auf den Bruttostundenlohn beziehungsweise die entsprechende Anzahl freier Tage angemessen. Bei der besonderen Belastung durch Dauernachtarbeit erhöht sich dieser Anspruch in der Regel auf 30 %. Umgekehrt kann nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts auch ein geringerer Ausgleich genügen, wenn in die Zeit der Nachtarbeit in nicht unerheblichem Umfang Arbeitsbereitschaft oder Bereitschaftsdienst fällt.³ Die Arbeitsvertragsparteien können Regelungen über Art und Umfang des Ausgleichs treffen. Diese müssen aber den Vorgaben des § 6 Abs. 5 ArbZG genügen, weil die Norm zwingend ist.⁴ Zwischen den Alternativen des Belastungsausgleichs besteht nach der gesetzlichen Regelung kein Rangverhältnis, insbeson-

3 BAG 9.12.2015, 10 AZR 423/14, NZA 2016, 426; BAG 16.4.2014, 4 AZR 802/11, NZA 2014, 1277.

4 BAG 15.7.2009, 5 AZR 867/08, NZA 2009, 1366.

dere kein Vorrang des Freizeitausgleichs, auch wenn dies Zwecken des Gesundheitsschutzes möglicherweise dienlicher wäre. Der Arbeitgeber kann – unter Beachtung der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats⁵ – frei wählen, ob er den Anspruch des Arbeitnehmers durch Zahlung von Geld, durch bezahlte Freistellung oder auch durch eine Kombination von beidem erfüllt.⁶ Der Nachtarbeitszuschlag ist nicht auf den Mindestlohn anrechenbar, da er auf einer besonderen gesetzlichen Zweckbestimmung beruht.⁷ Zulagen für Sonntags-, Feiertags- und Nachtarbeit sind Erschwerniszulagen i. S. v. § 850a Nr. 3 ZPO und damit im Rahmen des Üblichen unpfändbar. Hinsichtlich der Frage, in welchem Umfang und welcher Höhe Zuschläge für Sonntags-, Feiertags- und Nachtarbeit als „üblich“ und damit unpfändbar i. S. v. § 850a Nr. 3 ZPO anzusehen sind, kann an die Regelung in § 3b EStG angeknüpft werden.⁸

Auch **Überstunden** sind **nicht besonders gesetzlich geregelt**. Nur **§ 17 Abs. 3 BBiG** bestimmt, dass eine über die vereinbarte regelmäßige tägliche Ausbildungszeit hinausgehende Beschäftigung besonders zu vergüten oder – wahlweise – durch entsprechende Freizeit auszugleichen ist. Die Höhe der für Mehrarbeitsstunden zu leistenden Vergütung ist im Gesetz oder im Berufsausbildungsvertrag nicht näher geregelt. Regelmäßig wird ein Rückgriff auf die Angemessenheit der Vergütung im Sinne des § 17 Abs. 1 BBiG vorgenommen.⁹ Leistet ein Auszubildender Überstunden, ist eine finanzielle Abfindung der Mehrarbeit grundsätzlich auf Basis der angemessenen Ausbildungsvergütung zu berechnen. Ein Vergütungsanspruch als Fach- oder Hilfsarbeiter besteht grundsätzlich nicht.¹⁰

3. Tarifliche Regelungen

Häufig definieren auf das Arbeitsverhältnis anwendbare **Tarifverträge** Überstunden- bzw. Mehrarbeit. Die Anwendbarkeit des Tarifvertrags kann sich dabei aus beidseitiger Tarifbindung, arbeitsvertraglicher Bezugnahmeklausel im Arbeitsvertrag auf den Tarifvertrag oder dessen Allgemeinverbindlichkeit ergeben. So bestimmt z. B. der Manteltarifvertrag der Metall- und Elektroindustrie Hessen (ab 1.1.2006) Folgendes:

5 BAG 6.4.2005, 1 ABR 1/04, NZA 2005, 884.

6 BAG 26.8.1997, 1 ABR 16/97, NZA 1998, 441; BAG 1.2.2006, 5 AZR 422/04, NZA 2006, 494; a. A. *Buschmann/Ulber*, § 6 ArbZG Rn. 28: Vorrang freier Tage.

7 BAG 25.5.2016, 5 AZR 135/16, NZA 2016, 1327.

8 BAG 23.8.2017, 10 AZR 859/16, NZA 2017, 1548,

9 BAG 25.4.1984, 5 AZR 528/82, BeckRS 1984, 4549; ArbG Limburg 3.9.2010, 1 Ca 49/10; LAG Sachsen 16.1.2008, 9 Sa 269/07; Schaub-*Vogelsang*, § 174 Rn. 67.

10 LAG Sachsen 16.1.2008, 9 Sa 269/07; ArbG Limburg 3.9.2010, 1 Ca 49/10, BeckRS 2011, 69008.

9 „§ 6 Mehr-, Wechselschicht-, Nacht-, Sonntags- und Feiertagsarbeit

1. Mehrarbeit ist

- bei Vollzeitbeschäftigung die über die individuelle regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit (§ 2 Ziff. 1) in der Woche,
- bei ungleichmäßiger Verteilung der individuellen regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit (§ 2 Ziff. 3 und 4) die über die jeweils festgelegte Wochenarbeitszeit,
- bei Beschäftigten mit Arbeitsbereitschaft die im Fall des § 5 Ziff. 1 a) über 41 Stunden in der Woche bzw. im Fall des § 5 Ziff. 1 b) über 46,5 Stunden in der Woche,
- bei Teilzeitbeschäftigten die über die tarifliche wöchentliche Arbeitszeit von 35 Stunden

hinausgehende Arbeitszeit.

[...]“

4. Trennung Anordnungsbefugnis – Vergütung

- 10 Die Frage, „**ob**“ der Arbeitgeber Überstunden **anordnen** kann bzw. der Arbeitnehmer diese **leisten** muss und „**wie**“ diese zu **vergüten** sind, sind unterschiedliche Regelungsgegenstände und getrennt zu beurteilen.¹¹
- 11 Grundsätzlich ist der Arbeitnehmer ohne ausdrückliche Regelung i. S. e. Anordnungsbefugnis **nicht verpflichtet, Überstunden** zu arbeiten. Daher kann der Arbeitgeber mit **Ausnahme von Notfällen**, in denen der Arbeitnehmer nach § 242 BGB zur Leistung von Überstunden verpflichtet ist (vgl. § 14 ArbZG), Überstunden nur dann anordnen, wenn der **Arbeits-** oder ein anwendbarer **Kollektivvertrag dies vorsieht** und auch dann nur im Rahmen der arbeitsschutzrechtlichen Grenzen der Gesetze.¹² Das Direktionsrecht des Arbeitgebers (§ 106 GewO) reicht als Rechtsgrundlage für die Anordnung von Überstunden oder die Einführung von Kurzarbeit nicht aus.¹³
- 12 Umstände in der Person des Arbeitnehmers können im Rahmen der Prüfung des für eine rechtmäßige Weisung zu beachtenden billigen Ermessens (■§§ 106 GewO, § 315 BGB) nur berücksichtigt werden, wenn sich der Arbeitnehmer bei

11 BAG 16.5.2012, 5 AZR 331/11, NZA 2012, 908.

12 Preis-Preis, II A 90 Rn. 71; Lembke, S. 67; HWK-Lembke, § 106 GewO Rn. 35; Küttner-Reinecke, Überstunden, Rn. 5; LAG Mecklenburg-Vorpommern 18.12.2014, 5 TaBV 7/14, ArbRAktuell 2015, 228; LAG Nürnberg 9.1.2007, 7 Sa 79/06, NZA-RR 2007, 357; LAG Hessen 13.1.2006, 3 Sa 2222/04, BeckRS 2006, 43823.

13 Vgl. BAG 10.10.2006, 1 AZR 811/05, NZA 2007, 637; BAG 18.10.1994, 1 AZR 503/93, NZA 1995, 1064.

Erteilung der Weisung auf sie beruht; ein späteres Nachschieben solcher persönlicher Umstände ist rechtlich unbeachtlich.¹⁴

Grundsätzlich kann die Weigerung eines Arbeitnehmers, zulässig angeordnete Überstunden zu leisten, nach vorheriger Abmahnung jedenfalls eine ordentliche verhaltensbedingte Kündigung rechtfertigen.¹⁵ **13**

II. Grundlage: Umfang der Arbeitszeit

Da Überstunden die Stunden sind, die über die Arbeitszeit hinausgehen, die für das jeweilige Arbeitsverhältnis aufgrund Tarifvertrags, Betriebsvereinbarung oder Arbeitsvertrags festgelegt sind, kommt es entscheidend auf deren Festlegung an. Regelmäßig ist zumindest der Umfang der Arbeitszeit konkret festgelegt, z. B. 35 oder 40 Stunden/Woche. **14**

Fehlt es an einer **ausdrücklichen arbeitsvertraglichen Bestimmung** des Umfangs der Arbeitszeit, darf der durchschnittliche Arbeitnehmer die Klausel, er werde „in Vollzeit“ beschäftigt, so verstehen, dass die regelmäßige Dauer der Arbeitszeit **40 Wochenstunden** nicht übersteigt. Der durchschnittliche Arbeitnehmer darf „in Vollzeit“ so verstehen, dass die regelmäßige Dauer der Arbeitszeit – unter Zugrundelegung einer Fünf-Tage-Woche und der in § 3 Satz 1 ArbZG vorgesehenen acht Stunden arbeitstäglich – 40 Wochenstunden nicht übersteigt. Soll hingegen mit der Formulierung „in Vollzeit“ die nach geltendem Recht zulässige Höchstgrenze der Arbeitszeit (48 Wochenstunden: Sechs Arbeitstage à acht Stunden) ganz oder teilweise ausgeschöpft werden, müsste dies durch eine konkrete Stundenangabe oder zumindest eine hinreichend bestimmte Bezugnahme auf den arbeitsschutzrechtlich eröffneten Arbeitszeitrahmen klar und deutlich zum Ausdruck gebracht werden. Kann die für das Arbeitsverhältnis der Parteien maßgebende Arbeitszeit durch Auslegung des Arbeitsvertrages ermittelt werden, kommt es auf die Existenz einer betriebsüblichen Arbeitszeit nicht an.¹⁶ **15**

Haben die Parteien im Arbeitsvertrag weder eine ausdrückliche Vereinbarung über die Dauer der Arbeitszeit getroffen, noch die tariflich geltende Arbeitszeitregelung in Bezug genommen, so ist anzunehmen, dass sie – wenn Anhaltspunkte dafür fehlen, es sei eine der Arbeitszeit entthobene Arbeitspflicht gewollt ge- **16**

14 LAG Nürnberg 9.1.2007, 7 Sa 79/06, NZA-RR 2007, 357.

15 Dörner, Kündigungsschutz, G Rn. 2319 ff.; LAG Köln 27.4.1999, 13 Sa 1380/98, NZA 2000, 39; LAG Schleswig-Holstein 26.6.2001, 3 Sa 224/01, BeckRS 2001, 30791864; LAG Köln 14.8.2001, 13 Sa 319/01, BeckRS 2001, 30792797; ArbG Göttingen 12.8.1955, Ca 529/55, AP Nr. 11 zu § 1 KSchG.

16 BAG 25.3.2015, 5 AZR 602/13, NZA 2015, 1002.

Kap. 32 Überstundenvergütung und deren pauschale Abgeltung

wesen – die **betriebsübliche Arbeitszeit** vereinbaren wollten (z. B. von 38 Stunden wöchentlich). Dies entspricht dem Vertragswillen verständiger und redlicher Vertragspartner.¹⁷

- 17 Es gibt keinen allgemeinen Grundsatz, dass jeder Arbeitnehmer von Montag bis Freitag beschäftigt werden müsse. Soweit die Verteilung der Arbeitszeit arbeitsvertraglich nicht geregelt und auch kollektivrechtlich und gesetzlich nicht beschränkt ist, legt der Arbeitgeber die Lage der Arbeitszeit durch Weisung kraft seines Direktionsrechts aus § 106 Satz 1 GewO fest.¹⁸
- 18 Bei **Fehlen einer Teilzeitvereinbarung** – auch im Wege der Auslegung – ist im Zweifel ein Vollzeitarbeitsverhältnis begründet.¹⁹ Der von dem Arbeitnehmer geschuldete Beschäftigungsumfang ist in einem solchen Fall unter Rückgriff auf die übliche tarifliche oder betriebliche Regelarbeitszeit zu bestimmen.
- 19 Haben die Arbeitsvertragsparteien eine bestimmte Dauer der wöchentlichen und täglichen Arbeitszeit nicht festgelegt, berührt das nicht die Wirksamkeit der **vereinbarten Arbeit auf Abruf**. Beispiel: „Es ist eine Festbeschäftigung mit flexibler Arbeitszeit nach den betrieblichen Erfordernissen vereinbart. Der Brutto-Stundenlohn beträgt Euro 10,50 ...“. Es gelten dann die zum Schutz des Arbeitnehmers gesetzlich fingierten Arbeitszeiten (§ 12 Abs. 1 Satz 3 und Satz 4 TzBfG). Die Nichtvereinbarung einer bestimmten Dauer der wöchentlichen und täglichen Arbeitszeit bedingt nicht die Unwirksamkeit der Abrede, sondern führt dazu, dass nach § 12 Abs. 1 Satz 3 TzBfG eine **wöchentliche Arbeitszeit von zehn Stunden** als vereinbart gilt und der Arbeitgeber nach § 12 Abs. 1 Satz 4 TzBfG die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers jeweils für mindestens drei aufeinanderfolgende Stunden in Anspruch nehmen muss.²⁰

III. Überstundenvergütungsanspruch und -höhe

1. Vergütungsanspruch in Entgelt

- 20 Nach der Rechtsprechung besteht kein allgemeiner Rechtsgrundsatz, dass jede Mehrarbeitszeit oder jede dienstliche Anwesenheit des Arbeitnehmers über die

17 BAG 25.2.2015, 5 AZR 481/13, NZA 2015, 943; BAG 15.5.2013, 10 AZR 325/12, NZA-RR 2014, 519; LAG Hessen 10.3.2015, 15 Sa 756/14, BeckRS 2016, 66230; LAG Baden-Württemberg 4.12.2015, 9 Sa 12/15, BeckRS 2016, 67249.

18 BAG 16.4.2014, 5 AZR 483/12, NZA 2014, 1262; BAG 15.9.2009, 9 AZR 757/08, NZA 2009, 1333; Schaub-Linck, § 45 Rn. 42.

19 BAG 15.5.2013, 10 AZR 325/12, NZA-RR 2014, 519; BAG 21.6.2011, 9 AZR 236/10, NZA 2011, 1274; BAG 8.10.2008, 5 AZR 715/07, NZA 2009, 920.

20 BAG 24.9.2014, 5 AZR 1024/12, NZA 2014, 1328; HWK-Schmalenberg, § 12 TzBfG Rn. 12.

vereinbarte oder betriebsübliche (Wochen-)Arbeitszeit hinaus zu vergüten wäre.²¹ Die Vergütung von Überstunden setzt voraus:

- eine anwendbare tarifvertragliche Regelung;
- eine entsprechende **arbeitsvertragliche Vereinbarung**; die arbeitsvertragliche Regelung muss jedoch wirksam sein, d. h. insbesondere einer AGB-Kontrolle standhalten (vgl. Rn. 38 ff.);
- oder eine **Vergütungspflicht nach § 612 Abs. 1 BGB**.

Nach § 612 Abs. 1 BGB gilt eine Vergütung als stillschweigend vereinbart, wenn die Arbeitsleistung nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist. **§ 612 Abs. 1 BGB** bildet nicht nur in den Fällen, in denen überhaupt keine Vergütungsvereinbarung getroffen wurde, sondern auch dann die **Rechtsgrundlage** für den Anspruch auf die Vergütung, wenn der Arbeitnehmer auf Veranlassung des Arbeitgebers quantitativ mehr arbeitet als von der Vergütungsabrede erfasst (**quantitative Mehrleistung**).²² 21

Die **Vergütungserwartung** ist stets anhand eines objektiven Maßstabs unter Berücksichtigung der Verkehrssitte, der Art, des Umfangs und der Dauer der Dienstleistung sowie der Stellung der Beteiligten zueinander festzustellen, ohne dass es auf deren persönliche Meinung ankommt. Sie kann sich insbesondere daraus ergeben, dass im betreffenden Wirtschaftsbereich Tarifverträge gelten, die für vergleichbare Arbeiten eine Vergütung von Überstunden vorsehen. Die – objektive – Vergütungserwartung wird deshalb in weiten Teilen des Arbeitslebens gegeben sein.²³ 22

Sie wird aber **fehlen**, wenn 23

- arbeitszeitbezogene und arbeitszeitunabhängig vergütete Arbeitsleistungen zeitlich verschränkt sind, z. B. wenn der Arbeitnehmer zusätzlich zur arbeitszeitbezogenen Vergütung **Provisionen** erhält wie der Büroleiter eines Versicherungsmaklers;²⁴

21 BAG 22.2.2012, 5 AZR 765/10, NZA 2012, 861; BAG 21.9.2011, 5 AZR 629/10, NZA 2012, 145; LAG Rheinland-Pfalz 24.7.2014, 3 Sa 228/14, BeckRS 2014, 73115; HWK-Thüsing, § 612 BGB Rn. 23; Preis-Preis, II M 20 Rn. 2.

22 BAG 25.3.2015, 5 AZR 602/13, NZA 2015, 1002; zur qualitativen Mehrleistung, d. h. Erbringen höherwertiger Leistungen als der vertraglich geschuldeten: BAG 23.9.2015, 5 AZR 626/13, FD-ArbR 2016, 375110; BAG 19.11.2015, 6 AZR 581/14, FD-ArbR 2016, 376019.

23 BAG 25.3.2015, 5 AZR 602/13, NZA 2015, 1002; BAG 22.2.2012, 5 AZR 765/10, NZA 2012, 861; BAG 17.8.2011, 5 AZR 406/10, NZA 2011, 1335; LAG Hessen 24.5.2013, 3 Sa 1006/12, BeckRS 2014, 70922; Küttner-Reinecke, Überstunden, Rn. 9; Schaub-Linck, § 69 Rn. 14; HWK-Thüsing, § 611 BGB Rn. 135.

24 BAG 21.9.2011, 5 AZR 629/10, NZA 2012, 145; BAG 27.6.2012, 5 AZR 530/11, NZA 2012, 1147.

Kap. 32 Überstundenvergütung und deren pauschale Abgeltung

- es dem Arbeitnehmer nach der vertraglichen Vereinbarung obliegt, Überstunden durch **Freizeit selbst auszugleichen**;²⁵
- **Dienste höherer Art** geschuldet sind oder insgesamt eine deutlich herausgehobene Vergütung gezahlt wird (z.B. Rechtsanwälte, Unternehmensberater, leitende Angestellte, Chefarzte). Von letztem Fall wird regelmäßig ausgegangen werden können, wenn das Entgelt die **Beitragsbemessungsgrenze** in der gesetzlichen **Rentenversicherung überschreitet** (2018: 6.500,00 Euro/West und 5.800,00 Euro/Ost; 2019: 6.700,00 Euro/West und 6.150,00 Euro/Ost). Wer mit seinem aus abhängiger Beschäftigung erzielten Entgelt die Beitragsbemessungsgrenze der gesetzlichen Rentenversicherung überschreitet, gehört zu den Besserverdienenden, die aus der Sicht der beteiligten Kreise nach der Erfüllung ihrer Arbeitsaufgaben und nicht eines Stundensolls beurteilt werden. Ihnen und ihren Arbeitgebern fehlt regelmäßig die objektive Vergütungserwartung für ein besonderes Entgelt als Gegenleistung für die über die regelmäßige Arbeitszeit hinaus geleistete Arbeit.²⁶

24 Nach noch nicht gesicherter Rechtsauffassung soll jede Überstunde – auch bei besserverdienenden Führungskräften – wenigstens mit dem **Mindestlohn** von 8,84 Euro/Std. (vom 1.1.2015 bis 31.12.2016: 8,50 Euro/Std.; ab 1.1.2019: 9,19 Euro/Std. sowie ab 1.1.2010: 9,35 Euro/Std.) zu vergüten sein, da nach Maßgabe der §§ 1, 3 MiLoG der jeweilige Mindestlohn für jede geleistete Arbeitsstunde zu vergüten ist.²⁷ Der Arbeitgeber schuldet den gesetzlichen Mindestlohn für jede tatsächlich geleistete Arbeitsstunde. Er erfüllt den Anspruch durch die im arbeitsvertraglichen Austauschverhältnis als Gegenleistung für Arbeit erbrachten Entgeltzahlungen, soweit diese dem Arbeitnehmer endgültig verbleiben.²⁸ Der Arbeitgeber hat den Anspruch auf den gesetzlichen Mindestlohn erfüllt, wenn die für einen Kalendermonat gezahlte Bruttovergütung den Betrag erreicht, der sich aus der Multiplikation der Anzahl der in diesem Monat tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden mit 8,84 Euro/Std. (ab 1.1.2019: 9,19 Euro/Std.; ab 1.1.2010: 9,35 Euro/Std.) ergibt. Entscheidend für die Vereinbarkeit mit dem MiLoG ist aber, dass am Ende eines Referenzzeitraums überprüft wird, ob im Durchschnitt der Mindestlohn in Höhe von 8,84 Euro (ab 1.1.2019: 9,19 Euro/Std.; ab 1.1.2010: 9,35 Euro/Std.) je Zeitstunde gezahlt worden ist. Die abschließliche Stundenbetrachtung im Zeitpunkt der Leistung der Arbeitsstunde

25 BAG 4.5.1994, 4 AZR 445/93, NZA 1994, 1035; LAG Köln 7.9.1989, 10 Sa 488/89, NZA 1990, 349; LAG Sachsen-Anhalt 30.4.2013, 2 Sa 189/12; Küttner-Reinecke, Überstunden, Rn. 9.

26 BAG 17.8.2011, 5 AZR 406/10, NZA 2011, 1335; BAG 27.6.2012, 5 AZR 530/11, NZA 2012, 1147; BAG 22.2.2012, 5 AZR 765/10, NZA 2012, 861; LAG Köln 20.8.2015, 7 Sa 1165/14, BeckRS 2016, 68747.

27 Preis-Preis, II M 20 Rn. 27, 32, 40.

28 BAG 25.5.2016, 5 AZR 135/16, NZA 2016, 1327; BAG 29.6.2016, 5 AZR 716/15, NZA 2016, 1332.

würde die Gestaltungsspielräume der Vertrags- oder Tarifvertragsparteien einengen, ohne dass dies von Sinn und Zweck des MiLoG, ein bestimmtes Mindestauskommen zu schaffen, erforderlich wäre. Auch Überstundenabgeltungsklauseln sind nach überwiegender Ansicht mit dem MiLoG zu vereinbaren, indem eine Durchschnittsbetrachtung angestellt wird.²⁹ Maßgeblich ist, dass der Mindestlohn im Abrechnungszeitraum auch unter Berücksichtigung der Überstunden eingehalten ist.³⁰ Würde die Einführung des MiLoG zur Unwirksamkeit von Überstundenabgeltungsklauseln führen, würde auch dies deutlich über das hinausgehen, was der Gesetzgeber mit dem MiLoG regeln bzw. gewährleisten wollte. Soweit im Abrechnungszeitraum das Mindestauskommen gesichert ist, muss nach Sinn und Zweck des MiLoG nicht jede Überstunde einzeln betrachtet mit dem Mindestlohn vergütet werden. Es genügt den Anforderungen des MiLoG, wenn das Entgelt im Abrechnungszeitraum im Durchschnitt den Mindestlohn für jede Arbeits- und Überstunde erreicht.³¹

Es unterliegt auch nicht der **Mitbestimmung** des **Betriebsrats** nach § 87 Abs. 1 **24a**
Nr. 2 oder Nr. 3 BetrVG, wenn die Arbeitgeberin für geleistete Überstunden nicht einen tariflich vorrangig vorgesehenen Freizeitausgleich vornimmt, sondern durch Zahlung des maßgebenden Entgelts diese Überzeitarbeit abgilt.³²

2. Überstundenzuschlag

Eine zwingende **gesetzliche Regelung**, Über- bzw. Mehrarbeitsstunden mit einem bestimmten Entgeltzuschlag (bezogen auf die Grundvergütung) zu honorieren, besteht **nicht**, sodass diese Zeiten 1:1 mit dem Stundensatz für die regelmäßige Arbeitszeit bezahlt werden können.³³ Früher regelte § 15 Abs. 2 AZO a. F. für die übergesetzliche Mehrarbeit (vgl. Rn. 2) einen Zuschlag von 25 % als angemessene Vergütung. Die Höhe des Zuschlags und die Berechnung werden daher grundsätzlich den Arbeitsvertragsparteien überlassen.³⁴ **25**

Häufig regeln auf das Arbeitsverhältnis anwendbare **Tarifverträge** detailliert **26**
 Überstunden- bzw. Mehrarbeitszuschläge. Die Anwendbarkeit des Tarifvertrages kann sich dabei ergeben aus beidseitiger Tarifbindung, arbeitsvertraglicher Bezugnahmeklausel im Arbeitsvertrag auf den Tarifvertrag oder dessen Allge-

29 ArbG Hamburg 2.3.2016, 27 Ca 443/15, BeckRS 2016, 68133 m. w. N.

30 ArbG Hamburg 26.2.2014, 27 Ca 388/13; HWK-Sittard, § 1 MiLoG Rn. 6.

31 HWK-Sittard, § 1 MiLoG Rn. 6.

32 BAG 22.8.2017, 1 ABR 24/16, NZA 2018, 115.

33 Schaub-Linck, § 69 Rn. 10; ErFK-Preis, § 611 BGB Rn. 489; HWK-Thüsing, § 611 BGB Rn. 137, § 612 Rn. 23.

34 Preis-Preis, II M 20 Rn. 22; BAG 26.1.1956, 2 AZR 98/54, NJW 1956, 607; ArbG Berlin 31.10.1988, 30 Ca 214/88, DB 1989, 1423.

Kap. 32 Überstundenvergütung und deren pauschale Abgeltung

meinverbindlichkeit.³⁵ So bestimmt z. B. der Manteltarifvertrag der Metall- und Elektroindustrie Hessen (ab 1.1.2006) Folgendes:

27

„§ 7 Zuschläge

1. Der Zuschlag beträgt bei

a) Mehrarbeit

– für die 1. bis 6. Mehrarbeitsstunde pro Woche 25 %

– für die 7. und 8. Mehrarbeitsstunde pro Woche 40 %

– ab der 9. Mehrarbeitsstunde pro Woche 50 %

II [...].

3. Überstundenausgleich durch bezahlte Freizeitgewährung

- 28 Neben der Vergütung von Überstunden bzw. Mehrarbeit gibt es auch die Möglichkeit des Ausgleichs durch bezahlte Freizeitgewährung (sog. „Abfeiern“). Dies sehen Tarifverträge, Betriebsvereinbarungen oder Arbeitsverträge oft vor. Solche Regelungen sind grundsätzlich **zulässig**, entsprechen dem gesetzlichen Leitbild des § 3 ArbZG und wahren das Gegenleistungsverhältnis von Entgelt und Arbeitszeit.³⁶ Es gibt keinen allgemeinen Rechtsgrundsatz, dass Arbeit nicht mit bezahlter Freizeit entgolten werden dürfte und stets in der Abrechnungsperiode, in der sie geleistet wurde, zu vergüten wäre. Sowohl den Arbeitsvertrags- als auch den Tarifvertragsparteien bleibt es unbenommen, über die regelmäßige Arbeitszeit hinaus geleistete Arbeitsstunden auf einem **Arbeitszeitkonto** anzusammeln und in der **Folgezeit** durch **bezahlte Freizeit auszugleichen**. Das kommt dem Flexibilisierungsinteresse des Arbeitgebers ebenso wie einem verbreiteten Bedürfnis von Arbeitnehmern entgegen.³⁷
- 29 Das Arbeitszeitkonto im **Leiharbeitsverhältnis** darf nicht dazu eingesetzt werden, § 11 Abs. 4 Satz 2 AÜG zu umgehen und das vom Verleiher zu tragende Beschäftigungsrisiko auf den Leiharbeitnehmer abzuwälzen.³⁸ Ein tarifvertraglich vorgesehener Freizeitausgleich für geleistete Mehrarbeit ist auch kein „Er-

35 Küttner-Reinecke, Überstunden, Rn. 12.

36 Vgl. Preis-Preis, II M 20 Rn. 46, 49; Schaub-Linck, § 69 Rn. 10; HWK-Thüsing, § 611 BGB Rn. 139; BAG 23.1.2001, 9 AZR 26/00, NZA 2001; BAG 4.5.1994, 4 AZR 445/93, NZA 1994; BAG 17.1.1995, 3 AZR 399/94, NZA 1995, 1000.

37 BAG 16.4.2014, 5 AZR 483/12, NZA 2014, 1262; LAG Rheinland-Pfalz 19.11.2015, 5 Sa 342/15, ArbRAktuell 2016, 44; LAG Hessen 9.6.2015, 15 Sa 766/14, BeckRS 2016, 65655.

38 BAG 16.4.2014, 5 AZR 483/12, NZA 2014, 1262; LAG Mecklenburg-Vorpommern 14.6.2016, 2 Sa 213/15, BeckRS 2016, 70371.

holungsurlaub“.³⁹ Die Vereinbarung von **Vertrauensarbeitszeit** steht weder der Führung eines Arbeitszeitkontos entgegen noch schließt sie die Abgeltung eines aus Mehrarbeit des Arbeitnehmers resultierenden Zeitguthabens aus.⁴⁰ Im Gegensatz zu einem Anspruch auf Vergütung einzelner Überstunden im eigentlichen Sinne erfordert ein Anspruch auf Ausgleich eines Arbeitszeitguthabens die vorherige Vereinbarung der Arbeitsvertragsparteien über die Führung eines Arbeitszeitkontos.⁴¹ Da dieses Zeitguthaben nur in anderer Form den Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers ausdrückt, genügt für die Schlüssigkeit einer Klage, die auf Ausgleich des Guthabens auf einem Arbeitszeitkonto gerichtet ist, dass der Kläger die Vereinbarung eines Arbeitszeitkontos und das Bestehen eines Guthabens darlegt, ohne dass die Arbeitsstunden näher bezeichnet werden müssen.⁴²

Der bezahlte Freizeitausgleich erfordert grundsätzlich eine diesbezügliche Vereinbarung, d. h. einseitig kann der Arbeitgeber keine Freizeit aufrängen.⁴³ Das BAG sieht in **Klauseln**, die eine Abgeltung von Mehrarbeit durch **bezahlte Freistellung** vorsehen, eine Ersetzungsbefugnis des Arbeitgebers. Bei einer dem Arbeitgeber eingeräumten Ersetzungsbefugnis muss also der Arbeitgeber nach billigem Ermessen den Zeitpunkt des Freizeitausgleichs festlegen.⁴⁴ Kommt **keine Vereinbarung** zustande, kann der Arbeitgeber einen bereits entstandenen Anspruch auf Vergütung für geleistete Überstunden nicht einseitig durch Anordnung des Arbeitgebers durch Freistellung von der Arbeit erfüllen.⁴⁵ **30**

Tarifverträge können vorsehen, dass Ansprüche auf Überstundenvergütung (gemäß § 17 Abs. 5 Satz 1 BAT) nach Ablauf eines einmonatigen Ausgleichszeitraums fällig werden. Jedoch kann auch nach dessen Ablauf in beiderseitigem Einverständnis ein Freizeitausgleich gewährt werden.⁴⁶ Nach ständiger Rechtsprechung schließt eine entsprechende Vorschrift, dass Überstunden durch Ar- **31**

39 BAG 17.1.1995, 3 AZR 399/94, NZA 1995, 1000; BAG 15.2.2012, 7 AZR 774/10, NZA 2012, 1112.

40 BAG 23.9.2015, 5 AZR 767/13, NZA 2016, 295.

41 BAG 13.3.2002, 5 AZR 43/01, DB 2002, 2383; BAG 23.9.2015, 5 AZR 767/13, NZA 2016, 295; LAG Rheinland-Pfalz, 30.3.2016, 4 Sa 28/15, BeckRS 2016, 71274.

42 BAG 23.9.2015, 5 AZR 767/13, NZA 2016, 295; BAG 28.7.2010, 5 AZR 521/09, NZA 2010, 1241; LAG Hamm 6.1.2012, 19 Sa 896/11, BeckRS 2012, 66747; LAG Hessen 28.3.2012, 18 Sa 1238/11, BeckRS 2012, 71277.

43 Preis-Preis, II M 20 Rn. 47; weitergehend: LAG Rheinland-Pfalz, 19.11.2015, 5 Sa 342/15.

44 BAG 17.1.1995, 3 AZR 399/94, NZA 1995, 1000; ArbG Limburg 5.8.2002, 1 Ca 1159/01, DB 2003, 778.

45 BAG 18.9.2001, 9 AZR 307/00, NZA 2002, 268; BAG 14.10.1997, 7 AZR 562/96, n. v.; BAG 17.1.1995, 3 AZR 399/94, NZA 1995, 1000.

46 BAG 7.12.1982, 3 AZR 1218/79, AP, Nr. 8 zu § 17 BAT; BAG 24.10.1990, 6 AZR 35/89, BeckRS 1990, 5903.

Kap. 32 Überstundenvergütung und deren pauschale Abgeltung

beitsbefreiung auszugleichen sind, den Arbeitnehmer nicht von dem Anspruch auf Überstundenvergütung aus, wenn er Freizeitausgleich nicht erhalten hat.⁴⁷

- 32 Der **Arbeitgeber** kann Freizeitausgleich im Rahmen seines Direktionsrechts (§ 106 Satz 1 GewO) auch einseitig – und ohne Zustimmung des Arbeitnehmers – im Rahmen billigen Ermessens **anordnen**. Der Ausgleich des Arbeitszeitguthabens wird durch eine eintretende Arbeitsunfähigkeit nicht berührt und der Arbeitgeber ist nicht zur Nachgewährung der durch Krankheit „verlorenen“ Überstunden verpflichtet.⁴⁸

IV. Abgestufte Darlegungs- und Beweislastverteilung

- 33 Ausgehend von den Vorschriften des allgemeinen Schuldrechts in Verbindung mit § 614 BGB gilt im Arbeitsverhältnis der **Grundsatz „Ohne Arbeit kein Lohn“**. Verlangt der Arbeitnehmer gem. § 611 BGB Arbeitsvergütung für Arbeitsleistungen, hat er deshalb darzulegen und – im Bestreitensfall – zu beweisen, dass er Arbeit verrichtet oder einer der Tatbestände vorgelegen hat, der eine Vergütungspflicht ohne Arbeit regelt (z.B. § 1 BUrlG, §§ 615, 616 Satz 1 BGB, § 2 Abs. 1, § 3 Abs. 1 EfzG, § 37 Abs. 2 BetrVG).⁴⁹ Darlegungs- und beweispflichtig für das Bestehen einer Vergütungserwartung ist nach allgemeinen Grundsätzen derjenige, der eine Vergütung begehrt.⁵⁰
- 34 Da die konkret zu leistende Arbeit in der Regel vom Arbeitgeber durch Weisungen zu bestimmen ist (§ 106 GewO), genügt der **Arbeitnehmer** zunächst seiner **Darlegungslast**, indem er vorträgt, er habe sich zur rechten Zeit am rechten Ort bereitgehalten, um Arbeitsanweisungen des Arbeitgebers zu befolgen. Dazu muss er im Einzelnen vortragen:⁵¹
- **tatsächliche Überstundenleistung**: An welchen Tagen und zu welchen Tageszeiten er wie über die übliche Arbeitszeit hinaus tätig geworden ist. Mit dem Vortrag, zu bestimmten Zeiten gearbeitet zu haben, behauptet der Arbeitnehmer regelmäßig zugleich, während der genannten Zeiten die vertraglich geschuldete Arbeitsleistung erbracht zu haben. Das ist für die erste Stufe

47 BAG 24.10.1990, 6 AZR 35/89, BeckRS 1990, 5903; BAG 4.5.1994, 4 AZR 445/93, EzA Nr. 5 zu § 611 BGB Mehrarbeit; BAG 17.1.1995, 3 AZR 399/94, NZA 1995, 1000; LAG Hessen 10.3.2015, 15 Sa 756/14, BeckRS 2016, 66230.

48 LAG Rheinland-Pfalz 19.11.2015, 5 Sa 342/15, ArbRAktuell 2016, 44; BAG 11.9.2003, 6 AZR 374/02, NZA 2004, 738.

49 BAG 16.5.2012, 5 AZR 347/11, NZA 2012, 939; BAG 18.4.2012, 5 AZR 248/11, NZA 2012, 998; BAG 23.9.2015, 5 AZR 767/13, NZA 2016, 295; Darlegungslast für ein Arbeitszeitguthaben.

50 BAG 21.9.2011, 5 AZR 629/10, NZA 2012, 145; Schaub-Linck, § 69 Rn. 16.

51 BAG 21.12.2016, 5 AZR 362/16, NZA 2017, 584; BAG 25.3.2015, 5 AZR 602/13, NZA 2015, 1002; BAG 10.4.2013, 5 AZR 122/11, NZA 2013, 1100; Lembke, S. 114; Preis-Preis, II M 20 Rn. 4 f.; Schaub-Linck, § 69 Rn. 17 f.

der Darlegung ausreichend; konkrete Tätigkeitsangaben für jede einzelne Überstunde müssen auf der ersten Stufe der Darlegung einer Überstundenleistung vom Arbeitnehmer nicht erbracht werden.⁵² Beträgt die individuelle regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit 35 Stunden und kann diese Arbeitszeit nach einer Betriebsvereinbarung ungleichmäßig verteilt werden, hat der Arbeitnehmer im Prozess darzulegen, dass es sich um Überstunden handelt.⁵³

- **Veranlassung durch den Arbeitgeber oder Zurechenbarkeit (Wissen und Wollen):** Ob die Überstunden vom Arbeitgeber angeordnet oder zur Erledigung der ihm obliegenden Aufgaben notwendig oder vom Arbeitgeber gebilligt oder geduldet worden sind. Der Arbeitgeber muss sich die Leistung und Vergütung von Überstunden nicht aufdrängen lassen, und der Arbeitnehmer kann nicht durch überobligatorische Mehrarbeit seinen Vergütungsanspruch selbst bestimmen.⁵⁴ Die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass geleistete Überstunden angeordnet, gebilligt, geduldet oder jedenfalls zur Erledigung der geschuldeten Arbeit erforderlich waren, trägt der Arbeitnehmer als derjenige, der den Anspruch erhebt.⁵⁵ Es ist zu differenzieren:
 - Für eine **ausdrückliche Anordnung von Überstunden** muss der Arbeitnehmer vortragen, wer wann auf welche Weise wie viele Überstunden angeordnet hat. Die pauschale oder stereotyp wiederholte Behauptung, der Geschäftsführer habe „die Überstunden angeordnet“, ist dafür nicht ausreichend.⁵⁶
 - **Konkludent** ordnet der Arbeitgeber **Überstunden** an, wenn er dem Arbeitnehmer Arbeit in einem Umfang zuweist, der unter Ausschöpfung der persönlichen Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers⁵⁷ nur durch die Leistung von Überstunden zu bewältigen ist. Dazu muss der Arbeitnehmer darlegen, dass eine bestimmte angewiesene Arbeit innerhalb der Normalarbeitszeit nicht zu leisten⁵⁸ oder ihm zur Erledigung der aufgetragenen Arbeiten ein bestimmter Zeitrahmen vorgegeben war, der nur durch die Leistung von Überstunden eingehalten werden konnte.⁵⁹ Dabei begründet allein die Anwesenheit des Arbeitnehmers im Betrieb oder an einem

52 BAG 10.4.2013, 5 AZR 122/11, NZA 2013, 1100.

53 BAG 25.10.2000, 4 AZR 596/99, DB 2001, 1620.

54 BAG 10.4.2013, 5 AZR 122/11, NZA 2013, 1100; BAG 16.5.2012, 5 AZR 347/11, NZA 2012, 939; BAG 25.5.2005, 5 AZR 319/04, DB 2005, 2826; BAG 15.6.1961, 2 AZR 436/60, DB 1961, 1168; Hahn/Pfeiffer/Schubert-Spengler, § 7 TvöD, Rn. 31; Küttner-Reinecke, Überstunden, Rn. 4.

55 BAG 10.4.2013, 5 AZR 122/11, NZA 2013, 1100; BAG 18.4.2012, 5 AZR 248/11, NZA 2012, 998.

56 BAG 10.4.2013, 5 AZR 122/11, NZA 2013, 1100; Preis-Preis, II M 20 Rn. 5; Schaub-Linck, § 69 Rn. 18.

57 Zu diesem Maßstab: BAG 19.19.2012, 5 AZR 678/11, NZA-RR 2013, 63.

58 Z. B. BAG 16.5.2012, 5 AZR 347/11, NZA 2012, 939.

59 Z. B. BAG 28.11.1973, 4 AZR 62/73, BAGE 25, 421.

Kap. 32 Überstundenvergütung und deren pauschale Abgeltung

Arbeitsort außerhalb des Betriebs keine Vermutung dafür, Überstunden seien zur Erbringung der geschuldeten Arbeit notwendig gewesen. Ist eine Monatsarbeitszeit vereinbart, muss der Arbeitnehmer zudem darlegen, dass einzelne, zur Erledigung der zugewiesenen Arbeiten geleisteten Überstunden nicht innerhalb einer flexibel gehandhabten Monatsarbeitszeit ausgeglichen werden konnten.⁶⁰

- Mit der **Billigung** von Überstunden ersetzt der Arbeitgeber gleichsam durch eine nachträgliche Genehmigung die fehlende vorherige Anordnung schon geleisteter Überstunden. Die Billigung von Überstunden setzt deshalb voraus, dass der Arbeitgeber zu erkennen gibt, mit der schon erfolgten Leistung bestimmter Überstunden einverstanden zu sein. Das muss nicht ausdrücklich erfolgen und kann insbesondere dann anzunehmen sein, wenn der Arbeitgeber oder ein für ihn handelnder Vorgesetzter des Arbeitnehmers eine bestimmte Anzahl von Stunden abzeichnet und damit sein Einverständnis mit einer Überstundenleistung ausdrückt. Dazu reicht aber die widerspruchslose Entgegennahme der vom Arbeitnehmer gefertigten Arbeitszeitaufzeichnungen nicht aus. Der Arbeitnehmer muss darlegen, wer wann auf welche Weise zu erkennen gegeben habe, mit der Leistung welcher Überstunden einverstanden zu sein.⁶¹
- Die **Duldung** von Überstunden bedeutet, dass der Arbeitgeber in Kenntnis einer Überstundenleistung diese hinnimmt und keine Vorkehrungen trifft, die Leistung von Überstunden zu unterbinden, er also nicht gegen die Leistung von Überstunden einschreitet, sie vielmehr weiterhin entgegennimmt. Dazu muss der Arbeitnehmer darlegen, von welchen wann geleisteten Überstunden der Arbeitgeber auf welche Weise wann Kenntnis erlangt haben soll und dass es im Anschluss daran zu einer weiteren Überstundenleistung gekommen ist. Erst wenn dieses feststeht, ist es Sache des Arbeitgebers, darzulegen, welche Maßnahmen er zur Unterbindung der von ihm nicht gewollten Überstundenleistung ergriffen hat.⁶² Die pauschale Behauptung, der Geschäftsführer habe von den geleisteten Überstunden Kenntnis gehabt und diese geduldet, reicht nicht aus.

- 35** Auf diesen konkreten Vortrag des Arbeitnehmers muss der **Arbeitgeber** im Rahmen einer **gestuften Darlegungslast** substantiiert erwidern. Deshalb hat der Arbeitgeber im Einzelnen vorzutragen, welche Arbeiten er dem Arbeitnehmer zuge-

60 BAG 10.4.2013, 5 AZR 122/11, NZA 2013, 1100; Schaub-Linck, § 69 Rn. 18; a. A.: LAG Berlin-Brandenburg 23.12.2011, 6 Sa 1941/11, BeckRS 2012, 65701; LAG Berlin-Brandenburg 10.9.2012, 15 Ta 1766/12.

61 BAG 10.4.2013, 5 AZR 122/11, NZA 2013, 1100; BAG 3.11.2004, 5 AZR 648/03, AP BGB § 611 Mehrarbeitsvergütung Nr. 49; BAG 25.5.2005, 5 AZR 319/04, NZA 2005, 1432; Schaub-Linck, § 69 Rn. 18.

62 BAG 10.4.2013, 5 AZR 122/11, NZA 2013, 1100; BAG 24.4.2007, 1 ABR 47/06, NZA 2007, 818; Schaub-Linck, § 69 Rn. 18.

wiesen hat und ob der Arbeitnehmer den Weisungen – nicht – nachgekommen ist. Trägt er nichts vor oder lässt er sich nicht substantiiert ein, gelten die vom Arbeitnehmer vorgetragenen Arbeitsstunden als zugestanden (§ 138 Abs. 3 ZPO).⁶³

Beigefügte **Anlagen** können dabei den schriftsätzlichen Vortrag nicht ersetzen, sondern lediglich erläutern oder belegen, verpflichten das Gericht aber nicht, sich die unstreitigen oder streitigen Arbeitszeiten aus den Anlagen selbst zusammenzusuchen.⁶⁴ **35a**

Eine gewisse **Beweiserleichterung** kommt dem Arbeitnehmer zugute, wenn auf seiner Entgeltmitteilung ein bestimmtes **Guthaben** auf dem **Arbeitszeitkonto** ausgewiesen ist. Der Arbeitgeber stellt mit der vorbehaltlosen Ausweisung von Guthabenstunden in einem für den einzelnen Arbeitnehmer geführten Arbeitszeitkonto dessen Saldo streitlos.⁶⁵ **36**

Steht fest (§ 286 ZPO), dass Überstunden auf Veranlassung des Arbeitgebers geleistet worden sind, kann aber der Arbeitnehmer seiner Darlegungs- oder Beweislast für jede einzelne Überstunde nicht in jeder Hinsicht genügen, darf das Gericht den Mindestumfang geleisteter Überstunden nach § 287 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 ZPO **schätzen**.⁶⁶ **37**

V. Überstundenklauseln im Arbeitsvertrag

1. Zulässigkeitskriterien

Auf die Regelungen des Arbeitsvertrags sind regelmäßig die § 305c Abs. 2, §§ 306 und 307 bis 309 BGB anzuwenden (§ 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB) und der Arbeitsvertrag ist ein **Verbrauchervertrag** i. S. v. § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB. Nach ständiger Rechtsprechung des BAG ist eine die pauschale Vergütung von Überstunden regelnde Klausel nur dann klar und verständlich bzw. **transparent** i. S. d. **§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB**, wenn sich aus dem Arbeitsvertrag selbst ergibt, welche Arbeitsleistungen in welchem zeitlichen Umfang von ihr erfasst werden sollen. Der Arbeitnehmer muss bereits bei Vertragsschluss erkennen können, was ggf. „auf ihn zukommt“ und welche Leistungen er für die vereinbarte Vergütung maximal erbringen muss. Es müssen die tatbestandlichen Voraussetzungen **38**

63 BAG 10.4.2013, 5 AZR 122/11, NZA 2013, 1100; BAG 16.5.2012, 5 AZR 347/11, NZA 2012, 939; BAG 18.4.2012, 5 AZR 248/11, NZA 2012, 998.

64 BAG 21.12.2016, 5 AZR 362/16, NZA 2017, 584; BAG 16.5.2012, 5 AZR 347/11, NZA 2012, 939.

65 BAG 23.9.2015, 5 AZR 767/13, NZA 2016, 295; BAG 28.7.2010, 5 AZR 521/09, NZA 2010; LAG Rheinland-Pfalz 29.1.2014, 4 Sa 380/13; *Lembke*, S. 114.

66 BAG 25.3.2015, 5 AZR 602/13, NZA 2015, 1002; BAG 6.9.2017, 5 AZR 382/16, NZA 2018, 180 (Umkleide-/Wegezeiten); LAG Hessen 23.11.2015, 16 Sa 494/15 (Umkleidezeit); LAG Rheinland-Pfalz 6.8.2015, 5 Sa 123/15, MDR 2015, 1429 (enttäuschte Erbschaftserwartung); BAG 21.5.1980, 5 AZR 194/78, NZA 2015, 1002.

Kap. 32 Überstundenvergütung und deren pauschale Abgeltung

und Rechtsfolgen so genau beschrieben werden, dass für den Verwender keine ungerechtfertigten Beurteilungsspielräume entstehen.⁶⁷

- 39 Daneben kommt auch eine materielle **Inhaltskontrolle** bzw. **kontrollfähige Preisnebenabrede** i. S. d. § 307 Abs. 1 S. 1 BGB in Betracht, da das Verhältnis der Hauptleistungspflichten (Arbeit – Entgelt) durch eine Pauschalabgeltung unangemessen verschoben werden kann. Der Arbeitgeber könnte durch Anordnung von Überstunden einseitig und erheblich in das Synallagma eingreifen.⁶⁸ Beispiel: Bei einer nicht weiter begrenzten Klausel könnte der Arbeitgeber in einem Arbeitsverhältnis mit einer betriebsüblichen Arbeitszeit von z. B. 38 Wochenstunden eine Leistung von durchschnittlich bis zu 48 Wochenstunden (§ 3 ArbZG) verlangen und damit das Gegenleistungsverhältnis um mehr als 25% verschieben. Eine derart krasse Beeinträchtigung des Äquivalenzverhältnisses beeinträchtigt den Arbeitnehmer unangemessen.
- 40 Das BAG hat die Frage, ob eine Klausel, die eine Pauschalvergütung von Überstunden mit einer Abrede über die Befugnis des Arbeitgebers zur Anordnung von Überstunden kombiniert, eine kontrollfähige Preisnebenabrede ist, bisher offengelassen. Es hat betont, dass es nicht Aufgabe des Gerichts ist, über die §§ 305 ff. BGB den „gerechten Preis“ zu ermitteln.⁶⁹
- 41 **Unzulässig** sind deshalb **unbegrenzte Pauschalierungsabreden** für Überstunden, wie zum Beispiel:⁷⁰
- Erforderliche Überstunden sind mit dem Monatsgehalt abgegolten.
 - Bei betrieblichen Erfordernissen hat der Arbeitnehmer Überstunden zu leisten. Eine gesonderte Vergütung der Überstunden erfolgt nicht.
 - Mit der vereinbarten Bruttovergütung sind erforderlich werdende Überstunden abgegolten.
- 42 Die AGB-Klauseln genügen nicht dem Transparenzgebot (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB), wenn sich der Umfang der danach ohne zusätzliche Vergütung zu leistenden Überstunden nicht hinreichend deutlich aus dem Arbeitsvertrag ergibt. Die aus § 3 ArbZG folgende Höchstarbeitszeit genügt als transparente Grenze nicht.⁷¹

67 BAG 16.5.2012, 5 AZR 347/11, NZA 2012, 939; BAG 17.9.2011, 5 AZR 406/10, NZA 2011, 1335; BAG 22.2.2012, 5 AZR 765/10, NZA 2012, 861; Clemenz/Kreft/Krause-Klumpp, § 307 Rn. 108; HWK-Thüsing, § 611 BGB Rn. 137.

68 Preis-Preis, II M 20 Rn. 11, 40; Clemenz/Kreft/Krause-Klumpp, § 307 Rn. 109; Küttner-Reinecke, Überstunden, Rn. 10; LAG Köln 20.12.2001, 6 Sa 965/01, AiB 2003, 563; LAG Hamm 18.3.2009, 2 Sa 1108/08, BeckRS 2009, 72599; LAG Berlin-Brandenburg 3.6.2010, 15 Sa 166/10, LSK 2010, 460850.

69 BAG 16.5.2012, 5 AZR 331/11, NZA 2012, 908; Clemenz/Kreft/Krause-Klumpp, § 307 Rn. 108.

70 BAG 1.9.2010, 5 AZR 517/09, NZA 2011, 575; Clemenz/Kreft/Krause-Klumpp, § 307 Rn. 108.

71 BAG 1.9.2010, 5 AZR 517/09, NZA 2011, 575.

Die Begrenzung muss sich aus der Vertragsgestaltung selbst ergeben. Entscheidend ist, dass der Arbeitnehmer erkennen kann, wieviel Arbeitsleistung er für wieviel Entgelt maximal erbringen muss.⁷²

Als **zulässig** hat das BAG eine mündlich getroffene Überstundenvereinbarung angesehen, wonach in dem jeweils vereinbarten **monatlichen Gehalt die ersten zwanzig Überstunden im Monat „mit drin“** seien. Im Fall war der Kläger als Disponent bei einem nicht tarifgebundenen Automobilzulieferer mit 40 Wochenstunden und einem Grundgehalt von 2.184,84 Euro brutto monatlich beschäftigt, sodass jedenfalls 11,5 % der Arbeitszeit zulässig pauschaliert abgegolten werden können. Ab der 21. Überstunde im Monat wurden Überstunden mit einem Zuschlag von 25 % bezahlt.⁷³

- Eine Klausel, nach der in dem monatlichen (Grund-)Gehalt die ersten zwanzig Überstunden im Monat „mit drin“ sind, ist **nicht überraschend** i. S. v. § 305c Abs. 1 BGB oder ungewöhnlich. Dass Arbeitgeber versuchen, Überstunden pauschal abzugelten, ist im Arbeitsleben weit verbreitet.⁷⁴
- Die Regelung ist auch **klar und verständlich**. Aus der Formulierung „mit drin“ ergibt sich – nicht nur im bayerischen Sprachraum – unmissverständlich, dass mit der Monatsvergütung neben der Normalarbeitszeit (40 h/Woche × 4,33 Woche/Monat = 173,2 h/Monat) bis zu zwanzig Überstunden abgegolten sind. Durch die hinreichend bestimmte Quantifizierung weiß der Arbeitnehmer, „was auf ihn zukommt“: Er muss für die vereinbarte Vergütung ggf. bis zu zwanzig Überstunden monatlich ohne zusätzliche Vergütung leisten.
- Auch dass die Klausel sich nicht zu den Voraussetzungen verhält, unter denen der Arbeitgeber die Leistung von Überstunden soll anordnen dürfen, steht ihrer **Transparenz** nicht entgegen. Anordnungsbefugnis und Vergütung von Überstunden sind unterschiedliche Regelungsgegenstände. Ob Überstunden überhaupt angeordnet werden dürfen, ist für die Frage ihrer Vergütung unerheblich (vgl. Rn. 10).

Der Umfang einer zulässigen Abgeltung ist darüber hinaus (noch) ungeklärt. **44** Die Literatur lehnt sich zum Teil an die Rechtsprechung zum Widerrufsvorbehalt an (bis zu 25 %⁷⁵), ist teilweise aber auch deutlich restriktiver, bis zu 10%, die jedenfalls zulässig sind.⁷⁶

72 BAG 16.5.2012, 5 AZR 331/11, NZA 2012, 908; BAG v. 18.11.2015, 5 AZR 751/13, NZA 2016, 487 (sittenwidrige Vergütung); Preis-Preis, II M 20 Rn. 10.

73 BAG 16.5.2012, 5 AZR 331/11, NZA 2012, 908; Clemenz/Kreft/Krause-Klumpp, § 307 Rn. 108.

74 Clemenz/Kreft/Krause-Hoefs, § 305c Rn. 34.

75 Hohenstatt/Schramm, NZA 2007, 238; BAG 13.4.2010, 9 AZR 113/09, NZA-RR 2010, 457; BAG 12.1.2005, 5 AZR 364/04, NZA 2005, 465.

2. Rechtsfolgen unzulässiger Pauschalierung

- 45 Im Falle der Unzulässigkeit ist die entstandene Lücke zu schließen. Dies erfolgt durch § 612 Abs. 2 BGB als Grundnorm des dispositiven Rechts, also das Abstellen auf die übliche Vergütung. Für Arbeitnehmer ist die tarifvertragliche Vergütung üblich, sofern ein die gleiche Arbeit regelnder Tarifvertrag gilt. Es ist auf den Stundensatz für die regelmäßige Arbeitszeit zurückzugreifen. Bei den AT Angestellten ist die übliche Vergütung aus der prozentualen Differenz zur letzten Tarifgruppe zu entnehmen.⁷⁷

3. Musterklausel Überstundenpauschalierung

- 46 Wenn nicht andere kollektivrechtliche Regelungen zu berücksichtigen sind, könnte eine Überstundenpauschalierung arbeitsvertraglich wie folgt geregelt werden:

47 **§ XX Mehrarbeit/Überstunden und bes. Arbeitszeitformen**

- (1) Der Arbeitnehmer ist verpflichtet, auf Anordnung des Arbeitgebers Mehrarbeit und Überstunden, bis zu ... Stunden/Monat, höchstens jedoch in gesetzlich zulässigem Umfang zu erbringen. Darüber hinaus ist er verpflichtet, auf Anordnung des Arbeitgebers Nacht-, Schicht-, Samstags-, Sonntags- und Feiertagsarbeit sowie Arbeitsbereitschaft und Bereitschaftsdienst in gesetzlich zulässigem Umfang zu leisten, wenn die betrieblichen Belange dies erfordern und keine überwiegenden Interessen des Arbeitnehmers entgegenstehen. Dies gilt auch für Dienstreisen.

Auch wenn der Arbeitnehmer auf Anordnung des Arbeitgebers wiederholt Mehrarbeit oder Überstunden leistet, bleibt die vertraglich vereinbarte Arbeitszeit unberührt. Aus der wiederholten Anordnung von Mehrarbeit und/oder Überstunden entsteht kein Anspruch auf deren künftige Anordnung oder entsprechende Vergütung.

- (2) Ansprüche auf Freizeitausgleich, Vergütung und Zuschläge für etwaige Mehrarbeit/Überstunden, sowie Nacht-, Sonn- und Feiertagsarbeit entstehen nur, wenn die Tätigkeit vom Arbeitgeber angeordnet oder genehmigt worden ist.
- (3) Mit der Bruttomonatsvergütung nach § XX sind Mehrarbeits-/Überstunden bis zum Umfang von 10% der (wöchentlichen) Arbeitszeit nach § XX monatlich abgegolten.
- (4) Darüber hinausgehende Mehrarbeits- und Überstunden sind durch Freizeit auszugleichen. Der Arbeitgeber ist berechtigt, Freizeitausgleich im Rahmen billigen Ermessens anzuordnen.

76 Vgl. LAG Hamm 22.5.2012, 19 Sa 1720/11, BeckRS 2012, 71350; Clemenz/Kreft/Krause-Klump, § 307 Rn. 108; HWK-Gothardt, Anh. §§ 305–310 BGB Rn. 41; ErFK-Preis, §§ 305–310 BGB Rn. 92; Bauer/Chwalisz, ZfA 2007, 356.

77 Preis-Preis, Arbeitsvertrag, II M 20 Rn. 53.

Kapitel 33

Vergütung von Bereitschaftsdiensten und Nachtarbeit

Schrifttum: *Baack/Lösler*, Neue Entwicklungen im Arbeitszeitrecht, NZA 2005, 247; *Bauer/Krieger*, Bereitschaftsdienst – (un-)geklärte Fragen zu Arbeitszeit und Vergütung, BB 2004, 549; *Bauer/von Medem*, Betrübliche betriebliche Übung – oder doch nicht so schlimm?, ArbRAktuell 2011, 3; *Doerner/Doerner*, Bereitschaftsdienst – auch in Deutschland Arbeitszeit, NZA 2003, 883; *Raif/Nann*, Arbeitsrecht 4.0 – Möglichkeiten und Hürden in der digitalen Arbeitswelt, GWR 2016, 221; *Schlegel*, Grenzenlose Arbeit, NZA-Beil. 2014, 16; *Schliemann*, Allzeit bereit – Bereitschaftsdienst und Arbeitsbereitschaft zwischen Europarecht, Arbeitszeitgesetz und Tarifvertrag, NZA 2004, 513; *Thüsing/Hütter*, Was ist Arbeit – Oder: Warum Bereitschaftsdienst keine Arbeitszeit im Sinne der MiLoG ist, NZA 2015, 970; *Trägner*, Bereitschaftsdienst angestellter Krankenhausärzte als Arbeitszeit, NZA 2002, 126; *Waltermann*, Die betriebliche Übung, RdA 2006, 257.

Übersicht

| Rn. | Rn. |
|--|--|
| I. Einführung 1 | 2. Höhe des Vergütungsan- spruchs 17 |
| 1. Ausgangslage 1 | a) Bereitschaftsdienst 18 |
| 2. Begrifflichkeiten 2 | aa) Gestaltungsfreiheit . . . 18 |
| a) Bereitschaftsdienst 3 | bb) Mindestlohn für Bereitschaftsdienst . . . 20 |
| b) Nachtarbeit 9 | cc) Vergütungsanspruch aus § 612 Abs. 2 BGB 21 |
| II. Individualrechtliche Aspekte . . . 10 | b) Nachtarbeit 22 |
| 1. Anspruch auf Vergütung 10 | III. Kollektivrechtliche Aspekte . . . 24 |
| a) Verpflichtung zum Ableisten von Bereitschaftsdiensten/ Nachtarbeit 11 | 1. Tarifvertrag 25 |
| b) Anspruch auf Bereitschafts- dienst/Nachtarbeit 13 | a) Bereitschaftsdienst 25 |
| aa) Schriftlich fixierter Anspruch 14 | b) Nachtarbeit 26 |
| bb) Anspruch aus betrieb- licher Übung 15 | 2. Betriebsvereinbarung 27 |
| cc) Anspruch aus arbeits- rechtlichem Gleich- behandlungsgrundsatz . 16 | a) Bereitschaftsdienst 28 |
| | b) Nachtarbeit 29 |
| | IV. Praxishinweis/Formulierungs- vorschlag 30 |

I. Einführung

1. Ausgangslage

Zahlreiche Branchen innerhalb der Arbeitswelt erfordern, dass bestimmte Leis- 1
tungen oder Beratungsdienste jederzeit abgerufen werden können. Unerheblich
bleibt insoweit, ob der Bedarf an einem Sonn- oder Feiertag besteht oder eine

Kap. 33 Vergütung von Bereitschaftsdiensten und Nachtarbeit

Leistung während der Nacht in Anspruch genommen werden muss. Klassische Anwendungsfelder dieser extensiven Leistungszeiten sind etwa der medizinische Bereich,¹ der eine medizinische Versorgung rund um die Uhr faktisch garantiert,² oder bestimmte Industriezweige, wie die Schwer- oder Automobilindustrie, welche in der Regel nur im kontinuierlichen Schichtbetrieb profitabel arbeiten können. Das Funktionieren dieser Branchen und ihrer Leistungsangebote macht die Leistung von Bereitschaftsdiensten und/oder Nachtdiensten erforderlich.³ Bei diesen Formen der Arbeit sind individual- und kollektivrechtliche Aspekte zu beachten. Nicht zuletzt ist Gegenstand fortlaufender Diskussion, wie diese Formen der Arbeit zu vergüten sind.

2. Begrifflichkeiten

- 2 Zu beiden Arten der Leistungserbringung finden sich diverse gesetzliche Vorschriften. Im Gegensatz zur Nachtarbeit ist für den Bereitschaftsdienst vieles gesetzlich nicht hinreichend geregelt, was oft zu arbeitsrechtlichen Streitigkeiten führt.

a) Bereitschaftsdienst

- 3 Bereitschaftsdienst ist eine Art der Leistungserbringung, welche typischerweise außerhalb der regelmäßigen Arbeitszeit erbracht wird.⁴ Sie wird in verschiedenen gesetzlichen Regelungen erwähnt.⁵ Eine Legaldefinition gibt es aber nicht. Nach ständiger Rechtsprechung wird vom Arbeitnehmer bei einem Bereitschaftsdienst verlangt, dass er sich für Zwecke des Betriebs an einem vom Arbeitgeber bestimmten Ort innerhalb oder außerhalb des Betriebs aufzuhalten hat, damit er erforderlichenfalls seine volle Arbeitstätigkeit auf Anweisung hin unverzüglich aufnehmen kann.⁶ Exemplarisch sei der Bereitschaftsarzt oder Feuerwehrmann genannt, der sich am Wochenende bereithält oder im Gemeinschaftsraum der Feuerwache verweilt und auf den nächsten Einsatz wartet. Während dieser Wartezeit kann der Arbeitnehmer seine Zeit frei nutzen,⁷ etwa

1 Vgl. *Doerner/Doerner*, NZA 2003, 883.

2 <http://www.bereitschaftsdienst-hessen.de/startseite/>.

3 Durchschnittlich bis zu sechs Bereitschaftsdienste je Arzt am Wochenende/Jahr in Bayern, <http://www.spiegel.de/gesundheit/diagnose/aerztlicher-bereitschaftsdienst-das-problem-der-mangelnden-kompetenz-a-918881.html>.

4 Vgl. BAG 24.1.2006, 1 ABR 6/05, NZA 2006, 862, 868; BAG 22.7.2003, 1 ABR 28/02, NZA 2004, 507, 510.

5 Vgl. § 7 Abs. 1 Nr. 4a ArbZG.

6 Vgl. BAG 24.9.2008, 10 AZR 770/07, NZA 2009, 272, 274; BAG 17.7.2008, 6 AZR 505/07, NJOZ 2008, 4607, 4610; *Baeck/Deutsch*, § 2 ArbZG Rn. 41; *Baeck/Lösler*, NZA 2005, 247, 248.

7 *ErfK-Wank*, § 2 ArbZG Rn. 29.

um Zeitung zu lesen oder einen Film zu schauen. Charakteristisch für den Bereitschaftsdienst ist primär die für den Arbeitnehmer bestehende Aufenthaltsbeschränkung, die im Bedarfsfall ein unverzügliches Tätigwerden ermöglicht. Dagegen handelt es sich beim Bereitschaftsdienst nicht um reguläre Arbeitsleistung.⁸

Abzugrenzen ist der Bereitschaftsdienst von anderen Formen der Arbeitsleistung, etwa der Arbeitsbereitschaft oder der Rufbereitschaft. **4**

Unter Arbeitsbereitschaft versteht die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung und wohl überwiegende Auffassung in der rechtswissenschaftlichen Literatur eine Zeit wacher Aufmerksamkeit im Zustand der Entspannung.⁹ Von außen betrachtet gleichen sich somit beide Formen der Arbeitsleistung. Der wesentliche Unterschied von Arbeitsbereitschaft und Bereitschaftsdienst liegt darin, dass sich der Arbeitnehmer bei der Arbeitsbereitschaft zur Arbeit bereithalten muss, um erforderlichenfalls von sich aus tätig zu werden, während beim Bereitschaftsdienst der Arbeitnehmer „auf Anordnung“ den Dienst aufnehmen muss.¹⁰ Beide Formen der Arbeitsleistung sind somit nach den Gesamtumständen abzugrenzen. So leistet ein Mitarbeiter, der in der Warenannahme beschäftigt ist, in den Zeiten zwischen zwei Lieferungen in der Regel Arbeitsbereitschaft,¹¹ da er bei Eintreffen der nächsten Lieferung von sich aus die Waren annehmen muss, d.h. seine Arbeitsleistung erbringen, und nicht gesondert hierzu aufgefordert werden muss.¹² Charakteristisch für die Arbeitsbereitschaft ist somit eine volatile Beanspruchung des Arbeitnehmers. Ähnlich wie der Bereitschaftsdienst gilt Arbeitsbereitschaft als Arbeitszeit und ist zu vergüten, wobei die Vergütung aufgrund der geringeren Belastung im Vergleich zur Vollarbeit ebenfalls weniger als die reguläre Vergütung betragen kann.¹³ **5**

Von der Rufbereitschaft unterscheidet sich der Bereitschaftsdienst dahingehend, dass sich der Mitarbeiter in dem Zeitraum, für den Rufbereitschaft angeordnet ist, nicht im Betrieb oder an einem vom Arbeitgeber vorgegebenen Ort aufhalten muss, sondern seinen Aufenthaltsort selbst bestimmen kann.¹⁴ Aus diesem for- **6**

8 BAG 17.7.2008, 6 AZR 505/07, NJOZ 2008, 4607, 4610; *Schliemann*, NZA 2004, 513, 515; *Trägner*, NZA 2002, 126, 127.

9 BAG 12.12.2012, 5 AZR 877/12, BeckRS 2013, 68693; BAG 11.7.2006, 9 AZR 519/05, NZA 2007, 155, 158; BAG 9.3.2005, 5 AZR 385/02, NJOZ 2005, 3554, 3556; *Baack/Deutsch*, § 2 Rn. 33; *ErfK-Wank*, § 2 ArbZG Rn. 21.

10 BAG 12.12.2012, 5 AZR 877/12, BeckRS 2013, 68693.

11 Der Zeitraum muss einen gewissen Umfang haben – sog. Splitterzeiten, d.h. Unterbrechungen von lediglich ein paar Minuten, reichen nicht aus, um Arbeitsbereitschaft anzunehmen.

12 Dann läge Bereitschaftsdienst vor.

13 *ErfK-Wank*, § 2 ArbZG Rn. 22.

14 BAG 31.1.2002, 6 AZR 214/00, NJOZ 2002, 1996, 1998; *ErfK-Wank*, § 2 ArbZG Rn. 30; *Schlegel*, NZA-Beil. 2014, 16, 19.

Kap. 33 Vergütung von Bereitschaftsdiensten und Nacharbeit

mellen Abgrenzungskriterium darf aber nicht der vorschnelle Schluss gezogen werden, dass sich beide Formen der Arbeitsleistung stets leicht voneinander unterscheiden lassen. Problematisch wird die Abgrenzung, wenn dem Arbeitnehmer im Rahmen der Rufbereitschaft enge zeitliche Grenzen zur Arbeitsaufnahme gesetzt werden. Richtigerweise liegt dann nämlich keine Rufbereitschaft, sondern Bereitschaftsdienst vor. Denn de facto kann der Arbeitnehmer aufgrund von kurzen Ankündigungsfristen für die Arbeitsaufnahme gerade nicht frei über seinen Aufenthaltsort entscheiden, was aber wesentliches Merkmal für die Annahme von Rufbereitschaft ist. Nach der Rechtsprechung stellen Zeitspannen zwischen 15–20 Minuten, bezogen auf den Zeitraum zwischen Abruf und Aufnahme der Arbeit, derart enge Zeitvorgaben dar, dass sie nicht mehr mit dem Wesen der Rufbereitschaft vereinbar sind. Vielmehr ist der Arbeitnehmer dann faktisch gezwungen, sich in unmittelbarer Nähe des Arbeitsplatzes aufzuhalten, weshalb er rechtlich Bereitschaftsdienst leistet.¹⁵ Diese Argumentationslinie hat der EuGH ausdrücklich aufrecht erhalten.¹⁶ Im Gegensatz zum Bereitschaftsdienst sind Zeiten der Rufbereitschaft – außerhalb des konkreten Rufeinsatzes – nach allgemeiner Auffassung nicht als Arbeitszeit zu werten.¹⁷ Gleichwohl hat der Arbeitnehmer einen Anspruch auf eine Vergütung für die Rufbereitschaft, da er in seiner Lebensgestaltung nicht vollkommen frei ist. Die Vergütung kann aber wiederum geringer bemessen sein als die Vollarbeit. Zeiten des Rufeinsatzes sind hingegen voll zu vergüten und stellen arbeitszeitrechtlich vollwertige Arbeitszeit dar.¹⁸

- 7 Auch von der Ruhezeit, oder umgangssprachlich Freizeit, ist der Bereitschaftsdienst abzugrenzen. Dieser Umstand ist den modernen Kommunikationsmitteln, wie z.B. dem Smartphone, geschuldet, die eine durchgehende Erreichbarkeit und Einsatzfähigkeit des Arbeitnehmers ermöglichen. Gerade bei „leitenden“ Arbeitnehmern wird erwartet und nicht selten auch konkret angewiesen, dass diese außerhalb der betriebsüblichen Arbeitszeit regelmäßig ihr Smartphone zur Hand nehmen, um z.B. E-Mails zu lesen und bei Bedarf zu reagieren, d.h. im Ergebnis die Arbeit aufnehmen. Je nach Tätigkeitsinhalt kann auch hier ein faktischer Bereitschaftsdienst vorliegen. Gleichwohl ist vergütungsrechtlich noch nicht abschließend geklärt, welche Form der Arbeitsleistung vorliegt, wenn der Arbeitgeber einen Arbeitnehmer anweist, „rund um die Uhr“ erreichbar zu sein.¹⁹ Klar ist aber, dass eine angewiesene durchgehende Erreichbarkeit etwas

15 LAG Rheinland-Pfalz 20.9.2012, 11 Sa 81/12, BeckRS 2012, 75870; BAG 31.1.2002, 6 AZR 214/00, NJOZ 2002, 1996, 1998.

16 EuGH 21.2.2018, C-518/15 (Ville de Nivelles / Rudy Matzak), NZA 2018, 293.

17 *Baeck/Deutsch*, § 2 Rn. 54.

18 BAG 29.6.2000, 6 AZR 900/98, NZA 2001, 165, 166; BAG 5.2.2009, 6 AZR 114/08, NZA 2009, 559, 561; Küttner-Poeche, Rufbereitschaft, Rn. 5.

19 Arbeitszeitrechtlich ist diese Problemstellung vermehrt diskutiert worden, vgl. etwa zusammenfassend Raiff/Nann, GWR 2016, 221, 223.

anderes ist als durchgehende Freizeit, da der Arbeitnehmer jederzeit mit einer von ihm zu beantwortenden Anfrage zu rechnen hat. Diese Beschränkung der Freizeit rechtfertigt eine grundsätzliche Vergütungspflicht des Arbeitgebers. Wie hoch diese Vergütung ausfällt, muss sich dann daran bemessen, was die „angewiesene durchgehende Erreichbarkeit“ arbeitsrechtlich darstellt. Sofern sie inhaltlich Bereitschaftsdienst darstellt, ist sie entsprechend zu vergüten. Bereitschaftsdienst dürfte z. B. in Konstellationen vorliegen, in denen Arbeitnehmer zwingend in den Betrieb des Arbeitgebers fahren müssen, um die eingegangenen Anfragen zu erledigen. Schließlich liegt dann eine entsprechende Aufenthaltsbeschränkung vor, welche charakteristisch für den Bereitschaftsdienst ist. Kann der Arbeitnehmer hingegen die Arbeiten von zu Hause aus erledigen, etwa indem er E-Mails über sein Smartphone beantwortet, ist diese „Dauererreichbarkeit“ inhaltlich Rufbereitschaft und entsprechend diesen Grundsätzen zu vergüten. Wenn Arbeitnehmer aber ohne ausdrückliche Anweisung des Arbeitgebers außerhalb der regulären Arbeitszeit gelegentlich über ihr Smartphone E-Mails beantworten und/oder aber auch einmal ein Telefonat führen, wird man den Umständen nach nicht von Bereitschaftsdienst oder Rufbereitschaft auszugehen haben, da eine entsprechende Beschränkung der Freizeit nicht vom Arbeitgeber verursacht ist. Noch weniger wird man von einer zusätzlichen Vergütungspflicht des Arbeitgebers ausgehen müssen (§ 612 Abs. 1 BGB). Schließlich geht das Bundesarbeitsgericht (BAG) davon aus, dass bei Arbeitnehmern mit einem Gehalt oberhalb der Beitragsbemessungsgrenze in der gesetzlichen Rentenversicherung generell keine Vergütungserwartung für jegliche Überstunden besteht (zur Vergütung von Überstunden s. Kap. 32). Wenn eine Vergütungserwartung aber schon bei Erbringen von „Vollarbeit“ nicht vorliegt, muss dies umso mehr bei Formen der Arbeitsleistung gelten, welche nicht als Vollarbeit gelten. Somit haben jedenfalls Arbeitnehmer, deren Gehalt oberhalb der Beitragsbemessungsgrenze in der gesetzlichen Rentenversicherung liegt, keinen Anspruch auf eine zusätzliche Vergütung, sofern sie ohne ausdrückliche Anordnung außerhalb der regulären Arbeitszeit E-Mails beantworten oder Telefonate führen.

Zeiten des Bereitschaftsdienstes sind nicht zuletzt auch vom Ableisten von Überstunden abzugrenzen. Dies gilt immer dann, wenn sich unmittelbar an die reguläre Arbeitszeit weitere Einsatzzeiten anschließen. Von außen betrachtet kann dies in Form von Überstunden erfolgen oder in Form von Bereitschaftsdiensten, da Bereitschaftsdienste ein gewisses Quantum an Vollarbeit umfassen. Die Rechtsprechung grenzt beide Formen der Leistungserbringung formal danach ab, ob der Arbeitgeber zur Erbringung der Dienste Überstunden oder Bereitschaftsdienst angeordnet hat – in der Wahl der Mittel ist er im Grundsatz frei.²⁰ In praktischer Hinsicht ist daher wichtig, dass der Arbeitgeber entsprechend klar und eindeutig kommuniziert, ob er Bereitschaftsdienst oder die Leis-

20 BAG 25.4.2007, 6 AZR 799/06, NZA 2007, 1108, 1109.

Kap. 33 Vergütung von Bereitschaftsdiensten und Nachtarbeit

tung von Überstunden anordnet (zur Anordnungsbefugnis und zur Vergütungspflicht von Überstunden s. Kap. 32).

b) Nachtarbeit

- 9 Im Gegensatz zum Bereitschaftsdienst findet sich für den Begriff der Nachtarbeit eine Legaldefinition. Nachtarbeit (im arbeitszeitrechtlichen Sinne) ist grundsätzlich jede Arbeit, die mehr als zwei Stunden während der Zeit von 23 bis 6 Uhr dauert (§ 2 Abs. 4 i.V.m. § 2 Abs. 3 ArbZG). Der Beginn dieses Zeitraums wird regelmäßig in oder aufgrund von Tarifverträgen, z. B. in einer Betriebsvereinbarung, zeitlich nach vorne verschoben – die Tarifvertragsparteien nutzen insoweit die Öffnungsklausel in § 7 Abs. 1 Nr. 5 ArbZG.²¹

II. Individualrechtliche Aspekte

1. Anspruch auf Vergütung

- 10 Zahlreiche Fragen ergeben sich bei der Bemessung der Vergütung von Bereitschaftsdienst und Nachtarbeit, wobei viele Aspekte bereits Gegenstand arbeitsgerichtlicher Entscheidungen oder rechtswissenschaftlicher Veröffentlichungen waren. Ob und in welcher Höhe Bereitschaftsdienste oder Nachtarbeit zu vergütet sind, ist abhängig von der vorgeschalteten Frage, ob ein Arbeitnehmer überhaupt zum Ableisten entsprechender Dienste verpflichtet werden kann bzw. ob er verlangen kann, dass ihm solche Dienste zugewiesen werden.

a) Verpflichtung zum Ableisten von Bereitschaftsdienst/Nachtarbeit

- 11 Eine Verpflichtung zum Ableisten von Bereitschaftsdienst/Nachtarbeit muss sich in der Regel aus dem Arbeitsvertrag ergeben. Da sowohl Bereitschaftsdienst als auch Nachtarbeit keine „klassischen“ Arbeitsformen sind, ist ein Arbeitnehmer nur bei entsprechender vertraglicher Regelung verpflichtet, solche Dienste zu leisten.²² Fehlt es an einer vertraglichen Regelung, kann der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber nicht einseitig zu solchen Diensten herangezogen werden.
- 12 Von der grundsätzlichen arbeitsvertraglichen Verpflichtung des Arbeitnehmers zur Leistung solcher Dienste ist die Frage der Anordnung bzw. Zuteilung von entsprechenden Diensten im konkreten Einzelfall zu trennen. Bei Letzterer muss der Arbeitgeber zusätzlich billiges Ermessen wahren.²³ Insoweit muss der Ar-

21 Vgl. etwa Manteltarifvertrag mit der IG Bergbau, Chemie, Energie vom 24.6.1992 – in der Fassung vom 17.10.2013, § 3 Ziff. II. – Nachtarbeit: „Als Nachtarbeit gilt die in der Zeit von 22 Uhr bis 6 Uhr geleistete Arbeit.“

22 Küttner-Poeche, Bereitschaftsdienst, Rn. 5.

23 BAG 25.10.1989, 2 AZR 633/88, NZA 1990, 561, 564; BAG 12.2.1992, 4 AZR 314/91, NZA 1992, 661, 662.

beitgeber seine berechtigten betrieblichen Interessen mit berechtigten Interessen des Arbeitnehmers abwägen. Zu den berechtigten Interessen des Arbeitnehmers gehören auch private Belange, wie die Sicherstellung der Kinderbetreuung oder die Pflege von Angehörigen. Diese gegenläufigen Interessen müssen vom Arbeitgeber abgewogen und gewichtet werden. Verlieft der Abwägungsprozess fehlerhaft, etwa, weil bestimmte Interessen nicht ausreichend berücksichtigt worden sind, bewirkt dies, dass die Anordnung nicht billigem Ermessen gem. § 315 BGB entspricht; sie ist unwirksam und kann gegenüber dem Arbeitnehmer nicht durchgesetzt werden.

b) Anspruch auf Bereitschaftsdienst/Nachtarbeit

Spiegelbildlich zur Frage, ob Arbeitnehmer verpflichtet sind, auf Weisung des Arbeitgebers Bereitschaftsdienst oder Nachtarbeit zu verrichten, stellt sich die Frage, ob Arbeitnehmer einen Anspruch haben, solche Dienste zugeteilt zu erhalten. Motivation dürfte hier vor allem sein, die Vergütung durch zusätzliche Dienste oder Zuschläge zu erhöhen. Im Grundsatz gilt insoweit, dass ein Arbeitnehmer ohne vertragliche Grundlage keinen Anspruch auf Zuteilung von solchen Diensten hat.²⁴ **13**

aa) Schriftlich fixierter Anspruch

Hinsichtlich des Anspruchs auf Zuteilung von Bereitschaftsdiensten und Nachtarbeit dem Grunde nach ist naturgemäß die Konstellation als unproblematisch zu erachten, in welcher der Anstellungsvertrag dies vorsieht. Sofern dort die Einteilung zu Bereitschaftsdiensten oder Nachtarbeit als Anspruch ausgestaltet ist, kann der Arbeitnehmer dies rechtlich durchsetzen, um im Ergebnis eine höhere Vergütung als die Grundvergütung zu erzielen. Oft sehen arbeitsvertragliche Klauseln zu Bereitschaftsdienst und Nachtarbeit – wenn vorhanden – zwar eine Verpflichtung des Arbeitnehmers zu solchen Diensten vor, schließen einen diesbezüglichen Anspruch aber aus. Denn der Arbeitgeber hat in der Regel ein gesteigertes Interesse daran, den Arbeitnehmer zu entsprechenden Diensten zu verpflichten – nicht aber umgekehrt verpflichtet zu sein, eine Zuteilung, ggf. sogar in einem bestimmten Umfang, vorzunehmen. Dies gilt nicht zuletzt deshalb, weil Bereitschaftsdienst und Nachtarbeit mit zusätzlichen und höheren Kosten verbunden sind, als dies bei regulärer Arbeitszeit der Fall ist. Zudem kann der Bedarf an solchen Diensten einzelfallabhängig sein. **14**

²⁴ Vgl. BAG 13.11.1986, 6 AZR 567/83, AP BGB § 242 Betriebliche Übung Nr. 27; Küttner-Poeche, Bereitschaftsdienst, Rn. 6.

bb) Anspruch aus betrieblicher Übung

- 15** Ein Anspruch auf Zuteilung von Bereitschaftsdienst und Nachtarbeit kann sich auch aus betrieblicher Übung ergeben.²⁵ Dies ist dann der Fall, wenn keine Tatbestände vorliegen, die eine betriebliche Übung ausschließen,²⁶ und wenn entsprechende Dienste regelmäßig, bedingungslos und über einen langen Zeitraum zugeteilt werden.²⁷ In solchen Konstellationen können Arbeitnehmer davon ausgehen, dass sie weiterhin in üblicher Art und Weise zu Bereitschaftsdiensten oder zu Nachtarbeit herangezogen werden. Um diesen Anspruch für die Zukunft zu beenden, muss der Arbeitgeber eine entsprechende Vereinbarung mit dem Arbeitnehmer treffen. Eine einseitige Beendigung der betrieblichen Übung zum Beispiel durch eine sog. negative betriebliche Übung ist nicht mehr möglich.²⁸

cc) Anspruch aus arbeitsrechtlichem Gleichbehandlungsgrundsatz

- 16** Ein Anspruch auf Zuteilung von Bereitschaftsdienst und Nachtarbeit kann sich auch aus dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz ergeben.²⁹ Hiernach können Arbeitnehmer die Zuteilung entsprechender Dienste verlangen, sofern dies bei vergleichbaren Arbeitnehmern ebenfalls erfolgt. Nur wenn sachliche Gründe vorliegen, welche die Versagung der Zuteilung rechtfertigen, kann der Anspruch des Arbeitnehmers abgelehnt werden.³⁰ Sachliche Gründe für eine Versagung sind insbesondere dann anzunehmen, wenn ein Arbeitnehmer bei Bereitschaftsdiensten regelmäßig nicht unverzüglich seine Arbeit aufnimmt oder er trotz eines Bereitschaftseinsatzes nicht vollwertig die geschuldete Leistung erbringt.³¹ Eine Versagung der Zuteilung von Nachtarbeit dürfte ferner dann sachlich gerechtfertigt sein, wenn der Arbeitnehmer aus z. B. gesundheitlichen Gründen nicht in der Lage ist, die Arbeitsleistung vertragsgemäß zu erbringen. Anzeichen hierfür mag eine besondere Fehleranfälligkeit während der Nachtarbeit im Vergleich zur Arbeitsleistung bei regulären Tagdiensten sein.

25 Vgl. umfassend zur betrieblichen Übung *Waltermann*, RdA 2006, 257 m. w. N.

26 Etwa bei doppelter Schriftformklausel im Anstellungsvertrag, vgl. insoweit *Bauer/von Medem*, ArbRAktuell 2011, 3, 5, und etwa bei irriger Leistungsgewährung, vgl. insoweit *Waltermann*, RdA 2006, 257, 266.

27 Vgl. BAG 13.11.1986, 6 AZR 567/83, AP BGB § 242 Betriebliche Übung Nr. 27 – in der streitigen Entscheidung betrug der Zeitraum ca. sieben Jahre.

28 Vgl. BAG 18.3.2009, 10 AZR 281/08, NZA 2009, 601, 602 – Aufgabe der Rspr. zur sog. negativen oder gegenläufigen betrieblichen Übung.

29 Zum Begriff und zur Reichweite vgl. *MüArbR-Richardi*, § 9 m. w. N.

30 Vgl. LAG Berlin 16.1.1997, 7 Sa 68/09, BeckRS 1997, 30891185 zur vergleichbaren Problematik, ob die Versagung der Zuteilung billigem Ermessen entspricht.

31 Vgl. LAG Berlin 16.1.1997, 7 Sa 68/96, BeckRS 1997, 30891185.

2. Höhe des Vergütungsanspruchs

Die Höhe der Vergütung für Bereitschaftsdienste oder Nacharbeit ist zunächst **17** Gegenstand der individuellen Vereinbarung zwischen den Arbeitsvertragsparteien. Gleichwohl sind gesetzliche Rahmenbedingungen zu beachten, welche den Gestaltungsspielraum begrenzen.

*a) Bereitschaftsdienst**aa) Gestaltungsfreiheit*

Aufgrund der Tatsache, dass in Zeiten des Bereitschaftsdienstes keine volle Arbeitsleistung erbracht wird und die für die reguläre Arbeitsleistung geschuldete Vergütung als unangemessen hoch anzusehen ist, steht es den Arbeitsvertragsparteien im Grundsatz frei, eine geringere als die vertragliche geschuldete Vergütung zu vereinbaren.³² Eine (eingeschränkte) Vergütungspflicht gem. § 611 BGB besteht dem Grunde nach aber auch für Zeiten des Bereitschaftsdienstes.³³ Hintergrund hierfür ist, dass der Arbeitnehmer in der Wahl des Aufenthalts beschränkt ist, um bei Bedarf unverzüglich seine Arbeitsleistung verrichten zu können. Zwar kann der Arbeitnehmer während des Bereitschaftsdienstes grundsätzlich frei über seine Aktivitäten bestimmen. Gleichwohl ergeben sich mittelbare Beschränkungen, wenn dem Arbeitnehmer ein bestimmter Aufenthaltsort vorgegeben ist. Auch die Tatsache, dass der Arbeitnehmer auf Abruf unverzüglich die Arbeit aufzunehmen hat, wird übliche Freizeitaktivitäten, wie z. B. Kletter- oder Wanderausflüge, meist unmöglich machen. Hieraus folgert das BAG, dass eine etwaige Untätigkeit während des Bereitschaftsdienstes somit nicht Ausfluss einer individuellen Entscheidung, sondern allein vom Arbeitgeber veranlasst ist.³⁴

Neben dem grundsätzlichen Anspruch auf Vergütung sind bei der Festlegung der Vergütungshöhe die allgemeinen zivilrechtlichen Grenzen der §§ 134, 138 BGB zu beachten.³⁵ Um entsprechende Streitigkeiten zu vermeiden und die Abrechnung weiter zu erleichtern, sind Pauschalierungen daher üblich und rechtlich zulässig. Typischerweise ist Maßstab für die Höhe der Bereitschaftsdienstvergütung der erfahrungsgemäße Arbeitsanfall während des Bereitschaftsdienstes. Nach der Rechtsprechung ist eine Pauschalierung, wonach der Arbeitnehmer mehr als 50 % der regulären Arbeitsvergütung für den Bereitschaftsdienst erhält, **19**

32 BAG 24.9.2008, 10 AZR 770/07, NZA 2009, 272, 274; BAG 17.7.2008, 6 AZR 505/07, NJOZ 2008, 4607, 4610; LAG Berlin-Brandenburg 20.6.2017, 11 Sa 161/17, BeckRS 2017, 124100; *Baeck/Deutsch*, § 2 ArbZG Rn. 46.

33 *Anzinger/Koberski*, § 2 Rn. 50.

34 Vgl. BAG 19.11.2014, 5 AZR 1101/12, AP BGB § 611 Nr. 24.

35 *Bauer/Krieger*, BB 2004, 549, 550.

Kap. 33 Vergütung von Bereitschaftsdiensten und Nacharbeit

zulässig,³⁶ sofern erfahrungsgemäß die tatsächliche Vollarbeit während des Bereitschaftsdienstes weniger als 50 % beträgt. Im Rahmen einer Pauschalierung ist dann auch irrelevant, in welchem Umfang tatsächlich Arbeitsleistung erbracht wurde.

bb) Mindestlohn für Bereitschaftsdienst

- 20** Lange Zeit war unklar, ob das zum 1.1.2015 in Kraft getretene Mindestlohngesetz (MiLoG) außerhalb von „klassischen“ Formen der Arbeitsleistung Anwendung findet und somit auch hier der Mindestlohn von € 8,84³⁷ zu zahlen ist. In der rechtswissenschaftlichen Literatur wurde überwiegend die Auffassung vertreten, dass im Grundsatz Bereitschaftsdienste nicht in den Anwendungsbereich des MiLoG fallen.³⁸ Das BAG hat mittlerweile aber klargestellt, dass auch Zeiten des Bereitschaftsdienstes mit dem Mindestlohn zu vergüten sind.³⁹ Dies gilt somit unabhängig von der Tatsache, dass während des Bereitschaftsdienstes überwiegend keine wirkliche Arbeitsleistung erbracht wird. Maßgeblich für die Vergütungspflicht ist für das BAG zum einen, dass der Arbeitnehmer im Rahmen des vom Arbeitgeber angeordneten Bereitschaftsdienstes in seiner Entscheidungsfreiheit bzgl. seiner Aktivitäten, zumindest hinsichtlich des Aufenthaltsortes, erheblich beschränkt ist. Zum anderen ist nach dem BAG auch jegliche vom Arbeitgeber veranlasste Untätigkeit als vergütungsrechtliche Arbeitszeit einzuordnen. Eine Vereinbarung über die Vergütung von Bereitschaftsdiensten, die weniger als den jeweils gültigen Mindestlohn vorsieht, ist daher nicht mehr zulässig.

cc) Vergütungsanspruch aus § 612 Abs. 2 BGB

- 21** Treffen die Arbeitsvertragsparteien keine Vereinbarung über die Bereitschaftsdienstvergütung, so gilt gem. § 612 Abs. 2 BGB, dass (bei Ermangelung einer Taxe) die übliche Vergütung als geschuldet gilt. Derzeit noch nicht abschließend geklärt ist die Frage, ob bei Fehlen einer Abrede über die Vergütung des Bereitschaftsdienstes allein der Mindestlohn geschuldet ist oder eine übliche Vergütung gem. § 612 Abs. 2 BGB. In seiner neuesten Entscheidung hatte das BAG⁴⁰ dem Kläger nämlich allein einen Anspruch auf den Mindestlohn zuerkannt und eine darüber hinausgehende Vergütung auf Basis von § 612 Abs. 2 BGB abgelehnt. Eine entsprechende Vergütungserwartung lag in dem entschiedenen Sachverhalt

36 BAG 28.1.2004, 5 AZR 530/02, NZA 2004, 656, 659.

37 Gem. Entscheidung der Mindestlohnkonferenz vom 26.6.2018 steigt der gesetzliche Mindestlohn zum 1.1.2019 auf € 9,19 (brutto)/Stunde und zum 1.1.2020 auf € 9,35 (brutto)/Stunde.

38 *Thüsing/Hütter*, NZA 2015, 970, 973 m. w. N.

39 BAG 29.6.2016, 5 AZR 716/15.

40 BAG 29.6.2016, 5 AZR 716/15.

nach Auffassung des BAG nicht vor.⁴¹ Ebenso ungeklärt ist derzeit die Frage, ob bei einem Unterschreiten des gesetzlichen Mindestlohns allein dieser oder eine ggf. noch höhere übliche Vergütung geschuldet ist. Richtig scheint hier zu sein, dass zumindest der Mindestlohn geschuldet ist, es sei denn, dass dieses Ergebnis gegen §§ 134, 138 BGB verstößt, weil der Lohn nicht 2/3 des üblichen Lohns erreicht und damit als sittenwidrig zu erachten ist.⁴² In diesem Fall kommt eine Anpassung der Vergütung nach der allgemeinen Regelung des § 612 Abs. 2 BGB in Betracht. Im Übrigen hat der Gesetzgeber mit der Einführung des gesetzlichen Mindestlohns eine Grundsatzentscheidung getroffen, wie eine Arbeitsstunde wirtschaftlich mindestens im Ansatz zu bringen ist.

b) Nachtarbeit

Der Arbeitnehmer hat bei Erbringung von Nachtarbeit einen Anspruch auf die reguläre Vergütung nach den arbeitsvertraglichen Regelungen. Darüber hinaus hat der Arbeitnehmer für geleistete Nachtarbeit gem. § 6 Abs. 5 ArbZG einen Anspruch auf einen angemessenen Zuschlag auf das ihm zustehende Bruttoarbeitsentgelt.⁴³ Tatbestandsvoraussetzungen sind das Fehlen tarifvertraglicher Ausgleichsregelungen⁴⁴ sowie die Klassifizierung des Arbeitnehmers als Nachtarbeitnehmer i. S. v. § 2 Abs. 5 ArbZG. **22**

Das ArbZG definiert nicht, was ein „angemessener“ Zuschlag im Sinne der vorgenannten Vorschrift ist. Der unbestimmte Rechtsbegriff bedarf der Ausfüllung durch die betriebliche Praxis. Im Ergebnis hat der Gesetzgeber die Entscheidung über die Angemessenheit eines Zuschlages damit den Arbeitsgerichten überlassen. Das BAG erachtet im Grundsatz einen Zuschlag von 25% auf den jeweiligen Bruttostundenlohn für angemessen.⁴⁵ Dieser Wert gilt aber nicht branchen- und tätigkeitsübergreifend, sondern stellt eine grundsätzliche Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs „angemessen“ dar. Liegen Umstände vor, welche einen Ausgleich von 25% als zu gering oder zu hoch erscheinen lassen, kann sich der Ausgleichswert entsprechend erhöhen oder vermindern. Die Höhe des Ausgleichs richtet sich nämlich stets nach der Art der geschuldeten Arbeitsleistung. Nach der Rechtsprechung rechtfertigt daher der regelmäßige Einsatz eines **23**

41 BAG 29.6.2016, 5 AZR 716/15.

42 Vgl. BAG 17.12.2014, 5 AZR 663/13, NZA 2015, 608, 610; BAG 22.4.2009, 5 AZR 436/08, NZA 2009, 837, 838.

43 Nach dem Gesetz besteht auch die Möglichkeit, den Ausgleich durch Freizeit zu gewährleisten. Der Arbeitgeber hat hier ein Wahlrecht, vgl. Küttner-Poeche, Nachtarbeit, Rn. 5.

44 D.h. tarifliche Regelungen gelten nicht normativ oder kraft Bezugnahme Klausel.

45 BAG 9.12.2015, 10 AZR 423/14, NZA 2016, 426, 429; BAG 16.4.2014, 4 AZR 802/1, NZA 2014, 1277, 1282; LAG Köln 25.10.2017, 3 Sa 400/17, BeckRS 2017, 144237; Anzinger/Koberski, § 6 Rn. 821; Baeck/Deutsch, § 6 Rn. 85.

Kap. 33 Vergütung von Bereitschaftsdiensten und Nachtarbeit

Arbeitnehmers in Nachtarbeit (sog. Dauernachtarbeit) eine Erhöhung des Ausgleichs auf 30 %.⁴⁶ Umgekehrt rechtfertigen Umstände, welche zu einer deutlich geringeren Arbeitsbelastung während der Nachtarbeit führen, einen geringeren Ausgleich. So kann ein Zuschlag von 15 % ausreichend sein, sofern in die Nachtarbeit Arbeitsbereitschaft fällt.⁴⁷ In der Entscheidung des BAG bleibt allerdings offen, wie hoch der Anteil der Arbeitsbereitschaft sein muss.

III. Kollektivrechtliche Aspekte

- 24 Die Einführung und Ausgestaltung von Bereitschaftsdienst und Nachtarbeit erfolgt meist durch Regelungen mit den zuständigen betrieblichen Arbeitnehmervertretungen und – insbesondere hinsichtlich der Vergütung – mit der zuständigen Gewerkschaft. Dabei sind die Beteiligungsrechte für Bereitschaftsdienst und Nachtarbeit unterschiedlich stark ausgestaltet.

1. Tarifvertrag

a) Bereitschaftsdienst

- 25 Die Einführung, Ausgestaltung und vor allem die Vergütung von Bereitschaftsdiensten sind regelmäßig Gegenstand von tariflichen Regelungen, sofern in einer bestimmten Branche Bereitschaftsdienste üblich oder notwendig sind. Diese tarifliche Regelungsdichte beruht mitunter darauf, dass das ArbZG zugunsten von Bereitschaftsdiensten zahlreiche Öffnungsklauseln vorsieht, um sich von den strikten Regelungen des ArbZG lösen zu können.⁴⁸ Arbeitgeber haben an der Nutzung dieser Regelungsinstrumente in der Regel ein großes Interesse – umgekehrt haben die Gewerkschaften wiederum ein großes Interesse, entsprechende Gegenleistungen für die Arbeitnehmer auszuhandeln. Zumeist einigen sich die Tarifparteien auf monetäre Ausgleichsinstrumente in Form von Pauschalvergütungen.

b) Nachtarbeit

- 26 Bereits der Wortlaut von § 6 Abs. 5 ArbZG legt nahe, dass die Regelung der meisten Fragen zur Nachtarbeit den Tarifvertragsparteien überlassen wird. Dies betrifft vor allem die Frage des Ausgleichs für Nachtarbeit. Der gesetzliche Ausgleichsanspruch nach § 6 Abs. 5 ArbZG schafft nämlich nur subsidiär einen ge-

46 BAG 9.12.2015, 10 AZR 423/14, NZA 2016, 426, 429.

47 BAG 18.5.2011, 10 AZR 369/10, NZA-RR 2011, 581, 583.

48 Vgl. etwa § 7 Abs. 1 Nr. 1a ArbZG zur Verlängerung der werktätlich zulässigen Höchstarbeitszeit.

setzlichen Anspruch und überlässt die Ausgestaltung des Ausgleichs für Nachtarbeit wegen deren größerer Sachnähe den Tarifvertragsparteien.⁴⁹ Die Tarifparteien können somit die Art des Ausgleichs (Vergütung oder Freizeit) sowie die Höhe des Ausgleichs frei festlegen. Die Regelung muss allein eine Kompensation für Nachtarbeit vorsehen und dies klar zum Ausdruck bringen; aufgrund des Wortlauts der Norm muss der Ausgleich hingegen nicht zusätzlich auch noch angemessen i. S. v. § 6 Abs. 5 ArbZG sein.⁵⁰ Die Tarifparteien haben somit einen größeren Regelungsspielraum als die Parteien des Anstellungsverhältnisses.

2. Betriebsvereinbarung

Im Rahmen der allgemeinen Beschränkungen von § 87 Abs. 1 HS 1 BetrVG sowie der einschlägigen Tatbestände von § 87 Abs. 1 BetrVG können die Betriebsparteien ferner Regelungen zu Bereitschaftsdiensten und zur Nachtarbeit treffen. **27**

a) Bereitschaftsdienst

Der Betriebsrat hat gem. § 87 Abs. 1 Nr. 2, 3 BetrVG zwingend zu beachtende Mitbestimmungsrechte bzgl. der Einführung und Ausgestaltung von Bereitschaftsdiensten.⁵¹ Die Höhe einer etwaigen Vergütung für Bereitschaftsdienste unterliegt wiederum nicht der zwingenden Mitbestimmung – als Gegenstand der Lohnhöhe ist dieser Bereich gem. der allgemeinen Systematik von § 87 Abs. 1 BetrVG der Mitbestimmung durch den Betriebsrat entzogen.⁵² **28**

b) Nachtarbeit

Die Ausführungen zum Bereitschaftsdienst gelten prinzipiell auch für die Nachtarbeit. So hat der Betriebsrat gem. § 87 Abs. 1 Nr. 1, 2, 7 und 10 BetrVG umfangreiche Rechte hinsichtlich der Einführung und Ausgestaltung von Nachtarbeit.⁵³ Die Höhe des Ausgleichsanspruchs, d. h. wie viele freie Tage als Ausgleich gewährt werden oder wie hoch der Zuschlag auf die reguläre Bruttovergütung ausfällt, ist der Mitbestimmung entzogen. Hintergrund hierfür ist aber, dass **29**

49 BAG 17.1.2012, 1 ABR 62/10, NZA 2012, 513, 514; ErfK-Wank, § 6 ArbZG Rn. 14; BT-Drs. 12/6990, S. 10.

50 BAG 18.5.2011, 10 AZR 369/10, NZA-RR 2011, 581, 583.

51 BAG 29.2.2000, 1 ABR 15/99, NZA 2000, 1243, 1245; *Fitting*, § 87 Rn. 96; *Richardi-Richardi*, § 87 Rn. 303.

52 *Richardi-Richardi*, § 87 Rn. 768; *Fitting*, § 87 Rn. 419; *GK-BetrVG-Wiese*, § 87 Rn. 808; ErfK-Kania, § 87 Rn. 103.

53 BAG 17.1.2012, 1 ABR 62/10, NZA 2012, 513.

Kap. 33 Vergütung von Bereitschaftsdiensten und Nachtarbeit

die Ermittlung des angemessenen Umfangs der Kompensation nicht Gegenstand einer betrieblichen Regelung sein kann, da dies eine Rechtsfrage ist.⁵⁴ Gleichwohl unterliegt eine der wesentlichen Vorfragen der finalen Vergütungshöhe, nämlich welche Zeit als Nachtarbeit zu qualifizieren ist, der vollen Mitbestimmung durch den Betriebsrat.⁵⁵

IV. Praxishinweis/Formulierungsvorschlag

- 30 Die beiden nachfolgenden Klauseln enthalten zwei Vorschläge zur arbeitsvertraglichen Regelung von Bereitschaftsdienst oder Nachtarbeit. Da vielen Unternehmen eher an kurzen Arbeitsverträgen gelegen ist, beschränken sich die Vorschläge auf die wesentlichen regelungsbedürftigen Punkte und die gängigen Streitthemen.

1. Arbeitsvertragliche Regelung Bereitschaftsdienst

- (1) Der Arbeitnehmer ist verpflichtet, Bereitschaftsdienst im Rahmen der geltenden (tariflichen/betrieblichen) Regelungen zu leisten. Der Arbeitgeber informiert den Arbeitnehmer rechtzeitig, jedoch nicht später als 10 Arbeitstage vorher, über die Einteilung zu Bereitschaftsdiensten.
- (2) Der Arbeitgeber wird den Arbeitnehmer unter Berücksichtigung der betrieblichen Belange und der berechtigten Interessen des Arbeitnehmers zu Bereitschaftsdiensten einteilen. Der Arbeitnehmer hat keinen Anspruch, in einem bestimmten Umfang zu Bereitschaftsdiensten eingeteilt zu werden. Dies umfasst insbesondere einen möglichen Anspruch auf Basis einer betrieblichen Übung.
- (3) Der Arbeitnehmer erhält als Ausgleich für die Ableistung von Bereitschaftsdiensten je Bereitschaftsdienst eine Vergütung auf Basis von 50 % der regulär geschuldeten Grundvergütung nach diesem Anstellungsverhältnis (in brutto). Darüber hinausgehende Ausgleichsansprüche bestehen nicht.

2. Arbeitsvertragliche Regelung Nachtarbeit

- (1) Der Arbeitnehmer ist verpflichtet, Nachtarbeit im Rahmen der geltenden (tariflichen/betrieblichen) Regelungen zu leisten.
- (2) Der Arbeitgeber wird den Arbeitnehmer unter Berücksichtigung der betrieblichen Belange und der berechtigten Interessen des Arbeitnehmers zu Nachtarbeit einteilen. Der Arbeitnehmer hat keinen Anspruch, in einem bestimmten Umfang zu Nachtarbeit eingeteilt zu werden. Dies umfasst insbesondere einen möglichen Anspruch auf Basis einer betrieblichen Übung.

54 BAG 26.4.2005, 1 ABR 1/04, NZA 2005, 884, 887; BAG 26.8.1997, 1 ABR 16/97, NZA 1998, 441, 445; BAG 5.9.2002, 9 AZR 202/01, NZA 2003, 563, 567.

55 BAG 21.9.1993, 1 ABR 16/93, NZA 1994, 427, 428; *Fitting*, § 87 Rn. 436.

(3) Der Arbeitnehmer erhält als Ausgleich für die Ableistung von Nachtarbeit einen zusätzlichen Zuschlag in Höhe von 25 %, bezogen auf die regulär geschuldete Grundvergütung (in brutto). Darüber hinausgehende Ausgleichsansprüche bestehen nicht.

(4) Der Arbeitnehmer ist verpflichtet, den Arbeitgeber unverzüglich und unter Vorlage geeigneter Bescheinigungen zu informieren, falls Umstände in seiner Person eintreten, die einer Einteilung zur Nachtarbeit entgegenstehen.

Kapitel 34

Reisekosten des Arbeitnehmers

Schrifttum: *Bauer/Krets*, „Miles & More“ auf dem arbeitsrechtlichen Prüfstand, BB 2002, 2066; *Bayreuther*, Sach- und Personalausstattung des Betriebsrats, NZA 2013, 758; *Berndt*, Aufwendungsersatzansprüche des Arbeitnehmers bei Dienstfahrten mit privatem Pkw, NJW 1997, 2213; *Byers*, Die Höhe der Betriebsratsvergütung, NZA 2014, 65; *Gragert*, Aus für „Miles & More“ im Arbeitsverhältnis?, NJW 2006, 3762; *Henkel*, Erstattung von Reisekosten, AuA 2009, 273; *Kühn*, Leuchtfeuer gegen die Untiefen des Urlaubsanspruchs nach dem SeeArbG, NZA 2016, 875; *Loritz*, Die Dienstreise des Arbeitnehmers, NZA 1997, 1188; *Moll/Roebbers*, Pauschale Zahlungen an Betriebsräte?, NZA 2012, 57; *Novara/Römgens*, Kostenübernahme bei örtlicher Versetzung, NZA 2016, 668; *Reichold*, Geschäftsbesorgung im Arbeitsverhältnis, NZA 1994, 488; *Salamon/Koch*, Die Darlehens- und Beweislast des Arbeitnehmers bei der Gefährdungshaftung des Arbeitgebers, NZA 2012, 658; *Ulber*, Die Erfüllung von Mindestlohnansprüchen, RdA 2014, 176; *Wiebauer*, Kosten der privaten Lebensführung als Kosten der Betriebsratsarbeit, BB 2011, 2104.

Übersicht

| | Rn. | | Rn. |
|--|-----|---|-----|
| I. Begriff Reisekosten | 1 | 2. Sonderregelungen | 16 |
| II. Gesetzlich geregelter Ersatz von Reisekosten | 2 | a) Reisekosten im öffentlichen Dienst | 16 |
| 1. Aufwendungsersatz | | b) Reisekosten des Betriebsrats, der Personalvertretung und der Schwerbehindertenvertretung | 17 |
| § 670 BGB | 2 | c) Reisekostenersatz nach § 60 SeeArbG | 26 |
| a) Anspruchsvoraussetzungen und Anspruchshöhe | 2 | III. Mitbestimmung des Betriebsrats | 27 |
| b) Vorschuss, § 669 BGB | 10 | IV. Auslösungen | 28 |
| c) Herausgabe erlangter Vorteile, § 667 BGB | 11 | | |
| d) Vertragsgestaltung | 12 | | |
| e) Keine Anrechnung auf den Mindestlohn | 14 | | |
| f) Unpfändbarkeit, § 850a Nr. 3 ZPO | 15 | | |

I. Begriff Reisekosten

Eine einheitliche arbeitsrechtliche Definition des Begriffs „Reisekosten“ existiert nicht. Gemeint sind üblicherweise die im Zusammenhang mit einer dienstlich veranlassten Reise stehenden Aufwendungen des Arbeitnehmers, die dieser grundsätzlich nach allgemeinen Regeln des Aufwendungsersatzes vom Arbeitgeber ersetzt verlangen kann. In Anlehnung an die im Einkommensteuerrecht übliche Differenzierung (vgl. R 9.5, 9.6., 9.7 und 9.8 LStR 2015) lassen sich Rei-

sekosten sinnvollerweise einteilen in Fahrtkosten, Verpflegungsmehraufwendungen, Übernachtungskosten und Reisenebenkosten. Gemeint sind die zahlreichen, mit einer Reise typischerweise verbundenen Aufwendungen des Arbeitnehmers, beispielsweise für die Fahrt (z.B. Bahn- und Flugtickets, Taxi- und Mietwagenkosten, Maut- und Parkgebühren, u.U. Kosten wegen der Nutzung des privaten Pkw etc.), für Unterkunft und Verpflegung (ggf. auch für die Bewirtung Dritter), für den Gepäcktransport und für die Nutzung von Kommunikationsmitteln. Die Aufzählung ist nicht abschließend. Abhängig von dem Anlass und den Umständen der Reise, der Funktion des Arbeitnehmers und den Weisungen des Arbeitgebers können nach Art und Umfang ganz unterschiedliche Sachverhalte Reisekosten im Sinne von dienstreisebezogenen Aufwendungen des Arbeitnehmers veranlassen. Den Schwerpunkt der folgenden Darstellung bilden die arbeitsrechtlichen Rahmenbedingungen des Ersatzes solcher Reisekosten. In der Praxis haben zudem (einkommen-)steuerrechtliche Fragestellungen eine ganz erhebliche Bedeutung.

II. Gesetzlich geregelter Ersatz von Reisekosten

1. Aufwendungsersatz, § 670 BGB

a) Anspruchsvoraussetzungen und Anspruchshöhe

- 2 Nach allgemeiner Meinung hat der Arbeitnehmer gegen den Arbeitgeber unter den Voraussetzungen des § 670 BGB einen Anspruch auf Ersatz betrieblich veranlasster Reisekosten.¹ Vorbehaltlich spezieller (insbesondere arbeits- oder tarifvertraglicher) Regelungen ist der Aufwendungsersatz nach Maßgabe des § 670 BGB somit der gesetzliche Regelfall des Ersatzes von Reisekosten.²
- 3 Die Anwendbarkeit des § 670 BGB auf das Arbeitsverhältnis ergibt sich nicht unmittelbar aus dem Gesetz. § 670 BGB regelt im Grundsatz nur den Aufwendungsersatz im Fall der unentgeltlichen Geschäftsbesorgung („Auftrag“ i. S. d. § 662 BGB). Sofern ein Arbeitsverhältnis eine entgeltliche Geschäftsbesorgung zum Gegenstand haben sollte,³ findet § 670 BGB gemäß § 675 BGB auf dieses Arbeitsverhältnis entsprechende Anwendung. Im Übrigen lässt sich dem § 670 BGB der auch für das Arbeitsverhältnis geltende Rechtsgrundsatz entnehmen, wonach derjenige, der unentgeltliche (sprich: nicht ohnehin durch das Arbeits-

1 BAG 14.2.1996, 5 AZR 978/94, NZA 1996, 883; BAG 1.2.1963, 5 AZR 74/62, NJW 1963, 1221; *ErfK-Preis*, § 611a BGB Rn. 553.

2 BAG 14.2.1996, 5 AZR 978/94, NZA 1996, 883; BAG 1.2.1963, 5 AZR 74/62, NJW 1963, 1221; *ErfK-Preis*, § 611a BGB Rn. 553.

3 Zu dieser Möglichkeit des „angestellten Geschäftsbesorgers“: *Reichold*, NZA 1994, 488.

entgelt abgegoltene) Aufwendungen im Interesse eines anderen tätigt, von diesem Ersatz seiner Aufwendungen verlangen kann.⁴

Der Ersatz von Reisekosten im Wege des Aufwendungsersatzes nach § 670 BGB setzt mithin voraus, dass die entstandenen Kosten

- als betrieblich veranlasste Vermögensopfer zu qualifizieren sind,
- die nicht bereits durch das Arbeitsentgelt oder Zusatzleistungen abgegolten sind
- und die der Arbeitnehmer den Umständen nach für erforderlich halten durfte.⁵

Betrieblich veranlasste Vermögensopfer sind insbesondere die freiwilligen Vorausleistungen des Arbeitnehmers, um die Kosten der zur Ausübung der Arbeit notwendigen Reisetätigkeit zu bestreiten. Im Zusammenhang mit einer Dienstreise sind dies typischerweise die bereits erwähnten Fahrt-, Unterbringungs- und Bewertungskosten sowie Verpflegungsmehraufwendungen.

Nicht ersatzfähig sind solche persönlichen Aufwendungen, die bereits durch das Arbeitsentgelt abgegolten sind.⁶ Davon erfasst ist nur das, „was zur selbstverständlichen Einsatzzpflicht des Arbeitnehmers bei der Arbeit gehört“. ⁷ Dies sind regelmäßig die Kosten der Verpflegung bei der Arbeit im Betrieb⁸ und die Kosten für die Fahrt zur Arbeitsstätte.⁹ Letzteres kann anders sein, wenn der Arbeitnehmer arbeitsvertraglich verpflichtet ist, neben einem Hauptarbeitsort auch andere Arbeitsstätten aufzusuchen,¹⁰ so etwa bei Leiharbeitnehmern.¹¹

Der Umfang des Ersatzes richtet sich nach den zu § 670 BGB entwickelten Grundsätzen.¹² Ersatzfähig sind demnach diejenigen Kosten, die der Arbeitnehmer den Umständen nach für erforderlich halten durfte.¹³ Es gilt ein subjektiv-objektiver Maßstab, wonach Aufwendungen dann erforderlich sind, wenn der

4 BAG 14.6.2016, 9 AZR 181/15, NZA-RR 2016, 565; BAG 14.2.1996, 5 AZR 978/94, NZA 1996, 883; BAG 21.8.1985, 7 AZR 199/83, NZA 1986, 324; ErfK-Preis, § 611a BGB Rn. 22.

5 Vgl. BDDH-Brors, § 611 BGB Rn. 757; MASIG-Jochums, 150 Rn. 2.

6 BeckOKArbR-Joussen, § 611a BGB Rn. 275.

7 BAG 16.10.2007, 9 AZR 170/07, NZA 2008, 1012; BAG 14.10.2003, 9 AZR 657/02, NZA 2004, 604.

8 BeckOKArbR-Joussen, § 611a BGB Rn. 275.

9 BAG 19.1.1977, 4 AZR 595/75, AP Nr. 5 zu § 42 BAT; BeckOKArbR-Tillmanns, § 106 GewO Rn. 25; Schaub-Koch, § 82 Rn. 7–12.

10 Schaub-Koch, § 82 Rn. 7–12.

11 LAG Niedersachsen 20.12.2013, 6 Sa 392/13, BeckRS 2014, 66085; LAG Düsseldorf 30.7.2009, 15 Sa 268/09, BeckRS 2009, 72888; LAG Köln 24.10.2006, 13 Sa 881/06, NZA-RR 2007, 345; a. A. LAG Rheinland-Pfalz 8.9.2009, 1 Sa 331/09, BeckRS 2009, 73931; LAG Hamm 16.7.2008, 2 Sa 1797/07, BeckRS 2008, 29718.

12 Zu diesen Grundsätzen Palandt-Sprau, § 670 Rn. 4.

13 BGH 21.9.2012, V ZR 230/11, NJW 2012, 3781.

Beauftragte Vermögensopfer erbringt, die nach seinem verständigen Ermessen zur Verfolgung des Auftragszwecks geeignet sind, notwendig erscheinen und in einem angemessenen Verhältnis zur Bedeutung der Geschäftsführung für den Geschäftsherrn stehen.¹⁴ Welche Reisekosten ein Arbeitnehmer demnach für erforderlich halten darf, ist schwer generalisierend zu beantworten. Ausgangspunkt der Bewertung sind sinnvollerweise die betrieblichen Gepflogenheiten: Der Arbeitnehmer wird in erster Linie das für erforderlich halten dürfen, was unter Berücksichtigung seiner Stellung und Funktion betriebsüblich ist.¹⁵ Praktische Beispiele aus Literatur und Rechtsprechung hierzu sind eher selten: Bei der Nutzung öffentlicher Verkehrsmittel kann der Arbeitnehmer die Fahrtkosten grundsätzlich in der tatsächlich entstandenen Höhe ersetzt verlangen.¹⁶ Bei einer Bahnfahrt kann die Frage des Ersatzes eines Fahrscheins erster Klasse von der Stellung des Arbeitnehmers im Betrieb abhängen.¹⁷ Flugkosten darf der Arbeitnehmer nicht generell für erforderlich halten.¹⁸ Welche Art von Unterkunft erforderlich ist, kann auch davon abhängig sein, ob zumutbare Übernachtungsmöglichkeiten bereits ausgebucht sind.¹⁹ Aus einem Pkw gestohlenes Gepäck ist dann vom Arbeitgeber zu ersetzen, wenn der Arbeitnehmer dieses im Fahrzeug zurücklassen durfte, weil die Mitnahme in eine Besprechung mit dem Kunden des Arbeitgebers mit einem „Ansehensverlust“ für den Arbeitgeber verbunden gewesen wäre.²⁰ Mehrkosten für den Transport von Gegenständen auf einer Auslandsreise können ersatzfähig sein.²¹ Die Beispiele zeigen, wie unbestimmt und einzelfallabhängig die Erforderlichkeit sein kann. Zu empfehlen sind daher klare Vereinbarungen zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber im Vorfeld und ggf. im Verlauf der Dienstreise.

- 8 Auch die Kosten für den Einsatz des eigenen Pkw können als Aufwendungen nach § 670 BGB zu ersetzen sein. In der Praxis wird dazu häufig ein Ersatz entsprechend der steuerrechtlichen Kilometerpauschale vereinbart.²² Ohne eine solche Vereinbarung ist Aufwendungsersatz grundsätzlich nicht in dieser Höhe geschuldet, denn die Kilometerpauschale umfasst auch einen auf die Privatnutzung zurückgehenden Wertverlust.²³ Der Aufwendungsersatzanspruch beschränkt

14 Vgl. BGH 8.5.2012, XI ZR 61/11, NJW 2012, 2337.

15 Henkel, AuA 2009, 273.

16 BeckOKArbR-Joussen, § 611a BGB Rn. 283; Henkel, AuA 2009, 273; Loritz, NZA 1997, 118, 119.

17 Henkel, AuA 2009, 273, 275.

18 ArbG Düsseldorf 15.5.2012, 2 Ca 2404/12, NZA-RR 2012, 488.

19 Vgl. BAG 14.2.1996, 5 AZR 978/94, NZA 1996, 883.

20 LAG Nürnberg 24.9.1997, 3 Sa 445/97, NZA-RR 1998, 199.

21 LAG Frankfurt 17.9.1971, 5 Sa 244/71, BB 1972, 919.

22 BeckOKArbR-Joussen, § 611a BGB Rn. 283; Berndt, NJW 1997, 2213.

23 Küttner-Griese, Personalbuch 2018, Aufwendungsersatz, Rn. 3; BeckOKArbR-Joussen, § 611 BGB Rn. 230.

sich dann im Grundsatz auf die Treibstoffkosten.²⁴ Schäden am Fahrzeug des Arbeitnehmers sind als Aufwendungen nach § 670 BGB ersatzfähig, wenn das Fahrzeug mit Billigung des Arbeitgebers in dessen Betätigungsbereich eingesetzt wurde, was der Fall ist, wenn der Arbeitgeber wegen des Ausmaßes oder der Art der Arbeit ohne den Einsatz des Arbeitnehmerfahrzeugs ein eigenes Fahrzeug hätte einsetzen müssen.²⁵ Die bloße Zeitersparnis oder persönliche Erleichterung des Arbeitnehmers genügen nicht.²⁶ Durch eine Kilometerpauschale kann ein Unfallrisiko abgedeckt sein,²⁷ regelmäßig ist dies aber nicht der Fall.²⁸

Aus Arbeitgebersicht wird das Risiko von „Luxusaufwendungen“ im Rahmen des § 670 BGB durch die Regeln über die Beweislastverteilung gemindert. Die Beweislast für die Aufwendungen und deren Erforderlichkeit trägt nach allgemeinen Grundsätzen²⁹ der Arbeitnehmer.³⁰ Er hat daher ein Eigeninteresse, Kosten gering zu halten und im Zweifel Weisungen des Arbeitgebers einzuholen. Der Arbeitnehmer muss zudem grundsätzlich detailliert darlegen, welche Kosten ihm genau entstanden sind. Zu beachten ist aber die Regelung des § 287 Abs. 1 und Abs. 2 ZPO, wonach dem Gericht die Möglichkeit der Schätzung der Höhe einer Forderung eröffnet ist, wenn unter den Parteien die Höhe streitig und die vollständige Aufklärung aller hierfür maßgebenden Umstände mit Schwierigkeiten verbunden ist, die zu der Bedeutung des streitigen Teils der Forderung in keinem Verhältnis stehen. Daher kann bei Vortrag einer konkreten Schätzungsgrundlage das Gericht zur Vermeidung weiterer umständlicher Sachverhaltsaufklärung (Sachverständigengutachten) bei der Ermittlung der Höhe der Fahrtkosten mit dem privaten Pkw des Arbeitnehmers eine Kilometerpauschale zugrunde legen.³¹

²⁴ Henkel, AuA 2009, 273, 275.

²⁵ BAG 22.6.2011, 8 AZR 102/10, NZA 2012, 91; BAG 28.10.2010, 8 AZR 647/09, NZA 2011, 406; BAG 16.11.1978, 3 AZR 258/77, NJW 1979, 1423.

²⁶ BAG 8.5.1980, 3 AZR 82/79, NJW 1981, 702; Berndt, NJW 1997, 2213, 2215; Küttner-Griese, Personalbuch 2016, Aufwendungsersatz Rn. 9; Lortz, NZA 1997, 1188, 1195.

²⁷ BLDH-Lingemann, Kap. 12 Rn. 42.

²⁸ LAG Baden-Württemberg 17.9.1991, 7 Sa 44/91; Salamon/Koch, NZA 2012, 658, 659; ErfK-Preis, § 619a BGB Rn. 88 ff.

²⁹ Vgl. zu diesen allgemeinen Grundsätzen Palandt-Sprau, § 670 BGB Rn. 7.

³⁰ BAG 22.6.2011, 8 AZR 102/10, NZA 2012, 91; BAG 28.10.2010, 8 AZR 647/09, NZA 2011, 406 Schaub-Koch, § 82 Rn. 4; krit. zur Rechtsprechung des BAG Salamon/Koch, NZA 2012, 658 m. w. N.; vgl. auch HR-Reufels, § 2 Rn. 384 (zu den Reisekosten eines Geschäftsführers).

³¹ LAG Köln 21.10.2006, 13 Sa 881/06, NZA-RR 2007, 345.

Kap. 34 Reisekosten des Arbeitnehmers

b) Vorschuss, § 669 BGB

- 10 Der Arbeitnehmer kann für seinen Anspruch auf Aufwendungsersatz gemäß § 669 BGB einen Vorschuss verlangen.³² Anders als beim Aufwendungsersatzanspruch nach § 670 BGB umfasst der Anspruch nur die objektiv erforderlichen Aufwendungen.³³ Diese sind anhand objektiver Gesichtspunkte zu prognostizieren.³⁴ Die Vorschrift ist dispositiv.³⁵ Sie ist jedoch nicht allein deshalb abbedungen, weil eine Partei des Arbeitsvertrages das ihr zustehende Recht längere Zeit nicht in Anspruch nimmt.³⁶

c) Herausgabe erlangter Vorteile, § 667 BGB

- 11 Gegenstück zum Aufwendungsersatzanspruch nach § 670 BGB ist die Regelung des § 667 BGB. Der Arbeitnehmer muss demnach diejenigen Vorteile herausgeben, die ihm von einem Dritten aufgrund eines inneren Zusammenhangs mit dem mit der Dienstreise verbundenen Geschäft gewährt worden sind.³⁷ Er muss daher nach § 667 Alt. 2 BGB – vorbehaltlich einer anderslautenden Absprache – insbesondere für dienstlich veranlasste und vom Arbeitgeber bezahlte Flüge erlangte Bonusmeilen aus einem Vielfliegerprogramm oder einem Bonusprogramm der Deutschen Bahn herausgeben,³⁸ oder zugunsten des Arbeitgebers einsetzen.³⁹

d) Vertragsgestaltung

- 12 § 670 BGB ist dispositiv.⁴⁰ Es ist daher möglich und in der Praxis üblich, die Ansprüche des Arbeitnehmers zu erweitern oder einzuschränken. Häufig und sinnvoll sind Regelungen über die praktische Durchsetzung von Ansprüchen des Arbeitnehmers, etwa über Art und Zeitpunkt der zu führenden Nachweise der entstandenen Aufwendungen, eine pauschale Kostenerstattung von Verpflegungsmehraufwand entsprechend den Vorgaben des Steuerrechts,⁴¹ die rechtzeitige

32 LAG Köln 21.11.2007, 7 Sa 647/07, juris; BeckOKArbR-Joussen, § 611 BGB Rn. 226; ErfK-Preis, § 611a BGB Rn. 561.

33 Ermann-Westermann, § 669 BGB Rn. 2.

34 Ermann-Westermann, § 669 BGB Rn. 2.

35 Ermann-Westermann, § 669 BGB Rn. 2; Staudinger-Martinek, § 669 BGB Rn. 3.

36 LAG Köln 21.11.2007, 7 Sa 647/07, juris.

37 BAG 11.4.2006, 9 AZR 500/05, NZA 2006, 1089.

38 BAG 11.4.2006, 9 AZR 500/05, NZA 2006, 1089; Gragert, NJW 2006, 3762; Henkel, AuA 2009, 273, 275.

39 LAG Hamm 29.6.2005, 14 Sa 496/05, NZA-RR 2005, 623; Bauer/Krets, BB 2002, 2066; Preis-Greiner, II D 15 I Rn. 5; BDDH-Peterhänsel, Anh. zu §§ 305–310 Rn. 68.

40 BAG 14.10.2003, 9 AZR 657/02, NZA 2004, 604; Schaub-Koch, § 82 Rn. 25; Novara/Römgens, NZA 2016, 668.

41 HR-Borgmann, § 1 Rn. 1979.

Ankündigung notwendiger Dienstreisen⁴² oder arbeitgeberseitige Vorgaben zu den Kosten der Unterkunft oder den Fahrtkosten. Vorsicht ist geboten bei der in der Praxis weit verbreiteten Inbezugnahme arbeitgeberseitig vorgegebener Reisekostenrichtlinien „in ihrer jeweils gültigen Fassung“.⁴³ Solange diese gleichsam als generalisierende Ausübung des Direktionsrechts die arbeitgeberseitigen Vorgaben der Reisekostenerstattungen konkretisieren, sind derartige Regelungen unbedenklich und sinnvoll.⁴⁴ Sofern durch sie in die vertraglichen Leistungspflichten eingegriffen wird, ist eine solche dynamische Verweisung nach § 308 Nr. 4 BGB unwirksam.⁴⁵ Der Arbeitnehmer erwirbt dann unter Umständen einen (statischen) vertraglichen Anspruch auf ein bestimmtes Niveau von Aufwendungen für Dienstreisen. Bedeutung kann dies zudem im Kündigungsschutzprozess erlangen – etwa wenn die Kündigung des Arbeitgebers auf Verstöße gegen eine Reisekostenrichtlinie gestützt werden soll und streitig ist, welche Vorgaben der Arbeitnehmer überhaupt zu beachten hat. Denkbar ist – wiederum in den engen Grenzen des § 308 Nr. 4 BGB – die Vereinbarung eines Änderungsvorbehalts in Form eines Widerrufsvorbehalts.⁴⁶

Zurückhaltung ist auch geboten bei der vertraglichen Pauschalierung von Aufwendungsersatzansprüchen. Grundsätzlich ist diese zwar zulässig.⁴⁷ Sofern die pauschalierten Reisekosten deutlich unter den nach § 670 BGB geschuldeten tatsächlichen Reisekosten liegen, dürfte eine solche Regelung regelmäßig als vom gesetzlichen Leitbild in unzulässiger Weise abweichende Abwälzung der Kostenlast auf den Arbeitnehmer anzusehen und damit unangemessen sein; dies jedenfalls dann, wenn dem Arbeitnehmer nicht entsprechend § 309 Nr. 5b BGB die Möglichkeit eröffnet ist, den Nachweis der tatsächlich entstandenen Aufwendungen zu führen.⁴⁸ Grundlegende Abweichungen von den Prinzipien des gesetzlichen Aufwendungsersatzes zulasten des Arbeitnehmers dürften daher – von echten Individualvereinbarungen abgesehen⁴⁹ – kaum möglich sein.⁵⁰ An die Stelle der unwirksamen vertraglichen Regelung tritt die gesetzliche Regelung des § 670 BGB.⁵¹

13

42 Preis-Greiner, II D 15 1 Rn. 1.

43 Vgl. die Beispiele bei Preis-Greiner, II D 15 1 Rn. 1 und HR-Borgmann, § 1 Rn. 1991.

44 HR-Borgmann, § 1 Rn. 1992.

45 HR-Borgmann, § 1 Rn. 1992.

46 Siehe das Beispiel bei HR-Borgmann, § 1 Rn. 1994; vgl. dazu auch BAG 13.4.2010, 9 AZR 113/09, NZA-RR 2010, 457.

47 Schaub-Koch, § 82 Rn. 25.

48 Vgl. BAG 27.7.2010, 3 AZR 777/08, NZA 2010, 1237; Schaub-Koch, § 82 Rn. 25.

49 Schaub-Koch, § 82 Rn. 25.

50 Schaub-Koch, § 82 Rn. 25.

51 Schaub-Koch, § 82 Rn. 25.

e) Keine Anrechnung auf den Mindestlohn

- 14** Aufwendungsersatz wird nicht als Gegenleistung für die erbrachte Arbeitsleistung gezahlt. Dies hat zur Folge, dass die zur Erstattung von Reisekosten geleisteten Zahlungen nicht auf den Mindestlohn im Sinne des § 1 MiLoG anzurechnen sind.⁵² Ausnahmen von diesem Grundsatz sind denkbar, wenn eine als Reisekostenersatz deklarierte Zahlung nicht nur der Erstattung tatsächlich entstandener Aufwendungen dient.⁵³

f) Unpfändbarkeit, § 850a Nr. 3 ZPO

- 15** Die als Aufwendungsersatz gezahlten Leistungen zur Kompensation entstandener Reisekosten (auch diejenigen nach § 40 BetrVG⁵⁴) sind nach § 850a Nr. 3 ZPO dann unpfändbar, wenn sie den Rahmen des Üblichen nicht überschreiten.⁵⁵ Üblich sind insbesondere die durch Tarifvertrag oder (im öffentlichen Dienst) durch Gesetz eingeführten Sätze.⁵⁶ Im Rahmen des Üblichen liegen auch Erstattungen entsprechend den nach den Lohnsteuer-Richtlinien als steuerfrei anerkannten Pauschbeträgen.⁵⁷ Die Unpfändbarkeit hat insbesondere Bedeutung für die Aufrechnung, die gegen unpfändbare Forderungen nach § 394 BGB ausgeschlossen ist.

2. Sonderregelungen

a) Reisekosten im öffentlichen Dienst

- 16** Für Bundesbeamte und Bundesrichter sowie Soldaten sind spezielle Erstattungsansprüche im Bundesreisekostengesetz (BKRg) geregelt. Nach § 44 Abs. 1 TVöD finden diese Regelungen für Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst des Bundes entsprechende Anwendung. Aufgrund des § 16 BKRg erlässt das Bundesinnenministerium des Innern eine Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Bundesreisekostengesetz (BRGKVwV) und aufgrund des § 20 Abs. 3 BKRg eine Verordnung über die Reisekostenvergütung bei Auslandsdienstreisen (ARV), in denen die Bestimmungen des BKRg näher konkretisiert werden. Die Bundesländer haben jeweils eigene Regelungen für die Erstattung von Reisekos-

52 Bayreuther, NZA 2014, 865; ErfK-Franzen, § 1 MiLoG Rn. 17; Ulber, RdA 2014, 176.

53 Vgl. Moll/Päßler/Reich, MDR 2015, 125, 127.

54 Moll-Boudon, § 22 Rn. 75.

55 Schaub-Koch, § 90 Rn. 5; Moll-Boudon, § 22 Rn. 75.

56 Zöller-Stöber, § 850a Rn. 7.

57 BAG 30.6.1971, 3 AZR 8/71, AP Nr. 4 zu § 850a ZPO; LAG Mecklenburg-Vorpommern 30.8.2011, 5 Sa 11/11, juris.

ten ihrer Beamten, die teilweise schlicht auf das BKRG verweisen.⁵⁸ Nach § 23 TV-L gelten für die Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst die Regelungen, die für die Beamten des jeweiligen Arbeitgebers gelten.

b) Reisekosten des Betriebsrats, der Personalvertretung und der Schwerbehindertenvertretung

Der Ersatz durch die Betriebsrätstätigkeit entstandener Kosten richtet sich nach § 40 Abs. 1 BetrVG. Demnach trägt der Arbeitgeber diejenigen Kosten, die der Betriebsrat für die Durchführung der Betriebsratsarbeit bei verständiger Würdigung für erforderlich halten durfte.⁵⁹ Dies umfasst grundsätzlich auch den Ersatz von Reisekosten, die durch die Betriebsratsarbeit entstanden sind.⁶⁰ **17**

Typischerweise entstehen Reisekosten der Betriebsratsmitglieder durch den Besuch erforderlicher Schulungs- und Bildungsveranstaltungen im Sinne des § 37 Abs. 6 BetrVG,⁶¹ die Anreise zu einer Betriebsratssitzung außerhalb der Arbeitszeit⁶² (auch während der Elternzeit,⁶³ nicht jedoch für das nach § 38 BetrVG freigestellte Mitglied⁶⁴ und nicht, wenn das Mitglied sich an einem anderen Ort im Urlaub befindet⁶⁵), die Teilnahme an einer Betriebsräteversammlung im Sinne des § 53 BetrVG,⁶⁶ Sitzungen des Gesamt- und Konzernbetriebsrats,⁶⁷ Fahrtkosten zu Gerichtsterminen⁶⁸ und Kosten für Fahrten zwischen verschiedenen Betriebsstätten.⁶⁹ **18**

Zu ersetzen sind die ggf. notwendigen Kosten für Fahrt, Unterkunft und Verpflegung.⁷⁰ Denkbar sind auch mittelbare Kosten einer Reise. Dazu können die Kosten für eine notwendige Kinderbetreuung gehören.⁷¹ Nicht zu ersetzen sind die **19**

58 So in Berlin, Brandenburg, Niedersachsen, Sachsen-Anhalt und Schleswig-Holstein.

59 ErfK-Koch, § 40 BetrVG Rn. 1; GK-BetrVG-Weber, § 40 Rn. 48.

60 BAG 16.1.2008, 7 ABR 71/06, NZA 2008, 546; ErfK-Koch, § 40 BetrVG Rn. 1; BDDH-Wolmerath, § 40 BetrVG Rn. 15.

61 BAG 28.3.2007, 7 ABR 33/06, AP Nr. 89 zu § 40 BetrVG 1972; BeckOKArbR-Mauer, § 40 BetrVG Rn. 14.

62 BDDH-Wolmerath, § 40 BetrVG Rn. 14.

63 BAG 25.5.2005, 7 ABR 45/04, NZA 2005, 1002.

64 BAG 13.6.2007, 7 ABR 62/06, NZA 2007, 1301.

65 BAG 24.6.1969, 1 ABR 6/69, AP Nr. 8 zu § 39 BetrVG; Hoß, NZA 1996, 1075, 1078; MüArbR-Joost, § 221 Rn. 8.

66 LAG Hamm 23.11.2012, 10 TaBV 63/12, BeckRS 2013, 66915.

67 BDDH-Wolmerath, § 40 BetrVG Rn. 14.

68 BeckOKArbR-Mauer, § 40 BetrVG Rn. 14.

69 ArbG Wiesbaden 14.9.2004, 1 BV 3/04, BeckRS 2004, 30983649.

70 BAG 28.3.2007, 7 ABR 33/06, AP Nr. 89 zu § 40 BetrVG 1972.

71 BAG 23.6.2010, 7 ABR 103/08, NZA 2010, 1298; krit. dazu Wiebauer, BB 2011, 2104, 2105 f.

Kosten für die persönliche Lebensführung.⁷² Das Betriebsratsmitglied hat daher keinen Anspruch auf ein „zusätzliches Taschengeld für Getränke“⁷³ oder Tabak.⁷⁴ Ersparte Aufwendungen des Betriebsratsmitglieds sind in Abzug zu bringen,⁷⁵ wobei die steuerfreien Pauschalbeträge die Haushaltsersparnis bereits berücksichtigen.⁷⁶

- 20** Hinsichtlich der Höhe erforderlicher Kosten von Fahrt, Unterbringung und Verpflegung des Betriebsrats sind die im Betrieb auch sonst üblichen Maßstäbe anzulegen.⁷⁷ Das Betriebsratsmitglied kann daher eine Bahnfahrt erster Klasse dann ersetzt verlangen, wenn der Arbeitgeber dies vergleichbaren Arbeitnehmern in vergleichbaren Situationen ebenfalls gewährt.⁷⁸ Fallen die tatsächlich anfallenden Kosten höher aus, hat sie der Arbeitgeber zu ersetzen, wenn das Betriebsratsmitglied auf diese Kosten keinen Einfluss nehmen konnte.⁷⁹ Werden auch sonst betriebshierarchische Unterschiede gemacht, können auch bezogen auf Betriebsratsmitglieder unterschiedliche Maßstäbe gelten.⁸⁰ Reisen Betriebsratsmitglieder unterschiedlicher Betriebshierarchien zu derselben Veranstaltung, so können diese allerdings grundsätzlich gleichbehandelt werden, wobei sich dann an mittleren Fahrt- und Unterbringungskosten zu orientieren ist.⁸¹
- 21** § 40 BetrVG kann weder durch Tarifvertrag noch durch Betriebsvereinbarung abbedungen werden.⁸² Eine Regelung, wonach den Betriebsratsmitgliedern nicht die erforderlichen Reisekosten ersetzt werden, ist daher unwirksam. Sofern die den Betriebsratsmitgliedern infolge einer abweichenden Vereinbarung zugewendeten Leistungen über die tatsächlichen Aufwendungen hinausgehen, besteht die Gefahr eines Verstoßes gegen das Ehrenamtsprinzip des § 37 Abs. 1 BetrVG, das Begünstigungsverbot des § 78 Satz 2 BetrVG und unter Umständen eine

72 BAG 28.3.2007, 7 ABR 33/06, AP Nr. 89 zu § 40 BetrVG 1972.

73 BAG 15.6.1976, 1 ABR 81/74, AP Nr. 12 zu § 40 BetrVG 1972; so auch BAG 28.3.2007, 7 ABR 33/06, AP Nr. 89 zu § 40 BetrVG 1972; BAG 29.1.1974, 1 ABR 39/73, AP Nr. 9 zu § 37 BetrVG 1972.

74 BAG 15.6.1976, 1 ABR 81/74, AP Nr. 12 zu § 40 BetrVG 1972.

75 BAG 28.3.2007, 7 ABR 33/06, AP Nr. 89 zu § 40 BetrVG 1972; Richardi-Thüsing, § 40 BetrVG Rn. 53.

76 LAG Köln 18.3.2015, 11 TaBV 44/14, BeckRS 2015, 71061; Richardi-Thüsing, § 40 BetrVG Rn. 53.

77 BAG 23.6.1975, 1 ABR 104/73, AP Nr. 10 zu § 40 BetrVG 1972; BAG 17.9.1974, 1 ABR 98/73, AP Nr. 6 zu § 40 BetrVG 1972; Richardi-Thüsing, § 40 BetrVG Rn. 51.

78 BAG 29.4.1976, 1 ABR 40/74, AP Nr. 9 zu § 40 BetrVG 1972; Richardi-Thüsing, § 40 BetrVG Rn. 51.

79 BAG 28.3.2007, 7 ABR 33/06, AP Nr. 89 zu § 40 BetrVG 1972.

80 Richardi-Thüsing, § 40 BetrVG Rn. 51 f.

81 Richardi-Thüsing, § 40 BetrVG Rn. 52.

82 BAG 9.6.1999, 7 ABR 66/97, AP Nr. 66 zu § 40 BetrVG 1972.

Strafbarkeit nach § 119 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG.⁸³ Aus Gründen der Praktikabilität soll es aber grundsätzlich zulässig sein, den Kostenersatz zu pauschalisieren⁸⁴ oder Vereinbarungen über die Form des Nachweises zu treffen.⁸⁵ Dies ist dann richtig, wenn die pauschalierte Reisekostenregelung Zahlungen vorsieht, die jedenfalls im Durchschnitt den tatsächlichen Aufwendungen entspricht.⁸⁶

Das Betriebsratsmitglied hat seine Aufwendungen grundsätzlich im Einzelnen nachzuweisen.⁸⁷ Dies jedenfalls dann, wenn keine pauschale Abrechnung erfolgt.⁸⁸ Der Betriebsratsbeschluss allein begründet keinen Erstattungsanspruch. Sinnvoll ist es daher, im Einzelfall eine Kostenübernahmeerklärung des Arbeitgebers einzuholen.⁸⁹ **22**

§ 40 BetrVG findet entsprechende Anwendung auf den Gesamtbetriebsrat (§ 51 Abs. 1 Satz 1 BetrVG), den Konzernbetriebsrat (§ 59 Abs. 1 BetrVG), die Jugendauszubildendenvertretung (§ 65 Abs. 1 BetrVG), die Gesamt-Jugendauszubildendenvertretung (§ 73 Abs. 2 BetrVG), die Konzern-Jugendauszubildendenvertretung (§ 73b Abs. 2 BetrVG), die Bordvertretung gemäß § 115 Abs. 4 BetrVG, den Seebetriebsrat (§ 116 Abs. 3 BetrVG), den Wirtschaftsausschuss und Arbeitsgruppen gem. § 28a BetrVG. **23**

Reisekosten der Personalvertretung sind nach ähnlichen Maßstäben zu ersetzen, wie sie für § 40 BetrVG gelten, dem die entsprechenden Regelungen in den Personalvertretungsgesetzen nachgebildet sind.⁹⁰ Es kommt darauf an, ob die Personalvertretung sie unter Beachtung des Gebots der sparsamen Verwendung öffentlicher Mittel und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bei pflichtgemäßer Beurteilung der Sachlage für erforderlich halten durfte.⁹¹ Für die Höhe der Reisekosten des Personalrats verweist § 44 Abs. 1 Satz 2 BPersVG auf das Bundesreisekostengesetz. Die Landespersonalvertretungsgesetze der Länder enthalten entsprechende Regelungen. **24**

Reisekosten der Vertrauensperson der schwerbehinderten Menschen und ihrer Stellvertreter sind als durch die Tätigkeit der Schwerbehindertenvertretung ent- **25**

⁸³ Vgl. *Dzida/Mehrens*, NZA 2013, 753, 756; *HaKo-BetrVG-Wolmerath*, § 40 BetrVG Rn. 2.

⁸⁴ ArbG Stuttgart 13.12.2012, 24 Ca 5430/12, NZA-RR 2013, 140; *Bayreuther*, NZA 2013, 758, 760; *ErfK-Koch*, § 40 BetrVG Rn. 1; *Moll/Roebers*, NZA 2012, 57, 58; *HaKo-BetrVG-Wolmerath*, § 40 BetrVG Rn. 2.

⁸⁵ *WPK-Kreft*, § 40 Rn. 2; *HaKo-BetrVG-Wolmerath*, § 40 BetrVG Rn. 2.

⁸⁶ ArbG Stuttgart 13.12.2012, 24 Ca 5430/12, NZA-RR 2013, 140; *Bayreuther*, NZA 2013, 758, 760; *Byers*, NZA 2014, 65; *Richard-Thüsing*, § 40 BetrVG Rn. 48.

⁸⁷ *Schaub-Koch*, § 222 Rn. 12; *BeckOKArbR-Mauer*, § 40 BetrVG Rn. 14; *HaKo-BetrVG-Wolmerath*, § 40 Rn. 9.

⁸⁸ *BeckOKArbR-Mauer*, § 40 BetrVG Rn. 14.

⁸⁹ *BDDH-Wolmerath*, § 40 BetrVG Rn. 16.

⁹⁰ *Schaub-Anuschek/Koch*, § 265 Rn. 69.

⁹¹ BVerwG 15.4.2008, 6 PB 5.08, juris.

stehende Kosten im Sinne des § 96 Abs. 8 SGB IX zu ersetzen. Die zu § 40 Abs. 1 BetrVG und § 44 Abs. 1 Satz 1 BPersVG entwickelten Grundsätze gelten entsprechend.⁹²

c) Reisekostenersatz nach § 60 SeeArbG

- 26** Nach § 60 SeeArbG haben Besatzungsmitglieder einen Anspruch gegen den Reeder auf Zahlung der Kosten für die Reise vom Dienstort zu ihrem Urlaubsort und vom Urlaubsort zum Ort der Wiederaufnahme des Dienstes. Der Anspruch setzt voraus, dass Urlaub tatsächlich gewährt und nicht im Sinne des § 64 Abs. 3 SeeArbG abgegolten wird. Er besteht, wenn der letzte bzw. der nächste Einsatzort vom Urlaubsort abweicht, und damit auch dann, wenn Urlaub von Deutschland aus gewährt wird. Der Urlaubsort ist in § 59 SeeArbG definiert: Er ist nach Wahl des Besatzungsmitglieds der Wohnort des Besatzungsmitglieds, der Ort, an dem der Heuervertrag abgeschlossen worden ist, ein durch Tarifvertrag festgelegter Ort oder jeder andere im Heuervertrag vereinbarte Ort. Der Urlaubsort ist also insbesondere abzugrenzen vom Erholungsort.⁹³ Nicht eindeutig geregelt ist der – häufige – Fall, dass Besatzungsmitglieder von ihrem Dienstort direkt zum Erholungsort aufbrechen. Der Anspruch soll dann in der Höhe der durch den Aufenthaltsort des Schiffes verursachten finanziellen Mehrbelastung bestehen.⁹⁴

III. Mitbestimmung des Betriebsrats

- 27** Aufwendungsersatz für Reisekosten ist – von denkbaren Entgeltbestandteilen abgesehen⁹⁵ – kein Arbeitsentgelt.⁹⁶ Reisekostenregelungen unterliegen daher grundsätzlich nicht der Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG.⁹⁷ Vorgaben über die Erfüllung arbeitsvertraglicher Nebenpflichten im Zusammenhang mit Reisetätigkeiten (Ausfüllen von Reiseberichten, Abrechnung von Reisekosten) gehören zum mitbestimmungsfreien Arbeitsverhalten und unterliegen daher auch nicht der Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG.⁹⁸ Ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG kann bestehen, wenn sich der Arbeitgeber eines elektronischen Überwachungssystems zur

92 BAG 27.7.2011, 7 AZR 412/10, NZA 2012, 169; LPK-SGB IX-Düwell, § 96 SGB IX Rn. 90.

93 NFK-Kühn, § 60 SeeArbG Rn. 40 ff.; Kühn, NZA 2016, 875.

94 Siehe dazu mit Beispielen NFK-Kühn, § 60 SeeArbG Rn. 45.

95 BAG 27.10.1998, 1 ABR 3/98, NZA 1999, 381; Schaub-Koch, § 235 Rn. 94.

96 BAG vom 27.10.1998, 1 ABR 3/98, NZA 1999, 381; BAG 8.12.1981, 1 ABR 91/79, AP Nr. 6 zu § 87 BetrVG 1972; MüArbR-Matthes, § 251 Rn. 13.

97 BAG vom 27.10.1998, 1 ABR 3/98, NZA 1999, 381; BAG 8.12.1981, 1 ABR 91/79, AP Nr. 6 zu § 87 BetrVG 1972; HR-Borgmann, § 1 Rn. 1980.

98 BAG 8.12.1981, 1 ABR 91/79, AP Nr. 6 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung.

Überprüfung der Reisekostenanträge bedient (etwa zur Ehrlichkeitskontrolle).⁹⁹
Ein Mitbestimmungsrecht kann durch Tarifvertrag begründet werden.¹⁰⁰

IV. Auslösungen

Auslösungen sind besondere Regelungen zum pauschalierten Aufwendungsersatz, die den gesetzlichen Aufwendungsersatzanspruch nach § 670 BGB ergänzen oder verdrängen.¹⁰¹ Denkbar sind sie aufgrund ausdrücklicher arbeitsvertraglicher Regelungen, betrieblicher Übung, Gesamtzusagen, Betriebsvereinbarungen oder der Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes.¹⁰² **28**

Verwendet wird der Begriff vor allem in Bezug auf Regelungen zum pauschalierten Aufwendungsersatz in Tarifverträgen. Diese tarifvertraglichen Regelungen tragen der Besonderheit Rechnung, dass die von ihnen erfassten Arbeitnehmer einen bedeutenden Teil ihrer Arbeitsleistung (i. d. R. Montagearbeit) an wechselnden – von ihrem Wohnort oft weit entfernten – Orten erbringen müssen. Man differenziert zwischen sog. Fernauslösungen, die solche Mehraufwendungen ersetzen, die dem Arbeitnehmer dadurch entstehen, dass ihm eine tägliche Rückkehr zu seinem Wohnsitz nicht zumutbar ist, und Nahauslösungen, die die Mehraufwendungen bei täglicher Heimfahrt vom auswärtigen Beschäftigungs-ort kompensieren sollen.¹⁰³ Praktisch bedeutsam sind vor allem die Regelungen des Bundesmontagetarifvertrags (BMTV) und des Bundesrahmentarifvertrags für das Baugewerbe (BRTV-Bau).¹⁰⁴ **29**

Tarifvertragliche Fernauslösungen sind typischerweise als echter pauschalierter Aufwendungsersatz konzipiert. Dies hat insbesondere zur Folge, dass sie regelmäßig nicht zum fortzuzahlenden Entgelt gehören.¹⁰⁵ Nahauslösungen können dagegen Entgeltcharakter haben, wenn sie zur Kompensation von Aufwendungen gezahlt werden, die typischerweise – aber nicht zwingend – tatsächlich entstehen.¹⁰⁶ Dann dienen sie nicht (allein) dem Aufwendungsersatz, sondern (auch) zur Hebung des Lebensstandards.¹⁰⁷ Sie sind folglich (ggf. anteilig) als Arbeitsentgelt zu qualifizieren und daher bei krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit,¹⁰⁸ **30**

⁹⁹ BAG 10.12.2013, 1 ABR 43/12, NZA 2014, 439.

¹⁰⁰ ArbG Stuttgart 28.6.2007, 9 BV 2/07, juris.

¹⁰¹ BAG 14.2.1996, 5 AZR 978/94, NZA 1996, 883; ErfK-Preis, § 611a BGB Rn. 517.

¹⁰² Küttner-Griese, Personalbuch 2018, Auslösung, Rn. 1.

¹⁰³ MüArbR-Krause, § 60 Rn. 5.

¹⁰⁴ ErfK-Preis, § 611a BGB Rn. 517.

¹⁰⁵ BAG 18.9.1991, 7 AZR 41/90, NZA 1992, 936; MüArbR-Krause, § 60 Rn. 5; Schaub-Koch, § 82 Rn. 17, 18.

¹⁰⁶ BAG 12.12.2012, 5 AZR 355/12, NZA 2013, 1158.

¹⁰⁷ BAG 24.9.1986, 4 AZR 543/85, AP Nr. 50 zu § 1 FeiertagslohnzahlungsG.

¹⁰⁸ BAG 14.8.1985, 5 AZR 76/85, AP Nr. 14 zu § 2 LohnFG.

Kap. 34 Reisekosten des Arbeitnehmers

an Feiertagen,¹⁰⁹ im Urlaub¹¹⁰ und bei der Freistellung nach § 37 Abs. 2 BetrVG¹¹¹ fortzuzahlen.¹¹² Für die Abgrenzung zwischen Nah- und Fernauslösungen und deren (teilweiser) Einordnung als Arbeitsentgelt ist die jeweilige tarifvertragliche Regelung maßgeblich, in der insbesondere die Frage der Entgeltfortzahlung ausdrücklich geregelt sein kann. Gibt es eine solche Regelung nicht, so gilt der Grundsatz, dass Fernauslösungen als Aufwendungsersatz zu behandeln sind und Nahauslösungen als Arbeitsentgelt.¹¹³

- 31 Die Ansprüche auf Auslösung sind – wie der Aufwendungsersatz – nach § 850a Nr. 3 ZPO unpfändbar, soweit sie den Rahmen des Üblichen nicht übersteigen. Dabei kommt es nicht entscheidend darauf an, ob die Auslösungen – wie im Fall der Nahauslösung – zumindest teilweisen Entgeltcharakter haben, da § 850a Nr. 3 ZPO ausdrücklich auch „sonstige soziale Zulagen für auswärtige Beschäftigungen“ umfasst.¹¹⁴ Zumindest teilweise werden Nahauslösungen wegen ihres Entgeltcharakters gleichwohl häufig der Pfändung unterworfen sein.¹¹⁵

109 BAG 1.2.1995, 5 AZR 847/93, AP Nr. 67 zu § 1 FeiertagslohnzahlungsG; BAG 24.9.1986, 4 AZR 543/85, AP Nr. 50 zu § 1 FeiertagslohnzahlungsG.

110 BAG 10.3.1988, 8 AZR 188/85, AP Nr. 21 zu § 11 BUrLG.

111 BAG 10.2.1988, 7 AZR 36/87, AP Nr. 64 zu § 37 BetrVG 1972.

112 MüArbR-Krause, § 60 Rn. 5.

113 ErfK-Reinhard, § 4 EFZG Rn. 12; Schaub-Linck, § 98 Rn. 85.

114 Zöller-Stöber, Rn. 8.

115 Schaub-Koch, § 90 Rn. 5.

Kapitel 35

Vergütung für Arbeitnehmererfindungen, Urheberrechte und Verbesserungsvorschläge

Schrifttum: *Balle*, Der urheberrechtliche Schutz von Arbeitsergebnissen, NZA 1997, 868; *Bartenbach/Volz*, Die betriebsgeheime Dienstleistung und ihre Vergütung gemäß § 17 ArbEG, GRUR 1982, 133; *dies.*, Wie kann eine Abstaffelung erfindungsgemäßer Umsätze nach Richtlinie Nr. 11 erfolgen?, GRUR 2016, 225; *dies.*, Arbeitnehmererfindungsgesetz, 5. Aufl. 2013; *dies.*, Arbeitnehmererfindervergütung, 4. Aufl. 2017; *Bayreuther*, Zum Verhältnis zwischen Arbeits-, Urheber- und Arbeitnehmererfindungsrecht unter besonderer Berücksichtigung der Sondervergütungsansprüche des angestellten Softwareerstellers, GRUR 2003, 570; Beck'scher Onlinekommentar Patentrecht, 9. Edition 2018; *Berger*, Zum Anspruch auf angemessene Vergütung (§ 32 UrhG) und weitere Beteiligung (§ 32a UrhG) bei Arbeitnehmer-Urhebern, ZUM 2003, 173; *Berger/Freyer*, Neue individualvertragliche und kollektivrechtliche Instrumente zur Durchsetzung angemessener Urhebervergütungen, ZUM 2016, 569; *Berger/Wündisch*, Urhebervertragsrecht, 2. Aufl. 2015; *Boemke*, Schuldvertrag und Arbeitsverhältnis, 1999; *Boemke/Kursawe*, Gesetz über Arbeitnehmererfindungen, 2015; *Czychowski*, Die angemessene Vergütung im Spannungsfeld zwischen Urhebervertrags- und Arbeitnehmererfindungsrecht – ein Beitrag zur Praxis des neuen Urhebervertragsrechts im Bereich der angestellten Computerprogrammierer, in: FS Nordemann, 2004, S. 157; *Derichs*, Treu und Glauben und die Nullfälle im Recht der Arbeitnehmererfindungen, GRUR 1961, 66; *Dreier/Schulze*, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018; *Eichmann/v. Falckenstein/Kühne*, Designgesetz, 5. Aufl. 2015; *Franke/Steiling*, Novellierung des ArbEG – Keine Ende in Sicht – Die Industrie reagiert mit Incentive-Systemen, in: FS 50 Jahre VPP, 2005, S. 281; *Fromm/Nordemann*, Urheberrecht, 12. Aufl. 2018; *Fuchs*, Der Arbeitnehmerurheber im System des § 43 UrhG, GRUR 2006, 561; *Gaul*, Die Vorzugsstellung des Arbeitgebers im Sinne des § 9 ArbNerfG und deren Bedeutung für die Arbeitnehmererfindervergütung, GRUR 1980, 1029; *Gaul/Wexel*, Der Einfluß des Arbeitsentgelts auf die Erfindervergütung, BB 1984, 2069; *Götting/Hetmank/Schwipps*, Patentrecht, 2014; *Grobys/Foerstl*, Die Auswirkung der Urheberrechtsreform auf Arbeitsverträge, NZA 2002, 1015; *Grobys/Panzer-Heemeier*, StichwortKommentar Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2018; *Haberstumpf*, Wem gehören Forschungsergebnisse, ZUM 2001, 819; *Haedicke/Timmann*, Handbuch des Patentrechts, 2012; *Halbach*, Die Nullfälle im Recht der Arbeitnehmererfindungen, GRUR 1960, 457; *ders.*, Nochmals Nullfälle im Recht der Arbeitnehmererfindungen, GRUR 1961, 388; *Hellebrand*, Wann ist bei der Ermittlung des Erfindungswerts nach der Lizenzanalogie zur Berechnung der Arbeitnehmererfindervergütung eine Abstaffelung bei hohen Umsätzen zulässig und geboten?, GRUR 1993, 449; *ders.*, Die Unfassbarkeit des Werts einer Dienstleistung nach dem erfassbaren betrieblichen Nutzen, Mitt. 2010, 362; *Hellebrand/Rabe*, Lizenzsätze für technische Erfindungen, 5. Aufl. 2017; *Hesse*, Züchtungen und Entdeckungen neuer Pflanzensorten durch Arbeitnehmer, GRUR 1980, 404; *Hilty/Peukert*, Das neue deutsche Urhebervertragsrecht im internationalen Kontext, GRUR Int. 2002, 643; *Hohagen/Burgart*, Incentive-Systeme für Arbeitnehmererfindungen in der betrieblichen Praxis, GRUR-Prax 2014, 317; *Hromadka*, Änderungen von Arbeitsbedingungen, RdA 1992, 234; *Hubmann*, Buchbesprechung zu: Volmer, Bernhard, Arbeitnehmererfindungsgesetz, RdA 1959, 238; *Ingerl/Rohnke*, Markengesetz, 3. Aufl. 2010; *Jesgarzewski*, Auskunftsansprü-

Kap. 35 Vergütung für Arbeitnehmererfindungen

che bei Arbeitnehmererfindungen, BB 2011, 2933; *Keukenschrijver*, Zur Arbeitnehmerzuchtung und -entdeckung im Sortenschutzrecht, in: FS Bartenbach, 2005, S. 243; *Konertz*, Das Arbeitnehmerurheberrecht an Hochschulen und außeruniversitären Forschungseinrichtungen im deutschen und U.S.-amerikanischen Recht, 2018; *ders.*, Die Sondervergütung und das Recht auf Zweitverwertung im Arbeitnehmerurheberrecht, NZA 2017, 614; *Kraßer*, Urheberrecht in Arbeits-, Dienst- und Auftragsverhältnissen, in: FG Schrick, 1995, S. 77; *Kraßer/Ann*, Patentrecht, 7. Aufl. 2016; *Kraßer/Schricker*, Patent- und Urheberrecht an Hochschulen, 1988; *Leßmann*, Das neue Sortenschutzgesetz, GRUR 1986, 279; *Leßmann/Würtenberger*, Deutsches und europäisches Sortenschutzrecht, 2. Aufl. 2009; *Loewenheim*, Handbuch des Urheberrechts, 2. Aufl. 2010; *Luginbühl*, Das europäische Patent mit einheitlicher Wirkung (Einheitspatent), GRUR Int. 2013, 305; *Meier*, Bewährtes deutsches Arbeitnehmererfinderrecht?, GRUR 1998, 779; *Möhring/Nicolini*, Urheberrechtsgesetz, 4. Aufl. 2018; *Oehlich*, Arbeitnehmererfindungsrecht und Innovationsmöglichkeit, GRUR 2006, 17; *Rehbinder*, Zu den Nutzungsrechten an Werken von Hochschulangehörigen, in: FS Hubmann, 1985, S. 359; *Rehbinder/Peukert*, Urheberrecht, 18. Aufl. 2018; *Reimer/Schade/Schippel*, Gesetz über Arbeitnehmererfindungen und deren Vergütungsrichtlinien, 8. Aufl. 2007; *Riesenhuber*, Die doppelte Vorausverfügung des Arbeitnehmer-Urhebers zu Gunsten von Verwertungsgesellschaft und Arbeitgeber, NZA 2004, 1363; *Rosenberger*, Kriterien für den Erfindungswert, erheblicher Unbilligkeit von Vergütungsvereinbarungen, Vergütung bei zu enger Fassung von Schutzrechtsansprüchen, GRUR 1990, 238; *Schack*, Urhebervertragsrecht im Meinungsstreit, GRUR 2002, 853; *ders.*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 8. Aufl. 2017; *Schmieder*, Die Rechtsstellung der Urheber und künstlerischen Werkmittel im privaten und öffentlichen Dienst, GRUR 1963, 297; *Schricker/Loewenheim*, Urheberrecht, 5. Aufl. 2017; *Schultz-Süchting*, Der technische Verbesserungsvorschlag im System des Arbeitnehmererfindungsgesetzes, GRUR 1973, 293; *Strauß*, Zur Gleichbehandlung aller Dienstserfindungen, in: FS Bartenbach, 2005, S. 111; *Trimborn*, Aktuelle Entwicklungen im Arbeitnehmererfindungsrecht ab 2011 – Teil II, Mitt. 2014, 74; *ders.*, Aktuelle Entwicklungen im Arbeitnehmererfindungsrecht ab 2010, Mitt. 2012, 70; *ders.*, Pauschalvergütungssysteme für Arbeitnehmererfindungen in Deutschland, Mitt. 2006, 160; *Ulrich*, Das Recht am Arbeitsergebnis, RdA 2009, 92; *ders.*, Vermögensrechtliche Grundfragen des Arbeitnehmerurheberrechts, 1998; *Volz*, Die Grenzen der Auskunft- und Rechnungslegungspflicht des Arbeitgebers bei Arbeitnehmererfindungen im Lichte des BGH-Urteils „Türinnenverstärkung“, GRUR 2010, 865; *Voß*, Der Anspruch des Urhebers auf die angemessene Vergütung und die weitere Beteiligung, 2005; *Wandtke*, Die Rechte der Urheber und ausübenden Künstler im Arbeits- oder Dienstverhältnis, 1993; *Wandtke/Bullinger*, Praxiskommentar zum Urheberrecht, 4. Aufl. 2014; *Werner*, Zur Anrechnung des Dienstgehalts auf die Arbeitnehmererfinder-Vergütung, BB 1983, 839; *Westen*, Zur urheberrechtlichen Stellung des Wissenschaftlers im Arbeits- oder Dienstverhältnis im deutschen Recht, JR 1967, 401; *Witt*, Vergütung von Arbeitnehmererfindern in der Praxis, GRUR-Prax 2016, 519; *Wollwert*, Ideenmanagement im Konzern, NZA 2012, 889; *Zirkel*, Das neue Urhebervertragsrecht und der angestellte Urheber, WRP 2003, 59.

| Übersicht | |
|---------------------------------------|--|
| Rn. | Rn. |
| I. Einführung | 1 |
| II. Patente und Gebrauchsmuster . . . | 2 |
| | 1. Rechtsgrundlagen im Arbeitsverhältnis 5 |

| | | | |
|--|----|--|-----|
| a) Anwendungsbereich des ArbnErfG | 6 | h) Abweichende Regelungen und pauschale Vergütung .. | 47 |
| b) Zugriffsrechte des Arbeitgebers | 7 | i) Incentive-Systeme | 52 |
| 2. Vergütung für Dienst- erfindungen | 11 | 3. Vergütung für freie Erfindun- gen | 53 |
| a) Rechtsnatur und Art des Anspruchs | 12 | 4. Nicht unter das ArbnErfG fallende Personengruppen ... | 54 |
| b) Entstehen des Anspruchs und Schuldner | 13 | III. Urheberrechte | 55 |
| c) Höhe | 14 | 1. Rechtsgrundlagen im Arbeits- verhältnis | 56 |
| aa) Erfindungswert | 17 | 2. Vergütung für Pflichtwerke .. | 62 |
| bb) Anteilsfaktor | 30 | a) Tätigkeitsbezogene Ver- gütung | 63 |
| cc) Miterfinderanteil | 35 | b) Werkbezogene Vergütung .. | 64 |
| dd) Wegfall der Vergütung .. | 36 | 3. Vergütung für Freie Werke ... | 70 |
| d) Feststellung oder Festsetzung | 37 | 4. Sonderfall: Computerpro- gramme | 71 |
| aa) Frist | 38 | 5. Urheberrechtsvereinbarung .. | 73a |
| bb) Beidseitige Fest- stellung | 40 | IV. Weitere Immaterialgüterrechte .. | 74 |
| cc) Einseitige Festsetzung .. | 41 | V. Verbesserungsvorschläge | 77 |
| dd) Mehrere Erfinder/ Miterfinder | 42 | 1. Qualifizierte technische Ver- besserungsvorschläge | 78 |
| e) Fälligkeit, Zeitraum und Schutzrechtsverlängerung .. | 43 | 2. Sonstige Verbesserungsvor- schläge | 82 |
| f) Auskunft und Rechnungs- legung | 44 | VI. Steuer- und Sozialversicherungs- pflicht | 83 |
| g) Berechtigte Geheimhaltung | 46 | VII. Prozessuales | 85 |

I. Einführung

Immaterielle Leistungen werden häufig im Rahmen des Arbeitsverhältnisses erbracht. Hierunter fallen neben den klassischen Immaterialgüterrechten, wie dem Patent- oder Urheberrecht, auch Verbesserungsvorschläge an technischen, organisatorischen oder kaufmännischen Abläufen. Diese Leistungen haben gemeinsam, dass sie auf kreativem Schaffen basieren, wobei die erforderliche Lösung bzw. der zugrunde liegende kreative Akt nicht zwangsläufig während der Arbeitszeit entstehen muss. Zudem werden diese Leistungen in der Regel nicht durch das Unternehmen oder die anstellende Körperschaft erbracht, sondern vielmehr durch den Arbeitnehmer. Dies sind nicht nur die Leistungen, die ein Arbeitnehmer im Rahmen seiner Dienstverpflichtung schafft, sondern auch die, die durch Zufall im Rahmen der Tätigkeit oder gar außerhalb, aber mit der im Arbeitsverhältnis gewonnenen Erfahrung, entstehen. Oft kommt es zum Konflikt, wenn die entsprechenden Rechte nicht – wie nach § 950 BGB für das Sacheigentum – originär dem Arbeitgeber zustehen, sondern dem Arbeitnehmer. Die-

ses Ergebnis wird im Widerspruch zum scheinbar allumfassend geltenden Grundsatz des Rechts am Arbeitsergebnis gesehen. Allerdings hat sich der Gesetzgeber in manchen Situationen bewusst dafür entschieden, die jeweiligen Rechte originär beim Arbeitnehmer entstehen zu lassen. Das führt aber nicht dazu, dass der Arbeitgeber dann überhaupt keine Zugriffsmöglichkeit mehr hat.¹ Daher muss bei solchen Rechten zunächst überprüft werden, in welcher Person das Recht entsteht, dann, ob dem Arbeitgeber ein Zugriffsrecht darauf zusteht und schließlich, ob und wie dieser Zugriff zu vergüten ist. Insbesondere ist zu beurteilen, ob dem Arbeitnehmer – neben dem Entgelt – eventuell eine gesonderte Vergütung zusteht.

II. Patente und Gebrauchsmuster

- 2 Ein Patent ist ein gewerbliches Schutzrecht zum Schutz von Verfahren und Erzeugnissen auf allen Gebieten der Technik, welche neu und gewerblich anwendbar sind sowie auf einer erfinderischen Tätigkeit basieren (§ 1 Abs. 1 PatG, Art. 52 Abs. 1 EPÜ).² Diese technische Lehre wird Erfindung genannt. Eine Legaldefinition des eigentlichen Erfindungsbegriffs existiert nicht.³ Dabei werden einige technische Lehren – als solche (§ 1 Abs. 4 PatG, Art. 52 Abs. 3 EPÜ) – aus dem Patentschutz ausgenommen (§ 1 Abs. 3 PatG, Art. 52 Abs. 2 EPÜ). Das Patentrecht erlaubt es dem Inhaber, Dritten zu untersagen, ein Erzeugnis herzustellen oder ein Verfahren anzuwenden, welches Gegenstand des Patenten ist (unmittelbare Patentverletzung, § 9 PatG),⁴ oder ein wesentliches Element in den Verkehr zu bringen mit dem Wissen, dass damit das geschützte Erzeugnis oder Verfahren unberechtigt genutzt werden kann (mittelbare Patentverletzung, § 10 PatG). Es ist somit ein Ausschlussrecht.
- 3 Die gesetzliche Wirkung des Patents entsteht mit der Veröffentlichung im Patentblatt (§ 58 Abs. 1 Satz 1 PatG, Art. 98 EPÜ). Das Patent kann für eine maximale Dauer von 20 Jahren erteilt werden (§ 16 PatG, Art. 63 Abs. 1 EPÜ).⁵ Dies setzt eine Anmeldung beim Deutschen Patent- und Markenamt (§ 34 Abs. 1 PatG) oder dem Europäischen Patentamt (Art. 75 Abs. 1 lit. a) EPÜ) voraus. Das Recht zur Anmeldung steht in der Regel dem Erfinder zu (§ 6 PatG, Art. 60 Abs. 1 Satz 1 EPÜ). Erfinder ist die natürliche Person, die die Anwendung der neuen technischen Lehre zur Lösung eines Problems erkannt hat; im Arbeitsver-

1 Hierzu treffend *Ulrici*, RdA 2009, 92.

2 Vgl. *Götting/Hetmank/Schwipps*, Rn. 67 ff.; *Kraßer/Ann*, § 10 Rn. 1 ff.

3 Vgl. *Haedicke/Timmann-Nack*, § 2 Rn. 1 ff.

4 Für biologisches Material gelten die Sonderregelungen der §§ 9a ff. PatG.

5 Möglichkeiten der Verlängerung bestehen durch ergänzende Schutzzertifikate nach § 16a PatG.

hältnis ist dies zunächst der Arbeitnehmer.⁶ Zeitgleich entsteht das unübertragbare Erfinderpersönlichkeitsrecht, welches insbesondere das Recht auf Namensnennung beinhaltet (§ 63 Abs. 1 Satz 1 PatG, Art. 62 EPÜ). Das Patent wird grundsätzlich demjenigen erteilt, der als erster die Patentanmeldung durchführt (§ 7 Abs. 1 PatG, Art. 60 Abs. 2 EPÜ; sog. Anmelderprinzip). Nur im Falle unrechtmäßiger Anmeldung kann diese widerrufen werden (§ 21 Abs. 1 Nr. 3 PatG, Art. 61 EPÜ) und der eigentlich Berechtigte kann die Erfindung binnen eines Monats selbst als Patent anmelden. Eine unrechtmäßige Anmeldung liegt beispielsweise dann vor, wenn die zugrunde liegende Erfindung widerrechtlich entnommen worden ist (§ 7 Abs. 2 PatG). Bei einer Anmeldung eines europäischen Patentes beim Europäischen Patentamt erhält man nach Erteilung ein Bündel von nationalen Patenten der Staaten, für die Schutz begehrt wird. Zukünftig besteht auch die Möglichkeit eines europaweiten Patents (Europäisches Patent mit einheitlicher Wirkung).⁷ Es ist erkennbar, dass diese Zuweisung im Arbeitsverhältnis zu einem unbefriedigenden Ergebnis führt. Daher muss geregelt werden, ob der Arbeitgeber auf die Erfindungen seiner Arbeitnehmer ein Zugriffsrecht hat und ob er diese getätigten Erfindungen – sofern er denn das Zugriffsrecht ausübt – gesondert zu vergüten hat.

Neben dem Patent besteht zusätzlich die Möglichkeit, Erfindungen als Gebrauchsmuster zu schützen (§ 1 Abs. 1 GebrMG). Der Unterschied zum Patentrecht besteht in unterschiedlichen Anforderungen an die Erfindung und einer kürzeren maximalen Schutzdauer von höchstens zehn Jahren. Vorteilhaft beim Gebrauchsmuster ist vor allem, dass das Schutzrecht schneller eingetragen wird, da der Prüfungsumfang des Deutschen Patent- und Markenamts geringer ist. Folglich sind auch die Gebühren geringer. Es besteht auch die Möglichkeit, die Erfindung als Patent und als Gebrauchsmuster schützen zu lassen, sofern die Voraussetzungen für beide Schutzrechte erfüllt sind.⁸ Das Tatbestandsmerkmal des „erfinderischen ■ Schritts“ ist allerdings – trotz unterschiedlicher Bezeichnung – mit dem Tatbestandsmerkmal „erfinderische Tätigkeit“ gleichzusetzen.⁹ **4**

1. Rechtsgrundlagen im Arbeitsverhältnis

Sofern nach den Regelungen des Patent- und Gebrauchsmusterschutzrechts die Schutzzfähigkeit der Erfindung bejaht wird, erfährt seit 1957 die Rechtszuordnung und Vergütung dieser gewerblichen Schutzrechte im Arbeitsverhältnis eine **5**

⁶ Dass die Erfindung zunächst in der Person des Arbeitgebers entsteht, ist allenfalls dann denkbar, wenn der Arbeitgeber eine natürliche Person ist und selbst die technische Lehre findet.

⁷ Vgl. *Luginbühl*, GRUR Int. 2013, 305.

⁸ Vgl. *Götting/Helmank/Schwipps*, Rn. 456 ff.; *Kraßer/Ann*, § 1 Rn. 62 ff.

⁹ BGH 20.6.2006, X ZB 27/05, GRUR 2006, 842, 845 – Demonstrationsschrank.

Kap. 35 Vergütung für Arbeitnehmererfindungen

gesonderte gesetzliche Regelung durch das Arbeitnehmererfindungsgesetz.¹⁰ Dieses soll den Konflikt zwischen den geltenden Grundsätzen des Arbeitsrechts und des Patentrechts unter Berücksichtigung der Interessen beider Parteien lösen.¹¹ Eine Abweichung von seinen Regelungen ist im Vorhinein nicht zulässig (s. Rn. 47).

a) Anwendungsbereich des ArbNErfG

- 6 Das Arbeitnehmererfindungsgesetz regelt die Inanspruchnahme von Erfindungen im Arbeits- und Dienstverhältnis. Der sachliche Anwendungsbereich des Arbeitnehmererfindungsgesetzes erstreckt sich auf patent- und gebrauchsmusterfähige Erfindungen (§ 2 ArbNErfG) nach deutschem Recht¹² von Arbeitnehmern sowohl in der Privatwirtschaft als auch im öffentlichen Dienst (§ 40 ArbNErfG).¹³ Für Beamte und Soldaten sind die Regelungen ihrem Wesensgehalt nach ebenfalls anwendbar (§ 41 ArbNErfG). Für die Anwendung bei Hochschullehrern ist die besondere Regelung des § 42 ArbNErfG zu beachten. Nicht in den Anwendungsbereich fallen freie Mitarbeiter, Organmitglieder oder Handelsvertreter. Die Anwendung des ArbNErfG bei europäischen Patenten für Arbeitnehmer in der Bundesrepublik Deutschland ergibt sich aus Art. 60 Abs. 1 Satz 2 EPÜ.

b) Zugriffsrechte des Arbeitgebers

- 7 Erfindungen von Arbeitnehmern werden in Diensterfindungen – auch gebundene Erfindungen genannt – und freie Erfindungen unterteilt. Eine Diensterfindung liegt dann vor, wenn der Arbeitnehmer eine Erfindung im Rahmen seiner dienstlichen Obliegenheiten schafft (**Aufgabenerfindung**, § 4 Abs. 2 Nr. 1 ArbNErfG) oder diese Erfindung auf der Erfahrung oder Arbeiten im Rahmen des Arbeitsverhältnisses beruht (**Erfahrungserfindung**, § 4 Abs. 2 Nr. 2 ArbNErfG).¹⁴ Ferner muss die Erfindung während der Dauer des Arbeitsverhältnisses gemacht werden. Dies bedeutet, dass der Erfinder zum Zeitpunkt der Fertigstellung¹⁵ der Erfindung in einem Arbeitsverhältnis mit dem potenziell zugriffsberechtigten Arbeitgeber stehen muss. Bei Erfindungen von Leiharbeitnehmern

10 Zuletzt geändert durch das Gesetz zur Vereinfachung und Modernisierung des Patentrechts vom 31.7.2009, BGBl. I, S. 2521; BT-Drs. 16/11339.

11 BT-Drs. II/1648, S. 12.

12 Zu ausländischen Schutzrechten vgl. Reimer/Schade/Schippel-Rother, ArbNErfG, § 2 Rn. 8.

13 Für die Besonderheiten bei Leiharbeitnehmern vgl. Bartenbach/Volz, ArbNErfG, § 1 Rn. 56 ff., 133 ff.

14 Vgl. Bartenbach/Volz, ArbNErfG, § 4 Rn. 19 ff.

15 OLG Düsseldorf 28.4.2010, 6 U 147/08, GRUR 2011, 318; Bartenbach/Volz, ArbNErfG, § 4 Rn. 16; Boemke/Kursawe-Raif, ArbNErfG, § 4 Rn. 12.

wird der Entleiher gem. § 11 Abs. 7 AÜG als Arbeitgeber im Sinne des ArbNErfG angesehen. Nicht von Relevanz ist, ob die Erfindung während der Arbeitszeit oder Freizeit getätigt wird.¹⁶ Sofern diese Kriterien nicht erfüllt sind, ist die Erfindung des Arbeitnehmers eine freie Erfindung. Eine Ausnahme besteht nur dann, wenn der Arbeitnehmer vor Fertigstellung kündigt oder seine Kündigung provoziert, damit die Fertigstellung erst danach eintritt. In diesem Fall liegt dennoch eine Diensterfindung vor.¹⁷

Der Arbeitnehmer hat eine potenzielle Diensterfindung unverzüglich und in Textform (§ 126b BGB) dem Arbeitgeber zu melden (§ 5 Abs. 1 Satz 1 ArbNErfG). Diese Meldung soll alle wesentlichen technischen Lösungswege sowie den Anteil des Arbeitnehmers enthalten (§ 5 Abs. 2 ArbNErfG). Im Falle einer unvollständigen Meldung muss der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer gegenüber binnen zwei Monaten erklären, in welchen Punkten die Meldung unvollständig ist, andernfalls gilt die Meldung als vollständig (§ 5 Abs. 3 Satz 1 ArbNErfG). Im Falle mehrerer Erfinder reicht eine gemeinsame Meldung (§ 5 Abs. 1 Satz 2 ArbNErfG). Sollte der Arbeitnehmer in mehreren Arbeitsverhältnissen stehen, so hat er die Erfindung jedem Arbeitgeber zu melden. Die Arbeitgeber haben sich dann – sofern es für mehrere Arbeitgeber eine Diensterfindung ist – untereinander auf ihren jeweiligen Anteil zu einigen.¹⁸ Der Eingang der Meldung ist dem Arbeitnehmer in Textform zu bestätigen (§ 5 Abs. 1 Satz 3 ArbNErfG). **8**

Der Arbeitgeber kann sodann die Erfindung durch eine Erklärung in Anspruch nehmen (§ 6 Abs. 1 ArbNErfG). Seit der Reform des ArbNErfG im Jahre 2009 ist der Arbeitgeber nicht mehr verpflichtet, eine Inanspruchnahmeerklärung gegenüber dem Arbeitnehmer abzugeben. Sofern der Arbeitgeber die Erfindung nicht nach vier Monaten für frei erklärt, wird eine Fiktion der Inanspruchnahme angenommen (§ 6 Abs. 2 ArbNErfG).¹⁹ Dennoch empfiehlt sich in der Praxis weiterhin, dass der Arbeitgeber eine Inanspruchnahmeerklärung abgibt.²⁰ **9**

Nach der Inanspruchnahme ist der Arbeitgeber verpflichtet, unverzüglich die Erfindung im Inland als Schutzrecht anzumelden (§ 13 Abs. 1 Satz 1 und 3 ArbNErfG). Dies ist zunächst aufgrund des Anmelderprinzips notwendig, damit einem eventuellen Parallelerfinder zuvor gekommen werden kann, allerdings auch um die Vergütungsinteressen des Arbeitnehmers zu sichern.²¹ Sofern nicht Gründe gegen eine Anmeldung als Patent sprechen, ist der Patentschutz dem Ge- **10**

¹⁶ *Bartenbach/Volz*, ArbNErfG, § 9 Rn. 10 ff.

¹⁷ *Boemke/Kursawe-Raif*, ArbNErfG, § 4 Rn. 37; *MüArbR-Bayreuther*, § 98 Rn. 8.

¹⁸ *Bartenbach/Volz*, ArbNErfG, § 1 Rn. 19 ff.

¹⁹ Vgl. zum Fristbeginn BGH 12.4.2011, X ZR 72/10, NZA-RR 2011, 479, Ls. 1 – Initialidee.

²⁰ Vgl. *MASIG-Göpfert*, 52 Rn. 10.

²¹ *Bartenbach/Volz*, ArbNErfG, § 13 Rn. 2; *Boemke/Kursawe-Hoppe-Jänisch*, ArbNErfG, § 13 Rn. 7.

brauchsmusterschutz vorzuziehen (§ 13 Abs. 1 Satz 2 ArbNErfG); dabei können jedoch auch wirtschaftliche Aspekte eine Rolle spielen.²² In manchen Fällen ist der Arbeitgeber nicht zur Anmeldung verpflichtet, insbesondere dann, wenn der Arbeitgeber mit der Anmeldung Betriebsgeheimnisse offenbaren müsste, § 13 Abs. 2 Nr. 3 i.V.m. § 17 ArbNErfG (s. Rn. 44). Meldet der Arbeitgeber ohne berechtigte Gründe nicht an, so kann der Arbeitnehmer – nach Fristsetzung – die Anmeldung selbst betreiben (§ 13 Abs. 3 ArbNErfG). Ferner kann der Arbeitgeber die Erfindung auch im Ausland anmelden (§ 14 Abs. 1 ArbNErfG); sofern er jedoch keinen Schutz im Ausland generell oder in einzelnen Staaten erlangen möchte, hat er die Erfindung für diese Staaten freizugeben (§ 14 Abs. 2 Satz 1 ArbNErfG).

2. Vergütung für Dienstfindungen

- 11 Dienstfindungen von Arbeitnehmern lösen eine Vergütungspflicht des Arbeitgebers aus. Diese Vergütung ist in §§ 9 bis 12 ArbNErfG gesondert geregelt. Der Arbeitnehmer hat danach einen Anspruch auf eine **angemessene Vergütung** durch den Arbeitgeber (§ 9 Abs. 1 ArbNErfG). Sie soll dem Arbeitnehmer aufgrund seiner Erfindung einen monetären Ausgleich verschaffen.²³

a) Rechtsnatur und Art des Anspruchs

- 12 Der Vergütungsanspruch des ArbNErfG ist ein gesetzlicher schuldrechtlicher Anspruch²⁴ eigener Art und stellt kein Arbeitsentgelt dar.²⁵ Eine Möglichkeit der Anrechnung auf das Arbeitsentgelt besteht demnach nicht.²⁶ Dem Arbeitnehmererfindungsgesetz liegt hier der Gedanke des **Monopolprinzips** zugrunde, wonach die Vergütung keine Belohnung übervertraglicher oder sonstiger besonderer Leistungen des Arbeitnehmers darstellt (Sonderleistungsprinzip), sondern nur eine Folge des erlangten Wettbewerbsvorteils des Arbeitgebers durch die Nutzung der Erfindung ist.²⁷

22 Vgl. Boemke/Kursawe-Hoppe-Jänisch, ArbNErfG, § 13 Rn. 30 ff.

23 Bartenbach/Volz, ArbNErfVergRL, Einleitung Rn. 11.

24 BGH 2.6.1987, X ZR 97/86, GRUR 1987, 900, 901 – Entwässerungsanlage.

25 BGH 10.9.2002, X ZR 199/01, GRUR 2003, 237, 240 – Ozon; BGH 25.11.1980, X ZR 12/80, GRUR 1981, 263, 265 – Drehschiebeschalter; BGH 23.6.1977, X ZR 6/75, GRUR 1977, 784, 786 – Blitzlichtgeräte; Bartenbach/Volz, ArbNErfVergRL, Einleitung Rn. 34; Boemke/Kursawe-Engemann, ArbNErfG, § 9 Rn. 22.

26 BGH 10.9.2002, X ZR 199/01, GRUR 2003, 237, 240 – Ozon.

27 Dafür schon die Gesetzesbegründung BT-Drs. II/1648, S. 26; auch BGH 25.11.1980, X ZR 12/80, GRUR 1981, 263, 265 – Drehschiebeschalter; BGH 21.6.1979, X ZR 2/78, GRUR 1979, 800, 804 – Mehrzweckfrachter; Bartenbach/Volz, ArbNErfG, Einleitung vor §§ 9–12 Rn. 9 ff.; Reimer/Schade/Schippel-Himmelmann, ArbNErfG, Einleitung Rn. 35; MüArbR-Bayreuther, § 98 Rn. 24; Gaul, GRUR 1980, 1029, 1030; dagegen

b) Entstehen des Anspruchs und Schuldner

Der Vergütungsanspruch des § 9 Abs. 1 ArbNErfG entsteht mit der Inanspruchnahme der Erfindung durch den Arbeitgeber: Entweder direkt durch die Inanspruchnahmeerklärung oder vier Monate nach Meldung, wenn der Arbeitgeber die Erfindung nicht für frei erklärt hat (Fiktion der Inanspruchnahme, § 6 Abs. 2 ArbNErfG). Schuldner des Anspruchs ist immer der Arbeitgeber.²⁸ Durch die schuldrechtliche Natur wird bei Veräußerung des Schutzrechts durch den Arbeitgeber der Erwerber nicht Schuldner. Vielmehr bleibt es der Arbeitgeber.²⁹

c) Höhe

Dem Arbeitnehmer steht eine angemessene Vergütung zu; unter dem unbestimmten Rechtsbegriff „angemessen“ ist ein **gerechter Ausgleich der Interessen der Parteien** zu verstehen. Insofern kann der Arbeitgeber die Höhe der Vergütung nicht frei bestimmen.³⁰ Vielmehr ist diese nach den Faktoren der wirtschaftlichen Verwertbarkeit der Erfindung und des Anteils des Arbeitnehmers an der Erfindung unter Berücksichtigung seiner innerbetrieblichen Stellung zu bestimmen (§ 9 Abs. 2 ArbNErfG), ohne dass diese Aufzählung abschließend ist.³¹ Um diese vage Aussage des Gesetzestextes zu konkretisieren, hat der Bundesarbeitsminister gem. § 11 ArbNErfG eine Richtlinie³² zu erlassen, der allerdings keine verbindliche Wirkung zukommt (Nr. 1 Satz 1 ArbNErfVergRL).³³ Dennoch wird auf die grundsätzlichen Kriterien der Richtlinie zurückgegriffen.³⁴ Insofern ist zumindest von einer Quasi-Verbindlichkeit der Richtlinie auszugehen.³⁵ Verfassungsrechtliche Bedenken wurden durch das Bundesverfassungsgericht im Jahre 1998 ausgeräumt; die Richtlinie sei ein angemessener Ausgleich zwischen den Interessen des Arbeitnehmers als Erfinder und des zugriffsberechtigten Arbeitgebers.³⁶ Im Einzelfall können allerdings auch gänzlich

noch Hubmann, RdA 1959, 238; vermittelnde Ansicht bei Boemke/Kursawe-Engemann, ArbNErfG, § 9 Rn. 27 ff.

28 BGH 17.11.2009, X ZR 137/07, GRUR 2010, 223, 226 – Türinnenverstärkung; BGH 2.6.1987, X ZR 97/86, GRUR 1987, 900, 901 – Entwässerungsanlage.

29 Bartenbach/Volz, ArbNErfG, § 7 Rn. 24.

30 Boemke/Kursawe-Engemann, ArbNErfG, § 9 Rn. 158.

31 BT-Drs. II/1648, S. 26.

32 Richtlinie für die Vergütung von Arbeitnehmererfindungen im privaten Dienst vom 20.7.1959 (zuletzt geändert am 1.9.1983).

33 Schiedsstelle vom 19.9.2016, Arb.Erf. 05/14, Mitt. 2018, 289, Ls. 2; Bartenbach/Volz, ArbNErfVergRL, Nr. 1 Rn. 2.

34 Exemplarisch BGH 6.3.2012, X ZR 104/09, GRUR 2012, 605, 606 – antimykotischer Nagellack; Bartenbach/Volz, ArbNErfG, § 11 Rn. 7.

35 Bartenbach/Volz, ArbNErfVergRL, Einleitung Rn. 101; Bartenbach/Volz, ArbNErfVergRL, Nr. 1 Rn. 2.

36 BVerfG 24.4.1998, 1 BvR 587-88, NJW 1998, 3704, 3705.

Kap. 35 Vergütung für Arbeitnehmererfindungen

andere Lösungen erforderlich sein.³⁷ Grundsätzlich ist die konkrete Festsetzung der Höhe der Vergütung ein kompliziertes und stark vom Einzelfall abhängiges Verfahren, sodass dieses im Folgenden nur in Umrissen und nach den Regelungen der Richtlinie dargestellt werden kann.³⁸

- 15 Sofern auf die Richtlinie zurückgegriffen wird, ist jedoch zu beachten, dass diese seit der letzten Änderung im Jahre 1983 keine Reformierung erfahren hat. Inwieweit die Regelungen der Richtlinie noch auf die veränderte technologische Situation – insbesondere durch das Erstarken der computerimplementierten Erfindungen – anwendbar sind, bleibt fraglich.³⁹ Beachtet man allerdings deren nicht mehr hinreichende Aktualität, dann sind diese Regelungen zumindest ein akzeptabler Ansatz zur Lösung der komplizierten Berechnung der Vergütung.
- 16 Angelehnt an § 9 Abs. 2 ArbNErfG sind die drei Faktoren Erfindungswert, Anteilsfaktor und Miterfinderanteil zu bestimmen. Damit ergibt sich die Vergütung dann aus der Formel:

Vergütung = Erfindungswert * Anteilsfaktor (in %) * Miterfinderanteil (in %)

Hieraus sollte indes nicht der Schluss gezogen werden, dass durch die Richtlinie eine genaue und angemessene Vergütung mathematisch errechenbar ist.⁴⁰

aa) Erfindungswert

- 17 Für die Festsetzung des Erfindungswertes sind in der Richtlinie in Nr. 3 die drei verschiedenen Methoden genannt: Lizenzanalogie (Nr. 6 bis 11 ArbNErfVergRL), erfassbarer betrieblicher Nutzen (Nr. 12 ArbNErfVergRL) und die Schätzung (Nr. 13 ArbNErfVergRL), wobei die Lizenzanalogie als vorzugswürdige Methode betrachtet wird.⁴¹

37 BGH 4.10.1988, X ZR 71/86, GRUR 1990, 271, 273 – Vinylchlorid; BGH 26.6.1969, X ZR 52/66, GRUR 1969, 677, 680 – Rüben-Verladeeinrichtung.

38 Vgl. vertiefend insbesondere *Bartenbach/Volz*, ArbNErfVergRL, Nr. 3 Rn. 1 ff.; *Bartenbach/Volz*, ArbNErfG, § 9 Rn. 69 ff.; *Boemke/Kursawe-Engemann*, ArbNErfG, § 9 Rn. 155 ff.

39 Vgl. *Bartenbach/Volz*, ArbNErfVergRL, Einleitung Rn. 117 ff.; *Meier*, GRUR 1998, 779 ff.; *Oehrich*, GRUR 2006, 17, 19 f.

40 *Bartenbach/Volz*, ArbNErfG, § 12 Rn. 106.

41 BGH 17.11.2009, X ZR 137/07, GRUR 2010, 223, 224 – Türinnenverstärkung; BGH 29.4.2003, X ZR 186/01, GRUR 2003, 789, 789 – Abwasserbehandlung; BGH 16.4.2002, X ZR 127/99, GRUR 2002, 801, 802 – Abgestuftes Getriebe; BGH 13.11.1997, X ZR 132/95, GRUR 1998, 689, 691 – Copolyester II; *Volz*, GRUR 2010 865, 867; kritisch *Rosenberger*, GRUR 1990, 238, 241 ff.

(1) Lizenzanalogie

Der mit der Lizenzanalogie bestimmte Erfindungswert ist der Betrag, welchen nicht voneinander abhängige Vertragsparteien für eine Lizenz einer vergleichbaren Erfindung unter vernünftigen Bedingungen zahlen würden.⁴² Dabei ist die Feststellung dieses fiktiven Lizenzsatzes mit bestimmten Problemen verbunden. **18**

Zunächst muss dem fiktiven Lizenzsatz eine **rechnerische Bezugsgröße** zugrunde gelegt werden (Nr. 7 ArbNErfVergRL). Diese kann sich entweder am erreichten Umsatz oder an der konkreten Erzeugung – meist als Lizenzpreis pro Stück – orientieren, wobei der Umsatz als rechnerische Bezugsgröße meist vorgezogen wird.⁴³ Für die Berechnung sind hierbei vom Umsatz alle Ausgaben abzuziehen, die für den Vertrieb der Ware notwendig sind (z. B. Vertriebskosten, Steuern, Nachlässe).⁴⁴ Neben der rechnerischen Bezugsgröße ist in manchen Fällen auch eine **technisch-wirtschaftliche Bezugsgröße** festzustellen (Nr. 8 ArbNErfVergRL). Dabei ist darauf abzustellen, ob die Erfindung einzeln oder als Teil einer Anlage vermarktet wird. Es kann entweder zugrunde gelegt werden, welche Bedeutung die Erfindung als Anlagenteil hat oder der Wert der gesamten Anlage. Letzterer Fall hat dann einen geringeren Lizenzsatz zur Folge, da der fiktive Lizenzsatz sonst Bestandteile betrachten würde, die nicht Gegenstand der Erfindung sind.⁴⁵ Daher besteht eine Wechselwirkung zwischen Bezugsgröße und Lizenzsatz.⁴⁶ **19**

Soweit die Erfindung selbst durch Lizenzen verwertet wird, besteht die Möglichkeit, sich an diesem Satz im Rahmen einer **konkreten Lizenzanalogie** zu orientieren. Dabei ist zu beachten, dass dieser Satz nur dann den richtigen Erfindungswert wiedergibt, wenn einem unabhängigen Dritten eine ausschließliche Lizenz eingeräumt wurde. Sofern das Recht einer Konzerntochter eingeräumt wurde (s. Rn. 28) oder der Arbeitgeber nur eine einfache Lizenz erteilt hat, ist der fiktive Lizenzsatz zu erhöhen. Für den Fall, dass die Lizenz neben der eigentlichen Erfindung noch weiteres Know-how oder andere immaterielle Leistungen enthält, ist eine Verringerung des fiktiven Lizenzsatzes denkbar.⁴⁷ Die Literatur stellt jedoch mittlerweile aktuelle Lizenzsätze – mit Rücksicht auf die ständige **20**

42 BGH 13.11.1997, X ZR 6/96, GRUR 1998, 684, 687 – Spulkopf.

43 BGH 6.3.2012, X ZR 104/09, GRUR 2012, 605, 608 – antimykotischer Nagellack.

44 Boemke/Kursawe-Engemann, ArbNErfG, § 9 Rn. 215 ff.

45 BGH 26.6.1969, X ZR 52/66, GRUR 1969, 677, 680 – Rüben-Verladeeinrichtung; Boemke/Kursawe-Engemann, ArbNErfG, § 9 Rn. 221.

46 BGH 30.5.1995, X ZR 54/93, GRUR 1995, 578, 580 – Steuereinrichtung II; für die besonderen Probleme der Bestimmung vgl. Bartenbach/Volz, ArbNErfVergRL, Nr. 8 Rn. 3 ff.

47 Vgl. Boemke/Kursawe-Engemann, ArbNErfG, § 9 Rn. 198 ff.

Kap. 35 Vergütung für Arbeitnehmererfindungen

Rechtsprechung und die Entscheidungen der Schiedsstelle – zur Verfügung.⁴⁸ Im Falle der konkreten Lizenzanalogie fällt die Bestimmung der technisch-wirtschaftlichen Bezugsgröße weg, da dieser Lizenzsatz schon den Erfindungswert wiedergibt.⁴⁹

- 21 Wird die Erfindung selbst nicht verwertet, dann ist der fiktive Lizenzsatz im Rahmen der **abstrakten Lizenzanalogie** zu bestimmen. Dabei können Erfahrungen aus anderen – vergleichbaren – Lizenzgeschäften herangezogen werden. Die Richtlinie stellt hierbei Ansatzpunkte für einzelne Branchen in Nr. 10 zur Verfügung, die aus heutiger Sicht aber nicht mehr als zeitgemäß betrachtet werden,⁵⁰ sodass auch hier auf die – oben genannten – aktuellen Lizenzsätze der Literatur zurückgegriffen werden kann.
- 22 Auch eine **Abstaffelung** des Lizenzsatzes soll bei besonders hohen Umsätzen (Nr. 11 ArbNerfVergRL) infrage kommen. Dabei ist der Lizenzsatz pro Einheit der rechnerischen Bezugsgröße bei Überschreitung eines gewissen Umsatzes entsprechend zu kürzen. Dies soll jedoch nur dann möglich sein, wenn dies bei Lizenzverträgen im entsprechenden Industriezweig üblich ist.⁵¹ Die Bedeutung der Abstaffelung wird jedoch unterschiedlich beurteilt. Insbesondere die in der Praxis relevante Nachweispflicht über die Üblichkeit in entsprechenden Industriezweigen ist streitig. Sowohl die Schiedsstelle⁵² als auch Teile der Literatur⁵³ sehen in der Abstaffelung den Regelfall. Sie sind der Ansicht, dass der Nachweis nicht erbracht werden müsse, da der besonders hohe Umsatz durch eine Kausalverschiebung zu begründen sei. Dabei sei nicht mehr die technische Besonderheit und damit die Erfindung für den hohen Umsatz verantwortlich, sondern vor allem andere Gründe, die im Unternehmen liegen (z. B. Unternehmensruf, Marketingmaßnahmen, Geschäfts- und Vertriebspraktiken). Für die Industriezweige im Bereich der Chemie, der Halbleiter, des Maschinenbaus und der Kraftfahrzeugtechnik sei dies grundsätzlich anzunehmen,⁵⁴ des Weiteren sei auf den jeweiligen Lizenzmarkt abzustellen.⁵⁵ Diese Ansicht wird allerdings teilweise kritisiert, da dies eine einseitige und grundlose Begünstigung des Arbeitgebers sei.

48 Boemke/Kursawe-Engemann, ArbNerfG, § 9 Rn. 240 ff.; vgl. auch Hellebrand/Rabe, Lizenzsätze für technische Erfindungen.

49 Bartenbach/Volz, ArbNerfVergRL, Nr. 8 Rn. 8.

50 Boemke/Kursawe-Engemann, ArbNerfG, § 9 Rn. 236.

51 BGH 17.5.1994, X ZR 82/92, GRUR 1994, 898, 902 – Copolyester; BGH 4.10.1988, X ZR 71/86, GRUR 1990, 271, 273 – Vinylchlorid.

52 Schiedsstelle vom 5.12.2007, Arb.Erf. 35/06; Schiedsstelle vom 1.4.1964, Arb.Erf. 21/63, GRUR 1964, 620.

53 Bartenbach/Volz, ArbNerfVergRL, Nr. 11 Rn. 2, 19 ff.; Bartenbach/Volz, GRUR 2016, 225, 226 ff.; Hellebrand, GRUR 1993, 449, 452 f.

54 Bartenbach/Volz, ArbNerfVergRL, Nr. 11 Rn. 20 m. w. N. zu Schiedsstellenentscheidungen.

55 Bartenbach/Volz, ArbNerfVergRL, Nr. 11 Rn. 19.

Vernünftige Vertragsparteien würden bereits bei Verhandlung des Lizenzvertragssatzes einen besonders hohen Umsatz berücksichtigen, sodass eine gesonderte Abstaffelung gegenüber dem Arbeitnehmererfinder nicht mehr notwendig sei. Insofern sei die Abstaffelung nicht mehr zeitgemäß.⁵⁶

(2) Erfassbarer betrieblicher Nutzen

Der erfassbare betriebliche Nutzen ist die Differenz zwischen Kosten und Ertrag der Erfindung (Nr. 12 ArbNErfVergRL). Kosten sind dabei die Aufwendungen, die der Arbeitgeber bei Verwendung der Erfindung getätigt hat. Erträge sind sodann alle tatsächlichen wirtschaftlichen Vorteile, die dem Arbeitgeber durch die Erfindung zukommen. Dabei soll auch der Stand der Technik berücksichtigt werden, der vor der Anwendung der Erfindung innerbetrieblich vorgeherrscht hat und mit dem allgemein bekannten Stand der Technik verglichen werden.⁵⁷ In der Praxis ist eine derart einfache Rechnung meist nicht möglich. Die Feststellung soll dabei zwar auf betriebswirtschaftlichen Grundsätzen erfolgen,⁵⁸ dennoch werden mehr Schätzungen als exakte Berechnungen zugrunde gelegt.⁵⁹ Insofern ist diese Methode eher von nebensächlicher praktischer Bedeutung.⁶⁰ Sie ist jedoch dann vorteilhaft, wenn die Erfindung innerbetrieblich zu Verbesserungen oder Einsparungen führt. Allerdings kann sie nicht verwendet werden, wenn kein positiver Erfindungswert oder gar ein negativer Erfindungswert resultieren würde.⁶¹

(3) Schätzung

Die Methode der Schätzung ist eine vollständig freie Schätzung des Erfindungswerts ohne weitere Hilfestellungen. Beispielsweise ist es möglich, als Erfindungswert den potenziellen Kaufpreis anzusetzen, der auf dem freien Markt für eine freie Erfindung hätte erreicht werden können. Dabei darf nicht außer Acht gelassen werden, dass die freie Schätzung grundsätzlich ohne jegliche Anhaltspunkte erfolgt. Auch wenn die anderen Methoden Schätzungen beinhalten, werden dort nur bestimmte Bestandteile der Gesamtrechnung geschätzt. Daher sollte die freie Schätzung nur im Ausnahmefall angewandt werden, wenn keine andere Methode zum Erfolg führt.⁶² Zudem darf auch die Schätzung nicht zu einem

56 Boemke/Kursawe-Engemann, ArbNErfG, § 9 Rn. 271 ff.; Trimborn, Mitt. 2014, 74, 75 f.; Trimborn, Mitt. 2012, 70, 76.

57 Im Detail *Bartenbach/Volz*, ArbNErfVergRL, Nr. 12 Rn. 13 ff.

58 BGH 6.3.2012, X ZR 104/09, GRUR 2012, 605, 607 – antimykotischer Nagellack I.

59 Kritisch hierzu *Hellebrand*, Mitt. 2010, 362 ff.

60 BGH 6.3.2012, X ZR 104/09, GRUR 2012, 605, 607 – antimykotischer Nagellack I; *Bartenbach/Volz*, ArbNErfG, § 9 Rn. 161.

61 Boemke/Kursawe-Engemann, ArbNErfG, § 9 Rn. 292.

62 *Bartenbach/Volz*, ArbNErfVergRL, Nr. 13 Rn. 2.

Kap. 35 Vergütung für Arbeitnehmererfindungen

beliebigen Ergebnis führen,⁶³ sodass der Argumentationsaufwand – insbesondere im Streitfall – deutlich höher ist als bei den anderen Methoden.

(4) Methoden bei besonderen Gegebenheiten

- 25** In manchen Situationen kann es zu Besonderheiten bei der Bestimmung des Erfindungswertes kommen. Vor allem dann, wenn die Erfindung nicht im Betrieb selbst genutzt wird, sondern außerhalb oder gar nicht. Der Arbeitgeber kann sich entscheiden, die Erfindung nicht zu nutzen, aber in Anspruch zu nehmen. Dies kann mit dem Ausschluss von Wettbewerbern von der Nutzung der Technologie begründet werden (Sperrpatent, Nr. 18 ArbNErfVergRL) oder um sich eine eventuelle spätere Nutzung vorzubehalten, auch wenn zurzeit noch keine Verwendung besteht (Vorratspatent, Nr. 21 ArbNErfVergRL). Die Abgrenzung dieser beiden Gruppen ist im Einzelfall schwierig. Entgegen dem Sperrpatent hat der Arbeitgeber beim Vorratspatent keinen direkten wirtschaftlichen Vorteil durch die Erfindung, kann aber absehen, dass er die Erfindung zukünftig nutzen möchte. Insofern ist im Vorratspatent zumindest ein potenzieller Nutzen für den Arbeitgeber zu sehen. In der Praxis ist es daher gegenüber dem Sperrpatent der häufigere Fall.⁶⁴
- 26** Bei **Sperrpatenten** ist der Wert anzusetzen, den die Erfindung am Markt haben würde. Dieser wird in der Regel geringer sein als der Wert einer tatsächlich am Markt angebotenen Erfindung.⁶⁵ Das ist der Fall, wenn die bisher genutzte Erfindung gegenüber der durch das Sperrpatent geschützten Erfindung technisch überlegen ist. Als Bezugsgröße kommt der Umsatz in Betracht; damit ist die Differenz gemeint, die der Arbeitgeber erleiden würde, wenn die geschützte Erfindung durch einen dritten Wettbewerber genutzt würde.⁶⁶ Der Erfindungswert kann sodann insbesondere durch die Methode der Lizenzanalogie festgestellt werden; andere Methoden kommen nur nachrangig in Betracht.⁶⁷
- 27** Bei einem **Vorratspatent** soll der Wert frei geschätzt werden (Nr. 21 Abs. 2 ArbNErfVergRL). Hierbei bestehen allerdings ernsthafte Schwierigkeiten aufgrund des fehlenden Nutzens. Die Schiedsstelle setzt zurzeit einen Pauschalbetrag von 640 Euro pro Jahr an, zu zahlen zwischen dem 8. und dem 13. Jahr des bestehenden Schutzrechts.⁶⁸ *Bartenbach/Volz* schlagen derweil vor, Vorratspatente gleich mit einem einmaligen Pauschalbetrag zwischen 2500 und 4000 Euro

63 Boemke/Kursawe-Engemann, ArbNErfG, § 9 Rn. 298.

64 Reimer/Schade/Schippel-Himmelmann, ArbNErfG, § 11 Rn. 2 zu RL Nr. 18.

65 *Bartenbach/Volz*, ArbNErfVergRL, Nr. 18 Rn. 33.

66 *Bartenbach/Volz*, ArbNErfVergRL, Nr. 18 Rn. 35; Boemke/Kursawe-Engemann, ArbNErfG, § 9 Rn. 335.

67 *Bartenbach/Volz*, ArbNErfVergRL, Nr. 18 Rn. 43, 46 f.

68 Schiedsstelle vom 12.10.2006, Arb.Erf. 8/05.

zu vergüten.⁶⁹ Ob ein solcher Pauschalbetrag eine angemessene Gegenleistung darstellt, ist aber zweifelhaft. Vielmehr sollte im Einzelfall festgestellt werden, welcher Vorteil dem Arbeitgeber durch die eventuelle Vorzugsstellung des Vorratspatents zukommt. Vor allem dann, wenn es einen vergleichbaren Markt gibt und der Arbeitgeber sich mit dem Vorratspatent die Erschließung dieses Marktes in der Zukunft potenziell sichern möchte. In diesem Fall sollte sich die Vergütung nach der üblichen Vergütung dieses Marktes richten, abzüglich eines Betrages für die aktuelle Nichtbenutzung.

Im Fall der **Verwendung der Erfindung im Konzern** besteht die Problematik, dass der Arbeitgeber des Erfinders nicht immer der Nutzer der Erfindung ist oder dass die durch das Schutzrecht geschützte Erfindung nur intern vertrieben wird. Abnehmer kann vielmehr ein anderes Konzernunternehmen sein, welches aber nicht die angemessene Vergütung schuldet. Sofern neben einem Konzernunternehmen noch weitere dritte Abnehmer bestehen und diese zu gleichen Preisen beliefert werden, kann der Erfindungswert nach den normalen Grundsätzen bestimmt werden.⁷⁰ Bei rein interner Nutzung der Erfindung muss ein marktgerechter Preis ermittelt werden. Sofern die internen Verrechnungssätze diesem entsprechen, können sie herangezogen werden. Falls nicht, muss ein entsprechender Zuschlag aufaddiert werden.⁷¹ Wird die Erfindung selbst nicht durch den Arbeitgeber genutzt, sondern im Rahmen einer Lizenz oder durch Übertragung an ein konzernverbundenes Unternehmen weitergegeben, kommt es drauf an, ob die Rechtseinräumung entgeltlich erfolgt. Bei entgeltlicher Einräumung bildet dieses Entgelt die Basis für die Bestimmung des Erfindungswerts, sofern das Entgelt nicht übermäßig vom üblichen Entgelt am Markt abweicht.⁷² Im Falle der unentgeltlichen Einräumung muss der Wert bestimmt werden, den ein Dritter für die Lizenz oder das Patent selbst bezahlt hätte.⁷³ Nicht ausreichend ist es, die Entwicklungskosten um einen pauschalen Gewinnzuschlag zu erhöhen, da ein freier Erfinder zu diesen Bedingungen nicht bereit wäre die Erfindung weiterzugeben.⁷⁴ 28

(5) Gebrauchsmuster

Bei gebrauchsmusterfähigen Erfindungen sind die gleichen Verfahren wie bei patentfähigen Erfindungen zur Bestimmung des Erfindungswertes zu verwenden. 29

69 *Bartenbach/Volz*, ArbNErfG, § 9 Rn. 207.2; *Bartenbach/Volz*, ArbNErfVergRL, Nr. 21 Rn. 55.

70 *Boemke/Kursawe-Engemann*, ArbNErfG, § 9 Rn. 306.

71 *Bartenbach/Volz*, ArbNErfG, § 9 Rn. 186.1.

72 BGH 16.4.2002, X ZR 127/99, GRUR 2002, 801, 803 – Abgestuftes Getriebe.

73 OLG München 8.2.2001, 6 U 5650/99, GRUR-RR 2001, 104, 105; *Bartenbach/Volz*, ArbNErfG, § 9 Rn. 187.2; *Boemke/Kursawe-Engemann*, ArbNErfG, § 9 Rn. 311.

74 OLG Frankfurt a. M. 7.12.2017, 6 U 204/16, GRUR-RS 2017, 138234, Rn. 18.

Kap. 35 Vergütung für Arbeitnehmererfindungen

den (Nr. 28 ArbNErfVergRL). Sofern das Verfahren der Lizenzanalogie angewandt wird, soll der Lizenzsatz in der Regel niedriger gewählt werden. Dies wird in der Richtlinie mit den geringen Schutzvoraussetzungen und der geringeren Schutzdauer begründet. Allerdings hat sich der Gebrauchsmusterschutz seit Erlass der Richtlinie dem Patentschutz angenähert (s. Rn. 4). Daher kann das Gebrauchsmuster eine kostengünstigere Alternative zum Patentschutz sein. Insofern ist nicht von einem geringeren Erfindungswert auszugehen.⁷⁵ Abgesehen von der kürzeren Nutzungsdauer – die sich allerdings nur auf die Dauer der Vergütung auswirkt (s. Rn. 43) – gibt es **keine vergütungsrelevanten Unterschiede**.⁷⁶

bb) Anteilsfaktor

- 30** Der Anteilsfaktor (Nr. 30 bis 37 ArbNErfVergRL) bestimmt den prozentualen Anteil, den der Arbeitnehmererfinder an der Erfindung innehat. Er dient auch zum Ausgleich des Unterschieds, den ein freier Erfinder – samt Risiko – zu einem angestellten und unabhängig entlohten Erfinder hat. Hierbei wird sowohl die Aufgabenstellung und herangezogene Lösung des technischen Problems als auch die Stellung des Mitarbeiters im Betrieb berücksichtigt. Ob dieses System heutzutage überhaupt noch den organisatorischen Strukturen in Unternehmen gerecht wird, ist jedoch fraglich. Seit dem Inkrafttreten der Richtlinie haben sich in der Regel sowohl die innerbetrieblichen hierarchischen Strukturen als auch der Datenaustausch intensiviert. Zumindest die Stellung des Arbeitnehmers im Betrieb müsste daher heute ein viel geringeres Gewicht haben. Dennoch stellt die Richtlinie hierfür ein recht starres Punktesystem zur Verfügung, bei welchem zwischen 3 und 20 Punkten erreicht werden können. In drei Bewertungskriterien werden jeweils Punkte vergeben, die zusammengerechnet werden müssen. Mithilfe einer Tabelle in Nr. 37 ArbNErfVergRL können diese in den prozentualen Anteil umgerechnet werden.
- 31** Die Stellung der Aufgabe (Nr. 31 ArbNErfVergRL) soll die technische Einflussnahme des Arbeitgebers auf die Erfindung berücksichtigen. Hierbei werden sechs Gruppen gebildet, wobei je nach Gruppenzugehörigkeit des Arbeitnehmers ein bis sechs Punkte vergeben werden. Dies ist abhängig davon, ob die Aufgabe durch den Arbeitgeber gestellt worden ist und ob der Arbeitnehmer innerhalb oder außerhalb seines Aufgabenbereichs handelt. Dabei soll der Punktwert für die Aufgabe umso höher angesetzt werden, je freier der Arbeitnehmer die Erfindung gemacht hat und je weiter sie von seinem Aufgabenbereich entfernt ist. Je mehr technische Vorgaben der Arbeitnehmer von Seiten des Arbeitgebers erhalten hat, desto geringer ist sein Anteil daher zu bewerten.

⁷⁵ Bartenbach/Volz, ArbNErfVergRL, Nr. 28 Rn. 9.

⁷⁶ Ebenso Boemke/Kursawe-Engemann, ArbNErfG, § 9 Rn. 387.

Weiterhin soll auch die Lösung, die der Arbeitnehmer gefunden hat, bewertet werden (Nr. 32 ArbNErfVergRL), insbesondere soll der Anteil betrachtet werden, mit welchem der Arbeitgeber zu dieser Lösungsfindung beigetragen hat. Dabei werden drei Kategorien zugrunde gelegt: **32**

- Der Erfinder benutzt Überlegungen, die in seinem Beruf üblich sind.
- Der Erfinder nutzt betriebliche Kenntnisse oder Vorarbeiten.
- Der Arbeitgeber hat dem Erfinder technische Hilfsmittel bereitgestellt.

Auch hier können bis zu sechs Punkte erreicht werden. Wenn keine der drei Kategorien erfüllt wird, sollen sechs Punkte vergeben werden; wenn alle erfüllt sind, ein Punkt. Sofern die Lösungsfindung nur in einen Teil fällt, ist ein Zwischenwert zu vergeben.⁷⁷

Zuletzt soll die Stellung des Arbeitnehmers im Betrieb von Relevanz sein (Nr. 33 bis 36 ArbNErfVergRL). Sofern man seitens des Arbeitnehmers eine Dienstleistung erwarten kann, sind ihm weniger Punkte in der Berechnung zuzusprechen. Dies ist auch damit begründet, dass ein Arbeitnehmer, von dem eine Dienstleistung eher erwartet wird, auch eher Einblicke in die relevanten Bereiche – insbesondere auch in Betriebsgeheimnisse – hat; anders als ein Arbeitnehmer, der von diesen Einblicken weiter entfernt ist. **33**

Die ArbNErfVergRL unterscheidet in Nr. 34 zwischen acht Gruppen, bei welchen sie je nach Stellung verschiedene Punkte vergibt. Nach Nr. 35 ArbNErfVergRL kann es in bestimmten Fällen erforderlich sein (z.B. bei Gehaltsunterschieden unter einzelnen Arbeitnehmern mit gleichartiger Tätigkeit oder bei leitenden Angestellten), die Gruppenzugehörigkeit zu ändern. Zudem sollen nach Nr. 36 ArbNErfVergRL von kaufmännischen Arbeitnehmern in der Regel keine Erfindungen zu erwarten sein. Die Relevanz der Stellung des Arbeitnehmers ist allerdings unter Berücksichtigung des Entstehungszeitpunktes der Richtlinie zu betrachten und kann in Teilen als überholt betrachtet werden (s. Rn. 30). **34**

cc) Miterfinderanteil

Der Miterfinderanteil ist der prozentuale Anteil des einzelnen Erfinders an der Erfindung. Sofern nur ein Erfinder an der Arbeitnehmererfindung beteiligt ist, beträgt der Miterfinderanteil 1,00 (= 100%). Bei mehreren Miterfindern muss der Anteil jedes Erfinders einzeln bestimmt werden, wobei die Summe aller Miterfinderanteile 1,00 ergeben muss. **35**

⁷⁷ Vgl. zur Praxis bei Zwischenwerten *Bartenbach/Volz*, ArbNErfVergRL, Nr. 32 Rn. 50f.

dd) Wegfall der Vergütung

- 36** Auch kann sich die Vergütung auf null reduzieren (Nullfall) oder nur in Form einer Zahlung eines kleinen Anerkennungsbetrags – ohne besondere Rechtspflicht – bestehen (Nr. 38 ArbNErfVergRL). Dies wird auch durch die amtliche Begründung des ArbNErfG nicht ausgeschlossen.⁷⁸ Unabhängig ihrer kaum relevanten praktischen Bedeutung⁷⁹ gab es in der Literatur darüber eine ausgiebige Diskussion.⁸⁰ Im Ganzen kann sich die Vergütung nur in sehr wenigen Ausnahmefällen auf null reduzieren, meist, wenn ein sehr geringer Erfindungswert vorliegt, also wenn die Erfindung weder verwertet werden kann noch eine relevante Monopolstellung für den Arbeitgeber hervorrufen kann. Dem Wortlaut nach soll zwar auch ein sehr geringer Anteilsfaktor dazu führen, dass sich die Vergütung auf null reduziert; dennoch ist der Anteilsfaktor immer hoch genug, dass dies für eine alleinige Reduzierung auf null nicht reicht.⁸¹ Erstens führt selbst die theoretisch geringste Punktzahl drei zu einem Anteilsfaktor von 2% und zweitens ist die Bedeutung des Anteilsfaktors mittlerweile gesunken, sodass sich vor allem bei einem hohen Erfindungswert eine relevante Vergütung ergeben würde.

d) Feststellung oder Festsetzung

- 37** Die an den Arbeitnehmer zu zahlende Vergütung ist gesondert nach dem Verfahren des § 12 ArbNErfG festzustellen. Dabei soll grundsätzlich eine Feststellung durch Einigung mit dem Arbeitnehmer erfolgen. Erst wenn dies nicht zum Erfolg führt, kann der Arbeitgeber die Vergütung einseitig festsetzen. Zweck ist – neben dem Schutz des Arbeitnehmers – dass zwischen den Parteien eine rechtssichere, klare und nachvollziehbare Grundlage der Vergütung entsteht.⁸² Bei der Feststellung der Höhe der Vergütung sollen sich die Parteien an den beschriebenen Grundsätzen zur Ermittlung der Vergütungshöhe orientieren. Wenn sich die Umstände, die der Feststellung oder Festsetzung zugrunde liegen, später wesentlich ändern, können die Parteien voneinander verlangen, die Vergütung neu festzulegen, ohne jedoch an die Verfahrensvorschriften gebunden zu sein (§ 12 Abs. 6 ArbNErfG). Eine Rückzahlung von bereits gezahlter Vergütung ist dabei jedoch ausgeschlossen.

⁷⁸ BT-Drs. II/1648, S. 27.

⁷⁹ Bartenbach/Volz, ArbNErfVergRL, Nr. 38 Rn. 2.

⁸⁰ Derichs, GRUR 1961, 66 f.; Halbach, GRUR 1960, 457 ff.; Halbach, GRUR 1961, 388 f.; Gaul/Wexel, BB 1984, 2069; Werner, BB 1983, 839 ff.

⁸¹ Bartenbach/Volz, ArbNErfVergRL, Nr. 38 Rn. 10 f.

⁸² BGH 17.4.1973, X ZR 59/69, GRUR 1973, 649, 651 – Absperrenteil; Bartenbach/Volz, ArbNErfG, § 2 Rn. 2.

aa) Frist

Die Vergütung ist in einem angemessenen Zeitraum zu bestimmen. Eine genaue Frist ist dem Gesetz allerdings fremd. Vielmehr ist die Frist von den Umständen des Einzelfalls abhängig.⁸³ Jedoch kann die Vergütung frühestens ab dem Zeitpunkt der Inanspruchnahme der Erfindung festgestellt oder festgesetzt werden. Als spätester Zeitpunkt für die Festsetzung gelten drei Monate nach Schutzrechtserteilung (§ 12 Abs. 3 Satz 2 ArbNErfG).⁸⁴ Ob hiermit die Schutzrechtserteilung durch die Prüfstelle (§ 49 Abs. 1 PatG, Art. 97 Abs. 1 EPÜ) gemeint ist⁸⁵ oder das Ende der Einspruchsfrist (§§ 59 ff. PatG, Art. 99 ff. EPÜ),⁸⁶ ist streitig. Die letztere Meinung vertritt insbesondere, dass einerseits historisch ein anderer Zeitpunkt der Patenterteilung galt und andererseits, dass mit dem Ende der Einspruchsfrist der Arbeitgeber Rechtssicherheit habe. Dies überzeugt allein schon deshalb nicht, weil das Patent durch Nichtigkeitsklage (§§ 81 ff. PatG, Art. 138 EPÜ) weiterhin angegriffen werden kann; zudem geht das aktuelle Patentgesetz von der Erteilung des Schutzrechts durch die Prüfstelle aus, ein besonderer Grund zum Rückgriff auf einen historischen Erteilungsbegriff besteht nicht.⁸⁷

Fraglich ist auch, ob nicht eine frühere Frist gilt und ob die Festsetzung schon bei Benutzung der Erfindung durch den Arbeitgeber zu erfolgen hat. Eine Festsetzung mit Benutzungsbeginn wird mit dem Argument vertreten, dass es dem Arbeitnehmer nicht zuzumuten sei, auf das teilweise langwierige Verfahren der Schutzrechtserteilung zu warten; zudem sei es unbillig, da der Arbeitgeber den wirtschaftlichen Vorteil bereits ab der Benutzung der vermeintlichen Erfindung ziehen könne.⁸⁸ In der Cromegal-Entscheidung des BGH aus dem Jahre 1962 wird das Argument vorgebracht, dass zwischen der damals noch existierenden beschränkten und unbeschränkten Inanspruchnahme eine Ungleichheit existiere. In § 10 Abs. 1 Satz. 1 ArbNErfG a.F. hatte der Arbeitgeber mit beschränkter Inanspruchnahme und Benutzung der Erfindung den Arbeitnehmer sofort zu vergüten. Daher sei eine Schlechterstellung des Arbeitnehmererfinders bei unbeschränkter Inanspruchnahme nicht hinnehmbar.⁸⁹ Ob dieses Argument allerdings seit dem Wegfall der beschränkten Inanspruchnahme im Jahre 2009 noch Bestand hat, ist fraglich. Sofern das Schutzrecht erteilt wird, ist der Arbeitnehmer rückwirkend ab dem Zeitpunkt der Nutzung der Erfindung zu vergüten. Zu-

83 BT-Drs. II/1648, S. 29.

84 BGH 2.12.1960, I ZR 23/59, GRUR 1961, 338, 341 f. – Chlormethylierung.

85 Boemke/Kursawe-Engemann, ArbNErfG, § 12 Rn. 26.

86 Bartenbach/Volz, ArbNErfG, § 12 Rn. 56; Reimer/Schade/Schippel-Trimborn, ArbNErfG, § 12 Rn. 5.

87 Ebenso Boemke/Kursawe-Engemann, ArbNErfG, § 12 Rn. 26.

88 BGH 30.3.1971, X ZR 8/68, GRUR 1971, 475, 477 – Gleichrichter; BGH 28.6.1962, I ZR 28/61, GRUR 1963, 135, 138 – Cromegal.

89 BGH 28.6.1962, I ZR 28/61, GRUR 1963, 135, 136 ff. – Cromegal.

Kap. 35 Vergütung für Arbeitnehmererfindungen

dem erleidet der Arbeitnehmer bei später gezahlter Vergütung keinen Nachteil, da die Vergütung grundsätzlich ein Mehr zum Arbeitsentgelt darstellt. Systematisch sinnvoller wäre es, die Vorteilsstellung des Arbeitgebers bis zur Schutzrechtserteilung analog wie einen qualifizierten technischen Verbesserungsvorschlag zu vergüten (s. Rn. 78 ff.). Dies würde auch dem Monopolprinzip gerecht werden. Im Falle der späteren Schutzrechtserteilung kann die Differenz zur Erfindung dann nachgezahlt werden. Im Ergebnis dürfte sich dies von den bisher vertretenen Risikoabschlägen⁹⁰ nicht unterscheiden. Es sei deshalb in der Praxis angeraten, bereits bei Nutzung der Erfindung die Vergütung festzusetzen, wenn auch – bis zur Erteilung des Schutzrechts – mit einer Vergütung in geringerem Ausmaß.

bb) Beidseitige Feststellung

- 40** Zunächst sollen Arbeitgeber und Arbeitnehmer versuchen, die Vergütung beidseitig festzulegen (§ 12 Abs. 1 ArbNErfG). Dabei soll eine gütliche Einigung erzielt werden, welche den Interessen beider Parteien gerecht wird. Diese Einigung ist allerdings freiwilliger Natur; es besteht keine Pflicht der Parteien, sich in diesem Schritt zu einigen oder gar überhaupt Verhandlungen miteinander zu führen.⁹¹ Im Falle der Einigung soll aber auf die gesamte Dauer der Nutzung der Erfindung durch den Arbeitgeber abgestellt werden. Die Vereinbarung ist ein Vertrag und kann durch Einigung in jeder Form, auch konkludent – ebenfalls durch vorbehaltlose Entgegennahme einer Vergütung – erfolgen.⁹² Im Falle des Abschlusses ist die Vereinbarung bindend, auch wenn sich die Parteien im Feststellungsverfahren nicht an den Grundsätzen der Richtlinie orientiert haben oder entsprechende Informationen durch den Arbeitgeber nicht vorgelegt wurden; Bestandteil der Vereinbarung ist nur, was vorgelegt wurde.⁹³ Allerdings kann die Vereinbarung nach den allgemeinen Regelungen des bürgerlichen Rechts oder nach der Unbilligkeitsregelung des § 23 Abs. 1 Satz 1 ArbNErfG unwirksam sein. Letzteres muss spätestens sechs Monate nach Ablauf des Arbeitsverhältnisses durch Textform geltend gemacht werden (§ 23 Abs. 2 ArbNErfG).

90 *Bartenbach/Volz*, ArbNErfG, § 12 Rn. 66 ff.; *Boemke/Kursawe-Engemann*, ArbNErfG, § 12 Rn. 97.

91 *Boemke/Kursawe-Engemann*, ArbNErfG, § 12 Rn. 10; *Bartenbach/Volz*, ArbNErfG, § 12 Rn. 15 bezeichnet die Verhandlungen allerdings als „Obliegenheit“ der Parteien, wobei das Nichtbeachten keine Folgen hätte.

92 *Bartenbach/Volz*, ArbNErfG, § 12 Rn. 14 ff.; *Boemke/Kursawe-Engemann*, ArbNErfG, § 12 Rn. 16 ff.

93 *Bartenbach/Volz*, ArbNErfG, § 12 Rn. 18.3; *Reimer/Schade/Schippel-Trimborn*, ArbNErfG, § 12 Rn. 22.

cc) Einseitige Festsetzung

Sollte keine Einigung mit dem Arbeitnehmer zustande kommen, so hat der Arbeitgeber die Vergütung einseitig festzusetzen und die festgesetzte Vergütung dem Arbeitnehmer zu zahlen (§ 12 Abs. 3 ArbNErfG). Dies ist dem Arbeitnehmer gegenüber in Textform zu erklären. Dabei handelt es sich um eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung.⁹⁴ Die Festsetzung ist für den Arbeitgeber verpflichtend. Setzt er nicht fest, so kann der Arbeitnehmer seinen Anspruch auf die angemessene Vergütung direkt geltend machen (s. zum Verfahren Rn. 85 ff.).⁹⁵ Bei erfolgter Festsetzung kann der Arbeitnehmer dieser innerhalb von zwei Monaten widersprechen (§ 12 Abs. 4 Satz 1 ArbNErfG). In diesem Falle sollen die Parteien versuchen, sich zu einigen; eine erneute Festsetzung durch den Arbeitgeber ist aber nicht möglich.⁹⁶ Erfolgt keine Einigung, muss der Arbeitnehmer die beim Deutschen Patent- und Markenamt eingerichtete Schiedsstelle anrufen. Für den Arbeitgeber bedeutet der Widerspruch jedoch nicht, dass er der Zahlungspflicht entgeht, vielmehr ist die Festsetzung für ihn vorläufig verbindlich.⁹⁷ Findet kein fristgerechter Widerspruch statt, wird die Festsetzung auch für den Arbeitnehmer verbindlich (§ 12 Abs. 4 Satz 2 ArbNErfG). Auch ein Widerspruch in Teilen ist möglich, wobei dies zur Folge hat, dass der nicht widersprochene Teil verbindlich wird.⁹⁸

dd) Mehrere Erfinder/Miterfinder

Bei mehreren Miterfindern hat der Arbeitgeber gegenüber jedem Erfinder einzeln die Vergütung festzustellen (§ 12 Abs. 2 Satz 1 ArbNErfG). Auch hierbei soll der Arbeitgeber versuchen, sich mit jedem Miterfinder zu einigen und bei Nichtzustandekommen einer Einigung gegenüber den Miterfindern die Vergütung einzeln festzusetzen. Den Miterfindern ist der Anteil der anderen Miterfinder bekannt zu geben (§ 12 Abs. 2 Satz 2 ArbNErfG). Widerspricht einer der Miterfinder, so hat dies zur Folge, dass die festgesetzte Vergütung gegenüber allen Miterfindern nicht mehr verbindlich ist (§ 12 Abs. 5 Satz 1 ArbNErfG). Dies soll den Arbeitgeber davor schützen, dass er im Gesamten mehr zahlen müsste, als angemessen ist.⁹⁹ Der Arbeitgeber kann infolgedessen die Vergütung gegenüber allen Miterfindern neu festsetzen (§ 12 Abs. 5 Satz 2 ArbNErfG).

94 BGH 28.6.1962, I ZR 28/61, GRUR 1963, 135, 136 – Cromegeal; *Bartenbach/Volz*, § 12 Rn. 47; Reimer/Schade/Schippel-Trimborn, ArbNErfG, § 12 Rn. 32.

95 Reimer/Schade/Schippel-Trimborn, ArbNErfG, § 12 Rn. 36.

96 BGH 17.5.1994, X ZR 82/92, GRUR 1994, 898, 901 – Copolyester.

97 BGH 13.11.1997, X ZR 132/95, GRUR 1998, 689, 695 – Copolyester II; Reimer/Schade/Schippel-Trimborn, ArbNErfG, § 12 Rn. 41.

98 *Bartenbach/Volz*, ArbNErfG, § 12 Rn. 79; Reimer/Schade/Schippel-Trimborn, ArbNErfG, § 12 Rn. 37.

99 Reimer/Schade/Schippel-Trimborn, ArbNErfG, § 12 Rn. 42.

e) Fälligkeit, Zeitraum und Schutzrechtsverlängerung

- 43** Die Vergütung wird mit Inanspruchnahme der Erfindung fällig und ist so lange zu zahlen, wie das Schutzrecht Bestand hat. Sie ist nicht an den Bestand des Arbeits- oder Dienstverhältnisses gebunden (§ 26 ArbNErfG) und gilt daher auch über dieses hinaus. Der Arbeitgeber ist allerdings nicht dazu verpflichtet, das Schutzrecht über sein Interesse an diesem hinaus aufrecht zu erhalten. Mit der Schutzrechtsverlängerung sind für den Arbeitgeber Kosten verbunden, sodass den wirtschaftlichen Betrachtungen des Arbeitgebers Rechnung getragen wird.¹⁰⁰ Sobald der Arbeitgeber kein Interesse mehr an der Weiterführung des Schutzrechtes hat, entfällt auch die Vergütungspflicht. Sollte der Arbeitgeber das Schutzrecht vor Ablauf der maximalen Schutzfrist aufgeben wollen und hat er der angemessenen Vergütungspflicht nicht vollständig entsprochen, so hat er den Arbeitnehmer hiervon in Kenntnis zu setzen und auf sein Verlangen das Schutzrecht auf Kosten des Arbeitnehmers auf diesen zu übertragen sowie die dazugehörigen erfinderischen Unterlagen dem Arbeitnehmer zu übergeben (§ 16 Abs. 1 ArbNErfG). Im Fall der Rechtsübertragung steht dem Arbeitgeber ein nichtausschließliches Recht an der Erfindung zu, soweit hierfür eine angemessene Vergütung gezahlt wird. Die Vergütungsfeststellung unterliegt hier aber weiterhin den Grundsätzen der Dienstleistung und daher nicht der freien Verhandlung. Der Arbeitnehmer ist hier nicht einem freien Erfinder gleichgestellt.¹⁰¹ Wenn der Arbeitnehmer nicht binnen drei Monaten die Rechtsübertragung verlangt, kann der Arbeitgeber das Recht aufgeben (§ 16 Abs. 2 ArbNErfG). Wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer bereits die vollständige angemessene Vergütung gezahlt hat, besteht keine Anbieterpflicht mehr. Meist erfolgt die Zahlung allerdings periodisch und ist auf eine gewisse Laufzeit ausgelegt. Daher ist in der Regel nicht von einer vollständigen Vergütung auszugehen. Zudem kann die angemessene Vergütung auch auf die Zukunft bezogen sein.¹⁰² Bei einer Pauschalvergütung ist zunächst von einer vollständigen Erfüllung auszugehen, da diese auf die Gesamtlaufzeit hin abgeschlossen wurde.¹⁰³ Allerdings kann der Anspruch auf Vergütungsänderung dazu führen, dass – aufgrund sich ändernder Umstände – die Vergütungsansprüche mit der Pauschalvergütung nicht vollständig erfüllt wurden.¹⁰⁴ Es wird daher empfohlen, bei vorzeitiger Schutzrechtsaufgabe das Schutzrecht dem Arbeitnehmer anzubieten.¹⁰⁵ Die Nut-

100 BGH 10.5.1988, X ZR 89/87, GRUR 1988, 762, 763 f. – Windform; BT-Drs. II/1648, S. 33 f.

101 OLG Düsseldorf 9.8.2007, 2 U 41/06, Rn. 81 ff. und 139 ff.; *Bartenbach/Volz*, ArbNErfG, § 16 Rn. 91.

102 Boemke/Kursawe-Hoppe-Jänisch, ArbNErfG, § 16 Rn. 69.

103 Boemke/Kursawe-Hoppe-Jänisch, ArbNErfG, § 16 Rn. 72; Reimer/Schade/Schippel-Trimborn, ArbNErfG, § 16 Rn. 6.

104 *Bartenbach/Volz*, ArbNErfG, § 16 Rn. 19.

105 *Bartenbach/Volz*, ArbNErfG, § 16 Rn. 18.