

Kapitel 1

Total Compensation aus betriebswirtschaftlicher Sicht

Schrifttum: Benner (Hrsg.), Crowdwork – zurück in die Zukunft?, Perspektiven digitaler Arbeit, 2015; Bennett/Maton/Kervin, The ‚digital natives‘ debate: A critical review of the evidence, British Journal of Educational Technology (BJET) 2008, Vol. 39 (5), 775; Bie-mann/Weckmüller, Generation Y: Viel Lärm um fast nichts, Personalquarterly 01/2013, 46; CEB Corporate Leadership Council, Performance Management and Productivity, HR News Report, Second Quarter 2015, 22; Däubler/Klebe, Crowdwork: Die neue Form der Arbeit – Arbeitgeber auf der Flucht?, NZA 2015, 1032; Meyer, Industrie 3 3/4 – die Cloud als Treiber der Transformation, Personalwirtschaft 01/2016, 20; Mueller-Hanson/Pulakos, Putting the „Performance“ Back in Performance Management, SHRM SIOP Science of HR White Paper Series, 2015; Oechsler/Paul, Personal und Arbeit, Grundlagen des Human Resources Managements und der Arbeitgeber-Arbeitsnehmer-Beziehungen, 10. Aufl. 2015; Rock/Jones, Performance Measurement. What Really Happens When Companies Nix Performance Ratings, Harvard Business Review Nov. 2015, 3 f.; Wiskemann, Abschied vom Performance Rating. Dialog als Basis leistungsorientierter Vergütung, Personalführung 04/2016, 28; ders., Early Talents – wirklich so verschieden?, HR Perspectives. Talent & Rewards: Themen, Trends, News, Juni 2015, 14.

Übersicht

	Rn.		Rn.
I. Total Compensation	1	2. Anforderungen aus dem	
1. Komponenten der Gesamt-		demographischen Wandel und	
vergütung	8	einer multiplen Generationen-	
2. Aktuelle Trends	15	struktur	22
		3. Anforderungen aus der Digi-	
		talisierung der Arbeitswelt . . .	26
II. Gestaltungsanforderungen an		III. Leistungsorientierte Vergütung	
die Gesamtvergütung	20	und Performance Rating	42
1. Anforderungen aus der			
Globalisierung	21		

I. Total Compensation

Mit dem Begriff „Gesamtvergütung“ geht ein Verständnis einher, das über den engen arbeitsrechtlichen Zusammenhang zwischen Entgelt und Arbeitsleistung hinausgeht. § 611a Abs. 1 BGB begründet die Verpflichtung des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer zur Zahlung des vereinbarten Arbeitsentgelts, der Arbeitnehmer schuldet im Gegenzug die Arbeitspflicht – vereinbart nach Inhalt, Umfang, Zeit und Ort. Die Gesamtvergütungsperspektive umfasst neben Grundvergütung und Leistungszulagen weitere Komponenten wie Gewinn- oder Erfolgsbeteiligung, freiwillige (über die gesetzlichen oder tariflichen Mindeststandards hinausgehende) Zusatzleistungen und Kapitalbeteiligungsmodelle.

Kap. 1 Total Compensation aus betriebswirtschaftlicher Sicht

- 2 Aus unternehmerischer Sicht werden über eine systematische Gestaltung des Gesamtvergütungsansatzes verschiedene Ziele angestrebt.
- 3 Zum einen ist dies die **Berücksichtigung der internen Struktur der Positionen** im Unternehmen. Danach muss das Vergütungssystem dem Unternehmen Klarheit darüber verschaffen, wie die Wertigkeiten der Funktionen untereinander sind und was es bereit ist, dafür zu zahlen. Zum anderen geht es um die Sicherstellung der **Leistungsorientierung**. Da die Leistung keine Konstante, sondern Schwankungen unterworfen ist, muss ein Vergütungssystem flexibel auf die Leistung des Mitarbeiters¹ (und des Unternehmens) reagieren können. Dabei ist die (unternehmerische und individuelle) Leistung die Ausgangsbasis für die Gehaltsfindung innerhalb des Vergütungssystems, in welches die internen Wertigkeiten der im Unternehmen existierenden Funktionen und Marktdaten bereits eingeflossen sind. Damit ist ein weiteres Ziel, nämlich die Sicherstellung **marktbezogener Gehälter**, angesprochen. Ein Vergütungssystem muss den Markt reflektieren. Wenn keine Reflexion zum Markt hin erfolgt, entstehen Risiken mit Blick auf Mitarbeiterbeschaffung und -bindung. Zum einen wird es schwierig, für im Vergleich zum Markt schlecht bezahlte Funktionen neue leistungsstarke Mitarbeiter zu gewinnen und die eigenen Leistungsträger zu halten. Zum anderen schmälern überbezahlte Funktionen die Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens. Wenn über dem Markt bezahlt werden soll, dann sollte dies grundsätzlich in Form variabler Vergütungsbestandteile geschehen. Das Vergütungssystem sollte auch zur **Sicherung der Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens** beitragen. Dies gilt insbesondere in Industrien, die ein hohes Maß an menschlichem Ressourceneinsatz erfordern. Dazu ist unternehmerisches Denken aller Mitarbeiter notwendig. Dies wird unterstützt durch die Einschränkung des Gewöhnungsfaktors in der Vergütung, wozu es einer entsprechenden Flexibilisierung von Vergütungselementen bedarf. Dies ermöglicht einerseits, Leistungsträger durch variable Vergütungsbestandteile besonders zu honorieren. Andererseits können Fehleinschätzungen korrigiert werden. Mit der Sicherung der unternehmerischen Wettbewerbsfähigkeit geht schließlich das gesamtgesellschaftliche Ziel einher, einen **positiven Beitrag zur Beschäftigungspolitik** zu leisten. Dahinter steht das Verständnis, dass durch einen entsprechenden flexiblen Anteil an den Gehaltskosten es dem Unternehmen ermöglicht wird, die Kosten in wirtschaftlich schwierigen Zeiten bis zu einem gewissen Punkt ohne Personalabbau abzusenken.
- 4 Der Fokus bei der Gestaltung eines Gesamtvergütungsansatzes liegt damit auf motivatorischen und strategischen Funktionen der betrieblichen Vergütungs- und Zusatzleistungspolitik. Dies zeigt sich insbesondere in der Bedeutung leis-

1 Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird im Folgenden immer von Mitarbeiter etc. gesprochen. Damit sind selbstverständlich immer Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen gemeint.

tungs- und ergebnisorientierter Vergütungsbestandteile, welche sowohl eine Variabilisierung der Vergütung als auch eine Orientierung der Mitarbeiter an den Unternehmenszielen und dem Unternehmenserfolg anstreben. Über eine flexible wie differenzierte Gestaltung des Gesamtvergütungssystems werden Motivationseffekte wie auch gleichzeitig eine gewünschte unternehmerische Steuerung angestrebt.

Der richtige Mix aus variablen und fixen Gestaltungselementen muss jedoch immer marktgerecht sein, also bedarf es regelmäßiger Vergleiche mit Wettbewerbsunternehmen. Darüber hinaus erfordern flexible Vergütungselemente einen höheren Kommunikationsaufwand, denn grundsätzlich beinhalten variable Vergütungselemente neben dem Element der Chance (etwa mehr als die 100 % einer Erfolgsbeteiligung ausbezahlt zu bekommen) immer auch ein Risiko, welches je nach Programmgestaltung dazu führen kann, dass es in Jahren, in denen kein Gewinn erwirtschaftet wurde oder ein Mitarbeiter seine individuellen Leistungsziele nicht ganz oder nur sehr eingeschränkt erreicht hat, zu keiner Auszahlung oder zu einer Auszahlung deutlich unter der 100 %-Zielgröße kommt. Wesentlich dabei ist natürlich, dass bei allem Wunsch nach Flexibilisierung der Vergütung der Mitarbeiter mit seinem Grundgehalt nach wie vor über eine verlässliche Gestaltungsgröße verfügt. Es kann keinesfalls das Ziel sein, über den Ausbau flexibler Gestaltungselemente das unternehmerische Risiko auf den Mitarbeiter „abzuwälzen“.

Grundsätzlich muss berücksichtigt werden, dass ein wettbewerbsfähiges Gesamtvergütungssystem notwendig, aber nicht hinreichend für zufriedene und motivierte Mitarbeiter ist. So ist die tatsächliche Bedeutung von Vergütungssystemen für eine unmittelbare Steuerung des Verhaltens der Mitarbeiter kritisch zu betrachten. Kein Vergütungselement – auch nicht die variable Vergütung – ersetzt das für eine Leistungsorientierung viel wichtigere Führungsverhalten. Variable Vergütung entfaltet seine Bedeutung als wichtiges Unterstützungsinstrument im Rahmen eines auf Leistung ausgerichteten Führungssystems. Mit anderen Worten: Leistungsorientierte Vergütungssysteme führen nicht, sie unterstützen Führung. Vergütungssysteme haben per se keinen Eigenwert und tragen auch nicht qua bloßer Existenz zur Erreichung der Bereichs- oder Unternehmensziele bei. Insbesondere ein durch starken internationalen Wettbewerb und einen engen Arbeitsmarkt gekennzeichnetes Umfeld verlangt nach unternehmerischem Denken und Handeln aller Protagonisten sowie nach einer Unternehmenskultur, die geprägt ist von Überzeugen, Vertrauen, Eigenverantwortung und der Beteiligung der Mitarbeiter am Unternehmenserfolg. Dies entspricht der Wahrnehmung und Anerkennung der Mitarbeiter als wesentlichen, unabdingbaren Erfolgsgaranten für das Unternehmen. Vergütungssysteme funktionieren nur dann, wenn sie in das Führungs- und Steuerungssystem integriert sind. Ein „Zuviel“ an monetären Anreizen kann schließlich zu einem sogenannten Verdrän-

Kap. 1 Total Compensation aus betriebswirtschaftlicher Sicht

gungseffekt führen. Danach zerstören extrinsische Anreize die intrinsische Motivation, wonach von „außen“ kommende Belohnungen den „Spaß“ zerstören, der aus der Arbeit selbst resultiert. Und auch wenn es nach wie vor Bereiche gibt, bei denen eine unmittelbare Verknüpfung von Zielerreichung und Bonusberechnung sinnvoll ist, wie z. B. im Vertrieb, sollte man dabei dem wesentlichen Kriterium „Messbarkeit“ grundsätzlich kritisch gegenüberstehen. „Messbarkeit“ an sich hat keinen Eigenwert. Die Frage, wie mit vertretbarem Aufwand methodische Gütekriterien wie Validität, Objektivität und Reliabilität sichergestellt werden können, kann kaum allgemein beantwortet werden.

- 7 Neben den aufgeführten Zielsetzungen eines modernen Gesamtvergütungssystems, welche den Gestaltungsrahmen darstellen, in denen sich das Unternehmen bewegt, sind darüber hinaus grundsätzliche Bedingungsgrößen zu berücksichtigen. Dies sind vor allem die finanzielle Machbarkeit (es kann nur ausgegeben werden, was vorher erwirtschaftet wurde) und natürlich der Aspekt der Rechtssicherheit. Hier ist es von besonderer Bedeutung, mit den Interessenvertretern aller sogenannter „Key Stakeholder“ vertrauensvoll und kooperativ zusammenzuarbeiten. Insbesondere gilt es, die Vertreter der Arbeitnehmer auf Unternehmens- wie insbesondere auf Betriebsebene frühzeitig in entsprechende Gestaltungsprozesse einzubinden, um einerseits Missverständnisse und daraus potenziell entstehende Widerstände gar nicht erst aufkommen zu lassen, sowie andererseits deren Wissen mit einfließen zu lassen.

1. Komponenten der Gesamtvergütung

- 8 Klassischerweise werden bei Betrachtung der Gesamtvergütung die Komponenten Grundentgelt, variable Entgeltbestandteile (Bonus, Prämien), Erfolgs- und Gewinnbeteiligung, (freiwillige) Zusatzleistungen sowie Formen der Kapitalbeteiligung unterschieden.
- 9 Das **Grundentgelt** als fixe Komponente der Barvergütung wird anforderungs- und/oder qualifikationsorientiert ausgestaltet, wobei eine externe Marktorientierung sichergestellt werden muss. Traditionell bildet dabei die Stellenbeschreibung den Ausgangspunkt, auf deren Grundlage die Stelle unabhängig vom Stelleninhaber hinsichtlich der mit ihr verbundenen Anforderungen bewertet wird (Arbeitsbewertung).² Welche spezifische Grundentgeltform gewählt wird (Zeitlohn, qualifikationsorientierter Grundlohn, Potenziallohn), hängt vor allem von der gewählten Form der Arbeitsorganisation und den eingesetzten Produktionstechnologien ab. Traditionell dominieren die Aspekte „Anforderungen der Stelle“ und „Arbeitszeit“.

2 Vgl. dazu und zum Folgenden *Oechsler/Paul*, S. 439 ff.

Auf der Grundlage der Stellenbeschreibung werden dann **variable Entgeltkomponenten** vergeben, von denen die Leistungszulage sich auf die individuelle oder Gruppenleistung bezieht. Zu den traditionellen Leistungsentgelten zählen die Formen des Akkordlohns (Stück- oder Zeitakkord). Darüber hinaus existieren Formen des Prämienlohns, der aus einer Kombination eines Grundentgelts und einer Prämie für quantitative oder qualitative Mehrleistungen besteht. Gemein ist den meisten Formen der Leistungszulage oder des Leistungsentgelts, dass hierfür zumeist ein Verfahren der Leistungsbeurteilung eingeführt wird, das in der Regel auf einem Zielvereinbarungssystem basiert. Aufgrund von Soll-Ist-Vergleichen werden hier Differenzierungen in der Höhe der Leistungszulagen (Boni, Prämien) ermittelt. Ein wichtiges Instrument in der kurzfristigen variablen Barvergütung für Mitarbeiter mit Umsatzverantwortung sowie im außertariflichen Bereich stellen sogenannte Bonuspläne dar. Die Ausgestaltung, aber auch die Umsetzung solcher Zielvereinbarungspläne erhöhen die Transaktionskosten der Entgeltfindung, können aber hinsichtlich des Aspekts der Transparenz bezüglich Leistungserwartung und Leistungsfeststellung von hohem Wert sein. Wesentliche Gestaltungsmerkmale von Bonusplänen sind der berechnete Personenkreis (Wer nimmt teil?), die Bestimmung der Zielfestlegung und der Zielauswahl (Welche Ziele können vereinbart werden? [z.B. Unternehmens-, Team- und Individualziele] Wie viele Ziele werden berücksichtigt? Wer vereinbart die Ziele? Welche Ziele werden vorgegeben?), die Gewichtung der Ziele (z.B. Mindestgewicht je Ziel), die Methode der Feststellung der Zielerreichung (Einzel- oder Gesamtzielerreichung?) sowie die Feststellung des Bezahlverlaufes (Welche Zielerreichung führt zu welcher Auszahlung?). Insgesamt stellt dies eine komplexe Gestaltungsaufgabe dar, da hierbei auch die wesentlichen Ansprüche des jeweiligen Geschäftsbereiches sowie die relevanten Merkmale des jeweiligen Teilarbeitsmarktes berücksichtigt werden müssen. Der grundsätzlich hohen Bedeutung variabler Vergütungselemente im Rahmen eines Gesamtvergütungsansatzes steht gleichsam eine nicht neue Debatte um den Sinn oder Unsinn kurzfristiger variabler Vergütungsansätze – insbesondere in Verbindung mit Zielvereinbarungssystemen – gegenüber, die sich als eine Komponente in den aktuellen Trends zum Thema Gesamtvergütung widerspiegelt. Im Vertrieb kommt alternativ zu Bonusplänen auf Basis von Zielvereinbarungen mit sogenannten Kommissionsplänen häufig eine Variante zur Anwendung, bei welcher der Mitarbeiter direkt an dem von ihm erzielten Umsatz beteiligt wird.

Erfolgs- oder Gewinnbeteiligungen stellen eine weitere variable Vergütungskomponente dar. Anhand einer Erfolgsgröße des Unternehmens (wie z.B. dem Betriebsergebnis) oder eines unternehmerischen Teilbereichs wird der Erfolg gemessen und entsprechend eines Schlüssels auf die Beteiligten verteilt. Der Begriff der „Erfolgsbeteiligung“ folgt einem Verständnis, wonach Mitarbeiter keine Kostenfaktoren, sondern Erfolgsproduzenten sind. Mit der Festlegung einer Mindestzielerreichung, bei deren Unterschreitung die Beteiligung komplett ent-

Kap. 1 Total Compensation aus betriebswirtschaftlicher Sicht

fällt, und der Bestimmung eines Bezahlungsverlaufs, der bei Überschreiten der Zielgröße eine überproportionale Beteiligung bis hin zu einem festgelegten (absoluten oder relativen) Maximalauszahlungsbetrag festlegt, kann ein solches Programm in einem realistischen Zielerreichungskorridor den Mitarbeitern eine höhere Chance als Risiko bieten. Gleichzeitig „atmet“ es mit dem Unternehmenserfolg und stellt somit sicher, dass nur dann etwas ausgezahlt wird, wenn dieses auch vorher erwirtschaftet wurde.

- 12 **Freiwillige Zusatzleistungen** verfolgen in der Regel verschiedene Zielsetzungen. Neben der Absicherung gegenwärtiger Risiken (z. B. kostenlose Unfallversicherung oder eine erweiterte Gehaltsfortzahlung im Krankheitsfall) und dem Erhalt der Leistungsfähigkeit (z. B. präventive Ausrichtung des betrieblichen Gesundheitswesens oder kostenloses Mittagessen) wird auch auf die Mitarbeiterbindung fokussiert (z. B. Firmenwagen oder verbilligte Mitarbeiterdarlehen). Weitere wichtige Elemente sind schließlich die Altersvorsorge (z. B. Pensionspläne) sowie die Möglichkeiten für eine längere Unterbrechung des Berufslebens (z. B. Sabbaticals) oder der Verkürzung der Lebensarbeitszeit (z. B. Arbeitszeitkonten).
- 13 Schließlich besteht die Möglichkeit der **Kapitalbeteiligung**.³ Diese Komponente wird vor allem für Führungskräfte benutzt, um sie strategisch langfristig am Erfolg des Unternehmens als Kapitaleigner zu beteiligen und auch aus Gründen der Mitarbeiterbindung. Dabei spielen vor allem Formen der aktienbasierten Kapitalbeteiligung eine wichtige Rolle. Neben der Möglichkeit, in einem bestimmten Rahmen verbilligte Aktie zu kaufen (Aktiensparprogramm), und dem klassischen Stock-Option Plan, bei dem die Mitarbeiter das Recht eingeräumt bekommen, eine bestimmte Anzahl von Aktien zu einem festgelegten Preis während eines bestimmten Zeitraums zu erwerben, dominieren in der betrieblichen Praxis zunehmend Formen der virtuellen Beteiligung (z. B. Stock Appreciation Rights oder Phantom Stocks), bei denen der Mitarbeiter keine Aktien erhält, sondern am Wertzuwachs der Aktie beteiligt wird. Hier besteht eine klare Nähe zu den Formen der Erfolgsbeteiligung. Eine weitere Variante sind sogenannte Restricted Stock Plans, bei dem der Aktienwerb mit Auflagen, etwa in Form einer bestimmten Eigenbeteiligung des Mitarbeiters und/oder in einer zeitlichen Verfügungsbeschränkung, verbunden ist. Eine Kombination der Beteiligung an der Kursentwicklung und dem Erreichen operativer Unternehmenszielgrößen stellen sogenannte Performance Share Plans dar. Je nach Zielerreichungsgrad und Höhe des Aktienkurses erhält der Mitarbeiter eine bestimmte Anzahl Aktien, wahlweise kann diese Variante auch als virtueller Plan ausgestaltet sein.
- 14 Die Auswahl und Ausgestaltung der einzelnen Komponenten eines Gesamtvergütungssystems hängt letztlich von den Anforderungen des Unternehmens (Un-

3 Vgl. *Oechsler/Paul*, S. 452 f.

ternehmensstrategie und Produkt-Markt-Konzept), seiner Arbeitsmarktposition, seinen finanziellen Spielräumen und den rechtlichen Rahmenbedingungen ab.

2. Aktuelle Trends

Die aktuellen Trends im Bereich der Gestaltung von Gesamtvergütungssystemen sind vor dem Hintergrund sich verändernder Rahmenbedingungen unternehmerischer Tätigkeit zu betrachten. Dabei lassen sich mit der Globalisierung der Wirtschaft, dem demographischen Wandel (und daraus resultierender multipler Mitarbeitergenerationen) sowie der Digitalisierung der Wirtschaft (Industrie 4.0) drei Megatrends identifizieren. **15**

Die **Globalisierung** der Wirtschaft ist kaum mehr zu erwähnen. Zunehmend globale Geschäftsfelder, neue Marktsegmente und entsprechend geänderte Produkt-Markt-Strategien bei immer kürzer werdenden Produktlebenszyklen führen zu einer immer stärkeren Notwendigkeit für eine länderübergreifende Zusammenarbeit im Kontext zunehmend segmentierter lokaler Arbeitsmärkte. Der Trend einer immer stärkeren Globalisierung bei gleichzeitigem Erfordernis, regionale und lokale Besonderheiten zu berücksichtigen, ist anhaltend. Die im Zuge der Globalisierung des Geschäftes vor allem in Großunternehmen steigende Anzahl von Remote-Situationen (Mitarbeiter und Manager befinden sich in unterschiedlichen Ländern) erfordert einerseits eine stärkere Standardisierung der Programme, Prozesse, Systeme und somit eine Vereinheitlichung der Vergütungssystemgestaltung über lokale und regionale Grenzen hinweg. Andererseits muss darauf geachtet werden, dass lokale Arbeitsmärkte unterschiedliche Anreizstrukturen verlangen, um die gewünschten Talente zu gewinnen und zu binden. **16**

Zusätzlich sind die Unternehmen insbesondere in den westlichen Industrienationen auch **demographischen Effekten** ausgesetzt. Unbestritten ist die zunehmende Verknappung des Arbeitskräfteangebots in kritischen Teilarbeitsmärkten in den westlichen Industrienationen. Darüber hinaus müssen sich Unternehmen mit der Tatsache einer **multiplen Generationenstruktur** in ihrer Belegschaft auseinandersetzen. Dies manifestiert sich aktuell vor allem in der Debatte um die zunehmende Bedeutung der „Early Talents“ und im engeren Sinne der „Millennials“ auf dem Arbeitsmarkt.⁴ So wird in der nächsten Dekade keine andere Generation als die Millennials einen größeren Einfluss auf die Privatindustrie, den öffentlichen Sektor und die zukünftige Rolle von Technologie im privaten und beruflichen Alltag haben. Jedoch zeigen aktuellere vergleichende Studien zum Thema Generationen, dass nur eine geringe Anzahl bedeutsamer Unterschiede in den generationspezifischen Bedürfnissen festgestellt werden kann.⁵ **17**

⁴ Vgl. dazu und zum Folgenden *Wiskemann*, HR Perspectives Juni 2015, 14–16.

⁵ Hierzu und zum Folgenden beispielhaft *Biemann/Weckmüller*, Personalquarterly 01/2013, 46–49.

Kap. 1 Total Compensation aus betriebswirtschaftlicher Sicht

Es zeigt sich, dass grundlegende Werte und Einstellungen mit Ausnahme des Aspekts Freizeitorientierung über Generationen hinweg ähnlich sind. Es gibt keinen wissenschaftlichen Nachweis dafür, dass Millennials mehr nach bedeutsamer, erfüllender Arbeit streben und mehr „den Unterschied machen wollen“ als Mitarbeiter der Generation X oder der sog. Baby Boomer. Jedoch wird ein Trend festgestellt, wonach über Generationen hinweg die Bedeutung extrinsischer Motivation insgesamt abnimmt.⁶ Unbestritten ist jedoch eine zunehmende Verknappung des Arbeitskräfteangebots in kritischen Teilarbeitsmärkten.

- 18 Ein weiterer Trend ist die **Digitalisierung** der Wirtschaft. Insbesondere in Ländern wie Deutschland, in denen Arbeit ein beträchtlicher Kostenfaktor ist, wird die sogenannte Fabrik der Zukunft eine große Bedeutung haben. Zum einen, weil damit etwaige Wettbewerbsnachteile eines Hochlohnlandes ausgeglichen werden können, zum anderen, weil schon bestehende Wettbewerbsvorteile wie Flexibilität, Schnelligkeit, Individualisierung und höchste Qualität weiter an Bedeutung gewinnen werden. Die Digitalisierung der Gesellschaft und der Wirtschaft ist eine bereits begonnene Entwicklung und kein disruptiver Vorgang, dennoch muss davon ausgegangen werden, dass die Geschwindigkeit des Wandels weiter zunimmt und sich im Zuge der Digitalisierung das Wesen der Arbeit spürbar verändern wird. Je virtueller, vernetzter und letztendlich flexibler unsere Arbeitswelt wird, umso mehr werden Arbeitsformen obsolet, die sich an Präsenz und deren Messung orientieren. Unternehmen, die eine Innovationsstrategie fahren, erkennen, dass Konzepte mehrjähriger Entwicklungsarbeit hinter verschlossenen Türen bis hin zur Serienreife und entsprechend langjährige Innovationszyklen zunehmend unter Druck geraten. Gefragt sind agile Organisationsformen, die schnell und kundenorientiert sind (z.B. sog. Scrum-Teams, in denen nicht mehr nach dem Wasserfallprinzip, sondern in kurzen Zyklen – von Sprint zu Sprint – entwickelt wird), Kunden in Entwicklungsprozesse einbindet (z.B. Design Thinking) und Mitarbeiter und Führungskräfte benötigt, die in hohem Maße selbstorganisiert und veränderungsflexibel arbeiten. Dies bedeutet gleichzeitig, dass Fehler erlaubt sein müssen. Beim mobilen Arbeiten steht das Ergebnis mehr im Fokus als eine tradierte Leistungsüberprüfung. Gleichzeitig werden Formen der Zusammenarbeit immer bedeutender, die globale Teams in die Lage versetzen, Wissen zu teilen und mit Blick auf die sich stetig wandelnden Kundenanforderungen zusammen zu arbeiten. Dies bedeutet, in der Arbeitswelt 4.0 ersetzt vernetztes Arbeiten bisher vorherrschende hierarchische Strukturen zugunsten von Handlungsfreiräumen, die den Wissensaustausch fördern.⁷
- 19 Eine spezifische Herausforderung an die Gestaltung monetärer Anreizsysteme ergibt sich mit dem sogenannten internen und dem externen Crowdsourcing als neue Arbeitsformen in der Arbeitswelt 4.0. Beim externen Crowdsourcing wird

6 Vgl. *Bennett/Maton/Kervin*, BJET, Vol. 39 (5), 775–786.

7 Vgl. *Meyer*, Personalwirtschaft 01/2016, 21.

das klassische Normalarbeitsverhältnis mit den üblichen Standards wie garantierte Arbeitszeit und Bezahlung sowie sozialversicherungsrechtliche Absicherung über Arbeitgeberbeiträge zur Sozialversicherung, Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall oder bezahltem Urlaub durch ein Beschäftigungsverhältnis ersetzt, in denen der Arbeitgeber (Auftraggeber) nicht einmal mehr verpflichtet ist, dem Arbeitnehmer (Auftragnehmer) regelmäßige Arbeit anzubieten.⁸ Dieses im Zuge der Digitalisierung entstandene innovative Arbeitsmodell bietet Unternehmen den Zugriff auf einen globalen Pool von Arbeitsressourcen zur Leistungserstellung. Insbesondere über Internetplattformen kann sich das Unternehmen heute weit über die internen Ressourcen hinaus mit einer Vielzahl von Menschen verbinden und Arbeitsaufgaben auslagern. Informationen, Ideen und Lösungsvorschläge von Menschen aus der ganzen Welt können so mit geringem Arbeitsaufwand gesammelt und in die internen Leistungserstellungsprozesse integriert werden.⁹ Unternehmen können aus einem Pool global verteilter Arbeitskräfte mit spezifischen Qualifikationen schöpfen, ohne sich langfristig an diese zu binden. Aus Sicht der Crowdworker stellen diese ihre Arbeitskraft (Zeit, Wissen, Fähigkeiten) dem Unternehmen (Crowdsourcer) gegen ein vereinbartes Entgelt zur Verfügung. Wird der Crowdsourcing-Ansatz unternehmensintern angewendet, wird von internem Crowdsourcing gesprochen. Hier werden ebenfalls über interne Plattformen die Arbeitsressourcen gepoolt, jedoch bleibt das bestehende Arbeitsverhältnis und damit der bisherige Arbeitnehmerstatus des Crowdworkers bestehen, was die Gestaltungsspielräume bei der Vergütung einschränkt.

II. Gestaltungsanforderungen an die Gesamtvergütung

Die sich aus den beschriebenen Trends ergebenden spezifischen Anforderungen an die Gestaltung der unternehmerischen Gesamtvergütungssysteme sind vielfältig und lassen sich nicht mit einem „one-size-fits-all“-Ansatz lösen. **20**

8 Vgl. dazu und zum Folgenden *Däubler/Klebe*, NZA 2015, 1032. Das TzBfG sieht für diese „Arbeit auf Abruf“ in Deutschland einen gewissen Schutzrahmen vor, der Null-Stunden Verträge vermeidet, in denen der Auftragnehmer/Arbeitnehmer keinerlei Anspruch auf ein bestimmtes (Mindest-)Arbeitsvolumen hat.

9 Vgl. dazu Benner-*Leimeister/Zogaj/Blohm*, S. 10. Crowdwork oder Crowdsourcing kann nahezu für alle Aktivitäten innerhalb von Leistungserstellungsprozessen eingesetzt werden, etwa für Primäraktivitäten wie Produktion, Marketing und Vertrieb, aber auch für unterstützende Sekundäraktivitäten wie Forschung und Entwicklung; vgl. Benner-*Leimeister/Zogaj/Blohm*, S. 11 f.

1. Anforderungen aus der Globalisierung

- 21 Wie bereits erwähnt, erfordert im Zuge der **Globalisierung** des Geschäfts die vor allem in Großunternehmen steigende Anzahl von Remote-Situationen (Mitarbeiter und Manager befinden sich in unterschiedlichen Ländern) einerseits eine stärkere Standardisierung der Programme, Prozesse, Systeme und somit eine Vereinheitlichung der Vergütungssystemgestaltung über lokale und regionale Grenzen hinweg. Andererseits muss darauf geachtet werden, dass lokale Arbeitsmärkte unterschiedliche Anreizstrukturen verlangen, um die gewünschten Talente zu gewinnen und zu binden. So bedarf es gegebenenfalls in einem Land höherer variabler Anteile im Gehaltsmix oder einem Mehr an Aktienoptionen, wohingegen in anderen Ländern die Grundvergütung und ausgesuchte Zusatzleistungen, wie z. B. eine gut dotierte Altersversorgung, eine größere Rolle spielen. Unternehmen befinden sich dabei in dem Spannungsfeld von Flexibilisierung und Standardisierung. Dieses Spannungsfeld muss je nach Unternehmen ausbalanciert werden.

2. Anforderungen aus dem demographischen Wandel und einer multiplen Generationenstruktur

- 22 Die sich aus dem **demographischen Wandel** ergebenden Anforderungen an die Gesamtvergütung sind im Grundsatz denen, die sich aus den Anforderungen der Globalisierung ergeben, ähnlich und überlappen mit denen, die sich aus dem Vorhandensein einer multiplen Generationenstruktur in den Unternehmen ergeben. Letztlich verschieben sich insbesondere in den westlichen Industrienationen die Machtverhältnisse auf verschiedenen Teilarbeitsmärkten, wobei die Verknappung des kritischen Arbeitskräfteangebots die Unternehmen dazu zwingt, flexibler als bisher auf Bedürfnisse und Wünsche potenzieller Mitarbeiter einzugehen. Dies berührt mit Blick auf Transaktionskosten wiederum das Spannungsfeld von Flexibilisierung und Standardisierung und betrifft auch die Gestaltung der Gesamtvergütung.
- 23 Eine **multiple Generationenstruktur** erfordert zunächst grundsätzlich eine ganzheitliche und lebensphasenorientierte Gestaltung des unternehmerischen Human Resource Management, wozu die flexible Ausgestaltung der Elemente Arbeitsplatz, Arbeitszeit und -ort gehört. Bei allem Bemühen um Prozess- und Umsetzungseffizienz bei gleichzeitiger Absenkung der Transaktionskosten personalwirtschaftlicher Maßnahmen muss sich gefragt werden, ob ein einheitlicher Ansatz dauerhaft Mitarbeitergewinnung und -bindung in den wesentlichen Teilarbeitsmärkten sicherstellt. Es werden spezifische Strategien zur Mitarbeitergewinnung und -bindung der Early Talents benötigt. Gleichzeitig müssen Unternehmen vermeiden, den Fokus zu stark auf eine spezifische Mitarbeitergruppe zu legen, damit die Mitarbeiter anderer Generationen sich nicht diskreditiert füh-

len, zumal die Unterschiede zwischen den Generationen ja weitaus geringer sind als oft behauptet wird. Die eigentliche Herausforderung der nächsten Jahre für das Human Resource Management in der Praxis liegt auch hier darin, den Spagat zwischen der erforderlichen Flexibilisierung des Leistungsangebots i. S. eines „consumer-driven HR“ und die gleichzeitige Sicherstellung von Prozessoptimierung und Prozessstandardisierung sowie Kosteneffizienz durch Reduktion der Transaktionskosten zu bewältigen. Aus Vergütungssicht muss etwa überlegt werden, ob für Mitarbeiter zu Beginn ihrer Karriere regelmäßige Gehaltsüberprüfungen als im Jahrestakt durchgeführt werden müssen, um insbesondere Top-talente nicht zu verlieren. Berufseinsteiger zeigen größeres Interesse an Grundgehalt und dessen Entwicklung, weniger an variablen Gehaltsbestandteilen. Hier muss ein entsprechender angepasster Paymix mit einem hohen Fixvergütungsanteil angeboten werden. Zunehmend relevant wird auch das Angebot von Einmalzahlungen für Berufseinsteiger bei Vertragsangebot, damit Ausbildungsdarlehen schneller zurückgezahlt werden können.

Des Weiteren zeigt sich, dass das Angebot freiwilliger Zusatzleistungen insgesamt stärker flexibilisiert werden muss, um den unterschiedlichen Ansprüchen von Mitarbeitern in unterschiedlichen Lebensphasen gerecht zu werden. Mit dem Verlangen nach Einführung flexibler Zusatzleistungssysteme feiert die Idee des „Cafeteria-Ansatzes“ eine Renaissance. Dabei ergänzen sich aus einer Gesamtvergütungsperspektive im Idealfall fixe und variable Barvergütungsbestandteile sowie ausgewählte Zusatzleistungen. Insbesondere hervorzuheben sind dabei Möglichkeiten des Wandels von Leistungs- in Versorgungslohn (Altersvorsorge) sowie in Verbindung mit Entgeltumwandlungsangeboten das Ermöglichen längerer Unterbrechungen des Berufslebens im Sinne von Sabbaticals oder der Verkürzung der Lebensarbeitszeit (Arbeitszeitkontenmodelle). **24**

Selbst wenn aufgrund der Höhe gesetzlich definierter Zusatzleistungen (etwa für die Kranken- oder Rentenversicherung) die materiellen Spielräume für die Einführung von entsprechenden „Cafeteria-Systemen“ begrenzt sind, lässt sich der Flexibilisierungsgedanke zum Beispiel gut in betriebliche Versorgungssysteme integrieren, welche häufig in Ergänzung zur gesetzlichen Vorsorge angeboten werden. So kann den Mitarbeitern etwa in Abhängigkeit vom Grundgehalt und der jeweiligen Beitragsbemessungsgrenze zur Rentenversicherung jährlich ein Finanzierungsbeitrag zur Verfügung gestellt werden, der wiederum mit einem verpflichtenden Eigenanteil des Mitarbeiters gekoppelt werden kann. Der Mitarbeiter entscheidet dann jedes Jahr neu, wie dieser Beitrag auf die Elemente des Versorgungssystems (z. B. Altersvorsorge, Hinterbliebenenvorsorge und Absicherung von Berufsunfähigkeit) aufgeteilt wird. Durch die Wahlmöglichkeit bei der Risikoabsicherung kann sich der Mitarbeiter je nach Lebensphase bedarfsgerecht absichern und das Unternehmen setzt seine Versorgungskosten flexibel, auf die Mitarbeiter abgestimmt und damit optimiert ein. Schließlich kom- **25**

Kap. 1 Total Compensation aus betriebswirtschaftlicher Sicht

men die Mitarbeiter aufgrund der jährlichen Wahlmöglichkeit in einem solchen Modell nicht umhin, sich mit dem Versorgungssystem und dem Thema „Absicherung“ zu beschäftigen, was zu einer bewussteren Wahrnehmung und damit höheren Wertschätzung dieses Gesamtvergütungs-elementes führt.

3. Anforderungen aus der Digitalisierung der Arbeitswelt

- 26 Wie angesprochen zählen im Zuge des Wandels in Richtung „**Arbeitswelt 4.0**“ Innovationsfähigkeit, Selbstorganisation und vernetztes Arbeiten im Team zu den wichtigsten Erfolgsfaktoren von Unternehmen. Eine frühere statisch-tayloristische Sichtweise wird zunehmend von einer prozessorientierten und auf Verfahrensherrschaft angelegten, ganzheitlichen Sichtweise auf Leistungsprozesse abgelöst. Die Arbeit in der „smart factory“ wird anspruchsvoller, aber gleichsam flexibler und weniger planbar sein. Im Vordergrund stehen dabei mehr als je zuvor der Teamgedanke und das gemeinsam erreichte Ergebnis. Mit Blick auf die Gesamtvergütung ergeben sich hier insbesondere Herausforderungen an die Gestaltung der **kurzfristigen, variablen Vergütung**.
- 27 Das gängige Schema von variabler Vergütung als Zusammenspiel von individueller Zielvereinbarung, Zielerreichungsfeststellung/-bemessung und der sich anschließenden Ableitung eines Bonus mit Fokus auf Leistungsbeiträge des Einzelnen wird dabei zunehmend in Frage gestellt. Konstatiert man des Weiteren eine mit der Arbeitswelt 4.0 zunehmende Verbreitung von mobilen Arbeiten, dann bedeutet dies in aller logischer Konsequenz, dass eine Bezahlung nach Anwesenheit nicht mehr greift und stattdessen eine am Ergebnis orientierte Vergütung zunehmend wichtiger wird. Mehr denn je muss sehr genau hingeschaut werden, für welche Mitarbeitergruppen welches Bonussystem geeignet ist. Auch wenn die Transaktionskosten zur Umsetzung und Nachhaltung variabler Vergütungssysteme deren flexible Ausgestaltung limitieren, ist bei der Gestaltung kurzfristiger variabler Anreizsysteme eine grundsätzliche Unterscheidung zwischen umsatzgenerierenden Bereichen und umsatzunterstützenden Bereichen mit besonderem Fokus auf Innovationsbereiche vorzunehmen.
- 28 In Bereichen, in denen unmittelbare Umsatzverantwortung liegt, wie insbesondere im Vertrieb, sollte die direkte, unmittelbare Abhängigkeit zwischen individueller Leistung und Belohnung aufrecht erhalten werden. In diesen Bereichen dominieren individuelle Leistung, harter Konkurrenzkampf und – je nach Rolle – die Möglichkeit, hohes Risiko mit hohen Chancen zu übernehmen. Dies wird sich auch in der digitalen Arbeitswelt nicht grundsätzlich ändern, solange das Anforderungsprofil des klassischen Verkäufers dort bestehen bleibt. Dem mit einer unmittelbaren Verknüpfung von individueller Zielerreichung und Bonus einhergehenden Risiko eines Mangels an Zusammenarbeit kann mit einem angemessenen Leistungsmanagement, das ausdrücklich Werte wie Teamarbeit, Ver-

halten und Weitergabe von Wissen beinhaltet, begegnet werden. Es soll also nicht nur um das „Was wurde erreicht?“, sondern auch um das „Wie wurde es erreicht?“ gehen. Dies kann zusätzlich unterstützt werden durch Anerkennungs-Programme, die die Möglichkeit bieten, kurzfristig wünschenswertes Verhalten und das Einhalten von Werten über nicht-monetäre Zuwendungen zu belohnen.¹⁰

In Bereichen innovativer Arbeit (wie z.B. Forschung und Entwicklung) sind kurzfristig orientierte Vergütungsprogramme, die auf individueller Leistung basieren, jedoch eher kontraproduktiv. Für sog. „Innovative Worker“ kann davon ausgegangen werden, dass die Bereitschaft des Einzelnen zur Mitwirkung an den Unternehmenszielen stärker auf intrinsischer Motivation sowie auf Zusammenarbeit und Teamarbeit basiert. Innovation ist an langfristiges Denken gekoppelt. Innovationsabhängige Strategien erfordern eine Kultur der psychologischen Sicherheit, in der Experimentieren gefördert wird und Fehlschläge toleriert werden.¹¹ Das Thema „Fehlerkultur“ ist eminent in der vernetzten Produktion. So können wegen der zu erwartenden engen Verzahnung der Wertschöpfungsketten zukünftig auch kleine Fehler zu höheren wirtschaftlichen Schäden führen. Dies und die Tatsache, dass in voll digitalisierten Systemen die Dokumentation von Abweichungen von der Norm kontinuierlich und in „real time“ passieren wird, verursacht einen gesteigerten Druck auf die Mitarbeiter.¹² Dieser muss nicht nur durch geeignete Maßnahmen wie das gezielte Vorbereiten auf Stresssituationen und das Einüben von Verhaltensweisen bei Störfällen abgedefert werden,¹³ sondern eben auch durch eine Gestaltung der Vergütung, die psychologische Sicherheit schafft.

Hier sollten Mitarbeiter so bezahlt werden, dass das Thema Geld aus dem Blickpunkt des Einzelnen rückt, mit der klaren Schlussfolgerung, dass individuelle Leistungsbeurteilung und variable Vergütung zu entkoppeln sind. Das heißt nicht, Abschied von leistungsorientierter Vergütung zu nehmen. Boni basierend auf individuellen Zielen sollten hier durch Formen von Gewinnbeteiligungen ersetzt und – wenn möglich – mit Kapitalbeteiligungsmodellen sowie Ad-hoc-Prämien ergänzt werden. So kann auch der Gefahr einer ungewollten Gleichmacherei begegnet werden, indem Managern ein solches Spot-Bonus-Budget zur Verfügung gestellt wird, welches diese diskretionär und zeitnah zur erbrachten Leis-

10 Vgl. dazu und zum Folgenden *Wiskemann*, Personalführung 04/2016, 28.

11 Vgl. *Peridis/Wade*, Rewarding good behavior – Does your company have the right incentive schemes?, 2013 (<http://www.imd.org/challenges/rewarding-good-behaviour-governance-michael-wade-theodore-peridis.cfm>, abgerufen am 6.6.2014).

12 Vgl. *Faller/Otto*, Industrie 4.0 gelingt nur mit aktivem Personalmanagement (<http://www.maschinenmarkt.vogel.de/industrie-40-gelingt-nur-mit-aktivem-personalmanagement-a-463653/>), abgerufen am 13.1.2016).

13 Vgl. *Faller/Otto*, Industrie 4.0 gelingt nur mit aktivem Personalmanagement (<http://www.maschinenmarkt.vogel.de/industrie-40-gelingt-nur-mit-aktivem-personalmanagement-a-463653/>), abgerufen am 13.1.2016).

Kap. 1 Total Compensation aus betriebswirtschaftlicher Sicht

tung des Mitarbeiters unterjährig vergeben können. Darüber hinaus ist mit Blick auf das Engagement der Mitarbeiter insbes. der „Überraschungseffekt“ solcher ungeplanter Zuwendungen bei guter Leistung positiv zu bewerten. In aller Konsequenz schließt sich der Entkopplung von Performance Rating und Bonusplan/-auszahlung die logische Frage an, welche Bedeutung das Performance Rating im Allgemeinen und im Vergütungsmanagement im Besonderen insgesamt noch haben sollte.

- 31 Bei der Gestaltung der **Grundvergütung** wird die Bedeutung der auf Arbeits- und Tätigkeitsanalyse basierenden Stellenbeschreibung, welche die gegenwärtigen und zukünftigen Anforderungen des Arbeitsplatzes beschreibt, abnehmen. Die klassischen Verfahren zur Beschreibung der Arbeitsanforderungen (arbeitswissenschaftliche und psychologische Verfahren) eignen sich vor allem für zunehmend obsoleute manuelle, leicht quantifizierbare und repetitive Tätigkeiten und entfalten in einer dynamischen Arbeitsumgebung einen hohen Anpassungsbedarf. Die sich an die Stellenbeschreibung zur Bestimmung des Grundgehaltes anschließenden Arbeitsbewertungsverfahren und damit eine klassische Anforderungsorientierung insgesamt werden in der Praxis zunehmend durch qualifikations- und marktorientierte Ansätze ersetzt werden. Dabei wird das externe Gehaltsbenchmarking eine zentrale Rolle einnehmen.
- 32 Betriebliche Bildungsmaßnahmen und die Förderung des lebenslangen Lernens gewinnen immer mehr an Bedeutung, um die Mitarbeiter für komplexere Tätigkeiten am Arbeitsplatz sowie im Umgang mit neuen Technologien vorzubereiten. Neben der damit erforderlichen Positionierung eines Konzeptes des lebenslangen Lernens und einer damit verbundenen (weiteren) Aufwertung der personalwirtschaftlichen Teilfunktion „Performance Management“ ist es somit erforderlich, Lernen in das Anreizschema zu integrieren, also ein erweitertes Verständnis von Gesamtvergütung zu entwickeln. So kann z. B. darüber nachgedacht werden, Mitarbeitern verstärkt Wahlrechte einzuräumen, neben einem weiterhin vom Arbeitgeber zentral budgetierten Fortbildungsangebot auch Bestandteile ihres Leistungs- oder Grundlohns in spezifische Weiterbildungsmaßnahmen zu investieren, insbesondere, wenn diese die Arbeitsmarktfähigkeit insgesamt erhöhen. So könnte im Rahmen von Gehaltsrunden für jeden Mitarbeiter eine feste Zusage in Form eines idealer Weise selbstorganisatorisch zu verwaltenden personenbezogenen Weiterbildungsbudgets gegeben werden. Investitionen in den Mitarbeiter bekommen so eindeutig den Charakter eines aktiven Anzeielements, welches regelmäßig kommuniziert wird. Auch könnte dies in einen Cafeteria-Ansatz integriert werden, wobei der Mitarbeiter ein Budget zugeteilt bekommt, über dessen Verwendung er in definierten Grenzen frei entscheidet, wobei Weiterbildung dann eine Variante neben mehreren wäre. Schließlich können hier die Möglichkeiten zur Einführung von Arbeitszeitkonten genutzt werden, welches den Mitarbeitern die Möglichkeit einräumt, über

vorab angesparte Guthaben (Entgeltumwandlung) Auszeiten zu nehmen und sich bei Fortzahlung ihrer Gehälter für einen längeren Zeitraum völlig von der Arbeit freistellen zu lassen. Es könnten durch den Arbeitgeber zusätzliche finanzielle Anreize dafür geschaffen werden, dass der freigestellte Mitarbeiter die Zeit ganz oder teilweise zur Weiterbildung verwendet.

Die sich aus den Varianten des Crowdsourcing als neue Formen der Arbeitsorganisation in der „Arbeitswelt 4.0“ ergebenden Anforderungen sind unterschiedlich. Beim externen Crowdsourcing ist die Herausforderung, wie über entsprechende (monetäre) Anreize der externe Crowddworker motiviert werden kann, sich an einer entsprechenden Arbeitsaufgabe zu beteiligen. Dies wird wesentlich von der Komplexität der gestellten Aufgabe abhängen. Für einfache, repetitive Aufgaben (z. B. Beschriftungs- oder Kategorisierungsaufgaben) steht die unmittelbare Entlohnung im Vordergrund. Dabei variieren in der Praxis derzeit verschiedene Vergütungsformen: Es werden nur angenommene Lösungen vergütet, es werden alle eingereichten Lösungen vergütet oder es erfolgt eine Vergütung nur der besten Lösungen. **33**

In der betrieblichen Praxis werden zunehmend Plattformkonzepte als Drehscheiben für Crowdsourcing implementiert. Dabei werden auch hochqualifizierte Arbeitsaufträge in kleinteilige Arbeitspakete zerlegt. Anschließend lässt das Unternehmen diese ohne jegliche vertragliche Bindung nach dem Wettbewerbsprinzip von den Mitgliedern der Plattform bearbeiten.¹⁴ Entgolten wird dabei im Extremfall nur die beste Lösung, alle anderen Crowddworker gehen leer aus. Neben der monetären Vergütung kann hier aber auch der Wettbewerbsgedanke als Anreiz eine Rolle spielen, wobei ergänzend zum monetären Anreiz intrinsische Motive treten. Dabei werden Anleihen bei Computerspielen im Internet gemacht, indem Crowddworker für ihre eingereichten Beiträge Punkte erhalten. Diese gehen in eine jederzeit einsehbare Leistungsbewertung ein und zeigen an, wie der Einzelne im Ranking und damit im Vergleich zu allen anderen steht. So tritt zwar jeder gegen jeden an, gleichzeitig wird der Community-Gedanke jedoch aufrechterhalten. Dies stellt die Verbindung von Wettbewerb und Kooperation (coopetition) dar.¹⁵ Gleichzeitig kann der so erreichte Rang als Kriterium bestimmt werden, um für weitere (hochqualifizierte) Crowdsourcing-Projekte zugelassen zu werden. Dies bedeutet weitere Reputation in der Community und eröffnet gleichzeitig den Zugang zu gut, gegebenenfalls sogar hoch dotierten Projekten, sollte sich der eingereichte Lösungsvorschlag wiederum durchsetzen.¹⁶ **34**

14 Vgl. für einen Überblick zu externen Crowdsourcing-Plattformen *Däubler/Klebe*, NZA 2015, 1032.

15 Vgl. <http://idguzda.de/forschungsreisen/marktplaetze-fuer-arbeit-disruptiver-wandel-in-der-organisation-hochqualifizierter-arbeit/> (abgerufen am 10.11.2015).

16 Vgl. zu Beispielen zur Entlohnung von Crowddworkern *Benner-Leimeister/Zogaj/Blohm*, S. 29 f.

Kap. 1 Total Compensation aus betriebswirtschaftlicher Sicht

- 35** Hier greifen aus Vergütungssicht somit relativ einfache Marktmechanismen, wonach Unternehmen in Abhängigkeit von der Arbeitsform (Ergebnisorientierung, Zeitorientierung etc.) und v. a. der Schwierigkeit der Aufgabe einerseits, und der Anzahl der jeweils zur Verfügung stehenden (externen) Crowdworker andererseits entlohnen. Rechtlich gesehen sind Crowdworker selbstständig, womit z. B. in Deutschland aktuell bestehende Mindestlohnregelungen nicht greifen. Unternehmen werden gut beraten sein, diesen Spielraum mit aller Vorsicht zu nutzen, und nicht einseitig ökonomischer Rationalität zu folgen. Dies gilt ebenso für die mit der Logik des Crowdsourcing verbundene Option, globale Lohnkostenunterschiede unmittelbar zu nutzen. Die einseitige Auslagerung des ökonomischen Risikos an die Crowdworker mag kurzfristig Vorteile verheißen, jedoch werden diese kaum nachhaltig sein. Unabhängig von einer gesellschaftlichen Verantwortung werden Unternehmen sich vielmehr fragen müssen, wie sich dauerhaft vertrauensvolle und gegenseitige Beziehungen mit Crowdworkern aufbauen lassen, wenn bis dato interne Unternehmensprozesse geöffnet werden, unternehmerisches Wissen nach außen fließt (Know-how-Verlust) und Arbeitsprozesse gegebenenfalls nicht mehr gänzlich kontrolliert werden können. Die Einführung eines fairen Mindestlohns bzw. fairer Mindeststandards für externe Crowdworker würde den Betreibern der Plattformen darüber hinaus helfen, ihr Geschäftsmodell zu legitimieren und zu stabilisieren und die Attraktivität ihrer Angebote für solche Konsumenten und Investoren zu erhöhen, die eine entsprechende gesellschaftliche Verantwortung einfordern.¹⁷ So steht es etwa jedem Auftraggeber/Unternehmen frei, einen Crowdworker im Sinne eines gewillkürten Arbeitsverhältnisses als Arbeitnehmer zu beschäftigen und ihm somit alle mit der Anwendung des geltenden Arbeitsrechts verbundenen sozialen Sicherungen einzuräumen.¹⁸
- 36** Die Gewerkschaften beginnen bereits, ein gesteigertes Engagement für Crowdworker zu zeigen. Ein erster Schritt ist z. B. das Schaffen von Referenzsystemen in Form von frei zugänglichen, selbstorganisierten Internetplattformen, die aufzeigen, welche Erfahrungen Crowdworker mit ihren Auftraggebern gemacht haben und wie fair bzw. unfair sich der Crowdsourcer verhalten hat. Darüber hinaus wird versucht werden, insbesondere international tätige Unternehmen auf die Einhaltung der Kernarbeitsnormen der internationalen Arbeitsorganisation der Vereinten Nationen (ILO) und auf die Orientierung der Entgelte am jeweiligen nationalen Einkommensniveau und an den jeweiligen nationalen Mindestlöhnen zu verpflichten, indem Betriebsräte und Gewerkschaften die Einhaltung dieser Standards durch entsprechende Abkommen bei den Auftraggebern absichern.¹⁹ Da die derzeit rechtlich schwache Position der externen Crowdworker

¹⁷ Vgl. Benner-Cherry, S. 239.

¹⁸ Vgl. Däubler/Klebe, NZA 2015, 1032.

¹⁹ Vgl. Benner-Rio Antas, S. 330.

mittelbar auch Druck auf reguläre Beschäftigungsverhältnisse ausüben kann, werden die Betriebsräte ihre Informations- und Beratungsrechte intensiv wahrnehmen, um ein genaues Bild zu haben, welche Arbeiten über externes Crowdsourcing vergeben werden. Hier wird dann verstärkt versucht werden, analog zu Leiharbeit und Werkverträgen, mit den Arbeitgebern Mindestbedingungen für externe Crowdworker auszuhandeln.

Aus gewerkschaftlicher Sicht wird darüber hinaus die Frage zentral sein, ob sich überbetriebliche Regelungen entwickeln lassen, die Mindestbedingungen festlegen. Dazu ist prinzipiell nicht notwendigerweise die Regulierung durch den Gesetzgeber erforderlich, wie das Beispiel der Zeitarbeit zeigt, wo die Lohnlücke zum Stammpersonal in fast allen relevanten Branchen per Tarifvertrag geschlossen werden konnte – auch wissend, dass derzeit aufgrund des arbeitsrechtlichen Status als Selbstständige für Crowdworker Tarifverträge keine Anwendung finden können. Letztlich hängt dies dann davon ab, wie der rechtliche Status des Crowdworkers final bestimmt werden wird.²⁰ Mit Blick auf das interne Crowdsourcing werden die Betriebsräte ihre bestehenden weitreichenden Mitbestimmungsrechte einfordern. **37**

Wird der Crowdsourcing-Ansatz unternehmensintern angewendet (internes Crowdsourcing), etwa in der Entwicklung, ergeben sich Möglichkeiten, quasi virtuelle Akkordzettel zu erstellen, die nicht nur eine virtuelle Einsatzsteuerung der Mitarbeiter in relevanten Projekten erlauben, sondern – insbesondere wenn dies mit einem Punktesystem verbunden wird – ebenso ein entsprechender (Leistungs-)Vergleich der internen Crowdworker, etwa über die Kriterien Termintreue, Zeit, Aufwand und Qualität des Arbeitsergebnisses. Im Falle des internen Crowdworkings bleibt das Arbeitsverhältnis und damit der bisherige Arbeitnehmerstatus des Crowdworkers bestehen, insofern kann der Arbeitgeber hier die Vergütung nicht in toto von der Zahl der erfolgreichen Bewerbungen auf der internen Crowdplattform und der dabei erzielten Arbeitsergebnisse und anderer Kriterien wie Termintreue etc. abhängig machen, weil dem der Beschäftigungsanspruch entgegen steht. Jedoch lässt sich (entsprechend automatisiert) ein Datensatz zu den Leistungsbeiträgen des Mitarbeiters auf der internen Plattform jederzeit auswerten und kann so in eine Leistungsbewertung einfließen. Ist diese mit dem Entgeltsystem verbunden, wäre damit die direkte Verknüpfung zur variablen Vergütung, wie auch für den leistungsbezogenen Gehaltsüberprüfungsprozess, möglich. **38**

Schließlich ergeben sich Anforderungen an die Ausgestaltung der Anreizsysteme aus den **unterschiedlichen Protagonisten** in der sich ändernden Arbeitswelt. Dabei geht es zum einen um die Gruppe der Arbeitnehmer, deren aktueller **39**

²⁰ Zur Schwierigkeit der rechtlichen Bestimmung des Status des Crowdworkers (selbstständig vs. Arbeitnehmer) vgl. beispielhaft Benner-*Rio Antas*, S. 327 f.

Kap. 1 Total Compensation aus betriebswirtschaftlicher Sicht

Arbeitsplatz und damit verbundene Arbeitsinhalte und Anforderungen vom Wandel zur „Arbeitswelt 4.0“ betroffen sein werden. Will der Arbeitgeber die vorhandenen Potenziale seines internen Arbeitsmarktes weiterhin nutzen, so ergibt sich das Erfordernis, frühzeitig gegenzusteuern. Mit integrierten Entwicklungsmaßnahmen sind die Mitarbeiter auf neue Aufgaben und geänderte Anforderungen vorzubereiten. Hier bedarf es einerseits einer Integration der qualitativen Personalplanung in die Unternehmensplanung und andererseits der bereits skizzierten Integration von spezifischen Weiterbildungs- und Trainingsangeboten und -budgets in ein ganzheitliches Anreizsystem.

- 40 Zum anderen wird aus unternehmerischer Gestaltungssicht insbesondere die Gruppe relevant sein, die als freiwillig selbstständig anzusehen ist. Diese plant ihre Karriere unabhängig von spezifischen Unternehmenszugehörigkeiten. Größte Bedeutung hat hier das Element Barvergütung, wenn möglich in Verbindung mit Formen der (aktienbasierten) Unternehmensbeteiligung. Damit können aus einer Gesamtvergütungssicht klassische Zusatzleistungsbestandteile substituiert werden, die für Selbstständige keine Rolle spielen (z.B. Firmenwagen) bzw. in deren Eigenverantwortung (z. B. Altersversorgung) liegen.
- 41 Abschließend ist festzuhalten, dass sich die Unternehmen ihrer gesamtgesellschaftlichen Verantwortung nicht entziehen können. Das heißt, neben der Konzentration auf die sich aus dem Wandel in der Arbeitswelt ergebenden Implikationen auf die internen Prozesse müssen sich die Unternehmen und ihre Verbände einerseits aktiv an dem gemeinsamen Dialog mit den Verbänden der Sozialpartner und den politisch Verantwortlichen über die Zukunft der überbetrieblichen Parameter der Arbeitswelt beteiligen. Andererseits müssen den Unternehmen die Handlungsspielräume zur flexiblen Gestaltung ihrer Entgeltsysteme zurückgegeben werden, wollen sie den vielfältigen Anforderungen gerecht werden. Zaghafte Tendenzen der Tarifpartner, die derzeit bestenfalls mit Blick auf potenzielle Unternehmenskrisen eine unternehmensnahe Ausgestaltung betrieblicher Entgeltfindung erlauben, greifen zu kurz und fokussieren lediglich auf Volumen- und Ausschüttungsparameter. Stattdessen ist ein proaktives, antizipatives Verständnis von Entgeltflexibilisierung als Leitlinie notwendig, was in der Lockerung der Gestaltungsrestriktionen auf der tarifvertraglichen Regelungsebene und einer insgesamt Neuordnung des Verhältnisses von Tarif- und Betriebsebene seinen Niederschlag finden muss.

III. Leistungsorientierte Vergütung und Performance Rating

- 42 In den letzten Jahren hat der Legitimationsdruck auf die variable Vergütung im Allgemeinen und auf Bonussysteme, die auf Zielvereinbarungen basieren, im Besonderen zugenommen. Es werden nicht nur die mit der Umsetzung verbundenen Transaktionskosten für die Entwicklung und Umsetzung von Bonussysteme

men deutlich kritischer als in der Vergangenheit betrachtet, vielmehr ergibt sich wie angesprochen ein hoher Änderungsdruck aus der sich stetig ändernden Arbeitswelt an sich. Nun ist die Debatte um den Sinn oder Unsinn kurzfristiger variabler Vergütungsansätze in Verbindung mit Zielvereinbarungssystemen wahrlich nicht neu. Ein Blick in aktuelle Studien zeigt jedoch die ungebrochene Aktualität des Themas in der unternehmerischen Praxis. So planen gut die Hälfte der Teilnehmer an einer 2014 durchgeführten Studie Veränderungen am aktuellen Bonussystem bis hin zur Änderung des gesamten Systems.²¹ Wenn im Zuge der Entwicklungen in der Arbeitswelt insbesondere für innovative Tätigkeiten der Forderung nach einer Entkopplung von Performance Rating und kurzfristiger variabler Vergütung gefolgt wird, dann schließt sich dem in aller Konsequenz die logische Frage an, welche Bedeutung das Performance Rating im Allgemeinen und im Vergütungsmanagement im Besonderen insgesamt noch haben sollte. Insbesondere bei Großunternehmen gibt es einen Trend, sich von Performance Ratings gänzlich zu verabschieden und eine mehr ganzheitliche Sichtweise auf das Thema „Performance“ einzunehmen. Unternehmen die diesen Weg eingeschlagen haben, sind beispielsweise Adobe, Microsoft, GAP, Walt Disney, Sony, Cisco oder Deloitte. Es gibt aber bereits auch Unternehmen, die den Weg bereits wieder zurückgegangen sind, wie z.B. Ernst & Young. Insgesamt liegen bisher wenig dokumentierte Erfahrungswerte aus der unternehmerischen Praxis vor, die eine „best practice“ einer erfolgreichen Ablösung eines zuvor bestehenden Performance Rating beschreiben.

Ein häufig geführtes Argument der Kritiker einer Abschaffung des Performance Ratings ist, dass für die Bestimmung der Top-Performer und für ein leistungsorientiertes Vergütungssystem („pay for performance“) ein Performance Rating benötigt wird. Es ist jedoch hinreichend belegt, dass kein Manager, egal auf welchem Level in der Organisation, eine Benotung seiner Mitarbeiter benötigt, um seine Top-Performer zu identifizieren. Manager sind auch ohne das Vorhandensein von Ratings in der Lage, die Leistungsbeiträge ihrer Mitarbeiter zu bestimmen. Das ist keine Frage des Vorhandenseins irgendwelcher formaler Ratings oder Rankings, sondern hängt wesentlich davon ab, inwieweit der Manager in der Lage ist, kontinuierliche und tatsächlich bedeutsame Feedbackgespräche mit seinen Mitarbeitern zu führen. Dazu bedarf es auch keinerlei formaler Interim- oder Jahresendfeedback-Rituale. Vielmehr besteht bei einer unmittelbaren Verknüpfung von Performance Rating und leistungsbezogener Vergütung die Gefahr, dass der Performance Management Prozess von der Vergütungsthematik komplett vereinnahmt wird – anstatt das eigentliche Kernthema des Performance Management, nämlich das der Personalentwicklung, in den Vordergrund zu stellen.

21 Siehe dazu beispielhaft *Towers Watson, Annual Incentive Design Studie 2014*.

Kap. 1 Total Compensation aus betriebswirtschaftlicher Sicht

- 44 In aller Regel entsteht ein großer Druck auf die Führungskräfte, wenn Performance Rating und Vergütung unmittelbar miteinander verknüpft sind. Dies resultiert dann in einer entsprechend rechtsschiefen Verteilung der Beurteilungen im Performance Management. In der oben genannten Studie korrelierte die positive Einschätzung der eigenen Bonuspläne als motivierend (Pläne transparent und nachvollziehbar ausgestaltet – variabler Anteil an der Gesamtvergütung wird als adäquat angesehen) jeweils mit einer Rechtsverschiebung der Leistungsbeurteilungskurven in den betreffenden Unternehmen. Hier spielen „Beurteilungstendenzen“ eine Rolle (Ausstrahlungseffekt, Mildefehler/Beschönigungstendenz, mangelnde Differenzierung/Tendenz zur Mitte; Sympathie-/Antipathie-Effekte; Recency-Effekt/letzter Eindruck). Beurteilungen tendieren in der Summe über den Zeitablauf, immer besser zu werden. „Gegenmittel“ wie strikte Vorgaben (etwa von Verteilungsspielräumen im Sinne einer Normalverteilung – die sogenannte Forced Distribution oder das Bilden von Rangreihen der Top-Performer, und das Verschieben der letzt-gerankten Mitarbeiter in die jeweils untere Kategorie – das sog. Forced Ranking) konterkarieren sämtliche Ziele der leistungsbezogenen Vergütung und bestrafen insbesondere Mitarbeiter mit tatsächlichen Top-Leistungen in leistungsstarken Teams.
- 45 Die zentrale Frage ist, wie kann in der Praxis nach wie vor eine leistungsorientierte Vergabe von Boni oder Gehaltserhöhungsbudgets sichergestellt werden, wenn den Führungskräften das gewohnte Instrument eines Performance Rating weggenommen wird. Wesentliche Voraussetzung für eine differenzierte Vergütung und für eine Gewährleistung von Transparenz über das gesamte Jahr ist ein entsprechendes „enablement“ der Führungskräfte. Dabei darf der potenzielle Widerstand gerade in der Linie gegen eine Ablösung des Performance Ratings und gegenüber Änderungen im Performance Management im Allgemeinen nicht unterschätzt werden. Jüngste Studien zeigen, dass das Linienmanagement der positiven Einschätzung seitens der Personalverantwortlichen hinsichtlich der positiven Effekte einer Neugestaltung des Performance Management-Ansatzes häufig nicht folgt.²² Wie bei allen Veränderungsprozessen muss also zuallererst ein Sponsor auf der höchsten Unternehmensebene gefunden werden, der die angestrebten Ziele unterstützt.
- 46 Einige Unternehmen, die sich von einem Performance Rating verabschiedet haben, tendieren dazu, ein substituierendes Ranking etwa für die Entscheidung über die Vergabe von Gehaltserhöhungen einzuführen. Dies erscheint geradezu paradox und führt gegebenenfalls zu einer Verstärkung der beschriebenen potenziellen negativen Folgen eines klassischen Rating-Ansatzes. Vielmehr sind die Führungskräfte in die Verantwortung zu nehmen und gleichzeitig muss sichergestellt werden, dass sie in der Lage sind, ihre Entscheidungen gegenüber den Mitarbeitern zu begründen. Der Kernpunkt eines neu gestalteten, ganzheitlichen

22 Vgl. CEB Corporate Leadership Council, HR News Report, Second Quarter 2015, 22.

Performance Management muss somit die Sicherstellung eines kontinuierlichen Dialogs zwischen Führungskraft und Mitarbeiter sein. Gegenseitiges Feedback zu den vereinbarten Leistungszielen, deren ständige kritische Überprüfung und das gemeinsame Identifizieren von Möglichkeiten zur Leistungsverbesserung muss Bestandteil der täglichen Arbeit werden und nicht Teil einer separaten Unterhaltung zwischen Manager und Mitarbeiter.²³ Damit wird zugleich die Vergangenheitsorientierung der üblichen Performance-Bewertung überwunden.

Der kontinuierliche Dialog sollte mit einer entsprechenden IT-Lösung unterstützt werden, die den Anforderungen mobiler Endgeräte und der Cloud gerecht wird. Dabei werden „Check-ins“ und auch „Check-outs“ angeboten, die etwa bei Erreichen eines spezifischen Projekt-Meilensteins oder Abschluss eines vereinbarten Ziels die Dokumentation einer entsprechenden ganzheitlichen Beurteilung zulässt. Auf diese wird zum Zeitpunkt der Gehaltsrunde oder der Bonusvergabe zurückgegriffen, wenn der Manager aufgefordert ist, über eine holistische Bewertung des „Was“ und des „Wie“ aller vereinbarten Ziele und Anforderungen aus der Position und unter Berücksichtigung der vorhandenen Budgets, im Falle der Gehaltsrunde auch unter Berücksichtigung der relativen Lage der aktuellen Vergütung des Mitarbeiters, Entscheidungen zu treffen. Das im Tool dokumentierte Feedback und insbesondere die „Check-outs“ können gleichsam auch in Kalibrierungsrunden eingehen, wenn es darum geht, unabhängig von Gehaltsentscheidungen Top-Talente zu identifizieren. Gleichsam gewährleistet dieser Prozess Transparenz, der Mitarbeiter weiß wo er steht und Überraschungen am Jahresende werden vermieden. **47**

Potenzielle Risiken wie Transparenzverlust und ein geringerer Grad an Differenzierung („Tendenz zur Mitte“) bei der Vergabe von Budgets für Boni oder Gehaltserhöhungen sind zu antizipieren. Auch werden hierdurch weniger Möglichkeiten bestehen, den direkten Zusammenhang von Leistung und Entlohnung zu analysieren. Hier müssen den Managern etwa in der Gehaltsrunde über das Gehaltsplanungstool Reports in „real time“ angeboten werden, mit denen der Differenzierungsgrad bei der Budgetvergabe über die gesamten Berichtslinien analysiert werden kann. Begleitende Kalibrierungsm Meetings auf den einzelnen Führungsebenen während der Budgetvergabezyklen können unterstützen, um Schiefstände in der Vergabe ex ante zu vermeiden. **48**

Kritikern, die behaupten, der Wegfall des Performance Rating führe bei Gehalt und Bonus zu Schiefständen, Intransparenz und resultierend daraus zu Ungleichbehandlungen, sei entgegengehalten, dass gerade durch die Verwendung von Ratings einer Scheintransparenz Vorschub geleistet wird. Beim Rating wird sich in aller Regel auf ein scheinbar quantifizierbares Konstrukt verlassen, das in den **49**

23 Vgl. *Mueller-Hanson/Pulakos*, SHRM – SIOP Science of HR White Paper Series, S. 15.

Kap. 1 Total Compensation aus betriebswirtschaftlicher Sicht

wenigsten Fällen Rückschlüsse erlaubt, welche Kriterien im Einzelnen in das Rating eingegangen sind. Wird stattdessen über den kontinuierlichen Dialog sichergestellt, dass die Mitarbeiter ein differenziertes und effektives Feedback erhalten, erzeugt dies geradezu zwangsläufig Transparenz. Der häufig erhobene Einwand, dass Manager ohne Bezug zu Rankings oder Ratings nicht in der Lage sind, leistungsbezogene Entscheidungen zu treffen, irritiert. Das Abschaffen von Performance Ratings meint nicht zwangsläufig die Bedeutung von Leistung als die wesentliche Bezugsgröße in Abrede zu stellen. Vielmehr rückt gerade im Konzept des kontinuierlichen Dialogs der Leistungsaspekt in den Vordergrund.²⁴

24 Vgl. *Rock/Jones*, Harvard Business Review, Nov. 2015, 3 f.

Kapitel 2

Vergütung und Motivation

Schrifttum: *Al-Ubaydli/Andersen/Gneezy/List*, Carrots That Look Like Sticks: Toward an Understanding of Multitasking Incentive Schemes, *Southern Economic Journal* 2015, 538; *Bandiera/Barankay/Rasul*, Social Preferences and the Response to Incentives: Evidence from Personnel Data, *Quarterly Journal of Economics* 2005, 917; *Bandiera/Barankay/Rasul*, Field Experiments in Firms, *Journal of Economic Perspectives* 2011, 63; *Bénabou/Tirole*, Incentives and Prosocial Behavior, *American Economic Review* 2006, 1652; *Blanesi-Vidal/Nossol*, Tournaments without Prizes: Evidence from Personnel Records, *Management Science* 2011, 1721; *Bolton/Dewatripont*, *Contract Theory*, 2005; *Camerer*, *Behavioral Game Theory*, 2010; *Card/DellaVigna/Malmendier*, The Role of Theory in Field Experiments, *Journal of Economic Perspectives* 2011, 39; *Deaton*, Instruments, Randomization, and Learning about Development, *Journal of Economic Literature* 2010, 424; *Dumont/Fortin/Jacquemet/Shearer*, Physicians' Multitasking and Incentives: Empirical Evidence from a Natural Experiment, *Journal of Health Economics* 2008, 1436; *Englmaier/Leider*, Contractual and Organizational Structure with Reciprocal Agents, *American Economic Journal: Microeconomics* 2012, 146; *Englmaier/Roider/Sunde*, The Role of Communication of Performance Schemes: Evidence from a Field Experiment, *Management Science* 2017, 4061; *Falk/Fehr/Fischbacher*, Testing Theories of Fairness – Intentions Matter, *Games and Economic Behavior* 2008, 287; *Falk/Heckman*, Lab Experiments are a Major Source of Knowledge in the Social Sciences, *Science* 2009, 535; *Fehr/Kirchsteiger/Riedl*, Does Fairness Prevent Market Clearing?: An Experimental Investigation, *Quarterly Journal of Economics* 1993, 437; *Fehr/Schmidt*, Theories of Fairness and Reciprocity – Evidence and Economic Applications, 2003; *Gans/Leigh*, Born on the First of July: An (Un)natural Experiment in Birth Timing, *Journal of Public Economics* 2009, 246; *Gerber/Green*, *Field Experiments: Design, Analysis, and Interpretation*, 2012; *Gibbons/Murphy*, Optimal Incentive Contracts in the Presence of Career Concerns: Theory and Evidence, *Journal of Political Economy* 1992, 468; *Gibbons/Roberts* (Hrsg.), *Handbook of Organizational Economics*, 2013; *Gneezy/List*, Putting Behavioral Economics to Work: Testing for Gift Exchange in Labor Markets Using Field Experiments, *Econometrica* 2006, 1365; *Gneezy/Meier/Rey-Biel*, When and Why Incentives (Don't) Work to Modify Behavior, *Journal of Economic Perspectives* 2011, 191; *Gneezy/Rustichini*, A Fine Is a Price, *Journal of Legal Studies* 2000, 1; *Gneezy/Rustichini*, Pay Enough or Don't Pay At All, *Quarterly Journal of Economics* 2000, 791; *Holmstrom/Milgrom*, Multitask Principal-Agent Analyses: Incentive Contracts, Asset Ownership, and Job Design, *Journal of Law, Economics, and Organization* 1991, 24; *Hossain/List*, The Behavioralist Visits the Factory: Increasing Productivity Using Simple Framing Manipulations, *Management Science* 2012, 2151; *Kagel/Roth/Hey* (Hrsg.), *Handbook of Experimental Economics*, 1995; *Kahneman/Tversky*, Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk, *Econometrica* 1979, 263; *Koszegi*, Behavioral Contract Theory, *Journal of Economic Literature* 2014, 1075; *Kube/Maréchal/Puppe*, The Currency of Reciprocity: Gift Exchange in the Workplace, *American Economic Review* 2012, 1644; *Laffont/Martimort*, *The Theory of Incentives: The Principal-Agent Model*, 2009; *Lazear*, Performance Pay and Productivity, *American Economic Review* 2000, 1346; *List*, Why Economists Should Conduct Field Experiments and 14 Tips for Pulling One Off, *Journal of Economic Perspectives* 2011, 3; *Plott/Smith* (Hrsg.), *Handbook of Experimental Economic Results*, 2008; *Prendergast*, *The Pro-*

Kap. 2 Vergütung und Motivation

vision of Incentives in Firms, Journal of Economic Literature 1999, 7; *Schweizer*, Spieltheorie und Schuldrecht, 2015; *Schweizer*, Vertragstheorie, 1999; *Sliwka*, Trust as a Signal of a Social Norm and the Hidden Costs of Incentive Schemes, American Economic Review 2007, 9.

Übersicht	
	Rn.
I. Vergütung und Motivation: Eine mikroökonomische Perspektive . .	1
II. Methodischer Hintergrund	4
1. Theoretische ökonomische Modelle	4
2. Laborexperimente	7
3. Feldexperimente	12
III. Die Prinzipal-Agenten-Theorie .	14
1. Grundannahmen	14
2. Hauptvorhersagen	18
3. Erweiterung: Mehrere Tätigkeiten	21
IV. Empirische Evidenz zu Vergütung und Motivation	24
1. Anreizeffekte bei einfachen Tätigkeiten	24
2. Mehrere Tätigkeiten	27
3. Monetäre Anreize und intrinsische Motivation	30
4. Fixlöhne und Reziprozität . . .	35
5. Soziale Vergleichsprozesse . .	39
a) Bereitstellung von relativen Leistungsinformationen . . .	40
b) Relative Entlohnung	41
6. Framing-Effekte	42
V. Neuere verhaltensökonomische Ansätze	46

I. Vergütung und Motivation: Eine mikroökonomische Perspektive

- 1 Innerhalb der mikroökonomischen Forschung beschäftigen sich die **Personalökonomik** und die **Organisationsökonomik** damit, wie sich verschiedene Vergütungskomponenten (z. B. leistungsbezogene Boni oder leistungsunabhängige Fixkomponenten) auf die Motivation von Mitarbeitern auswirken.¹
- 2 Die Motivation der **Mitarbeiter** ist für den Unternehmenserfolg von entscheidender Bedeutung, weil viele Tätigkeiten nicht genau vertraglich spezifiziert werden können und sich Mitarbeitern deshalb **Entscheidungsspielräume** eröffnen. Beispielsweise wird sich vielfach nicht vertraglich festlegen lassen, mit welcher Intensität sich ein Mitarbeiter einer Aufgabe widmen soll, weil diese Intensität für den Arbeitgeber in der Regel nicht beobachtbar ist. Dies gilt insbesondere für kreative oder innovative Tätigkeiten, bei denen häufig nicht unmittelbar ersichtlich ist, wie intensiv sich ein Mitarbeiter mit dem vorliegenden Problem beschäftigt. Dies gilt aber auch für einfache Tätigkeiten, beispielsweise in der Fertigung, bei denen es u. U. schwer einzuschätzen ist, ob ein Mitarbeiter

¹ Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird im Folgenden immer von Mitarbeitern etc. gesprochen. Damit sind selbstverständlich immer Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen etc. gemeint.

vorliegende Aufgaben auch mit höherer Geschwindigkeit bewältigen könnte. In vielen dieser Fälle liegen nur **indirekte Maße** für das Anstrengungsniveau des Mitarbeiters (wie z. B. der erzielte Ertrag) vor, über deren Honorierung (z. B. im Rahmen der Vergütung des Mitarbeiters) der Arbeitgeber versuchen kann, die Motivation zu beeinflussen.

Die mikroökonomische Forschung bedient sich einerseits **theoretischer Modelle**, mit deren Hilfe ein besseres Verständnis der Wirkungszusammenhänge zwischen Vergütung und Motivation erreicht werden soll.² Ziel ist dabei natürlich neben dem Erkenntnisziel auch die Unterstützung von Unternehmen bei der **Gestaltung von Vergütungssystemen**, um einen besseren Unternehmenserfolg zu erzielen. Darüber hinaus setzt die mikroökonomische Vergütungsforschung empirische und in zunehmendem Maße **experimentelle Methoden** ein, um Motivationseffekte von Vergütung zu untersuchen.³ Die dadurch gewonnenen empirischen Befunde haben zur Weiterentwicklung der bestehenden Theorien geführt. Insbesondere haben **psychologische Einflussfaktoren** (wie z. B. intrinsische Motivation oder Fairnesserwägungen), die im Zentrum des Interesses der **Verhaltensökonomik** stehen,⁴ Eingang in die ökonomische Forschung zu Vergütung und Motivation gefunden. Dieses Zusammenspiel von theoretischer und empirischer Forschung ist für ein besseres Verständnis von Motivationseffekten der Vergütung von entscheidender Bedeutung.⁵

II. Methodischer Hintergrund

1. Theoretische ökonomische Modelle

Mikroökonomen bedienen sich bei der Analyse von Motivationseffekten von Vergütungskomponenten **theoretischer (mathematischer) Modelle**. Ziel ist es, dabei von den Besonderheiten des jeweiligen Einzelfalls zu abstrahieren und für eine breitere Klasse von Anwendungsfällen **relevante Wirkungszusammenhänge** zu isolieren. Theoretische Modelle liefern (neue) potenziell überraschen-

2 Für entsprechende Lehrbücher vgl. z. B. *Bolton/Dewatripont*, Contract Theory; *Laffont/Martimort*, The Theory of Incentives: The Principal-Agent Model; *Schweizer*, Vertragstheorie. Diese Theorien beschäftigen sich mit optimalen Vergütungsformen, ohne zunächst arbeitsrechtliche Einschränkungen zu berücksichtigen. Die ökonomischen Wirkungen, die von rechtlichen Rahmenbedingungen ausgehen, stehen im Zentrum des Interesses der ökonomischen Analyse des Rechts, vgl. beispielsweise für eine ökonomische Analyse des deutschen Schuldrechts *Schweizer*, Spieltheorie und Schuldrecht.

3 Für einen Überblick vgl. *Gibbons/Roberts* (Hrsg.), Handbook of Organizational Economics.

4 Vgl. hierzu *Camerer*, Behavioral Game Theory.

5 Vgl. *Card/DellaVigna/Malmendier*, Journal of Economic Perspectives 2011, 39; *Deaton*, Journal of Economic Literature 2010, 424.

Kap. 2 Vergütung und Motivation

de Wirkungszusammenhänge und Handlungsempfehlungen, die es dann in empirischer Forschung zu überprüfen gilt.

- 5 Die **theoretischen Modelle basieren auf vereinfachenden Annahmen** (z.B. oftmals den Annahmen reiner Eigennutzorientierung oder perfekter Rationalität). Diese Annahmen werden nicht deshalb getroffen, weil unterstellt wird, dass sich alle relevanten Akteure so verhalten. Vielmehr sind sie als erste Näherung zu verstehen, da ein theoretisches Modell ein so weit wie möglich vereinfachtes Abbild der Realität liefern soll, das die entscheidenden Wirkungszusammenhänge beinhaltet und gleichzeitig für die vorliegende Fragestellung Unwichtiges ausblendet. Ob eine vereinfachende Annahme angemessen ist, hängt dabei nicht unmittelbar davon ab, ob sie realistisch oder unrealistisch ist, sondern davon, ob sie für den untersuchten Wirkungszusammenhang **irrelevante Aspekte** ausblendet. Dafür ist eine **Verdeutlichung mit Hilfe einer Analogie** instruktiv: Eine Straßenkarte (wie z.B. Google Maps) ist ein vereinfachendes (beschreibendes) Modell der Realität. In Straßenkarten werden alle freien Flächen oftmals grün und alle Straßen weiß dargestellt. Diese Farbgebungen sind natürlich völlig unrealistisch (Straßen sind schließlich nicht weiß), aber diese Vereinfachungen beeinträchtigen den Nutzen der Straßenkarte (als vereinfachendes Modell der Realität) nicht. Im Gegenteil: Indem sie Irrelevantes ausblenden, erleichtern sie es, den Weg von A nach B zu finden.
- 6 Neuere mikroökonomische Arbeiten (nicht nur zu Motivationseffekten von Vergütung) schwächen die (oft recht restriktiven) Annahmen der ursprünglichen Theorien ab (wie z.B. die Annahme der reinen Eigennutzorientierung der Akteure) und bereichern sie um psychologische Effekte an.⁶

2. Laborexperimente

- 7 Neben der **Analyse bereits vorliegender (Sekundär-)Daten** (z.B. den Vergütungs- und Performancedaten der Mitarbeiter eines Unternehmens) hat sich die mikroökonomische Forschung in den letzten Jahrzehnten zunehmend der **Analyse von extra für den jeweiligen Untersuchungszweck experimentell erzeugten (Primär-)Daten** zugewandt, weil damit methodische Vorteile verbunden sind, die **präzisere Aussagen** zulassen. Bei diesen experimentellen Methoden handelt es sich um Laborexperimente und um Feldexperimente.
- 8 Im Rahmen eines **Laborexperiments** wird eine ökonomische Situation unter kontrollierten Bedingungen mit Versuchsteilnehmern nachgespielt. Die Versuchsteilnehmer erhalten für ihre Teilnahme am jeweiligen Experiment eine erfolgsabhängige Vergütung, um ein möglichst realitätsgetreues Verhalten zu induzieren. Innerhalb eines Experiments werden die Versuchsteilnehmer in eine

6 Vgl. hierzu *Camerer*, Behavioral Game Theory.

Kontroll-Gruppe und eine **Treatment-Gruppe** eingeteilt. Die Zuordnung der Teilnehmer auf diese beiden Gruppen erfolgt zufällig. Diese **zufällige Aufteilung** bewirkt (gegeben eine hinreichend große Zahl an Teilnehmern), dass sich die Kontroll-Gruppe und die Treatment-Gruppe hinsichtlich ihrer Zusammensetzung nicht in ihren persönlichen Charakteristika (wie z. B. Alter, Geschlecht, Präferenzen oder Einstellungen) unterscheiden und damit vergleichbar sind. Diese **Vergleichbarkeit** hinsichtlich beobachtbarer und unbeobachtbarer Charakteristika stellt einen entscheidenden Vorteil experimentell gewonnener Daten gegenüber der Analyse von Sekundärdaten dar.⁷

Nach der Einteilung in Kontroll-Gruppe und Treatment-Gruppe spielen die Versuchsteilnehmer eine ökonomische Situation nach. Entscheidend ist dabei, dass das **Design des Experiments** sicherstellt, **dass sich die ökonomische Situation, der sich die Treatment-Gruppe gegenüber sieht, in nur einem einzigen Aspekt von der ökonomischen Situation unterscheidet, der sich die Kontrollgruppe ausgesetzt sieht** (z. B. könnte die Treatment-Gruppe in einem Produktionskontext einen etwas höheren Stücklohn erhalten als die Kontroll-Gruppe). Dadurch ist es möglich, etwaige Verhaltensunterschiede der Mitglieder der beiden Gruppen kausal auf den einen Aspekt zurückzuführen, in dem sich die ökonomischen Situationen der beiden Gruppen unterscheiden (wenn, um das obige Beispiel wieder aufzugreifen, der höhere Stücklohn beispielsweise zu einer höheren Produktivität der Treatment-Gruppe führt). Ein **wesentlicher Vorteil der experimentellen Methode** ist also, dass sie die **Identifikation kausaler Effekte** erleichtert (und damit über reine Korrelationsaussagen hinausgeht). 9

Laborexperimente werden in vielen Bereichen der wirtschaftswissenschaftlichen Forschung erfolgreich zur Erkenntnisgewinnung eingesetzt⁸ und sie werden mittlerweile auch in den Sozialwissenschaften als wichtiges **Komplement zu traditionellen empirischen Untersuchungen** gesehen.⁹ Da es bei einem Laborexperiment der Forscher ist, der festlegt, welche Informationen die Versuchsteilnehmer bekommen, welche monetären Anreize sie erhalten und welche Interaktionen ihnen möglich sind, eignen sich Laborexperimente in besonderem Maße dafür, theoretische Vorhersagen zu überprüfen oder in einem Unternehmen geplante Veränderungen (z. B. der Vergütungsstruktur) unter kontrollierten Bedingungen einem **Pre-Test** zu unterziehen. 10

7 Bei der Analyse von Sekundärdaten sind häufig individuelle Charakteristika, die potenziell einen Einfluss auf das Verhalten relevanter Akteure haben, nicht beobachtbar. Wenn sie beobachtbar sind, muss für sie im Rahmen der statistischen Auswertung unter Heranziehung von (ad hoc) Annahmen, wie sie die beobachtete Variable (also z. B. die Leistung eines Mitarbeiters) beeinflussen, kontrolliert werden.

8 Für einen Überblick vgl. z. B. *Kagel/Roth/Hey* (Hrsg.), *Handbook of Experimental Economics*; *Plott/Smith* (Hrsg.), *Handbook of Experimental Economic Results*.

9 Vgl. z. B. *Falk/Heckman*, *Science* 2009, 535.

Kap. 2 Vergütung und Motivation

- 11 Als **potenzielle Nachteile von Laborexperimenten** werden u. a. das künstliche Entscheidungsumfeld (an einem Computer-Labor an der Universität im Gegensatz zu realen Entscheidungen innerhalb eines Unternehmens) sowie die Tatsache genannt, dass es sich bei den Versuchsteilnehmern in der Regel um Studenten (und nicht um Personen, die ähnliche Entscheidungen auch in der Praxis tätigen) handelt. Es wird also die **externe Validität** von im Labor gewonnenen Erkenntnissen in Frage gestellt, d. h. inwieweit sie auf praktische Entscheidungen in Unternehmen verallgemeinert werden können. Diese **Kritikpunkte versucht die Methode der Feldexperimente zu überwinden**.

3. Feldexperimente

- 12 Relativ zu Laborexperimenten sind **Feldexperimente** eine neuere Entwicklung. Feldexperimente werden mittlerweile in zunehmendem Maße zur **Untersuchung unternehmenspolitischer Fragestellungen** eingesetzt.¹⁰ Um die oben skizzierten Probleme des künstlichen Entscheidungsumfelds und des restriktiven Teilnehmerkreises zu umgehen, werden Feldexperimente innerhalb eines Unternehmens in der Regel so durchgeführt, dass die Teilnehmer nicht wissen, dass sie an einem Experiment teilnehmen. Die Einteilung (der Mitarbeiter oder unternehmensinterner Arbeiterteams) in Kontroll-Gruppe und Treatment-Gruppe wird beispielsweise durch eine zufällige Auswahl von Betriebsstätten (z. B. nach regionalen Kriterien) oder Abteilungen erreicht. Kausale Effekte können dann beispielsweise durch eine Anreizveränderung nur in der Treatment-Gruppe (z. B. in Bezug auf Stücklöhne oder Teamboni) identifiziert werden.
- 13 Feldexperimente in Unternehmen erfordern selbstverständlich ein **besonders sorgfältiges Design** (im Hinblick auf die Veränderungen des Anreizsystems, der Kommunikation der Veränderungen und die Aufteilung in Kontroll-Gruppe und Treatment-Gruppe).¹¹ Des Weiteren ist eine **enge Abstimmung mit der Unternehmensleitung und ggf. dem Betriebsrat** zwingend erforderlich. Mittlerweile haben sich in Deutschland verschiedene **Forschungszentren** etabliert, die es sich explizit zum Ziel gesetzt haben, dem wissenschaftlichen Nachwuchs die entsprechenden methodischen Kenntnisse und Fähigkeiten zu vermitteln.¹²

10 Für einen Überblick siehe z. B. *Bandiera/Barankay/Rasul*, Journal of Economic Perspectives 2011, 63.

11 Zum Design und zur Durchführung von Feldexperimenten vgl. z. B. *Gerber/Green*, Field Experiments: Design, Analysis, and Interpretation; *List*, Journal of Economic Perspectives 2011, 3.

12 Siehe z. B. das an den Universitäten München, Nürnberg-Erlangen und Regensburg angesiedelte Internationale Doktorandenkolleg „Evidence-Based Economics“.

III. Die Prinzipal-Agenten-Theorie**1. Grundannahmen**

Der **wichtigste mikroökonomische Analyserahmen**, um die Wirkung der Vergütungsstruktur auf die Motivation von Mitarbeitern zu untersuchen, ist die **Prinzipal-Agenten-Theorie**. Die einfachste Version dieser Theorie betrachtet einen Vorgesetzten (den „Prinzipal“), der einen Mitarbeiter (den „Agenten“) benötigt, um eine Aufgabe für ihn zu erledigen. Annahmegemäß kann der Prinzipal nicht beobachten, wie stark sich der Agent bei der Erledigung der Aufgabe anstrengt, d.h. **das Anstrengungsniveau des Agenten ist nicht beobachtbar**. Dies ist für den Prinzipal ein Problem, weil im Rahmen des Modells unterstellt wird, dass die Interessen des Prinzipals und des Agenten nicht deckungsgleich sind. Insbesondere wird in der Regel unterstellt, dass der Agent ohne monetäre Anreize ein geringeres Anstrengungsniveau präferiert als es der Prinzipal gerne hätte (z.B. weil der Agent – im Gegensatz zum Prinzipal – die Anstrengungen selbst leisten muss und dies für ihn mit einem „Arbeitsleid“ verbunden ist).¹³ **14**

Die Theorie unterstellt weiterhin, dass der Prinzipal zwar nicht das Anstrengungsniveau, allerdings aber den **Ertrag** beobachten kann, den der Agent erwirtschaftet.¹⁴ Dieser Ertrag wird in der Regel neben den Anstrengungen des Agenten auch von **exogenen Einflüssen** (z.B. konjunkturellen Faktoren oder dem Verhalten anderer Unternehmen) abhängen, sodass eine bestimmte Ertragsrealisation dem Prinzipal keine perfekten Rückschlüsse auf das Anstrengungsniveau des Agenten ermöglicht. Dieses Informationsumfeld (insbesondere die Annahme der Nicht-Beobachtbarkeit des Anstrengungsniveaus) wird in vielen (aber natürlich nicht allen) Fällen eine adäquate Beschreibung der Unternehmensrealität sein. Oftmals wird es für einen Prinzipal schwierig sein, exakt abzuschätzen, ob es bei einer einfachen Tätigkeit für den Agenten möglich wäre, noch schneller zu arbeiten, oder ob der Agent bei einer komplexen, kognitiven Aufgabe noch intensiver über die Lösung des Problems nachdenken könnte. **15**

Unter diesen Bedingungen **kann der Prinzipal den Agenten nur indirekt zu höheren Anstrengungen motivieren**, indem er höhere Ertragsrealisationen (die **16**

13 In der Standardversion der Prinzipal-Agenten-Theorie wird etwaige intrinsische Motivation des Agenten (d.h., dass er sich auch ohne monetäre Anreize anstrengt) also ausgeblendet. Diese Vereinfachung könnte sich beispielsweise rechtfertigen lassen, wenn man eine Situation unterstellt, in der intrinsische Motivation schon nicht mehr wirkt, sondern ein noch höheres Anstrengungsniveau erreicht werden soll.

14 In manchen Kontexten mag selbst dies nicht möglich sein. Ist dies der Fall, so sind Anreizverträge in der unten skizzierten Form nicht möglich. In diesen Fällen kann die Motivation eines Mitarbeiters möglicherweise durch das Design von Karriereoptionen beeinflusst werden: vgl. hierzu beispielsweise *Gibbons/Murphy*, Journal of Political Economy 1992, 468.

Kap. 2 Vergütung und Motivation

bei höheren Anstrengungen wahrscheinlicher sind) belohnt, d. h. in diesen Fällen beispielsweise einen Bonus für den Agenten vorsieht. Dadurch stellt die Prinzipal-Agenten-Theorie einen **Zusammenhang zwischen Vergütung und Motivation** des Agenten her (s. Kap. 1 Rn. 42 ff.).

- 17 Neben den oben bereits skizzierten Annahmen geht die Standardversion der Prinzipal-Agenten-Theorie davon aus, dass sowohl der Prinzipal als auch der Agent perfekt rational und ausschließlich eigennutzorientiert sind. Dies impliziert, dass die Vergütung des Agenten gemäß der einfachsten Version dieser Theorie nur den Zweck erfüllt, ihn an das Unternehmen zu binden (das er bei zu geringer Vergütung zum Vorteil eines anderen Unternehmens verlassen würde) und ihm Leistungsanreize zu geben (s. Kap. 1 Rn. 2 f.).

2. Hauptvorhersagen

- 18 Die oben illustrierte Standardversion der Prinzipal-Agenten-Theorie macht verschiedene Vorhersagen zum **Zusammenhang zwischen Vergütungsstruktur und den Anstrengungen (d. h. der Motivation) des Agenten**. Während manche dieser Vorhersagen von Details der Modellierung abhängen, lassen sich zwei robuste Vorhersagen der Prinzipal-Agenten-Theorie identifizieren.
- 19 Zum einen sagt diese Theorie vorher, dass ein **Fixlohn**, der leistungsunabhängig gewährt wird, zu den minimal möglichen Anstrengungen führt. Dies ist der Fall, weil der Agent durch höhere Anstrengungen keine höhere Vergütung erzielen kann, aber bei höheren Anstrengungen einem höheren „Arbeitsleid“ ausgesetzt wäre. Zum anderen sagt die Theorie vorher, dass der Prinzipal dem Agenten, wenn er ihn zu höheren Anstrengungen motivieren möchte, eine **erfolgsabhängige Entlohnung** anbieten und ihn z. B. prozentual am realisierten Ertrag beteiligen muss („pay-for-performance“). Unter zusätzlichen Annahmen, die hier nicht näher diskutiert werden sollen, ist eine derartige prozentuale Ertragsbeteiligung aus theoretischer Sicht in der Tat optimal und je höher der Ertragsanteil ist, den der Agent erhält, desto höher werden seine Anstrengungen ausfallen.¹⁵
- 20 Spezifischere Vorhersagen (die weitere Annahmen erfordern) betreffen darüber hinaus beispielsweise die Frage, ob in einem Umfeld, das durch höhere Unsicherheit geprägt ist, geringere oder höhere Ertragsbeteiligungen des Agenten optimal sind als in einem relativ sicheren Umfeld (in dem Zufallseinflüsse eine geringere Rolle spielen).¹⁶

15 Vgl. hierzu beispielsweise *Laffont/Martimort*, The Theory of Incentives: The Principal-Agent Model.

16 Für einen Überblick zu diesem Thema siehe z. B. *Prendergast*, Journal of Economic Literature 1999, 7.

3. Erweiterung: Mehrere Tätigkeiten

Die oben skizzierte Ausgangsversion der Prinzipal-Agenten-Theorie unterstellt, dass der Agent für den Prinzipal nur eine einzige (eindimensionale) Aufgabe erledigen soll. In vielen Fällen wird dies aber nicht der Fall sein und man sich vielmehr in einer Situation mit **Multi-Tasking** befinden. Dazu zwei Beispiele: Im verarbeitenden Gewerbe wird nicht nur die Anzahl, sondern auch die Qualität der gefertigten Werkstücke von Relevanz sein. Im universitären Kontext sollen Professoren nicht nur Forschung betreiben, sondern es sind darüber hinaus auch Aufgaben in Lehre und Administration zu erfüllen. **21**

Ist Multi-Tasking relevant, so können sich aus der Prinzipal-Agenten-Theorie **deutlich andere Vorhersagen** als im Ausgangsmodell ergeben, wenn z. B. verschiedene Tätigkeitsdimensionen für den Prinzipal unterschiedlich gut beobachtbar sind.¹⁷ Als illustratives Beispiel sei eine Situation betrachtet, in der die Tätigkeit des Agenten zwei Dimensionen hat: Quantität und Qualität der hergestellten Werkstücke. Weiterhin sei im Beispiel angenommen, dass zwar die hergestellte Quantität, aber nicht die Qualität der Werkstücke für den Prinzipal unmittelbar beobachtbar sei. Die Qualität könnte beispielsweise nicht beobachtbar sein, weil sie sich erst nach einer längeren Nutzung, z. B. in der Fehleranfälligkeit, zeigt. Setzt der Prinzipal nun monetäre Anreize für eine höhere Produktionsmenge, so könnte die Gefahr bestehen, dass der Agent weniger auf die Qualität achtet, um eine höhere Menge zu erzielen. Wenn für den Prinzipal sowohl Quantität als auch Qualität von hoher Bedeutung sind (weil etwaige Reklamationen seiner Reputation schaden würden), kann es in diesem Fall für ihn optimal sein, dem Agenten nur einen **Fixlohn** zu bezahlen, um ihn dadurch (indirekt) dazu zu veranlassen, auf beide Tätigkeitsdimensionen zu achten. **22**

Allgemeiner formuliert sagt die Prinzipal-Agenten-Theorie in einem Umfeld mit Multi-Tasking voraus, dass häufig der **Verzicht auf eine erfolgsabhängige Entlohnung** im Interesse des Prinzipals sein wird. **23**

IV. Empirische Evidenz zu Vergütung und Motivation**1. Anreizeffekte bei einfachen Tätigkeiten**

Nachdem im vorigen Abschnitt der theoretische Rahmen für die mikroökonomische Analyse des Zusammenhangs zwischen Vergütung und Motivation skizziert wurde, stellt sich die Frage, ob die daraus gewonnenen **Vorhersagen und Empfehlungen** einer **empirischen Überprüfung** standhalten bzw. an welchen Stellen der bisher vorgestellte theoretische Rahmen zu stark vereinfacht. **24**

17 Vgl. *Holmstrom/Milgrom*, Journal of Law, Economics, and Organization 1991, 24.

Kap. 2 Vergütung und Motivation

- 25 Dass bei relativ einfachen Tätigkeiten eine Umstellung von einem Fixlohn hin zu einer erfolgsabhängigen Vergütung in der Regel zu höheren Leistungen führt, wurde u. a. in einer **empirischen Studie des Anreizsystems des US-amerikanischen Unternehmens Safelite Glass Corporation** eindrucksvoll bestätigt.¹⁸ Die Safelite Glass Corporation baut Windschutzscheiben und Fenster in Kraftfahrzeuge ein. In der Ausgangssituation erhielten die Mitarbeiter eine fixe, leistungsunabhängige Vergütung. Nach einem Führungswechsel wurde in den Jahren 1994 und 1995 ein Wechsel hin zu einer Stücklohnvergütung vollzogen, bei der die ca. 3000 Mitarbeiter in der Fertigung anstelle eines Stundenlohns einen Stücklohn pro installiertem Glaselement erhielten. In dem 19-monatigen Beobachtungszeitraum (vor und nach der Veränderung des Vergütungssystems) führte dies zu einer um **44 Prozent höheren Produktivität**, was darauf hindeutet, dass die **ursprüngliche Fixlohnvergütung für das Unternehmen nicht optimal** war. Auch die Mitarbeiter profitierten im Safelite-Fall von dem Übergang zu dem Stücklohnmodell, da dadurch ihre Vergütung im Durchschnitt um 10 Prozent stieg.
- 26 Seit der Safelite-Studie hat eine Vielzahl weiterer Studien bestätigt, dass bei einfachen Tätigkeiten eine Fixlohnvergütung in der Regel zu suboptimalen Ergebnissen führt.¹⁹

2. Mehrere Tätigkeiten

- 27 Verschiedene neuere empirische Arbeiten wenden sich der Frage zu, welche **Wirkung monetäre Anreize in einem Multi-Tasking-Umfeld** entfalten. Im Vordergrund steht dabei die Frage, ob finanzielle Anreize für eine Tätigkeitsdimension zu geringer Leistung in den anderen Tätigkeitsdimensionen führen, wie es die Prinzipal-Agenten-Theorie vorhersagen würde.

18 Lazear, American Economic Review 2000, 1346.

19 Vgl. z. B. Gibbons/Roberts (Hrsg.), Handbook of Organizational Economics; Prendergast, Journal of Economic Literature 1999, 7. Dass monetäre Anreize selbst in Kontexten Wirkung entfalten können, in denen man es nicht erwarten würde, wird durch eine Studie zur Einführung eines „Baby-Bonus“ in Australien dokumentiert (vgl. Gans/Leigh, Journal of Public Economics 2009, 246). Die australische Regierung hatte weniger als 9 Monate vor dem 1.7.2004 bekannt gegeben, dass für alle ab dem 1.7.2004 geborenen Babys ein „Baby-Bonus“ in Höhe von 3000 australischen Dollar an die Eltern ausbezahlt werden würde. Für Babys, die am 30.6.2004 oder früher geboren wurden, wurde, wie bisher, kein „Baby-Bonus“ ausbezahlt. Es stellte sich heraus, dass die Anzahl der Geburten am 1.7.2004 der höchste Tageswert in einem 30-Jahres-Zeitraum war, und es zu einer massiven Verschiebung von Geburten (insbesondere von Kaiserschnitten) von vor dem Stichtag auf einen Geburtstermin ab dem 1.7. kam (obwohl dies potenziell mit Gesundheitsrisiken für Mutter und Kind verbunden ist).

Dies wird von einigen empirischen Studien bestätigt. Ein Beispiel dafür ist eine **empirische Untersuchung zur Vergütungsstruktur von Ärzten in der kanadischen Provinz Quebec**.²⁰ Vor dem Jahr 1999 erhielten die niedergelassenen Ärzte dort eine Vergütung pro Behandlung („fee-for-service“). Im Jahr 1999 wurde dieses System durch eine Vergütungsstruktur abgelöst, unter der die Ärzte neben einer (reduzierten) Vergütung pro Behandlung zusätzlich einen fixen Tagessatz erhielten. Administrative Daten und Umfragedaten deuten darauf hin, dass dies – im Einklang mit der Prinzipal-Agenten-Theorie – zu einer geringeren Anzahl an Behandlungen pro Arzt geführt hat, und gleichzeitig die Ärzte im Durchschnitt mehr Zeit pro Behandlung aufgewendet haben. Die **Umstellung des Vergütungssystems** scheint somit in diesem Kontext zu einer **Quantitäts-Qualitäts-Verschiebung** geführt zu haben.

Nicht alle empirischen Arbeiten bestätigen die Multi-Tasking-Vorhersagen der Prinzipal-Agenten-Theorie aber in diesem Maße. Vielmehr gibt es auch empirische Arbeiten, in deren Kontext beispielsweise die Einführung eines Stücklohns (und damit höhere Mengenanreize) nicht zu negativen Qualitätseffekten zu führen scheinen.²¹ Eine mögliche Erklärung dafür könnte sein, dass sich **Verhaltensanreize** für die Mitarbeiter in der Regel **nicht nur aus der Vergütungsstruktur** ergeben. Vielmehr werden Arbeitgeber in der Regel auch Mechanismen zur Qualitätsüberwachung implementiert haben, um adverse Qualitätseffekte zu vermeiden. Ein anderer Grund, warum es nicht zu einem negativen Qualitätseffekt kommt, könnte sein, dass sich Mitarbeiter potenziellen Aufstiegsmöglichkeiten im Unternehmen gegenüber sehen. Derartige **Karriereüberlegungen** können dazu führen, dass Mitarbeiter auf höhere Mengenanreize nicht mit reduzierter Qualität reagieren, um ihre Aufstiegschancen nicht zu gefährden.²²

3. Monetäre Anreize und intrinsische Motivation

Eine weitere **mögliche Quelle von Leistungsanreizen ist intrinsische Motivation**.³⁰ Damit ist gemeint, dass Mitarbeiter – beispielsweise aufgrund von Freude an der Tätigkeit oder weil sie ein anderes Ziel als das Ziel der Einkommensmaximierung verfolgen – selbst bei einer leistungsunabhängigen Vergütung zu relativ hohen Anstrengungen bereit sind.

Die Standardversion der Prinzipal-Agenten-Theorie blendet derartige intrinsische Motivation aus. Möglicherweise rechtfertigen lässt sich diese vereinfachen-³¹

20 Dumont/Fortin/Jacquemet/Shearer, Journal of Health Economics 2008, 1436.

21 Siehe z. B. Al-Ubaydli/Andersen/Gneezy/List, Southern Economic Journal 2015, 538.
Für eine detailliertere Diskussion der empirischen Literatur zum Multi-Tasking-Problem siehe Englmaier/Roider/Sunde, Management Science 2017, 4061.

22 Vgl. z. B. Gibbons/Murphy, Journal of Political Economy 1992, 468.

Kap. 2 Vergütung und Motivation

de Annahme wie gesagt, wenn man davon ausgeht, dass das Anstrengungsniveau, das durch **monetäre (extrinsische) Anreize** induziert werden soll, über das Anstrengungsniveau hinausgeht, das aus rein intrinsischer Motivation resultieren würde. Diese Rechtfertigung ist aber nur dann valide, wenn die Einführung monetärer Anreize für eine Tätigkeit keine **negativen Effekte auf die intrinsische Motivation** des entsprechenden Mitarbeiters hat. Würde ein derartiger negativer Effekt auf die intrinsische Motivation existieren, könnte der Effekt einer Einführung monetärer Anreize abgeschwächt werden. Im Extremfall könnte es sogar dazu kommen, dass aus der Einführung monetärer Anreize insgesamt ein niedrigeres Anstrengungsniveau resultiert (s. Kap. 1 Rn. 14 ff.).

- 32 Verschiedene empirische Studien legen in der Tat nahe, dass in bestimmten Kontexten derartige Verdrängungseffekte auf intrinsische Motivation von Bedeutung sind.²³ Eine entscheidende Rolle scheint dabei die **Höhe der monetären Anreize** zu spielen, die eingeführt werden. Dies wird beispielsweise durch ein Feldexperiment illustriert, das drei Versuchsanordnungen vergleicht.²⁴ Eine erste Gruppe der Versuchsteilnehmer – die Kontrollgruppe – erhielt für ihre Tätigkeit (die im sozialen Sektor angesiedelt war) keine monetäre Vergütung. Eine zweite Gruppe erhielt relativ geringe monetäre Leistungsanreize, während eine dritte Gruppe durch relativ hohe monetäre Leistungsanreize motiviert werden sollte. In diesem Feldexperiment wurde dokumentiert, dass die Gruppe, die geringe monetäre Leistungsanreize erhielt, eine geringere Leistung erbrachte als die Kontrollgruppe, d.h. in diesem Fall hatte die Einführung monetärer Anreize einen negativen Effekt auf die Leistung.²⁵ Die Gruppe, die hohe monetäre Anreize erhielt, erzielte aber eine höhere Leistung als die Kontrollgruppe. Daraus lässt sich die Erkenntnis ableiten, dass man – falls es sich um einen Kontext handelt, in dem intrinsische Motivation vermutlich eine Rolle spielt (s. Kap. 2 Rn. 29) – entweder auf die Einführung monetärer Leistungsanreize völlig verzichten sollte oder, wenn sie doch eingeführt werden, die monetären Anreize hinreichend hoch ausfallen sollten.
- 33 Ein **weiteres Problem für die intrinsische Motivation** könnte sich daraus ergeben, dass in vielen Fällen **explizite monetäre Anreize nur temporär** gewährt werden (z.B. in Phasen hoher Nachfrage). Es stellt sich die Frage, ob Anstrengungen nachdem monetäre Anreize wieder ausgesetzt werden auf das gleiche Leistungsniveau zurückkehren, wie vor ihrer Einführung. Dies ist leider nicht notwendigerweise der Fall, weshalb derartige potenzielle **Langfristeffekte** bei der Einführung monetärer Leistungsanreize mit bedacht werden sollten.²⁶

23 Für einen Überblick über entsprechende Studien, vgl. *Gneezy/Meier/ Rey-Biel*, Journal of Economic Perspectives 2011, 191.

24 *Gneezy/Rustichini*, Quarterly Journal of Economics 2000, 791.

25 Vgl. dazu auch *Gneezy/Rustichini*, Journal of Legal Studies 2000, 1.

26 Vgl. z.B. *Gneezy/Rustichini*, Journal of Legal Studies 2000, 1.

Während die Standardversion der Prinzipal-Agenten-Theorie intrinsische Motivation vernachlässigt, **beziehen neuere verhaltensökonomische Prinzipal-Agenten-Theorien intrinsische Motivation explizit in die Analyse mit ein** und liefern Erklärungsansätze dafür, warum intrinsische Motivation möglicherweise durch (extrinsische) monetäre Anreize verdrängt wird. Diese neueren Theorien erlauben es also, das Zusammenspiel zwischen dem psychologischen Phänomen der intrinsischen Motivation und monetären Anreizen zu untersuchen und darauf basierend Empfehlungen hinsichtlich der Ausgestaltung von Vergütungssystemen auszusprechen. Im Kern basieren diese Erklärungsansätze darauf, dass Mitarbeiter die **Einführung monetärer Anreize als schlechte Nachricht** (z. B. hinsichtlich der Attraktivität der Tätigkeit, hinsichtlich ihrer Fähigkeiten oder hinsichtlich der Eigenschaften des Prinzipals oder des Arbeitsumfelds) interpretieren.²⁷ Mitarbeiter könnten die Einführung monetärer Anreize beispielsweise als Signal dafür interpretieren, dass die Tätigkeit unangenehm ist oder nicht ihren Fähigkeiten entspricht. Dies kann zu einer **Demotivation der Mitarbeiter** führen.

4. Fixlöhne und Reziprozität

Während die Standardversion der Prinzipal-Agenten-Theorie impliziert, dass von leistungsunabhängigen Vergütungskomponenten keine Motivationswirkung ausgeht, deuten verschiedene Laborexperimente darauf hin, dass dies aufgrund von **Fairnesserwägungen** des Mitarbeiters nicht notwendigerweise der Fall ist.²⁸

Einerseits können sich **Fairnesserwägungen** eines Mitarbeiters auf die Vergütung anderer Mitarbeiter oder Vorgesetzter beziehen. Andererseits kann ein Mitarbeiter bestimmte **Vorgehensweisen** als fair bzw. unfair empfinden und auch dies kann sich auf seine Handlungsanreize auswirken.²⁹ Es gibt Belege dafür, dass Mitarbeiter eine höhere leistungsunabhängige Vergütung als wohlwollenden Akt des Prinzipals interpretieren und darauf – aufgrund positiver Reziprozität – mit höherer Leistung reagieren. Eine derartige Motivation über leistungsunabhängige Vergütungskomponenten hätte den Vorteil, dass auf eine (mit Kosten behaftete) Leistungsmessung und -überwachung auf individueller Ebene verzichtet werden könnte.

Bei derartigen „**Belohnungen**“, die nicht direkt auf zukünftige Leistungen konditionieren, könnte es sich um eine höhere Fixkomponente der Vergütung handeln. Alternativ sind aber auch nicht-monetäre „Belohnungen“, wie z. B. ein

27 Vgl. z. B. Bénabou/Tirole, American Economic Review 2006, 1652; Sliwka, American Economic Review 2007, 9.

28 Vgl. z. B. Fehr/Kirchsteiger/Riedl, Quarterly Journal of Economics 1993, 437.

29 Vgl. z. B. Falk/Fehr/Fischbacher, Games and Economic Behavior 2008, 287.

Kap. 2 Vergütung und Motivation

Dienstwagen oder ein attraktiveres Büro denkbar. Feldexperimente deuten in der Tat darauf hin, dass eine **nicht-monetäre Belohnung** einen höheren Motivationseffekt haben kann als der entsprechende Geldbetrag.³⁰ Allerdings legen verschiedene Feldexperimente ebenfalls nahe, dass Motivationseffekte, die auf Reziprozität aufbauen, **oftmals nur kurzfristiger Natur** zu sein scheinen.³¹

- 38 Diese empirischen Befunde zu den Motivationseffekten von fixen Komponenten der Vergütungen haben zu **verhaltensökonomischen Weiterentwicklungen der Prinzipal-Agenten-Theorie** geführt, die es erlauben zu untersuchen, wie **Reziprozitätsüberlegungen** und monetäre Anreize bei der Motivation von Mitarbeitern interagieren, und welche Rolle die **Organisationsstruktur** des Unternehmens dabei spielt.³²

5. Soziale Vergleichsprozesse

- 39 Die Standardversion der Prinzipal-Agenten-Theorie betrachtet die Interaktion eines Prinzipals mit jeweils einem Agenten. In einem **Umfeld mit mehreren Mitarbeitern** ergeben sich hinsichtlich der Motivationseffekte von Vergütung u. a. die folgenden beiden Aspekte. Zum einen stellt sich die Frage, ob es einen Effekt auf die Leistung eines Mitarbeiters hat, wenn er seine Leistung mit der von anderen Mitarbeitern vergleichen kann (und zwar selbst dann, wenn seine Vergütung nur von seiner eigenen Leistung abhängt). Zum anderen besteht für den Prinzipal im Prinzip die Möglichkeit einer relativen Vergütung, bei der die individuelle Vergütung von der relativen Leistung des Mitarbeiters im Vergleich zu anderen Mitarbeitern bestimmt wird.

a) Bereitstellung von relativen Leistungsinformationen

- 40 Mit der **Bereitstellung von relativen Leistungsinformationen** beschäftigt sich beispielsweise eine empirische Studie zu Mitarbeitern einer Abteilung eines deutschen Großhandelsunternehmens, die auf Stücklohnbasis vergütet werden.³³ Ohne das monetäre Anreizsystem zu verändern, entschied sich die Geschäftsleitung dieses Unternehmens dazu, die **Rangfolge der Mitarbeiter** (die alle eine ähnliche Tätigkeit ausüben) hinsichtlich ihrer Vergütung und Leistung den Mitarbeitern zugänglich zu machen. Allein die Bereitstellung dieser zusätzlichen Information führte zu einer deutlichen und langfristig wirksamen Produktivitätssteigerung. Aus dem **Wunsch von Mitarbeitern, relativ zu ihrer Vergleichs-**

30 Vgl. z. B. Kube/Maréchal/Puppe, American Economic Review 2012, 1644.

31 Vgl. z. B. Gneezy/List, Econometrica 2006, 1365.

32 Vgl. z. B. Englmaier/Leider, American Economic Journal: Microeconomics 2012, 146.

33 Blanes-i-Vidal/Nossol, Management Science 2011, 1721.

gruppe gut abzuschneiden, kann also Motivation entstehen, selbst wenn damit keine unmittelbaren finanziellen Vorteile verbunden sind.

b) Relative Entlohnung

Mit einer **relativen Entlohnung** (bei der die individuelle Vergütung von der eigenen Leistung relativ zur Leistung anderer Mitarbeiter abhängt) können allerdings **potenzielle Motivationsprobleme** verbunden sein. Dies macht ein in einem britischen Agrarunternehmen durchgeführtes Feldexperiment deutlich.³⁴ In diesem Unternehmen werden Teams von Arbeitern betrachtet, die gemeinsam eine Aufgabe erfüllen, wobei die Leistung der individuellen Arbeiter aber objektiv messbar ist. In der Ausgangssituation war in diesem Unternehmen ein relatives Vergütungsschema implementiert, d. h. die individuelle Vergütung war umso höher, je besser die eigene Leistung relativ zur Leistung der anderen Arbeiter im jeweiligen Team ausfiel. Im Rahmen des Feldexperiments wurde in diesem Unternehmen nun eine Umstellung hin zu einem Vergütungssystem vollzogen, bei dem ausschließlich die eigene Leistung die eigene Vergütung beeinflusst. Es zeigte sich, dass die Produktivität des durchschnittlichen Arbeiters nach der Umstellung um ca. 50 Prozent höher ausfiel. Erklären lässt sich dies mit einer negativen „Externalität“, die bei relativer Vergütung auftritt.³⁵ Bei relativer Entlohnung erhöht eine eigene höhere Leistung nicht nur die eigene Vergütung, sondern senkt tendenziell gleichzeitig die Vergütung der anderen Arbeiter im Team (da deren Leistung nun im relativen Vergleich schlechter abschneidet). Die Arbeiter schienen bei eigener höherer Leistung negative soziale Konsequenzen innerhalb des Teams zu befürchtet und hielten – dies antizipierend – deshalb ihre Leistung unter relativer Entlohnung zurück. Dieser Erklärungsansatz wird auch dadurch gestützt, dass der Leistungseffekt nach der Umstellung in Teams, in denen im Vorfeld intensivere soziale Kontakte vorhanden waren, stärker ausfiel.³⁶

6. Framing-Effekte

Bei der oben diskutierten Bereitstellung von relativen Leistungsinformationen können sich Motivationseffekte ergeben, obwohl **am eigentlichen Vergütungssystem keine Veränderungen** vorgenommen werden. Die Motivationseffekte treten nur aufgrund der Bereitstellung zusätzlicher Information auf. 42

In ähnlicher Weise wirken sogenannte **Framing-Effekte**, die darauf beruhen, dass ein und dasselbe Vergütungssystem den Mitarbeitern auf unterschiedliche Arten erklärt wird. Als Beispiel dafür soll ein Feldexperiment in einer Hochtech- 43

³⁴ Bandiera/Barankay/Rasul, Quarterly Journal of Economics 2005, 917.

³⁵ Bandiera/Barankay/Rasul, Quarterly Journal of Economics 2005, 917.

³⁶ Bandiera/Barankay/Rasul, Quarterly Journal of Economics 2005, 917.

Kap. 2 Vergütung und Motivation

nologie-Fabrikationsanlage in China dienen, bei dem das Framing des Anreizsystems experimentell variiert wurde.³⁷ Dieses Unternehmen belohnt gute Leistung auf Team-Ebene durch einen Bonus. Das Anreizsystem wurde zwei zufällig ausgewählten Gruppen auf zwei verschiedene (auszahlungsäquivalente) Arten erläutert. Eine erste Gruppe erhielt die Information, dass sie im Fall guter Leistung zusätzlich zu einer (niedrigen) Grundvergütung einen Bonus erhalten würde. Die zweite Gruppe erhielt die Information, dass ihr im Fall schlechter Leistung ein entsprechender Betrag von der (hohen) Grundvergütung abgezogen werden würde. Obwohl in beiden Fällen in Abhängigkeit von der erbrachten Leistung dieselben Auszahlungskonsequenzen resultieren, stellte sich in der Gruppe, in der der Bonus als „Verlust“ formuliert wurde, eine um ein Prozent höhere Leistung ein (wobei dieser Effekt in einem statistischen Sinn signifikant war).

- 44 Erklären lässt sich dieser Effekt mit Hilfe der **Theorie der Verlustaversion**,³⁸ die besagt, dass Entscheider Verluste einschneidender empfinden als einen gleich hohen Gewinn.³⁹ Motiviert durch diese empirischen Befunde haben derartige referenzpunktabhängige Ansätze mittlerweile Eingang in die Prinzipal-Agenten-Theorie gefunden und tragen zu einem besseren Verständnis der Motivationseffekte von Vergütungssystemen bei.
- 45 Über Framing-Effekte hinaus gibt es Belege dafür, dass selbst in einem Umfeld mit erfahrenen Mitarbeitern und starken finanziellen Anreizen die Wiederholung eigentlich bekannter Informationen über ein Vergütungssystem leistungssteigernde Effekte haben kann.⁴⁰

V. Neuere verhaltensökonomische Ansätze

- 46 Die **Prinzipal-Agenten-Theorie** ist das Standardwerkzeug der mikroökonomischen Forschung, um den Zusammenhang zwischen Vergütung und Motivation zu untersuchen. Die Standardversion der Prinzipal-Agenten-Theorie beruht jedoch auf restriktiven Annahmen (z. B. einer reinen Eigennutzorientierung) und blendet psychologische Effekte aus. Obwohl eine der Hauptvorhersagen der Prinzipal-Agenten-Theorie, dass höhere monetäre Anreize bei relativ einfachen Tätigkeiten zu höherer Leistung führen, oftmals bestätigt wird, hat die empirische – insbesondere die experimentelle Forschung – ebenfalls dokumentiert, dass die Standardversion der Prinzipal-Agenten-Theorie häufig nur ungenügende Vorhersagen macht, wenn man psychologische Effekte vernachlässigt. Deshalb nimmt die **Verhaltensökonomik**, die sich mit dem **Einfluss psycholo-**

37 Hossain/List, Management Science 2012, 2151.

38 Hossain/List, Management Science 2012, 2151.

39 Vgl. z. B. Kahneman/Tversky, Econometrica 1979, 263.

40 Englmaier/Roider/Sunde, Management Science 2017, 4061.

gischer Faktoren auf ökonomische Entscheidungen beschäftigt,⁴¹ einen immer größeren Stellenwert in der mikroökonomischen Forschung zum Zusammenhang zwischen Vergütung und Motivation ein. Dies hat zu verschiedenen **Erweiterungen der Prinzipal-Agenten-Theorie** geführt, die Phänomene wie z. B. intrinsische Motivation, Fairnessüberlegungen, Reziprozität oder Verlustaversion mit in die Analyse einbeziehen.⁴²

Durch diese Weiterentwicklungen in der mikroökonomischen Forschung konnten wesentliche Fortschritte hin zu einem besseren Verständnis des Zusammenhangs von Vergütung und Motivation erzielt werden, die Eingang in das Design von Vergütungssystemen finden können. Aufgrund der **komplexen Wechselwirkungen zwischen psychologischen und ökonomischen Motivationen** ist dieses Themengebiet in der Mikroökonomik momentan international ein **sehr aktives Forschungsfeld** mit dem Ziel, bessere Unternehmensentscheidungen zu unterstützen. Dies wird beispielsweise durch verschiedene Forschungsverbünde dokumentiert, z. B. in den USA die „NBER Working Group on Organizational Economics“ und die „NBER Working Group on Personnel Economics“, in Europa z. B. der „CEPR Workshop on Incentives, Management, and Organization“ und in Deutschland z. B. der „Ausschuss für Organisationsökonomik“ des Vereins für Socialpolitik (German Economic Association). 47

41 Für einen Überblick vgl. z. B. *Fehr/Schmidt*, Theories of Fairness and Reciprocity – Evidence and Economic Applications.

42 Für einen Überblick vgl. z. B. *Koszegi*, Journal of Economic Literature 2014, 1075.

Kapitel 3

Gesetzlicher und tariflicher Mindestlohn

Schrifttum: *Baeck/Lösler*, Neue Entwicklungen im Arbeitszeitrecht, NZA 2005, 247; *Barczak*, Mindestlohngesetz und Verfassung, RdA 2014, 290; *Bayreuther*, Der gesetzliche Mindestlohn, NZA 2014, 865; *Bayreuther*, Mindestlohnwirksame Leistungen im Geltungsbereich des Entsenderechts, EuZA 2014, 189; *Boemke*, Lohnanspruch (§ 611 I BGB) und Mindestlohn (§ 1 MiLoG), JuS 2015, 385; *Brors*, Europäische Rahmenbedingungen für den neuen Mindestlohn und seine Ausnahmen, NZA 2014, 938; *Brors/Böning*, Rechtliche Rahmenbedingungen für 24-Stunden-Pflegekräfte aus Polen in Deutschland, NZA 2015, 846; *Däubler*, Der gesetzliche Mindestlohn – doch eine unendliche Geschichte?, NJW 2014, 1924; *Deakin/Morris*, Labour Law, 6. Aufl. 2012; *Deckers*, Der Mindestentgeltbegriff in § 1a AEntG, NZA 2008, 321; *Düwell/Schubert*, Mindestlohngesetz, Handkommentar, 2. Aufl. 2016; *Eichenhofer*, Ausnahme vom gesetzlichen Mindestlohn nach § 22 IV MiLoG und Freizügigkeit (Art. 45 AEUV), ArbuR 2014, 450; *Fehn*, Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz, Handkommentar, 2006; *Forst*, Mindestlohn für Arbeitnehmer auf der Durchreise?, Zesar 2015, 205; *Forst/Degen*, Mindestlohn und Sittenwidrigkeit, DB 2015, 863; *Greiner/Strippelmann*, Mindestlohn für Nichtarbeit? Zum Verhältnis von Mindestlohnanspruch und Entgeltfortzahlung, BB 2015, 949; *Heins/Leder*, Die arbeitsrechtliche Behandlung von Wegezeiten bei Dienstreisen, NZA 2007, 249; *Hilgenstock*, Mindestlohngesetz, Eine systematische Darstellung, 2014; *Hohnstein*, Der gesetzliche Mindestlohn – auch Folgen für die Logistikbranche?, NJW 2015, 1844; *Jöris/von Steinau-Steinbrück*, Der gesetzliche Mindestlohn, BB 2014, 2101; *Lakies*, Mindestlohngesetz. Basiskommentar zum MiLoG, 3. Aufl. 2017; *Lakies*, Rechtsprobleme des neuen Mindestlohngesetzes – ein erster Überblick, ArbuR 2014, 360; *Lambrich/Mitius*, Compliance Behandlung von monatlichem Pauschallohn nach dem Mindestlohngesetz, DB 2015, 126; *Lembke*, Das Mindestlohngesetz und seine Auswirkungen auf die arbeitsrechtliche Praxis, NZA 2015, 70; *Löwisch*, Die neue Mindestlohngesetzgebung, RdA 2009, 215; *Nebel/Kloster*, Zur Entstehung, Fälligkeit und Unabdingbarkeit des Mindestlohnanspruchs, BB 2014, 2933; *Pfeifer/Walden/Wenzelmann*, Reduziert die Einführung eines Mindestlohns die Anreize, eine Berufsausbildung aufzunehmen?, BWP 2/2014, 48; *Plagemann/Plagemann/Hesse*, Vereinsvorstände – sozialversicherungspflichtig „beschäftigt“?, NJW 2015, 439; *Preis/Ulber*, Ausschlussfristen und Mindestlohngesetz – Der Mindestlohn als unabdingbarer Sockelananspruch, 2014; *Ramming*, Gesetzlicher Mindestlohn. Kontrolle durch die Finanzkontrolle Schwarzarbeit (FKS), NZA-Beil. 2014, 149; *Riechert/Nimmerjahn*, Mindestlohngesetz, 2. Aufl. 2017; *Ruhmannseder/Lehner/Beukelmann*, Compliance Aktuell, Stand: Januar 2019; *Schweibert/Leßmann*, Mindestlohngesetz – der große Wurf?, DB 2014, 1866; *Sittard*, Das MiLoG – Ein Ausblick auf die Folgen und anstehende Weichenstellungen, NZA 2014, 951; *Sittard*, Das neue MiLoG: Mindestlohnberechnung und zivilrechtliche Folgen von Mindestlohnverstößen, RdA 2015, 99; *Sittard*, Gilt das Mindestlohngesetz auch beim Kurzeinsatz in Deutschland?, NZA 2015, 78; *Sperling*, Der Mindestlohn bei Zeitungszustellern, ZUM 2015, 793; *Spielberger/Schilling*, Der Regierungsentwurf zum Gesetz über die Regelung eines allgemeinen Mindestlohns (MiLoG), NZA 2014, 414; *Thüsing*, MiLoG AEntG, Mindestlohngesetz Arbeitnehmer-Entsendegesetz, Kommentar, 2. Aufl. 2016; *Thüsing*, Mindestlohn im Spannungsverhältnis staatlicher und privatautonomer Regelung, ZfA 2008, 590; *Ulber*, Die Erfüllung von Mindestlohnansprüchen, RdA 2014, 176; *Ulber*, Personelle Ausnahmen und Einschränkungen im MiLoG, ArbuR 2014, 404; *Viethen*, Min-

Kap. 3 Gesetzlicher und tariflicher Mindestlohn

destlohn für Alle: materiell-rechtliche Probleme der Neuregelung, NZA-Beil. 2014, 143; *Waltermann*, Aktuelle Fragen des Mindestlohngesetzes, ArbuR 2015, 166; *Wank*, Der Mindestlohn, RdA 2015, 88.

Übersicht	
	Rn.
I. Überblick	1
II. Anwendungsbereich	3
1. Persönlicher Anwendungs- bereich	3
a) Arbeitnehmer	3
b) Arbeitgeber	10
2. Verhältnis zu anderen Mindestlohnregelungen	11
3. Übergangsregelungen	14
4. Sittenwidrige Lohnabreden	16
III. Bemessung des Mindestlohns	19
1. Zeitstunde und Monatslöhne	19
2. Mindestlohnpflichtige Arbeitszeiten	22
a) Grundsatz: „Je Zeitstunde“	22
b) Überstunden	24
c) Arbeitsformen geringerer Beanspruchung	27
d) Pausen- und Ruhezeiten	31
e) Reise-, Wege-, und Umkleidezeiten	32
f) Zeiten der Nichtarbeit	36
3. Mindestlohnwirksame Lohnbestandteile	41
a) Grundsatz: Mindestlohn- rechtliches Äquivalenz- prinzip	42
b) Zulagen und Zuschläge	43
c) Sonderzahlungen	48
d) Aufwandsentschädigungen	53
e) Sachleistungen	54
f) Sonstige Arbeitgeber- leistungen	56
4. Variable Vergütungssysteme	59
5. Berechnung bei Minijobs	61
IV. Fälligkeit und Unabdingbarkeit	63
1. Fälligkeit	63
2. Unabdingbarkeit	66

I. Überblick

- Am 16.8.2014 ist das Gesetz zur Regelung eines allgemeinen Mindestlohns¹ als Bestandteil des Tarifautonomiestärkungsgesetzes² in Kraft getreten. Seit dem 1.1.2015 gilt für alle in Deutschland beschäftigten Arbeitnehmer ein branchenübergreifender und flächendeckender gesetzlicher Mindestlohn. Dieser beträgt gegenwärtig brutto **9,19 EUR** je geleisteter Zeitstunde.³ Dabei steckt der Mindestlohn als „**Sockelbetrag**“ in jeder Arbeitnehmervergütung,⁴ sodass das MiLoG seine Wirkungen auch außerhalb des Niedriglohnsektors im gesamten Arbeitsrecht entfaltet.⁵ Der Mindestlohn soll einen Beitrag zur **Stabilität der so-**

1 Im Folgenden: „Mindestlohngesetz“ bzw. „MiLoG“.

2 TarifAStG, BGBl. I 2014, S. 1348.

3 Vom 1.1.2015 bis zum 31.12.2016 betrug der Mindestlohn brutto 8,50 EUR, vom 1.1.2017 bis zum 31.12.2018 brutto 8,84 EUR je Zeitstunde.

4 Vgl. BAG 25.5.2016, 5 AZR 135/16, NZA 2016, 1327, 1329.

5 SJD, Rn. 89; *Thüsing*, § 1 MiLoG Rn. 11.

zialen Sicherungssysteme gewährleisten⁶ und durch ein **unterstes Maß an Austauschgerechtigkeit** angemessene Arbeitsbedingungen sicherstellen.⁷

Die Auswirkungen des Mindestlohngesetzes auf die Entgeltgestaltung sind beträchtlich, wird doch für alle Vergütungsabreden eine zwingende, **nicht dispositive Lohnuntergrenze** festgesetzt.⁸ Unterschreitet der Arbeitgeber diese in vorwerfbarer Art und Weise, drohen ihm **Sanktionen in Höhe von bis zu 500.000 EUR**, § 21 Abs. 1 Nr. 9, Abs. 2 MiLoG – flankiert durch zahlreiche **Strafbarkeitsrisiken**.⁹ Hinzu kommt eine weitreichende Haftung bei der Beauftragung anderer Unternehmer (sog. „**Auftraggeberhaftung**“), § 13 MiLoG i.V.m. § 14 AEntG.¹⁰ Deshalb wiegt es umso schwerer, dass sich das MiLoG über die mindestlohnrelevanten Berechnungsfragen weitgehend ausschweigt. So sucht man vergebens nach gesetzlichen Normierungen, die Aufschluss darüber geben, welche Zahlungen des Arbeitgebers als Bestandteil des Mindestlohns angesehen werden können oder welche Arbeitszeiten als mindestlohnpflichtig zu erachten sind. Die nachfolgenden Ausführungen beabsichtigen, unter Rückgriff auf Rechtsprechung und Lehre, diese Lücken zu füllen und geben einen Überblick zu den wichtigsten Entgeltgestaltungsfragen des Mindestlohngesetzes.

II. Anwendungsbereich

1. Persönlicher Anwendungsbereich

a) Arbeitnehmer

Gemäß §§ 1, 22 Abs. 1 Satz 1 MiLoG gilt das Gesetz grundsätzlich **für alle Arbeitnehmer**, die in Deutschland beschäftigt werden. Maßgeblich ist der generelle Arbeitnehmerbegriff.¹¹ Die Dauer des Arbeitsverhältnisses, dessen Befristung oder Ausgestaltung als geringfügiges Beschäftigungsverhältnis nach § 8 SGB IV spielen für die Anwendbarkeit des MiLoG keine Rolle.¹² Arbeitnehmerähnliche Selbstständige haben dagegen, soweit keine bloße Scheinselbstständig-

6 BT-Drs. 18/1558, S. 26.

7 BT-Drs. 18/1558, S. 26, 27 f.

8 MASIG-Maschmann, 432 Rn. 1. Zur Vereinbarkeit des Mindestlohns mit der Tarifautonomie: Riechert/Nimmerjahn, Einf. Rn. 84 ff.

9 Zu diesen gehört bspw. eine Strafbarkeit nach § 226a StGB, da die Unterschreitung des gesetzlich geschuldeten Mindestlohns regelmäßig ein zumindest teilweises Vorenthalten der Beiträge des Arbeitnehmers zur Sozialversicherung gegenüber den Krankenkassen darstellt.

10 Siehe dazu: Ruhmannseder/Lehner/Beukelmann-Höchstetter, 2101 Rn. 24 ff.; MASIG-Maschmann, 432 Rn. 61 ff.

11 Erfk-Preis, § 611 BGB Rn. 34 ff.

12 Lakies, § 1 MiLoG Rn. 2.

Kap. 3 Gesetzlicher und tariflicher Mindestlohn

keit besteht, keinen Anspruch auf Zahlung des Mindestlohns.¹³ Ebenfalls nicht erfasst werden sogenannte „1-Euro-Jobber“,¹⁴ Beamte, Soldaten, i. d. R. Heimarbeiter¹⁵ sowie nach § 136 Abs. 1 SGB IX Beschäftigte in einer Behindertenwerkstatt.¹⁶ Für Rentner, Studenten, Schüler und Hausfrauen gelten keine Besonderheiten.¹⁷ Entscheidungserhebliches Differenzierungskriterium ist stets die Statusfrage der Arbeitnehmereigenschaft.¹⁸

- 4 § 22 MiLoG schränkt den Mindestlohnanspruch für zahlreiche Personengruppen ein. Die dort verwendete Systematik ist uneinheitlich.¹⁹ Während in Absatz 1 der Anwendungsbereich positiv festgelegt wird, benennen die Absätze 2–4 Ausnahmen für bestimmte Personengruppen, wobei die Regelungen des Absatzes 3 rein deklaratorischer Natur sind.
- 5 Für **Praktikanten** statuiert das MiLoG in § 22 Abs. 1 ein Regel-Ausnahmeschema.²⁰ So gelten all diejenigen, die unter die Legaldefinition des Praktikumsverhältnisses in § 22 Abs. 1 Satz 3 MiLoG fallen, als mindestlohnberechtigter Arbeitnehmer. Mittels dieser Fiktion soll der in der Praxis nicht unübliche Missbrauch durch Scheinpraktika erschwert werden.²¹ Da Praktikanten als Arbeitnehmer anzusehen sind, muss für die Anwendbarkeit des Mindestlohngesetzes nicht untersucht werden, ob ein Praktikums- oder Arbeitsverhältnis vorliegt. Vielmehr entfällt die zunächst für alle Praktikanten bestehende Mindestlohnspflicht erst dann, wenn einer der vier in § 22 Abs. 1 Satz 2 MiLoG enumerierten Ausnahmetatbestände eingreift. Zu diesen gehören Pflicht- und freiwillige Orientierungs- sowie berufs- oder hochschulbegleitende Praktika, genauso wie Einstiegsqualifizierungen oder Berufsbildungsvorbereitungen.²²
- 6 **Minderjährige ohne abgeschlossene Berufsausbildung** gelten nicht als Arbeitnehmer i. S. d. Mindestlohngesetzes, § 22 Abs. 2 MiLoG. Sie können bis auf die Sittenwidrigkeitsgrenze zurückfallen, die zumindest 2/3 des Mindestlohnstundensatzes zu betragen hat (s. Rn. 17).²³ Der Gesetzgeber möchte mit dieser

13 Viethen, NZA-Beil. 2014, 143, 144.

14 Diese sind als Teilnehmer an Maßnahmen der Arbeitsförderung keine Arbeitnehmer, vgl. § 16d Abs. 7 Satz 2 SGB II.

15 Jedoch besteht ein gewisser Schutz nach dem Heimarbeitsgesetz, vgl. §§ 4, 18 ff. HAG.

16 LAG Schleswig-Holstein 11.1.2016, 1 Sa 224/15, NZA-RR 2016, 291.

17 MASIG-Maschmann, 432 Rn. 9.

18 Zu Personen die in Behindertenwerkstätten beschäftigt sind: SJD, Rn. 86.

19 Bei derartig zahlreichen Ausnahmen von einem „allgemeinen“ Mindestlohn zu sprechen, entbehrt freilich nicht einer gewissen Ironie. Monierend diesbezüglich auch: Preis, in Ausschuss-Drs. 18(11)156, S. 81.

20 Zur Darlegungs- und Beweislast: Thüsing, § 22 MiLoG Rn. 8.

21 Vgl. BT-Drs. 18/1558, S. 42.

22 Vertiefend: Lakies, § 22 MiLoG Rn. 33 ff.; Thüsing, § 22 MiLoG Rn. 19 ff.

23 Vgl. hierzu: Düwell/Schubert, § 22 MiLoG Rn. 50.

Ausnahme die nachhaltige Integration noch nicht volljähriger Personen in den Arbeitsmarkt fördern. Der Mindestlohn soll keinen falschen Anreiz setzen, auf die Absolvierung einer Berufsausbildung zu verzichten und stattdessen einer Tätigkeit nachzugehen, die bereits mit dem vollen Mindestlohnsatz vergütet wird.²⁴ Ob Jugendliche hierdurch wirklich zur Aufnahme und Durchführung einer Berufsausbildung motiviert werden, ist empirisch nicht belegt.²⁵ Dem Arbeitgeber jedenfalls ist anzuraten, den Mindestlohn dennoch auszahlend, da gravierende Bedenken bezüglich der Verfassungsmäßigkeit²⁶ und Unionrechtskonformität²⁷ der Regelung bestehen.

Auch an **zur Berufsausbildung Beschäftigte**²⁸ ist der Mindestlohn nicht zu entrichten, § 22 Abs. 3 MiLoG. Da diese bereits keine Arbeitnehmer sind, hat die Vorschrift nur klarstellenden Charakter. Sie gilt unabhängig vom Lebensalter²⁹ und umfasst regelmäßig auch Ausbildungsverhältnisse im Rahmen eines dualen Studiengangs.³⁰ Unter die Norm fallen dabei all diejenigen, die aufgrund eines privatrechtlichen Rechtsverhältnisses auf betrieblicher Ebene, bei bestehendem Weisungsrecht des Ausbildenden, Kenntnisse und Fähigkeiten vermittelt erhalten.³¹ Dazu gehören neben den Auszubildenden nach dem BBiG auch Anlernlinge und Umschüler.³² Personen, die unter den engeren Anwendungsbereich des BBiG fallen, ist nach § 17 Abs. 1 BBiG eine angemessene Vergütung zu gewähren, soweit nicht die Regelungen eines Tarifvertrages vorgehen. Die übrigen „Azubis“ schützt nur § 138 BGB (s. Rn. 16 ff.).

Der Mindestlohn gilt nicht für **ehrenamtliche Tätigkeiten**, § 22 Abs. 3 MiLoG. **8** Davon ist bei allen Dienstleistungen auszugehen, die nicht von der Erwartung einer adäquaten finanziellen Gegenleistung, sondern vom Willen, sich für das Gemeinwohl einzusetzen, getragen werden.³³ Auch diese Vorschrift ist eher klarstellender Natur, da durch die Ausübung (unentgeltlicher) ehrenamtlicher Tätigkeit grundsätzlich kein Arbeitsverhältnis begründet wird.³⁴ Ihr können insbeson-

24 BT-Drs. 18/1558, S. 42.

25 Vgl. Pfeifer/Walden/Wenzelmann, BWP 2/2014, 48 ff.

26 Die Nichtgewährung des Mindestlohns an Jugendliche könnte einen Verstoß gegen Art. 3 GG darstellen. Siehe hierzu: Däubler, NJW 2014, 1924, 1925; SJD, Rn. 177; Thüsing, § 22 MiLoG Rn. 43; Ulber, ArbuR 2014, 404, 406; a. A. Barczak, RdA 2014, 290, 298.

27 In Betracht kommt eine mögliche Altersdiskriminierung nach Art. 6 Abs. 1 der RL 2000/78/EG vom 27.11.2000, ABl. 2000 L 303/16. Vertiefend: Brors, NZA 2014, 938, 941; ErfK-Franzen, § 22 MiLoG Rn. 5.

28 Vgl. zum Begriff: § 5 Abs. 1 Satz 1 ArbGG, § 2 Satz 1 BUrLG, § 5 Abs. 1 BetrVG.

29 SJD, Rn. 183.

30 ErfK-Franzen, § 22 MiLoG Rn. 3.

31 Vgl. BAG 24.9.2002, 5 AZB 12/02, MDR 2003, 156.

32 Vgl. ErfK-Koch, § 5 ArbGG Rn. 3.

33 BT-Drs. 18/2010, S. 15.

34 BT-Drs. 18/1558, S. 43.

Kap. 3 Gesetzlicher und tariflicher Mindestlohn

dere Freiwilligendienste i. S. d. § 32 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2d EStG,³⁵ aber auch freiwillige Helfer beim THW, beim BRK oder bei der Feuerwehr, die regelmäßig nicht mehr als eine Aufwandsentschädigung³⁶ erhalten, unterfallen. Nicht abschließend geklärt ist die Behandlung von **nicht professionellen Sportlern**. Entscheidend ist hierbei, inwieweit ein, über das sich bereits aus der Vereinsmitgliedschaft ergebendes hinausgehendes, Weisungsrecht des Vereins besteht, sowie die Frage, ob der Sport an sich oder der Anreiz einer Vergütung im Vordergrund steht.³⁷ Hilfreich erscheint auch die von den Sozialversicherungsträgern vorgenommene Differenzierung: Nach dieser liegt bei Vertragsamateuren, soweit eine Vergütung stattfindet, grundsätzlich ein Beschäftigungsverhältnis vor; bei Amateursportlern ist ein solches nur in den eher seltenen Fällen gegeben, in denen das monatliche Entgelt 200 EUR erreicht.³⁸ Die undifferenzierte Ansicht des BMAS,³⁹ das Vertragsamateure generell nicht dem MiLoG unterordnen will, ist dogmatisch schwer zu halten.

- 9 Gegenüber Arbeitnehmern, die unmittelbar vor der Beschäftigung **langzeitarbeitslos** i. S. d. § 18 Abs. 1 SGB III waren, besteht in den ersten sechs Monaten der Beschäftigung keine Pflicht zur Entrichtung des Mindestlohns, § 22 Abs. 4 Satz 1 MiLoG.⁴⁰ Hierdurch soll diesen der Wiedereinstieg ins Berufsleben erleichtert werden.⁴¹ Als *langzeitarbeitslos* gelten diejenigen Personen, die seit mindestens einem Jahr nicht in einem versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis stehen,⁴² §§ 16, 18 SGB III. *Unmittelbarkeit* erfordert, dass zwischen Langzeitarbeitslosigkeit und Arbeitsaufnahme keine zeitliche Lücke oder sonstige Beschäftigung stehen darf,⁴³ die Arbeitslosigkeit also durch das Arbeitsverhältnis beendet werden muss. Eine Offenbarungspflicht des Bewerbers besteht nicht; der Arbeitgeber darf jedoch nach der Langzeitarbeitslosigkeit fragen.⁴⁴ Die Lohnuntergrenze in den ersten sechs Monaten wird durch die Sittenwidrigkeit gezogen, sodass mindestens 2/3 des Mindestlohns zu zahlen sind (s. Rn. 16 ff.).⁴⁵

35 Vgl. BT-Drs. 18/1558, S. 43.

36 Siehe dazu: § 3 Nr. 26 EStG.

37 Thüsing, § 22 MiLoG Rn. 48.

38 Vgl. Plagemann/Plagemann/Hesse, NJW 2015, 439, 444.

39 Siehe <https://www.bmas.de/DE/Presse/Meldungen/2015/zukunft-vertragsamateure-gesichert.html> (Stand: 31.1.2019).

40 Kritisch zu dieser Ausnahme: Dütwell/Schubert, § 22 MiLoG Rn. 72, die treffend bemerken, dass die Norm einen Anreiz bietet, nicht länger als sechs Monate einzustellen („Drehtüreffekt“). Um dies zu vermeiden, müsse die Regelung als „arbeitsplatzbezogen“ angesehen werden.

41 BT-Drs. 18/1558, S. 43; dazu auch: Eichenhofer, ArbuR 2014, 450.

42 Es müssen alle Voraussetzungen des § 16 SGB III erfüllt sein.

43 Dütwell/Schubert, § 22 MiLoG Rn. 66.

44 SJD, Rn. 198.

45 Vgl. MASIG-Maschmann, 432 Rn. 15; teilweise wird bereits eine Vergütung von weniger als 75 % bzw. 80 % des Mindestlohns als sittenwidrig erachtet, vgl. SJD, Rn. 155.

*b) Arbeitgeber***10**

Das MiLoG statuiert das Arbeitsortsprinzip. **Alle Arbeitgeber**, die einen Arbeitnehmer im deutschen Inland beschäftigen, unterfallen dem Anwendungsbereich des Gesetzes, § 20 MiLoG. Erfasst werden somit auch von einem Arbeitgeber mit Sitz im Ausland **nach Deutschland entsandte** Arbeitnehmer. Die Regelungen des MiLoG zur Festlegung des Mindestlohns stellen insoweit Eingriffsnormen i. S. d. Art. 9 Rom I-VO dar.⁴⁶ Ob auch im **reinen Transitverkehr** agierende Arbeitnehmer, also solche, die die Bundesrepublik im Rahmen ihrer Tätigkeit lediglich durchqueren, einen Anspruch auf den deutschen gesetzlichen Mindestlohn haben, ist noch nicht abschließend geklärt.⁴⁷ Es bestehen Bedenken einer ungerechtfertigten Beschränkung der unionsrechtlichen Dienstleistungs- und Warenverkehrsfreiheit, vgl. Art. 56 ff., 28 ff. AEUV, weshalb die EU-Kommission am 21.1.2015 ein – gegenwärtig noch nicht abgeschlossenes – Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland eingeleitet hatte.⁴⁸ Die Bundesregierung hat daraufhin die nationalen Mindestlohnkontrollen nach den §§ 14 ff. MiLoG hinsichtlich der Transitfahrten ausgesetzt.⁴⁹ All diese Bedenken gelten nicht für die **Karbotagebeförderung** – bei der ein Arbeitgeber mit Sitz im Ausland Transportdienstleistungen innerhalb Deutschlands vollbringt –, für die der Anwendungsbereich des MiLoG eröffnet bleibt.⁵⁰ Von einem deutschen Arbeitgeber **ins Ausland entsandte** Arbeitnehmer haben solange Anspruch auf den gesetzlichen Mindestlohn, wie deutsches Arbeitsrecht Anwendung findet und kein weiteres, nicht mehr dem deutschen Recht unterfallendes, Arbeitsverhältnis begründet wurde, Art. 8 Abs. 2 Rom I-VO.⁵¹

46 Forst, Zesar 2015, 205, 206; Hohnstein, NJW 2015, 1844, 1846; Sittard, NZA 2015, 78, 79; zum Spezialfall der 24-Stunden-Pflegekräfte in Privathaushalten siehe: Brors/Böning, NZA 2015, 846 ff.

47 Ausführlich hierzu: MASIG-Maschmann, 432 Rn. 7.

48 Pressemitteilung der EU-Kommission vom 19.5.2015: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5003_de.htm (Stand: 31.1.2019).

49 Presseerklärung des BMAS v. 30.1.2015: <http://www.bmas.de/DE/Presse/Meldungen/2015/2015-01-30-interismloesung-ml-im-reinen-lkw-transitverkehr.html> (Stand: 31.1.2019). Bereits jetzt existieren für Transitfahrten zahlreiche Erleichterungen hinsichtlich der in den §§ 16 ff. MiLoG geregelten Melde- und Dokumentationspflichten, vgl. § 1 MiLoMeldVO v. 26.11.2014, BGBl. I 2014, S. 1825 und § 1 MiLoAufzVO v. 26.11.2014, BGBl. I 2014, S. 1824.

50 Riechert/Nimmerjahn, § 20 MiLoG Rn. 17a; a. A. Thüsing, § 1 MiLoG Rn. 74, der für eine unionsrechtskonforme Reduktion der §§ 1, 20 MiLoG plädiert.

51 Thüsing, § 1 MiLoG Rn. 75.

2. Verhältnis zu anderen Mindestlohnregelungen

- 11 **Branchenmindestlöhne**,⁵² die nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz,⁵³ dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz⁵⁴ oder nach auf deren Grundlage erlassenen Rechtsverordnungen festgesetzt wurden, gehen dem MiLoG vor, soweit sie die Höhe des Mindestlohns nicht unterschreiten, § 1 Abs. 3 MiLoG. Derartige Kollektivregelungen bestehen im Bereich des Baugewerbes, der beruflichen Aus- und Weiterbildung, des Dachdeckerhandwerks, der Elektrohandwerke, des Gebäudereinigerhandwerks, der Geld- und Wertdienste, des Gerüstbauerhandwerks, des Maler- und Lackiererhandwerks, der Pflegebranche sowie des Steinmetz- und Bildhauerhandwerks.⁵⁵ Vorrang haben außerdem die nach § 5 TVG⁵⁶ für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge des Baugewerbes i.S.d. § 4 Abs. 1 Nr. 1 sowie §§ 5, 6 Abs. 2 AEntG, vgl. § 1 Abs. 3 Satz 2 MiLoG. Die Subsidiarität ist allumfassend, sodass in Fragen der Entgeltgestaltung – wie etwa der Fälligkeit, des Verzichts, der Verwirkung und der Ausschlussfristen – zunächst die branchenspezifischen Mindestlohnnormen maßgeblich sind.⁵⁷
- 12 **Tarifverträge**, die den gesetzlichen Mindestlohn unterschreiten, werden grundsätzlich durch das MiLoG insoweit verdrängt, §§ 20, 1 MiLoG. Dies gilt insbesondere auch für beschäftigungssichernde Tarifverträge sowie Sanierungstarifverträge.⁵⁸
- 13 Die **Tariftreugesetze der Länder**, die dem Arbeitgeber bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen die Verpflichtung auferlegen, einen landesspezifischen Vergabemindestlohn⁵⁹ zu zahlen, werden vom MiLoG nicht tangiert. Die einzelnen Bundesländer sind zum Erlass derartiger Regelungen befugt, da der Bund mit dem Mindestlohngesetz lediglich von seiner konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG (Arbeitsrecht) Gebrauch ge-

52 Eine synoptische Darstellung hierzu findet sich bei *Lakies*, Einl. Rn. 125.

53 AEntG, BGBl. I 2009, S. 799.

54 AÜG, BGBl. I 1995, S. 158.

55 Siehe dazu: http://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/mindestloehne-gesamtuebersicht.pdf?__blob=publicationFile&v=7 (Stand: 31.1.2019).

56 BGBl. I 1969, S. 1323.

57 *ErfK-Franzen*, § 1 MiLoG Rn. 21; *Lembke*, NZA 2015, 70, 72.

58 Kritisch dazu schon beim AEntG: *Löwisch*, RdA 2009, 215, 220 f.; *Thüsing*, ZfA 2008, 590 ff.

59 Der vergaberechtliche Mindestlohn beträgt gegenwärtig: 8,50 EUR in BaWü, Berlin, Brandenburg, Hamburg, MeckVorpom, Niedersachsen, Saarland; 8,70 EUR in Rheinland-Pfalz; 8,80 EUR in Bremen; 8,85 EUR in NRW; 9,18 EUR in Schleswig-Holstein. In Bayern, Hessen, Sachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen existiert kein landesspezifisch festgesetztes Mindestentgelt. Vertiefend: http://abst-mv.de/pdf/Mindestentgeltregelungen_2015-01-30.pdf (Stand: 31.1.2019).

macht hat, die Landestariftreuegesetze jedoch dem Recht der Wirtschaft nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG unterfallen.⁶⁰

3. Übergangsregelungen

§ 24 Abs. 1 MiLoG, der eine Tariföffnungsklausel darstellt,⁶¹ enthielt eine Übergangsregelung für **Branchenmindestlöhne nach dem AEntG oder AÜG**.⁶² Diese durften bis zum 31.12.2017 die Mindestlohngrenze unterschreiten. Ab dem 1.1.2017 mussten sie jedoch mindestens ein Entgelt von brutto 8,50 EUR je Zeitzunde vorsehen. Dies ist deswegen relevant, da der gesetzliche Mindestlohn zu diesem Datum auf brutto 8,84 EUR angehoben wurde.⁶³ Mit Ablauf des 31.12.2017 trat die Übergangsregelung außer Kraft.⁶⁴ Mittels dieser Norm sollten sachnahen und für die Branche repräsentativen Tarifpartnern die Möglichkeit gegeben werden, abweichende branchenspezifische Mindestlöhne zu bestimmen, um hierdurch die Entlohnungsbedingungen stufenweise auf das Niveau des allgemeinen Mindestlohns anzuheben.⁶⁵ **14**

In § 24 Abs. 2 MiLoG befand sich eine weitere Übergangsregelung speziell für **Zeitungszusteller**.⁶⁶ Diese hatten ab dem 1.1.2015 einen Anspruch auf 75 Prozent und ab dem 1.1.2016 auf 85 Prozent des jeweils aktuell festgesetzten gesetzlichen Mindestlohns. Vom 1.1.2017 bis zum 31.12.2017 war ihnen zumindest ein Mindestlohn von brutto 8,50 EUR zu zahlen.⁶⁷ Anschließend trat die Übergangsregelung außer Kraft.⁶⁸ Die Norm diente dem Schutz der Pressefreiheit, da die mit der Einführung des Mindestlohns einhergehenden Mehrkosten, insbe- **15**

60 Vgl. BVerfG 11.7.2006, 1 BvL 4/00, NJW 2007, 51, 52.

61 Die Norm regelt eine zeitlich begrenzte Tarifdispositivität der grundsätzlich verbindlichen Mindestlohnhöhe nach § 1 Abs. 2 MiLoG.

62 Der Wortlaut der Norm könnte zunächst dazu verleiten, auch nach § 5 TVG für allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge als einschlägig anzusehen. Dies trifft jedoch nicht zu, da die Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG den nur für Deutschland geltenden Wirkbereich eines Tarifvertrages nicht erweitern kann, sodass Arbeitgeber mit Sitz im Ausland, die im deutschen Inland keinen Betrieb haben, nicht erfasst werden. § 3 Satz 1 AEntG enthält die diesbezüglich erforderliche Erweiterung zu § 5 Abs. 4 TVG. Vertiefend: *Düwell/Schubert*, § 24 MiLoG, Rn. 8 mit einer Übersicht zu den AEntG-Übergangsmindestlöhnen in Rn. 17 ff.

63 BGBl. I 2016, S. 2530.

64 Art. 15 Abs. 2 Tarifaufnomiesterstärkungsgesetz (BGBl. I 2014, S. 1348, 1360).

65 BT-Drs. 18/1558, S. 43.

66 Kritisch zu dieser Ausnahme: *Düwell/Schubert*, § 24 MiLoG Rn. 33 ff. Flankierend gilt die Mindestlohnaufzeichnungsverordnung (BGBl. I 2014, S. 1824), die Vereinfachungen der Aufzeichnungspflicht für mobile Tätigkeiten vorsieht, vgl. § 1 Abs. 1 MiLoAufzV.

67 Dieser beträgt für andere Arbeitnehmer als Zeitungszusteller ab dem 1.1.2017 grundsätzlich bereits brutto 8,84 EUR.

68 Art. 15 Abs. 2 Tarifaufnomiesterstärkungsgesetz (BGBl. I 2014, S. 1348, 1360).

Kap. 3 Gesetzlicher und tariflicher Mindestlohn

sondere in ländlichen und strukturschwachen Regionen, die Trägerzustellung beeinträchtigen könnten.⁶⁹ Zeitungszusteller ist nach § 24 Abs. 2 Satz 3 MiLoG, wer in einem Arbeitsverhältnis ausschließlich periodisch Zeitungen, Zeitschriften oder Anzeigenblätter mit redaktionellem Inhalt an Endkunden zustellt. Die Ausnahme griff nicht für Briefzusteller, da diese auch Brief- und Paketpost übermitteln.⁷⁰ Gleiches gilt für Personen, die Werbeblätter verteilen – und zwar unabhängig davon, ob diese einzeln oder zusammen mit anderen Wurfsendungen zugestellt werden.⁷¹

4. Sittenwidrige Lohnabreden

- 16 Die Sittenwidrigkeitsrechtsprechung des BAG zu § 138 BGB bleibt neben dem Mindestlohngesetz weiterhin anwendbar.⁷² Der Mindestlohn bildet eine abstrakte, grundsätzlich nicht dispositive Lohnuntergrenze, während § 138 BGB auf das konkrete Missverhältnis von Entlohnung und Arbeitsleistung abstellt.
- 17 Noch nicht abschließend geklärt ist die Frage, inwieweit eine **unter dem gesetzlichen Mindestlohn liegende Vergütung** sittenkonform ist. Das MiLoG selbst lässt in den §§ 22 und 24 Ausnahmen von der Mindestlohnpflicht zu, sodass der Gesetzgeber Entlohnungen unter der mindestlohnrechtlichen Grenze von gegenwärtig brutto 9,19 EUR nicht per se als rechtswidrig erachtet haben kann. Wendet man die üblichen Kriterien der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu § 138 BGB⁷³ an, liegt die regelmäßige Annahme einer Sittenwidrigkeitsgrenze im Niedriglohnsektor bei **2/3 des Mindestlohns** nahe.⁷⁴ Teile der Literatur stellen dagegen mit dem Argument des Würdeschutzes unter Bezugnahme auf § 24 Abs. 2 MiLoG auf eine höhere 75 %-Grenze ab.⁷⁵ Andere fordern, unter Rückgriff auf das Berufsbildungsrecht, sogar die Etablierung einer 80 %-Schwelle.⁷⁶ Wird die Sittenwidrigkeitsgrenze unterschritten, ist die Lohnabrede nach § 138 BGB unwirksam, mit der Folge, dass dem Arbeitnehmer gemäß § 612 BGB nicht nur der

69 BT-Drs. 18/2010 (neu), S. 25.

70 Vgl. *Sperling*, ZUM 2015, 793, 794; *Schweibert/Lefmann*, DB 2014, 1866, 1868.

71 *Bayreuther*, NZA 2014, 865, 872; zu damit im Zusammenhang stehenden potenziellen Umgehungsstrategien des § 24 Abs. 2 MiLoG: *Düwell/Schubert*, § 24 MiLoG Rn. 73.

72 *Erfk-Franzen*, § 1 MiLoG Rn. 1; *Bayreuther*, NZA 2014, 865, 866; *Forst/Degen*, DB 2015, 863 ff.; vgl. auch BAG 18.11.2015, 5 AZR 814/14, NJW 2016, 2359.

73 BAG 22.4.2009, 5 AZR 436/08, NZA 2009, 837.

74 Stets sind bei der Bestimmung des auffälligen Missverhältnisses die konkreten Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen, vgl. BAG 22.4.2009, 5 AZR 436/08, NZA 2009, 837, 838.

75 SJD, Rn. 155; kritisch dazu: *Thüsing*, § 138 BGB Rn. 12, der zu Recht moniert, dass es mit der Natur einer Ausnahmeregelung nur schwer vereinbar sei, sie in analoger Anwendung heranzuziehen.

76 *Düwell/Schubert*, Einl. Rn. 70.

Mindestlohn, sondern die übliche Vergütung zusteht.⁷⁷ Diese wird häufig über dem Mindestlohniveau liegen und die Höhe des Tariflohns erreichen.

Auch **über dem gesetzlichen Mindestlohn liegende Entlohnungen** können **18** weiterhin sittenwidrig sein, soweit ein auffälliges Missverhältnis zwischen Vergütung und Arbeitsleistung vorliegt.⁷⁸ Es gilt die Drittellösung der höchstrichterlichen Rechtsprechung,⁷⁹ wobei außerhalb des Niedriglohnsektors nicht auf den Mindestlohn, sondern auf die in der jeweiligen Branche üblichen Löhne abzustellen ist. Diese entsprechen der tariflichen Vergütung, wenn mehr als 50 Prozent der Arbeitnehmer in einem bestimmten Wirtschaftsgebiet tarifgebunden sind oder die tarifgebundenen Arbeitgeber im Vergleichsgebiet mehr als 50 Prozent der Arbeitnehmer beschäftigen.⁸⁰

III. Bemessung des Mindestlohns

1. Zeitstunde und Monatslöhne

Die Höhe des Mindestlohns beträgt seit dem 1.1.2019 für alle Arbeitnehmer **19** brutto **9,19 EUR je Zeitstunde**, § 1 Abs. 2 MiLoG;⁸¹ vom 1.1.2015 bis zum 31.12.2016 war der Mindestlohnanspruch auf brutto 8,50 EUR, vom 1.1.2017 bis zum 31.12.2018 auf brutto 8,84 EUR festgesetzt. Die Erhöhung erfolgte, auf Vorschlag der Mindestlohnkommission, durch Rechtsverordnung der Bundesregierung, vgl. §§ 9, 11 MiLoG. Vereinbarungen, die den Anspruch auf Mindestlohn unterschreiten oder seine Geltendmachung beschränken bzw. ausschließen, sind insoweit unwirksam, § 3 Satz 1 MiLoG. An ihre Stelle tritt die übliche Vergütung gemäß § 612 BGB, die die Höhe des Mindestlohns überschreiten kann.

Kontrolliert wird die Einhaltung der mindestlohnrechtlichen Pflichten durch die bei den Zollbehörden angesiedelte **Finanzkontrolle Schwarzarbeit**, § 14 MiLoG, § 2 SchwarzArbG.⁸² Bei vorsätzlicher oder fahrlässiger Nichtgewährung des Mindestlohns darf diese ein **Bußgeld von bis zu 500.000 EUR** verhängen, § 21 Abs. 1 Nr. 9, Abs. 3 MiLoG. Vermieden werden kann dieses Sanktionsrisiko nur, indem der Arbeitsgeber den Mindestlohn fristgerecht in voller Höhe von gegenwärtig brutto 9,19 EUR (Geldfaktor) für jede tatsächlich geleistete Arbeitsstunde (Zeitfaktor) an den Arbeitnehmer entrichtet.⁸³ Das MiLoG selbst

⁷⁷ Viethen, NZA-Beil. 2014, 143, 146; differenzierend: Forst/Degen, DB 2015, 863 ff.

⁷⁸ Däubler, NJW 2014, 1924, 1927; siehe hierzu auch: MüKoBGB-Armbrüster, § 138 BGB Rn. 144 ff.

⁷⁹ Vgl. BAG 22.4.2009, 5 AZR 436/08, NZA 2009, 837.

⁸⁰ BAG 22.4.2009, 5 AZR 436/08, NZA 2009, 837.

⁸¹ Vgl. BGBl. I 2016, S. 2530.

⁸² Siehe dazu: Fehn-Fehn, § 1 Rn. 1 ff.; Ramming, NZA-Beil. 2014, 149.

⁸³ Zum Umgang mit Haftungsrisiken im Rahmen des Mindestlohns: Ruhmannseder/Lehner/Beukelmann-Höchstetter, 2101 Rn. 1 ff.

Kap. 3 Gesetzlicher und tariflicher Mindestlohn

führt nicht weiter aus, wie diese beiden Faktoren festgelegt werden können, welche Lohnbestandteile also mindestlohnwirksam und welche Arbeitszeiten mindestlohnpflichtig sind.⁸⁴ Ein Rückgriff auf Rechtsprechung und Lehre trägt zur näheren Bestimmung bei, lässt aber nicht jedwede Rechtsunsicherheit entfallen.

- 21 Die Vereinbarung von **Monatslöhnen** ist auch nach Inkrafttreten des Mindestlohngesetzes weiterhin zulässig. Sichergestellt werden muss bei deren Ausgestaltung jedoch, dass jede tatsächlich geleistete Arbeitsstunde mit dem vollen Mindestlohnsatz von brutto 9,19 EUR entlohnt wird, §§ 1 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1, 3 Satz 1 MiLoG.⁸⁵ Dabei spricht viel dafür, dass der Arbeitgeber den Mindestlohn innerhalb eines im Vorhinein bestimmten **Referenzzeitraums** pauschalisieren darf.⁸⁶ Teile der Literatur wollen es diesbezüglich genügen lassen, wenn bei einem „verstätigten Monatseinkommen“ – einem monatlichen Fixbetrag, unabhängig von den jeweils tatsächlich geleisteten monatlichen Zeitstunden –, der gewährte Stundenlohn auf das ganze Arbeitsjahr bezogen den Mindestlohn nicht unterschreitet.⁸⁷ Denn aus § 2 Abs. 2 MiLoG ließe sich die Wertung entnehmen, dass verstätigte Arbeitsentgelte auch im mindestlohnrelevanten Bereich weiterhin möglich sein sollen.⁸⁸ Dem steht jedoch der Wortlaut des § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 MiLoG entgegen, der die Fälligkeit des Mindestlohns spätestens am letzten Bankarbeitstag des Monats, der auf den Monat folgt, in dem die Arbeitsleistung erbracht wurde, regelt.⁸⁹ Außerdem soll durch den gesetzlichen Mindestlohn dem in Vollzeit tätigen Arbeitnehmer gerade ein Monatseinkommen – und nicht lediglich ein Jahresgehalt – oberhalb der Pfändungsgrenze gesichert werden.⁹⁰ Längere Berechnungszeiträume als ein Kalendermonat erscheinen somit als nicht geeignet.⁹¹

84 Einen anderen Weg beschritt der britische Gesetzgeber im „National Minimum Wage Act“. Dort wurde die Regierung ermächtigt, die maßgeblichen Mindestlohnzeiten per Rechtsverordnung zu bestimmen, wovon sie mehrfach Gebrauch gemacht hat. Siehe dazu: *Deakin/Morris*, Rn. 4.51 ff.

85 Vgl. BAG 29.6.2016, 5 AZR 716/15, NZA 2016, 1332, 1333.

86 *Thüsing*, § 1 MiLoG Rn. 77.

87 Vgl. *ErfK-Franzen*, § 1 MiLoG Rn. 8; *MASIG-Maschmann*, 432 Rn. 17 f.; *Schweibert/Leßmann*, DB 2014, 1866, 1868; *Sittard*, NZA 2014, 951.

88 *Riechert/Nimmerjahn*, § 2 MiLoG Rn. 17. Legt man nach dieser Ansicht eine 40-stündige Wochenarbeitszeit zugrunde, so hat das verstätigte monatliche Einkommen mindestens brutto 1.592,81 EUR zu betragen. Dem liegt folgendes Berechnungsmodell zugrunde: Verstätigtes Monatseinkommen = Wochenarbeitszeit in h \times 4,333 \times 8,84 EUR. Der Faktor 4,333 folgt dabei aus einer Umrechnung der 52 Wochen des Kalenderjahres auf zwölf Monate. Siehe dazu: *MASIG-Maschmann*, 432 Rn. 17 f.

89 *Waltermann*, *ArbuR* 2015, 166, 171, stellt auf einen „zweimonatlichen“ Referenzzeitraum ab.

90 BT-Drs. 18/1558, S. 28.

91 So auch: BAG 25.5.2016, 5 AZR 135/16, NZA 2016, 1327, 1329; 21.12.2016, 5 AZR 374/16, Rn. 16, NZA 2017, 378.

2. Mindestlohnpflichtige Arbeitszeiten*a) Grundsatz: „Je Zeitsunde“*

Der Arbeitnehmer hat einen Anspruch darauf, dass ihm jede geleistete **Arbeitsstunde** mit dem Mindestlohn vergütet wird, § 1 Abs. 2 MiLoG. Angefangene Zeitsunden sind pro rata temporis zu entlohnen.⁹² Entscheidend ist nicht die vertraglich geschuldete, sondern die tatsächliche Arbeitszeit.⁹³ Diese ist selbst dann mit dem Mindestlohn zu vergüten, wenn die zulässigen Höchstgrenzen des ArbZG überschritten wurden.⁹⁴ Erreicht die vom Arbeitgeber tatsächlich entrichtete Vergütung den gesetzlichen Mindestlohn nicht, begründet dies einen Anspruch auf Differenzvergütung.⁹⁵ Die **Darlegungs- und Beweislast** für verrichtete Arbeitszeiten trifft grundsätzlich den Arbeitnehmer.⁹⁶ Er kommt dieser regelmäßig nach, wenn er darlegt, dass er sich zur rechten Zeit am rechten Ort aufgehalten habe, um den Weisungen des Arbeitsgebers nachzukommen. Jener muss sich daraufhin zum Vorbringen des Arbeitnehmers substantiiert einlassen.⁹⁷

Welche Arbeitszeiten für die Bemessung des Mindestlohnsanspruches maßgeblich sind – inwieweit also Überstunden, Arbeitsformen geringerer Beanspruchung, Pausen- und Ruhezeiten, Reise-, Wege- und Umkleidezeiten sowie Zeiten der Nichtarbeit als mindestlohnrelevant berücksichtigt werden müssen –, regelt das Gesetz nicht expressis verbis. Auch die allgemeinen Regeln des Arbeitsrechts kennen keinen einheitlichen Arbeitszeitbegriff,⁹⁸ sondern lediglich spezialgesetzliche Definitionen, die für die Festlegung der mindestlohnrechtlichen Arbeitszeit nur bedingt geeignet erscheinen.⁹⁹ So legt § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG beispielsweise diejenige Zeit als betriebsverfassungsrechtlich maßgeblich zugrunde, in welcher der Arbeitnehmer die vertraglich geschuldete Arbeitsleistung erbringen soll.¹⁰⁰ Das Mindestlohngesetz dagegen stellt auf die tatsächlich erbrachte Arbeitsleistung ab, vgl. § 2 Abs. 1 Nr. 2 MiLoG. Hierzu zählt jede vergütungspflichtige Tätigkeit, die der Befriedigung eines Bedürfnisses des Arbeitgebers dient.¹⁰¹ Dies ist der Fall, wenn der Arbeitnehmer die eigentlich geschuldete Tätigkeit sowie jede damit unmittelbar zusammenhängende, im Synallag-

92 *Lakies*, § 1 MiLoG Rn. 20; MASIG-Maschmann, 432 Rn. 41.

93 Vgl. BAG 29.6.2016, 5 AZR 716/15, NZA 2016, 1332, 1333.

94 *Thüsing*, § 1 MiLoG Rn. 34.

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

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

97 *Lakies*, § 1 MiLoG Rn. 121 ff.

98 So auch: *Riechert/Nimmerjahn*, § 1 MiLoG Rn. 54; a. A. *Nebel/Kloster*, BB 2014, 2933, die den Arbeitszeitbegriff des ArbZG für maßgeblich halten.

99 A. A. *Lakies*, § 1 MiLoG Rn. 28.

100 So auch: BAG 10.11.2009, 1 ABR 54/08, NZA-RR 2010, 301, 302.

101 BAG 19.9.2012, 5 AZR 678/11, NZA-RR 2013, 63, 64.

Kap. 3 Gesetzlicher und tariflicher Mindestlohn

ma stehende, vom Arbeitgeber verlangte Maßnahme erbringt, § 611 Abs. 1 BGB.¹⁰² Als mindestlohnpflichtige Arbeitszeit ist folglich derjenige **Zeitraum** anzusehen, **innerhalb dessen der Arbeitnehmer tatsächlich vergütungspflichtig für den Arbeitgeber tätig wird.**¹⁰³

b) Überstunden

- 24 Für die Bemessung der mindestlohnpflichtigen Arbeitszeit macht es keinen Unterschied, ob die infrage kommenden Stunden in die Kernarbeitszeit fallen oder außerhalb dieser liegen.¹⁰⁴ Da der geleistete Mindestlohn für jede Zeitstunde zu entrichten ist, sind auch **Überstunden stets mit dem Mindestlohn zu vergüten**, §§ 1, 2 Abs. 1 Satz 1, 20 MiLoG.¹⁰⁵ Es gilt:

$(\text{Kernarbeitszeit} + \text{Überstunden [in h]}) \times 9,19 \text{ EUR} = \text{Arbeitslohn}$

- 25 **Überstunden** liegen vor, wenn die vereinbarte Arbeitszeit überschritten wird und eine zumindest konkludente Vereinbarung über die Mehrleistung besteht.¹⁰⁶ Dies ist der Fall, wenn der Arbeitgeber die Überstunden angeordnet oder gebilligt hat, bzw. keinerlei ernstzunehmende organisatorische Vorkehrungen trifft, um der freiwilligen Ableistung von Mehrarbeit entgegen zu wirken.¹⁰⁷ Gleiches gilt, wenn die Erledigung der geschuldeten Arbeit nicht ohne Überstunden möglich ist. Die frühere Rechtsprechung des BAG, nach der nicht jede dienstliche Anwesenheit über die vereinbarte Arbeitszeit hinaus stets zu vergüten sei,¹⁰⁸ kann für den gesetzlichen Mindestlohn keine Geltung beanspruchen. Liegt eine mindestlohnpflichtige Arbeitszeit vor, so ist diese nach § 1 Abs. 2 Satz 1 MiLoG mit dem Mindestlohn zu vergüten. Anders jedoch als das AEntG, welches es ermöglicht, Überstundensätze für zusätzlich geleistete Arbeit verbindlich festzulegen,¹⁰⁹ gewährt das MiLoG **keinen erhöhten Mindestlohnanspruch für Mehrarbeit**.
- 26 Klauseln, mittels derer geleistete Überstunden pauschal abgegolten werden sollen (sog. **Abgeltungsklauseln**), müssen die Anzahl der maximal zu absolvierenden Überstunden eindeutig erkennen lassen, um dem Transparenzgebot zu genü-

102 Riechert/Nimmerjahn, § 1 MiLoG Rn. 58.

103 Vgl. BAG 29.6.2016, 5 AZR 716/15, NZA 2016, 1332, 1333.

104 Thüsing, § 1 MiLoG Rn. 38.

105 Lakies, § 1 MiLoG Rn. 38.

106 Riechert/Nimmerjahn, § 1 MiLoG Rn. 28.

107 Thüsing, § 1 MiLoG Rn. 38.

108 BAG 27.6.2012, 5 AZR 530/11, NZA 2012, 1147; 22.2.2012, 5 AZR 765/10, NZA 2012, 861.

109 Siehe § 5 Nr. 1 AEntG sowie Art. 3 Abs. 1 lit. c) der Entsenderichtlinie (96/71/EG vom 10.2.1997, ABl. 1997 L 18/1).

gen, § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB.¹¹⁰ Sie können wegen § 3 Satz 1 MiLoG den gesetzlichen Mindestlohnanspruch nicht wirksam beschränken. Stets ist erforderlich, aber auch ausreichend, dass alle tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden mit dem Mindestlohn vergütet sind, §§ 1, 2 Abs. 1 Satz 1, 20 MiLoG.¹¹¹ Zahlt der Arbeitgeber ein **verstätigtes Monatseinkommen** (s. Rn. 21), muss dieses, auf den Kalendermonat bezogen, alle erbrachten – in Kombination mit einer Abgeltungsklausel sogar alle potenziell zu absolvierenden – Überstunden mitabdecken.

c) Arbeitsformen geringerer Beanspruchung

Zu den Arbeitsformen geringerer Beanspruchung zählen die Arbeitsbereitschaft, der Bereitschaftsdienst (i. e. S.) sowie die Rufbereitschaft. Gemeinsam ist ihnen, dass der Arbeitnehmer, wenn er auch weitgehend über seine Zeit disponieren kann, dennoch gewissen Beschränkungen unterliegt.¹¹² Hinzu kommt, dass der Zeitpunkt des Wechsels von einem verminderten in den vollen Arbeitseinsatz meist nicht von vorneherein bestimmt ist.¹¹³ Allesamt stellen sie **keine Vollarbeit** dar. Es stellt sich die Frage, inwieweit ein Anspruch auf Mindestlohn besteht. 27

Bei der **Arbeitsbereitschaft** ist der Aufenthaltsort des Arbeitnehmers auf den Arbeitsplatz beschränkt. An diesem muss er „wachsam“ anwesend sein, sodass er bei Bedarf sofort ohne weitere Anweisung in die Vollarbeit wechseln kann.¹¹⁴ Beispiele hierfür sind die Wartezeiten von Rettungssanitätern zwischen den einzelnen Einsätzen sowie das Warten von Verkäufern auf die nächsten Kunden.¹¹⁵ Die Arbeitsbereitschaft stellt unstreitig mindestlohnpflichtige Arbeitszeit dar. Für sie ist stets der volle Mindestlohn zu gewähren,¹¹⁶ da das MiLoG nicht nach der Intensität der Arbeitsleistung differenziert, § 1 Abs. 2 MiLoG. Abweichende Vereinbarungen sind unwirksam, § 3 Satz 1 MiLoG (zu den Rechtsfolgen s. Rn. 66). 28

Rufbereitschaft liegt vor, wenn der Arbeitnehmer sich an einem, gegenüber dem Arbeitgeber anzuzeigenden, erreichbaren Ort seiner eigenen Wahl bereit- 29

110 BAG 16.5.2012, 5 AZR 331/11, NZA 2012, 908; 17.8.2011, 5 AZR 406/10, NZA 2011, 1335. Beispiel: „Mit der Monatsvergütung sind 15 Überstunden pro Monat abgegolten.“

111 Vgl. *Bayreuther*, NZA 2014, 865, 867; *Sittard*, NZA 2014, 951.

112 *Riechert/Nimmerjahn*, § 1 MiLoG Rn. 63.

113 *MASIG-Maschmann*, 432 Rn. 42.

114 BAG 11.7.2006, 9 AZR 519/05, NZA 2007, 155, 158; BVerwG 19.1.1988, 1 C 11/85, NZA 1988, 881, 882.

115 Vgl. BAG 12.2.1986, 7 AZR 358/84, NJW 1987, 2957.

116 *Lambrich/Mitius*, DB 2015, 126, 128; *Viethen*, NZA-Beil. 2014, 143, 146.

Kap. 3 Gesetzlicher und tariflicher Mindestlohn

hält, um bei Abruf die Arbeit alsbald aufzunehmen.¹¹⁷ Dabei erbringt er nicht die eigentlich vertraglich geschuldete, sondern eine zusätzliche Leistung.¹¹⁸ Diese ist nicht mit dem Mindestlohn zu entlohnen.¹¹⁹ Die mindestlohnrelevante Arbeitszeit liegt erst ab Arbeitsaufnahme vor,¹²⁰ die jedoch bereits mit der Fahrt zur Arbeitsstätte beginnt.

- 30 Umstritten ist die mindestlohnrechtliche Behandlung des **Bereitschaftsdienstes** (i. e. S.). Dieser steht zwischen Arbeits- und Rufbereitschaft. Er liegt vor, wenn der Arbeitgeber einen bestimmten Aufenthaltsort außerhalb des Arbeitsplatzes vorschreibt, an dem der Arbeitnehmer sich aufzuhalten hat, um bei Bedarf die Arbeit aufzunehmen.¹²¹ Bereitschaftsdienste sind richtigerweise mit dem Mindestlohn zu vergüten, da die Pflicht des Arbeitnehmers an einem ihm vorgeschriebenen Ort zu verweilen, eine vergütungspflichtige Arbeitsleistung darstellt, sodass mindestlohnrelevante Arbeitszeit vorliegt.¹²² § 1 Abs. 2 MiLoG stellt insoweit nicht auf Qualität oder Intensität der Tätigkeit ab.¹²³

d) Pausen- und Ruhezeiten

- 31 **Ruhepausen** unterfallen grundsätzlich nicht der mindestlohnpflichtigen Arbeitszeit.¹²⁴ Sie liegen vor, wenn der Arbeitnehmer aufgrund einer Vereinbarung seine Arbeitsleistung für einen ihm im Vorhinein bekannten unwiderruflich festgelegten Zeitraum unterbricht.¹²⁵ Etwas anderes muss jedoch dann gelten, wenn der Arbeitnehmer nicht frei entscheiden kann, wo und wie er die Pausenzeit verbringen will oder sich sogar auf Abruf für Arbeit bereitzuhalten hat.¹²⁶ Für **kurzfristige Arbeitsunterbrechungen** entfällt die Mindestlohnpflicht dagegen nicht.¹²⁷ Die Grenze hierfür ist einzelfallbezogen zu bestimmen und darf für die jeweilige Tätigkeit nicht als beachtlich angesehen werden (unproblematisch:

117 Vgl. BAG 19.12.1991, 6 AZR 592/89, NZA 1992, 560; Baeck/Lösler, NZA 2005, 247, 249.

118 BAG 24.10.2000, 9 AZR 634/99, NZA 2001, 449.

119 Boemke, JuS 2015, 385, 389; Nebel/Kloster, BB 2014, 2933.

120 MASIG-Maschmann, 432 Rn. 43.

121 Vgl. BAG 24.9.2008, 10 AZR 669/07, NZA 2009, 45; Riechert/Nimmerjahn, § 1 MiLoG Rn. 67.

122 BAG 29.6.2016, 5 AZR 716/15, NZA 2016, 1332, 1334; 11.10.2017, 5 AZR 591/16, NZA 2018, 32. So auch bereits: BAG 19.11.2014, 5 AZR 1101/12, BB 2015, 510 ff. zur PflegeArbbV. Dies entspricht auch der Kontrollpraxis der Zollbehörden. A. A. Riechert/Nimmerjahn, § 1 MiLoG Rn. 66 ff., die das „Bereithalten“ als zusätzliche nicht geschuldete und damit nicht mindestlohnpflichtige Arbeitsleistung ansehen.

123 MASIG-Maschmann, 432 Rn. 43.

124 Lakies, § 1 MiLoG Rn. 27.

125 Thüsing, § 1 MiLoG Rn. 51.

126 BAG 16.12.2009, 5 AZR 157/09, NZA 2010, 505, 506.

127 Thüsing, § 1 MiLoG Rn. 51.

„Verschnaufpausen“ von max. 3 Minuten;¹²⁸ i. d. R. beachtlich: 15-minütige Unterbrechungen, vgl. § 4 Satz 2 ArbZG). Zeiten, in denen die Arbeit aus technischen oder betriebsorganisatorischen Gründen nicht stattfinden kann (sog. **Betriebspausen**), sind mit dem Mindestlohn zu vergüten, da der Arbeitnehmer in diesen über seine Zeit nicht frei disponieren kann.¹²⁹

e) Reise-, Wege- und Umkleidezeiten

Bei **Reisezeiten**, die zur **Hauptleistungspflicht des Arbeitnehmers** gehören, konkretisiert der Arbeitgeber die Arbeitsleistung, indem er den Arbeitnehmer anweist, eine Dienstreise durchzuführen.¹³⁰ Es liegt Vollarbeit vor, die mit dem Mindestlohnstundensatz zu vergüten ist, § 1 Abs. 2 MiLoG. Dies gilt regelmäßig auch für Mitarbeiter im Außendienst, die ihre vertraglich geschuldete Arbeitsleistung nicht ohne Reisetätigkeit erfüllen können, sodass diese als Bestandteil der vergütungspflichtigen Haupttätigkeit anzusehen ist.¹³¹ **32**

Bei **außerhalb der normalen Arbeitszeit** liegenden Reisezeiten besteht ein Mindestlohnanspruch des Arbeitnehmers dagegen nur, soweit Arbeitsleistungen während der Reise erbracht werden.¹³² Beantwortet der Arbeitnehmer beispielsweise während einer angeordneten Zugfahrt dienstliche E-Mails, bearbeitet er Akten oder führt er zur Arbeit gehörende Telefonate, liegt mindestlohnrelevante Arbeitszeit vor. Verbringt er die Reise dagegen rein mit Tätigkeiten, die lediglich seiner privaten Lebensführung zuzuordnen sind, besteht hierfür kein Anspruch auf Zahlung des Mindestlohns.¹³³ Ein Rechtssatz, dass Reisezeiten stets zu vergüten sind, existiert nicht.¹³⁴ Zeiten der Übernachtung sind ebenfalls nicht mindestlohnpflichtig, da sie nicht ausschließlich fremdnützig sind.¹³⁵ Wird der Arbeitnehmer angewiesen, selbst einen Pkw zu steuern, besteht Mindestlohnpflicht, da ihm eine vergütungspflichtige Tätigkeit abverlangt wird.¹³⁶ **33**

Reisezeiten wurden bisher oft geringer als die normale Arbeitszeit vergütet.¹³⁷ In Tarifverträgen konnte sogar Nichtzahlung angeordnet werden, vgl. § 44 Abs. 2 Satz 1 TVöD.¹³⁸ Derartige Vereinbarungen sind nunmehr unwirksam, soweit für **34**

128 Vgl. BAG 14.4.1966, 2 AZR 216/64, APAZO § 13 Nr. 3.

129 MASIG-Maschmann, 432 Rn. 44.

130 Vgl. BAG 8.12.1960, 5 AZR 304/58, APAZO § 2 Nr. 6.

131 BAG 22.4.2009, 5 AZR 292/08, NZA-RR 2010, 231. Vertiefend: MASIG-Maschmann, 432 Rn. 45.

132 Vgl. BAG 11.7.2006, 9 AZR 519/05, NZA 2007, 155.

133 MASIG-Maschmann, 432 Rn. 45.

134 BAG 3.9.1997, 5 AZR 428/96, NZA 1998, 540.

135 Lakies, § 1 MiLoG Rn. 26.

136 Vgl. BAG 14.11.2006, 1 ABR 5/06, NZA 2007, 458, 460.

137 Heins/Leder, NZA 2007, 249 f.

138 Vgl. BAG 11.7.2006, 9 AZR 519/05, NZA 2007, 155.

Kap. 3 Gesetzlicher und tariflicher Mindestlohn

vergütungspflichtige Wegezeiten nicht zumindest der Mindestlohn je Zeitzunde entrichtet wird, § 3 Satz 1 MiLoG.¹³⁹ Damit sind Regelungen über **pauschale Abgeltungen oder die Nichtzahlung für Reisezeiten** jedoch nicht per se ausgeschlossen. Erhält der Arbeitnehmer ein verstetigtes Monatseinkommen, muss dieses lediglich, auf den Kalendermonat bezogen, den vollen Mindestlohnstundensatz für jede geleistete Arbeitsstunde gewähren. Liegt der Gesamtlohn hinreichend über der nach dem MiLoG zu entrichtenden Vergütung, können Reisezeiten weiterhin, soweit die Differenz zwischen gewährtem und mindestlohnpflichtigem Lohn nicht überschritten wird, geringer oder sogar überhaupt nicht entlohnt werden.

- 35 Die Zeitspanne, die der Arbeitnehmer benötigt, um zum Arbeitsplatz zu gelangen und von diesem zurückzukehren (sog. **Wegezeit**), ist grundsätzlich der privaten Lebensführung zuzuordnen,¹⁴⁰ sodass mindestlohnpflichtige Arbeitszeit nicht vorliegt. Etwas anderes gilt jedoch dann, wenn der Arbeitnehmer angewiesen wird, sich direkt von der Wohnung oder aus dem Betrieb zu einer auswärtigen Arbeitsstelle zu begeben (z.B. Anreise eines Bauarbeiters zu wechselnden Baustellen).¹⁴¹ In derartigen Fällen besteht ein Anspruch auf Mindestlohnzahlung für die Anreise. **Umkleidezeiten** gehören dann zur mindestlohnpflichtigen Arbeitszeit, wenn das Ankleiden einer vorgeschriebenen Arbeitskleidung nur im Betrieb erfolgen kann oder diese derartig auffällig ist, dass ein Tragen im öffentlichen Raum unzumutbar ist.¹⁴²

f) Zeiten der Nichtarbeit

- 36 Inwieweit der Arbeitnehmer für Zeiten der Nichtarbeit – also bei **Krankheit**, an **Feiertagen**, im **Urlaub** oder bei **Annahmeverzug des Arbeitgebers** – den Mindestlohn beanspruchen kann, wird im MiLoG nicht explizit geregelt. Einige Stimmen in der Literatur lehnen dies kategorisch ab, da für das Entstehen des Mindestlohnanspruches die Arbeitsleistung tatsächlich erbracht worden sein müsste – heißt es doch „Arbeitsleistung erbracht“ in § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 MiLoG und „geleistete Arbeitsstunden“ in § 2 Abs. 2 Satz 1 MiLoG.¹⁴³ Ein solches Ergebnis überzeugt für das AEntG,¹⁴⁴ nicht jedoch für das Mindestlohngesetz.¹⁴⁵ Letzteres erlegt allen Arbeitgebern mit Sitz im In- oder Ausland die Pflicht auf,

139 So auch *Viethen*, NZA-Beil. 2014, 143, 146.

140 *MüArbR-Anzinger*, § 298 Rn. 13; vertiefend: *Thüsing*, § 1 MiLoG Rn. 122.

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

142 Vgl. BAG 12.11.2013, 1 ABR 59/12, NZA 2014, 557.

143 *Greiner/Strippelmann*, BB 2015, 949; *Riechert/Nimmerjahn*, § 1 MiLoG Rn. 32 ff.

144 Vgl. BAG 12.1.2005, 5 AZR 617/01, NZA 2005, 627, 634; *Deckers*, NZA 2008, 321, 324.

145 So auch: *Düwell/Schubert*, § 1 Rn. 15 ff.; *Lakies*, § 1 MiLoG Rn. 81 ff.; MASIG-Maschmann, 432 Rn. 47 ff. Offengelassen: *Wank*, RdA 2015, 88, 91.

ihren im Inland beschäftigten Arbeitnehmern ein Arbeitsentgelt zumindest in Höhe des Mindestlohns zu bezahlen, § 20 MiLoG. Sind diese aufgrund der Regelungen des BUrlG, EfzG oder des § 615 BGB von der Pflicht zur Erfüllung der Arbeitsleistung befreit, besteht die Lohnzahlungspflicht weiterhin fort (sog. Entgeltfortzahlungsprinzip). Dem Arbeitnehmer steht das Entgelt zu, das er auch ohne den Arbeitsausfall bekommen hätte. Er hat folglich grundsätzlich **auch für Zeiten der Nichtarbeit einen Anspruch auf den Mindestlohn**.¹⁴⁶ Dem steht nicht entgegen, dass sich das Mindestlohngesetz an dem Vorliegen vergütungspflichtiger Arbeitszeit orientiert. Denn die gesetzlichen Regelungen für Nichtarbeit ordnen ja gerade trotz Nichtleistung des Arbeitnehmers die Aufrechterhaltung der Lohnzahlungspflicht an, ohne dass dieser „im arbeitstechnischen Sinne aktiv“ geworden sein müsste.¹⁴⁷

Liegt ein **gesetzlicher Feiertag** vor oder ist der Arbeitnehmer unverschuldet **krankheitsbedingt arbeitsunfähig**, kann er diejenige Vergütung beanspruchen, die ihm auch bei Erbringung der Arbeitsleistung zugestanden hätte. Dies ist das Entgelt, das ohne Arbeitsausfall angefallen wäre, also zumindest der Mindestlohnstundensatz, § 1 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 MiLoG.¹⁴⁸ Der Anspruch folgt dann direkt aus den §§ 2 ff. EfzG und nicht aus § 1 MiLoG.¹⁴⁹

Während des gesetzlichen **Erholungsurlaubs** schuldet der Arbeitgeber ebenfalls den Mindestlohn.¹⁵⁰ Nach § 11 BUrlG bzw. Art. 7 der Arbeitszeitrichtlinie¹⁵¹ haben Arbeitnehmer Anspruch auf den durchschnittlichen Arbeitsverdienst, den sie sonst auch im Referenzzeitraum erhalten würden (sog. Referenzprinzip). In diesem muss ihnen zumindest der Mindestlohn gewährt werden, § 1 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 MiLoG. Dies gilt auch für den über den gesetzlichen Mindesturlaub hinausgehenden Erholungsurlaub.¹⁵²

Befindet sich der Arbeitgeber in **Annahmeverzug**, folgt die Mindestlohnspflicht aus § 615 BGB i. V. m. der vertraglichen Vergütungsvereinbarung. Der originäre Entgeltanspruch bleibt bestehen.¹⁵³ Der Arbeitnehmer ist so zu bezahlen, als ob

146 Vgl. MASIG-Maschmann, 432 Rn. 48.

147 Thüsing, § 1 MiLoG Rn. 58.

148 Siehe hierzu: BAG 13.5.2015, 10 AZR 191/14, BB 2015, 1331, das zwar nicht zum MiLoG, sondern zum Mindestlohn nach der „1. Mindestlohnverordnung Aus- und Weiterbildungsdienstleistungen“ entschied, jedoch erkennen ließ, dass es den Grundsatz auch für das Mindestlohngesetz anzuwenden gelte.

149 BAG 16.12.2016, 5 AZR 374/16, NZA 20017, 378.

150 Vgl. EuGH 12.2.2015, C-396/13, NZA 2015, 345 – Sähköalojen ammattiliitto, Rn. 64 ff.; BAG 13.5.2015, 10 AZR 191/14, BB 2015, 1331; SJD, Rn. 145.

151 RL 2003/88/EG vom 4.11.2003, ABl. 2003 L 299/9.

152 Thüsing, § 1 MiLoG Rn. 63.

153 ErfK-Preis, § 615 BGB Rn. 75.

Kap. 3 Gesetzlicher und tariflicher Mindestlohn

er gearbeitet hätte. Sein Lohn darf wegen § 1 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 MiLoG nicht unter dem Mindestlohnstundesatz liegen. § 615 Satz 2 BGB bleibt anwendbar.¹⁵⁴

- 40 Da die Entgeltfortzahlungsansprüche direkt aus §§ 2 ff. EfzG, § 11 BUrlG sowie § 615 BGB folgen – und nicht aus § 1 MiLoG –, unterliegen sie **nicht** den **Schutzmechanismen des Mindestlohngesetzes**.¹⁵⁵ Dies hat zur Folge, dass der Zollverwaltung keine Kontroll- und Sanktionsbefugnisse nach den §§ 14 ff. MiLoG zustehen,¹⁵⁶ Bußgelder nach § 21 MiLoG für die Nichtgewährung des Mindestlohns während des Zeitraums des Entgeltausfalls also nicht verhängt werden können. Auch greift § 3 MiLoG nicht ein, der die Unabdingbarkeit des Mindestlohnanspruches normiert. § 13 BUrlG sowie § 12 EfzG bieten jedoch ein äquivalentes Schutzniveau. Für § 615 BGB ist die Abdingbarkeit dagegen umstritten.¹⁵⁷ Schließlich greift auch die Auftraggeberhaftung nach § 13 MiLoG i. V. m. § 14 AEntG nicht.

3. Mindestlohnwirksame Lohnbestandteile

- 41 Der Mindestlohn ist in Höhe von gegenwärtig brutto 9,19 EUR zu entrichten. Welche Zahlungen des Arbeitgebers dabei als mindestlohnwirksame Bestandteile angesehen werden können – also inwieweit Zulagen und Zuschläge, Sonderzahlungen, Aufwandsentschädigungen, Sachleistungen sowie sonstige Arbeitgeberleistungen auf den Mindestlohn anzurechnen sind –, regelt das MiLoG nicht.¹⁵⁸ Die daraus resultierende Rechtsunsicherheit kann durch Anwendung der Grundlinien der Rechtsprechung von EuGH und BAG etwas gemindert werden.¹⁵⁹ Eine erste Orientierungshilfe bieten auch die Rechtsauffassungen von

154 *Thüsing*, § 1 MiLoG Rn. 65.

155 *Beppler/Hanau*, in: Ausschuss-Drs. 18(11)148, S. 143 f.; *Hilgenstock*, Rn. 114; *Riechert/Nimmerjahn*, § 1 MiLoG Rn. 34.

156 So auch: *Thüsing*, § 1 Rn. 60 f.

157 *ErfK-Preis*, § 615 BGB Rn. 8; *MüKoBGB-Henssler*, § 615 BGB Rn. 10 f.

158 Ein Entschließungsantrag einiger Landesregierungen vom 1.7.2016 mit der Forderung, im MiLoG selbst klarzustellen, welche Lohnbestandteile auf den Mindestlohn anzurechnen sind, scheiterte bereits im Bundesrat, vgl. BR-Drs. 361/16 und BR-Drs. 361/16 (B).

159 Da die Pflicht zur Zahlung des Mindestlohns auch ausländische Arbeitnehmer treffen kann, könnte der freie Personen- oder Dienstleistungsverkehr tangiert sein, sodass die EG-Entsenderichtlinie (96/71/EG vom 10.2.1997, ABl. 1997 L 18/1) einschlägig wäre. Ob die unionsrechtlichen Grundfreiheiten durch die Einbeziehung von Arbeitgeberleistungen in den Mindestlohn im Einzelfall ungerechtfertigt beschränkt werden, entscheidet der EuGH, der somit die Grenzen mindestlohnrechtlicher Anrechenbarkeit mitbestimmt. Vertiefend dazu: *MASIG-Maschmann*, 432 Rn. 29.

Zoll und BMAS, die in Ansätzen online eingesehen werden können.¹⁶⁰ Freilich entfalten diese keine rechtliche Bindungswirkung. Die für den Rechtsschutz gegen mindestlohnrechtliche Bußgeldbescheide zuständigen ordentlichen Gerichte, vgl. § 68 OWiG, werden sich jedoch vermutlich – zumindest in der Anfangsphase – an den Auffassungen der Kontrollbehörden orientieren.

a) Grundsatz: Mindestlohnrechtliches Äquivalenzprinzip

Mindestlohn ist das **Entgelt im eigentlichen Sinne**.¹⁶¹ Vorrangiger Zweck des gesetzlichen Mindestlohns ist es, jedem Arbeitnehmer ein existenzsicherndes Monatseinkommen zu gewährleisten.¹⁶² Mindestlohnwirksam, d. h. geeignet den Mindestlohnanspruch zu erfüllen, sind demgemäß alle im arbeitsvertraglichen Austauschverhältnis erbrachten Entgeltzahlungen mit Ausnahme der Vergütungen, die der Arbeitgeber ohne Rücksicht auf eine tatsächliche Arbeitsleistung des Arbeitnehmers erbringt oder die auf einer besonderen gesetzlichen Zweckbestimmung, wie etwa § 6 Abs. 5 ArbZG, beruhen.¹⁶³ Denn der Mindestlohn ist nach § 1 Abs. 2 S. 1 MiLoG „je Zeiteinheit“ festgesetzt und das Gesetz macht den Anspruch nicht von der zeitlichen Lage der Arbeit oder den mit der Arbeitsleistung verbundenen Umständen oder Erfolgen abhängig.¹⁶⁴ Die Entstehungsgeschichte des Mindestlohngesetzes gebietet kein anderes Verständnis, da der Begriff der „Normalleistung“ keinen Eingang in dessen Wortlaut gefunden hat.¹⁶⁵ Dies steht im Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH, der als Anrechenbarkeitsgrenze das Verhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung setzt, das durch die Arbeitgeberzahlung nicht verändert werden dürfe.¹⁶⁶

42

160 Zollbehörden: www.zoll.de/DE/Fachthemen/Arbeit/Mindestarbeitsbedingungen/Mindestlohn-Mindestlohngesetz/mindestlohn-mindestlohngesetz_node.html (Stand: 31.1.2019); BMAS: www.der-mindestlohn-wirkt.de (Stand: 31.1.2019).

161 EuGH 7.11.2013, C-522/12, NZA 2013, 1359, 1361 – Isbir.

162 BT-Drucks. 18/1558, S. 28; BAG 25.5.2016, 5 AZR 135/16, Rn. 29, NZA 2016, 1327; 21.12.2016, 5 AZR 374/16, Rn. 23, NZA 2017, 378.

163 BAG 17.1.2018, 5 AZR 69/17, Rn. 16, NZA 2018, 781; 21.12.2016, 5 AZR 374/16, Rn. 23, NZA 2017, 378; 6.12.2017, 5 AZR 864/16, Rn. 26; 25.5.2016, 5 AZR 135/16, Rn. 32, BAGE 155, 202; vgl. auch ErfK-Franzen, § 1 MiLoG Rn. 11; BeckOKArbR-Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, § 1 MiLoG Rn. 32; zum Streitstand zwischen „Entgelttheorie“ und „Normalleistungstheorie“: Riechert/Nimmerjahn, § 1 Rn. 106 ff.; MüKoBGB-Müller-Glöge, § 1 Rn. 22 f. m. w. N.

164 BAG 17.1.2018, 5 AZR 69/17, Rn. 16, NZA 2018, 781.

165 BAG 17.1.2018, 5 AZR 69/17, Rn. 16, NZA 2018, 781; 21.12.2016, 5 AZR 374/16, Rn. 21, BAGE 157, 356.

166 EuGH 7.11.2013, C-522/12, NZA 2013, 1359, 1360 f. – Isbir.

Kap. 3 Gesetzlicher und tariflicher Mindestlohn

b) Zulagen und Zuschläge

- 43 Zulagen und Zuschläge sind **nicht** auf den Mindestlohn **anzurechnen**, wenn diese **für ein Mehr an Arbeitsleistung gezahlt** werden,¹⁶⁷ mit ihnen also nicht nur die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers vergütet werden soll. Dies ist stets im Einzelfall anhand aller konkreten Umstände festzustellen.¹⁶⁸ Entscheidend ist dabei, inwieweit mit dem verfolgten **Leistungszweck** eine besondere Leistung des Arbeitnehmers vergütet werden soll. Dieser ist durch **Auslegung der zugrunde liegenden Vereinbarung** zu ermitteln, wobei für einen Arbeitsvertrag der objektive Empfängerhorizont gemäß §§ 133, 157 BGB,¹⁶⁹ für einen Tarifvertrag die allgemeinen Auslegungsgrundsätze für Gesetze heranzuziehen sind.¹⁷⁰ Lässt sich das Telos nicht hinreichend ergründen, ist im Zweifel eine Anrechnung abzulehnen.¹⁷¹
- 44 Zulagen und Zuschläge mittels derer Arbeit zu besonderen Zeiten vergütet werden soll – wie etwa **Wechselschichtzulagen** –, können grundsätzlich auf den Mindestlohn angerechnet werden, sofern die Zulage keiner besonderen gesetzlichen Zweckbestimmung unterliegt.¹⁷² Auszuscheiden hat eine Anrechenbarkeit aber in den Fällen der Nacht- und Schichtarbeit i. S. d. § 6 Abs. 5 ArbZG.¹⁷³ Zuschläge für Arbeit an Sonn- und Feiertagen sind grundsätzlich mindestlohnwirksam und werden nicht zusätzlich zum gesetzlichen Mindestlohn geschuldet.¹⁷⁴
- 45 Zulagen und Zuschläge für Arbeiten unter besonders unangenehmen, gefährlichen sowie körperlich oder psychisch belastenden Umständen (sog. **Erschwer-niszulagen**) können ebenfalls grundsätzlich nicht angerechnet werden. Hierunter fallen etwa Zahlungen für Lärm, Hitze, Kälte, Schmutz oder besondere Gefahren. Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn die Zulagen für eine Arbeit gezahlt werden, die in sich schon die besonderen Erschwer-nisse aufweist und eine separate Ausweisung im Vertrag nur deklaratorischen Charakter hat.¹⁷⁵
- 46 **Akkord- und Qualitätsprämien** wohnt der Zweck inne, den Arbeitnehmer zur Leistung von mehr Arbeit pro Zeit bzw. zu besonderer Arbeitsqualität zu motivieren. Gemeinsam ist ihnen, dass sie für eine über das Normalmaß hinausge-

167 Riechert/Nimmerjahn, § 1 MiLoG Rn. 119.

168 So auch: Lembke, NZA 2015, 70, 75.

169 Siehe dazu: BR-Wendtland, § 157 BGB Rn. 9 ff.

170 Vgl. BAG 12.2.2013, 8 AZR 942/12, NZA-RR 2014, 431, 432 f.

171 Ulber, RdA 2014, 176, 181.

172 BAG 21.12.2016, 5 AZR 374/16, Rn. 26, NZA 2017, 378; teilweise abweichend: Brors, NZA 2014, 938, 940; Thüsing, § 1 MiLoG Rn. 112 m. w. N.; Ulber, RdA 2014, 176, 181.

173 So auch BAG 21.12.2016, 5 AZR 374/16, Rn. 26, NZA 2017, 378.

174 BAG 24.5.2017, 5 AZR 431/16, Rn. 17, NZA 2017, 1378; 17.1.2018, 5 AZR 69/17, Rn. 17, NZA 2018, 781; a. A. Riechert/Nimmerjahn, § 1 MiLoG Rn. 119 m. w. N.

175 Riechert/Nimmerjahn, § 1 MiLoG Rn. 124; Ulber, RdA 2014, 176, 182.

hende Leistung bezahlt werden.¹⁷⁶ Nach Auffassung des BAGs hat, unter Zugrundelegung der Entgelttheorie, dennoch eine Anrechenbarkeit auf den Mindestlohn stattzufinden.¹⁷⁷

Indem der Arbeitnehmer über die für sein Beschäftigungsverhältnis vereinbarte Arbeitszeit hinaus arbeitet, erbringt er Überstunden.¹⁷⁸ Hierbei leistet er im Vergleich zur normalen Arbeitszeit ein Mehr an Arbeit. Für dieses Sonderopfer entrichtet der Arbeitgeber **Überstundenzuschläge**, die gemäß der höchstrichterlichen Rechtsprechung auf den Mindestlohn angerechnet werden können.¹⁷⁹ Folgt man dagegen der teilweise in der Literatur vertretenen Gegenansicht, die eine Anrechnung verneint,¹⁸⁰ ist es insoweit unerheblich, ob die geleistete Überstunde – beispielsweise bei einem Teilzeitbeschäftigten – unter der durchschnittlichen Wochenarbeitszeit eines vollbeschäftigten Arbeitnehmers bleibt, da nur auf die über die vertraglich geschuldete hinausgehende individuelle Mehrarbeit abzustellen, nicht jedoch ein Vergleich mit Vollbeschäftigten vorzunehmen ist.

c) Sonderzahlungen

Sonderzahlungen sind **Arbeitgeberleistungen, die nicht regelmäßig, sondern nur zu bestimmten Anlässen oder Terminen gewährt werden**.¹⁸¹ Dazu gehören bspw. das Weihnachtsgeld, ein 13. Monatsgehalt, Gewinnbeteiligungen, Prämien für Treue und Anwesenheit oder das Urlaubsgeld. Eine einheitliche Terminologie für Sonderzuwendungen hat sich (noch) nicht flächendeckend durchgesetzt. Nicht selten werden inhaltsgleiche Sondervergütungen unterschiedlich bzw. verschiedene mit derselben Bezeichnung benannt.¹⁸²

Zur Klärung der Frage, welche Sonderzahlungen auf den Mindestlohn anzurechnen sind, kommt der durch den Arbeitgeber gewählten Bezeichnung nur eine zweitrangige, lediglich indizielle Bedeutung zu. Abzustellen ist vielmehr auf den der Sonderzuwendung zugrundeliegenden **Zweck**. Soll lediglich die **Arbeitnehmerleistung vergütet** werden, hat eine Anrechnung zu erfolgen; wird eine **sonstiger Zweck honoriert**, hat diese zu unterbleiben. Kommt die Auslegung der zugrunde liegenden Vereinbarung zu keinem hinreichenden Ergebnis, ist eine Anrechenbarkeit im Zweifel zu verneinen.¹⁸³

176 ErfK-Franzen, § 1 MiLoG Rn. 14.

177 BAG 16.12.2016, 5 AZR 374/16, NZA 2017, 378, 380.

178 BAG 8.11.1989, 5 AZR 642/88, NZA 1990, 309, 310.

179 BAG 25.5.2016, 5 AZR 135/16, NZA 2016, 1327, 1330; Bayreuther, EuZA 2014, 189, 196f.; a. A. BeckOKArbR-Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, § 1 MiLoG Rn. 34; Ulber, RdA 2014, 176, 181.

180 S. nur Riechert/Nimmerjahn, § 1 MiLoG Rn. 126 m. w. N.

181 ErfK-Preis, § 611 BGB Rn. 527.

182 Riechert/Nimmerjahn, § 1 MiLoG Rn. 128.

183 Vgl. BAG 25.4.1991, 6 AZR 532/89, NZA 1991, 763, 764.

- 50 Sonderzahlungen, die unter einem **Widerrufs-, Freiwilligkeits- oder Rückzahlungsvorbehalt** ausgezahlt werden, sind nicht auf den Mindestlohn anzurechnen.¹⁸⁴ Dem steht selbst die Unwirksamkeit des Vorbehalts nicht entgegen.¹⁸⁵ Stets kann eine Anrechnung nur dann erfolgen, wenn die gesamte Sonderzuwendung **tatsächlich, vorbehaltlos und unwiderruflich** ausgezahlt wurde.¹⁸⁶ Insofern ist dem Arbeitgeber anzuraten, Sondervergütungen nicht mehr einmalig jährlich zu gewähren, sondern diese **anteilig**, gemeinsam mit der jeweiligen monatlichen Grundvergütung, zu entrichten. Kommt er dem nicht nach, scheidet eine Anrechnung dennoch nicht aus.¹⁸⁷ Zwar ist eine für die Zeit vor der Auszahlung bestehende, verzögerte Gewährung des Mindestlohns mit der gesetzgeberischen Intention, einen angemessenen Mindestschutz des Arbeitnehmers zu gewährleisten, nur schwerlich zu vereinbaren.¹⁸⁸ Auch drohen bußgeldrechtliche Sanktionen nach § 21 Abs. 1 Nr. 9, Abs. 3 MiLoG, da der mindestlohnrechtliche Fälligkeitstermin überschritten werden könnte, § 2 Abs. 1 MiLoG.¹⁸⁹ Würde man aber nachträglichen Zahlungen die Erfüllungswirkung absprechen, wäre der Anspruch auf den Mindestlohn nicht klagbar.¹⁹⁰ Ausreichend dürfte es in Hinblick auf § 2 MiLoG auch sein, wenn der Arbeitgeber die Sonderzuwendung zu Beginn des Jahres auf einmal vollständig und vorbehaltlos auszahlt, um diese dann für jeden Monat des Jahres mit 1/12 zu verrechnen (sog. **Vorschussregelung**).¹⁹¹ Um ganz sicher zu gehen, sollte die jährliche Sonderzahlung jedoch in ein laufendes monatliches Entgelt umgestaltet werden.¹⁹²
- 51 Enthält die arbeitsvertragliche Vereinbarung einer Sonderzuwendung zusätzlich zur Entlohnung der Arbeitsleistung eine Gratifikation (sog. **Sonderzahlung mit Mischcharakter**), ist die Zahlung insgesamt als eine Gegenleistung für erbrachte Arbeitsleistung anzusehen.¹⁹³ Ob eine Anrechnung erfolgen kann, richtet sich dann nach den dargestellten Prinzipien (s. Rn. 49 f.), ohne dass der für die Gratifikation entrichtete Anteil getrennt behandelt werden könnte. Dem Arbeitgeber

184 MASIG-Maschmann, 432 Rn. 38; a. A. für den Widerrufsvorbehalt: *Riechert/Nimmerjahn*, § 1 MiLoG Rn. 147.

185 Vgl. *Bayreuther*, NZA 2014, 865, 868.

186 BAG 28.9.2016, 5 AZR 188/16, BeckRS 2016, 74819; EuGH 14.4.2005, C-341/02, NZA 2005, 573 – Kommission/Deutschland, Rn. 31 ff.

187 Differenzierend: *Riechert/Nimmerjahn*, § 1 MiLoG Rn. 143 f., die eine zivilrechtliche Erfüllung nach § 362 BGB noch für möglich halten.

188 Vgl. SJD, Rn. 143; *Thüsing*, § 1 MiLoG Rn. 90.

189 Hinzu kommt eine drohende Schadensersatzpflicht nach § 286 BGB.

190 BAG 25.5.2016, 5 AZR 135/16, Rn. 26, NZA 2016; s. auch: *Riechert/Nimmerjahn*, § 1 MiLoG Rn. 125 m. w. N.

191 S. hierzu *Thüsing*, § 1 MiLoG Rn. 93.

192 Vgl. BAG 25.5.2016, 5 AZR 135/16, NZA 2016, 1327, 1330. Ist dazu eine Änderung des Arbeitsvertrages erforderlich, kann dies freilich nur einvernehmlich erfolgen. Vertiefend: *Thüsing*, § 1 MiLoG Rn. 93 f.

193 *Erfk-Preis*, § 611 BGB Rn. 534c.

ist deswegen anzuraten, Gegenleistungen für Normalarbeit und Gratifikationen nicht in einer Sonderzahlung zu kombinieren, sondern auf separate Sonderzuwendungen aufzuteilen.¹⁹⁴ In Tarifverträgen können Sonderzahlungen mit Mischcharakter dagegen weiterhin verwendet werden. Dort finden die §§ 307 ff. BGB keine Anwendung.

Wendet man die dargestellten Grundsätze an, ergibt sich für die einzelnen Sonderzahlungen nachfolgendes Bild: Sofern **Weihnachtsgeld** eine Gratifikation darstellt,¹⁹⁵ ist es nicht auf den Mindestlohn anzurechnen.¹⁹⁶ Gleiches Ergebnis gilt für gewährtes **Urlaubsgeld**, wenn dem Arbeitnehmer hierdurch zusätzliche Urlaubsaufwendungen ausgeglichen werden sollen.¹⁹⁷ Ein **13. Monatsgehalt** wird dagegen regelmäßig als Gegenleistung für die erbrachte Arbeitsleistung entrichtet.¹⁹⁸ Eine Anrechnung ist deswegen möglich. Erhält der Arbeitnehmer eine **Treueprämie**, sollen hierdurch besondere Leistungen honoriert werden, sodass eine Anrechenbarkeit ausscheidet.¹⁹⁹ Etwas anderes gilt für **Anwesenheitsprämien**, da die bloße Anwesenheit des Arbeitnehmers als dessen normale Arbeitsleistung anzusehen ist.²⁰⁰ Als **Gewinnbeteiligung** ausgestaltete Sonderzahlungen dienen der Identifikation mit dem Erfolg des Unternehmens.²⁰¹ Eine besondere Arbeitnehmerleistung ist nicht erforderlich, sodass eine Anrechnung auf den Mindestlohn erfolgen kann. Anzurechnen sind zudem grundsätzlich Prämien für Ordnung und Sauberkeit sowie „Leergutprämien“.²⁰²

d) Aufwandsentschädigungen

Unter Aufwandsentschädigungen versteht man Zahlungen des Arbeitgebers – wie z. B. **Unterkunfts- und Verpflegungsleistungen** oder **Reisekosten** –, mittels derer ein finanzieller Aufwand des Arbeitnehmers beglichen werden soll, der diesem aufgrund seiner erbrachten Arbeit entstanden ist.²⁰³ Sie sind keine Gegenleistung für erbrachte Arbeit, sodass eine Anrechnung auf den Mindest-

194 Vgl. BAG 13.11.2013, 10 AZR 848/12, NZA 2014, 368, 370.

195 *Erfk-Preis*, § 611 BGB Rn. 528a; a. A. BeckOKArbR-Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, § 1 MiLoG Rn. 38a.

196 S. hierzu auch BAG 25.5.2016, 5 AZR 135/16, NZA 2016, 1327.

197 *Lakies*, § 1 MiLoG Rn. 51; *Nebel/Kloster*, BB 2014, 2933, 2936; a. A. BeckOKArbR-Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, § 1 MiLoG Rn. 38a.

198 BAG 24.10.1990, 6 AZR 156/89, NZA 1991, 318, 319.

199 BeckOKArbR-Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, § 1 MiLoG Rn. 29.

200 *Riechert/Nimmerjahn*, § 1 MiLoG Rn. 137; damit übereinstimmend zu einer „Immerda-Prämie“: BAG 8.11.2017, 5 AZR 692/16, Rn. 18, BeckRS 2017, 139328.

201 MüArbR-Krause § 58 Rn. 43.

202 BAG 8.11.2017, 5 AZR 692/16, Rn. 19 f., BeckRS 2017, 139328.

203 *Riechert/Nimmerjahn*, § 1 MiLoG Rn. 148. Zur steuerrechtlichen Behandlung: *Lakies*, § 1 MiLoG Rn. 52 ff.

Kap. 3 Gesetzlicher und tariflicher Mindestlohn

lohn nicht möglich ist.²⁰⁴ Im Falle der Entsendung folgt dies bereits aus Art. 3 Abs. 7 Satz 2 der Entsenderichtlinie,²⁰⁵ im Übrigen aus den Grundlinien der höchstrichterlichen Rechtsprechung (s. hierzu Rn. 42). Erhält der Arbeitnehmer ein **Tage- oder Wegegeld**, ist nach dessen Zweck zu differenzieren: Wird es als Ersatz für Fahrkosten entrichtet, scheidet eine Anrechnung aus; soll mit ihm die aufgebrachte Arbeitszeit vergütet werden, entscheidet sich die Anrechenbarkeit nach den allgemeinen Prinzipien (s. Rn. 42). Ein **Aufwendungsersatz für Pendelzeiten** zwischen Betrieb und Wohnstätte ist anrechenbar, soweit er über die angefallenen tatsächlichen Kosten hinausgeht.²⁰⁶

e) Sachleistungen

- 54 Der Mindestlohnanspruch kann grundsätzlich nicht durch Naturalien – wie etwa **Lebensmittel** oder **Wohnraum** – bewirkt werden, da eine Geldsumme geschuldet ist, § 1 Abs. 2 Satz 1 MiLoG.²⁰⁷ Ob entgegenstehende Vereinbarungen zulässig sind, egal ob diese eine unmittelbare Sachleistungspflicht oder nur eine Hingabe an Erfüllung statt nach § 364 Abs. 1 BGB regeln, ist noch nicht abschließend geklärt. Einige Stimmen in der Literatur sehen hierin einen Verstoß gegen § 3 Satz 1 MiLoG, der auch den Charakter des Mindestlohns als reinen Geldanspruch schütze.²⁰⁸ Überzeugender erscheint jedoch die Anwendung des **§ 107 Abs. 2 Satz 1 GewO**, der **abweichende arbeits- oder tarifvertragliche Vereinbarungen** zulässt,²⁰⁹ wenn dies dem Interesse des Arbeitnehmers oder der Eigenart des Arbeitsverhältnisses entspricht. Hierbei gilt die Pfändungsgrenze nach § 850c ZPO, die im Regelfall nicht weit unter dem monatlich zu zahlendem Mindestlohn liegen dürfte,²¹⁰ § 107 Abs. 2 Satz 5 GewO.
- 55 Für Arbeitnehmer, die befristet bei einem Arbeitgeber in Deutschland angestellt sind und Tätigkeiten ausüben, die aufgrund eines oder mehrerer immer wiederkehrender saisonbedingter Ereignisse an eine Jahreszeit gebunden sind, während der Bedarf an Arbeitskräften den für gewöhnlich durchgeführte Tätigkeiten erforderlichen Bedarf in erheblichem Maße übersteigt (sog. **Saisonarbeiter**), wird die Anrechnung von Kost und Logis nach § 107 Abs. 2 GewO

204 ErfK-Franzen, § 1 MiLoG Rn. 17; Lakies, § 1 MiLoG Rn. 55.

205 96/71/EG vom 10.2.1997, ABl. 1997 L 18/1.

206 Vgl. EuGH 12.2.2015, C-396/13, NZA 2015, 345 – Sähköalojen ammattiliitto, Rn. 53 ff.

207 MASIG-Maschmann, 432 Rn. 35.

208 Riechert/Nimmerjahn, § 1 MiLoG Rn. 81 ff.

209 A.A. Riechert/Nimmerjahn, § 1 MiLoG Rn. 83, die davon ausgehen, dass § 107 GewO nur vertragliche Vergütungsabreden betreffe und deswegen den gesetzlichen Mindestlohnanspruch nicht tangieren könne.

210 Lakies, § 1 MiLoG Rn. 57.

von den Kontrollbehörden zugelassen.²¹¹ Überlässt der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer ein **Kfz zur privaten Nutzung**, kann dieser Vorteil nicht auf den Mindestlohn angerechnet werden.²¹² Gleiches gilt im Ergebnis für **Essensgutscheine**,²¹³ **Personalrabatte**,²¹⁴ **Aktioptionen** und **kostenlose Kinderbetreuungsmöglichkeiten**.²¹⁵

f) Sonstige Arbeitgeberleistungen

Vermögenswirksame Leistungen, die der Arbeitgeber für den Arbeitnehmer oder dessen Angehörige anlegt – wie z.B. Wertpapiere, Sparguthaben oder Unternehmensbeteiligungen –, können nicht auf den Mindestlohn angerechnet werden.²¹⁶ Zwar werden sie dem Arbeitnehmer auch als, oft sogar monatliche, Vergütung für die Arbeitsleistung gewährt. Sie sollen jedoch der langfristigen Vermögensbildung des Arbeitnehmers dienen. **56**

Beiträge des Arbeitgebers zur **betrieblichen Alterssorge** sind ebenfalls nicht anrechenbar.²¹⁷ Etwas anders gilt für **Entgeltumwandlungen nach § 1a BetrAVG**.²¹⁸ Da der Arbeitnehmer diese gegenüber dem Arbeitgeber geltend machen kann, vgl. § 1a Abs. 1 Satz 1 BetrAVG, würde die Verneinung der Anrechenbarkeit auf den Mindestlohnanspruch im wirtschaftlichen Ergebnis eine Finanzierung durch den Arbeitgeber darstellen. Dies widerspräche dem Willen des Gesetzgebers.²¹⁹ **57**

Gelder, die ein Dritter dem Arbeitnehmer ohne rechtliche Verpflichtung zusätzlich zum Arbeitsentgelt zahlt, vgl. § 107 Abs. 3 Satz 2 GewO (sog. **Trinkgelder**), sind grundsätzlich nicht anrechenbar, da sie keine Arbeitgeberleistung darstellen.²²⁰ Eine abweichende tarif- oder arbeitsvertragliche Vereinbarung ist allerdings zulässig, soweit dies dem Interesse des Arbeitnehmers oder der Eigenart des Arbeitsverhältnisses entspricht, § 107 Abs. 2 Satz 1 GewO. Davon zu unter- **58**

211 Siehe dazu mit ausführlichen Hinweisen: https://www.zoll.de/DE/Fachthemen/Arbeit/Mindestarbeitsbedingungen/Mindestlohn-Mindestlohngesetz/mindestlohn-mindestlohngesetz_node.html (Stand: 31.1.2019). Ablehnend: *Riechert/Nimmerjahn*, § 1 MiLoG Rn. 86. Kritisch: *Thüsing*, § 1 MiLoG Rn. 132 ff.

212 Vgl. *ErfK-Preis*, § 611 BGB Rn. 522; a.A. *BeckOKArbR-Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching*, § 1 MiLoG Rn. 46.

213 *MASIG-Maschmann*, 432 Rn. 35.

214 Vgl. *ErfK-Preis*, § 611 BGB Rn. 519.

215 *Riechert/Nimmerjahn*, § 1 MiLoG Rn. 89 ff.

216 Vgl. BAG 16.4.2014, 4 AZR 802/11, NZA 2014, 1277, 1282.

217 Vgl. EuGH 14.4.2005, C-341/02, NZA 2005, 573 – Kommission/Deutschland, Rn. 29.

218 BT-Drs. 18/1558, S. 42; *Thüsing*, § 1 MiLoG Rn. 142; *Viethen*, NZA-Beil. 2014, 143, 146.

219 BT-Drs. 18/1558, S. 35.

220 *Ulber*, RdA 2014, 176, 182.

Kap. 3 Gesetzlicher und tariflicher Mindestlohn

scheiden sind **Bedienungsgelder**, bei denen vom Kunden Geld für eine Bedienungsleistung erhoben wird.²²¹ Ein derartiges System (Serversystem, Tronc-System) wird häufig auf Volksfesten oder in Spielbanken angewandt. Eine Anrechnung auf den Mindestlohn hat stattzufinden.

4. Variable Vergütungssysteme

- 59 Variable Vergütungssysteme sind auch nach Einführung des gesetzlichen Mindestlohns zulässig, soweit sie den Vorgaben des MiLoG entsprechen. Dieses erklärt den Charakter des Mindestlohnanspruches als Stundenlohn für unabdingbar, § 3 Satz 1 MiLoG. Es muss deswegen stets gewährleistet sein, dass der **Mindestlohn für jede geleistete Arbeitsstunde** – unabhängig vom erzielten Arbeitsergebnis – bis zum gesetzlichen Fälligkeitstermin gezahlt wird, §§ 1, 2 MiLoG.²²²
- 60 Nicht ausreichend ist es, wenn bei **Stück- oder Akkordlöhnen**²²³ der Stundenlohn nur bei einer „Normalleistung“ erreicht werden kann.²²⁴ Vielmehr haben auch unterdurchschnittlich produktive Arbeitnehmer stets einen Anspruch auf den gesetzlichen Mindestlohn für jede geleistete Zeitstunde.²²⁵ Dass sich der Mindestlohn hierdurch im Ergebnis wie ein schützendes Fallnetz unter unproduktive Arbeitnehmer spannt und damit das Ziel der Akkordarbeit, nämlich zu zügigem Arbeiten anzuhalten, zu konterkarieren droht, ist nicht unbedenklich,²²⁶ aber aufgrund der eindeutigen Gesetzeslage hinzunehmen. Auch bei **Provisionen** muss sichergestellt sein, dass im Ergebnis je Zeitstunde der Mindestlohn entrichtet wird. Dies kann bspw. dadurch garantiert werden, dass ein hinreichend hoher Mindestbetrag gezahlt wird, mit dem dann anfallende Provisionserträge verrechnet werden können.²²⁷

5. Berechnung bei Minijobs

- 61 Das Mindestlohngesetz gilt für Vollzeit- und Teilzeitarbeitsverhältnisse gleichermaßen. Eine Ausnahme für Arbeitnehmer, die unter das Geringverdienerprivileg des § 8 Abs. 1 SGB IV fallen (sog. Minijobber), kennt es nicht.²²⁸ Zu unterscheiden ist bei diesen die **geringfügig entlohnte** sowie die **kurzfristige Beschäftigung**. Geringfügig ist eine Beschäftigung, wenn das Arbeitsentgelt aus dieser regelmäßig im Monat 450 EUR nicht überschreitet, § 8 Abs. 1 Nr. 1 SGB

221 ErfK-Preis, § 611 BGB Rn. 507 ff.

222 BT-Drs. 18/1558, S. 34.

223 Zur Berechnung bei Akkordlöhnen: MASIG-Maschmann, 432 Rn. 23 ff.

224 A. A. ErfK-Franzen, § 1 MiLoG Rn. 9.

225 Vgl. LAG Hessen 2.2.2011, 18 Sa 635/10, BeckRS 2011, 70798.

226 Vgl. Hilgenstock, Rn. 89.

227 Siehe dazu auch: Bayreuther, NZA 2014, 865, 868.

228 Düwell/Schubert, Einl. Rn. 84.

IV. Eine kurzfristige Beschäftigung liegt vor, wenn sie innerhalb eines Kalenderjahres auf längstens zwei Monate oder 50 Arbeitstage nach ihrer Eigenart begrenzt zu sein pflegt oder im Voraus vertraglich begrenzt ist, es sei denn, dass die Beschäftigung berufsmäßig ausgeübt wird und ihr Entgelt 450 EUR im Monat nicht übersteigt, § 8 Abs. 1 Nr. 2 SGB IV.²²⁹ In beiden Fällen handelt es sich um eine rein sozialrechtliche Regelung, die die **uneingeschränkte Anwendbarkeit des MiLoG** nicht tangiert.

Bei einem ab dem 1.1.2019 geltenden gesetzlichen Mindestlohn von brutto 9,19 EUR darf der „Minijobber“ folglich **nicht mehr als 48,96 Stunden mindestlohnpflichtige Arbeitsstunden im Monat** verrichten ($9,19 \text{ EUR} \times 50,90 \text{ h} = 449,942 \text{ EUR}$). Bis einschließlich 31.12.2016 galt eine maximale Arbeitsanzahl von 52,94 Stunden, zwischen dem 1.1.2017 und dem 31.12.2018 von 50,90 Stunden. Werden diese Werte überschritten, fallen Sozialversicherungsbeiträge an, § 8 Abs. 2 Satz 2 SGB IV. Dies gilt regelmäßig ab vier monatlichen Überschreitungen im Jahr²³⁰ und kann zur Folge haben, dass der Arbeitgeber im Ergebnis brutto mehr zahlen muss und der Arbeitnehmer netto weniger erhält als dies ohne MiLoG der Fall wäre. Um dies zu vermeiden, empfiehlt es sich, die arbeitsvertragliche Stundenanzahl entsprechend herabzusetzen,²³¹ was allerdings nur einvernehmlich erfolgen kann.²³²

IV. Fälligkeit und Unabdingbarkeit

1. Fälligkeit

Nach § 2 Abs. 1 MiLoG ist der Arbeitgeber verpflichtet, den Mindestlohn zum Zeitpunkt der **vereinbarten Fälligkeit**, spätestens jedoch am letzten Bankarbeitstag in Frankfurt am Main des auf die Arbeitsleistung folgenden Monats, zu zahlen. Dem entgegenstehende Vereinbarungen sind unwirksam, § 3 Satz 1 MiLoG.²³³ Fehlt es an einer vereinbarten Fälligkeit, gilt § 614 BGB, nach welchem der Arbeitnehmer vorleistungspflichtig ist. Kommt der Arbeitgeber diesen Pflichten nicht nach, droht ihm ein **Bußgeld** in Höhe von bis zu 30.000 EUR,

229 Zu beachten ist insoweit auch § 115 SGB IV, der eine (bis zum 31.12.2018 geltende) Privilegierung für Saisonarbeiter enthält.

230 Vgl. Punkt 3.1 der Richtlinien für die versicherungsrechtliche Beurteilung von geringfügig Beschäftigten des GKV-Spitzenverbandes sowie DRV, DRV-Knappschaft-Bahn-See und BA vom 20.12.2012, einzusehen unter: https://www.deutsche-rentenversicherung.de/Allgemein/de/Inhalt/3_Infos_fuer_Experten/02_arbeitgeber_steuerberater/01a_summa_summarum/04_rundschreiben/2014/november_2014_geringfuegigkeitsrichtlinien_pdf.html (Stand: 31.1.2019); *Lakies*, § 1 MiLoG Rn. 9.

231 Vgl. *Lakies*, § 1 MiLoG Rn. 10.

232 *Thüsing*, § 1 MiLoG Rn. 36.

233 Dies gilt auch für aus dem Ausland entsandte Arbeitnehmer, vgl. *Viethen*, NZA-Beil. 2014, 143, 144 f.

Kap. 3 Gesetzlicher und tariflicher Mindestlohn

§ 21 Abs. 1 Nr. 9, Abs. 3 MiLoG. Da der Mindestlohn in jedem Lohn als **Sockelbetrag** steckt (s. Rn. 1), gilt § 2 MiLoG für diesen Mindestlohnanteil auch dann, wenn der Arbeitnehmer ein weit über dem Mindestlohnniveau liegendes Gehalt erhält.²³⁴ **Branchenspezifische Fälligkeitsregelungen** nach den §§ 7, 7a, 11 AEntG sowie § 3a AÜG gehen dem Mindestlohngesetz vor, soweit die Voraussetzungen des § 1 Abs. 3 MiLoG erfüllt sind.²³⁵

64 § 2 Abs. 2 MiLoG enthält nicht-tarifdispositive Vorgaben²³⁶ zu vergütungsrechtlichen **Arbeitszeitkonten**. Ob diese zusätzlich auch als Gleitzeit- oder Überstundenkonto verwendet werden, hat für das MiLoG keine Bedeutung.²³⁷ Arbeitszeitkonten müssen **schriftlich** vereinbart werden, wobei neben Regelungen im Arbeitsvertrag auch solche in einer Dienst- oder Betriebsvereinbarung sowie in einem normativ bzw. infolge schriftlicher Inbezugnahme geltenden Tarifvertrag als ausreichend anzusehen sind.²³⁸ Dort eingestellte Arbeitsstunden dürfen **monatlich jeweils 50 Prozent der vertraglich vereinbarten Arbeitszeit** nicht übersteigen, § 2 Abs. 2 Satz 3 MiLoG.²³⁹ Außerdem sind sie spätestens innerhalb von zwölf Kalendermonaten nach ihrer monatlichen Erfassung durch bezahlte Freizeitgewährung oder Zahlung des Mindestlohns **auszugleichen**, § 2 Abs. 2 Satz 1 MiLoG.²⁴⁰ Endet das Arbeitsverhältnis, ist das Arbeitszeitkonto spätestens in dem auf die Beendigung des Arbeitsverhältnis folgenden Kalendermonat zu saldieren, § 2 Abs. 2 Satz 2 MiLoG.

65 Diese Vorgaben gelten nicht, soweit der Mindestlohnanspruch bereits durch Zahlung eines **verstetigten Arbeitsentgelts** erfüllt ist, § 2 Abs. 2 Satz 1 HS 2 MiLoG.²⁴¹ Dazu ist im jeweiligen Referenzzeitraum unabhängig von der tatsächlich erbrachten Arbeit zumindest der Mindestlohn je erbrachter Zeiteinheit zu gewähren.²⁴² Für **Wertguthabenvereinbarungen** i. S. d. § 7b SGB IV – wie z. B. Vereinbarungen über Altersteilzeit –, gelten die Regelungen über Fälligkeit und Arbeitszeitkonten nicht, § 2 Abs. 3 Satz 1 MiLoG.

234 Riechert/Nimmerjahn, § 2 MiLoG Rn. 11; a. A. Spielberger/Schilling, NZA 2014, 414, 416.

235 Eine Übersicht zu den branchenspezifischen Fälligkeitsregelungen findet sich bei Riechert/Nimmerjahn, § 2 MiLoG Rn. 7.

236 Jöris/von Steinau-Steinbrück, BB 2014, 2101, 2104.

237 Zu den Begrifflichkeiten: HWK-Gäntgen, § 7 ArbZG Rn. 24 f.

238 Vgl. BT-Drs. 18/1558, S. 35.

239 Zu „Minusstunden“: SJD, Rn. 113 ff.

240 Zu „Altsalden“: Riechert/Nimmerjahn, § 2 MiLoG Rn. 43.

241 Vgl. BT-Drs. 18/2010 (neu), S. 22.

242 MASIG-Maschmann, 432 Rn. 52 ff. mit detaillierten Berechnungsbeispielen.

2. Unabdingbarkeit

Indem § 3 MiLoG es erschwert, den Mindestlohn durch missbräuchliche Konstruktionen zu umgehen, soll dessen Effektivität gewährleistet werden.²⁴³ Da dieser in jeder Vergütung als Sockelbetrag enthalten ist, greifen die Schutzmechanismen bezüglich des jeweiligen Mindestlohnteils auch für Gehälter weit oberhalb des Niedriglohnssektors.²⁴⁴ **Vereinbarungen, die den Anspruch auf Mindestlohn unterschreiten oder seine Geltendmachung beschränken bzw. ausschließen, sind insoweit unwirksam**, § 3 Satz 1 MiLoG. Entscheidend ist deren materieller Inhalt. Ihre Bezeichnung – bspw. als Vergleich gemäß § 779 Abs. 1 BGB oder Erlassvertrag nach § 397 Abs. 1 BGB – ist höchstens ein Indiz.²⁴⁵ An die Stelle der nichtigen Vereinbarung tritt nicht der Mindestlohn, sondern die übliche Vergütung nach § 612 BGB,²⁴⁶ die nicht selten über dem gesetzlichen Mindestlohnstundensatz liegen dürfte.²⁴⁷ **Entgeltumwandlungen nach § 1a BetrAVG** werden von § 3 Satz 1 MiLoG nicht tangiert.²⁴⁸

Fristen, innerhalb derer ein Anspruch geltend gemacht werden muss, damit er nicht untergeht (sog. **Ausschlussfristen**), unterfallen ebenfalls § 3 Satz 1 MiLoG, wenn sie den Mindestlohn betreffen. Dies gilt grundsätzlich unabhängig davon, ob sie einzel- oder kollektivvertraglich geregelt sind.²⁴⁹ Gewährt der Arbeitgeber eine **den Mindestlohn überschreitende Vergütung**, greift die Unabdingbarkeit zunächst nur hinsichtlich des in jeder Vergütung enthaltenen mindestlohnrechtlichen Sockelbetrages, nicht jedoch bezüglich des darüber hinausgehenden Lohnanteils. Ob diese Differenzierung auch für **generelle Ausschlussfristen** gelten kann, die den Mindestlohn nicht ausdrücklich ausklammern, ist umstritten.²⁵⁰ So erklärt der Wortlaut des § 3 Satz 1 MiLoG den Mindestlohn beschränkende Klauseln nur „insoweit“ für unwirksam, was teilweise als gesetzliche Anordnung einer geltungserhaltenden Reduktion angesehen wird.²⁵¹ Allerdings verstoßen derartig undurchsichtige Regelungen gegen das Transparenzgebot gemäß § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB, da sie den ab dem 1.1.2015 zu zahlenden gesetzlichen Mindestlohn nicht ausnehmen, insofern ergo nicht klar und verständlich sind und den Arbeitnehmer in der Geltendmachung seines Mindest-

243 Vgl. BT-Drs. 18/1558, S. 35.

244 *Thüsing*, § 3 MiLoG Rn. 5.

245 *Lakies*, § 3 MiLoG Rn. 4.

246 Zur Ermittlung der üblichen Vergütung: Palandt-*Weidenkaff*, § 612 BGB Rn. 8 ff.

247 Vgl. *Bayreuther*, NZA 2014, 865, 866; *Lakies*, § 3 MiLoG Rn. 5 ff.; kritisch: *Sittard*, RdA 2015, 99, 106.

248 BT-Drs. 18/1558, S. 35.

249 Kritisch: MASIG-*Maschmann*, 432 Rn. 58; zweifelnd: *Bepler/Hanau*, in Ausschuss-Drs. 18(11)148, S. 142; beschwichtigend: *Düwell/Schubert*, § 3 MiLoG Rn. 59 f.

250 Vgl. MASIG-*Maschmann*, 432 Rn. 59; *Preis/Ulber*, S. 56.

251 Zustimmend: *Lakies*, § 3 MiLoG Rn. 46 f.

Kap. 3 Gesetzlicher und tariflicher Mindestlohn

lohnanspruch einschränken.²⁵² Aufgrund der bestehenden Rechtsunsicherheit ist eine Teilung entsprechender Klauseln anzuraten.

- 68 Eine Ausnahme zu § 3 Satz 1 MiLoG besteht für die gemäß § 7 AEntG allgemeinverbindlich erklärten **Branchenmindestlöhne**, soweit die Vorrangregelung des § 1 Abs. 3 MiLoG greift (s. Rn. 11).²⁵³ In derartigen Kollektivregelungen können Ausschlussfristen abweichend von § 3 Satz 1 MiLoG normiert werden, § 9 Satz 3 AEntG.
- 69 Ein **Verzicht** auf den entstandenen Mindestlohnanspruch ist nur durch gerichtlichen Vergleich möglich, § 3 Satz 2 MiLoG.²⁵⁴ Der Norm unterfallen auch zweiseitige Rechtsgeschäfte wie die Ausgleichsquittung, der Erlassvertrag oder das negative Schuldanerkenntnis. Gleiches gilt für einige prozessrechtliche Erklärungen wie bspw. das Anerkenntnis.²⁵⁵ Auf erst künftig entstehende Mindestlohnansprüche kann nicht verzichtet werden. Dies gilt nicht für die **Stundung**, da diese nur die Fälligkeit hinausschiebt. Nach § 3 Satz 3 MiLoG ist eine **Verwirkung** ausgeschlossen.²⁵⁶ Die allgemeinen **Verjährungsvorschriften** nach den §§ 194 ff. BGB bleiben uneingeschränkt anwendbar.

252 BAG 18.8.2018, 9 AZR 162/18; vgl. *Bayreuther*, NZA 2014, 865, 870; *Düwell/Schubert*, § 3 MiLoG Rn. 24 ff.; wohl auch in diese Richtung tendierend: BAG 24.8.2016, 5 AZR 703/15, BeckRS 2016, 73916; ablehnend: *Preis/Ulber*, S. 56 f.

253 S. Rn. 11 sowie *Lakies*, § 3 MiLoG Rn. 18 ff. mit einer Übersicht zu den Ausschlussfristen in Branchenmindestlöhnen in Rn. 26.

254 Vertiefend: *Lakies*, § 3 MiLoG Rn. 10 ff.

255 *Riechert/Nimmerjahn*, § 3 MiLoG Rn. 29 ff.

256 Siehe dazu: *Hilgenstock*, Rn. 173 ff.

Kapitel 4

Tarifliche Grundvergütung

Schrifttum: *Bauer*, „Alles hat seinen Preis“ – Entgeltgestaltung aus Sicht der Wirtschaftswissenschaft, NZA-Beil. 2014, 109, 4. Aufl. 2014; *Ernst*, Aufstieg – Anreiz – Auslese, 1998; *Müller-Glöge*, aktuelle Rechtsprechung zum Recht der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, RdA 2006, 105; *Richardi*, Mitbestimmung bei der Entgeltgestaltung, NZA-Beil. 2014, 155; *Rieble*, Flexible Gestaltung von Entgelt und Arbeitszeit im Arbeitsvertrag, NZA-Beil. 2000, 34; *Riechert/Nimmerjahn*, Mindestlohngesetz, 1. Aufl. 2015; *Scholz*, Personalmanagement, 5. Aufl. 2000; v. *Hoyningen-Huene*, Vergütungsregelungen und Mitbestimmung des Betriebsrats (§ 87 I Nr. 10 BetrVG), NZA 1998, 1081.

Übersicht

	Rn.		Rn.
I. Prinzipien von Vergütungssystemen	1	3. Doppelter Sperrvorbehalt und Entgeltsysteme	46
1. Die verschiedenen Entgeltfindungssysteme	2	4. Tarifbindung und Gleichstellungsabrede	51
a) Analytische Entgeltssysteme	2	5. Durchsetzung von Zahlungs- und Eingruppierungs-Ansprüchen durch den Mitarbeiter	56
b) Summarische Entgeltsysteme	4	III. Flächentarifvertrag, Firmentarifvertrag und ergänzende Regelungen	66
c) Andere Systematiken der Entgeltfindung	6	1. Verbandstarifvertrag	67
d) Gemeinsamkeiten der Systeme	7	2. Firmentarifvertrag	72
e) Eckentgeltgruppe	8	3. Firmenbezogener Verbands-tarifvertrag	74
f) Senioritätsprinzip	11	4. Ergänzungs- und Einheitstarifvertrag	76
2. Vergütungen jenseits der Grundentgelte	20	5. Ergänzende Regelungen durch Betriebsvereinbarung	79
a) Leistungssysteme	24	IV. Außertarifliche Beschäftigte	82
b) Zusätzliches Urlaubsgeld	25	1. Definition des außertariflichen Beschäftigten	82
c) Jahresleistung, Weihnachtsgeld, Sonderzahlung	29	2. Reichweite von Tarifverträgen in außertarifliche Beschäftigungsverhältnisse	84
d) Zuschläge	31	3. Mitbestimmung des Betriebsrats für Entgeltsysteme	87
e) Sondervergütungen	32	V. Übertarifliche Entgeltbestandteile	88
3. Vergütung ohne System	33		
II. Anwendung der tariflichen (Grund-)Vergütung, betriebliches Vergütungssystem oder einzelvertragliche Lösungen	35		
1. Unternehmen/Betriebe ohne Tarifbindung und Betriebsrat	36		
2. Betriebsrat und Mitbestimmung – Reichweite und Grenzen	41		

I. Prinzipien von Vergütungssystemen

- 1 Die Systeme zur Entgeltfindung beruhen im Wesentlichen auf zwei verschiedenen Ansätzen: dem analytischen oder summarischen Arbeitsbewertungssystem.¹ Selbstverständlich sind auch Mischformen zu finden. Im Grundsatz liegen auch Vergütungssystemen stets betriebswirtschaftliche Erwägungen zugrunde (s. Kap. 1).

1. Die verschiedenen Entgeltfindungssysteme

a) Analytische Entgeltsysteme

- 2 Die analytische Stellenbewertung **zerlegt die Aufgabe** (bzw. die Summe aller Aufgaben) in einzelne **Anforderungen** – etwa Fachkönnen, Verantwortung, Denkraumen, Personalverantwortung, mitunter auch Fach- oder Führungslaufbahn. Wichtige Vertreter dieser Systematik sind neben einigen Systemen der Metallindustrie (etwa Nordwürttemberg-Nordbaden, Nordrheinwestfalen) die meisten auf dem Markt beziehbaren Systeme (nur beispielhaft genannt seien Hay, Strata, und TowersWatson). Die jeweiligen **Einzelmerkmale** werden bepunktet. Die Summe der Punkte wird sodann mit einer Tabelle verglichen, aus der sich die Einstufung ergibt.

3 Beispiel:

Entgelt-Rahmen-Tarifvertrag (ERA-TV) M+E-Industrie Nordwürttemberg-Nordbaden (Ausschnitt)

Beurteilungspunkte	Punkte
Wissen und Können	
Kenntnisse, körperliches Können bzw. Fertigkeiten, die eine Arbeitsunterweisung und längere Übung erfordern	4
Kenntnisse, körperliches Können bzw. Fertigkeiten, die ein systematisches Anlernen über einen Zeitraum der Stufe A 3 hinaus erfordern, wobei das Anlernen auch die Vermittlung theoretischer Kenntnisse umfassen kann	7
abgeschlossene, in der Regel drei- bis dreieinhalbjährige Berufsausbildung i. S. des BBiG	13
abgeschlossenes Universitätsstudium	29
Erfahrung	
mehr als 2 Jahre bis zu 3 Jahren	5
mehr als 5 Jahre	10

¹ Vergleiche für viele Scholz, 8.4.2, S. 735 ff.

Beurteilungspunkte	Punkte
Handlungsspielraum/Verantwortung	
Die Arbeitsdurchführung erfolgt nach Anweisungen.	1
Die Arbeitsdurchführung erfolgt nach Anweisungen mit Handlungsspielraum innerhalb der Arbeitsaufgabe.	7
Die Arbeitsdurchführung erfolgt nach Zielvorgaben mit erweitertem Handlungsspielraum für ein komplexes Aufgabengebiet.	14

E-Gruppe	2	3	4	5	6	7	8	9	...
Punkte	7–8	9–11	12–14	15–18	19–22	23–26	27–30	31–34	...

b) Summarische Entgeltsysteme

Die summarische Stellenbewertung indes (zu finden ebenfalls in etlichen Tarifwerken der Metallindustrie, etwa Bayern und Hessen, sowie bundesweit in der chemischen Industrie, Tarifverträgen der Arbeitnehmerüberlassungsbranche) hat einen anderen Ansatz der Bewertung: Auch hier handelt es sich um ein **anforderungsabhängiges** Entgeltsystem, das jedoch die Arbeit nicht in einzelne Teile zerlegt, sondern die **Tätigkeit gesamthaft** – eben summarisch – bewertet und nach einer Typik den einzelnen Entgeltgruppen zuordnet.

Beispiel:

Bundesentgelttarifvertrag der chemischen Industrie (Auszug):

„E 2

Arbeitnehmer, die Tätigkeiten verrichten, für die Kenntnisse und Fertigkeiten erforderlich sind, die durch eine angemessene Berufspraxis von in der Regel bis zu 13 Wochen erworben werden.

E 6

Arbeitnehmer, die Tätigkeiten verrichten, für die Kenntnisse und Fertigkeiten erforderlich sind, die durch eine abgeschlossene mindestens dreijährige Berufsausbildung in einem nach dem Berufsbildungsgesetz anerkannten oder gleichgestellten Ausbildungsberuf erworben worden sind. Das Merkmal der abgeschlossenen Berufsausbildung wird erfüllt durch den erfolgreichen Abschluss z. B. einer Handwerker Ausbildung sowie einer Ausbildung zum Kaufmann, Chemikanten, Pharmakanten, Technischen Zeichner oder zur Fachkraft für Lagerwirtschaft.

Arbeitnehmer ohne eine derartige planmäßige Ausbildung, die aufgrund mehrjähriger Berufspraxis gleichwertige Kenntnisse und Fertigkeiten erworben haben und entsprechende Tätigkeiten ausüben.

E 11

Arbeitnehmer, die im Rahmen allgemeiner Richtlinien selbstständig kaufmännische oder technische Tätigkeiten verrichten, für die eine Ausbildung an einer Fachhochschule zum Betriebswirt, zum Ingenieur oder ein gleichwertiger Abschluss vorausgesetzt werden. Die Berufsausbildung kann durch aufgrund einer entsprechenden Berufserfahrung auf einem Arbeitsplatz der Gruppe E 10 erworbene gleichwertige Kenntnisse ersetzt werden.

Meister mit einem nicht einfachen Arbeitsgebiet, die für den ihnen zugewiesenen Aufsichtsbereich die Verantwortung tragen, wenn in ihm überwiegend Arbeitnehmer der Gruppe E 6 tätig sind.“

c) Andere Systematiken der Entgeltfindung

- 6 Gänzlich anderen Systematiken folgen häufig Eingruppierungssysteme der Beamten bzw. beamtenähnlichen Beschäftigten und im öffentlichen Dienst: die Richter- und Soldatenvergütungen sind etwa **reine Laufbahnvergütungssysteme**, der TVöD Bund Entgeltordnung sieht im Bereich „besondere Beschäftigungsgruppen“ eine real **ausbildungsbezogene** Eingruppierung mit anschließenden Laufbahnelementen vor. Hier geht es also nicht wie bei den analytischen und summarischen Entgeltsystemen um die tatsächlichen Anforderungen, die die konkret geschuldete Tätigkeit aufwirft, sondern um **formale Kriterien**, die zur Eingruppierung erfüllt sein müssen.

d) Gemeinsamkeiten der Systeme

- 7 Den Systemen ist gemein, dass ein **Rangreihenverfahren** angewandt wird. Beim analytischen Verfahren ist dies aufgrund der Bepunktung von vornherein gegeben, beim summarischen Verfahren folgt dies üblicherweise einer Typologie, die den für die jeweils ausgeübten Tätigkeiten üblicherweise erforderlichen Ausbildungen und Berufserfahrungen folgt (wobei von Bedeutung ist, dass die zugrunde gelegte Ausbildung nicht tatsächlich durchlaufen worden sein muss, sondern dass die Tätigkeit eben nur „üblicherweise“ nach Durchlaufen dieser Ausbildung erbracht werden kann – Ausbildungspläne und universitäre Curricula sind also wertvolle Hilfsmittel).

e) Eckentgeltgruppe

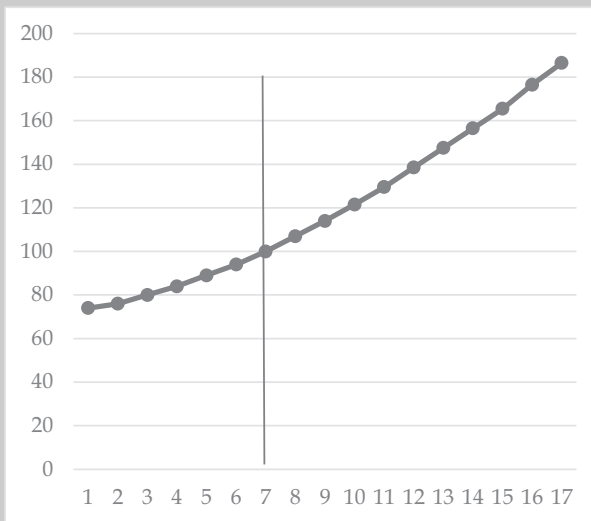
- 8 Zumeist wird eine bestimmte Entgeltgruppe – in der Regel ist diese diejenige, in der ein Facharbeiter/ein Beschäftigter mit Tätigkeiten, für die typischerweise eine drei- oder dreieinhalbjährige berufsbildungsgesetzmäßige Ausbildung erforderlich ist – zur „Eckentgeltgruppe“ definiert. Für diese wird der Grundlohn

nach arbeitswissenschaftlichen Methoden berechnet. Von hier aus erfolgt dann in rechnerischen Schritten eine **Ableitung aller anderen Entgeltgruppen**.

Von Bedeutung ist, dass die **Entgeltkurve** in aller Regel nicht linear sondern **progressiv** ansteigend ist. Dies folgt aus dem sog. **Tournament-Prinzip**, nachdem jede weitere, höherwertigere Tätigkeit ein Stück mehr zusätzlicher Anstrengung bedarf, als der vorherige Schritt. Entliehen ist diese Theorie dem Sport (das ist vergleichbar mit dem „Turnier“ im Sport, wo jede Zehntelsekunde schneller auf 100 m jeweils überproportional mehr Anstrengung bedarf – und daher im Sinne eines **Anreiz-Beitrags-Systems** stärker belohnt werden muss, um diese Leistung herbeizuführen). Erste Untersuchungen belegten bereits Mitte der 1980er Jahre in Japan die Anwendung dieses mittlerweile gängigen Systems in der Entlohnung.² 9

Beispiel:

Entgelt-Rahmen-Tarifvertrag (ERA-TV) M+E-Industrie Nordwürttemberg-Nordbaden (mit eingezeichneter Eckentgeltgruppe E 7) 10



f) Senioritätsprinzip

Ein weiterer in vielen Tarifverträgen zu findender Mechanismus ist, ein gewisses Senioritätsprinzip abzubilden. Dabei geht es keinesfalls darum, Lebensalter 11

² Ernst, S. 175.

Kap. 4 Tarifliche Grundvergütung

oder Berufstätigkeitsjahre per se zu vergüten. Vielmehr entspricht diese Vergütungsstrategie einem **personalpolitisch-arbeitsrechtlichen Dilemma**:

- 12 **Zeitlohn** bringt einen inneren Konflikt – ein sog. Moral-Hazard-Problem – mit sich: ein gewisser Anreiz, seine Zeit „abzusitzen“. Ein Gegenmittel hierzu ist Kontrolle – denn nicht erbrachte Arbeitsleistung kann auch im Zeitlohn in Abzug gebracht werden.³ Oder die Arbeitsbereitschaft wird sichergestellt durch eine zeitliche Ausgestaltung des Lohnes über die Karriere eines Arbeitnehmers hinweg: Zu Beginn der Karriere erhält der Arbeitnehmer (arbeitswirtschaftlich gesehen) eine „Unterbezahlung“, die im späteren Arbeitsleben durch „Überbezahlung“ kompensiert wird.⁴
- 13 Beispiele für solche Systeme der „Jahre in der Gruppe“ o. Ä. finden sich in den Tarifverträgen etliche.

14 **Beispiel:**

Jahre in der Gruppe nach dem Bundesentgelttarifvertrag der chemischen Industrie (Auszug)

Jew. in %	E 7	E 8	E 9	E 10
Anfangssatz	100	100	74	76
Nach 2 Tätigkeitsjahren	106	106	81	83
Nach 4 Tätigkeitsjahren	112	113	89	91
Nach 6 Tätigkeitsjahren	118	120	100	100

- 15 Das BAG geht durchaus davon aus, dass in diesen Systemen – häufig „**Bewährungsaufstieg**“ oder „**Zeitaufstieg**“ genannt – nicht ausschließlich der Zueginn der Arbeitnehmer an Erfahrungswissen honoriert wird;⁵ rechtliche Bedenken sind hiergegen nicht zu finden. Allerdings sind solche Systeme auch durchaus mit Vorsicht anzugehen, denn teils werden auch **Ausfallzeiten** in die Bewährungszeit eingerechnet – etwa Zeiten nach dem ArbPlatzSchG.⁶
- 16 Alternativen hierzu, die diesen „Moral Hazard“ nicht aufwerfen, sind **Stücklohnvergütungssysteme**. Reine Stücklohnsysteme⁷ (s. Kap. 2 Rn. 9, 25) finden sich zumindest in Deutschland praktisch nicht. Ein wichtiger Grund hierfür ist die große Schwierigkeit und der erhebliche Aufwand, mit arbeitswissenschaftlichen Instrumenten die jeweiligen Tätigkeiten exakt zu bewerten und zu bemes-

3 ErfK-Preis, § 611 BGB Rn. 390.

4 Bauer, NZA-Beil. 2014, 109, 113.

5 BAG 12.4.2016, 6 AZR 731/13, NZA 2016, 833.

6 BAG 28.6.1994, 3 AZR 988/93, AP ArbPlatzSchG § 6 Nr. 6.

7 Die durchaus zulässig sind, Rieble, NZA-Beil. 2000, 34, 43.

sen. Während in der fertigen Industrie und insoweit bezüglich häufig stücklohnzugänglichen Arbeiten die Bewertung an sich noch angehen mag, sind auch hier schon Wechsel z.B. der Produktionslinie, zumal in schneller Folge, kaum effizient abbildbar. Das kann innerhalb eines Betriebes ggf. jeweils durch Refa-Methoden gemessen werden, ist für betriebsübergreifende Entgeltsysteme jedoch unbrauchbar; und bei tariflichen Entgeltsystemen sprechen wir gerade von überbetrieblichen Systemen, zudem noch in fertigungstechnisch völlig unterschiedlichen Teilbranchen. Hinzu tritt die Erforderlichkeit verlässlicher Messungen, die unabhängig von Vorleistungen anderer Mitarbeiter, Maschinenausfällen etc. ist.⁸ Und schließlich impliziert ein reines Stücklohnprinzip, dass auch eine hinreichende Weisungsfreiheit besteht – wie etwa bei Heimarbeit, die regelmäßig im Stücklohn vergeben wird.

Ein weiterer Grund, weshalb Stücklohn wenig geeignet erscheint, ist neuerdings auch das Mindestlohngesetz (s. Kap. 3 Rn. 60), das einfordert, dass eine etwaige Stücklohnvereinbarung letztlich doch wieder auf Stundenlohn umgerechnet werden muss.⁹ **17**

Ebenfalls ist beachtlich, dass beim Stücklohn regelmäßig auch das Ergebnis selbst im Vordergrund steht, sodass letztlich eher ein Werkvertrag denn ein Dienstvertrag, der den Archetyp des Arbeitsverhältnisses darstellt, vorläge (z. B. beim Zeitungszusteller ist dem Unternehmer wichtig, dass die Zeitung ankommt, und dies vor einer bestimmten Uhrzeit – die Route, Geschwindigkeit etc. ist ihm regelmäßig jedoch gleichgültig. Gleichwohl der Zeitungszusteller allerdings nach Auffassung der überwiegenden Rechtsprechung – und dies selbst bei mehreren Auftraggebern – Arbeitnehmereigenschaft besitzen soll.¹⁰ **18**

Indes, beim Zeitlohn verbleibt das Weisungsrecht vollständig beim Arbeitgeber – wodurch eine **ineinandergreifende Arbeitsorganisation** letztlich erst möglich wird. Allerdings bleibt auch das Qualitäts- und Leistungsrisiko damit letztlich vollständig beim Arbeitgeber. Dies ist ein Grund dafür, dass auf den Grundlohn häufig Zusatzleistungen aufsetzen, wie eben Akkordlohn (s. Kap. 1 Rn. 38) oder Leistungsvergütung (s. Kap. 20 Rn. 1). **19**

2. Vergütungen jenseits der Grundentgelte

Hinsichtlich der nachfolgenden Entgeltbestandteile wird sehr im Einzelfall zu entscheiden sein, ob diese zur tariflichen „Grundvergütung“ zu zählen sind oder ob ihnen ein anderer Charakter zuzubilligen sein wird. Für tarifliche Zulagen etc. definieren die **Tarifverträge** selbst regelmäßig auch, welche Ent- **20**

⁸ Bauer, NZA-Beil. 2014, 109, 113.

⁹ Riechert/Nimmerjahn, § 2 MiLoG Rn. 13 ff.

¹⁰ Für viele: LAG Düsseldorf 5.3.1996, 16 Sa 1532/95, DB 1996, 1285.

Kap. 4 Tarifliche Grundvergütung

geltbestandteile in die Berechnung einzubeziehen sind, teilweise auch sehr detailliert.

21

Beispiel:

Manteltarifvertrag für die chemische Industrie, Protokollnotiz

Die Tarifvertragsparteien verstehen im Manteltarifvertrag:

1. unter „Tarifentgelt“ die gemäß § 8 BETV in den bezirklichen Entgelttarifverträgen als Stunden- bzw. Monatssätze ausgewiesenen Tarifentgelte;
2. unter „Monatsentgelt“ das monatliche Tarifentgelt, die tariflichen und die übertariflichen Zulagen, soweit diese regelmäßig monatlich gezahlt werden und nicht von der Arbeitszeit abhängig sind;
3. unter „laufende Monatsbezüge“ das Monatsentgelt und alle anderen monatlich regelmäßig gezahlten Beträge einschließlich Pauschalen für Mehrarbeit, Nacharbeit, Sonntags- und Feiertagsarbeit;
4. unter „Arbeitsverdienst“ die laufenden Monatsbezüge.
5. Bei der Entgeltfortzahlung ohne Arbeitsleistung können Entgeltbestandteile, die monatlich regelmäßig, aber nicht in gleicher Höhe anfallen, nach den durchschnittlichen Verhältnissen der letzten 12 abgerechneten Kalendermonate oder eines anderen durch Betriebsvereinbarung festzulegenden Zeitraums berechnet werden; ...

- 22 Im Sinne des **Bundesurlaubsgesetzes**, § 11 Abs. 1 BUrlG, wird die Grundvergütung mit dem Durchschnittsverdienst der letzten 13 Wochen zu definieren sein – mit Ausnahme der Mehrarbeitsvergütung –, also Akkordlohn, Provision etc. eingeschlossen.¹¹ Für Fortzahlung des Entgelts im Krankheitsfall und bei Feiertagen sieht dies § 4 EfzG vergleichbar, lediglich nicht in einer Retrospektive, sondern gemäß Lohnausfallprinzip; d.h., dass außer Zahlungen mit Auslagenersatz und der Mehrarbeitsvergütung (§ 4 Abs. 1a EfzG) im Grundsatz alle Vergütungsbestandteile Berücksichtigung finden müssen.¹² Einmalzahlungen sind nach beiden Regelungen indes nicht zu berücksichtigen.¹³
- 23 Anders indes im Sinne des **Kündigungsschutzrechts**, dort §§ 1a Abs. 2, 10 Abs. 3 KSchG: Danach ist maßgeblich der regelmäßige Verdienst des Endmonats inklusive Geld- und Sachleistungen, und insbesondere Einmalzahlungen wie Tantieme, Jahresabschlussbeteiligung etc. sind auf den Monat umgelegt einzubeziehen.¹⁴ Ein einheitlicher Begriff eines (tariflichen) Grundentgelts ist daher nicht zu sehen.

11 NFK-Neumann, § 11 BUrlG Rn. 11 ff.

12 BeckOKArbR-Ricken, § 4 EfzG Rn. 7–16; Übersicht bei Müller-Glöße, RdA 2006, 105; ErfK-Reinhard, § 4 EfzG Rn. 11–12.

13 Mit Ausnahme von Einmalzahlungen, die eine Entgelterhöhung pauschaliert abgelten, etwa BAG 21.9.2011, 5 AZR 265/10, NZA 2012, 471 zu einer tariflichen Einmalzahlung im Zusammenhang mit einer erst später erfolgenden tariflichen Erhöhung der Entgelttabelle.

14 APS-Biebl, § 10 KSchG Rn. 13–19.

a) Leistungssysteme

Um Leistungsanreize zu setzen und unternehmerische Risiken und Chancen auch auf Arbeitnehmerebene zu spiegeln, werden häufig auf den Grundlohn Zusatzleistungen aufgesetzt oder Teile des Grundlohns¹⁵ leistungsorientiert ausbezahlt; diesbezüglich sei auf die diese Entgeltbestandteile ausführlich behandelnden Kapitel verwiesen (Akkordlohn s. Kap. 1 Rn. 38, Leistungsvergütung s. Kap. 20 Rn. 1 ff.). **24**

b) Zusätzliches Urlaubsgeld

Nahezu alle größeren Flächentarifverträge sehen ein **zusätzliches Urlaubsgeld** **25** – häufig vereinfacht „Urlaubsgeld“¹⁶ genannt, im Gegensatz zum „Urlaubsentgelt“, das die laufenden Bezüge während des Urlaubs darstellt – vor. Dabei finden sich folgende Erscheinungsformen:

Höhe des Urlaubsgeldes: Hier finden sich zwei Grundmodelle. Das eine regelt einen festen Entgeltbetrag je Urlaubstag (z. B. in der chemischen Industrie 20,45 EUR¹⁷). Das andere orientiert sich mit seiner Berechnungsformel an der Grundvergütung (ggf. auch mit Zulagen) (so z. B. in der M+E-Industrie 50 % von 1/21,75tel des täglichen Entgelts¹⁸). **26**

Fälligkeit und Rückerstattung des zusätzlichen Urlaubsgeldes: Zur Fälligkeit ist das Urlaubsgeld üblicherweise im Zusammenhang mit dem tatsächlich gewährten Urlaub gestellt (meist streng akzessorisch) oder aber, durch entsprechende Öffnungsklauseln im Tarifvertrag¹⁹ abgesichert, mittels Betriebsvereinbarung zu regeln. **27**

Rechtsqualität des Urlaubsgeldes: Das Urlaubsgeld kann sowohl als (voll rückzuzahlende) Gratifikation wie auch als (teiltrückzuzahlende) Vergütung für Arbeitsleistung geregelt werden. Am häufigsten wird tarifvertraglich eine Rückzahlung von (nur) ratierlich zu berechnendem zusätzlichem Urlaubsgeld – also für diejenigen Urlaubstage, für die der Arbeitgeber auch keine Urlaubsvergütung zu leisten braucht, insbesondere bei unterjährigem Austritt – geregelt.²⁰ Dadurch wird auch verdeutlicht, dass dem zusätzlichen Urlaubsgeld im Wesentlichen der Charakter der **Gegenleistung** für erbrachte Arbeitsleistung zugebilligt wird. Genauso ist aber zulässig, eine zusätzliche Urlaubsvergütung in **Gratifi-** **28**

15 Moll-Hexel, § 20 Rn. 43.

16 NFK-Neumann, BUrlG § 5 Rn. 72.

17 § 10 TV über Einmalzahlungen und Altersvorsorge.

18 Z. B. gem. § 4.3 Urlaubsabkommen Beschäftigte NW/NB.

19 Etwa § 11 TV über Einmalzahlungen und Altersvorsorge in der Chemischen Industrie; § 4.5 Abs. 4 Urlaubsabkommen Beschäftigte M+E-Industrie NW/NB.

20 Etwa § 13 TV über Einmalzahlungen und Altersvorsorge in der Chemischen Industrie.

Kap. 4 Tarifliche Grundvergütung

kationsform (auch mit vollständiger Rückgewährungspflicht bei Ausscheiden vor einem bestimmten Termin) zu vereinbaren.²¹

c) Jahresleistung, Weihnachtsgeld, Sonderzahlung

- 29 Ebenso enthalten die meisten Flächentarifverträge eine zusätzliche Vergütung zum Jahresende; je nach Tarifvertrag sind diese Zahlungen als „tarifliche Sonderzahlung“, „tarifliche Einmalzahlung“, „Jahresleistung“ bezeichnet und stellen letztlich das eher bekannte „**Weihnachtsgeld**“ dar. Auch hier ist die Höhe der Leistung unterschiedlich. Leistungen von 50 % bis 100 % eines Monatsentgelts sind üblich.²²
- 30 Gemeinsam ist diesen Zahlungen meist einmal die **Fälligkeit**, in der Regel mit der November- oder Dezemberabrechnung,²³ häufig ist die Fälligkeit vermittels einer tariflichen Öffnungsklausel betrieblich anderweitig vereinbar. Zum anderen knüpft sie häufig – anders als das Urlaubsgeld – an den **Bestand des Arbeitsverhältnisses** an,²⁴ und häufig auch an den weiteren Bestand des Arbeitsverhältnisses in Zukunft²⁵; sind diese Voraussetzungen nicht gegeben, erfolgt keine Auszahlung bzw. besteht ein Rückzahlungsanspruch des Arbeitgebers. Die **Rechtsqualität** dieser Zahlungen ähnelt damit sehr viel mehr als das Urlaubsgeld einer Gratifikation.²⁶

d) Zuschläge

- 31 Praktisch alle Tarifverträge sehen ein zisieliertes **System an Zuschlägen** vor. Standard sind Zuschläge für Mehrarbeit, Sonn- und Feiertagsarbeit und Schichtarbeit. Auch üblich sind Zuschläge für Nachtarbeit und Arbeit unter besonderer Belastung sowie Rufbereitschaft – Letzteres häufig als Pauschale. Auch Exoten

21 BAG 15.3.1973, 5 AZR 252/72, AP BGB § 611 Gratifikation Nr. 78.

22 Z. B. Tarifvertrag über Einmalzahlungen und Altersvorsorge der chemischen Industrie, § 5: 95 %; Tarifvertrag über die Absicherung betrieblicher Sonderzahlungen M+E Nordwürttemberg/Nordbaden, § 2: 55 %.

23 Z. B. Tarifvertrag über Einmalzahlungen und Altersvorsorge der chemischen Industrie, § 6: 30.11.; Tarifvertrag über die Absicherung betrieblicher Sonderzahlungen M+E Nordwürttemberg/Nordbaden, § 3: 1.12.

24 Z. B. Tarifvertrag über die Absicherung betrieblicher Sonderzahlungen M+E Nordwürttemberg/Nordbaden, § 2.1: Betriebszugehörigkeit im Auszahlungspunkt mindestens 6 Monate.

25 Z. B. Tarifvertrag über Einmalzahlungen und Altersvorsorge der chemischen Industrie, § 4: ungekündigtes Arbeitsverhältnis am 31.12.; Tarifvertrag über die Absicherung betrieblicher Sonderzahlungen M+E Nordwürttemberg/Nordbaden, § 2: im Auszahlungspunkt kein arbeitnehmerseitig gekündigtes Arbeitsverhältnis 1.12.

26 Vgl. hierzu BAG 15.3.1973, 5 AZR 252/72, AP BGB § 611 Gratifikation Nr. 78.

wie „Spätarbeit“ finden sich vereinzelt.²⁷ Im Übrigen sei auf die Ausformung und Gestaltung dieser Vergütungsbestandteile auf die Kapitel Überstundenpau-
schale (s. Kap. 27) und Nacht (s. Kap. 28 Rn. 22, Kap. 27 Rn. 6) verwiesen.

e) Sondervergütungen

Neben Zuschlägen finden sich auch weitere Sondervergütungsarten, wie etwa **32**
Vertretungsvergütungen, Bereitschaftsvergütungen (Bereitschaft s. Kap. 28
Rn. 18 ff.), selten auch Mitarbeitererfolgsbeteiligungen.²⁸ Zu anderen Sonder-
vergütungen – in der Regel außerhalb des Tarifwerkes – an anderer Stelle (Halte-
prämien s. Kap. 21).

3. Vergütung ohne System

Unternehmen **ohne Tarifbindung** sind im Grundsatz auch frei, die Vergütungen **33**
ohne Vergütungssystem festzulegen bzw. zu vereinbaren; bei tarifgebundenen
Unternehmen gilt dies auch für den Bereich der außertariflichen Beschäftigten.

Besteht ein Betriebsrat, ist dieser einzubinden (s. Kap. 12). Im Übrigen gilt es **34**
auch bei Anwendung einer „frei vereinbarten Vergütung“ einige Regelungen
einzuhalten:

- Beachtung des **Mindestlohngesetzes** (bei Arbeitgebern, die den öffentlichen
Sektor beliefern, zudem die einschlägigen Länder-Tariftreuegesetze).
- Vermeidung **sittenwidriger Vergütung**; eine solche liegt jedenfalls vor,
wenn nicht einmal zwei Drittel eines in dem Wirtschaftszweig üblicherweise
gezahlten Tarifentgelts erreicht wird.²⁹
- Ebenso ist der **Gleichbehandlungsgrundsatz** zu beachten (s. Kap. 11); sel-
ten wird es gelingen, zumindest bei größeren Betrieben, keinerlei Systematik
hinter die Vergütung zu legen; in diesem Fall ist zu beachten, dass ohne Sach-
grund ein einzelner Beschäftigter nicht schlechter gestellt werden darf, als
eine vergleichbare Gruppe von Beschäftigten.³⁰
- Etwaige **allgemeinverbindliche Tarifverträge**, festgesetzte Entgelte nach
dem Mindestarbeitsbedingungsgesetz oder Mindestvergütungen nach dem
Arbeitnehmer-Entsendegesetz sind ebenfalls zwingend zu beachten.

27 Die nach § 10.2 Manteltarifvertrag M+E Nordwürttemberg/Nordbaden bereits um
12:00 Uhr Mittag beginnt.

28 Eine der wenigen Ausnahmen bildet das sog. Optionsmodell in § 5a Tarifvertrag über
Einmalzahlung und Altersvorsorge chemische Industrie.

29 BAG 18.11.2015, 5 AZR 814/14, NJW 2016, 2359.

30 Vgl. BAG 13.2.2002, 5 AZR 713/00, NZA 2003, 215.

II. Anwendung der tariflichen (Grund-)Vergütung, betriebliches Vergütungssystem oder einzelvertragliche Lösungen

- 35** Im Grundsatz gilt, dass ein Arbeitnehmer dann Anspruch auf Tariflohn hat, wenn der Tarifvertrag auf das konkrete Arbeitsverhältnis Anwendung findet; dies kann durch unterschiedliche Rechtsakte erfolgen:
- Die originäre **Tarifbindung** ergibt sich aus § 3 Abs. 1 TVG; sie besteht, wenn der Arbeitnehmer in der tarifabschließenden Gewerkschaft organisiert ist, der Arbeitgeber im abschließenden Arbeitgeberverband oder aber selbst Partei des Tarifvertrages ist.
 - Vertraglich kann die Geltung eines Tarifvertrages durch die sog. „**Gleichstellungsklausel**“ vereinbart werden, ebenso kommt die Einbeziehung eines Tarifwerkes durch **betriebliche Übung** in Betracht.³¹
 - Und schließlich ist bei **Allgemeinverbindlichkeitserklärung** nach § 5 TVG ein Tarifvertrag ebenso anzuwenden.

1. Unternehmen/Betriebe ohne Tarifbindung und Betriebsrat

- 36** Die größten gestalterischen Möglichkeiten erhoffen sich regelmäßig Betriebe ohne Tarifbindung und ohne Betriebsrat. Das ist insoweit auch richtig, als zwingende tarifliche Vorgaben ebenso fehlen wie die arbeitnehmerseitige Mitbestimmung.
- 37** Allerdings erfordert die Anwendung eines Vergütungssystems gerade hier besonders achtsame Vorgehensweise: Während kollektiv geltende – also durch Betriebsvereinbarung oder Tarifvertrag eingeführte – Systeme insoweit dynamisch sind, als sie letztlich jederzeit kollektiv – auch verschlechternd – abgeändert werden können (s. Kap. 19 Rn. 7 ff.), bestehen bei individualrechtlichen Systemen, soweit der Arbeitgeber sich Änderungen (auch verschlechternd) vorbehalten möchte, folgende Herausforderungen:
- Vertraglich unbedingte Zusagen sind nur **einzelvertraglich änderbar**; im Weigerungsfall eines Beschäftigten stehen dem Arbeitgeber praktisch keine wirksamen Änderungsmöglichkeiten zur Seite.
 - **Widerrufsvorbehalte** bedürfen einer klaren Regelung, in welchen Fällen der Arbeitgeber vom Widerruf Gebrauch machen kann; während dies für Zulagen, Prämien etc. ggf. noch denkbar scheint, ist dies für ein Grundvergütungssystem letztlich kaum denkbar.³²

31 MüArbR-Richardi, § 8 Rn. 31.

32 Siehe zum aktuellen Stand ErfK-Preis, § 611 BGB Rn. 229 ff.

- Die Ausgestaltung als **freiwillige Leistung** kommt für Vergütungsbestandteile, aber ebenfalls nicht für die Grundvergütung in Betracht.
- Eine **Befristung** von Vergütungsbestandteilen als einzelne Vertragsbestandteile ist möglich,³³ jedoch nicht für die Grundvergütung.

Es verbleibt im Grundsatz danach, eine (letztlich möglichst niedrigere) Grundvergütung fest zu vereinbaren und die Lücke zur marktgerechten Vergütung durch befristete, freiwillige oder widerrufliche Zusage zu gestalten. Auf den Bewerber mag eine solche Vertragsgestaltung vermutlich nicht besonders anreizgebend wirken. **38**

Eine andere Situation besteht, wenn ein Arbeitgeber die „Last der Tarifbindung endlich abgestreift“ haben mag. Nach Wegfall einer Tarifbindung besteht zunächst einmal **Nachwirkung**, bis diese durch eine anderweitige (ggf. individuelle) Abmachung ersetzt wird,³⁴ sodass die gewünschte Gestaltungsfreiheit für Bestandsmitarbeiter nicht ohne Weiteres erreicht wird. Lediglich für Beschäftigte, die erst im **Nachwirkungszeitraum** eingestellt werden, wie auch bei Anschlussbeschäftigung eines bis dahin befristeten Beschäftigten besteht die Gestaltungsfreiheit – wobei eine Andersbehandlung wegen des Tarifentfalls nicht zu einer Diskriminierung führt.³⁵ **39**

Ist der Arbeitgeber – und nur dieser – tarifgebunden (durch Verbandsmitgliedschaft oder aber er ist selbst Tarifpartei) braucht er sich gegenüber nicht tarifgebundenen Beschäftigten ebenfalls nicht an das Tarifwerk binden, die Vereinbarung eines Entgelts (auch nach an sich unzutreffender Entgeltgruppe) ist in diesem Fall zulässig.³⁶ **40**

2. Betriebsrat und Mitbestimmung – Reichweite und Grenzen

Im Falle des Bestehens sowohl eines Tarifvertrages als auch eines Betriebsrats stehen dem Betriebsrat zunächst die Rechte aus § 99 BetrVG zu: die Mitbestimmung bei Einstellung, **Eingruppierung**, **Umgruppierung** und Versetzung. **41** Von Bedeutung ist dabei, dass jede der personalen Maßnahmen eine eigene Einbeziehung des Betriebsrats erfordert – und dieser auch gesondert zustimmen oder widersprechen kann: So wird anlässlich einer Einstellung zumeist auch eine Eingruppierung parallel erfolgen, anlässlich einer Versetzung häufig eine Umgruppierung. Dies ist aber nicht zwingend (Versetzen ohne Umgruppierung etwa).

³³ MASIG-Beckschulze, 210 Rn. 83 ff.

³⁴ BAG 13.12.1995, 4 AZR 1062/94, NZA 1996, 769.

³⁵ BAG 2.3.2004, 1 AZR 271/03, NZA 2004, 852.

³⁶ LAG Mecklenburg-Vorpommern 19.7.2005, 2 Sa 185/05, BeckRS 2005, 30804586.

Kap. 4 Tarifliche Grundvergütung

- 42 Unter **Eingruppierung** versteht man regelmäßig die Einordnung der Tätigkeit eines Mitarbeiters in ein kollektives Entgeltschema.³⁷ Es wird also i. d. R. nicht abstrakt der Arbeitsplatz bewertet, sondern jeweils der entsprechende Stelleninhaber bzw. dessen konkrete Tätigkeit. Außerdem setzt das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats voraus, dass der Arbeitgeber aus bestimmten Rechtsgründen zur Eingruppierung verpflichtet ist – Tarifbindung, vertragliche Inbezugnahme oder betriebliche Übung. Eine Eingruppierung kommt jedoch nicht in Betracht, wenn der Arbeitgeber bei der Einstellung von Arbeitnehmern eine Vergütung ohne solche Inbezugnahme aushandelt, keine Tarifbindung besteht und damit kein Vergütungsschema angewandt werden muss.³⁸ Andererseits muss eine Eingruppierung erfolgen, wenn ein Vergütungssystem tatsächlich oder rechtlich Anwendung findet oder finden muss,³⁹ wobei keine Rolle spielt, ob die Vergütung selbst sich lediglich im Rahmen der tariflichen Vergütung bewegt, deren Anspruch sich direkt aus der Eingruppierung ergibt, oder sie der Höhe nach außer- oder übertariflich ist: Fällt die **Tätigkeit** selbst in das **Eingruppierungssystem**, ist eine **Eingruppierung** auch in diesen Fällen vorzunehmen.
- 43 Dieses Mitbestimmungsrecht besteht selbst dann, wenn ein Tarifvertrag an sich vorsieht, dass nur die zu besetzenden Stellen selbst gemeinsam durch Arbeitgeber und Betriebsrat (ggf. in einer „paKo“ – paritätischen Kommission) bewertet werden und sodann der Mitarbeiter bei Einnahme dieser Stelle „automatisch“ der so gefundenen Entgeltgruppe zugeordnet wird.⁴⁰
- 44 Das Mitbestimmungsrecht bei der Eingruppierung ist kein Mitgestaltungsrecht des Betriebsrats: Der Arbeitgeber alleine legt im Rahmen des Vertrags und des Direktionsrechts die Tätigkeit des Arbeitnehmers fest. Ist diese allerdings festgestellt, erfolgt der Normenvollzug – die Anwendung des Eingruppierungssystems. Insoweit ist das Mitbestimmungsrecht bei Eingruppierungen ein Mitbeurteilungsrecht.⁴¹
- 45 Dem entspricht auch, dass das Widerspruchsrecht zur Ein- oder Umgruppierung unabhängig von dem der Einstellung oder Versetzung läuft: Mit dem Argument falscher Eingruppierung kann eben nicht der Einstellung oder Versetzung, sondern nur der Ein- oder Umgruppierung widersprochen werden.⁴²

37 BAG 11.9.2013, 7 ABR 29/12, NZA 2014, 388.

38 Richardi-Thüsing, § 99 BetrVG Rn. 70.

39 Richardi-Thüsing, § 99 BetrVG Rn. 77.

40 So zum ERA TV Nordwürttemberg/Nordbaden BAG 12.1.2011, 7 ABR 34/09, NZA 2011, 1297.

41 Bereits BAG 10.2.1976, 1 ABR 49/74, AP BetrVG 1972 § 99 Nr. 4.

42 Bereits BAG 10.2.1976, 1 ABR 49/74, AP BetrVG 1972 § 99 Nr. 4.

3. Doppelter Sperrvorbehalt und Entgeltsysteme

Dem Betriebsrat stehen für Tarifbeschäftigte innerhalb einer Tarifbindung im Grundsatz **keine gestalterischen Mitbestimmungsrechte** zu;⁴³ nach §§ 77 Abs. 3, 87 Abs. 2 Satz 1 BetrVG (sog. „doppelter Sperrvorbehalt“) verbleiben jedoch durchaus Mitbestimmungsrechte, und zwar in folgenden Fällen:

Außer Tarif Beschäftigte: Für denjenigen Personenkreis, für den der Tarifvertrag eben nicht mehr gilt, kann ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei einer Entgeltsystemgestaltung bestehen. 47

Tarifbeschäftigte: 48

- Mitbestimmungsrechte bestehen im Rahmen des § 87 Abs. 1 Nr. 10, 11 BetrVG, d. h. bei den einen Tarifvertrag **ergänzenden Entgeltsystemen**.
- Und ebenso kann ein Tarifvertrag **Öffnungsklauseln**⁴⁴ beinhalten, die z. B. Eingangsgruppen oder Zwischengruppen durch betriebliche Vereinbarung ausdrücklich zulassen. Denn soweit ein Tarifvertrag solche Regelungen ausdrücklich zulässt, greift der Sperrvorbehalt gerade nicht.

Andererseits sind Betriebsvereinbarungen, die trotz Sperrvorbehalts abgeschlossen werden, schlicht unwirksam.⁴⁵ Auch einzelvertraglich wird der Inhalt einer solchen Vereinbarung in aller Regel nicht Gegenstand des Anspruchs von Mitarbeitern sondern nur, wenn individualvertraglich gerade die Geltung einer solchen (an sich unwirksamen) Regelung Bestandteil des Arbeitsvertrages werden soll.⁴⁶ Alleine der Abschluss der Betriebsvereinbarung reicht zu dieser Annahme jedoch nicht aus, da der Betriebsrat nicht als Vertreter der Arbeitnehmer handelt sondern als betriebsverfassungsrechtlich agierendes „rechtsetzendes“ Organ. 49

Im Ergebnis ist also nur ausnahmsweise und nur ein Teil der tarifliche Grundvergütung Gegenstand der Mitbestimmung, bzw. sind nur ergänzende oder außertarifliche Systeme mitbestimmt (s. Kap. 12). 50

4. Tarifbindung und Gleichstellungsabrede

Oben (s. Rn. 35) wurde aufgeführt, dass Tarifbindung neben der originären – gesetzlichen – Tarifbindung auch vertraglich erfolgen kann. Sollen vermittels Vereinbarung die an sich nicht (gesetzlich) tarifgebundenen Beschäftigten denen, die bereits nach Gesetz tarifgebunden sind, gleichgestellt werden, spricht man von der „**Gleichstellungsabrede**“: Letztlich soll damit gewährleistet werden, dass alle Beschäftigten, gleich ob der Gewerkschaft zugehörig oder nicht, dem 51

43 So deutlich *ErfK-Kania*, § 77 BetrVG Rn. 43.

44 *MüArbR-Rieble/Klump*, § 182 Rn. 4 ff.

45 *Richardi-Richardi*, § 77 BetrVG Rn. 310.

46 *Richardi-Richardi*, § 77 BetrVG Rn. 312.

Kap. 4 Tarifliche Grundvergütung

Tarifvertrag und seinen Regelungen unterworfen sein sollen. Dies kann erhebliche Vorteile mitbringen:

- Alle Beschäftigten werden gleich behandelt
 - Tarifliche Änderungen (auch verschlechternde) sind auf alle Beschäftigten anwendbar.
 - Die (auch verschlechternde) Nutzung tariflicher Öffnungsklauseln durch Betriebsvereinbarung ist für alle Beschäftigten möglich.
- 52 Selbstverständlich „kauft“ man sich hierdurch auch ein, dass Entgeltanpassungen, Arbeitszeitreduzierungen, Einführung tariflicher Altersteilzeit etc. auf die gesamte (Tarif-)Belegschaft anzuwenden ist.
- 53 Unterschieden wird dabei in folgende Klauseltypen, mit denen eine etwaig fehlende Tarifbindung eines Beschäftigten ersetzt werden soll:⁴⁷
- Die **kleine dynamische Klausel** bezieht sich auf einen konkreten Tarifvertrag
Kennzeichen *„Das Tarifwerk vereinbart zwischen Arbeitgeberverband ... und Gewerkschaft ... im Bezirk ... ist in der jeweils gültigen Fassung auf das Arbeitsverhältnis anzuwenden.“*
 - Die **große dynamische Klausel** soll ihre Wirkung auch bei Tarifwechsel entfalten
Kennzeichen *„Es sollen diejenigen tariflichen Regelungen in der jeweiligen Fassung gelten, die anzuwenden wären, wenn der Arbeitnehmer ebenfalls tarifgebunden wäre.“*
- 54 Des Weiteren wird unterschieden, welche Regelungen nach Entfall einer Tarifbindung gelten sollen: **statische** Weitergeltung des Status quo oder auch unabhängig hiervon Weitergeltung der **Dynamik**. Letzteres ist insbesondere bedenklich, da ein Arbeitgeber z.B. bei Austritt aus dem Arbeitgeberverband keinerlei Einflussmöglichkeiten auf die materiellen Inhalte mehr hätte. Auch bei Betriebsübergängen ist eine Bezugnahme auf einen konkreten Tarifvertrag insoweit hinderlich, als dieser unabhängig von der Tarifbindung weitergilt, oder sogar das Günstigkeitsprinzip anzuwenden ist.⁴⁸ Die Verwendung einer solchen verlängerten Dynamik sollte daher reiflich überlegt werden.
- 55 **Eine Beispiel-Klausel ist:**
Soweit im Arbeitsvertrag oder in ergänzenden Vereinbarungen nichts anderes bestimmt ist, finden auf das Arbeitsverhältnis jeweils die kraft Gesetzes zwischen Arbeitgeber und gewerkschaftsangehörigen Arbeitnehmern jeweils verbindlichen Firmen- oder Verbandstarifverträge in ihrer jeweils geltenden Fassung Anwendung. Können unterschiedliche Tarifverträge anzuwenden sein, gilt der speziellere.

47 Vgl. etwa DBD-Däubler, § 305c BGB Rn. 44.

48 DBD-Däubler, § 305c BGB Rn. 46 ff., 47a.

Insbesondere gelten die dort geregelten Ausschlussfristen, Kündigungsfristen, Regelungen zu zusätzlichem Urlaubsgeld, Weihnachtsgeld, Jahresleistung oder betrieblicher Sonderleistung sowie die tariflichen Öffnungs- und Abweichungsklauseln.

Durch diese Vereinbarung soll Arbeitnehmer für den Fall, dass er/sie nicht schon aufgrund Gewerkschaftszugehörigkeit tarifgebunden ist, einem tarifgebundenen Arbeitnehmer gleichgestellt werden. Entfällt die Tarifbindung des Arbeitgebers, gelten daher die Tarifverträge statisch in der zuletzt gültigen Fassung fort, soweit sie nicht durch andere Abmachungen ersetzt werden.

Derzeit gelten die zwischen Arbeitgeberverband A und IG B bzw. in deren Namen abgeschlossenen Tarifverträge des Bezirkes C und die entsprechenden unternehmens- oder betriebsbezogenen tariflichen Zusatzvereinbarungen bzw. die in diesem Rahmen vereinbarten betrieblichen Abweichungen.

5. Durchsetzung von Zahlungs- und Eingruppierungs-Ansprüchen durch den Mitarbeiter

Hinsichtlich individualrechtlich denkbarer Ansprüche können zwei verschiedene Ausgangssituationen betrachtet werden: Ein Mitarbeiter reklamiert eine bestimmte **Eingruppierung** oder ein Mitarbeiter reklamiert eine bestimmte **Vergütung**. 56

In beiden Fällen bedarf es zunächst einer **Anspruchsgrundlage**. Diese kann – entsprechend obiger Darstellung – der aufgrund gesetzlicher Regelung geltende Tarifvertrag (beiderseitige Tarifbindung oder Allgemeinverbindlichkeit) oder aber die individualrechtliche Geltung (Arbeitsvertrag oder betriebliche Übung) sein. Selten wird auch der Gleichbehandlungsgrundsatz heranzuziehen sein. 57

Liegt eine Anspruchsgrundlage vor, ist im Fall einer Klage das **Rechtsschutzbedürfnis** zu prüfen. Da der Arbeitgeber den tariflichen Vergütungsvorschriften genügt, wenn er eine Vergütung zahlt, deren Höhe den tariflichen Sätzen entspricht, besteht für eine **Eingruppierungsfeststellungsklage** kein Feststellungsinteresse, wenn der Arbeitgeber zudem eine Erklärung abgibt, wonach alle Vergütungsbestandteile zukünftig auf der Basis einer Vergütungshöhe entsprechend der begehrten Lohngruppe gezahlt werden.⁴⁹ Einer „reinen Eingruppierungsklage“ auf individualrechtlicher Basis wird in der Regel also kein Erfolg beschert sein. Nur, wenn die Vergütung aufgrund der eingeforderten Eingruppierung höher als die bisherige sein soll, wäre das Feststellungsinteresse gegeben – da allerdings hier eine **Zahlungsklage** möglich wäre, geht diese der Feststellungsklage vor.⁵⁰ 58

⁴⁹ LAG Hessen 7.5.2013, 15 Sa 697/12, BeckRS 2013, 73105.

⁵⁰ Zum Verhältnis Feststellungs- zu Leistungsklage LAG Rheinland-Pfalz 8.9.2008, 5 Sa 801/07, BeckRS 2009, 50712.

Kap. 4 Tarifliche Grundvergütung

- 59 Ist die Vergütung tatsächlich geringer als das reklamierte Tarifentgelt, kann die Eingruppierung verbunden mit der sich hieraus ergebenden Zahlung des Tarifentgelts eingeklagt werden. Erfolg wird der Klage nur beschieden sein, wenn der Arbeitnehmer darlegen und beweisen kann, dass seine **vertraglich geschuldeten** Tätigkeiten der eingeforderten Entgeltgruppe entsprechen. Dabei ist zunächst von Bedeutung, welchen Inhalts diese vertraglich geschuldeten Leistungen tatsächlich sind. Liegt eine Tätigkeitsbeschreibung o. Ä. vor, können zumindest die Tatsachen relativ leicht dargelegt und bewiesen werden. Anders, wenn arbeitsvertraglich die Tätigkeit nur umschrieben ist („als kaufmännischer Angestellter im Einkauf“). Hier ist sorgfältigst darzulegen, welche konkreten Einzeltätigkeiten mit welchen Zeitanteilen ein Beschäftigter ausübt, um diese sodann unter die jeweiligen tariflichen Anforderungen zu subsumieren – wobei häufig eine Beweisproblematik bestehen wird.
- 60 Verfügt ein Tarifvertrag indes über (bindende) Tätigkeitsbeispiele (und nicht nur erläuternde Richtbeispiele), sind diese verbindlich, müssen indes vollständig⁵¹ erfüllt sein und zudem (je nach Tarifvertrag) regelmäßig zumindest überwiegend ausgeübt werden. Bei Vorliegen eines möglichst konkreten Tätigkeitsprofils oder einer Tätigkeitsbezeichnung mag die Zuordnung zu diesen Tätigkeitsbeispielen dann ggf. erleichtert sein, aber dennoch verbleiben auch hier nicht unerhebliche Beweishürden hinsichtlich des tatsächlichen Ausfüllens dieser Tätigkeitsbeispiele.
- 61 Übt der Beschäftigte **höherwertige Tätigkeiten** aus als diejenigen, die seiner Tätigkeitsbeschreibung entsprechen, und will eine reklamierte Höhergruppierung hierauf begründen, ist zudem zu fragen ob er dies entsprechend dem arbeitgeberseitigen Willen macht – wovon bei ständiger Hinnahme der Tätigkeiten durch den Arbeitgeber im Sinne konkludenter Vereinbarung auszugehen sein mag – oder übervertraglich dem Arbeitgeber eine Leistung gleichsam aufdrängt.⁵²
- 62 Schließlich – je nach konkretem Tarifvertrag – bleibt noch ein **Beurteilungsspielraum**, den das Tatsachengericht auszufüllen hat.⁵³
- 63 Die Hürden sind insgesamt gesehen also hoch. Dabei wird es, wenn überhaupt,⁵⁴ allenfalls im letzten entscheidungserheblichen Punkt, dem Beurteilungsspielraum, mit entscheidungserheblich sein, wie der **Betriebsrat** die Beurteilung sieht. Denn auch dieser übt lediglich ein Mitbeurteilungsrecht aus, das in tatsächlicher Hinsicht **kein Präjudiz** darstellt – zumal, wenn Arbeitgeber und Betriebsrat unterschiedliche Auffassungen vertreten.

51 Vgl. BAG 23.9.2009, Az 4 AZR 333/08, NJOZ 2010, 1311.

52 Hierzu zur gesamten Arbeitsleistung: MüArbR-Richardi/Buchner, § 34 Rn. 40.

53 BAG 22.3.1995, 4 AZN 1105/94, NZA 1996, 42.

54 A. A. MüArbR-Moll, § 21 Rn. 36 ohne weitere Begründung.

Besonderen Anforderungen steht eine Klage gegenüber, mit der eine außertarifliche Vergütung eingefordert wird. Häufig sind die höchsten Entgeltgruppen so gestaltet, dass schon die Darlegungslast – ganz abgesehen von der Beweisführung – kaum zu erfüllen ist. 64

Beispiel:

*Arbeitnehmer, die im Rahmen allgemeiner Richtlinien selbstständig kaufmännische oder technische Tätigkeiten verrichten, für die neben umfangreichen Berufserfahrungen Spezialwissen vorausgesetzt wird und bei denen entweder begrenzte Leitungsaufgaben zu erfüllen sind oder Verantwortung für Teilgebiete zu tragen ist.*⁵⁵

65

III. Flächentarifvertrag, Firmentarifvertrag und ergänzende Regelungen

Tarifliche (Grund-)Vergütungen ergeben sich wie der Name bereits besagt aus dem Tarifvertrag; dabei gibt es nicht „den“ Tarifvertrag. Bereits oben wurde dargelegt, dass die Auswahl des Tarifvertrages von Arbeitsvertrag oder Tarifbindung herrühren. Die Bezugnahme auf einen Tarifvertrag oder der kraft originärer Tarifbindung anzuwendende Tarifvertrag kann jedoch unterschiedlichen Ursprungs oder unterschiedlicher Qualität sein. 66

1. Verbandstarifvertrag

Der **Verbandstarifvertrag** – auch **Flächentarifvertrag** genannt – wird zwischen einem Arbeitgeberverband und einer Gewerkschaft abgeschlossen, § 2 Abs. 1 Alt. 2 TVG. Beide Verbände sind grundgesetzlich besonders geschützt, Art. 9 Abs. 3 GG. Dabei garantiert das Grundgesetz sowohl die aktive als auch passive Koalitionsfreiheit, also weder Arbeitgeber noch Arbeitnehmer dürfen in eine Mitgliedschaft gezwungen werden – anders als z. B. in Rechtsordnungen, die ein sog. „closed shop“-Prinzip⁵⁶ zulassen. 67

Die Verbände – Arbeitgeberverband und Gewerkschaft – schließen demnach zunächst nur für ihre **Mitglieder** den Tarifvertrag ab. Unmittelbare Geltung hat dieser zunächst nur für die Mitglieder, § 4 Abs. 1 TVG. Ist nur der Arbeitgeber Mitglied, so wird er häufig durch **Gleichstellungsklausel** (s. Rn. 51 ff.) in den Tarifvertrag auch nicht organisierte Beschäftigte einbeziehen. Andererseits ist nicht ausreichend, wenn zwar der Arbeitnehmer, nicht aber der Arbeitgeber verbandsgebunden ist. 68

⁵⁵ Bundesentgelttarifvertrag für die chemische Industrie, § 7 zur höchsten Entgeltgruppe EG 13 (Auszug).

⁵⁶ Zur allgemeinen Fragwürdigkeit deren Vereinbarkeit mit der EMRK: EGMR 13.8.1981, NJW 1982, 2717.

Kap. 4 Tarifliche Grundvergütung

- 69 Zudem muss die Verbandszugehörigkeit von Arbeitnehmer und Arbeitgeber **kongruent** sein. Ist z. B. der Arbeitgeber Mitglied im Arbeitgeberverband Chemie, gilt der Tarifvertrag nicht, wenn der Arbeitnehmer in der IG Metall organisiert ist. Er muss Mitglied der abschließenden Gewerkschaft, also in diesem Beispiel der IG Chemie, sein.
- 70 Schließlich ist von großer Bedeutung, dass die Gewerkschaft auch tatsächlich eine **Gewerkschaft** ist. Ist sie nicht mächtig⁵⁷ genug, kann sie wirksam keine Tarifverträge abschließen.
- 71 Tritt der Arbeitgeber aus dem Verband aus, gilt der Tarifvertrag weiter (**Nachwirkung**), § 3 Abs. 3 TVG. In welchem Umfang, ist zu differenzieren:
- Gesetzlich Tarifgebundene Beschäftigte: statisch, d. h. Änderungen in Vergütung und Arbeitszeit wirken sich nicht mehr aus.
 - Nicht gesetzlich Tarifgebundene: abhängig von einer etwaigen Gleichstellungsklausel (s. Rn. 51 ff.).
 - Nach Austritt eintretende Beschäftigte: keine Tarifbindung.

2. Firmentarifvertrag

- 72 Schließt ein Unternehmen direkt mit der Gewerkschaft (die satzungsgemäß zuständig ist) den Tarifvertrag ab, liegt ein **Unternehmens-** oder **Firmentarifvertrag** vor – das Grundmodell des § 2 Abs. 1 Alt. 1 TVG. Im Übrigen gelten die zum Verbandstarifvertrag dargestellten Erläuterungen.
- 73 Besonders zu beachten ist, dass ein **Konzern** als solcher keinen Tarifvertrag abschließen kann.⁵⁸ Hier muss der Konzern in Vollmacht der vertretenen Unternehmen handeln und dies im Tarifvertrag deklarieren.

3. Firmenbezogener Verbandstarifvertrag

- 74 Schließt ein Arbeitgeberverband mit der zuständigen Gewerkschaft einen Tarifvertrag für ein einzelnes Unternehmen ab – meist handelt es sich um **ergänzende Regelungen** eines Flächentarifvertrages oder diesen in einigen wenigen Punkten abweichenden Tarifvertrag – handelt es sich um einen Verbandstarifvertrag, der aber ausschließlich auf das bezuggenommene Unternehmen gilt.
- 75 Typisch sind Abweichungen in Arbeitszeit und Sonderzahlungen. Dies ist ein Grund, weshalb die Verbände in den letzten Jahren verstärkt zu **Öffnungsklauseln**, Arbeitszeitkorridoren etc. gegriffen haben. Typisch ist hierfür, dass in einem vorgegebenen Rahmen die Betriebsparteien abändernde Betriebsvereinbarungen treffen können, etwa plus oder minus drei Stunden abweichend zur ta-

⁵⁷ Überblick ErfK-Franzen, § 2 TVG Rn. 11 ff.

⁵⁸ Löwisch/Rieble, § 2 TVG Rn. 359 ff.

tariflichen wöchentlichen Arbeitszeit, die Gewerkschaft und der Arbeitgeberverband hiervon nur unterrichtet werden oder zustimmen müssen. Die Transaktionsaufwände lassen sich hierdurch erheblich reduzieren.

4. Ergänzungs- und Einheitstarifvertrag

Ergänzende und vereinheitlichende Regelungen können durch jedes der vorstehenden Tarifvertragsmodelle gestaltet werden. **76**

Der Bedarf hierzu ist gestiegen, insbesondere mit der immer stärker werdenden Konzernbindung von Unternehmen. Häufig besteht der personalpolitisch anzuerkennende Bedarf, **materielle Regelungen konzernweit** gelten zu lassen. Dies einmal aus allgemeinen personalpolitischen Überlegungen, zum anderen aber auch durch die Tatsache der immer mehr matrixförmigen Organisation und damit verbundenen Tatsache, dass eine Führungskraft Mitarbeiter in verschiedenen Tarifgebieten hat. **77**

Denn der „**Flächentarifvertrag**“ ist häufig eher mit der **Kleinstaatlichkeit** im 18. Jahrhundert zu vergleichen: Während der Manteltarifvertrag z. B. in der chemischen Industrie (mit wenigen Ausnahmen) bundesweit gilt, bestehen in der Metallindustrie alleine in Baden-Württemberg drei verschiedene Rahmenregelungen. **78**

5. Ergänzende Regelungen durch Betriebsvereinbarung

Wie erwähnt, sehen etliche Tarifverträge sog. **Öffnungsklauseln** vor, die gerade den doppelten Sperrvorbehalt aus §§ 77, 87 BetrVG „aufheben“. **79**

Beispiel:⁵⁹

- Arbeitszeitkorridor: Wochenarbeitszeiten zwischen 35 und 40 Stunden für ganze Betriebe oder Betriebsteile,
- differenzierte Arbeitszeiten für unterschiedliche Arbeitnehmergruppen,
- unterschiedliche Verteilung der Arbeitszeit über einen Zeitraum bis zu 36 Monaten,
- Entgeltkorridor bis zu 10 Prozent Absenkung,
- Tarifkonkurrenzklause: Anpassung von Betriebsbereichen an das Niveau konkurrierender Tarifverträge,
- tarifliche Jahresleistung erfolgsabhängig zwischen 80 und 125 Prozent eines tariflichen Monatseinkommens.

Damit können die Betriebspartner innerhalb der tariflichen „Leitplanken“ einen zugestandenem Korridor zur betrieblichen Gestaltung nutzen. **81**

⁵⁹ So in der chemischen Industrie, https://www.bavc.de/bavc/web/web.nsf/id/li_prat7e_mbz5.html.

IV. Außertarifliche Beschäftigte

1. Definition des außertariflichen Beschäftigten

- 82** Als **außertariflichen Mitarbeiter** (häufig „AT“) bezeichnet man üblicherweise Beschäftigte in einem Unternehmen, für das im Grundsatz ein Tarifvertrag (z. B. durch Tarifbindung) gilt, diese Beschäftigten aber – wegen der nicht mehr im Bewertungsschema des Tarifvertrags liegenden Tätigkeiten – nicht (mehr) in den persönlichen Geltungsbereich des Tarifvertrages fallen.⁶⁰ Anders gesagt: eine Tarifbeschäftigung liegt vor, wenn die Gesamttätigkeit eines Arbeitnehmers unter die tariflich definierten Tätigkeitsmerkmale zu subsumieren ist,⁶¹ außer Tarif Beschäftigte sind die hiervon nicht mehr erfassten Beschäftigten. Die Beurteilung hängt also nicht von einer **vertraglichen Vereinbarung** ab, sondern unterliegt einer **rechtlichen Bewertung**.
- 83** Häufig werden Beschäftigte, auf die der Tarifvertrag nicht angewandt wird – wegen z. B. fehlender Tarifbindung – als außertariflich bezeichnet; richtiger wäre wohl in solchen Fällen der Begriff „nebartariflich“ oder „außer Tarif Beschäftigte“. Für diese
- gilt nicht das Tarifwerk;
 - gilt nicht der doppelte Sperrvorbehalt für betriebliche Regelungen.

2. Reichweite von Tarifverträgen in außertarifliche Beschäftigungsverhältnisse

- 84** **Allerdings sehen manche Tarifverträge sog. Spannenklauseln** vor, d. h. ein außertariflicher Mitarbeiter hat z. B. Anspruch auf eine Vergütung, die mindestens 5 % über dem Tarifentgelt liegt.
- 85** Dies allerdings ist nicht gesetzlich vorgegeben, sondern hängt vom einzelnen Tarifvertrag ab. Ebenso findet sich häufig eine Klausel zu generellen Mindestbedingungen für außertariflich Beschäftigte.

86 **Beispiel:**⁶²

Arbeitnehmer, deren Aufgabengebiet höhere Anforderungen stellt als die höchste tarifliche Beschäftigungsgruppe verlangt und deren Entgelt und allgemeine Arbeitsbedingungen im Ganzen gesehen die tariflichen Mindestbestimmungen überschreiten.

In diesem Fall muss die Gesamtheit aller (materiellen) Bedingungen mindestens das höchste tarifliche Maß überschreiten.

60 MASIG-Reiserer, 532 Rn. 22 f.

61 Ständige Rspr. des BAG, etwa BAG 18.4.2007, 4 AZR 696/05, NZA-RR 2008, 144.

62 § 1 Nr. 2 Manteltarifvertrag für die chemische Industrie.

3. Mitbestimmung des Betriebsrats für Entgeltsysteme

Eine betriebliche Regelung ist durch den Betriebsrat jedenfalls dann mitbestimmt, wenn der Arbeitgeber gewisse Regelmäßigkeiten bei der Vergütungszusage anwendet, also eine gewisse Systematik besteht⁶³ – wobei sich die Mitbestimmung auf die **Systematik** beschränkt (z.B. Breite von Entgeltbändern, System der Bänder zueinander) und nicht die konkrete Vergütungshöhe erfasst. Weitere Erläuterungen hierzu in Kap. 5 (AT-Vergütung) und Kap. 12 (Mitbestimmung bei Entgeltsystemen). **87**

V. Übertarifliche Entgeltbestandteile

Zu unterscheiden ist zwischen **übertariflichen** und **außertariflichen** Zulagen: Während eine „außertarifliche“ Regelung Gegenstände betrifft, die die einschlägigen tariflichen Bestimmungen überhaupt nicht vorsehen, knüpft eine „übertarifliche“ Regelung an den tariflichen Gegenstand an, setzt ihn gleichsam voraus und geht über die tariflich normierten Mindestbedingungen hinaus.⁶⁴ **88**

Vereinfacht gesagt: die Erhöhung oder ein „Zuschlag“ auf eine tarifliche Leistung ist übertariflich, eine Leistung, die der Tarifvertrag überhaupt nicht vorsieht außertariflich. Beträgt also das monatliche Entgelt 3.500 EUR und ein Arbeitgeber zahlt 3.800 EUR monatlich, liegt in der Regel eine übertarifliche Zulage („ütZ“) vor. Zahlt der Arbeitgeber ein Ostergeld, das der Tarifvertrag gar nicht vorsieht, liegt ein außertariflicher Entgeltbestandteil vor. Dieser Unterschied kann bedeutsam sein, denn üblicherweise sind übertarifliche Zulagen auf Tarifierhöhungen – sei es wegen der Entgeltrunde oder einer Höhergruppierung – **anrechenbar**⁶⁵ (allerdings unter Umständen mitbestimmt),⁶⁶ wohingegen dies bei außertariflichen Zulagen fraglich sein dürfte und jedenfalls ein (wirksamer) Widerrufsvorbehalt vereinbart oder eine Freiwilligkeitsklausel zugrunde liegen sollte. **89**

⁶³ Vgl. v. *Hoyningen-Huene*, NZA 1998, 1081; *Richardi*, NZA-Beil. 2014, 155.

⁶⁴ BAG 7.2.2007, 5 AZR 41/06, NZA 2007, 934.

⁶⁵ Vgl. etwa BAG 1.3.2006, 5 AZR 540/05, NZA 2006, 688.

⁶⁶ BAG 23.10.1996, 1 AZR 299/96, BeckRS 1996, 30764621.

Kapitel 5

Eingruppierung

Schrifttum: *Annuß*, Entgeltmitbestimmung und Arbeitsvertrag, RdA 2014, 193; *G. Berger*, Die neuere Rechtsprechung zur Eingruppierung von nichttarifgebundenen Arbeitnehmern, SAE 2015, 78; *Boemke*, Das arbeitsgerichtliche Zustimmungsersetzungsverfahren nach § 99 Abs. 4 BetrVG, ZfA 1992, 473; *Creutzfeldt*, Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz zwischen Arbeitsvertrag und Tarifvertrag, JArbR 2015, 25; *Creutzfeldt/Eylert*, Anmerkungen zum Verfahren nach § 99 BetrVG bei Ein- und Umgruppierungen, FS Klebe, 2018, S. 77; *Jacobs/Frieling*, Pflicht zur Eingruppierung in eine nicht auf das Arbeitsverhältnis anwendbare Vergütungsordnung?, FS v. Hoyningen-Huene, S. 177; *Kleinebrink*, Folgen einer fehlerhaften tarifvertraglichen Eingruppierung in der Privatwirtschaft, NZA-RR 2014, 113; *Kleinebrink*, Bedeutung und Technik der Eingruppierung, BB 2013, 2357; *Krasemann*, Das Eingruppierungsrecht des BAT/BAT-O, 8. Aufl. 2005; *Kreft*, Mitbestimmung bei Änderung von Entlohnungsgrundsätzen, FS Bepler, S. 317; *Lorenz-Schmidt*, Die Eingruppierung folgt der Arbeitsorganisation, ZTR 2011, 72; *Reichold*, Tarifliche Vergütungsordnung – Betriebliche „Allgemeinverbindlichkeit“ kraft Mitbestimmungspflicht, RdA 2013, 108; *Salamon*, § 87 BetrVG als Geltungsgrund tariflicher Vergütungsordnungen für Außenseiter?, NZA 2012, 899; *Seel*, Fehlerhafte Eingruppierung – Welchen Voraussetzungen unterliegt eine Eingruppierungskorrektur?, öAT 2011, 95.

Übersicht

Rn.	Rn.
I. Einleitung 1	
1. Die individualrechtliche Eingruppierung als Grundlage der konkreten Entgeltbestimmung 2	a) Normative Geltung eines tarifvertraglichen Vergütungssystems 29
2. Die betriebsverfassungsrechtliche Eingruppierung 5	b) Arbeitsvertragliche Bezugnahme auf den Tarifvertrag 31
3. Die Eingruppierung im engeren Sinn. 6	c) Die Benennung einer Entgeltgruppe im Arbeitsvertrag 36
II. Die individualrechtliche Eingruppierung. 7	d) Die Anwendung des Tarifvertrags durch betriebliche Übung 41
1. System einer Vergütungsordnung und der in ihr enthaltenen Tätigkeitsmerkmale 7	3. Die Bestimmung der zu bewertenden „Arbeitseinheit“ . . 42
a) Schranken der Tarifautonomie beim Entgeltsystem 8	a) Die Notwendigkeit einer Zusammenfassung von Arbeitsschritten 43
b) Aufbau einer Entgeltordnung 10	b) Das allgemeine „Muster“ des öffentlichen Dienstes . . 48
c) Tarifliche Richt-, Tätigkeits- oder Regelbeispiele 21	4. Der Zuordnungsvorgang der Eingruppierung. 56
2. Die rechtlichen Grundlagen für die Verbindlichkeit des Entgeltschemas im Arbeitsverhältnis 28	a) Die Anwendung der Tätigkeitsmerkmale 56

Kap. 5 Eingruppierung

b) Bedeutung der Erst- Eingruppierung	59	4. Das Eingruppierungszu- stimmungsverfahren	84
c) Umgruppierung	63	a) Die Information des Betriebsrats durch den Arbeitgeber	85
5. Die gerichtliche Überprüfung der Eingruppierung	70	b) Die Reaktionsmöglichkeiten des Betriebsrats	86
a) Antrag	71	c) Das gerichtliche Zustim- mungsersetzungsverfahren	89
b) Darlegungs- und Beweislast	73	5. Rechtsfolgen der betriebs- verfassungsrechtlichen Ein- gruppierung für das einzelne Arbeitsverhältnis	90
III. Die „betriebsverfassungsrecht- liche Eingruppierung“	74	IV. Fazit	92
1. Rechtsgrundlage für die betriebsverfassungsrechtliche Eingruppierung	75		
2. Das „betriebliche Entgelt- schema“	76		
3. Die Pflicht zur betriebsver- fassungsrechtlichen Ein- gruppierung	81		

I. Einleitung

- 1 Die Notwendigkeit oder gar die rechtliche Verpflichtung zu einer Eingruppierung kann sich einem Arbeitgeber in verschiedenen Situationen stellen. Dabei wird es in der Praxis meist um die Frage der Zuordnung der zu bewertenden Tätigkeit zu einer von meist nur zwei, seltener auch von drei möglichen Entgeltgruppen einer Vergütungsordnung gehen. Nicht immer sind dabei die Grundlagen und allgemeinen Voraussetzungen der Eingruppierung in vollem Umfang notwendig heranzuziehen, mit denen sich dieser Beitrag beschäftigt. Gleichwohl soll er sowohl allgemein die Prinzipien verdeutlichen, die bei dem Vorgang der Eingruppierung von Bedeutung sind, als auch Einzelheiten der praktischen betrieblichen Anwendung in den verschiedenen Bereichen des Arbeitslebens aufzeigen. Dabei tritt die Eingruppierung im betrieblichen Alltag in zwei voneinander streng zu unterscheidenden Formen auf, nämlich als individualrechtliche und als betriebsverfassungsrechtliche Eingruppierung.

1. Die individualrechtliche Eingruppierung als Grundlage der konkreten Entgeltbestimmung

- 2 Das vom Arbeitgeber zu zahlende und vom Arbeitnehmer zu beanspruchende Entgelt ist im Arbeitsvertrag häufig nicht konkret zahlenmäßig festgelegt, sondern soll sich nach dem Willen der Vertragsparteien aus der Anwendung eines – in der Regel von Tarifvertragsparteien geschaffenen – abstrakten Entgeltsystems ergeben. Die Festlegung der in Geld ausgedrückten Wertigkeit der Tätigkeit des Arbeitnehmers wird damit den Parteien des Tarifvertrags überlassen. Im einzel-

nen Arbeitsverhältnis geht es dann „nur“ noch darum, festzustellen, wie die Tarifvertragsparteien gerade die konkrete Tätigkeit des betreffenden Arbeitnehmers bewertet haben. Diese Feststellung nennt man „Eingruppierung“ als rein gedanklicher Prozess der Zuordnung der Tätigkeit zu einer der in der – tariflichen – Entgeltordnung allgemein und abstrakt beschriebenen Wertigkeitsstufen, die in der Regel mit dem Begriff Entgeltgruppe X (Lohn-, Gehalts-, Tarifgruppe usw.) benannt worden sind.

Dieser Prozess der Zuordnung ist im einzelnen Arbeitsverhältnis in der Regel nicht formalisiert und bestimmten ausdrücklich vorgeschriebenen Erarbeitungsstufen unterworfen. Ausnahme: Manche Tarifverträge schreiben vor, dass das Ergebnis der – rein gedanklichen – Eingruppierung durch den Arbeitgeber dem Arbeitnehmer, ggf. schriftlich, mitzuteilen ist (z. B. § 3 Abs. 7 BETV Chemie; § 5 Abs. 2 Unterabs. 2 BRTV Bau). 3

Kein Arbeitnehmer hat einen formellen Anspruch auf die Durchführung eines solchen gedanklichen Prozesses der „Eingruppierung“, der gesondert geltend zu machen oder gar einklagbar wäre.¹ Die Eingruppierung ist vielmehr als Vorfrage nur ein – wenn auch notwendiger integraler – Bestandteil der Bestimmung, oder besser: Findung des dem Arbeitnehmer zustehenden Entgelts. 4

2. Die betriebsverfassungsrechtliche Eingruppierung

Von der individualrechtlichen ist die betriebsverfassungsrechtliche Eingruppierung strikt zu unterscheiden. Bei ihr handelt es sich um einen im Einzelnen gesetzlich vorgeschriebenen, also im Ergebnis auch „einklagbaren“ stufenförmigen Prozess der Verständigung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat, an dem der betreffende Arbeitnehmer gar nicht beteiligt ist. Ziel dieses Prozesses ist die vom Arbeitgeber vorzunehmende und vom Betriebsrat zu kontrollierende Einhaltung des betrieblichen „Entgeltschemas“, das entweder von den Tarifvertragsparteien vorgegeben oder vom Arbeitgeber gemeinsam mit dem Betriebsrat vereinbart worden ist. Die Unterwerfung des einzelnen Arbeitsverhältnisses unter das tarifliche Entgeltsystem ist dabei keine Voraussetzung für die Eingruppierungspflicht des Arbeitgebers. Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts geht hier – in nicht immer ganz klarem Maße – allerdings auch von gewissen Fernwirkungen des Ergebnisses auf die individualrechtliche Eingruppierung und damit auf den Entgeltanspruch des einzelnen Arbeitnehmers aus (dazu unten Rn. ■). 5

¹ Teilweise wird die Mitteilung der Eingruppierung als selbständige Erfüllung der Verpflichtung nach § 2 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 NachwG angesehen, so *Kleinebrink*, BB 2013, 2357, 2358.

3. Die Eingruppierung im engeren Sinn

- 6 Die beiden verschiedenen Formen der Eingruppierung haben im Kern eine Reihe von Gemeinsamkeiten, parallelen und sogar identischen Zuordnungsprozessen. In beiden Konstellationen geht es regelmäßig darum, dass (u. a.) die dem einzelnen Arbeitnehmer zugerechnete Tätigkeit einem bestimmten Merkmal der jeweils verbindlichen abstrakten Vergütungsordnung zugeordnet wird. Dabei sind sowohl die – konkrete – Tätigkeit als auch die – abstrakten – Merkmale der Entgeltgruppe dem Eingruppierungsvorgang vorgegeben. Der gedankliche „Akt“ der Zuordnung, die „Eingruppierung“, hat für sich genommen regelmäßig keine gestaltende Wirkung, sondern lediglich feststellenden Charakter (sog. Grundsatz der „Tarifautomatik“). Daraus ergibt sich, dass eine Eingruppierung folgende Voraussetzungen und Rechtsfolgen hat:

- Es muss ein abstraktes Entgeltschema geben (dazu unten Rn. ■).
- Bei der individualrechtlichen Eingruppierung muss dieses Entgeltschema – z. B. aufgrund einer arbeitsvertraglichen Verweisung oder der normativen Geltung eines Tarifvertrags im Arbeitsverhältnis zwischen zwei tarifgebundenen Arbeitsvertragsparteien – für das Arbeitsverhältnis verbindlich sein (dazu unten Rn. ■). Bei der betriebsverfassungsrechtlichen Eingruppierung muss das Entgeltschema betrieblich gelten, aber nicht notwendig im einzelnen Arbeitsverhältnis (dazu Rn. ■).
- Die Tätigkeit des Arbeitnehmers muss im Hinblick auf die – tarifvertraglichen – Regelungen so zusammengefasst werden, dass sie – tariflich – bewertbar ist. Dies entspricht der Bestimmung der zu bewertenden Arbeitseinheit (dazu unten Rn. ■).
- Die Eingruppierung als Verknüpfung der beiden Faktoren ist die gedankliche Zuordnung der so bestimmten Tätigkeit zu der „richtigen“, d. h. ihr entsprechenden Entgeltgruppe der Vergütungsordnung. Dies ist ein rein feststellender Prozess, der „sagt, was ist“, und kein konstitutiver Prozess, der „schafft, was sein soll“ (dazu unten Rn. ■).
- Infolgedessen ist das Ergebnis dieses Zuordnungsprozesses immer nur „richtig“ oder „falsch“ und kann – auch gerichtlich – nur daraufhin überprüft werden, und nicht etwa auf „Angemessenheit“, Einhaltung eines Ermessens oder „Gerechtigkeit“. Im individualrechtlichen Eingruppierungsrechtsstreit geht es demnach um einen Berechnungsfaktor des dem Arbeitnehmer zustehenden Entgelts (dazu unten Rn. ■). Im betriebsverfassungsrechtlichen „Zustimmungsersetzungsverfahren“ ist dagegen die endgültige Beendigung des Verständigungsstreites zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat das unmittelbare Ziel des Verfahrens (dazu unten Rn. ■).

II. Die individualrechtliche Eingruppierung**1. System einer Vergütungsordnung und der in ihr enthaltenen Tätigkeitsmerkmale**

Die Eingruppierung setzt eine – für das Arbeitsverhältnis verbindliche – abstrakte Vergütungsordnung voraus. Solche Ordnungen sind in nahezu allen Flächen-tarifvertragswerken enthalten, entweder als gesonderter Tarifvertrag (z. B. *die – je nach Bezirk unterschiedlichen – Entgeltrahmenabkommen der Metall- und Elektroindustrie [ERA]*) oder als Bestandteil der Manteltarifverträge (z. B. *BRTV Bau § 5*), aber auch in unternehmensbezogenen Haustarifverträgen als auf deren Betrieb/e zugeschnittene Entgeltordnung.² 7

a) Schranken der Tarifautonomie beim Entgeltsystem

Bei der Festlegung der Eingruppierungsmerkmale, ihrer Gewichtung und Bewertung, in der Regel in einem dazugehörigen Geldbetrag, sind die Tarifvertragsparteien sehr weitgehend frei. Die Vereinbarung von Entgeltschemata gehört zum Kern der **Ausübung von Tarifautonomie** i. S. v. Art. 9 Abs. 3 GG.³ 8 Was sie für angemessen halten, ist – wegen der strukturell vorausgesetzten Verhandlungsparität bei Tarifverträgen – grundsätzlich wirksam, auch wenn es manchem Betroffenen auf der einen oder anderen Seite als unsachlich oder ungerecht erscheinen mag. Dies gilt auch in den Fällen, in denen ein älterer Tarifvertrag erkennbar von einem inzwischen überholten Stand der Technik ausgegangen ist. Das kann in beide Richtungen von Bedeutung sein: eine früher als schwierig bewertete Tätigkeit kann heute unter Einsatz neuerer technischer Möglichkeiten deutlich leichter geworden sein;⁴ eine früher als einfach bewertete Tätigkeit kann aufgrund der Umgestaltung der Arbeitsabläufe heute als deutlich schwieriger bewertet werden.⁵ In beiden Konstellationen ist es den Gerichten untersagt, „korrigierende Eingriffe“ in das System der Tätigkeitsmerkmale vorzunehmen. Sie dürfen Tarifnormen nicht allein wegen neuer technischer Entwicklungen einengend oder ausdehnend auslegen, wenn Wortlaut und Gesamtzusammenhang der tariflichen Regelung hierfür keine konkreten Anhaltspunkte bieten. Andernfalls würden die Gerichte in unzulässiger Weise in die durch das Grundgesetz geschützte Tarifautonomie (Art. 9 Abs. 3 GG) eingreifen.⁶

2 Z. B. für das Klinikum Chemnitz, vgl. Sachverhalt bei BAG 16.3.2016, 4 AZR 502/14, NZA 2017, 131.

3 BAG 25.1.2012, 4 AZR 147/10, Rn. 32, BB 2012, 2048.

4 BAG 27.9.2017, 4 AZR 76/15, Rn. 25, AP TVG § 1 Tarifverträge: Energieversorgung Nr. 4; BAG 6.12.2006, 4 AZR 659/05, Rn. 25, (Fernschreiber mit Kryptoverfahren im militärischen Bereich), BAGE 120, 269.

5 BAG 21.10.1992, 4 AZR 88/92, NZA 1993, 379.

6 BAG 27.9.2017, 4 AZR 76/15, Rn. 25 m. w. N., AuR 2018, 256.

Kap. 5 Eingruppierung

- 9 Größere Bedeutung hat in den letzten Jahren die Umsetzung der unionsrechtlichen Gleichbehandlungsrichtlinie⁷ durch das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) erlangt.⁸ Insbesondere die dort enthaltenen **Diskriminierungsverbote** hinsichtlich der Merkmale Alter und Geschlecht sind immer wieder für eine beabsichtigte „Korrektur“ von Eingruppierungsmerkmalen angeführt worden – allerdings mit überschaubarem Erfolg. Die Arbeitsgerichte billigen den Tarifvertragsparteien im Einklang mit Art. 9 Abs. 3 GG einen **sehr weitgehenden Spielraum** zu. Lediglich im Bereich der inneren Differenzierung der Entgeltgruppen, etwa durch Stufenlaufzeiten, hat das Diskriminierungsverbot größere Auswirkungen gehabt (vgl. dazu unten Rn. ■).

b) Aufbau einer Entgeltordnung

- 10 In einem solchen tariflichen Entgeltsystem werden in der Regel in Form einer tabellenartigen Aufstellung jeweils einer Entgeltgruppe die dieser zugeordneten – abstrakten – Anforderungen an eine Tätigkeit aufgeführt. Diese abstrakten Anforderungen beziehen sich regelmäßig vor allem auf die **Tätigkeit** selbst und seltener auf subjektive Eigenschaften und Fähigkeiten, Kenntnisse oder die persönliche Ausbildung des Arbeitnehmers.
- 11 **Beispiel:** TV Systemgastronomie – Tarifgruppe 5: Tätigkeiten, die gründliche und/oder vielseitige Kenntnisse und Fertigkeiten erfordern, die in der Regel durch eine abgeschlossene Berufsausbildung erworben werden
- 12 Damit bringt der Tarifvertrag zum Ausdruck, dass ein Arbeitnehmer, der derartige Tätigkeiten ausübt, in der Tarifgruppe 5 eingruppiert ist. Das bedeutet nicht, dass er über die dort genannte Ausbildung verfügen muss. Diese Anforderung beschreibt nicht die subjektive Qualifikation des Arbeitnehmers, sondern charakterisiert den **Schwierigkeitsgrad der Tätigkeit**. Nicht jeder Arbeitnehmer, der Tätigkeiten nach der Tarifgruppe 5 ausübt, muss eine solche Ausbildung haben. Und nicht jeder Arbeitnehmer, der eine solche Ausbildung hat, übt eine Tätigkeit nach Tarifgruppe 5 aus. Bei der tariflichen Verknüpfung einer Tätigkeit mit einer bestimmten Ausbildung soll nur zum Ausdruck gebracht werden, dass die Tätigkeit als solche nur dann die Anforderungen der Tarifgruppe 5 erfüllt, wenn sie einen Kenntnisstand und Fähigkeiten voraussetzt, die in der Regel

7 Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (RL 2000/78).

8 Vgl. allgemein zu Gleichbehandlungsgeboten und Diskriminierungsverboten bei der Vergütung Kap. 11.

durch eine solche Ausbildung vermittelt werden.⁹ Die entscheidende Frage bei der Eingruppierung lautet daher nicht: „Hat der Arbeitnehmer diese Ausbildung abgeschlossen?“, sondern: „Verlangt die Tätigkeit von ihrer Struktur her die in einer Ausbildung normalerweise vermittelten Fähigkeiten und Kenntnisse?“ Bei der Überprüfung, ob dies der Fall ist, werden von den Gerichten deshalb häufig die Ausbildungs- und Lehrpläne herangezogen, um zu vergleichen, ob die danach zu vermittelnden Inhalte einer Ausbildung tatsächlich für die konkrete Tätigkeit benötigt werden.

Dieses Prinzip der Charakterisierung der Tätigkeitsanforderungen wird vom BAG sehr weit ausgelegt. So werden in Anforderungen an Tätigkeiten oft auch Zeitbestimmungen aufgeführt. 13

Beispiel 2: ETV Hotel und Gaststättengewerbe Hessen – Entgeltgruppe 6: Fachkräfte mit abgeschlossener Berufsausbildung und mindestens zweijähriger Berufserfahrung im fachlich entsprechenden Tätigkeitsbereich. 14

Nach der Rechtsprechung des BAG handelt es sich auch dabei um ein Anforderungsmerkmal der Tätigkeit, nicht des Arbeitnehmers. Die hier gemeinte Tätigkeit ist danach so schwierig, dass sie normalerweise nur von einem Arbeitnehmer ausgeübt werden kann, der eine abgeschlossene Berufsausbildung hat und anschließend zwei Jahre Berufserfahrung aufweisen kann. Es geht dagegen nicht darum, dass der betroffene Arbeitnehmer nach zwei Jahren der Berufserfahrung dann – auch bei gleichbleibender Tätigkeit – ein Entgelt nach dieser Gruppe verlangen kann. Bei gleichbleibender Tätigkeit ist eine Höhergruppierung nur dann möglich, wenn ausdrücklich im Tarifvertrag ein solcher „Zeitaufstieg“ geregelt ist. Das war hier nicht der Fall.¹⁰ 15

Ein solcher lediglich an den Zeitablauf gebundener Aufstieg ist allerdings in Tarifverträgen häufig dadurch ermöglicht, dass innerhalb einer Entgeltgruppe eine Differenzierung nach Beschäftigungs- oder Tätigkeitszeiten vorgesehen ist, die sich in verschiedenen „**Stufen**“ zu dieser Entgeltgruppe ausdrückt. Dann hat der 16

9 So bestimmt etwa Ziff. 3.1. TV ERA Metall Berlin-Brandenburg: „Soweit die Merkmale einer Entgeltgruppe einen bestimmten beruflichen Ausbildungsgang ansprechen, Beschäftigte einen solchen aber nicht durchlaufen haben, sind sie doch in diese Entgeltgruppe einzugruppieren, wenn ihre Arbeit die Anforderungen dieser Gruppe erfüllt. Andererseits begründet ein durchlaufener Ausbildungsgang für sich allein keinen Anspruch auf Eingruppierung in eine bestimmte Entgeltgruppe, wenn die übertragene Arbeit diesen Ausbildungsgang nicht verlangt.“

10 BAG 16.11.2016, 4 AZR 127/15, Rn. 27 ff., NZA 2017, 870; noch „krasser“ die Entscheidung des BAG für das Tätigkeitsbeispiel „Servicepersonal und/oder Küchenpersonal ohne Fachausbildung in den ersten 12 Monaten der Tätigkeit“: Keine Höhergruppierung nach Ablauf von 12 Monaten bei unveränderter Tätigkeit, weil es sich um eine Voraussetzung für die entsprechende Tätigkeit handelt und nicht um eine Anforderung an den Arbeitnehmer, BAG 27.1.2010, 4 AZR 567/98, Rn. 18 ff.

Kap. 5 Eingruppierung

Arbeitnehmer nach der vorgesehenen Zeit unmittelbar einen Anspruch auf das Entgelt der nächsten Stufe der Entgeltgruppe. Früher war eine solche innere Differenzierung einer Entgeltgruppe auch nach dem Alter der Arbeitnehmer üblich, zum Beispiel in der Vergütungsordnung des BAT im öffentlichen Dienst. Diese Differenzierung ist jedoch wegen des Vorliegens einer Diskriminierung nach § 7 Abs. 2 AGG unwirksam und durfte nur für eine befristete Zeit des geordneten Übergangs in das System des TVöD aufrechterhalten bleiben. Ansonsten folgt aus einer solchen Unwirksamkeit der Abstufung die Pflicht des Arbeitgebers, alle Arbeitnehmer dieser Entgeltgruppe nach der höchsten Altersstufe zu vergüten.¹¹

- 17 Die abstrakt formulierten Anforderungen steigen dabei normalerweise von Gruppe zu Gruppe. In manchen Tarifverträgen werden sie jeweils im Komparativ zu den Anforderungen der niedriger wertigen Gruppe formuliert.

- 18 **Beispiel 2:** BETV Chemie Entgeltgruppe 7: Arbeitnehmer die Tätigkeiten verrichten, die über die Anforderungsmerkmale der Gruppe E 6 hinaus erweiterte Kenntnisse und Fertigkeiten voraussetzen ...

- 19 In derartigen Fällen ist ein Rückgriff auf die Anforderungen an die sog. „Normaltätigkeit“ in der niedrigeren Entgeltgruppe erforderlich, um sodann das Vorliegen des herausgehobenen Merkmals feststellen zu können.
- 20 Die Tarifvertragsparteien können aber auch vereinbaren, dass bestimmte **subjektive Merkmale** in der Person des Arbeitnehmers vorliegen müssen, etwa der Abschluss einer wissenschaftlichen Hochschulausbildung,¹² einer sonstigen Prüfung¹³ oder der Nachweis bestimmter Kenntnisse;¹⁴ denkbar ist auch das Absolvieren einer Mindestzeit praktischer Ausübung der Tätigkeit. Hiervon ist aber nur auszugehen, wenn diese Anforderung in der notwendigen Klarheit der Person zugeordnet ist und nicht etwa als Anforderung an die notwendige Qualifikation für die Ausübung der Tätigkeit¹⁵ (vgl. oben Rn. ■).

c) Tarifliche Richt-, Tätigkeits- oder Regelbeispiele

- 21 Die zu einer bestimmten Entgeltgruppe abstrakt formulierten Anforderungen werden häufig durch konkrete Tätigkeitsbeispiele ergänzt:

11 BAG 10.11.2011, 6 AZR 148/09, BB 2012, 1288, im Nachgang zu EuGH 8.9.2011, C-297/10 ua., NZA 2011, 1100.

12 BAG 18.3.2009, 4 AZR 79/08, BAGE 130, 81.

13 BAG 15.6.2011, 4 AZR 492/09: „Qualifikation als Lotse“ im Bereich Flugsicherung; BAG 25.1.2012, 4 AZR 147/10, Rn. 39, BAGE 140, 292; BAG 24.2.2010, 4 AZR 657/08, DB 2010, 1187.

14 BAG 24.9.2014, 4 AZR 316/12, Rn. 24; PflR 2015, 236.

15 Vgl. z.B. BAG 14.9.2016, 4 AZR 964/13, NZA 2017, 1080.

Beispiel: ETV Systemgastronomie Tarifgruppe 5: Schichtführer/in nach 12 Monaten dieser Tätigkeit; Verwaltungstätigkeiten mit erhöhten Anforderungen; Sekretär/in und Teamassistent/in; Casinoverwalter/in; Trainee in der betrieblichen Ausbildung zum/r Restaurant-Assistent/in.

22

Solche zu einer Entgeltgruppe vereinbarten Tätigkeiten werden als „Tätigkeitsbeispiele“, „Regelbeispiele“ oder „Richtbeispiele“ bezeichnet. In den allermeisten Fällen bedeutet dies, dass die Tarifvertragsparteien der Auffassung waren, diese konkret bezeichneten Tätigkeiten erfüllten die von ihnen abstrakt in der dazugehörigen Entgeltgruppe formulierten Anforderungen. Dann sind diese Tätigkeiten nicht nur Anhaltspunkte für eine Eingruppierung, sondern eine **verbindliche Anweisung** der Tarifvertragsparteien für die entsprechende Zuordnung. Eine – zusätzliche – Überprüfung, ob bei dem Vorliegen einer als Richtbeispiel genannten Tätigkeit tatsächlich auch die abstrakten Anforderungen in ihrer allgemeinen Formulierung vorliegen, bedarf es danach nicht nur nicht, sondern sie ist geradezu untersagt, weil damit entgegen dem Willen der Tarifvertragsparteien den aufgeführten Tätigkeiten deren typischer Charakter für die genannte Entgeltgruppe abgesprochen wird.

23

Eine **Ausnahme** von diesem Grundsatz kann jedoch zum Einen dann vorliegen, wenn es im Tarifvertrag deutliche Anhaltspunkte dafür gibt, dass die Tätigkeitsbeispiele nicht als „Richtbeispiele“ im genannten Sinne anzusehen sein sollen, sondern dass es auch bei Vorliegen einer dort genannten Tätigkeit die abstrakten Anforderungsmerkmale sein sollen, die die Eingruppierung bestimmen. Eine solche Regelung ist zu akzeptieren.

24

Beispiel: ETV Systemgastronomie (Dehoga) 2005, in dem es jeweils nach den Beispielstätigkeiten heißt: „soweit die in der Überschrift/den Oberbegriffen bzw. in der Tarifgruppendifinition geforderten Voraussetzungen erfüllt sind“¹⁶

25

Ein Rückgriff auf die allgemein formulierten Anforderungen ist zum anderen dann erforderlich, wenn auch bei der Erfüllung eines Tätigkeitsbeispiels eine sichere Zuordnung zu einer Entgeltgruppe nicht möglich ist, etwa wenn bestimmte Tätigkeiten mehreren Entgeltgruppen unterschiedlicher Wertigkeit zugeordnet sind, oder wenn die Tätigkeitsbeschreibung einen unbestimmten Rechtsbegriff enthält, der nicht aus sich selbst heraus ausgelegt werden kann und zu dessen genauer Bestimmung deshalb die allgemeinen Merkmale herangezogen werden müssen.¹⁷ Bei deren Auslegung kann jedoch wieder auf die Richtbeispiele zu-

26

16 BAG 28.9.2005, 10 AZR 34/05; nicht mehr enthalten z. B. im ETV Systemgastronomie (BdS) 2011.

17 BAG 10.5.1992, 4 AZR, 87/91, NZA 1992, 273.

Kap. 5 Eingruppierung

rückgegriffen herangezogen werden,¹⁸ z.B. zur Möglichkeit des Vergleichs mit im Wesentlichen gleichwertigen Tätigkeiten.

- 27 Einen völlig anderen Weg dagegen hat auch hier das neue Entgeltsystem in der **Metall- und Elektroindustrie** beschritten. Die meisten Bezirke haben den bei ihnen vereinbarten ERA-Tarifverträgen einen Katalog von „Niveaubeispielen“ beigefügt, in denen detailliert zahlreiche einzelne Tätigkeiten dargestellt und mit einer tariflichen Bewertung versehen werden. Nach dem ausdrücklichen Wortlaut der Tarifverträge sollen diese „Niveaubeispielen“ jedoch keinesfalls als Richtbeispiele im klassischen Sinn angesehen werden (was bereits wegen der Detailliertheit der Beispiele, die teilweise konkreten Stellenbeschreibungen sehr ähnlich sind, kaum möglich ist), sondern lediglich als „zusätzliche Informations-, Orientierungs- und Entscheidungshilfe bei der Bewertung und Zuordnung der übertragenen und auszuführenden Arbeiten zu den Entgeltgruppen (dienen); maßgeblich für die Eingruppierung sind die Merkmale der jeweiligen Entgeltgruppe“.¹⁹

2. Die rechtlichen Grundlagen für die Verbindlichkeit des Entgeltschemas im Arbeitsverhältnis

- 28 Eine Eingruppierung anhand eines abstrakten Vergütungsschemas erfolgt nur, wenn dieses für das Arbeitsverhältnis verbindlich ist. Dies ergibt sich nicht allein aus der Existenz eines solchen Schemas, sondern bedarf einer Rechtsgrundlage.

a) Normative Geltung eines tarifvertraglichen Vergütungssystems

- 29 Sind die Parteien eines Arbeitsverhältnisses tarifgebunden, d.h. Mitglieder einer Tarifvertragspartei oder – im Falle der Arbeitgeberseite – selbst Partei eines Tarifvertrags (sog. „Haus- oder Firmentarifvertrag“, vgl. § 2 Abs. 1 TVG), gelten dessen Normen im Rahmen seines Geltungsbereichs für das Arbeitsverhältnis **unmittelbar und zwingend** (§ 4 Abs. 1 TVG). Davon umfasst ist auch ein ggf. tariflich vereinbartes tarifliches Vergütungssystem.²⁰
- 30 Ist ein Tarifvertrag mit einer Vergütungsordnung für **allgemeinverbindlich** erklärt worden (§ 5 TVG, im Ergebnis auch nach einer Rechtsverordnung gem. §§ 7, 7a AEntG), gilt er normativ in allen Arbeitsverhältnissen, die in seinen

18 BAG 16.11.2016, 4 AZR 127/15, Rn. 28, NZA 2017, 870; BAG 10.5.1995, 4 AZR 457/94, BAGE 80, 122.

19 Z.B. TV ERA Berlin-Brandenburg Ziff. 6; ähnlich TV ERA Thüringen § 3 Nr. 6: „Die tariflichen Niveaubeispielen bieten Anhaltspunkte für die Eingruppierung. Sie sind nur in Übereinstimmung mit den jeweils gültigen Anforderungsmerkmalen anwendbar, weil Art und Wertigkeit des einzelnen Beispiels von Betrieb zu Betrieb unterschiedlich sein kann“.

20 Zu nur betrieblich geltenden Vergütungsordnungen vgl. unten Rn. ■.

Geltungsbereich fallen. Dies ist derzeit insbesondere in den Branchen Bauhaupt- und -nebegewerbe, Gebäudereinigung, Sicherheitsdienste, Arbeitnehmerüberlassung, Pflegedienste usw. der Fall.²¹ Damit sind auch die entsprechenden, dort ggf. geregelten Entgeltordnungen für das Arbeitsverhältnis verbindlich.

b) Arbeitsvertragliche Bezugnahme auf den Tarifvertrag

Haben die Parteien des Arbeitsvertrags – ausdrücklich oder konkludent – die Anwendung eines Tarifvertrags oder eines Tarifwerks, das ein solches allgemeines Vergütungsschema enthält, vereinbart, so ist dieses verbindlich für ihr Arbeitsverhältnis. Die vertragliche Vereinbarung kann sich auch – was nicht selten ist – auf die Anwendung des tariflichen Vergütungsschemas beschränken, ohne dass sonstige tarifliche Regelungen Anwendung finden sollen. Ein gewichtiges Indiz für einen solchen dynamischen Bezug auf die tariflichen Vergütungsregelungen entnimmt das BAG etwa regelmäßig der Kennzeichnung des Entgelts im Arbeitsvertrag als „Tarifgehalt“.²² Der Unterschied zur normativen Geltung besteht darin, dass die Anwendung des Tarifvertrags jederzeit einvernehmlich genauso abbedungen werden kann wie sie vereinbart worden ist. Weiterhin ist die vertraglich vereinbarte Anwendung auch dann verbindlich, wenn sie ein – tarifliches – Vergütungsschema betrifft, das eigentlich nicht einschlägig ist, weil auch fremde oder abgelaufene oder sonst unwirksame Tarifverträge wirksam in Bezug genommen werden können.²³

Beispiel: Vertragliche Verweisung auf die hessischen Metalltarifverträge in einem außerhalb des Bezirks Hessen gelegenen Betriebs eines (hessischen) Unternehmens²⁴

Zur Charakterisierung der Verweisungsklauseln auf einen Tarifvertrag hat sich eine Unterteilung eingebürgert, die jedoch nicht abschließend ist, sondern lediglich eine „Hilfestellung“ bei der Auslegung und Anwendung darstellt. Danach lassen sich folgende Formen unterscheiden:

- Mit der **statischen Verweisungsklausel** wird der Inhalt eines ganz bestimmten Tarifvertrags in einer konkreten, d. h. zu einem bestimmten Zeitpunkt geltenden Fassung zum Inhalt des Arbeitsverhältnisses gemacht.
- Mit der **kleinen dynamischen Verweisungsklausel** nehmen die Parteien Bezug auf einen Tarifvertrag / ein Tarifwerk in seiner jeweiligen Fassung; die vereinbarten Arbeitsbedingungen folgen dabei den tariflichen Änderungen.

21 Eine jeweils aktuelle Liste der allgemeinverbindlichen Tarifverträge kann im Internet unter dem Link <https://www.bmas.de/DE/Themen/Arbeitsrecht/Tarifvertraege/allgemeinverbindliche-tarifvertraege.html> abgerufen werden.

22 BAG 8.7.2015, 4 AZR 51/14, NZA 2015, 1462.

23 BAG 30.8.2017, 4 AZR 443/15, NZA 2018, 363.

24 BAG 21.10.2009, 4 AZR 396/08, BB 2010, 2245.

Kap. 5 Eingruppierung

- Mit der **großen Verweisungsklausel** (auch „Tarifwechselklausel“ genannt) binden die Parteien ihr Arbeitsverhältnis an diejenigen Tarifverträge, an der der Arbeitgeber jeweils selbst gebunden ist.²⁵

- 34 Zu beachten ist dabei, dass die einzelvertragliche („kleine“) dynamische Verweisung auf den jeweiligen Tarifvertrag und seine Vergütungsordnung nicht immer einschränkungslos ist. Eine Sonderform dieser Verweisung ist die sog. „**Gleichstellungsabrede**“. Mit ihr wird vereinbart, dass die Dynamik der Verweisung, also die Heranziehung des **jeweils geltenden Tarifvertrags** unter der auflösenden Bedingung steht, dass der Arbeitgeber auch seinerseits normativ jeweils an den Tarifvertrag gebunden ist. An einer solchen Vereinbarung kann insofern ein Interesse des Arbeitgebers bestehen als sie dazu führt, dass bei einem Wegfall seiner eigenen Tarifgebundenheit (sei es durch Verbandaustritt, durch Wechsel in die OT-Mitgliedschaft oder durch den Übergang des Betriebs auf einen nicht tarifgebundenen Erwerber, § 613 a Abs. 1 BGB) die Dynamik der Verweisung abreißt und von diesem Zeitpunkt die in Bezug genommene Vergütungsordnung nur noch statisch anzuwenden ist. Damit wäre ein Gleichlauf von normativ geltenden und vertraglich in Bezug genommenen Tarifbestimmungen gewährleistet. Eine solche auflösende Bedingung muss aber in der Verweisungsklausel hinreichend deutlich und ausdrücklich vereinbart sein, um die beabsichtigte Rechtsfolge herbeizuführen.²⁶ Die früher von der Rechtsprechung des BAG vertretene Auffassung, eine solche auflösende Bedingung sei bei tarifgebundenen Arbeitgebern stets als vereinbart anzusehen, hat das BAG aufgegeben und lediglich für vor dem 1.1.2002 vereinbarte sog. „Alt-Verträge“ einen entsprechenden Vertrauensschutz gewährt.²⁷
- 35 Eine solche wirksame vertragliche Verweisung tritt bei gleichzeitiger normativer Geltung eines (Vergütungs-)Tarifvertrags neben diesen. Wird auf den einschlägigen Tarifvertrag verwiesen, ergeben sich aus diesem doppelten Rechtsgrund keine Besonderheiten. Verweist der Arbeitsvertrag auf einen anderen als den normativ geltenden Tarifvertrag, ist im Arbeitsverhältnis die günstigere Regelung anzuwenden (§ 4 Abs. 3 TVG). Der dabei durchzuführende **Günstigkeitsvergleich** ist nicht an einzelnen Bestimmungen, sondern unter Heranziehung der sog. „Sachgruppen“ zu vollziehen. Bei dem Vergleich von Vergütungssystemen ist dies oftmals nicht einfach. Ist eine günstigere Regelung nicht auszuma-

25 Beispielhafte Formulierungen vgl. Kap. ■ Rn. ■.

26 Beispiel aus jüngster Zeit: BAG 5.7.2016, 4 AZR 867/16, NZA 2018, 47: „Es gelten die Tarifverträge ... – soweit sie für (den Arbeitgeber) verbindlich sind – in ihrer jeweiligen Fassung“ – sicherer ist eine klarere Formulierung, etwa: „... solange der Arbeitgeber selbst an sie gebunden ist. Im Fall eines Wegfalls der Tarifgebundenheit (auch bei einem Betriebsübergang auf einen nicht tarifgebundenen Arbeitgeber) gelten sie nur noch statisch weiter.“

27 Grdl. BAG 18.4.2007, 4 AZR 652/05, BB 2007, 2125.

chen, ist nach dem Gesetzeswortlaut das normativ geltende System verbindlich.²⁸

c) Die Benennung einer Entgeltgruppe im Arbeitsvertrag

Nicht selten wird im Arbeitsvertrag eine konkrete Vergütungsgruppe einer Entgeltordnung genannt, ggf. verbunden mit einem konkreten Geldbetrag. **36**

Beispiel: „Der Arbeitnehmer erhält Entgelt nach der Entgeltgruppe 7 BETV“, oder kürzer: „Entgelt: BETV EG 7“. **37**

Hier kann sich ein schwieriges Auslegungsproblem stellen:²⁹ Die Parteien des Arbeitsvertrags können damit vereinbart haben, dass sich die Vergütung des Arbeitnehmers nach den jeweiligen Beträgen richtet, die die Tarifvertragsparteien für die ausdrücklich genannte Vergütungsgruppe festlegen – ohne Rücksicht darauf, ob die Tätigkeit des Klägers die tariflichen Anforderungen der Vergütungsgruppe erfüllt. Hiervon muss jedenfalls dann ausgegangen werden, wenn es selbst bei unmittelbarer Geltung des Tarifvertrags keine Vergütungsgruppe gegeben hätte, in die der Arbeitnehmer hätte eingruppiert werden können (Beispiel: Lehrer, deren Vergütung tariflich nicht vorgesehen ist/war³⁰) oder wenn bewusst eine Entgeltgruppe aus einem Entgeltsystem vereinbart wird, das nach seinem Geltungsbereich für die Tätigkeit des Arbeitnehmers nicht einschlägig sein kann.³¹ Aus der Nennung einer Tarifgruppe im Arbeitsvertrag könnte sich aber auch entnehmen lassen, dass die Parteien davon ausgegangen sind, dass die Tätigkeit die Anforderungen des entsprechenden tariflichen Tätigkeitsmerkmals erfüllt und die Bezeichnung insofern eine „Wissenserklärung“ mit deklaratorischem Charakter ist – mit der Folge, dass bei einer Änderung der Tätigkeit auch eine andere Vergütungsgruppe verbindlich werden kann. Dies wird regelmäßig bei einer gleichzeitigen Verweisung auf den Tarifvertrag der Fall sein.³² **38**

Dabei ist zu beachten, dass der Vereinbarung einer höheren als der tarifvertraglichen Vergütung nichts entgegensteht. Handelt es sich dabei um ein systematisches Vorgehen des Arbeitgebers, ist er jedoch insoweit an den **arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz** gebunden, als er aus diesem, von ihm selbst geschaffenen „System“ nicht willkürlich einzelne Arbeitnehmer herausnehmen darf (denen er dann lediglich das Tarifentgelt zahlt), sondern es ent- **39**

28 Vgl. dazu im Einzelnen BAG 15.4.2015, 4 AZR 587/13, BB 2015, 2619.

29 Vgl. dazu ausf. *Kleinebrink*, NZA-RR 2014, 113, 116 f.

30 Z. B. 21.3.2013, 4 AZR 656/11, Rn. 16, NZA 2015, 561.

31 Z. B. BAG 26.9.2012, 4 AZR 34/10, AP BGB § 133 Nr. 63, die Vereinbarung einer Lohngruppe aus dem Bereich der gewerblichen Arbeitnehmer vor dem Hintergrund der Begrenzung von Planstellen für Angestellte im öffentlichen Dienst.

32 BAG 1.7.2009, 4 AZR 234/08, Rn. 21 ff., NZA-RR 2010, 80.

Kap. 5 Eingruppierung

sprechend seiner eigenen Entscheidung auf alle diejenigen anwenden muss, die vergleichbare Tätigkeiten ausüben.³³ Hierauf kann sich ein Arbeitnehmer auch berufen. Diese Konstellation birgt Fallstricke für den Arbeitgeber.

40

Beispiel: Ein Arbeitgeber vergütet einen Mitarbeiter – unter Beachtung der „Tarifaufautomatik“ tarifgerecht – nach Entgeltgruppe 7 der tariflichen Entgeltordnung. Zahlt er anderen (nicht notwendig allen) mit denselben Arbeitsaufgaben betrauten Kollegen Entgelt nach der EG 8 der Entgeltordnung, hat dies zwar keine Auswirkung auf den Tarifanspruch des Mitarbeiters, wenn die Tätigkeit selbst nur die Anforderungen der EG 7 erfüllt. Der Mitarbeiter ist aber nicht gehindert, sich im Prozess dann – außer auf die seiner Meinung nach vorliegende Erfüllung der Tätigkeitsmerkmals-Anforderungen nach EG 8 – hilfsweise auf den Grundsatz der arbeitsrechtlichen Gleichbehandlung zu berufen, weil seine Kollegen nach dieser Entgeltgruppe bezahlt werden. Will der Arbeitgeber dagegen geltend machen, es handele sich bei ihnen um eine irrtümlich zu hohe Eingruppierung, sollte er es nicht dabei bewenden lassen. Denn unternimmt er danach nicht angemessene Bemühungen um eine Absenkung der Entgeltansprüche der Kollegen, sondern bezahlt diese weiter nach der EG 8, muss er sich vorhalten lassen, dass zumindest ab diesem Zeitpunkt eine bewusste übertarifliche Entlohnung vorgenommen wird.³⁴

d) Die Anwendung des Tarifvertrags durch betriebliche Übung

- 41 Grundsätzlich kann die dynamische Anwendung einer tariflichen Vergütungsordnung zwar auch durch eine betriebliche Übung erfolgen. Von einer solchen ist aber nur dann auszugehen, wenn der Arbeitgeber sich nicht – berechtigt oder irrtümlich – zur Anwendung der betr. Entgeltordnung aus einem anderen Rechtsgrund verpflichtet gesehen hat.³⁵ Die Rechtsprechung des BAG geht ferner davon aus, dass allein eine jeweilige Weitergabe der tariflichen Entgelterhöhungen auch an die Arbeitnehmer, die weder tarifgebunden sind noch eine – ausdrückliche – Verweisungsklausel in ihrem Arbeitsvertrag haben, für die Annahme einer betrieblichen Übung zur Anwendung eines Entgeltsystems im Ganzen nicht ausreicht. In einem solchen Fall bringt der Arbeitgeber durch die gewährte Entgelterhöhung lediglich zum Ausdruck, dass er die **konkrete** Tarifsteigerung weitergibt, sich von ihr also nicht einfach lösen kann, aber nicht die **prinzipielle Anbindung** an jede – weitere – Entgeltsteigerung durch die Tarifvertragsparteien.³⁶

33 Zum Gleichbehandlungsgrundsatz im Tarifrecht ausf. *Creutzfeldt*, JArbR 2015, 25.

34 Vgl. nur BAG 26.10.1995, 6 AZR 125/95, NZA 1996, 765, zu der Entscheidung der Berliner Verwaltung über die Gewährung von „West-Tarifen“ an Arbeitnehmer aus dem Bereich Berlin-Ost, mit der Folge des Ausschlusses des Landes Berlin aus der Tarifgemeinschaft deutscher Länder (TdL) wegen Satzungsverstoßes.

35 BAG 11.7.2018, 4 AZR 433/17, Rn. 30.

36 BAG 24.2.2016, 4 AZR 990/13, BB 2016, 884.

3. Die Bestimmung der zu bewertenden „Arbeitseinheit“

Bei der Eingruppierung ist den abstrakten Anforderungen aus der Entgeltordnung die zu bewertende Tätigkeit des Arbeitnehmers gegenüberzustellen. Deren Festlegung ist ein oft unterschätzter Vorgang. Denn einerseits kann nicht jede Tätigkeit als Ganzes bewertet werden. Dafür ist die Vielfalt der übertragenen Aufgaben oft zu groß. Andererseits ist auch nicht „jeder Handgriff“ gesondert einem tariflichen Merkmal zuzuordnen. Deshalb müssen die zu bewertenden Arbeitseinheiten nach Maßgabe der einschlägigen Vorschriften zusammengefasst werden. **42**

a) Die Notwendigkeit einer Zusammenfassung von Arbeitsschritten

Die hierfür heranzuziehenden Bestimmungen der tariflichen Regelungen sind dabei – vor allem in der Privatwirtschaft – oft nicht sehr hilfreich. Beispiele: **43**

- TV ERA Metall, Bezirk Küste – § 3: Grundlage der Eingruppierung sind die Anforderungen aus der übertragenen Arbeit (Tätigkeiten, Aufgaben, Aufgabengebiete oder Aufgabenbereiche) an die Beschäftigten. Hierbei werden alle Anforderungen, soweit sie die übertragene Arbeit im Wesentlichen prägen, in ihrer Gesamtheit bewertet. Es sind die Anforderungen prägend, die die Wertigkeit der Arbeit bestimmen. Dabei kommt es nicht auf die Prozente der einzelnen Arbeitsanteile an.
- TV ERA Metall NRW – § 2 Abs. 3: Grundlage der Eingruppierung des Beschäftigten ist die Einstufung der übertragenen und auszuführenden Arbeitsaufgabe. Die Arbeitsaufgabe kann eine Einzelaufgabe beinhalten oder einen Aufgabenbereich umfassen. ... Abs. 4: Werden einem Beschäftigten mehrere Arbeitsaufgaben übertragen, die wegen des fehlenden unmittelbaren arbeitsorganisatorischen Zusammenhangs nicht ganzheitlich zu betrachten sind und die verschiedenen Entgeltgruppen zugeordnet sind, ist er entsprechend der überwiegenden Tätigkeit einzugruppieren.
- TV ERA Metall Niedersachsen – § 2 Abs. 1: Die Beschäftigten werden entsprechend ihrer Tätigkeit in einer der Entgeltgruppen ... eingruppiert ... Abs. 3: Für die Eingruppierung der Beschäftigten in eine Entgeltgruppe ist allein die Tätigkeit maßgebend, nicht die Ausbildung“.
- BETV Chemie § 3: „Die Arbeitnehmer werden entsprechend der von ihnen ausgeübten Tätigkeit in die Entgeltgruppen eingruppiert. Für die Eingruppierung in eine Entgeltgruppe ist nicht die berufliche Bezeichnung, sondern allein die Tätigkeit des Arbeitnehmers maßgebend. ... Übt ein Arbeitnehmer innerhalb seines Arbeitsbereichs ständig wiederkehrend mehrere Tätigkeiten aus, auf die verschiedene Entgeltgruppen zutreffen, so ist er in die Entgeltgruppe einzugruppieren, deren Anforderungen den Charakter seines Arbeitsbereichs im Wesentlichen bestimmen.

Kap. 5 Eingruppierung

- GETV Einzelhandel Hessen § 2 Abs. 1: Die Angestellten werden nach der von ihnen tatsächlich verrichteten Tätigkeit in eine der nachstehenden Beschäftigungsgruppen ... eingestuft. ... Abs. 12: Übt ein/e Arbeitnehmer/in mehrere Tätigkeiten aus, so ist die überwiegende Tätigkeit für die Eingruppierung maßgebend. Lässt sich eine überwiegende Tätigkeit nicht feststellen, so erfolgt die Eingruppierung in die höhere Tarifgruppe.
 - GTV und LTV Einzelhandel Bayern und Sachsen: keinerlei tarifliche Vorgaben
 - ETV Hotel- und Gaststättengewerbe Niedersachsen Ziff. 6: Die Eingruppierung der Beschäftigten in die Entgeltgruppen erfolgt nach den Tätigkeiten.
 - BRTV Bau § 5 Abs. 2 Unterabs. 2: Für die Eingruppierung der Arbeitnehmer sind seine Ausbildung, seine Fertigkeiten und Kenntnisse sowie die von ihm ausgeübte Tätigkeit maßgebend. ... Unterabs. 3: Führt ein Arbeitnehmer mehrere Tätigkeiten gleichzeitig aus, die in verschiedenen Gruppen genannt sind, wird er in diejenige Gruppe eingruppiert, die seiner überwiegenden Tätigkeit entspricht.
- 44 Aus dieser Zusammenstellung ergibt sich, dass die Tarifvertragsparteien regelmäßig davon ausgehen, dass zunächst die von ihnen auszuübende oder ausgeübte Tätigkeit maßgebend ist.
- 45 Im Normalfall ist die Tätigkeit, für die der Arbeitnehmer angestellt ist, im Arbeitsvertrag nur schlagwortartig umschrieben, z.B. Dreher im Metallbereich, Verwaltungsangestellter im öffentlichen Dienst, Servicekraft in der Gastronomie. Aus diesen jeweils sehr weit gefassten Bereichen wird dem Arbeitnehmer konkret ein Teilbereich zugewiesen. Damit ist in einem ersten Schritt festgelegt, dass es nicht um die tarifliche Bewertung der nach dem Arbeitsvertrag allgemein möglichen Tätigkeiten geht, sondern um diejenige der ihm real **übertragenen Tätigkeit**. Die dabei übertragenen Aufgaben die gestellten Anforderungen und konkreten Arbeitsumstände sind der tariflichen Bewertung zu unterziehen.³⁷
- 46 Aus den oben zitierten beispielhaften tariflichen Festlegungen ergibt sich so dann, dass nicht eine einheitliche, sondern auch verschiedene zu bewertende „Tätigkeiten“ vorliegen können. Nach welchen Kriterien diese tariflich bedeutsamen Einheiten gebildet oder festgestellt werden, zeigt der Wortlaut nicht unmittelbar auf. Klar ist lediglich, dass eine Art von „Gruppierung“ der einzelnen Arbeitsschritte stattfindet, die zu einer oder mehreren „Tätigkeiten“ in diesem Sinne zusammengefasst werden. Bildlich gesprochen: wenn die gesamte Tätigkeit des Arbeitnehmers aus 1000 verschiedenen Einzeltätigkeiten/Arbeitsschritten besteht, kann einerseits nicht jede einzelne dieser Einzeltätigkeiten einer tariflichen Bewertung unterzogen werden. Dies würde zu einer unzulässige sog.

37 Zu möglichen einschränkenden Rückwirkungen dieser ersten Festlegungen auf die Reichweite des Direktionsrechts des Arbeitgebers, vgl. unten Rn. ■.

„**Atomisierung**“ der Arbeitsbewertung führen (beliebtes Beispiel: das Bleistiftspitzen des Buchhalters; ähnlich das Abholen eines übersandten Ersatzteiles aus der Poststelle durch einen IT-Spezialisten; das Ein- und Ausfahren der zu reparierenden Kfz in die Werkstatt durch einen Mechatroniker, das Kaffeekochen durch einen Assistenten der Geschäftsführung usw.). Andererseits sind nicht notwendig alle 1000 Einzeltätigkeiten zusammenfassend zu bewerten. Wie die tarifvertraglichen Formulierungen zeigen, gehen auch die Tarifpartner davon aus, dass es sich um **mehrere „Tätigkeiten“**, Arbeitsaufgaben, Arbeitsbereiche, usw. handeln kann, und – wie im TV ERA NRW ausgedrückt – die dort eigentlich vorgesehene ganzheitliche Betrachtung der gesamten Arbeit einen „unmittelbaren organisatorischen Arbeitszusammenhang“ voraussetzt, bei dessen Fehlen die übertragenen Arbeitsaufgaben getrennt voneinander zu bewerten sind. Für diesen Prozess der Zuordnung einzelner Arbeitsschritte zu einer als solchen dann insgesamt zu bewertenden „Arbeitseinheit“, von der eben auch mehrere gegeben sein können, gibt es in den Tarifverträgen der Privatwirtschaft keine konkreten Regelungen.

Dagegen haben die Tarifvertragsparteien des **öffentlichen Dienstes** außerordentlich detaillierte Bestimmungen für diesen bei einer Eingruppierung notwendig anfallenden Vorgang getroffen, die durch eine teilweise extrem kleinteilige Rechtsprechung des BAG über Jahrzehnte noch weiter ausdifferenziert worden ist.³⁸ Die dort entwickelten Prinzipien gelten jedoch als **allgemein anerkannte Grundsätze der Eingruppierung** auch für die Privatwirtschaft.³⁹ So hat das BAG zu dem häufig gebrauchten Begriff der „überwiegend auszuübenden Tätigkeit“ festgelegt, dass insoweit zunächst festzustellen ist, ob der Arbeitnehmer eine – einheitlich zu bewertende – Gesamttätigkeit, eine überwiegend auszuübende Teiltätigkeit oder mehrere selbständige Teiltätigkeiten zu erbringen hat. Die so ermittelten Bereiche sind dann jeweils zu bewerten. Dabei sind zwar weniger strenge Maßstäbe anzulegen als sie durch den Begriff des Arbeitsvorgangs eingeführt wurden. Die für eine – ggf. notwendige – Abgrenzung oder Verbindung von Tätigkeitsbereichen maßgebenden Kriterien sind aber vergleichbar.⁴⁰

38 Dazu grundlegend *Krasemann*, Das Eingruppierungsrecht des BAT/BAT-O, S./Rn. ■.

39 BAG 21.10.2009, 4 ABR 40/08, Rn. 21, BB 2010, 180: „Bei der Zusammenfassung von Einzeltätigkeiten zu einer einheitlich zu bewertenden Gesamttätigkeit oder mehreren jeweils eine Einheit bildenden Teiltätigkeiten gelten vergleichbare Regeln und Kriterien wie bei der Bestimmung des Arbeitsvorgangs nach dem BAT, lediglich die anzuwendenden Maßstäbe sind weniger streng (ständige Rechtsprechung ...)“ m. w. N.

40 So schon BAG 25.8.1993, 4 AZR 577/92, NZA 1994, 951; ebenso für Tarifverträge der Deutschen Bahn BAG 25.8.2010, 4 ABR 104/08, NZA 2011, 712.

Kap. 5 Eingruppierung

b) Das allgemeine „Muster“ des öffentlichen Dienstes

- 48 Der zentrale Begriff im Tarifsystem des öffentlichen Dienstes ist der „**Arbeitsvorgang**“. Mit ihm wird diejenige Arbeitseinheit bezeichnet, die einer tariflichen Wertung unterzogen wird. Am Ende kommt es für die Gesamtbewertung auch im öffentlichen Dienst auf die Bewertung derjenigen Tätigkeit an, die den überwiegenden Teil der Gesamtarbeitszeit des Arbeitnehmers in Anspruch nimmt. Aber dem voran geht eine Aufteilung der gesamten Arbeit in die genannten Arbeitsvorgänge. Macht einer der gebildeten Arbeitsvorgänge einen Zeitanteil von „mindestens zur Hälfte“ der Gesamtarbeitszeit aus,⁴¹ so ist seine tarifliche Bewertung allein entscheidend für die Gesamtbewertung. Das Besondere daran ist, dass der Arbeitsvorgang selbst in seiner Gänze einheitlich bewertet wird und gewissermaßen den „Stempel“ der ihm zugeordneten Tarifgruppe aufgedrückt bekommt. Welcher das ist, bestimmt sich nach der am höchsten bewerteten Einzeltätigkeit innerhalb des Arbeitsvorgangs, die ihrerseits nicht die dort zeitlich überwiegende Einzeltätigkeit sein oder den Arbeitsvorgang als solchen „prägen“ muss. Es genügt, dass sie innerhalb des Arbeitsvorgangs in einem „tariflich relevanten Ausmaß“ auftritt.⁴² Daraus erhellt, dass die Bestimmung des Arbeitsvorgangs einen großen Einfluss auf das Ergebnis der Gesamtbewertung der Tätigkeit hat.
- 49 Am Beginn einer Eingruppierungsentscheidung steht daher die Frage, nach welchen Kriterien welche Einzeltätigkeiten zusammengefasst werden können. Der zentrale Begriff dabei ist das **Arbeitsergebnis**,⁴³ zu dem die vom Arbeitnehmer ausgeübten Arbeitsleistungen (einschließlich der Zusammenhangsarbeiten) bei natürlicher Betrachtung und bezogen auf den Aufgabenkreis des Beschäftigten führen.⁴⁴ Bei der Feststellung der dem Arbeitsergebnis zuzuordnenden Einzeltätigkeiten und Arbeitsschritte bleibt deren im Tarifvertrag geregelte Wertigkeit zunächst ganz außer Betracht. Erst nachdem für die gesamte Tätigkeit des Arbeitnehmers der Arbeitsvorgang (ggf. mehrere) bestimmt ist, ist er anhand des in Frage kommenden Tätigkeitsmerkmals der Vergütungsordnung zu bewerten. Bei der Zuordnung von Einzeltätigkeiten zu einem Arbeitsvorgang können wiederkehrende und gleichartige Tätigkeiten zusammengefasst werden. Es ist auch möglich, dass nur ein einziger großer Arbeitsvorgang vorliegt. Wenn jedoch die

41 Z. B. § 12 Abs. 2 TVöD, früher auch § 22 Abs. 2 B AT.

42 Protokollerklärung Satz 2 zu § 12 Abs. 2 TVöD: „Jeder einzelne Arbeitsvorgang ist als solcher zu bewerten und darf dabei hinsichtlich der Anforderungen zeitlich nicht aufgespalten werden“. Soweit ersichtlich gibt es keine Entscheidung des BAG, in der die entscheidende Bewertung der am höchsten bewerteten Einzeltätigkeit ausnahmsweise verneint wurde, weil von ihr nur lediglich „Spurenelemente“ innerhalb des Gesamt-Arbeitsvorgangs angefallen wären.

43 Std. Rspr., z. B. BAG 28.2.2018, 4 AZR 816/16, Rn. 24, BB 2018, 1267; 21.8.2013, 4 AZR 933/11, Rn. 13, NZA 2013, 6; 15.9.2004, 4 AZR 396/03, BB 2004, 2360.

44 Protokollerklärung Satz 1 zu § 12 Abs. 2 TVöD.

verschiedenen Arbeitsschritte, die zum Arbeitsergebnis führen sollen, von vorneherein tatsächlich (und nicht nur theoretisch) auseinandergehalten und organisatorisch voneinander getrennt sind, ist ihre Zusammenfassung nicht möglich. Eine solche tatsächliche Trennung liegt aber nicht vor, wenn sich erst im Laufe der Bearbeitung herausstellt, welchen tariflich erheblichen Schwierigkeitsgrad der einzelne Fall aufweist.⁴⁵

Dabei sind die vorangegangenen **Organisationsentscheidungen des Arbeitgebers** natürlich von großer Bedeutung. Im Allgemeinen wird man sagen können: je flacher die Hierarchie ist, desto tiefer und differenzierter ist die dem Mitarbeiter übertragene Tätigkeit. Definiert der Arbeitgeber in seiner Organisation das angestrebte Arbeitsergebnis umfassend, hat das zur Folge, dass der Arbeitsvorgang in der Regel „größer“ wird und eine höhere tarifliche Wertigkeit aufweist. 50

Beispiele:

- Aufnahme von Beschwerden und Organisation der Abhilfe, statt nur: Aufnahme und Ordnung von Beschwerden, Weiterleitung an die für die Abhilfe zuständigen Stellen
- Umfassende Betreuung einer Pflegefamilie durch einen Sozialarbeiter (incl. Entscheidungen über Hilfeplanmaßnahmen, Inobhutnahme von Kindern, Anfertigung von Gutachten für das Familiengericht), statt nur: Betreuung von Pflegekindern, mit der Pflicht zur Information in Krisensituationen an andere zuständige Stellen des Jugendamtes, die die weitere Bearbeitung übernehmen
- Bearbeitung aller Wohngeldakten eines Bezirks vom Antrag bis zum rechtskräftigen, ggf. gerichtlichen Abschluss, statt nur: Bearbeitung von Wohngeldanträgen bis zum ersten Bescheid, Durchführung des Widerspruchs- und Klageverfahrens durch andere Mitarbeiter.

51

Es ist nicht zu verkennen, dass damit dem Arbeitgeber die Möglichkeit eröffnet wird, durch Organisationsentscheidungen i.V.m. der Ausübung seines Direktionsrechts den Pflichtenkreis des Arbeitnehmers so festzulegen, dass er – interessengerecht – tariflich möglichst in der niedrigeren anstatt in der höheren Tarifgruppe einzuordnen ist.⁴⁶ Darin liegt aber kein Fehler des Systems, sondern es handelt sich um die bloße Auswirkung der Reichweite des Direktionsrechts und dem Schwierigkeitsgrad der vom Arbeitgeber rechtmäßig übertragenen Tätigkeiten des Arbeitnehmers. 52

⁴⁵ Std. Rspr., z.B. BAG 22.2.2017, 4 AZR 514/16, Rn. 34, ZTR 2017 352.

⁴⁶ So war die Folge der Einführung von „Service-Einheiten“ bei den Geschäftsstellen der Gerichte mit gravierenden Folgen für die Entgeltkosten verbunden; vgl. zu strategischen Überlegungen auf Seiten eines Arbeitgebers *Lorenz-Schmidt*, ZTR 2011, 72.

Kap. 5 Eingruppierung

- 53 Die Bestimmung des Arbeitsvorgangs erfolgt grundsätzlich **ohne Heranziehung der tariflichen Merkmale**. Er ist allein aufgrund der für ihn maßgebenden Tatsachen zu bestimmen. Unter Anwendung dieser Grundsätze kommt die Praxis oft zu dem Ergebnis, dass nur wenige Arbeitsvorgänge vorliegen. Es ist – insbesondere im Bereich von Funktionszuweisungen (z. B. Kassenleiter) – nicht selten, dass die gesamte Tätigkeit des Arbeitnehmers als ein einziger großer Arbeitsvorgang angesehen wird, da alle einzelnen Arbeitsschritte demselben Arbeitsergebnis dienen und deshalb die Tätigkeit insgesamt einheitlich zu bewerten ist. Das ist in der Regel für den Arbeitnehmer vorteilhaft, weil die beim Arbeitsvorgang anfallenden höchsten Anforderungen für die Gesamtbewertung des Arbeitsvorgangs maßgebend sind.
- 54 Erst wenn dieser Vorgang abgeschlossen ist, erfolgt die tarifliche Bewertung (dazu unten Rn. ■). Liegen mehrere Arbeitsvorgänge vor, die jeweils einem anderen Arbeitsergebnis dienen, sind sie jeweils in ihrer tariflichen Wertigkeit für sich genommen zu bestimmen.
- 55 In der Praxis der Eingruppierung in der Privatwirtschaft werden sich diese Probleme nicht in jedem Fall stellen, weil durch Gepflogenheiten der Branche oder eindeutiger Zuordnungen jeweils hinreichend klar und deutlich ist, um welche „Kern-Tätigkeit“ es geht und auch Konsens über die Zuordnung von weiteren Arbeitsschritten zu dieser Tätigkeit besteht. Das weist darauf hin, dass es sich bei der konkreten Anwendung deshalb nicht um ein praktisches Problem handelt, weil die notwendige Zuordnung und Zusammenfassung sich ohne weiteres erschließt. Dies ist aber keineswegs immer der Fall, weshalb dieser Punkt bei der Prüfung nicht ausgelassen, sondern allenfalls seine unproblematische Handhabung konstatiert werden darf.

4. Der Zuordnungsvorgang der Eingruppierung

a) Die Anwendung der Tätigkeitsmerkmale

- 56 Nachdem auf diese Weise die dem rein gedanklichen Vorgang der Eingruppierung vorausgesetzten Faktoren (a) abstrakte Anforderungen der einzelnen tariflichen Tätigkeitsmerkmale und (b) Ermittlung/Bestimmung der tariflich zu bewertenden Arbeitseinheit des betr. Arbeitnehmers in der notwendigen Eindeutigkeit feststehen, geht es bei der eigentlichen Eingruppierung darum, diese beiden Faktoren zueinander in Beziehung zu setzen. Dabei ist in einem **ersten Schritt** zu ermitteln, ob die maßgebende Tätigkeit des Arbeitnehmers eines der zu einem Tätigkeitsmerkmal vereinbarten Richtbeispiele erfüllt. Ist dies der Fall, steht die Eingruppierung regelmäßig fest.⁴⁷ Findet sich kein Richtbeispiel, dass eine solche eindeutige Zuordnung ermöglicht, ist ein Vergleich zwischen den

47 Vgl. dazu oben Rn. ■.

Merkmale der Tätigkeit einerseits und den abstrakten Anforderungen der im Entgeltschema genannten Vergütungsgruppen andererseits vorzunehmen. Dies ist bei vielen privatwirtschaftlichen Tarifverträgen deutlich einfacher als im öffentlichen Dienst. Denn nicht nur die Richtbeispiele, sondern auch die allgemeinen Beschreibungen der Tätigkeitsmerkmale sind oft auf die Branche zugeschnitten und orientieren sich an häufig auftretenden und vielfach nicht umstrittenen Tätigkeitsbezeichnungen. Werden einzelne Begriffe der Tätigkeitsmerkmale dabei nicht im Tarifvertrag selbst definiert, ist davon auszugehen, dass sie den Begriff in dem Sinne gebraucht haben, wie er dem allgemeinen Sprachgebrauch und dem der beteiligten Kreise entspricht, z. B. nach dem Tarifvertrag für den Einzelhandel der Begriff der „Sammelkasse“⁴⁸ oder des „Verbrauchermarktes“.⁴⁹ Soweit die Anforderungen durch die dafür erforderliche Ausbildung definiert wird, ist auf die entsprechenden Lehrpläne und Ausbildungsordnungen zurückzugreifen, die daraufhin überprüft werden, ob die dort zu vermittelnden Kenntnisse und Fähigkeiten für das gesamte Spektrum der zu bewertenden Arbeitseinheit unverzichtbar sind; eine bloße Nützlichkeit für die ordnungsgemäße Leistung der übertragenen Tätigkeit reicht dabei nicht aus. Letztlich empfiehlt sich auch ein Blick in die zu der konkreten (oder einer ihr ähnlichen) Entgeltordnung ergangene Rechtsprechung des BAG, die sich mit unzähligen Tätigkeitsmerkmalen intensiv befasst hat.

In der **Metall- und Elektroindustrie** hat die Einführung des ERA zwei unterschiedliche Arbeitsbewertungssysteme hervorgebracht. In den meisten Bezirken wurde eine summarische Arbeitsbewertung zugrunde gelegt. Dabei werden die Anforderungen der Arbeit, des Arbeitsplatzes oder des Arbeitsbereichs in einer globalen Betrachtung erfasst und je nach ihrer Wertigkeit verschiedenen Entgeltgruppen zugeordnet. In diesem Bereich findet sich insoweit eine bedeutsame Abweichung von einem sonstigen allgemeinen Eingruppierungsgrundsatz. Normalerweise verlangt die Eingruppierung in eine bestimmte Entgeltgruppe das Vorliegen aller dort genannten Anforderungen; fehlt es an der Erfüllung auch nur einer Anforderung, ist eine Einstufung in diese Gruppe nicht möglich. Anders in den Bezirken der Metall- und Elektroindustrie mit summarischer Arbeitsbewertung: Hier ergibt sich aus den Tarifverträgen mit notwendiger Klarheit der Wille der Tarifvertragsparteien, eine Gesamtbetrachtung vorzunehmen, in der eine mögliche Nicht- oder Untererfüllung hinsichtlich eines der drei Kriterien (erforderliche Ausbildung, Grad der Komplexität der Aufgabe, Maß der Vorgaben vs. selbständiger Erledigung) kompensiert werden kann durch die Übererfüllung eines anderen Merkmals. Ferner sollen die zeitlichen Anteile verschiedenwertiger Einzeltätigkeiten ausdrücklich keine Rolle spielen.⁵⁰ Die ent-

⁴⁸ BAG 23.9.2009, 4 AZR 333/08, DB 2010, 680.

⁴⁹ BAG 18.5.2011, 4 ABR 82/09, NZA 2012, 472.

⁵⁰ Vgl. dazu ausf. BAG 16.3.2016, 4 ABR 32/14, Rn. 22 ff, NZA 2016, 1286.

Kap. 5 Eingruppierung

spricht jedenfalls im Ergebnis dem in den Tarifgebieten NRW und Baden-Württemberg vereinbarten analytischen Verfahren, in NRW in der Form eines Punktbewertungssystems, in BW in Form eines Stufenwertzahlverfahrens. Dabei werden die Anforderungen weitgehend untergliedert und ihnen jeweils einzelne Punktzahlen oder Stufenwertzahlen zugeordnet, aus deren Summe sich jeweils die Entgeltgruppe ergibt. Auch hier sind derartige Kompensationsmöglichkeiten eröffnet.

- 58 Erfüllt die Tätigkeit eines Arbeitnehmers keines der in der Entgeltordnung geregelten Tätigkeitsmerkmale (und zwar weder eines Richtbeispiels noch einer abstrakten Anforderung), obwohl das Arbeitsverhältnis im Geltungsbereich des die Entgeltordnung enthaltenden Tarifvertrags liegt, handelt es sich um eine **Tariflücke**. Bei einer von den Tarifvertragsparteien erkennbar **bewusst** nicht geregelten Tätigkeit, was selten vorliegt, kann eine Eingruppierung nicht vorgenommen werden. Ist davon auszugehen, dass die Tarifvertragsparteien die Tätigkeiten der Branche an sich vollständig und abschließend regeln wollten und die fragliche Tätigkeit lediglich versehentlich nicht geregelt haben (**unbewusste Tariflücke**), kann diese nur dann – z.B. durch die Heranziehung artverwandter, vergleichbarer Tätigkeitsmerkmale – geschlossen werden, wenn es sichere Hinweise darauf gibt, wie die Tarifvertragsparteien selbst vorgegangen wären, wenn sie die Lückenhaftigkeit erkannt hätten.⁵¹ Gibt es dafür aber verschiedene Möglichkeiten, ist eine Eingruppierung nicht möglich, und erforderlichenfalls muss die Entgeltbestimmung unter Rückgriff auf § 612 BGB vorgenommen werden.

b) Bedeutung der Erst-Eingruppierung

- 59 Mit der – zutreffenden – Erst-Eingruppierung erfolgt eine gewisse Festlegung, die **Rückwirkungen** auf die grundsätzliche Arbeitspflicht des Arbeitnehmers und – reziprok – seinen Beschäftigungsanspruch haben kann. Denn nach der Rechtsprechung des BAG kann z.B. einem Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst, der als „Verwaltungsangestellter“ eingestellt ist und aufgrund der ihm vereinbarungsgemäß übertragenen Aufgaben nach der Tarifautomatik mit der Entgeltgruppe 6 TVöD bewertet wird, danach nicht ohne Vertragsänderung mit Aufgaben nach der Entgeltgruppe 5 TVöD beschäftigt werden. Ansonsten könnten der Arbeitgeber durch die Zuweisung einer niedriger wertigen Tätigkeit mittelbar selbst die Entgelthöhe einseitig festlegen. Hier begrenzt die durch die Erst-Eingruppierung vorgenommene Konkretisierung der Arbeitspflicht das Direktionsrecht des Arbeitgebers für die Zukunft.⁵²

⁵¹ BAG 25.8.2010, 4 ABR 104/08, Rn. 38 f., NZA 2011, 712.

⁵² Zu den hieraus folgenden Konsequenzen für die Sozialauswahl bei betriebsbedingten Kündigungen vgl. *Kleinebrink*, BB 2013, 2357, 2358.

Eine in der Sache ähnliche Festlegung enthalten manche ERA-Tarifverträge in der **Metall- und Elektroindustrie**. So legt § 2 Ziff. 6 TV ERA NRW fest, dass ein Arbeitnehmer zwar – ohne Entgeltverlust – vorübergehend auch mit niedriger bewerteten Tätigkeiten betraut werden kann. Es heißt dann aber weiter: „Eine dauerhafte Ausübung einer niedriger bewerteten Tätigkeit über sechs Monate hinaus setzt eine Änderungskündigung oder Änderungsvereinbarung voraus“; damit wird die bisherige Eingruppierung „vertragsfest“ gemacht und dementsprechend auch die Reichweite des Direktionsrechts des Arbeitgebers.⁵³ **60**

Dieses Problem ist – soweit ersichtlich – bisher nicht in anderen Branchen Gegenstand gerichtlicher Entscheidungen gewesen.⁵⁴ Ob das BAG davon ausgeht, dass es sich dabei um einen allgemeinen Grundsatz handelt, kann schwer prognostiziert werden. Es empfiehlt sich jedenfalls, dieses – mögliche – Problem nicht aus den Augen zu verlieren. **61**

Zur **vorübergehend übertragenen höherwertigen Tätigkeiten** enthalten viele Tarifverträge Bestimmungen, die in der Regel davon ausgehen, dass eine solche Übertragung mit Zustimmung des Arbeitnehmers möglich ist und dass – ggf. nach einer bestimmten Zeit – auch die Differenz zur höheren Entgeltgruppe zu zahlen ist.⁵⁵ Ein Anspruch auf Höhergruppierung soll sich daraus aber regelmäßig nicht ergeben. **62**

c) Umgruppierung

Eine einmal vorgenommene Eingruppierung, die zutreffend und womöglich auch gerichtlich bestätigt worden ist, wirkt so lange, wie die beiden Faktoren, die Entgeltordnung und die tariflich bewertete Tätigkeit unverändert bleiben. Ändert sich einer der Faktoren, muss eine erneute Eingruppierung, die in diesem Fall Umgruppierung genannt wird, durchgeführt werden.⁵⁶ **63**

aa) Umgruppierung bei Änderung der Entgeltordnung

Gelegentlich kommt es in der tariflichen Praxis zu einer Veränderung von früher vereinbarten oder zur Schaffung von neuen Tätigkeitsmerkmalen. In diesen Fällen ist die Eingruppierung der einzelnen Arbeitnehmer zu überprüfen und ggf. eine Neu-Eingruppierung oder Umgruppierung vorzunehmen. Auch hier gibt es im individualrechtlichen Bereich im Allgemeinen keine unmittelbaren Verfahrensvorschriften hinsichtlich der Eingruppierung im engeren Sinn. Ergibt die Überprüfung durch den Arbeitgeber aus seiner Sicht eine Änderung der zutref- **64**

⁵³ BAG 11.7.2018, 4 AZR ■.

⁵⁴ Krit. Löwisch/Rieble, § 1 TVG Rn. 2421.

⁵⁵ Z. B. GTV Einzelhandel Hessen § 2 Nr. 12: ab sechs Wochen.

⁵⁶ Zu den Folgen für eine betriebsverfassungsrechtliche Eingruppierung vgl. unten Rn. ■.

Kap. 5 Eingruppierung

fenden Entgeltgruppe, kann er den Arbeitnehmer hiervon in Kenntnis setzen und im Weiteren seine Vergütungszahlung entsprechend anpassen. Wenn der Arbeitnehmer damit nicht einverstanden ist, kann er seinen ihm vermeintlich zustehenden Anspruch gerichtlich geltend machen. Das ihm gezahlte Entgelt entspricht dann nicht der „objektiven Rechtslage“. Ist der Arbeitgeber nach der neuen Entgeltordnung verpflichtet, dem Arbeitnehmer Entgelt nach einer höheren als der bisherigen Entgeltgruppe zu zahlen, kann sich ein Arbeitnehmer hierauf berufen.

- 65 Noch folgenreicher ist eine komplette **Neuordnung der Entgeltsysteme**, wie etwa im öffentlichen Dienst oder in der Metall- und Elektroindustrie geschehen. Dabei sind u. U. alle Arbeitnehmer einer Branche neu einzugruppieren, wie es in der Metall- und Elektroindustrie auch tatsächlich geschehen ist.⁵⁷ Häufig gibt es in diesen Situationen Überleitungstarifverträge, die versuchen, den Aufwand für eine Neueingruppierung in erträglichen Grenzen zu halten,⁵⁸ etwa indem eine feste „Überleitungsmatrix“ gebildet wird, wonach das bisherige Entgeltschema hinsichtlich der bisherigen Eingruppierungen – zumindest vorübergehend – aufrecht erhalten bleibt und eine Neu-Eingruppierung nur bei einer Änderung der Tätigkeit vorgenommen wird.

bb) Umgruppierung bei Änderung der Tätigkeit

- 66 Eine (bisherige) Eingruppierung wird aber auch hinfällig, wenn dem Arbeitnehmer – im Rahmen des Direktionsrechts⁵⁹ – eine neue Tätigkeit übertragen wird. Das ist im Regelfall bei jeder **Versetzung** gegeben. Hier hat der Arbeitgeber die Verpflichtung einer Überprüfung, ob die bisherige Eingruppierung auch für die neue Tätigkeit zutrifft und ggf. eine Umgruppierung vorzunehmen. Wie dargelegt wird die Übertragung einer niedriger wertigen Tätigkeit auf Dauer nur in Ausnahmefällen und sicher nicht immer ohne Änderungskündigung oder -vereinbarung möglich sein. Ist der Arbeitnehmer mit der neuen Tätigkeit als solcher nicht einverstanden, kann er sich dagegen nur wehren, wenn sie ihm nicht im Rahmen des Direktionsrechts zugewiesen worden ist. Hält der die neue niedrigere Eingruppierung nicht für zutreffend, muss er seinen Entgeltanspruch geltend machen.

57 Mit einem erstaunlichen Ergebnis: wohl aufgrund der detaillierten Regelungen zur Bewertung der Arbeitsaufgaben unter Einbeziehung des Betriebsrats, einer betrieblichen und sodann einer tariflichen Paritätischen Kommission ist – jedenfalls bisher – nur ein verschwindend geringer Teil an Eingruppierungsrechtsstreitigkeiten aus diesen Um- bzw. Neu-Eingruppierungen bei Gericht angefallen; soweit ersichtlich liegt die Zahl der entsprechenden Verfahren beim Bundesarbeitsgericht im einstelligen (!) Bereich.

58 Im öffentlichen Dienst z. B. der TVÜ-VKA oder der TVÜ-Länder.

59 Zum möglichen Einfluss der bisherigen Eingruppierung auf die Reichweite des Direktionsrechts vgl. oben Rn. ■.

cc) Der Sonderfall der „korrigierenden Rückgruppierung“

Eine Überprüfung der bisherigen Eingruppierung kann grundsätzlich immer erfolgen. Sowohl der Arbeitnehmer als auch der Arbeitgeber sind frei, ihre bisherige Einschätzung, die Eingruppierung sei zutreffend, zu überdenken und abweichende Bewertungen vorzunehmen, nach denen sich die bisherige Festlegung als fehlerhaft erweist. Insoweit sind die Grundsätze des BAG zwar weitgehend anhand der tariflichen Eingruppierung im öffentlichen Dienst ergangen; angesichts der Vereinbarung einer Tarifautomatik dürften diese jedoch auch in der Privatwirtschaft gelten. Wegen des **Grundsatzes der Tarifautomatik**, der lediglich „richtige“ und „falsche“ Zuordnungen zulässt, ist nicht ersichtlich, warum eine solche Korrektur einer unzutreffenden Rechtsansicht nicht auch in der Privatwirtschaft formlos erfolgen kann.⁶⁰ Soweit manche Stimmen davon ausgehen, dass dort eine korrigierende Rückgruppierung nur über den Weg einer Änderungskündigung erfolgen kann,⁶¹ vermag das nicht zu überzeugen, soweit es nicht ausschließlich auf die Fälle beschränkt ist, in denen im Vertrag nicht die Tarifautomatik, sondern eine konkret zugesicherte Entgeltgruppe vereinbart ist – in dieser Konstellation gilt das aber auch für den öffentlichen Dienst.⁶²

Der Arbeitnehmer kann in dem Fall, dass er nunmehr von einer höher wertigen Entgeltgruppe ausgeht, die entsprechende Forderung an den Arbeitgeber stellen und erforderlichenfalls gerichtlich geltend machen (dazu unten Rn. ■). Der Arbeitgeber, der die bisherige Eingruppierung für zu hoch hält, hat es insofern leichter als er dem Arbeitnehmer das Ergebnis seiner Überprüfung mitteilt und danach den Arbeitnehmer nach der geringer wertigen Entgeltgruppe vergütet. Das Arbeitsrecht weist auch in diesem Fall – wie bei einer möglicherweise feh-

60 Dementsprechend ohne Differenzierung BAG 11.7.2018, 4 AZR 488/17, Rn. 22, zum TV ERA NRW.

61 Z.B. Küttner-Griese, Personalbuch 2018, „Eingruppierung“ Rn. 22; HWK-Henssler, § 1 TVG Rn. 119; Däubler-Deinert, § 4 TVG Rn. 406; HMB-Steffan Teil 5 (11) Rn. 10, mit der Annahme, eine Tarifautomatik finde „insoweit nicht statt“.

62 Wie hier auch Wiedemann-Wank, § 4 TVG Rn. 209a; Seel, öAT 2011, 97, 98. Eine grundlegende Entscheidung des BAG gibt es hierzu nicht. Die Korrektur einer irrtümlichen Eingruppierung durch eine Änderungskündigung ist vom BAG jedoch als sozial gerechtfertigt angesehen worden, BAG 15.3.1991, 2 AZR 582/90, NZA 1992, 120: Danach hat der Arbeitgeber ein „legitimes Interesse“ daran, eine auf Missstimmungen anderer Arbeitnehmer, die gleichwertige, aber niedriger bezahlte Arbeit verrichten, beruhende „Unruhe im Betrieb erst gar nicht aufkommen zu lassen“. Die Frage, ob die damals vorliegende „irrtümliche übertarifliche Eingruppierung“ überhaupt feststehender – und erst damit kündbarer – Teil des Arbeitsverhältnisses werden kann, wird vom Gericht nicht angesprochen. Anders aber wohl BAG 11.3.1998, 2 AZR 576/97: Rückgruppierung in Metallbranche auch ohne Änderungskündigung möglich, wenn „übertarifliche Vergütung (nicht) Inhalt seines Arbeitsvertrags“ war. Die maßgebenden Urteile unmittelbar zur korrigierenden Rückgruppierung sind auch erst in den Folgejahren ergangen.

Kap. 5 Eingruppierung

lerhaften Ersteingruppierung – dem Arbeitnehmer die Last des Tätigwerdens zu. Er muss dann ggf. das Entgelt der bisherigen höheren Entgeltgruppe einklagen. Insofern bestehen keine Besonderheiten gegenüber der Ersteingruppierung.

- 69 In zweierlei Hinsicht unterscheidet sich die „korrigierende Rückgruppierung“ jedoch von der Ersteingruppierung. Anders als bei dieser muss der Arbeitgeber im **Prozess** darlegen und ggf. beweisen, dass die bisherige Eingruppierung fehlerhaft war, dass also mindestens eine Anforderung des bisher als zutreffend angesehenen Tätigkeitsmerkmals gerade nicht erfüllt ist. Ferner ist die Möglichkeit einer „korrigierenden Rückgruppierung“ nach der Rechtsprechung des BAG im Ergebnis auf eine **einmalige Korrektur** beschränkt. Denn es geht davon aus, dass der Arbeitnehmer zwar kein geschütztes Vertrauen in die erstmalige Bewertung seiner Tätigkeit durch den Arbeitgeber hat. Aber wenn dieser die Eingruppierung noch einmal überprüft und für zutreffend befunden hat, soll er sich nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) nicht anschließend noch auf einen Irrtum bei einer zweiten oder dritten Überprüfung berufen können. Eine solche Überprüfung kann auch gleichsam „inzident“ geschehen, etwa bei einer Höhergruppierung aufgrund einer absolvierten Bewährungszeit.⁶³ Denn auch in diesem Fall – so das BAG – hat der Arbeitgeber die Richtigkeit der bisherigen Zuordnung überprüft und diese mit dem Bewährungsaufstieg bestätigt. Auch eine schon erfolgte – erste – Rückgruppierung kann eine solche Überprüfung darstellen, nach der der Arbeitgeber keine weitere Rückgruppierung vornehmen darf.⁶⁴ Allein ein langer Zeitraum der realen Entgeltzahlung nach der – unzutreffenden – höheren Eingruppierung reicht für einen solchen Vertrauenstatbestand aber nicht aus.⁶⁵

5. Die gerichtliche Überprüfung der Eingruppierung

- 70 Die vom Arbeitgeber vorgenommene Eingruppierung, also die gedankliche Zuordnung der auszuübenden Tätigkeit zu einer Entgeltgruppe, kann der Arbeitnehmer gerichtlich überprüfen lassen. Hierfür zuständig sind die Arbeitsgerichte. Für das Verfahren ist auf folgende Besonderheiten hinzuweisen:

a) Antrag

- 71 Bei der gerichtlichen Überprüfung geht es allein um die „Feststellung“ der zutreffenden Eingruppierung und nicht um eine Handlungsverpflichtung des Arbeitgebers. Er kann deshalb nicht dazu verurteilt werden, den Arbeitnehmer in eine bestimmte Entgeltgruppe „einzugruppieren“, sondern wegen der Tarifauto-

63 BAG 13.12.2017, 4 AZR 576/16, BB 2018, 819.

64 BAG 20.4.2011, 4 AZR 368/09, BB 2011, 2548.

65 BAG 15.6.2011, 4 AZR 737/09, BB 2012, 116: 14 Jahre.

matik ist der Arbeitnehmer eingruppiert – fraglich ist nur, ob zutreffend oder nicht. Das nach § 256 Abs. 1 ZPO für eine solche Feststellungsklage erforderliche Rechtsverhältnis kommt nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts in dem sog. **Eingruppierungsfeststellungsantrag** zum Ausdruck, der Arbeitgeber solle verpflichtet werden, den Arbeitnehmer nach der Entgeltgruppe XX des Tarifvertrags YY zu vergüten. Zwar ist ein solcher Feststellungsantrag grundsätzlich subsidiär zu einem Leistungsantrag; die Rechtsprechung geht jedoch davon aus, dass jedenfalls dann, wenn Anhaltspunkte für das Gegenteil fehlen, auch ein privater Arbeitgeber regelmäßig bereit ist, einem entsprechenden Feststellungsurteil dann durch die praktische Umsetzung im Arbeitsverhältnis auch Folge zu leisten.⁶⁶ Voraussetzung für die Zulässigkeit der Feststellungsklage nach § 256 Abs. 1 ZPO ist aber, dass der Streit der Parteien mit der Feststellung abschließend geklärt wird.⁶⁷ Das bedeutet, dass eine unstreitige **Stufenzuordnung** nicht zum Gegenstand des Antrags gemacht werden darf;⁶⁸ soweit sie aber streitig ist, muss sie auch im Antrag aufgenommen werden. Für in der Vergangenheit bereits entstandene Entgeltdifferenzen kann auch gleichzeitig im Wege der subjektiven Klagehäufung ein **Leistungsantrag** auf Zahlung gestellt werden. Dann dürfen sich die Zeiträume, auf die sich die Anträge beziehen, jedoch grundsätzlich nicht überschneiden,⁶⁹ weil es insoweit an dem erforderlichen Rechtsschutzinteresse fehlen würde.

Der Antrag muss ferner **hinreichend bestimmt** sein, § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. 72 Dazu gehört auch die präzise Bezeichnung desjenigen Tarifvertrags, der die anzuwendende Vergütungsordnung enthält; die Bezeichnung „Entgelttarifverträge des Einzelhandels NRW“ ist zu unbestimmt und macht die Klage unzulässig.⁷⁰

b) Darlegungs- und Beweislast

Die allgemeinen Grundsätze der Darlegungs- und Beweislast gelten auch im Eingruppierungsfeststellungsprozess. Danach ist diejenige Partei belastet, die sich auf die Rechtsfolgen aus den von ihr vorzutragenden Tatsachen beruft, also regelmäßig der Arbeitnehmer.⁷¹ Wie in wenigen Bereichen determiniert diese Lastverteilung bei der Eingruppierung den Ausgang des Rechtsstreits. Denn die 73

66 Allerdings wahrt der bloße Feststellungsantrag nicht eine evtl. erforderliche zweite Stufe der Geltendmachung nach einer tariflichen Verfallsfrist-Regelung, *Kleinebrink*, BB 2013, 2357, 2361.

67 BAG 7.12.2016, 4 AZR 369/14, Rn. 10; BAG 14.9.2016, 4 AZR 456/14, Rn. 24, jeweils m. w. N.

68 BAG 6.6.2007, 4 AZR 595/06, NZA-RR 2008, 189.

69 BAG 18.4.2012, 4 AZR 426/10, Rn. 20, NZA 2012, 1456.

70 Wenn der Antrag nicht auf einen – erforderlichen, § 139 Abs. 1 ZPO – Hinweis des Gerichts umgestellt wird, BAG 25.1.2017, 4 AZR 517/15, Rn. 18 f., BB 2017, 1779.

71 Anders bei der korrigierenden Rückgruppierung, vgl. insoweit zur Darlegungs- und Beweislast oben Rn. ■.

Kap. 5 Eingruppierung

Anforderungen an eine schlüssige Eingruppierungsklage sind hoch und in den meisten Fällen scheitern die Kläger gerade hieran. Ein schlüssiger Vortrag erfordert die Darlegung aller Tatsachen, aus denen sich die Erfüllung der tariflichen Anforderungen der begehrten Entgeltgruppe ergibt. Dafür müssen die Arbeitsabläufe auf der Grundlage der übertragenen Aufgaben so geschildert werden, dass das Gericht in der Lage ist, soweit erforderlich die zu bewertenden Arbeitseinheiten (Arbeitsvorgänge) nach Maßgabe der Arbeitsergebnisse zu bestimmen. Auch die angestrebte Feststellung der Wertigkeit der einzelnen Arbeitseinheiten muss dem Gericht – in Abhängigkeit vom konkreten Tätigkeitsmerkmal⁷² – anhand der detaillierten Darstellung von Arbeitsabläufen und deren Schwierigkeitsgrad und Einbindung in die betriebliche Organisation ermöglicht werden, etwa ob und warum die Tätigkeit einen „akademischen Zuschnitt“ hat, also in der Regel nur mit den Kenntnissen eines wissenschaftlichen Hochschulabschlusses verrichtet werden kann (bei TV-L Teil I EG 13), oder warum dafür eine abgeschlossene Berufsausbildung allein nicht genügt, sondern die Schwierigkeitsgrad so ausgeprägt ist, dass es mindestens einer darüber hinausreichenden mehrjährigen Berufsausübung bedarf (bei Entgeltgruppe 6 TV ERA Küste), usw. Bei sog. „Aufbaufallgruppen“ reicht auch die umfangreiche Darstellung der eigenen Tätigkeit und der dafür erforderlichen Kenntnisse und Fertigkeiten nicht aus. Denn die Tätigkeitsmerkmale dieser Gruppen setzen die vollständige Erfüllung einer niedriger wertigen Gruppe voraus und sind durch ein zusätzliches „Heraushebungsmerkmal“ (z. B. TVöD/Bund Teil I EG 11: „... deren Tätigkeit sich durch besondere Schwierigkeit und Bedeutung aus der EG 9b Fallgruppe 1 heraushebt“) gekennzeichnet. Nach der Rechtsprechung des BAG erhöht dies die Darlegungslast; um den danach erforderlichen „wertenden Vergleich“ zu ermöglichen, soll es nicht genügen, Tatsachen zu eigenen Tätigkeit darzulegen; vielmehr muss der Sachvortrag durch einen Rückgriff auf die „Normaltätigkeit“ erkennen lassen, warum sich eine bestimmte Tätigkeit aus der in der Ausgangsfallgruppe erfassten Grundtätigkeit hervorhebt.⁷³

III. Die „betriebsverfassungsrechtliche Eingruppierung“

- 74 So unproblematisch das betriebsverfassungsrechtlich vorgesehene Verfahren der Verständigung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat sich in der Praxis sehr häufig gestaltet, ist seine Durchführung und insbesondere die sich ergebenden Rechtsfolgen bei genauer Hinsicht sehr umstritten. Die Entscheidungen des BAG zu Ein- und Umgruppierungen nach § 99 Abs. 1 BetrVG beziehen sich zu meist entweder auf Einzelheiten des Verständigungsverfahrens oder – insoweit wie bei der individualrechtlichen Eingruppierung – auf die Zuordnung der Tätigkeit des Arbeitnehmers zu einer Entgeltgruppe bzw. einem Tätigkeitsmerk-

72 BAG 13.4.2016, 4 AZR 13/13, Rn. 63.

73 Std. Rspr., BAG 9.12.2015, 4 AZR 11/13, Rn. 19.

mal eines kollektiven Entgeltschemas. Daher ist es nicht verwunderlich, dass im arbeitsrechtlichen Diskurs die Besonderheiten der betriebsverfassungsrechtlichen Eingruppierung selten unmittelbar der individualrechtlichen Eingruppierung entgegengehalten und von ihr abgegrenzt werden. Vielmehr werden die jeweils auftretenden Fragen ohne Rücksicht auf die Unterschiede der beiden Verfahren beantwortet. Dabei evtl. auftretende dogmatische Unklarheiten werden nicht selten hinter vermeintlichen Selbstverständlichkeiten versteckt, sodass sich der Eindruck einer einheitlichen Rechtslage aufdrängen muss. Tatsächlich sind jedoch in dem Prozess der betriebsverfassungsrechtlichen Eingruppierung nur Teile des Weges identisch bzw. parallel zu denen der oben näher beschriebenen individualrechtlichen Eingruppierung.

1. Rechtsgrundlage für die betriebsverfassungsrechtliche Eingruppierung

§ 99 Abs. 1 BetrVG regelt die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats bei personellen Einzelmaßnahmen, die sich bei den dort genannten Vorgängen der Ein- und Umgruppierung auf eine Rechtskontrolle beziehen, da die Eingruppierung kein gestaltender Vorgang ist, sondern eine rein gedankliche Zuordnung der Tätigkeit eines Arbeitnehmers zu einem abstrakt formulierten Element einer hierarchischen Entgeltordnung (vgl. oben Rn. XXX). Betriebsverfassungsrechtlich ist der Arbeitgeber daher rechtlich verpflichtet, diesen Zuordnungsvorgang vorzunehmen und mit dem Betriebsrat in einen Verständigungsprozess hierüber zu treten. Soweit in bestimmten Tarifverträgen eine solche Verpflichtung des Arbeitgebers noch einmal ausdrücklich formuliert wird (z. B. BETV Chemie § 3 Abs. 3), entfaltet eine solche Regelung keine eigenständige Verpflichtung, sondern wiederholt deklaratorisch die gesetzlich vorgesehene Durchführung im betriebsverfassungsrechtlichen Rahmen. 75

2. Das „betriebliche Entgeltschema“

Die Entgeltordnung, die den Maßstab für die betriebsverfassungsrechtliche Eingruppierung darstellt, ist nach einem anderen Kriterium zu ermitteln als diejenige bei der individualrechtlichen Eingruppierung. Bei ersterer kommt es darauf an, dass sie „**betrieblich**“ gilt“, und nicht darauf, dass sie **im einzelnen Arbeitsverhältnis** vertraglich oder tariflich verbindlich ist. Das wird in den meisten Fällen identisch sein, ist es aber keineswegs notwendig. 76

Das betrieblich „geltende“ Vergütungsschema bestimmt sich regelmäßig nach § 87 Abs. 1 Einleitungssatz und Abs. 1 Nr. 10 BetrVG. Entweder ist es im Fall der **Geltung eines Tarifvertrags** vom Arbeitgeber wegen dessen Tarifgebundenheit (§ 3 Abs. 1 TVG i. V. m. § 87 Abs. 1 Einleitungssatz) zwingend anzuwen- 77

Kap. 5 Eingruppierung

den. Dann ist auch ein Arbeitnehmer nach § 99 Abs. 1 BetrVG in dieses Schema „einzugruppieren“, wenn er selbst nicht tarifgebunden ist und womöglich eine individuell gestaltete Vergütungsregelung im Arbeitsvertrag hat, die sich nicht an dem Entgeltschema orientiert. Für die Begründung der Mitbeurteilungsrechte des Betriebsrats ist es unerheblich, ob der betroffene Arbeitnehmer individualrechtlich auf die Anwendung des zugrunde liegenden Tarifvertrags einen Anspruch hat.⁷⁴ Das bedeutet in der Konsequenz aber auch, dass im Fall einer doppelten Tarifgebundenheit des Arbeitgebers zwei voneinander unabhängige und unterschiedliche betriebliche Entgeltordnungen bestehen können. Das hat zur Folge, dass der Arbeitgeber die Arbeitnehmer seines Betriebs nach **beiden Entgeltordnungen** eingruppieren muss.⁷⁵

- 78 Beispiel:** Kommunales Krankenhaus als Mitglied im Kommunalen Arbeitgeberverband, der hinsichtlich des Entgeltschemas für Ärzte sowohl an den vom KAV mit ver. di abgeschlossenen TVöD-K als auch an den von ihm mit dem Marburger Bund abgeschlossenen TV-Ärzte (VKA) gebunden ist
- 79** Das mag etwas irritierend wirken. Es verdeutlicht aber eindrucksvoll, dass es bei der Wahrnehmung der betriebsverfassungsrechtlichen Mitbeurteilungsrechte des Betriebsrats nach § 99 Abs. 1 BetrVG nicht um die Wahrnehmung unmittelbarer individualrechtlicher Interessen der Arbeitnehmer geht, sondern um den kollektiven Tatbestand der Kontrolle über (ggf.) Errichtung und Einhaltung eines betrieblichen Entgeltschemas.
- 80** Ist der Arbeitgeber nicht aufgrund Tarifgebundenheit an ein bestimmtes Entgeltschema gebunden, unterliegt die Schaffung oder Änderung einer innerbetrieblichen Vergütungsordnung der erzwingbaren Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG. Dabei wird es in den seltensten Fällen um die erstmalige Schaffung einer solchen Vergütungsordnung außerhalb einer tariflichen Vorgabe gehen. Denn in der Regel gibt es faktisch stets irgendeine Art von betrieblicher Vergütungsordnung. In den Worten des BAG: „Für das Beteiligungsrecht des Betriebsrats ist unerheblich, auf welcher rechtlichen Grundlage die Anwendung der bisherigen Entlohnungsgrundsätze beruht. Nach der Konzeption des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG hängt das Mitbestimmungsrecht nur vom Vorliegen eines kollektiven Tatbestands ab.“⁷⁶ Die Vergütungsordnung kann in einem auf das Arbeitsverhältnis anwendbaren Tarifvertrag erhalten sein, auf einer Betriebsvereinbarung beruhen, aufgrund einzelvertraglicher Vereinbarun-

⁷⁴ BAG 14.4.2015, 1 ABR 66/13, Rn. 32 m. w. N., NZA 2015, 1077.

⁷⁵ BAG 14.4.2015, 1 ABR 66/13, NZA 2015, 1077 (Entgeltordnungen in Tarifverträgen der Deutschen Bahn mit der EVG **und** der GdL); allg. zu Vergütungssystemen in tarifpluralen Betrieben, vgl. unten Kap. 13.

⁷⁶ BAG 4.5.2011, 7 ABR 10/10, Rn. 23, BB 2011, 2420; 11.9.2013, 7 ABR 29/12, Rn. 20, NZA 2014, 388.

gen im Betrieb allgemein zur Anwendung kommen oder vom Arbeitgeber einseitig geschaffen sein. Daraus folgt z. B., dass bei Beendigung der Tarifgebundenheit des Arbeitgebers, etwa durch Austritt aus dem tarifschließenden Arbeitgeberverband, dem Wechsel in eine Mitgliedschaft ohne Tarifbindung („OT-Mitglied“), dem Betriebsübergang auf einen nichttarifgebundenen Erwerber oder dem sonstigen Ende der normativen Geltung des Tarifvertrags, die bisherige tarifliche Vergütungsordnung trotz des Verlustes ihrer normativen Geltung in betriebsverfassungsrechtlicher Hinsicht auch weiterhin das bestehende oder in der Terminologie des Bundesarbeitsgerichts: das „geltende“ betriebliche Entgelt-schema ist und als solches nur unter Einhaltung der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats geändert werden kann. Ein Arbeitgeber ist damit seiner bisher tariflichen Vergütungsordnung nicht entledigt, sondern sie gilt – zumindest als betriebliche – weiter, bis sie unter Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG geändert wird.⁷⁷ Deshalb sind auch danach eingestellte Mitarbeiter in dieses Vergütungsschema einzugruppieren.

3. Die Pflicht zur betriebsverfassungsrechtlichen Eingruppierung

Der Arbeitgeber muss in einem Betrieb mit mehr als 20 Arbeitnehmern den Betriebsrat bei Ein- und Umgruppierungen für eine Mitbeurteilung der von ihm vorgenommenen Zuordnung beteiligen, § 99 BetrVG. Dies setzt begrifflich zwar die Verpflichtung zur Ein- und ggf. Umgruppierung voraus und begründet sie nicht. Gleichwohl geht das BAG von einer solchen **eigenständigen Eingruppierungsverpflichtung** aus.⁷⁸ Sie besteht – bei Geltung eines betrieblichen Entgeltschemas (siehe oben Rn. XXX) – für alle Arbeitnehmer des Betriebs, auch wenn diese selbst nicht an das Entgeltschema gebunden sind, z. B. durch Gewerkschaftsmitgliedschaft oder vertragliche Verweisklausel.⁷⁹ Die Verpflichtung umfasst auch die Arbeitsverhältnisse von Aushilfen und geringfügig Beschäftigten,⁸⁰ nicht dagegen Leiharbeitnehmer; diese sind von dem verleihenden Arbeitgeber einzugruppieren.⁸¹ Wenn **AT-Angestellte** („außertariflich“) beschäftigt werden, sind auch diese – wenn sie nicht zugleich leitende Angestellte i. S. v. § 5 Abs. 3 und 4 BetrVG sind – „ezzugruppieren“, entweder in ein rein betrieblich geltendes differenziertes System für AT-Angestellte oberhalb der höchsten Tarifgruppe oder mindestens dahingehend, dass sie nicht dem tarifli-

77 BAG 23.8.2016, 1 ABR 15/14, NZA 2017, 74; BAG 28.4.2009, 1 ABR 97/07, NZA 2009, 1102; *Kreft*, FS Bepler, S. 317; krit. *Reichhold*, RdA 2013, 108.

78 Krit. *Jacobs/Frieling*, FS v. Hoyningen-Huene, S. 177.

79 Seit BAG 4.5.2011, 7 ABR 10/10, Rn. 21, BB 2011, 2320, unter ausdrücklicher Aufgabe der bisherigen gegenteiligen Rspr.

80 BAG 18.6.1991, 1 ABR 60/90, NZA 1991, 903.

81 BAG 17.6.2008, 1 ABR 39/07, ZTR 2009, 279; das gilt auch für den „Equal-Pay“-Fall, *Schüren/Hamann*, AÜG, § 14 Rn. 420.

Kap. 5 Eingruppierung

chen Entgeltschema unterliegen.⁸² Auch bei dieser („negativen“) Zuordnung hat der Betriebsrat ein Mitbeurteilungsrecht nach § 99 Abs. 1 BetrVG.⁸³

- 82 Nach dem Abschluss des in § 99 BetrVG mit dem Betriebsrat vorgesehenen Verständigungsverfahrens entsteht eine erneute Pflicht zur betriebsverfassungsrechtlichen Ein- bzw. Umgruppierung erst dann, wenn einer der beiden Eingruppierungsfaktoren (Vergütungsordnung oder Tätigkeit des Arbeitnehmers) sich in mindestens einem Merkmal ändert. Das umfasst grundsätzlich, wenn auch im Ergebnis praktisch wenig bedeutsam, auch die Änderung der Zuordnung zu einer Stufe in der Binnendifferenzierung der Entgeltgruppe, etwa wegen Ablaufs des dort vorgesehenen Zeitraums. Auch wenn der Spielraum des Arbeitgebers bei einer **Änderung eines Eingruppierungs- oder Stufenzuordnungsmerkmals** gering ist, muss er den Betriebsrat an dieser – vielleicht unbedeutenden, gleichwohl zu treffenden – Zuordnungsentscheidung beteiligen.⁸⁴ Das gilt grundsätzlich auch für die Fälle, in denen die Überleitung zu einem neuen Entgeltsystem von den Tarifvertragsparteien mit einer „**Überleitungsmatrix**“ versehen wird, wonach jedem bisher „eingruppierten“ Arbeitsplatz die neue tarifliche Wertigkeit unmittelbar zugeordnet wird⁸⁵ oder wenn die dem Arbeitnehmer übertragene Arbeitsaufgabe von einer Paritätischen Kommission abschließend tarifgerecht bewertet wurde;⁸⁶ denn die Eingruppierung betrifft nicht die abstrakte Bewertung der Tätigkeit, sondern den betroffenen Arbeitnehmer. Erst wenn keinerlei Spielraum mehr besteht, also etwa bei der in einem (Haus-)Tarifvertrag geregelten unmittelbaren Zuordnung einer der neuen Entgeltgruppen zu den einzelnen Arbeitnehmern, entfällt die Pflicht zur Eingruppierung⁸⁷ und damit auch die Pflicht zur Beteiligung des Betriebsrats.
- 83 Eine Versetzung des Arbeitnehmers ist nach § 95 Abs. 3 BetrVG stets mit der Zuweisung eines anderen Arbeitsbereiches verbunden. Daher muss der Arbeitgeber auch in diesem Fall die Eingruppierung des Arbeitnehmers überprüfen. Bei der Zuordnung zu einer anderen Entgeltgruppe handelt es sich um eine Umgruppierung; kommt der Arbeitgeber zum Ergebnis der „Beibehaltung“ der bis-

82 Bildlich „Ausgruppierung“ genannt, z. B. AR-Rieble, § 99 BetrVG Rn. 23.

83 BAG 12.12.2006, 1 ABR 13/06, Rn. 15, NZA 2007, 348.

84 BAG 6.4.2011, 7 ABR 136/09, Rn. 25, BAGE 137, 260; vgl. dazu auch Creutzfeldt/Eylert, FS Klebe, S. 77, 79.

85 BAG 26.9.2018, 7 ABR 18/16, Rn. 34 f.: verbleibender Spielraum des Arbeitgebers zur Frage, „ob die umzugruppierenden Arbeitnehmer die bewertete Stelle tatsächlich innehaben und die dort zu leitenden Tätigkeiten der Stellenbeschreibung entsprechen“; ähnlich bereits BAG 22.4.2009, 4 ABR 14/08, NZA 2009, 1286, zur Überleitung vom BAT in den TVöD nach Maßgabe des Überleitungsstarifvertrags.

86 BAG 4.5.2011, 7 ABR 11/09, Rn. 24.

87 BAG 12.1.2011, 7 ABR 35/09, Rn. 19 m. w. N.

herigen Zuordnung, soll dies eine erneute Eingruppierung darstellen.⁸⁸ In beiden Fällen ist der Betriebsrat zu beteiligen.

4. Das Eingruppierungszustimmungsverfahren

Die rechtliche Verpflichtung der Herstellung eines Einvernehmens der Betriebsparteien über die Eingruppierung eines Arbeitnehmers ist ein gestuftes Verfahren, in dem das Erreichen der jeweils nächsten Stufe voraussetzt, dass die Pflichten aus der vorangegangenen Stufe ordnungsgemäß erfüllt sind. **84**

a) Die Information des Betriebsrats durch den Arbeitgeber

Zunächst hat der Arbeitgeber den Betriebsrat über die beabsichtigte Eingruppierung zu unterrichten. Der Umfang der hierfür erforderlichen Informationen wird bestimmt durch das Mitbeurteilungsrecht des Betriebsrats, insbesondere zur Frage, ob einer der in § 99 Abs. 2 BetrVG aufgeführten Widerspruchsgründe vorliegt. Daher sind alle Tatsachen von Bedeutung, die die Richtigkeit der beabsichtigten Eingruppierung belegen, insbesondere hinsichtlich des anzuwendenden Entgeltschemas, der Anforderungen des für zutreffend gehaltenen Tätigkeitsmerkmals und deren Erfüllung durch die vom Arbeitnehmer auszuübende Tätigkeit.⁸⁹ Die Informationen orientieren sich dabei letztlich an der jeweiligen Ausgestaltung der Vergütungsordnung.⁹⁰ **85**

b) Die Reaktionsmöglichkeiten des Betriebsrats

Der Betriebsrat kann auf die Eingruppierungsabsicht in verschiedener Weise reagieren. Vom Gesetz ist ihm – ungeachtet einer objektiven Richtigkeit der geplanten Zuordnung – frei gestellt, untätig zu bleiben, d.h. die Wochenfrist des § 99 Abs. 3 Satz 1 BetrVG verstreichen zu lassen, oder ihr ausdrücklich zuzustimmen.⁹¹ Waren die ihm mitgeteilten Tatsachen hinreichend, ist damit das Zustimmungsverfahren erledigt; eine Überprüfung der beabsichtigten Eingruppierung findet unter betriebsverfassungsrechtlichen Gesichtspunkten nicht mehr statt. **86**

Um die Fiktion einer Zustimmung zu vermeiden, muss der Betriebsrat auf der Grundlage eines ordnungsgemäßen Beschlusses⁹² schriftlich unter Angabe von **87**

⁸⁸ BAG 12.12.2006, 1 ABR 13/06, Rn. 14, NZA 2007, 348.

⁸⁹ Zur Frage, welche Auswirkungen etwaige „Vorkenntnisse“ des Betriebsrats, insbesondere über die vom Arbeitnehmer zu besetzende Stelle für die Informationspflicht haben, vgl. Creutzfeldt/Eylert, FS Klebe, S. 77, 79.

⁹⁰ BAG 1.6.2011, 7 ABR 138/09, NZA 2012, 1184.

⁹¹ Boemke, ZfA 1992, 473, 498.

⁹² BAG 30.9.2014, 1 ABR 32/13, Rn. 34 ff, BAGE 149, 182.

Kap. 5 Eingruppierung

Gründen der beabsichtigten Eingruppierung widersprechen. Die Ansprüche an die Begründung werden sehr niedrig gehalten. Nach einer Formel des BAG soll eine auch nur mögliche Zuordnung zu einem der in § 99 Abs. 2 BetrVG genannten Widerspruchsgründe (realistisch: wohl Nr. 1) genügen,⁹³ ohne dass die Wiederholung des Wortlauts ausreicht. Insoweit empfiehlt sich eine zumindest kurze und knappe Begründung, die jedoch keinesfalls schlüssig sein muss.

- 88** Bei ordnungsgemäßigem Widerspruch des Betriebsrats ist das betriebsverfassungsrechtliche Verständigungsverfahren nicht beendet, weil es zu keiner Einigung gekommen ist. Der Arbeitgeber kann nun die Sache auf sich beruhen lassen. Wenn er keinen Antrag auf die Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrates durch das Arbeitsgericht stellt, was er, wie sich aus dem Wortlaut des Gesetzes ergibt, nicht muss, ist es Sache des Betriebsrats zu entscheiden, ob er es dabei bewenden lassen will oder ob er die Fortsetzung des Zustimmungsverfahrens mit Hilfe eines Antrags nach § 101 BetrVG erzwingt. Zwar sieht § 101 BetrVG die Herbeiführung einer Entscheidung über die „Aufhebung“ der personellen Einzelmaßnahme vor, was bei einer Eingruppierung als rein gedanklicher Zuordnung nicht möglich ist. Das Mitbeurteilungsrecht des Betriebsrats kann aber dazu analog gerichtlich durchgesetzt werden. Der entsprechende Antrag richtet sich darauf, dem Arbeitgeber – ggf. unter Androhung eines Zwangsgeldes⁹⁴ – aufzugeben, die gegenständliche Ein- oder Umgruppierung vorzunehmen, den Betriebsrat um Zustimmung zu ersuchen und im Fall einer beachtlichen Zustimmungsverweigerung das arbeitsgerichtliche Zustimmungsersetzungsverfahren nach § 99 Abs. 4 BetrVG einzuleiten und durchzuführen.⁹⁵

c) Das gerichtliche Zustimmungsersetzungsverfahren

- 89** Der Antrag des Arbeitgebers auf Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrats zu der beabsichtigten Eingruppierung umfasst – auch ohne dass dies im Antragswortlaut zum Ausdruck kommen muss – hilfsweise das Begehren, festzustellen, dass die Zustimmung des Betriebsrats mangels wirksamen Widerspruchs als erteilt gilt,⁹⁶ der betriebsverfassungsrechtliche Konflikt also bereits abschließend beendet ist. Bei der Frage der Zustimmungsersetzung prüft das Gericht, ob der vom Betriebsrat vorgebrachte Widerspruch Grund bestand. Das beschränkt sich nicht auf die Argumente des Widerspruchs; dieser braucht nicht einmal schlüssig zu sein. Das Gericht hat vielmehr im Rahmen der Zuordnung des Widerspruchs zu einem der in § 99 Abs. 2 BetrVG genannten Widerspruchsgründe – im Wege der Amtsermittlung (§ 83 Abs. 1 ArbGG) – alle danach möglichen Argumente, etwa die Zuordnung zu einer bestimmten Entgeltgruppe oder die An-

⁹³ BAG 13.5.2014, 1 ABR 9/12, BB 2014, 2357.

⁹⁴ Rechtlich erforderlich ist dies aber nicht, *Fitting*, § 99 BetrVG Rn. 10.

⁹⁵ Z. B. BAG 14.8.2013, 7 ABR 56/11, DB 2014, 308.

⁹⁶ BAG 28.1.1986, 1 ABR 10/84, BAGE 51, 42.

wendung der zutreffenden Entgeltordnung, zu prüfen.⁹⁷ In dem Rahmen kann es dazu kommen, dass das Gericht die Tatsachen selbst ermittelt, die den Widerspruch des Betriebsrats dann – unabhängig von dessen dort vorgebrachten Argumenten – begründen können.⁹⁸ Die Entscheidung des Gerichts ergeht nur über die Frage, ob die Zustimmung des Betriebsrats zu der beabsichtigten Eingruppierung zu ersetzen ist oder nicht. Die Feststellung einer anderen als der vorgesehenen Entgeltgruppe darf das Gericht nicht treffen.

5. Rechtsfolgen der betriebsverfassungsrechtlichen Eingruppierung für das einzelne Arbeitsverhältnis

Die Frage, welche Rechtsfolgen sich aus der Durchführung des betrieblichen Zustimmungs- und ggf. des arbeitsgerichtlichen Zustimmungsersetzungsverfahrens nach § 99 BetrVG für das Individualarbeitsverhältnis, insbesondere den Entgeltanspruch des betroffenen Arbeitnehmers ergibt, gehört zu den derzeit umstrittensten Fragen des Arbeitsrechts. Das Bundesarbeitsgericht hat hier in den letzten Jahren mehrfach Rechtsprechungsänderungen vorgenommen, die höchst folgenreich sind, aber – teilweise mit guten Gründen – kritisiert werden. Es hat vor allem die Frage aufgeworfen und noch nicht abschließend eindeutig beantwortet, ob und unter welchen Umständen sich aus der betriebsverfassungsrechtlichen Eingruppierung ein Anspruch des Arbeitnehmers auf das sich aus dieser Eingruppierung ergebende Entgelt der angewandten Entgeltordnung ergibt, soweit keine entsprechende einzelvertragliche Vereinbarung getroffen worden ist.⁹⁹ Halbwegs gesichert erscheint die Feststellung, dass nach derzeitigem Stand davon auszugehen ist, dass dann, wenn der Arbeitnehmer nach dem Entgeltschema zu vergüten ist, es dem Arbeitgeber verwehrt ist, sich auf eine Entgeltgruppe zu berufen, die entweder niedriger ist als diejenige, die er selbst im gerichtlichen Zustimmungsersetzungsverfahren durchgesetzt hat, oder die derjenigen entspricht, mit der er bei Gericht gescheitert ist. Die entsprechende gerichtliche Entscheidung soll danach einseitig zwingende präjudizielle Wirkung entfalten.¹⁰⁰

In der Praxis spielt diese Frage vielleicht deshalb keine so große Rolle, weil der Arbeitgeber die Vorgaben des betrieblich „geltenden“ und angewandten Entgeltschemas, vor allem, wenn es auf einem Tarifvertrag beruht, an den er selbst gebunden ist, ungeachtet der Mitgliedschaft des Arbeitnehmers in der tarifschlie-

97 Vgl. dazu *Creutzfeldt/Eylert*, FS Klebe, S. 77, 85 ff.

98 Vgl. dazu *GMP-Spinner*, § 84 ArbGG Rn. 86.

99 Insoweit kritisiert die Literatur die Auffassung des BAG als die Schaffung eines „Anspruchs ohne Anspruchsgrundlage“, vgl. z. B. *Reichold*, RdA 2013, 108; *Salamon*, NZA 2012, 899.

100 Grundlegend BAG 3.5.1994, 1 ABR 58/93, NZA 1995, 484; bestätigt u. a. durch BAG 28.8.2008, 2 AZR 967/06, Rn. 36 m. w. N., NZA 2009, 505.

Kap. 5 Eingruppierung

ßenden Gewerkschaft anwendet, z. B. aufgrund einer vertraglichen Verweisungsklausel. Soweit dies nicht der Fall ist, sollten Arbeitgeber als „Arbeitshypothese“ einstweilen davon ausgehen, dass im Zweifel die betriebsverfassungsrechtliche Eingruppierung zumindest als „Untergrenze“ der dem einzelnen Arbeitnehmer geschuldeten Vergütung angesehen werden kann. Die Rechtslage ist sehr umstritten; eine Prognose über die Entwicklung der Rechtsprechung des BAG ist in diesem Punkt kaum zu treffen.

IV. Fazit

- 92 Die Durchführung des gedanklichen Prozesses einer Eingruppierung ist in seinen Voraussetzungen, Verfahrensregeln und Rechtsfolgen ein komplexes und schwieriges, darüber hinaus fehlerträchtiges und entsprechend unbeliebtes Unterfangen. Angesichts der Bedeutung insbesondere der Richtigkeit seiner Durchführung und Ergebnisse führt an einer intensiven Beschäftigung mit diesem Thema kein Weg vorbei. Die Erarbeitung der Grundsätze ist auf lange Sicht für die damit Beschäftigten unerlässlich. Die Kenntnis der Strukturen macht den Vorgang verständlicher. Sich in diesem Bereich stellende Unsicherheiten über die Entwicklung der Rechtsprechung werden dadurch jedoch nicht beseitigt. Die daraus erwachsenden Risiken sind in der praktischen Anwendung für (jeweils) beide Seiten so weit wie möglich zu entschärfen.

Kapitel 6

Vergütung von außertariflichen Angestellten

Schrifttum: *Annuß*, Arbeitsrechtliche Aspekte von Zielvereinbarungen in der Praxis, NZA 2007, 290 ff.; *Baeck/Winzer*, Stichtagsklauseln – was geht noch?, NZG 2012, 657 ff.; *Bauer/Diller/Göpfert*, Zielvereinbarungen auf dem arbeitsrechtlichen Prüfstand, BB 2002, 882 ff.; *Blanke* (Hrsg.), Handbuch Außertarifliche Angestellte, 3. Auflage 2003; *Blanke/Weike*, Außertarifliche (AT-)Beschäftigte, Handbuch der IG BCE BR-Stichworte 08, 2012; *Breisig*, AT-Angestellte, 2010; *Brors*, Die Individualarbeitsrechtliche Zulässigkeit von Zielvereinbarungen, RdA 2004, 273 ff.; *Faustmann/van den Woldenberg*, Rechtliche Wirkung tarifvertraglicher Bestimmungen auf außertarifliche Arbeitsverhältnisse, NZA 2001, 1113 ff.; *Franke*, Der außertarifliche Angestellte, München 1991; *von Friesen*, Die Rechtsstellung des Betriebsrats gegenüber nichtleitenden AT-Angestellten, DB 1980, Beilage Nr. 1; *Heins/Leder*, Stichtagsklauseln und Bonuszusagen – unvereinbar?, NZA 2014, 520 ff.; *Henssler/Willemsen/Kalb*, Arbeitsrecht Kommentar, 4. Auflage 2010; *Hromadka/Schmitt-Rolfes*, Die AGB-Rechtsprechung des BAG zu Tätigkeit, Entgelt und Arbeitszeit, NJW 2007, 1777 ff.; *Hunold*, Außertarifliche Angestellte: Gehalt, Arbeitszeit, Betriebsrat, NZA-RR 2010, 505 ff.; *Hunold*, Arbeitsentgelt und Arbeitszeit von AT-Angestellten, AuA 2010, 468 ff.; *Hunold*, Aktenlesen in der Bahn-Probleme von Arbeitszeit und Vergütung bei Dienstreisen, NZA 2006, Beilage Nr. 1, 38 ff.; *Hunold*, Außertarifliche Vertragsverhältnisse und übertarifliche Vertragsbestandteile, DB 1981, Beilage Nr. 26; *Hunold*, Anpassungsüberprüfung bei Gehältern von außertariflichen und leitenden Angestellten, BB 1977, 1654 ff.; *Lakies*, Inhaltskontrolle von Vergütungsvereinbarungen im Arbeitsrecht, NZA-RR 2002, 337 ff.; *Lindemann/Simon*, Flexible Bonusregelungen im Arbeitsvertrag, BB 2002, 1807 ff.; *Loritz*, Variable erfolgsbezogene Vergütungen der Mitarbeiter, AuA 1997, 224 ff.; *Lunk/Leder*, Der Arbeitsvertrag – Einzelne Vertragsklauseln, NJW 2015, 3766 ff.; *Maschmann*, Die Befristung einzelner Arbeitsbedingungen, RdA 2005, 212 ff.; *Mauer*, Zielbonusvereinbarungen als Vergütungsgrundlage im Arbeitsverhältnis, NZA 2002, 540 ff.; *Salamon/Hoppe/Rogge*, Überstunden im Fokus der jüngeren Rechtsprechung, BB 2013, 1720 ff.; *Reiserer*, Zielvereinbarung – ein Instrument der Mitarbeiterführung, NJW 2008, 609 ff.; *Riesenhuber/von Steinau-Steinrück*, Zielvereinbarungen, NZA 2005, 785 ff.; *Schwarze*, Der „Kernbereich des Arbeitsvertrages“ – zum richterrechtlichen Stetigkeitsschutz im Arbeitsvertrag, RdA 2012, 321 ff.; *Willemsen/Grau*, Alternative Instrumente zur Entgeltflexibilisierung im Standardarbeitsvertrag, NZA 2005, 1137 ff.; *Willemsen/Jansen*, Die Befristung von Entgeltbestandteilen als Alternative zu Widerrufs- und Freiwilligkeitsvorbehalten, RdA 2010, 1 ff.

Übersicht

	Rn.		Rn.
1. Der außertarifliche Angestellte . . .	1	4. Gehaltsanpassungsanspruch . . .	9
1. Begriff des außertariflichen-Angestellten	2	a) Anspruch auf regelmäßige Gehaltsüberprüfung/Anpassung	10
2. Abgrenzung zu leitenden und übertariflichen Angestellten . . .	5	b) Anspruch auf Einhaltung Mindestabstandsgebot . . .	11
3. Begründung des AT-Status und Anstellungsverhältnisses	8		

Kap. 6 Vergütung von außertariflichen Angestellten

5. Rechtsfolgen bei Unterschreitung Mindestabstandsgebot . . .	25	d) Wartezeit/Probezeit	62
6. Gleichbehandlung bei generellen Gehaltserhöhungen.	30	3. „Welcome-Boni“ oder „Sign on Boni“	63
a) Voraussetzungen	30	4. Sondervergütungen.	64
b) Auskunftsanspruch	35	5. Sozialleistungen – „Cafeteria“-Konzepte	69
7. Gehaltsanpassungsanspruch aufgrund betrieblicher Übung	38	6. Entgeltumwandlung	70
II. Vergütung	44	7. Dienstreisen	71
1. Jahresvergütung	44	8. Mehrvergütung für Überstunden/Mehrarbeit	72
2. Variable Vergütung	45	a) Objektive Vergütungserwartung	72
a) Verhältnis Jahresgrundgehalt zu variabler Vergütung.	46	b) Abgeltungsklauseln in Arbeitsverträgen	75
b) Bonus – Zielvereinbarung, Zielvorgaben	48	c) Höhe der Vergütung	80
c) Vorzeitiges Ausscheiden, Stichtagsregeln/Rückzahlung	58	d) Darlegungs- und Beweislast	82
		9. Mehrvergütung für höherwertige Tätigkeit	83

I. Der außertarifliche Angestellte

- 1 Der Anteil von außertariflichen Angestellten (AT-Angestellte) im Unternehmen hat über die letzten Jahrzehnte stetig zugenommen, was insbesondere auf die zunehmende Akademisierung der Arbeitswelt zurückzuführen ist. Sie sind in der Regel Mitarbeiter mit besonderen Führungsaufgaben oder in hervorgehobenen Positionen, aber auch Spezialisten mit besonderen Qualifikationsaufgaben, die überdurchschnittlich vergütet werden.

1. Der Begriff des außertariflichen Angestellten

- 2 Außertarifliche Angestellte sind regelmäßig Arbeitnehmer, die nicht mehr von dem persönlichen Geltungsbereich des für den Betrieb einschlägigen Tarifvertrages erfasst werden, aber noch nicht zu den leitenden Angestellten (§ 5 Abs. 3 BetrVG) gehören.¹
- 3 Die Festlegung des persönlichen Geltungsbereichs des Tarifvertrages und die Definition des **AT-Status** liegen allein in der Verhandlungsmacht der jeweiligen zuständigen Tarifvertragsparteien und richtet sich daher ausschließlich nach dem jeweils einschlägigen Tarifvertrag.² Die Tarifvertragsparteien stellen dabei

¹ BAG 18.9.1973, 1 ABR 7/73, NJW 1974, 334 = AP zu § 80 BetrVG 1972 Nr. 8; BAG 28.5.1974, 1 ABR 22/73, AP zu § 80 BetrVG 1972 Nr. 6; BAG 21.8.1990, 1 ABR 72/89, NZA 1991, 434; Schaub-Vogelsang, § 13 Rn. 13; ErfK-Preis, § 611 Rn. 108.

² So zutreffend bereits Hunold, DB 1981 Beilage Nr. 26, S. 4.

grundsätzlich auf die Wertigkeit des Aufgabengebiets und/oder die Vergütungshöhe ab.³ Überwiegend wird vorausgesetzt, dass der Arbeitnehmer **im Arbeitsvertrag ausdrücklich** als AT-Angestellter **bezeichnet** wird, das **Aufgabengebiet höhere Anforderungen**⁴ als die höchste tarifliche Beschäftigungsgruppe stellt, die allgemeinen Vertragsbedingungen bei einer Gesamtbetrachtung **über dem Niveau der höchsten Tarifgruppe** liegen und/oder das **Gehalt die Vergütung der höchsten Tarifgruppe** um einem bestimmten Prozentsatz, einen angemessenen oder absoluten Betrag **übersteigt**.⁵ Diese Voraussetzungen müssen je nach Tarifvertrag einzeln oder kumulativ vorliegen.

Die Begründung außertariflicher Arbeitsverhältnisse setzt demnach einen für den Betrieb kraft Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband oder Allgemeinverbindlicherklärung **einschlägigen Tarifvertrag**⁶ sowie die **Erfüllung der tariflich bestimmten Voraussetzungen des AT-Status** voraus. **4**

2. Abgrenzung zu leitenden und übertariflichen Angestellten

Außertarifliche Angestellte fallen kraft ihrer Tätigkeit und/oder ihrer Vergütungshöhe zwar nicht mehr unter den persönlichen Geltungsbereich des einschlägigen Tarifvertrages. Sie sind und bleiben aber Arbeitnehmer im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes und unterfallen daher dem Geltungsbereich des Betriebsverfassungsgesetzes. Sie werden daher wie Tarifmitarbeiter von der Zuständigkeit des Betriebsrats umfasst. Arbeitnehmerschutzgesetze finden auf sie in gleichem Umfang wie auf Tarifmitarbeiter Anwendung. Außertarifliche Angestellte können zugleich leitende Angestellte sein, müssen es aber nicht. Umgekehrt sind leitende Angestellte aber in der Regel außertarifliche Angestellte. **5**

Ein **leitender Angestellter** steht ebenfalls wie ein außertariflicher Angestellter außerhalb des Tarifvertrages. Das Betriebsverfassungsgesetz findet gemäß § 5 Abs. 3 Satz 1 BetrVG auf ihn aber keine Anwendung, soweit das Gesetz nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt. Unabhängig von ihrer betriebsverfassungsrechtlichen Sonderstellung, sind leitende Angestellte dennoch individualrechtlich grundsätzlich außertarifliche Angestellte.⁷ **6**

3 Hunold, NZA-RR 2010, 505.

4 Seltener findet sich heute das Abgrenzungsmerkmal eines „andersartigen“ Aufgabengebiets in Tarifverträgen, hierzu von Friesen, DB 1980, Beilage Nr. 1, S. 3 f.

5 Blanke-Blanke, Außertarifliche Angestellte, Rn. 36; einen Überblick über in der Praxis vorkommende Regelungen bietet Breisig, AT-Angestellte, S. 16 ff.

6 BAG 30.4.1981, 6 ABR 77/78, AP zu § 80 BetrVG 1972 Nr. 13.

7 Franke, Der außertarifliche Angestellte, S. 17, 25; Hunold, NZA 2010, 505; Schaub-Vogelsang, § 13 Rn. 13 führt zwar aus, dass es begrifflich denkbar sei, dass leitende Angestellte ausnahmsweise nicht zugleich außertarifliche Angestellte sind, weil sie eine tarifliche Vergütung erhalten. Dieser Fall ist aber in der Praxis selten.

- 7 Ein Tarifangestellter, der zu seinem Tarifgehalt lediglich eine **übertarifliche Zulage** erhält, wird hierdurch nicht zum außertariflichen, sondern **übertariflichen Angestellten**.⁸ Eine übertarifliche Bezahlung begründet allein nicht den Status eines AT-Angestellten. Er bleibt Tarifangestellter, soweit Tarifbindung vorliegt. In Abgrenzung zu außertariflichen Angestellten werden die übertariflichen Angestellten vom persönlichen Geltungsbereich des einschlägigen Tarifvertrags umfasst, sind regelmäßig in eine bestimmte Tarifgruppe eingruppiert und werden nur durch ergänzende einzelvertragliche Abmachung übertariflich bezahlt.

3. Begründung des AT-Status und Anstellungsverhältnisses

- 8 Bei **beiderseitiger Tarifbindung** sehen die Tarifverträge wie Mantel-, Entgelt- bzw. Gehaltstarifverträge und entsprechende Rahmentarifverträge in der Regel vor, unter welchen Voraussetzungen ein außertariflicher Anstellungsvertrag begründet werden kann. Die **Wertigkeit der Aufgaben** und die **Entgelthöhe** sind dabei die wichtigsten Kriterien. Zudem muss der außertarifliche Status häufig ausdrücklich durch **schriftlichen Einzelarbeitsvertrag** zugesichert werden. Eine Abweichung von den jeweiligen tariflichen Vorgaben ist bei beiderseitiger Tarifbindung nicht zulässig (§§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 TVG). Fehlt eine der tariflichen, konstitutiven Voraussetzungen für die Begründung der AT-Eigenschaft, macht den Arbeitnehmer auch eine Bezeichnung eines Arbeitsvertrags als AT-Vertrag nicht zum AT-Angestellten.⁹ Auf eine **Tarifbindung des Arbeitnehmers** kommt es bei der Begründung der AT-Eigenschaft hingegen nicht an. Ist der Arbeitnehmer tarifungebunden, wird die AT-Eigenschaft durch den Tarifvertrag zumindest begrifflich definiert.¹⁰

4. Gehaltsanpassungsanspruch

- 9 Außertarifliche Arbeitsverhältnisse, die wirksam unter Beachtung der einschlägigen Tarifvorschriften begründet worden sind, unterliegen grundsätzlich keiner Tarifbindung. Ihre Arbeitsbedingungen richten sich grundsätzlich nach den individualvertraglichen Abreden der Parteien unter Beachtung der zwingenden Arbeitsschutzvorschriften.¹¹ Dies gilt insbesondere auch für die Festlegung und Er-

8 Hunold, NZA-RR 2010, 505; Hunold, NZA 2007, 912, 914.

9 BAG 31.10.1995, 1 ABR 5/95, NZA 1996, 890.

10 Vgl. BAG 28.5.1974, 1 ABR 22/73, AP BetrVG 1972 zu § 80 Nr. 6, wonach AT-Angestellter ist, wer für den Fall einer Tarifgebundenheit außerhalb des persönlichen Geltungsbereichs des einschlägigen Tarifvertrags steht; Blanke-Blanke, Außertarifliche Angestellte, Rn. 47; Blanke/Weike, Außertarifliche (AT-)Beschäftigte, S. 10; a. A. Franke, Der außertarifliche Angestellte, S. 2 ff.

11 BAG 18.9.1973, 1 ABR 7/73, NJW 1974, 333, 334.

höhung von außertariflichen Gehältern.¹² Tarifvertragliche Regelungen finden auf diese Arbeitsverhältnisse nur dann Anwendung, sofern dies einzelvertraglich vereinbart worden ist.¹³

a) Anspruch auf regelmäßige Gehaltsüberprüfung/Anpassung

Grundsätzlich besteht kein Rechtsanspruch auf eine regelmäßige Überprüfung oder Anpassung des Gehalts. Ein solcher Anspruch besteht nur dann, wenn die Parteien dies ausdrücklich¹⁴ im Arbeitsvertrag oder in einer Betriebsvereinbarung vorgesehen haben. Arbeitsvertragsklauseln, die eine regelmäßige Überprüfung des AT-Gehalts etwa unter Beachtung der wirtschaftlichen Entwicklung oder der Leistung des Angestellten vorsehen, sind in der Praxis allerdings weit verbreitet. Anpassungsklauseln hingegen weniger. Eine regelmäßige Überprüfung des Gehalts wird in der Regel entweder in angemessenen Abständen oder in bezifferten Abständen wie z. B. jährlich zugesagt. Im Gegensatz zu den konkret bezifferten Überprüfungszeiträumen ist eine Überprüfung in angemessenen Abständen rechtlich in der Regel nicht durchsetzbar. Die Zusage einer jährlichen Gehaltsüberprüfung wird ggf. um weitere Parameter wie die Gehaltsentwicklung der Branche, Anlehnung an Tarifierhöhungen, besondere Leistungen oder zunehmende Erfahrungen ergänzt.¹⁵ **10**

b) Anspruch auf Einhaltung Mindestabstandsgebot

Nach den tariflichen Bestimmungen muss das Entgelt des AT-Angestellten in der Regel aber das Tarifgehalt der höchsten tariflichen Entgeltgruppe entweder um einen bestimmten Prozentsatz, einen angemessenen Abstand oder absoluten Betrag übersteigen (sog. **Mindestabstandsgebot**). **11**

Tarifliche Mindestabstandsgebote begründen nach einhelliger Meinung einen **individualrechtlichen Anspruch** des außertariflichen Angestellten auf Wahrung dieses Gehaltsabstands zur Tarifentwicklung und entsprechende Anpassung des AT-Gehalts, soweit der außertarifliche Status auch einzelvertraglich zugesagt wurde.¹⁶ Es umfasst sowohl nach Prozentsatz oder absolutem Betrag bezifferte Gehaltsabstandsklauseln als auch lediglich einen angemessenen Ab- **12**

12 BAG 17.5.1978, 5 AZR 132/77, NJW 1979, 181 = DB 1978, 1888.

13 BAG 21.6.2000, 4 AZR 793/98, NZA 2001, 336.

14 Franke, Der außertarifliche Angestellte, S. 2 ff.; Faustmann/van den Woldenberg, NZA 2001, 1113, 1117.

15 Blanke-Blanke, Außertarifliche Angestellte Rn. 87.

16 St. Rspr. u. a. BAG 21.6.2000, 4 AZR 793/98, NZA 2001, 336 mit Verweis auf BAG 11.2.1998, 5 AZR 126/97 n. v.; BAG 18.6.1997, 5 AZR 146/96, NZA 1997, 1352; LAG München 24.4.2008, 3 Sa 964/07, BeckRS 2009, 67669; LAG München 8.5.1996, 7 Sa 584/95, NZA 1997, 735.; LAG Düsseldorf 27.7.1999, 16 (3) Sa 213/99, BeckRS 1999, 41306.

Kap. 6 Vergütung von außertariflichen Angestellten

stand fordernde Gehaltsabstandsklauseln. Eine solche Klausel stellt auch keine unzulässige Effektivklausel dar.¹⁷ Ein tariflicher Anspruch besteht richtigerweise nicht, da Tarifverträge keine unmittelbare und zwingende Wirkung auf ein AT-Arbeitsverhältnis haben.¹⁸ Das Gebot gilt für den **Neuabschluss eines AT-Vertrages**¹⁹ ebenso wie für die Ernennung zum AT-Angestellten während der **Dauer des Arbeitsverhältnisses**.²⁰ Denn durch die einzelvertragliche Zusage des außertariflichen Status verpflichtet sich der Arbeitgeber, der **Tarifentwicklung** bei Abschluss und während der Dauer des Arbeitsverhältnisses **Rechnung zu tragen**.²¹

- 13 Diesen Gehaltsanpassungsanspruch hat das Bundesarbeitsgericht in Fällen **beiderseitiger Tarifbindung** bestätigt.²² Der Tarifvertrag ist in diesem Fall konstitutiv für die Begründung der AT-Eigenschaft, d.h. die Parteien können den Status von AT-Angestellten nicht mehr abweichend durch arbeitsvertragliche Regelungen bestimmen.²³ Dies wird auch dann gelten müssen, wenn der Arbeitgeber später aus dem Verband ausgetreten und nicht mehr tarifgebunden ist.²⁴
- 14 Auch dem **tarifungebundenen AT-Angestellten** wird man einen **Erfüllungsanspruch** auf Wahrung des tariflichen Mindestabstands zubilligen müssen. Durch die einzelvertragliche Zusage des AT-Status stellt der Arbeitgeber auch beim tarifungebundenen Arbeitnehmer einen Bezug zum Tarifvertrag her und bringt damit seinen Willen zum Ausdruck, dauerhaft vom Tarifvertrag abhängig sein zu wollen.
- 15 Bei **tarifungebundenen Parteien** kann sich ein arbeitsvertraglicher Gehaltsanpassungsanspruch durch die Zusage des AT-Status i.V.m. dem tariflichen Mindestabstandsgebot durch Vertragsauslegung ergeben, wenn das Arbeitsverhältnis an sich vom Geltungsbereich eines Tarifvertrages erfasst wird. Hinsichtlich der Vergütungsbedingungen gilt zwar grundsätzlich das Prinzip der Vertragsfreiheit zwischen den Parteien. Sichert der Arbeitgeber aber einen AT-Status zu und stellt damit einen Bezug zum Tarifvertrag her, ergibt sich durch Auslegung der individualvertraglichen Vereinbarung, dass er sich dauerhaft abhängig vom Tarifvertrag und der Wahrung des Mindestabstands machen will. Will

17 Vgl. LAG München 8.5.1996, 7 Sa 584/95, NZA 1997, 735; *Blanke*, Außertarifliche Angestellte, Rn. 49; *Franke*, Außertarifliche Angestellte, S. 91.

18 *Faustmann/van den Woldenberg*, NZA 2001, 1113, 1116; offengelassen BAG 21.6.2000, 4 AZR 793/98, NZA 2001, 336.

19 Vgl. BAG 25.4.2018, NZA 2018, 1224.

20 Vgl. BAG 3.9.2014, AP § 1 TVG Tarifverträge: Metallindustrie Nr. 235.

21 So zutreffend LAG Düsseldorf 27.7.1999, 16 (3) Sa 213/99, BeckRS 1999, 41306.

22 BAG 19.5.2009, 9 AZR 505/08, NZA 2010, 184; BAG, 11.2.1998, 5 AZR 126/97, BeckRS 1998, 30368679.

23 LAG München 8.5.1996, 7 Sa 584/95, NZA 1997, 735.

24 LAG Düsseldorf 27.7.1999, 16 (3) Sa 213/99, BeckRS 1999, 41306.

der Arbeitgeber dies nicht, muss er im Arbeitsvertrag ausdrücklich vereinbaren oder zumindest hinreichend deutlich machen, dass die Vergütung ohne Berücksichtigung des Tarifabstands aus dem Tarifvertrag vereinbart werden soll.²⁵

Die Höhe des Gehaltsanpassungsanspruchs kann bei einer **bezahlten Gehaltsabstandsklausel** konkret errechnet und die jeweilige Mindesthöhe des außertariflichen Gehalts bestimmt werden. **16**

Bei **allgemeinen Gehaltsabstandsklauseln** und der Frage nach der Wahrung eines angemessenen Abstands zum höchsten Tarifgehalt wird dasselbe wie bei (einseitigen) Leistungsbestimmungen gelten dürfen. Sie sind vom Arbeitgeber nach billigem Ermessen vorzunehmen (§ 315 BGB).²⁶ Die Arbeitgeberentscheidung ist gerichtlich überprüfbar und ggf. durch das Gericht zu treffen (§ 315 Abs. 3 Satz 2 BGB). Die Angemessenheit beurteilt sich nach den Umständen des Einzelfalls.²⁷ **17**

In einer Entscheidung erachtete das Bundesarbeitsgericht in Übereinstimmung mit den Vorinstanzen²⁸ einen Abstand von 25 % zum entsprechenden höchsten Tarifgehalt für billig, nachdem die Arbeitgeberin dem AT-Angestellten über Jahre hinweg um 30 % höhere als die höchste Tarifgruppe liegende Gehälter gezahlt hatte und erst in den letzten drei Jahren eine Gehaltsanpassung, zuletzt auf 16,06 %, vornahm.²⁹ Aus den früheren Abständen sei ersichtlich, was die Arbeitgeberin selbst in etwa für angemessen erachtete. Ohne eine besondere Begründung erscheine daher eine Absenkung der Differenz unter 25 % als unbillig. **18**

Eine entscheidende Frage ist, ob es für die Wahrung des Mindestabstands zwischen dem Vertragsentgelt des AT-Beschäftigten und dem höchsten Tarifentgelt auf die **Differenz der jeweiligen Regelarbeitszeit** der beiden Gruppen ankommt. Das Landesarbeitsgericht Düsseldorf war ausgegangen, dass das Gehalt des AT-Angestellten bei einer Arbeitszeit von 39 Stunden in der Woche zum höchsten Tarifgehalt mit einer 35-Stunden-Woche ins Verhältnis gesetzt und das Tarifgehalt mithin 39/35 angehoben werden müsse.³⁰ **19**

Der Vierte Senat des Bundesarbeitsgerichts lehnte dieses Ergebnis mit der Begründung ab, die Arbeitszeit des AT-Angestellten sei aufgabenorientiert, die Berücksichtigung der Differenz der unterschiedlichen Regelarbeitszeiten widerspreche dem Sinn und Zweck des AT-Vertrags, der nach dem Willen der Arbeits- **20**

25 BAG 25.4.2018, NZA 2018, 1224.

26 So BAG, 18.6.1997, 5 AZR 146/96, NZA 1997, 1352.

27 BAG 18.6.1997, 5 AZR 146/96, NZA 1997, 1352.

28 LAG Hamburg, 13.9.1995, 5 Sa 32/95, BeckRS 1995, 30756767.

29 Vgl. BAG 18.6.1997, 5 AZR 146/96, NZA 1997, 1352, 1353.

30 LAG Düsseldorf 14.8.1998, 10 (11) Sa 957/98, BeckRS 1998, 41643.

Kap. 6 Vergütung von außertariflichen Angestellten

vertragsparteien doch gerade die Lösung vom Tarifvertrag zum Ziel hat.³¹ Diese Begründung überzeugt nicht, denn dann wäre die zeitliche Dauer der Arbeitspflicht nicht länger maßgebend für die Hauptleistungspflicht eines AT-Arbeitnehmers.³² Es ist aber die Arbeitszeit und nicht seine Arbeitsaufgabe, die das Äquivalent für seine Vergütung darstellt, so sieht es jedenfalls auch der Zehnte Senat des Bundesarbeitsgerichts.³³

- 21 Im Ergebnis ist dem Bundesarbeitsgericht aber dennoch zuzustimmen. Eine Auslegung der Tarifregelung verbietet jedes andere Ergebnis. Denn die Tarifvertragsparteien haben die Mindestabstandsklausel trotz und in Kenntnis der für AT-Angestellte üblichen höheren Arbeitszeit formuliert und eine Berücksichtigung bzw. Umrechnung auf die jeweils zugrundeliegende Arbeitszeit nicht vorgesehen. Eine ergänzende Auslegung des Tarifvertrages verbot sich; die Arbeitszeit des AT-Angestellten ist kein durch Auslegung zu ergänzendes Tatbestandsmerkmal der Abstandsklausel.³⁴ Den Tarifvertragsparteien stand und steht es jederzeit frei, ausdrücklich im Tarifvertrag etwas anderes zu bestimmen.
- 22 Aus denselben Gründen wird auch eine zwischen den Tarifvertragsparteien **vereinbarte Arbeitszeitverkürzung bei Tarifangestellten** bei vollem Lohn-/Gehaltsausgleich zu keinem anderen Ergebnis führen, soweit der Tarifvertrag nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt.³⁵

31 BAG 21.6.2000, 4 AZR 793/98, NZA 2001, 336 = AP zu § 5 BetrVG 1972 Nr. 65; BAG 26.11.2003, 4 ABR 54/02, NZA 2004, 1107; *Franke*, Der außertarifliche Angestellte, S. 76; a. A. *Blanke*, Außertarifliche Angestellte, Rn. 50.

32 Insoweit ist die von *Blanke-Blanke*, Außertarifliche Angestellte, Rn. 50 geäußerte Kritik zutreffend.

33 In diesem Sinne vgl. BAG 15.5.2013, 10 AZR 325/12, AP BGB zu § 611 Arbeitszeit Nr. 42 zur Frage der Anwesenheitspflicht eines AT-Angestellten im Betrieb; ähnlich auch *Blanke*, Außertarifliche Angestellte, Rn. 50.

34 BAG 21.6.2000, 4 ARZ 793/98, NZA 2001, 336 = AP BetrVG 1972 § 5 Nr. 65 entschieden für MTV Stahl; BAG 26.11.2003, 4 ABR 54/02, NZA 2004 1108 entschieden für GRTV/GTV, welches zusätzlich – anders als MTV Stahl – durch die Vergleichsgröße „Monatseinkommen – ohne Grundvergütung und Zuschläge für gesondert abgerechnete Mehrarbeitsstunden“ eine Arbeitszeitkomponente enthielt. Daraus folgt im Umkehrschluss zwingend, dass nach dem Willen der Tarifvertragsparteien eine vereinbarte Mehrarbeitspauschale für regelmäßig anfallende Mehrarbeitsstunden für die Vergleichsgröße „Monatseinkommen“ mitzählte. Nach dem ausdrücklichen Tarifwortlaut darf auch bei einer die Mehrarbeit mitabgeltenden vereinbarten Gesamtvergütung die Vergleichsgröße „Monatseinkommen“ nicht um einen Mehrarbeitsvergütungsanteil gekürzt werden. Wenn aber schon Vergütung für Mehrarbeit, sofern es sich nicht um solche „für gesondert abgerechnete Mehrarbeitsstunden“ handelt, für die Vergleichsgröße „Monatseinkommen“ mitzählt, gilt dies erst recht für das gesamte „Monatseinkommen“ des Angestellten, das die Gegenleistung für seine Arbeit in einer die tarifliche regelmäßige Arbeitszeit überschreitenden vereinbarten Regelarbeitszeit ist.

35 *Faustmann/van den Woldenberg*, NZA 2001, 1113, 1117.

Bei der Berechnung des Mindestabstandsgebots sind die Vertragsbedingungen den Tarifbedingungen gegenüberzustellen und zu vergleichen. Nach der höchst- **23**
richterlichen Rechtsprechung ist das außertarifliche Gehalt dabei nicht nur das monatliche Fixgehalt. Vielmehr ist die gesamte monatliche Vergütung zu berücksichtigen. Diese umfasst auch variable leistungs- und erfolgsabhängige Zahlungen.³⁶ Arbeitsbedingungen und weitere Leistungen an außertarifliche Angestellte, für die es im Tarifvertrag keine entsprechende Regelung gibt, sind zusätzlich zu berücksichtigen.³⁷ Die Leistungen der außertariflichen Mitarbeiter sind zu denen der tariflichen Mitarbeiter in Bezug zu setzen. Hierfür ist es ausreichend, wenn die Jahresvergütung (einschließlich variabler Bestandteile) auf den Monat umgerechnet den jeweils tariflich vorgeschriebenen Mindestabstand wahrt.³⁸

Wird eine Anpassungsprüfung unterlassen oder eine Anpassung abgelehnt, kann **24**
der AT-Angestellte hierüber eine gerichtliche Entscheidung herbeiführen oder unmittelbar auf Zahlung klagen. Der Anspruch des tarifgebundenen AT-Angestellten auf Anpassung seines Gehalts besteht zu dem Zeitpunkt, in dem die tariflichen Gehälter erhöht werden³⁹ und zugleich das Mindestabstandsgebot nicht mehr gewahrt wird. Eine anderweitige Entscheidung würde mit der Tarifbindung der Parteien in Widerspruch stehen.⁴⁰

5. Rechtsfolgen bei Unterschreitung Mindestabstandsgebot

Uneinigkeit besteht hinsichtlich der Frage, ob bei Unterschreitung des tariflichen Mindestabstandsgebots der AT-Angestellte automatisch seinen AT-Status verliert. Hier ist wie folgt zu differenzieren: Ist **bei beiderseitiger Tarifbindung** der AT-Status – wie häufig in Tarifverträgen gefordert – zusätzlich **einzelvertraglich wirksam unter den tariflichen Voraussetzungen** begründet worden, leitet sich hieraus nach einhelliger Meinung ein einzelvertraglicher Anspruch des AT-Angestellten auf Wahrung des Mindestabstandsgebotes.⁴¹ Erfolgt eine Gehaltsanpassung unter Verstoß gegen das Mindestabstandsgebot nicht, hat der AT-Angestellte demnach einen **Anspruch auf Vertragserfüllung**, der im Rechtsweg durchsetzbar ist. Durch die einzelvertragliche Begründung des AT- **25**

36 BAG 19.5.2009, 9 AZR 505/08, NJOZ 2010, 458.

37 LAG Düsseldorf 14.8.1998, 10 (11) Sa 957/98, BeckRS 1998, 41643.

38 BAG 19.5.2009, 9 AZR 505/08, NJOZ 2010, 458.

39 LAG München, 8.5.1996, 7 Sa 584/95, NZA 1997, 735; *Franke*, Der außertarifliche Angestellte, S. 92.

40 *Franke*, Der außertarifliche Angestellte, S. 92.

41 Vgl. BAG 18.6.1997, 5 AZR 146/96, NZA 1997, 1352; BAG 11.2.1998, 5 AZR 126/97, n. v.; LAG München 8.5.1996, 7 Sa 584/95, NZA 1997, 735; *Blanke-Blanke*, Außertarifliche Angestellte, Rn. 49; *Franke*, Der Außertarifliche Angestellte, 1991, 91; *Humold*, DB 1981, Beilage Nr. 26, S. 4.

Kap. 6 Vergütung von außertariflichen Angestellten

Status haben die Arbeitsvertragsparteien ausdrücklich ihren Willen erklärt, das Arbeitsverhältnis als AT-Anstellungsverhältnis zu führen und einen neuen Arbeitsvertrag geschlossen.⁴²

- 26 Nicht abschließend geklärt ist aber die Frage, ob eine Nichtanpassung bei Unterschreitung des tariflichen Mindestabstands **automatisch** zum Rückfall in den Status eines Tarifmitarbeiters führt. Dies dürfte aber bei einer einzelvertraglichen Zusage des AT-Status ausgeschlossen sein, da dies mit einer Veränderung der **wesentlichen Vertragsinhalte** verbunden wäre und eine Arbeitsvertragsänderung nur **einvernehmlich** oder **durch Änderungskündigung** wirksam herbeigeführt werden kann.⁴³ Eine **einvernehmliche Beendigung** liegt hierin nicht. Es wäre schon zu weitgehend in der Nichtgewährung einer den Mindestabstand wahrenden Vergütung zugleich ein Angebot auf Aufhebung des AT-Vertrages zu sehen. In jedem Fall läge im Schweigen bzw. der stillschweigenden Hinnahme der Unterschreitung des tariflichen Mindestabstandsgebots auch keine Annahme zur Änderung des Arbeitsverhältnisses zu tariflichen Bedingungen. Abgesehen davon wird dem Arbeitgeber in der Regel der Wille zur Anwendbarkeit der tariflichen Arbeitsbedingungen, insbesondere einer Rückkehr zur geringeren Arbeitszeit, fehlen. Denn zu dieser stünde die dem Arbeitnehmer außertariflich zugesagte Vergütung in der Regel außer Verhältnis.⁴⁴
- 27 Selbst wenn der Arbeitgeber im Ausnahmefall doch ein solches Interesse haben sollte, wäre er zu einer **einseitigen Abänderung** nicht berechtigt. Denn dies würde zu einer Umgehung der Bestimmungen des Kündigungsschutzgesetzes, insbesondere der materiellen und formellen Voraussetzungen der betriebsbedingten Änderungskündigung, führen.⁴⁵
- 28 Nur wenn der außertarifliche Status **nicht einzelvertraglich** zugesagt worden ist, sondern sich ausschließlich aus dem persönlichen Geltungsbereich des Tarifvertrages ergibt, kann von einem automatischen Rückfall des AT-Arbeitnehmers zum Status als Tarifangestellter ausgegangen werden. Denn hier unterfällt der Mitarbeiter wieder dem persönlichen Geltungsbereich des einschlägigen Tarifvertrages, soweit auch er **tarifgebunden** ist.⁴⁶
- 29 Bei **fehlender Tarifbindung des Angestellten** wird der AT-Status ausschließlich **individualvertraglich** begründet. Ein automatischer Rückfall zum Status des Tarifangestellten ist hier ausgeschlossen.

42 LAG München, 8.5.1996, 7 Sa 584/95, NZA 1997, 735.

43 LAG München, 8.5.1996, 7 Sa 584/95, NZA 1997, 735.

44 So zutreffend *Faustmann/van den Woldenberg*, NZA 2001, 1113.

45 LAG München 8.5.1996, 7 Sa 584/95, NZA 1997, 735; *Franke*, Der Außertarifliche Angestellte, S. 91; *Blanke-Blanke*, Außertarifliche Angestellte, Rn. 50; *Faustmann/van den Woldenberg*, NZA 2001, 1113.

46 So zutreffend differenziert *Faustmann/van den Woldenberg*, NZA 2001, 1113.

6. Gleichbehandlung bei generellen Gehaltserhöhungen*a) Voraussetzungen*

Trotz des Vorrangs der Vertragsfreiheit, kann sich ein Gehaltserhöhungsanspruch eines AT-Angestellten aus dem **allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz** ergeben. Dies gilt dann, wenn der Arbeitgeber Leistungen an eine **Gruppe begünstigter Arbeitnehmer nach einem erkennbaren und generalisierenden Prinzip** gewährt.⁴⁷ Der Arbeitgeber muss dabei freiwillig und damit ohne rechtliche Verpflichtung über die Vertragserfüllung hinaus Leistungen gewähren. Hieran fehlt es, wenn der Arbeitgeber bei der Gehaltserhöhung für andere AT-Angestellte **lediglich normative oder vertragliche Verpflichtungen** erfüllt.⁴⁸ 30

Wenn ein Arbeitgeber zu einem bestimmten Zeitpunkt die Vergütungen der tariflichen und der meisten außertariflichen Beschäftigten erhöht und in den Erhöhungen auch ein **Mindest- oder Grundbetrag zum Ausgleich gestiegener Lebenshaltungskosten** enthalten ist, findet der Gleichbehandlungsgrundsatz Anwendung.⁴⁹ Erhöht der Arbeitgeber die Gehälter der ganz überwiegenden Mehrheit der Gesamtbelegschaft (hier 80 bis 90 %) regelmäßig über mehrere Jahre, spreche sogar eine **tatsächliche Vermutung** dafür, dass in diesen Erhöhungen ein **Grundbetrag zum Ausgleich des Kaufkraftverlustes** enthalten sei, auch wenn die Erhöhungen in individuell unterschiedlicher Höhe und zu unterschiedlichen Zeitpunkten durchgeführt wurden.⁵⁰ Dient die Lohnerhöhung (auch) dem Zweck des Ausgleichs der Verteuerung der Lebenshaltungskosten, darf weder die Gruppe der außertariflichen Beschäftigten noch ein AT-Angestellter ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes insoweit ausgeschlossen werden.⁵¹ 31

Selbst wenn Lohn- und Gehaltserhöhungen für außertarifliche Angestellte daher **vorrangig nach Leistungsgesichtspunkten** erfolgen, steht auf dem Prüfstand, ob eine kollektive, lineare Komponente in Form eines **Mindest- oder Grundbetrages** als Ausgleich für die **Steigerung des Lohn- und Preisniveaus** darin enthalten ist, auf den der AT-Angestellte einen Anspruch hat. 32

47 St. Rspr. u. a. BAG 21.9.2011, 5 AZR 520/10, NZA 2012, 31 = AP BGB § 242 Gleichbehandlung Nr. 215; BAG 17.3.2010, 5 AZR 168/09, NZA 2010, 696 = AP BGB § 242 Gleichbehandlung Nr. 211; BAG 15.7.2009, 5 AZR 486/08, AP BGB § 242 Gleichbehandlung Nr. 209.

48 BAG 21.9.2011, 5 AZR 520/10, NZA 2012, 31 = AP BGB § 242 Gleichbehandlung Nr. 215.

49 BAG 9.11.1972, 5 AZR 224/72, AP BGB § 242 Gleichbehandlung Nr. 36.

50 BAG 11.9.1985, 7 AZR 371/83, AP zu § 242 BGB Gleichbehandlung Nr. 76 = NZA 1987, 156.

51 St. Rspr. BAG 17.5.1978, 5 AZR 132/77, AP BGB § 242 Gleichbehandlung Nr. 42 = NJW 1978, 181; BAG 21.3.2002, 6 AZR 144/01, NJOZ 2003, 1616; BAG 9.11.1972, 5 AZR 224/72, AP BGB § 242 Gleichbehandlung Nr. 36.

Kap. 6 Vergütung von außertariflichen Angestellten

- 33 Die Gerichte haben dabei über das Vorliegen einer Regelhaftigkeit und die Schätzung der Höhe des enthaltenen Grundbetrages, dessen Obergrenze der Lebenshaltungskostenanstieg sein wird, zu entscheiden.
- 34 Der Gleichbehandlungsgrundsatz findet zwar keine Anwendung, wenn es sich um **individuell vereinbarte Löhne und Gehälter** handelt und der Arbeitgeber **nur einzelne Arbeitnehmer besserstellt**.⁵² Der Anwendungsbereich dieser Regelung ist aber deutlich eingeschränkt. Der Grundsatz der Vertragsfreiheit findet nur noch dann Anwendung, wenn ein Arbeitgeber Entgelte **losgelöst von Vergütungssystemen** und von **jeglicher Systematik** individuell mit dem außertariflichen Mitarbeiter frei verhandelt oder einen Einzelnen gegenüber einem Vergütungssystem individuell besserstellt.⁵³ Der Gleichbehandlungsgrundsatz kommt hiernach nicht zur Anwendung, wenn der Arbeitgeber **nur eine geringe Zahl von Arbeitnehmern** begünstigt wird. Eine **Besserstellung einer kleinen Gruppe** von Arbeitnehmern lasse in der Regel **nicht** den Schluss zu, die Beklagte habe eine Gruppenbildung nach einem oder mehreren Kriterien vorgenommen, die bei allen Begünstigten vorliegt.⁵⁴ Dies soll nach der Auffassung des Bundesarbeitsgerichts bei weniger als **fünf Prozent von besser gestellten Arbeitnehmern** gelten.⁵⁵ Die vorgenannten Grundsätze finden nicht nur für **freiwillige Leistungen**, sondern auch **für Arbeitsvergütung** Anwendung.⁵⁶

b) Auskunftsanspruch

- 35 Die Darlegungs- und Beweislast für den Gehaltserhöhungsanspruch obliegt zwar grundsätzlich dem von der Gehaltserhöhung ausgeschlossenen AT-Angestellten. Da ihm die von dem Arbeitgeber angewandten Verfahrensregeln in der Regel nicht bekannt sein werden, steht ihm gegenüber seinem Arbeitgeber ein Auskunftsanspruch über die für die Gehaltserhöhung verwendeten Regelungen zu.⁵⁷ Nach der st. Rspr. des Bundesarbeitsgerichts besteht die Nebenpflicht zur Auskunftserteilung (§ 242 BGB), wenn die Auskunft zur Geltendmachung eines Leistungsanspruchs erforderlich ist, für den Vertragspartner keine übermäßige

52 BAG 13.2.2002, 5 AZR 713/00, NZA 2003, 215 ff. = AP BGB § 242 Gleichbehandlung Nr. 184.

53 Blanke-Blanke, Außertarifliche Angestellte, Rn. 82.

54 Nach BAG 13.2.2002, 5 AZR 713/00, AP BGB § 242 Gleichbehandlung Nr. 184 = NZA 2003, 215 ff., 216, 217 würde sie zudem auch nicht von dem Gebot der Verteilungsgerechtigkeit getragen werden.

55 BAG 13.2.2002, 5 AZR 713/00, AP BGB § 242 Gleichbehandlung Nr. 184 = NZA 2003, 215 ff.; BAG 14.6.2006, 5 AZR 584/05, NZA 2007, 221 = AP BGB § 242 Gleichbehandlung Nr. 200.

56 BAG 14.6.2006, 5 AZR 584/05, NZA 2007, 221 = AP BGB § 242 Gleichbehandlung Nr. 200.

57 BAG 27.7.2010, 1 AZR 874/08, NZA 2010, S. 1369 = AP BGB § 242 Gleichbehandlung Nr. 212.

Belastung bedeutet und die gesetzliche Verteilung der Darlegungs- und Beweislast im Prozess gewahrt bleibt.⁵⁸

Der Auskunftsanspruch bezieht sich **inhaltlich** darauf, **unter welchen Voraussetzungen** und **in welchem Umfang** die Gehälter anderer, vergleichbarer AT-Arbeitnehmer erhöht worden sind **und** die von dem Arbeitgeber dabei **angewandten Verfahrensregelungen**. Dabei sind die Arbeitnehmerdaten vom Arbeitgeber anonymisiert darzustellen. **36**

Von entscheidender Bedeutung ist, dass der Auskunftsanspruch des AT-Angestellten **nicht nur bei linearen Gehaltserhöhungen**, sondern auch **bei nach leistungsbezogenen Kriterien** erfolgten Gehaltserhöhungen besteht.⁵⁹ Eine vom Arbeitgeber behauptete leistungsbezogene Gehaltserhöhung kann den Auskunftsanspruch des Arbeitnehmers daher nicht präkludieren. Dieser kann gegebenenfalls im Wege der Stufenklage mit einem Leistungsantrag verbunden werden. **37**

7. Gehaltsanpassungsanspruch aufgrund betrieblicher Übung

Wenn der Arbeitgeber über Jahre die Gehälter seiner AT-Angestellten regelmäßig in Anlehnung an die Tarifentwicklung erhöht, stellt sich die Frage, ob dies einen Anspruch auf zukünftige Erhöhungen entsprechend der Tarifentwicklung begründen kann. Ein solcher Gehaltsanpassungsanspruch scheidet **bei tarifgebundenen Arbeitgebern** von vornherein aus, denn hier vollzieht der Arbeitgeber lediglich seine Verpflichtungen auf Umsetzung der Tarifregelungen – hier Wahrung des Mindestabstandsgebots –, und will keine weitergehende Bindungen eingehen.⁶⁰ **38**

Aber auch bei **nicht tarifgebundenen Arbeitgebern** entsteht aus regelmäßigen Erhöhungen in Anlehnung an die Tarifentwicklung **grundsätzlich kein Anspruch aus betrieblicher Übung** auf eine entsprechende Erhöhung auch in den Folgejahren.⁶¹ Eine betriebliche Übung liegt nur bei regelmäßiger Wiederholung **39**

58 Vgl. Palandt-Grüneberg, § 260 Rn. 4; BAG 1.12.2004, 5 AZR 664/03, NZA 2005, 289.

59 BAG 1.12.2004, 5 AZR 664/03, NZA 2005, 289.

60 BAG 19.5.2009, 9 AZR 505/08, NJOZ 2010, 458; BAG 3.11.2004, 5 AZR 73/04, BeckRS 2004, 30345778. Früher lehnte das BAG 4.9.1985, 7 AZR 262/83 einen Anspruch auf Gehaltsanpassung aus betrieblicher Übung ab, weil im AT-Bereich regelmäßig davon auszugehen sei, dass Gehaltserhöhungen jeweils im Wege freier Vereinbarung erfolgen sollen; eine ausdrückliche Differenzierung nach Tarifbindung erfolgte hier noch nicht.

61 BAG 13.3.2002, 5 AZR 755/00, NJOZ 2003, 1552; BAG 16.1.2002, 5 AZR 715/00, AP BGB § 242 Betriebliche Übung Nr. 56; BAG 20.6.2001, 4 AZR 290/00, NJOZ 2002, 669; BAG 4.9.1985, 7 AZR 262/83, AP BGB § 242 Betriebliche Übung Nr. 22 = NZA 1986, 521 = DB 1986, 1627 ff.

Kap. 6 Vergütung von außertariflichen Angestellten

bestimmter Verhaltensweisen, die bei den Betriebsangehörigen den Eindruck einer Gesetzmäßigkeit oder eines Brauchs, jedenfalls aber eines Verpflichtungswillens des Arbeitgebers erwecken, vor. Aus einem solchen als Vertragsangebot zu wertenden Verhalten des Arbeitgebers, das von den Arbeitnehmern in der Regel gem. § 151 BGB stillschweigend angenommen wird, erwachsen vertragliche Ansprüche auf die üblich gewordenen Leistungen.⁶² Die betriebliche Übung ist ein Unterfall des konkludenten Vertragsangebots und weist einen Kollektivbezug auf.⁶³ Fehlt ein Kollektivbezug kann auch ein individuelles konkludentes Vertragsangebot vorliegen.⁶⁴

- 40** Entscheidend für die Entstehung eines Anspruchs aus betrieblicher Übung ist nach dem Bundesarbeitsgericht nicht der Verpflichtungswille, sondern wie der Erklärungsempfänger die Erklärung oder das Verhalten des Arbeitgebers nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung aller Begleitumstände verstehen musste und durfte (§§ 133, 157 BGB).⁶⁵ Es ist im Wege der Auslegung des arbeitgeberseitigen Verhaltens zu ermitteln, ob der Arbeitnehmer davon ausgehen muss, die Leistung werde nur unter bestimmten Voraussetzungen oder nur für eine bestimmte Zeit gewährt.⁶⁶
- 41** Ein **tarifungebundener Arbeitgeber** will sich grundsätzlich nicht der Regelungsmacht der Verbände unterwerfen. Er will Löhne und Gehälter nicht stets entsprechend der Tarifentwicklung erhöhen, sondern sich seine Entscheidungsfreiheit für die künftige Gehaltsentwicklung erhalten. Genau dies drückt sich in seiner fehlenden Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband aus.⁶⁷ Daher müsse es **deutliche Anhaltspunkte im Verhalten eines tarifungebundenen Arbeit-**

62 Z. B. BAG 1.3.1972, 4 AZR 200/71, AP BGB § 242 Betriebliche Übung Nr. 11.

63 BAG 17.4.2013, 10 ARZ 251/12, AP BGB § 611 Tantieme Nr. 5 = DB 2013, 2568.

64 Die Rechtsprechung des BAG tendiert neuerdings auch dahin individuelle konkludente Vertragsangebote zu prüfen vgl. hierzu für Sonderzahlungen BAG 13.5.2015, 10 AZR 266/13, AP § 611 BGB Gratifikationen Nr. 304; BAG 17.4.2013, 10 AZR 251/12, DB 2013, 1568, 2569; BAG 8.12.2012, 10 AZR 671/09, AP BGB § 242 Betriebliche Übung Nr. 91; BAG 14.9.2011, 10 AZR 526/10, AP § 307 BGB Nr. 56; erstmals BAG 21.4.2010, 10 AZR 163/09, AP BGB § 151 Nr. 5. Das BAG legt Ansprüche aus betrieblicher Übung in den letzten Jahren wieder enger aus und konzentriert sich wieder mehr auf die Auslegung des Erklärungsverhaltens der Parteien (§§ 133, 157 BGB); *ErfK-Preis*, 15. Aufl. 2015, § 611 BGB Rn. 22 m. w. N.

65 St. Rspr. u. a. BAG 20.6.2001, 4 AZR 290/00, NJOZ 2002, 669; BAG 16.1.2002, 5 AZR 715/00, NZA 2002, 632.

66 BAG 19.10.2011, 5 AZR 359/10, AP BGB § 242 Betriebliche Übung Nr. 92; BAG 4.9.1985, 7 AZR 262/83, NZA 1986, 521 = DB 1986, 1627.

67 BAG 13.3.2002, 5 AZR 755/00, NZA 2002, 1232 (Ls.) = NJOZ 2003, 1552 = BeckRS 2002, 41265.

gebers dafür geben, er wolle auf Dauer die von den Tarifvertragsparteien ausgehandelten Tariflohnerhöhungen übernehmen.⁶⁸

Dabei betont das Bundesarbeitsgericht zutreffend, dass auch kein Widerspruch zur Rechtsprechung des Zehnten Senats besteht, der von einem arbeitgeberseitigen Verpflichtungswillen in der Regel bei der Gewährung von Zulagen oder Jahressonderzahlungen selbst bei unterschiedlichen Zahlungen und Zeitpunkten ausgeht, soweit nicht Umstände etwas anderes ergeben.⁶⁹ Die nicht vorhersehbare Dynamik der Lohnentwicklung und die hierdurch entstehenden ggf. unüberschaubaren Personalkosten sprechen grundsätzlich gegen den bindenden Willen des Arbeitgebers für eine dauerhafte Entgeltanhebung entsprechend der Tarifentwicklung. Auch in den Fällen der Zulagen oder Jahressonderzahlungen entstünden zwar weitere Kosten; diese seien aber statisch und damit vorhersehbar und nicht unüberschaubar dynamisch ausgestaltet.⁷⁰ **42**

Dieses Ergebnis gilt selbst dann, wenn sich der Arbeitgeber zu **jährlichen Gehaltsüberprüfungen** verpflichtet hat,⁷¹ sei es aufgrund einer Betriebsvereinbarung oder eines Einzelarbeitsvertrages. Zwar kann nach dem objektiven Empfängerhorizont in dieser Formulierung kein Vorbehalt nach Grund und Höhe der Gehaltserhöhung gesehen werden.⁷² Hierauf kommt es aber nicht an, da der Anspruch regelmäßig an den weiteren Voraussetzungen scheitert. **43**

II. Vergütung

1. Jahresvergütung

Mit außertariflichen Angestellten wird regelmäßig ein **Jahresgehalt** – zahlbar in zwölf gleichen Monatsbeträgen – vereinbart. Wegen einer zunehmenden Differenzierung von Entgeltbestandteilen bietet eine Vergütung auf der Basis von Jahres- statt Monatsgehältern mehr Transparenz und Vergleichbarkeit.⁷³ In der Regel wird dabei ein **Jahreszielgehalt** vereinbart, welches sich aus einem Jah- **44**

68 BAG 23.3.2011, 4 AZR 268/09, AP BetrVG 1972 § 77 Nr. 101; BAG 13.3.2002, 5 AZR 755/00, NJOZ 2003, 1552 = BeckRS 2002, 41265; BAG 19.10.2011, 5 AZR 359/10, NZA-RR 2012, 344 = BAG AP BGB § 242 Betriebliche Übung Nr. 92; BAG 13.3.2002, 5 AZR 755/00, NZA 2002, 1232 (Ls.) = NJOZ 2003, 1552; BAG 16.1.2002, 5 AZR 715/00, NZA 2002, 632; BAG 20.6.2001, 4 AZR 290/00, NJOZ 2002, 669; BAG 4.9.1985, 7 AZR 262/83, NZA 1986, 521 = DB 1986, 1627.

69 Zuletzt BAG 13.5.2015, 10 AZR 266/14, AP § 611 BGB Gratifikation Nr. 304.

70 BAG 13.3.2002, 5 AZR 755/00, EzA ZPO § 259 Nr. 1 = NJOZ 2003, 1552 = BeckRS 2002, 41265.

71 BAG 16.9.1998, 5 AZR 598/97, NZA 1999, 203.

72 BAG 4.9.1985, 7 AZR 262/83, NZA 1986, 521; a. A. noch die Vorinstanz LAG Hamburg 26.11.1982 – 6 Sa 66/82; abl. Vorbehalt auch BAG 13.5.2015, 10 AZR 266/14, AP § 611 BGB Gratifikation Nr. 304.

73 Blanke-Blanke, Außertarifliche Angestellte, Rn. 76.

Kap. 6 Vergütung von außertariflichen Angestellten

resgrundgehalt⁷⁴ und einem variablen Bestandteil zusammensetzt. Die Höhe des Gehalts sollte in einem angemessenen Verhältnis zur Wertigkeit der Arbeitsaufgabe und Arbeitsleistung stehen. Zur Gehaltsfindung werden in der Regel Methoden der Arbeitsbewertung herangezogen, die auf stellen- und funktionsbezogenen sowie marktbezogenen Kriterien aufbauen.⁷⁵

2. Variable Vergütung

- 45 Der variable Vergütungsanteil setzt meist beim Jahresgrundgehalt an und bemisst sich **in Prozent zum Jahresgrundgehalt**. Dabei steigt er mit zunehmender Verantwortung bzw. höherer Stellung des AT-Angestellten im Unternehmen und mit zunehmendem Gehaltsniveau an. In der Praxis sind im AT-Bereich neben den am weitest verbreiteten Bonuszahlungen, auch Provisionen im Vertrieb und Außendienst, Beteiligungen am Unternehmenserfolg wie Umsatz- und Gewinnbeteiligungen (auch Tantiemen) und Aktienoptionen zu finden.

a) Verhältnis Jahresgrundgehalt zu Variabler Vergütung

- 46 Der variable Anteil im AT-Bereich liegt **in der Regel zwischen 5 und 30 Prozent des Jahresgrundgehalts**. Die Frage ist, inwieweit Arbeitsvertragsparteien das Entgelt vertraglich flexibilisieren können. Eine zwingende Vorgabe, in welchem prozentualen Verhältnis fester und variabler Bestandteil zueinander vereinbart werden dürfen, gibt es nicht. Dies war zwar in der Literatur umstritten,⁷⁶ ist aber durch das Bundesarbeitsgericht zwischenzeitlich klargestellt worden. **Auch im Arbeitsverhältnis** ist die Vereinbarung einer **ausschließlich leistungsbezogenen Vergütung** demnach nicht ausgeschlossen.⁷⁷
- 47 Eine solche Vereinbarung darf allerdings nicht gegen die **Grenzen der Sittenwidrigkeit** verstoßen (§ 138 BGB). Das Arbeitsentgelt darf zum Wert der erbrachten Leistung nicht in einem **auffälligen Missverhältnis** stehen und damit dem rechtlichen Äquivalenzprinzip nicht genügen. Die Rechtsprechung und Li-

74 Auch Jahresfestgehalt oder garantiertes Jahresentgelt genannt.

75 Zu den in der Praxis zu findenden Methoden der Arbeitsbewertung, Blanke-Blanke, Außertarifliche Angestellte, Rn. 79 ff.

76 Blanke-Blanke, Außertarifliche Angestellte, Rn. 78 gab seine noch in seinen Voraufträgen vertretene Forderung nach rechtlich verbindlichen Mindestprozeßsätzen für das Grundentgelt („richterrechtlicher Mindestlohn“) wieder auf; Loritz, AuA 1997, 224 ff. wollte unternehmenserfolgsabhängige Vergütungen von 10 Prozent unter dem Regellohn für zulässig erachtete; Annuß, NZA 2007, 290, 291, erachtete die vollständige Flexibilisierung außerhalb bestehender Tarifbindung hingegen für zulässig.

77 Nach dem BAG 16.2.2012, 8 AZR 242/11, NZA 2012, 1307 ergibt sich dies aus § 65 HGB, wonach Provisionen für abhängig beschäftigte Handlungsgehilfen und damit auch für kaufmännische Angestellte ohne jede Fixvergütung zulässig sind; so zuvor bereits Riesenhuber/v. Steinau-Steinrück, NZA 2005, 785, 791.

teratur ist uneinheitlich in Bezug auf den anzuwendenden Grenzwert wie auch auf dessen Basis (übliches Gehalt oder Tariflohn).⁷⁸ Nach einer neueren Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts liegt bei Tarifbindung ein auffälliges Missverhältnis vor, wenn 2/3 des in der Branche und Wirtschaftsregion üblichen Tariflohns nicht erreicht wird, oder der Mitarbeiter trotz vollen Einsatzes seiner Arbeitskraft kein ausreichendes Einkommen erzielen kann.⁷⁹ Hierbei kommt es nicht auf eine vertragliche Zusicherung, sondern alleine darauf an, mit welchem Einkommen bei gewöhnlichem Lauf der Dinge gerechnet werden kann.⁸⁰ Im außertariflichen Bereich dürfte es allerdings schwierig werden, auf den Tariflohn abzustellen. Dies gilt insbesondere bei sehr hohen außertariflichen Gehältern nebst variablem Anteil. Hier wird man auf die nach Markt übliche Vergütung abstellen müssen.⁸¹ Weitere Grenzen können sich aus der Inhaltskontrolle (§§ 305 ff. BGB) und der Billigkeitskontrolle (§§ 106 GewO, 315 Abs. 3 BGB). Hierzu unter Kapitel ■.

b) Bonus – Zielvereinbarungen, Zielvorgaben

Ein Bonus hängt grundsätzlich von der Erreichung persönlicher Leistungsziele und/oder vom Unternehmenserfolg ab.⁸² Er wird entweder auf der Grundlage des Erreichens einer **Zielvereinbarung** oder **Zielvorgabe** gezahlt.⁸³ Während bei der Zielvorgabe der Arbeitgeber ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht im Rahmen seines Direktionsrechts ausübt, kommt die **Zielvereinbarung** im Wege der Einigung der Arbeitsvertragsparteien zustande.⁸⁴ Zielvereinbarungen werden über die Erreichung von Leistungszielen in einem bestimmten Zeitraum,⁸⁵ meist eines (Geschäfts-)Jahres, getroffen.⁸⁶ Mit der Zielerreichung ist eine prozentuale Bonuszahlung ausgelobt.

78 BAG 23.5.2001, 5 AZR 527/99, BeckRS 2009, 52775 m.w.N; Brors, RdA 2004, 273, 275; Lakies, NZA-RR 2002, 340; Mauer NZA 2002, 540, 542, der davon ausgeht, dass eine Flexibilisierung nur wirksam ist, wenn der Arbeitnehmer stets die tarifliche Mindestvergütung erhält.

79 So BAG 16.2.2012, 8 AZR 242/11, NZA 2012, 1307.

80 Zutreffend Annuß, NZA 2007, 290, 291.

81 Riesenhuber/v. Steinau-Steinrück, NZA 2005, 785, 790; BAG 23.5.2001, 5 AZR 527/99, ArbuR 2001, 509 stellt auch auf die übliche Vergütung ab.

82 Einen Überblick zu Regelungen in der Praxis bietet Breisig, AT-Angestellte, S. 71 ff.

83 Ausführlich zu Zielvereinbarungen als Steuerungs- und Entlohnungsinstrument, Blanke-Breisig, Rn. 97 ff.

84 Riesenhuber/v. Steinau-Steinrück, NZA 2005, 785, 786.

85 ErfK-Preis, § 611 BGB Rn. 504.

86 Schaub-Vogelsang, § 77 Rn. 1 und 11.

- 49 Im AT-Bereich sind sowohl Zielvereinbarungen wie auch Zielvorgaben weit verbreitet.⁸⁷ Bei Zielvereinbarungen oder –vorgaben gelten rechtliche Grenzen, die ausführlich in Kapitel 11 dargestellt werden. Bei den **AT-Anstellungsverträgen** gelten diesbezüglich **keine Besonderheiten**.
- 50 **Zielvereinbarungen** werden in der Praxis in der Regel vom Arbeitgeber vorformuliert und unterliegen, auch bei nur einmaliger Klauselverwendung, der **Transparenzkontrolle, nicht aber der Billigkeits- oder Inhaltskontrolle**.⁸⁸ Das **Transparenzgebot** (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB) fordert, dass die Ziele und die Voraussetzungen der Zielerreichung zu definieren sind.⁸⁹
- 51 Bei arbeitgeberseitig gesetzten **einseitigen Zielvorgaben**, aber auch bei **Zielvereinbarungen, soweit** die Parteien die **Zielbestimmung** nach den vertraglichen Bestimmungen **dem Arbeitgeber** überlassen haben, ist eine **Billigkeitskontrolle** (§§ 106 GewO, 315 BGB) durchzuführen. Letzteres ist z. B. der Fall, wenn bestimmt ist, dass die Ermittlung der Zielerreichung durch Beschluss der Gesellschafterversammlung⁹⁰ oder, wie in der Praxis häufig, einem vom Arbeitgeber gebildeten Komitee übertragen wurde. Hierbei muss der Arbeitgeber **nach billigem Ermessen** handeln und die beiderseitigen Interessen angemessen berücksichtigen und die wesentlichen Umstände des Falles abwägen.⁹¹ Die Entscheidung der Billigkeit unterliegt der gerichtlichen Kontrolle.
- 52 Ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht und damit eine Billigkeitskontrolle **scheidet** allerdings **aus**, wenn die Parteien die einzelnen Voraussetzungen der Zahlung vertraglich vereinbart haben und die Vergütungshöhe somit **durch Auslegung** ermittelt werden kann (§§ 133 157 BGB).
- 53 Wenn der Arbeitgeber den Bonus nicht oder nicht in voller Höhe zahlt, kann der Arbeitnehmer Leistungsklage vor dem Arbeitsgericht erheben. Da dem Arbeitnehmer in der Regel entscheidungserhebliche Tatsachen nicht bekannt sind, kann er einen **Auskunftsanspruch** (§ 242 BGB) gegen seinen Arbeitgeber gegebenenfalls im Wege der Stufenklage mit einem Leistungsantrag geltend machen. Der Arbeitgeber hat hier die für seine Ermittlung zu Grunde gelegten Kriterien offenzulegen.
- 54 Den Arbeitgeber trifft auch die Darlegungs- und Beweislast für die Billigkeit seiner getroffenen Entscheidung.⁹² Entspricht die Leistungsbestimmung nicht billi-

87 Näher zu Zielvereinbarungssystemen im AT-Bereich vgl. Blanke-Breisig, Außertarifliche Angestellte, Rn. 69 ff.

88 BAG 12.12.2007, 10 AZR 97/07, NZA 2008, 409; *Annuf*, NZA 2002, 290.

89 *ErfK-Preis*, § 611 Rn. 505.

90 Vgl. LAG Nürnberg 23.7.2002, 6 Sa 269/01, BeckRS 2002, 41255.

91 St. Rspr. u. a. BAG 12.10.2011, 10 AZR 746/10, AP zu § 315 BGB Nr. 92; BAG 25.8.2010, 10 AZR 275/09, AP zu § 106 GewO Nr. 11.

92 Palandt-Grüneberg, § 315 BGB Rn. 20.

gem Ermessen oder wird sie durch den Arbeitgeber nicht bestimmt, wird diese gem. § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB durch das Gericht getroffen.

55 Geht es um eine Zielvereinbarung und soll die Zielerreichung einvernehmlich festgestellt werden, so trifft den Arbeitnehmer die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass er die vereinbarten Ziele erreicht hat.⁹³ Einer abgestuften Darlegungs- und Beweislast, nach der eine überdurchschnittlicher Leistung vom Arbeitnehmer und eine unterdurchschnittliche Leistung vom Arbeitgeber zu beweisen ist, wird abgelehnt.⁹⁴

56 Fehlt eine Zielvereinbarung oder Zielvorgabe führt dies nicht stets zum Wegfall eines Bonusanspruchs des Arbeitnehmers. Vielmehr kann der Arbeitnehmer unter bestimmten Voraussetzungen bei Fehlen einer Zielvereinbarung zum **Schadensersatz** (§§ 280 Abs. 1 und 3, 283 BGB) verpflichtet sein.⁹⁵ Dieser setzt aber voraus, dass dem Arbeitgeber eine Initiativpflicht zur Führung eines Gesprächs mit dem Arbeitnehmer über eine Zielvereinbarung oblag oder er der Aufforderung des Arbeitnehmers nicht nachgekommen ist, mit ihm eine Zielvereinbarung zu schließen.⁹⁶ Bleibt ein objektiver Zweifel hinsichtlich des Bestehens der Initiativpflicht, ist zu Lasten des Arbeitgebers von einer einseitigen Initiativpflicht auszugehen (§ 305 Abs. 2 BGB).

57 Ein Schadensersatzanspruch kann nur dann begründet sein, wenn der Arbeitgeber das Nichtzustandekommen der Zielvereinbarung zu **vertreten** hat. Ein Mitverschulden des Arbeitnehmers ist angemessen zu berücksichtigen, schließt den Schadensersatzanspruch hingegen nicht aus. Die Schadenshöhe richtet sich grundsätzlich nach dem für den **Fall der Zielerreichung zugesagten Bonus**. Es ist grundsätzlich davon auszugehen, dass der Arbeitnehmer die vereinbarten Ziele erreicht hätte, wenn **nicht besondere Umstände** diese Annahme ausschließen. Solche besonderen Umstände hat der Arbeitgeber darzulegen und ggf. zu beweisen.⁹⁷ Es ist daher grundsätzlich bedeutungslos, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang der Arbeitnehmer in vorhergehenden Zielperioden die vereinbarten Ziele erreicht hat.⁹⁸

93 *Riesenhuber/v. Steinau-Steinrück*, NZA 2005, 785, 791; *Mauer*, NZA 2002, 540, 549.

94 *Riesenhuber/v. Steinau-Steinrück*, NZA 2005, 785, 791.

95 BAG 10.12.2008, 10 AZR 889/07, NZA 2009, 256 = NJW 2009, 1227; BAG 12.12.2007, 10 AZR 97/07, NZA 2008, 409 = NJW 2008, 872.

96 BAG 12.12.2007, 10 AZR 97/07, NZA 2008, 409 = NJW 2008, 872 = AP zu § 280 BGB Nr. 7.

97 BAG 10.12.2008, 10 AZR 889/07, NZA 2009, 256 = NJW 2009, 1227; BAG 12.12.2007, 10 AZR 97/07, NZA 2008, 409 = NJW 2008, 872.

98 BAG 12.12.2007, 10 AZR 97/07, NZA 2008, 409 = NJW 2008, 872.

c) Vorzeitiges Ausscheiden, Stichtagsregeln/Rückzahlung

- 58 Für den Fall eines unterjährigen Ausscheidens kann nach einhelliger Meinung eine **proportionale Kürzung** eines Bonus oder sonstiger variabler Vergütung vorgesehen werden.⁹⁹
- 59 Ein Streitpunkt ist, ob die Vertragsparteien für den Fall des unterjährigen Austritts auch einen **vollständigen Ausschluss** vorsehen können. Die Wirksamkeit von Klauseln, die als Bedingung für den Bonusanspruch vorsehen, dass der Arbeitnehmer an einem bestimmten Zeitpunkt noch **oder** gar noch in einem ungekündigten Arbeitsverhältnis (sog. Stichtagsklauseln) steht, ist zweifelhaft. Das Bundesarbeitsgericht geht von der Unwirksamkeit von Stichtagsklauseln **außerhalb** des Bezugszeitraums aus.¹⁰⁰ Hingegen ist über Klauseln, die den Fortbestand bzw. den ungekündigten Bestand eines Arbeitsverhältnisses **im oder am Ende** des Bezugszeitraums vorsehen, noch nicht abschließend entschieden. Zum Teil werden solche Klauseln im Schrifttum und von Instanzgerichten für zulässig erachtet.¹⁰¹ Das Bundesarbeitsgericht differenzierte und ging davon aus, dass eine **Stichtagsklausel, die auf den ungekündigten Bestand des Arbeitsverhältnisses** am Ende des Geschäftsjahres abstellt, zwar eine unangemessene Benachteiligung darstellt, hat es aber für zulässig erachtet, wenn der Anspruch auf Bonuszahlung bei **jährlicher Zielvereinbarung** ein **bestehendes Arbeitsverhältnis am Ende des Geschäftsjahres** voraussetzt.¹⁰²
- 60 Von der wohl überwiegenden Meinung im Schrifttum wird dies eher abgelehnt.¹⁰³ **Leistungsbezogene Boni** hängen von der im Bonusjahr tatsächlich erbrachten Arbeitsleistung ab und stehen daher im synallagmatischen Verhältnis zur Arbeitsleistung. Ein Ausschluss wäre als unangemessene Beschränkung des Kündigungsrechts unwirksam (§ 622 Abs. 4 BGB). Ob ein Ausschluss für rein

99 *Annuß*, NZA 2007, 290, 294, der zu Recht darauf hinweist, dass eine dahingehende ausdrückliche Regelung im Arbeitsvertrag zu empfehlen ist; a. A. *Lindemann/Simon*, BB 2002, 1807, 1813 hingegen hält eine ausdrückliche Regelung für entbehrlich.

100 Vgl. BAG 18.1.2012, 10 AZR 612/10, NZA 2012, 561 = NJW 2012, 1532 = AP zu § 611 BGB Gratifikation Nr. 292, in dem ein Arbeitsvertrag einen gewinn- und leistungsorientierter Bonus für das Kalenderjahr vorsah, den Bonusanspruch aber ausschloss, wenn das Arbeitsverhältnis am 1. April des Folgejahrs nicht mehr ungekündigt bestand.

101 So *Bauer/Diller/Göpfert*, BB 2002, 882, 885; dagegen *Reiserer*, NJW 2008, 609, 612 aber mit Verweis auf befürwortende Instanzenrechtsprechung.

102 Vgl. BAG 6.5.2009, 10 AZR 443/08, NZA 2009, 783, wo Voraussetzung für die Auszahlung des Bonus ein ungekündigtes Arbeitsverhältnis zum Abschluss des Kalender-(Geschäfts)jahres war, der Arbeitnehmer am 3.12. verstarb.

103 Diese Auffassung teilend *Riesenhuber/v. Steinau-Steinrück*, NZA 2005, 785, 790; *Baeck/Winzer*, NZG 2012, 657 auch zum Rechtsprechungsstand; a. A. *Heins/Leder*, NZA 2014, 520 für Bonizahlungen, mit denen ein zusätzlicher Erfolg/Arbeitserfolg vergütet werden soll.

unternehmensbezogene Boni bei unterjährigem Ausscheiden zulässig ist, wird ebenfalls unterschiedlich beantwortet.¹⁰⁴ Das Bundesarbeitsgericht hat hierzu allerdings jüngst klargestellt, dass eine Sonderzahlung auch dann im Synallagma steht, wenn sie **nur vom Betriebsergebnis** abhängt.¹⁰⁵ Damit wird man auch diesen Bonus nach den für leistungsbezogene Bonuszahlungen anwendbaren Grundsätzen behandeln müssen.

Nichts anderes dürfte dann für **Rückzahlungsklauseln** bei Bonuszahlungen oder sonstigen variablen Vergütungsbestandteilen gelten, die als Gegenleistung für erbrachte Dienste gezahlt werden.¹⁰⁶ **61**

d) Wartezeit/Probezeit

Übereinstimmung besteht dahingehend, dass ein Bonusanspruch an eine **Wartezeit**, insbesondere eine erfolgreich bestandene Probezeit gebunden werden kann. Auch gegen eine längere Wartezeit ist nichts einzuwenden.¹⁰⁷ **62**

3. „Welcome-Boni“ oder „Sign-on-Boni“

Anders ist die Rechtslage bei sogenannten „Welcome-Boni“ oder „Sign-on-Boni“ zu beurteilen. Solche Einmalzahlungen werden in der Praxis vermehrt in hervorgehobenen Positionen als Anreiz zum Vertragsabschluss und/oder zugleich zum Ausgleich entgehender Zahlungen beim vorangegangenen Arbeitgeber gewährt. In der Regel werden solche Sonderzahlungen mit einer Rückzahlungsverpflichtung oder Stichtagsklausel versehen. Da diese Sonderzahlungen nicht als Gegenleistung für die Arbeitsleistung gezahlt werden, dürften Rückzahlungsverpflichtungen oder Stichtagsklauseln hier wirksam sein.¹⁰⁸ **63**

4. Sondervergütungen

Sondervergütungen¹⁰⁹ sind alle Leistungen, die nicht regelmäßig mit dem Arbeitsentgelt ausgezahlt werden, sondern aus bestimmten Anlässen oder zu bestimmten Terminen gewährt werden und in der Regel nicht von Leistungs- und **64**

¹⁰⁴ Daffür *Riesenhuber/v. Steinau-Steinrück*, NZA 2005, 785, 790; *Reiserer*, NJW 2008, 609, 612; LAG München 14.3.2007, 10 Sa 1001/06, BeckRS 2009, 61901.

¹⁰⁵ Vgl. BAG 18.1.2012, 10 AZR 612/10, NZA 2012, 561 = NJW 2012, 1532 = AP zu § 611 BGB Gratifikation Nr. 292.

¹⁰⁶ *Lindemann/Simon*, BB 2002, 1807, 1813.

¹⁰⁷ *Mauer*, NZA 2002, 540, 541; *Annuß*, NZA 2007, 291, 294.

¹⁰⁸ Im Anwendungsbereich der InstitutsVergV sind weitere Besonderheiten (vgl. §§ 19, 20 InstitutsVergV) zu beachten.

¹⁰⁹ Auch Sonderzahlungen, Sonderzuwendungen genannt.

Kap. 6 Vergütung von außertariflichen Angestellten

Erfolgskriterien abhängen.¹¹⁰ Hierzu gehören u. a. Gratifikationen, „13. Monatsgehalt“, Jahresabschlussvergütungen, Weihnachtsgeld und Jubiläumsgelder,¹¹¹ Urlaubsgeld wie auch Welcome oder Sign-on Boni.

- 65 Im Bereich der Sondervergütungen sind gerade im AT-Bereich Entgeltflexibilisierungsinstrumente von Relevanz. Zu den Grundsätzen von Änderungsvorbehalten (Freiwilligkeits- und Widerrufsvorbehalt) sowie von Befristungen bei Sonderzuwendungen und seinen rechtlichen Grenzen wird auf das Kapitel ■ verwiesen.
- 66 Bei sämtlichen Entgeltflexibilisierungsinstrumenten ist noch nicht abschließend geklärt, ob der in ständiger Rechtsprechung vertretene **Kernbereichsschutz** mit den vom Bundesarbeitsgericht **entwickelten Prozentgrenzen** uneingeschränkt auch auf außertarifliche Anstellungsverhältnisse Anwendung finden kann. Hiernach ist ein Widerrufsvorbehalt nicht nach § 308 Nr. 4 BGB unwirksam, wenn der im Gegenseitigkeitsverhältnis stehende widerrufliche Teil des Gesamtverdienstes unter 25 % liegt **und** der Tariflohn nicht unterschritten wird. Sind darüber hinaus Zahlungen widerruflich, die keine unmittelbare Gegenleistung im Arbeitsverhältnis darstellen, sondern Ersatz für Aufwendungen sind, die an sich der Arbeitnehmer selbst tragen müsste, erhöht sich der widerrufliche Teil der Arbeitsvergütung auf bis zu 30 %.¹¹²
- 67 Auf **Besserverdiener** dürften die für Durchschnittsverdiener entwickelten Prozentgrenzen **nicht** ohne weiteres übertragbar sein. Nach der überwiegenden Auffassung im Schrifttum ist dem Besserverdiener ein größeres Maß an Entgeltflexibilität im Rahmen der Angemessenheitsprüfung (§ 307 BGB) zuzumuten.¹¹³ Das Bundesarbeitsgericht wies im Zusammenhang mit der Klauselkontrolle bei Widerrufsvorbehalten darauf hin, dass sich die gebotene Interessenabwägung in Anlehnung an § 307 BGB insbesondere nach der Art und Höhe der Leistung, die widerrufen werden soll, nach der Höhe des verbleibenden Verdienstes **und** der Stellung des Arbeitnehmers im Unternehmen richtet.¹¹⁴ Bislang hat das Bundesarbeitsgericht aber nur für **leitende Angestellte** angenommen, dass sich ein Arbeitgeber weitergehende einseitige Bestimmungsrechte vorbehalten kann als gegenüber Mitarbeitern in weniger herausgehobener Stellung. Bei einem Chefarzt ging das Bundesarbeitsgericht von der Zulässigkeit einer einseitigen Kürzung

110 ErfK-Preis, § 611 BGB Rn. 527.

111 ErfK-Preis, § 611 BGB Rn. 527.

112 St. Rspr. vgl. BAG 11.10.2006, 5 AZR 721/05, NZA 2007, 87 = AP zu § 308 BGB Nr. 6 m. w. N.; BAG 12.1.2005, 5 AZR 364/04, NZA 2005, 465 = AP zu § 308 BGB Nr. 1.

113 So u. a. *Willemsen/Jansen*, RdA 2010, 1, 3 m. w. N.; *Hromadka/Schmitt-Rolfes*, NJW 2007, 1777, 1781; *Willemsen/Grau*, NZA 2005, 1137, 1139; *Schwarze*, RdA 2012, 321, 323.

114 BAG 12.1.2005, 5 AZR 364/04, AP zu § 308 BGB Nr. 1.

von 40% eines Gesamteinkommens aus, da dieser nach der Kürzung noch ein Vielfaches des höchsten Tarifgehalts beanspruchen konnte.¹¹⁵

Es überzeugt nicht, die 25% Grenze stereotyp auf alle Mitarbeiter – außer den Leitenden – anzuwenden. Dies berücksichtigt nicht ausreichend die doch sehr unterschiedlichen Höhen eines verbleibenden Verdienstes **und** AT-Angestellte in hervorgehobene Stellungen im Unternehmen. Eine darüberhinausgehende Entgeltflexibilisierung muss für besserverdienende AT-Angestellte in hervorgehobenen Positionen zulässig sein. Es bleibt die Frage offen, wer als **Besserverdiener** angesehen werden kann und welche generellen betragsmäßigen Höchstgrenzen auf **Besserverdiener** Anwendung finden. Hier könnte u. U. auf die vom Bundesarbeitsgericht für Mehrarbeitsvergütung herangezogene Definition des Mitarbeiters, dessen Vergütung die Beitragsbemessungsgrenze in der gesetzlichen Rentenversicherung übersteigt, herangezogen werden. Eine weitergehende Entgeltflexibilisierung bei den Besserverdienern könnte bis zu einer Höchstgrenze bis zu 33% (1/3 des Gehalts) angemessen erscheinen. **68**

5. Sozialleistungen – „Cafeteria“-Konzepte

Häufig erhalten AT-Angestellte auch **Sozialleistungen** sowie **Beiträge zur betrieblichen Altersversorgung** als Teil ihres Vergütungspakets. Die Sozialleistungen werden immer häufiger in ein sogenanntes „Cafeteria“-Konzept eingebunden, nach dem der außertarifliche Mitarbeiter – wie in einer Cafeteria – aus mehreren Vergütungsbestandteilen auswählen kann. Es wird dem AT-Mitarbeiter ein monatlicher Betrag zur Verfügung gestellt, für den er sich aus einem Leistungsangebot die für ihn individuell passenden Leistungen auswählt. In der Regel geht es hier um zusätzliche betriebliche Altersversorgung durch Entgeltumwandlung (deferred compensation), Firmenwagen zur dienstlichen und privaten Nutzung, Barauszahlung etc.¹¹⁶ **69**

6. Entgeltumwandlung

Mitarbeiter können bis zu **vier Prozent der Beitragsbemessungsgrenze** in der allgemeinen Rentenversicherung von ihrer Vergütung in die Altersvorsorge einbringen. Bis zu diesem Betrag bleibt eine Entgeltumwandlung (deferred compensation) steuer- und sozialabgabenfrei (vgl. § 3 Nr. 63 S. 1 EStG). Wegen der **70**

¹¹⁵ Diese Rechtsprechung betraf allerdings Entwicklungs- und Anpassungsklauseln in Chefarztverträgen. Der Kernbereich soll hier auch dann nicht angetastet sein, wenn die Gesamteinnahmen mit Nebentätigkeiten auf 60–65% des bisherigen Einkommensniveaus sinken vgl. BAG 28.5.1997, 5 AZR 125/96, NZA 1997, 1160 = AP zu § 611 BGB Arzt-Krankenhaus-Vertrag Nr. 36; BAG 13.3.2003, 6 AZR 557/01, NZA 2004, 735 = AP zu § 611 BGB Arzt-Krankenhaus-Vertrag Nr. 47.

¹¹⁶ Dies ergab die Marktanalyse von *Breisig*, AT-Angestellte, 2010.

Kap. 6 Vergütung von außertariflichen Angestellten

Umwandlung von Lohn in zukünftige betriebliche Altersversorgungsansprüche entfällt auch der Arbeitgeberanteil zur Sozialversicherung. Hinzu kommt für den Arbeitnehmer ein weiterer Steuerfreibetrag von Euro 1.800 (vgl. § 3 Nr. 63 S. 3 EStG), der aber sozialversicherungspflichtig ist. Oftmals werden diese Regelungen ergänzt mit arbeitgeberfinanzierten Beiträgen. Zur steuerlichen Privilegierung muss sich um künftige Entgeltansprüche handeln. Sie müssen aus Einmalzahlungen vorgenommen werden, regelmäßige monatliche Entgeltbestandteile dürfen nicht umgewandelt werden. Insbesondere lassen sich daher Sonderzahlungen wie Weihnachtsgeld, Boni, Gratifikationen oder Guthaben auf Arbeitszeitkonten für Gehaltsumwandlungen in die betriebliche Altersvorsorge nutzen.

7. Dienstreisen

- 71 **Angeordnete Dienstreisen** sind grundsätzlich als Arbeitszeit zusätzlich zu vergüten. Etwas anderes gilt nur dann, wenn die Dienstreisen zur geschuldeten Hauptleistung gehören oder die mit ihr verbundene Mehrleistung nach den Umständen von der Vergütung abgedeckt.¹¹⁷ Will ein Arbeitgeber Reisezeiten **pauschalisiert** abgelden, ist auch hier eine angemessene und transparente Vertragsgestaltung erforderlich.¹¹⁸ Eine solche ist bereits unwirksam, wenn sich aus dem Arbeitsvertrag nicht, welche Reisetätigkeit in welchem Umfang von der Vergütung erfasst werden soll.¹¹⁹

8. Mehrvergütung für Überstunden/Mehrarbeit

a) Objektive Vergütungserwartung

- 72 Bedeutsam ist bei außertariflichen Angestellten die Frage der **Mehrvergütung für Überstunden/Mehrarbeit**.¹²⁰ Es gibt keinen allgemeinen Rechtsgrundsatz, dass Mehrarbeitszeit stets zu vergüten ist.¹²¹ Eine Vergütung gilt nur dann als stillschweigend vereinbart, wenn die Umstände der Arbeitsleistung im Einzelfall nur gegen zusätzliche Vergütung zu erwarten war (§ 612 Abs. 1 BGB). Die **Ver-**

117 ErfK-Preis, § 612 Rn. 18 m.w.V.

118 ErfK-Preis, § 612 Rn. 18 m.w.V.

119 BAG 20.4.2011, NZA 2011, 917.

120 Überstunden liegen bei Überschreitung der einzelvertraglich, tariflich oder betrieblich vereinbarten regelmäßigen Arbeitszeit vor; Mehrarbeit ist dagegen die Überschreitung der gesetzlichen Höchstarbeitszeit, vgl. ErfK-Preis, § 611 BGB Rn. 486; HWK-Thüsing, § 611 BGB Rn. 134. Die Begriffe werden aber häufig synonym verwendet.

121 Zuletzt BAG 21.9.2011, 5 AZR 629/10, NJW 2012, 1387; BAG 17.8.2011, 5 AZR 406/10, NZA 2011, S. 1335, 1337; ErfK-Preis, § 612 BGB Rn. 18; HWK-Thüsing, § 612 BGB Rn. 23 jeweils m. w. N.

gütungserwartung ist anhand eines **objektiven Maßstabs** unter Berücksichtigung der Verkehrssitte, der Art, des Umfangs und der Dauer der Leistung sowie der Stellung der Beteiligten zueinander zu beurteilen.¹²² Von einer solchen kann in der Regel – ohne Vorliegen besonderer Umstände – nicht bei zeitlicher Verschränkung arbeitszeitbezogener und arbeitszeitunabhängiger vergüteter Arbeitsleistungen (z. B. Provisionen) ausgegangen werden.¹²³

Auch kann eine Vergütung regelmäßig nicht erwartet werden, wenn **Dienste höherer Art** geschuldet werden, aber nach jüngster Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts auch, wenn eine **deutlich herausgehobene Vergütung** gezahlt wird.¹²⁴ **Dienste höherer Art** schulden **leitende Angestellte und Chefärzte**.¹²⁵ Von einer **deutlich herausgehobenen Vergütung** geht das Bundesarbeitsgericht nunmehr aus, wenn das **Entgelt des Arbeitnehmers die Beitragsbemessungsgrenze in der gesetzlichen Rentenversicherung** überschreitet. Diese Personengruppe gehört zu den **Besserverdienern**, die letztlich nach der Erfüllung ihrer Arbeitsaufgaben und nicht eines Stundensolls beurteilt und ein besonderes Entgelt für die über die regelmäßige Arbeitszeit hinaus geleistete Arbeit objektiv in der Regel nicht erwartet werden kann. Etwas anderes gilt hier nur bei Vorliegen besonderer Umstände, d. h. wenn sich z. B. der Arbeitgeber zur gesonderten Vergütung von Mehrarbeit ausdrücklich bereit erklärt hat.¹²⁶

Sonstige außertarifliche Angestellte haben grundsätzlich einen Anspruch auf Überstundenvergütung von ausdrücklich oder konkludent angeordneten Überstunden oder sich aus den Umständen ergebenden Überstunden, die der Arbeitgeber kennt und duldet oder wenn er dem Arbeitnehmer eine Arbeit zuweist, die in der regelmäßigen Arbeitszeit nicht erledigt werden kann.¹²⁷ Eine Ausnahme hiervon gilt nur bei der Vereinbarung **wirksamer Abgeltungsklauseln** im Arbeitsvertrag.

122 Vgl. BAG 11.10.2000, 5 AZR 122/99, NZA 2001, 458, das hier über einen Anspruch nach § 612 BGB in Bezug auf Umkleiden, Waschen und sonstige Rüsttätigkeiten zu entscheiden hatte.

123 BAG 21.9.2011, 5 AZR 629/10, NJW 2012, 1387; BAG 22.2.2012, 5 AZR 765/10, NZA 2012, 861.

124 BAG 22.2.2012, 5 AZR 765/10, NZA 2012, 861 = AP BGB § 612 Nr. 75; BAG 17.8.2011, 5 AZR 406/10, NZA 2011, 1335, 1337.

125 BAG 17.11.1966, 5 AZR 225/66, NJW 1967, 413 zu leitenden Angestellten und BAG 17.3.1982, 5 AZR 1047/79, NJW 1982, 2139 zu Chefärzten.

126 So zutreffend Z. B. *Lunk/Leder*, NJW 2015, 3766, 3768.

127 Vgl. BAG 17.4.2002, 5 AZR 644/00, NZA 2002, 1340, 1344 = AP BGB § 611 Mehrarbeitsvergütung Nr. 40; BAG 4.5.1994, 4 AZR 445/93, NZA 1994, 1035 = AP TVG § 1 Tarifverträge: Arbeiterwohlfahrt Nr. 1; BAG 25.11.1993, 2 AZR 517/93, NZA 1994, 837; HWK-*Thüsing*, § 611 BGB Rn. 136; MüArbR-*Matthes*, Bd. 2, § 245 Rn. 19

b) Abgeltungsklauseln in Arbeitsverträgen

- 75 In AT-Arbeitsverträgen finden sich in der Regel Vereinbarungen, wonach **Überstunden mit dem vereinbarten Gehalt (pauschal) abgegolten** sein sollen. Denn der AT-Status wird regelmäßig mit einem Verzicht auf tarifliche Ansprüche wie z. B. eine Überstundenvergütung und feste Arbeitszeiten verbunden.
- 76 Pauschale Abgeltungsklauseln sind intransparent und damit unwirksam.¹²⁸ Solche Klauseln über den Ausschluss einer Überstundenvergütung wie auch dessen Gewährung unterliegen der Transparenz- und Inhaltskontrolle.¹²⁹ Sie genügen dem Transparenzgebot nur dann, wenn sich aus dem **Arbeitsvertrag selbst ergibt, welche Arbeitsleistungen in welchem zeitlichen Umfang** von ihr erfasst werden sollen.¹³⁰ Der Angestellte soll bereits bei Vertragsschluss erkennen können, was gegebenenfalls „auf ihn zukommt“ und welche Arbeitsleistung er für die vereinbarte Vergütung maximal erbringen muss.¹³¹ Die gesetzliche Begrenzung des § 3 Arbeitszeitgesetz genügt hierfür nicht.¹³²
- 77 Eine weitere Schranke für eine **Pauschalabgeltung** ergibt sich bei beidseitiger Tarifbindung dann, wenn die Vergütung des AT-Angestellten durch die Nichtzahlung von Mehrarbeitsvergütung den Mindestabstand nicht mehr wahrt.¹³³ Wird daher die außertarifliche Vergütung bzw. der Gehaltsabstand zur Vergütung der höchsten Tarifgruppe durch Mehrarbeit faktisch unterschritten, dass er trotz AT-Stellung unter das Tarifstunden-Niveau sinkt, wird eine Klage auf gesonderte Vergütung der Mehrarbeit gem. § 612 BGB erfolgreich sein.¹³⁴
- 78 Sieht der Arbeitsvertrag die **Abgeltung einer bestimmten Anzahl von Überstunden** vor, wird zu differenzieren sein. Wird die Pauschalabgeltung mit einer Verpflichtung zur Leistung von Überstunden kombiniert, unterliegt diese auch der Angemessenheitskontrolle. Der Vorbehalt des Arbeitgebers, Mehrarbeit anordnen zu dürfen berechtigt ihn, zu einem Eingriff in das Äquivalenzverhältnis

128 Vgl. auch BAG 17.8.2011, 5 AZR 406/10, NZA 2011, S. 1335 ff. Denn regelmäßig handelt es sich bei solchen Klauseln um allgemeine Geschäftsbedingungen gem. §§ 305, 305 Absatz 1 Satz 1 und Satz 2 BGB, die dem Transparenzgebot des § 307 Abs. I Satz 2 BGB standhalten müssen.

129 *ErfK-Preis*; §§ 305–310 BGB, Rn. 91; *Preis-Preis*, Der Arbeitsvertrag, II M 20 Rn. 25.

130 BAG 1.9.2010, 5 AZR 517/09, NZA 2011, S. 575 = AP BGB § 307 Nr. 47; HWK-Gotthardt, Anh. §§ 305–310 Rn. 39.

131 BAG 1.9.2010, 5 AZR 517/09, NZA 2011, S. 575 = AP BGB § 307 Nr. 47; BAG 20.4.2011, 5 AZR 200/10, NZA 2011, 917 jeweils m.w.N.; *ErfK-Preis*, 11. Aufl., §§ 305–310 BGB Rn. 92; HWK-Gotthardt, Anh. §§ 305–310 BGB Rn. 39.

132 *ErfK-Preis*, §§ 305–310, Rn. 92.

133 *ErfK-Preis*, § 611 Rn. 109; *ErfK-Krause* §§ 305–310 Rn. 91 f.; *Franke*, Der außertarifliche Angestellte, S. 99 ff.

134 LAG Köln 20.12.2001 6 Sa 965/01, BeckRS 1999, 09932.

zwischen Leistung und Gegenleistung,¹³⁵ der angemessen sein muss. Grundsätzlich dürfte eine pauschale Abgeltung von bis zu 10 % der Arbeitszeit zulässig sein; die Grenze kann bei einer Beschränkung auf bestimmte Fallkonstellationen auch höher, maximal bei 25 % liegen.¹³⁶ Sieht der Arbeitsvertrag hingegen keine einseitige Anordnungsbefugnis von Überstunden für den Arbeitgeber vor, dürfte nur eine Transparenzkontrolle stattfinden.¹³⁷

Nicht einheitlich beurteilt wird auch, in welchem Umfang eine objektive Vergütungserwartung bei einer **unwirksamen Pauschalabgeltungsklausel** eines AT-Angestellten besteht. Das Landesarbeitsgericht Köln ging davon aus, dass eine Vergütung **nur für die gesetzliche Höchstwochenarbeitszeit von 48 Stunden hinausgehende Mehrarbeit** zu erwarten war.¹³⁸ **79**

c) Höhe der Vergütung

Für Über- und Mehrarbeit ist die **übliche Vergütung** zu zahlen (§ 612 Abs. 2 BGB).¹³⁹ Die übliche Vergütung ist diejenige, die in gleichen oder ähnlichen Gewerben oder Berufen am gleichen Ort für vergleichbare Tätigkeit für Überstunden gezahlte Vergütung, wobei die persönlichen Verhältnisse des Arbeitnehmers zu berücksichtigen sind.¹⁴⁰ Entscheidend sind auch stets die Umstände des Einzelfalls. Maßgebend ist die **Vergütung im vergleichbaren Wirtschaftsbereich**. **80**

Für **organisierte Arbeitnehmer** ist **im Regelfall** die tarifliche Vergütung und für die AT-Angestellten die Vergütung unter Wahrung des **tariflichen Mindestabstands** die übliche Vergütung. Sie bestimmt sich daher in der tariflich geforderten Differenz (prozentualer oder angemessener Abstand oder absoluter Betrag) zur höchsten Tarifgruppe.¹⁴¹ Ob dies auch für **nicht organisierte AT-Angestellte** gilt, ist im Schrifttum strittig. Nach einer Auffassung soll dies nur dann gelten, wenn es zusätzliche Anhaltspunkte dafür gibt, dass der Arbeitgeber auch hier stets den tariflichen Maßstab anlegt.¹⁴² Die Höhe der üblichen Vergütung hat das Gericht unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung zu treffen (§ 287 Abs. 2 ZPO). Eines Rückgriffs auf eine ergänzende Vertragsauslegung (§§ 133, 157 BGB) durch Beurteilung des allgemeinen Lohnniveaus im **81**

135 ErfK-Preis, §§ 305–310, Rn. 92; Preis-Preis, Der Arbeitsvertrag, II M 20, Rn. 30.

136 Vgl. zutreffend Lunk/Leder, NJW 2015, 3766, 3768.

137 Vgl. Lunk/Leder, NJW 2015, 3766, 3768.

138 Vgl. LAG Köln 20.12.2001, 6 Sa 965/01, BeckRS 9999, 09932 zu einem außertariflichen.

139 ErfK-Preis, § 612 BGB Rn. 18; Preis-Preis, Der Arbeitsvertrag, II M 20, Rn. 53.

140 MüKo-Müller-Glöge, Bd. I, § 612 Rn. 29; ErfK-Preis, § 612 BGB Rn. 37; Schaub-Vogelsang, § 67 Rn. 67.

141 Preis-Preis, Der Arbeitsvertrag, II M 20, Rn. 53.

142 ErfK-Preis, § 612 BGB Rn. 38 ausführlich zum Streitstand.

Kap. 6 Vergütung von außertariflichen Angestellten

Wirtschaftsgebiet oder gar durch einseitige Leistungsbestimmung (§§ 315, 316 BGB) bedarf es daher regelmäßig nicht.¹⁴³

d) Darlegungs- und Beweislast

- 82 Die Darlegungs- und Beweislast für den Mehrarbeitsvergütungsanspruch liegt beim Arbeitnehmer. Nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung hat der Arbeitnehmer im Einzelnen darzulegen, wie viele Stunden an welchen Tagen und zu welchen Tageszeiten er über die übliche Arbeitszeit hinaus gearbeitet hat. Zudem hat er darzulegen, dass die Mehrarbeit zur Erledigung der ihm obliegenden Arbeitsaufgaben erforderlich gewesen ist.¹⁴⁴ Hieran scheitern in der Praxis viele Klagen. Anschließend muss zunächst der Arbeitgeber dem Vortrag des Arbeitnehmers substantiiert entgegenreten.¹⁴⁵ Auf dieser Grundlage werden die streitigen Tatsachen ermittelt und der Arbeitnehmer hat dann im Einzelnen Beweis für die geleisteten Stunden anzutreten.¹⁴⁶

9. Mehrvergütung für höherwertige Tätigkeit

- 83 Neben der quantitativen Mehrarbeit deckt § 612 Abs. 1 BGB auch den Fall der **qualitativen Mehrleistung** ab. Ob eine solche vorliegt, hängt davon ab, ob die vorübergehende oder vertretungsweise vorgenommene Tätigkeit von der vereinbarten Tätigkeit und damit der arbeitsvertraglichen Vergütungsabrede mit umfasst wird. Erbringt ein AT-Angestellter höherwertigere Leistungen als die vertraglich geschuldete Arbeitsleistung, hängt eine gesonderte Vergütung davon ab, ob die Leistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten war.
- 84 Diese objektive Vergütungserwartung ist bei einer qualitativen Mehrleistung im Tarifbereich gegeben, wenn im betreffenden Wirtschaftszweig entweder Tarifverträge gelten, die für eine vorübergehend und/oder vertretungsweise ausgeübte höherwertige Tätigkeit eine zusätzlich Vergütung vorsehen. Im **tarifungebundenen** Wirtschaftsbereich wird anhand eines **objektiven Maßstabs** unter Berücksichtigung der Verkehrssitte, der Art, des Umfangs und der Dauer der Leistung sowie der Stellung der Beteiligten zueinander zu beurteilen sein, ob eine Vergütung zu erwarten ist. Die Höhe der zusätzlichen Vergütung bemisst sich nach der Vergütung, die der Vertretene üblicherweise bei dem Arbeitgeber erhält.¹⁴⁷

143 Preis-Preis, Der Arbeitsvertrag, II M 20, Rn. 53.

144 BAG 16.1.1985, 7 AZR 501/83, BeckRS 1985, 30712535; BAG vom 14.10.1997, 7 AZR 562/96, BeckRS 1997, 30928089.

145 BAG 17.4.2002, 5 AZR 644/00, NZA 2002, 1340, 1343 = AP BGB § 611 Mehrarbeitsvergütung Nr. 40

146 Vgl. BAG 25.11.1993, 2 AZR 517/93, NZA 1994, 837.

147 BAG 25.3.2015, 5 AZR 874/12, NJOZ 2015, 1662.

Die übliche Vergütung ist diejenige, die in gleichen oder ähnlichen Gewerben oder Berufen am gleichen Ort für vergleichbare Tätigkeit für Überstunden gezahlte Vergütung, wobei die persönlichen Verhältnisse des Arbeitnehmers zu berücksichtigen sind.¹⁴⁸ Entscheidend sind auch stets die Umstände des Einzelfalls. Maßgebend ist die **Vergütung im vergleichbaren Wirtschaftsbereich.** **85**

148 MüKo-Müller-Glöge, Bd. I, § 612 Rn. 29; ErfK-Preis, § 612 BGB Rn. 37; Schaub-Vogelsang, § 67 Rn. 67.

Kapitel 7

Vergütung von GmbH-Geschäftsführern

Schrifttum: *Baack/Götze/Arnold*, Festsetzung und Herabsetzung der Geschäftsführervergütung – Welche Änderungen bringt das VorstAG?, NZG 2009, 1121 ff.; *Bauer/Romero*, Offene Fragen des Entgelttransparenzgesetzes – was Arbeitgeber beachten sollten, NZA 2017, 809 *Bauder*, Die Bezüge des GmbH-Geschäftsführers in Krise und Konkurs der Gesellschaft, BB 1993, 369; *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 21. Aufl. 2017; *Besgen*, Handbuch Führungskräfte, 2011; *Boemke*, Aktuelles zum GmbH-Geschäftsführer aus arbeitsrechtlicher Sicht, RdA 2018, 1; *Broß*, Managementbeteiligungen bei Private-Equity Transaktionen, GmbHR 2016, 104; *Cramer*, Abschluss der GmbH-Geschäftsführerverträge bei satzungsmäßigen Sonderrechten, NZG 2011, 171; *Deilmann/Dornbusch*, Drittanstellungen im Konzern, NZG 2016, 201; *Gaul/Janz*, Das neue VorstAG – Veränderte Vorgaben auch für die Geschäftsführer und den Aufsichtsrat der GmbH, GmbHR 2009, 959; *Gehrlein/Witt/Volmer*, GmbH-Recht in der Praxis, 3. Aufl. 2015; *Greven*, Die Bedeutung des VorstAG für die GmbH, BB 2009, 2154; *Jaeger*, Die Zuständigkeit des ArbG und Geltung des Kündigungsschutzes für Geschäftsführer, NZA 1998, 961; *Jula*, Der GmbH-Geschäftsführer, 4. Aufl. 2012; *Kaufmann/Kleemann*, Keine Befreiung des Minderheits-Gesellschafter-Geschäftsführers von der Sozialversicherungspflicht mehr?, BB 2014, 821; *Kempermann*, Wann sind Geschäftsführer Arbeitnehmer? Abgrenzungskriterien und praktische Hinweise, ArbRAktuell 2016, 201; *Klasen*, Sic-Non-Fälle und materieller Arbeitnehmerstatus, BB 2013, 1849; *Köhler*, Fehlerhafte Vorstandsverträge, NZG 2008, 161; *Lange*, Das Nachzahlungsverbot, GmbHR 1991, 426; *Lunk/Stolz*, Die Bezüge des GmbH-Geschäftsführers in der Krise, NZA 2010, 121; *Lörcher/Lörcher*, Organisation eines Ad-hoc-Schiedsverfahrens, SchiedsVZ 2005, 179; *Meier*, Der fehlerhafte Anstellungsvertrag von Organmitgliedern und die Rückabwicklung der Vergütung, NZA 2011, 267; *Michalski*, Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz), 3. Aufl. 2017; *Mohr*, Die Angemessenheit der Gesamtvergütung des GmbH-Geschäftsführers im Gesellschaftsrecht, GmbHR 2011, 402; *Moll*, Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2012; *Oberthür*, Das Gesetz zur Förderung der Transparenz von Entgeltstrukturen, NJW 2017, 2228; *Oppenländer/Trölitzsch*, GmbH-Geschäftsführung, 2. Aufl. 2011; *Reichert*, GmbH & Co. KG, 7. Aufl. 2015; *Reinfelder*, Arbeitnehmer – Gesellschafter – Geschäftsführer, RdA 2016, 87; *Reiserer/Heß-Emmerichs/Peters*, Der GmbH-Geschäftsführer, 3. Aufl. 2008; *Scheuffele*, Stimmrecht und Grenzen der Mehrheitsmacht des geschäftsführenden Gesellschafters einer GmbH bei der Festlegung seiner Vergütung, GmbHR 2009, 1254; *Schneider*, Der Anstellungsvertrag des Geschäftsführers einer GmbH im Konzern, GmbHR 1993, 10; *Seibt*, Geschäftsführerbestellung und Anstellungsvertrag, NJW-Spezial 2004, 123; *Sosnitza*, Manager- und Mitarbeitermodelle im Recht der GmbH – Zur aktuellen Rechtsprechung im Zusammenhang mit Hinauskündigungsklauseln, DStR 2006, 99; *Stagat*, Der Rechtsweg des GmbH-Geschäftsführers zum Arbeitsgericht – Änderung der Rechtsprechung und Folgen für die Praxis, NZA 2015, 193; *Stenzel*, Grundlagen von Managementbeteiligungen an AG und GmbH, DStR 2018, 82 (Teil 1), 139 (Teil 2); *Uckermann/Heilck*, Versorgungszusagen an Gesellschafter-Geschäftsführer, NZA 2014, 1187; *Ulmer/Habersack/Löbbecke*, GmbHG, Großkommentar, 2. Aufl.; *Umbeck*, Managerhaftung als Gegenstand schiedsgerichtlicher Verfahren, SchiedsVZ 2009, 143; *von Medem*, Die Auswirkung einer Stimmbindungsvereinbarung auf die Sozialversicherungspflicht von Gesellschafter-Geschäftsführern, DStR 2014,

Kap. 7 Vergütung von GmbH-Geschäftsführern

2027; *Wank*, Das Entgelttransparenzgesetz – Prämissen und Umsetzung, RdA 2018, 34; *Wertenbruch*, Geschäftsführungsbezogene Gesellschafterbeschlüsse in KG und GmbH & Co. KG, NZG 2016, 1081; *Wimmer*, Der Anstellungsvertrag des GmbH-Geschäftsführers, DStR 1997, 247; *Winstel*, Kündigung eines Komplementär-GmbH-Geschäftsführers, Anm. zu OLG Hamburg, Urteil vom 22.3.2013 – 11 U 27/12, EWiR 2013, 459.

Übersicht

Rn.	Rn.
I. Die GmbH und die Rechtsstellung ihres Geschäftsführers 1	2. Variable Vergütungsbestandteile 39
1. Die GmbH als verbreitetste Rechtsform in Deutschland . . . 1	a) Gewinn- und Umsatz-tantiemen 40
2. Der Geschäftsführer als Organ der Gesellschaft 3	b) Ermessentantiemen 44
3. Grundlagen der Geschäftsführervergütung 5	c) Echte und virtuelle Unternehmensbeteiligungen . . . 46
a) Geschäftsführeranstellungsvertrag 7	d) Unterjähriges Ausscheiden des Geschäftsführers 47
b) Vergütungserwartung des Geschäftsführers nach § 612 Abs. 1 BGB 10	e) Anwendbarkeit des Entgelttransparenzgesetzes 47a
c) Vergütung bei Drittanelung 14	3. Nebenleistungen 48
d) Vergütung bei nichtigem Anstellungsvertrag 16	a) Dienstwagen 48
II. Zuständigkeit für die Regelung der Vergütung 18	b) D&O-Versicherungen . . . 49
1. Zuständigkeit in der GmbH und Disposivität 18	c) Dienstverhinderung, Entgeltfortzahlung 50
2. Zuständigkeit in der nach MitbestG mitbestimmten GmbH 24	d) Darlehensvergabe an Geschäftsführer 53
3. Zuständigkeit in der drittelmitbestimmten GmbH nach dem DrittelbG 27	e) Aufwendungsersatz 55
4. Drittanelstellung, insbesondere in der GmbH & Co. KG . . . 28	4. Mechanismen zur Anpassung der Vergütung 57
III. Vergütung, Vergütungsformen und -höhe 30	a) Herabsetzung der Vergütung 58
1. Festgehalt 30	b) Anspruch des Geschäftsführers auf Erhöhung der Vergütung 60
a) Modalitäten und Höhe des Festgehalts 30	5. Sozialversicherungs- und steuerrechtliche Fragestellungen 63
b) Besonderheiten bei Gesellschaft-Geschäftsführern 32	a) Sozialversicherung 63
	b) Besteuerung der Geschäftsführervergütung 68
	6. Sonstige Fragen 69
	IV. Prozessuale Fragestellungen bei Vergütungsstreitigkeiten 72

I. Die GmbH und die Rechtsstellung ihres Geschäftsführers

1. Die GmbH als verbreitetste Rechtsform in Deutschland

Die **Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)** ist die beliebteste unter den Gesellschaftsformen in Deutschland – und jede GmbH hat mindestens einen Geschäftsführer (§ 35 Abs. 1 GmbHG). Allein im Jahr 2014 wurden 48.689 und damit nahezu 40% aller in Deutschland gegründeten Unternehmen in der Rechtsform der GmbH errichtet.¹ Hinzu kommen weitere 8,9% der Unternehmen, die als Unternehmergeinschaft (haftungsbeschränkt) – oder kurz UG – gegründet wurden.² Die **Unternehmergeinschaft oder UG (haftungsbeschränkt)** ist indes keine eigene Gesellschaftsform, sondern eine „kleine“ GmbH, auf die, abgesehen von den in § 5a GmbHG geregelten Ausnahmen, alle Regelungen für die GmbH anwendbar sind³ – und damit auch die Grundsätze zur Vergütung der Geschäftsführer.⁴

Nicht nur aus steuerlichen Gründen⁵ sind die Gesellschaft und ihre Geschäftsführer regelmäßig bemüht, günstige Anstellungsverträge abzuschließen. *Kienbaum* hat im Jahr 2014 Daten von 1.294 Geschäftsführern in 704 Unternehmen untersucht. Die Geschäftsführer verdienten in diesem Jahr im Schnitt 389.000 € brutto. Die **Gesamtvergütung** lag bei Vorsitzenden der Geschäftsführung mit im Schnitt 549.000 € an der Spitze. Die Allein-Geschäftsführer verdienten demgegenüber 287.000 € und Mitglieder von mehrköpfigen Geschäftsführungen 385.000 €. ⁶ Diese im Vergleich zum durchschnittlichen Gehalt eines Arbeitnehmers beachtlichen Zahlen und die immer anspruchsvoller werdenden rechtlichen Fragestellungen in der Schnittmenge von Gesellschafts-, Vertrags-, Arbeits-, Sozialversicherungs- und Steuerrecht zeigen die Bedeutsamkeit der Themen rund um die Vergütung für Geschäftsführer in der GmbH.

2. Der Geschäftsführer als Organ der Gesellschaft

Die GmbH wird gesetzlich nach § 35 Abs. 1 GmbH gerichtlich und außergerichtlich von den Geschäftsführern vertreten. Der Geschäftsführer ist das einzige **Organ**, das die Gesellschaft im Außenverhältnis repräsentiert. Die Gesellschafts-

1 Statistisches Bundesamt, Jahr: 2014. Im Vergleich dazu wurde nur 1 % der Unternehmen in der Form einer Aktiengesellschaft errichtet.

2 Statistisches Bundesamt, Jahr: 2014.

3 Statistisches Bundesamt, Jahr: 2014.

4 Soweit nachfolgend die Grundsätze für die GmbH dargestellt werden, gelten diese – sofern nicht auf Besonderheiten hingewiesen wird – unmittelbar auch für die Geschäftsführer der UG (haftungsbeschränkt).

5 Das Geschäftsführergehalt ist als Betriebsausgabe abzugsfähig, vgl. nur *Wimmer*, DStR 1997, 247.

6 http://www.kienbaum.com/desktopdefault.aspx/tabid-16/149_read-1251/.

Kap. 7 Vergütung von GmbH-Geschäftsführern

terversammlung ist – von Ausnahmen abgesehen – nicht befugt, die GmbH zu vertreten.

- 4 Die Rechtsfragen, die sich um die Vergütung für GmbH-Geschäftsführer ranken, hängen in vielfacher Hinsicht davon ab, ob der Geschäftsführer zugleich als Gesellschafter an der GmbH beteiligt ist. In diesem Zusammenhang ist zwischen **Fremdgeschäftsführer** und **Gesellschafter-Geschäftsführer** zu unterscheiden, bei Letzterem wiederum zwischen dem mit beherrschender und dem nicht mit **beherrschender Mehrheit** an der GmbH beteiligten Geschäftsführer. Diese Unterscheidung ist in Bezug auf die Vergütung der Geschäftsführer insbesondere aus gesellschafts-, steuer- und sozialversicherungsrechtlicher Sicht von Bedeutung. Mit Blick auf die unterschiedlichen gesetzlichen Regelungen und ihren unterschiedlichen Telos sind die jeweiligen Grundsätze nicht allgemein, sondern im Zusammenhang mit der konkreten Vorschrift zu entwickeln.

3. Grundlagen der Geschäftsführervergütung

- 5 Der Geschäftsführer wird grundsätzlich⁷ von der Gesellschafterversammlung bestellt und abberufen, § 46 Nr. 5 GmbHG. Die Bestellung und Abberufung bezieht sich nach der weit überwiegend vertretenen **Trennungstheorie** ausschließlich auf die **Organstellung** des Geschäftsführers, d. h. die Implementierung des Geschäftsführers als gesetzlichem Vertreter der Gesellschaft und die Verleihung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis.⁸ Aus dieser Bestellung ergeben sich insbesondere die Pflichten des Geschäftsführers gegenüber der GmbH als Organ. Das **Anstellungsverhältnis** wird demgegenüber durch einen schuldrechtlichen Vertrag begründet. Es regelt im Innenverhältnis zwischen Geschäftsführer und GmbH die vertragliche Situation des Geschäftsführers. Das muss indes nicht zwingend die Gesellschaft sein, deren Organ der Geschäftsführer ist.⁹
- 6 Folge der Trennungstheorie ist mit Blick auf die hier im Fokus stehenden Vergütungsregelungen, dass der Bestellungsbeschluss der Gesellschafterversammlung im Hinblick auf die Organstellung des Geschäftsführers nicht unmittelbar einen Vergütungsanspruch für den Geschäftsführer nach sich zieht. Der **Vergütungsanspruch** kann sich vielmehr – je nach Konstellation – jenseits des Bestellungsbeschlusses nach § 46 Nr. 5 GmbHG auf folgende Rechtsgrundlagen stützen,

7 Baumbach/Hueck-Zöllner, § 46 Rn. 33, 96; OLG Stuttgart 28.12.1998, 20 W 14/98, GmbHR 1999, 538; OLG Düsseldorf 8.6.1989, 6 U 223/88, NJW 1990, 1122; Cramer, NZG 2011, 171 f.

8 BGH 14.7.1980, II ZR 161/79, BB 1980, 1397; 28.10.2002, II ZR 146/02, NJW 2002, 351; ausführlich zum GmbH-Geschäftsführer Reiserer/Heß-Emmerich/Peters, S. 23 ff.; MüGesR III-Marsch-Barner/Diekmann, § 42 Rn. 19; Oppenländer/Trölitzsch-Baumann, § 13 Rn. 1 ff.; Seibt, NJW-Spezial 2004, 123.

9 Julia, S. 163, 170; Oppenländer/Trölitzsch-Baumann, § 13 Rn. 1 sowie zur Drittanstellung vgl. unter II. 4.

wobei in diesem Zusammenhang auch die strikte Trennung zwischen Organstellung und dem schuldrechtlichen Anstellungsvertrag durchbrochen wird:

a) Geschäftsführeranstellungsvertrag

In aller Regel schließt die Gesellschaft mit dem Geschäftsführer einen Anstellungsvertrag, der zum einen regelt, dass der Geschäftsführer diese Funktion übernimmt, zum anderen aber auch, dass ihm für diese Tätigkeit eine entsprechende Vergütung zusteht.¹⁰ Naturgemäß will und wird der Geschäftsführer die ihm obliegenden Aufgaben, aber auch die mit dem Amt verbundene Haftung, insbesondere die **Verantwortlichkeit nach § 43 Abs. 1 GmbHG**, nicht übernehmen, ohne dafür eine Vergütung zu bekommen.¹¹ 7

Der Anstellungsvertrag des Geschäftsführers ist in der Regel¹² als Dienstvertrag zu qualifizieren und enthält auch eine **Vergütungsabrede**. Er wird meist unmittelbar im Zusammenhang mit dem Bestellungsbeschluss der Gesellschafterversammlung abgeschlossen. Der Anspruch des Geschäftsführers auf die vereinbarte Vergütung ergibt sich in diesen Fällen aus § 611 Abs. 1 BGB in Verbindung mit dem – meist schriftlich abgeschlossenen – Anstellungsvertrag. Auf die Frage, ob der Geschäftsführer in bestimmten Konstellationen als Arbeitnehmer zu qualifizieren ist, kommt es dabei für die Vergütung nicht an. 8

Der Anstellungsvertrag unterliegt indes nicht der **Schriftform**, sodass er insbesondere auch mündlich oder sogar stillschweigend abgeschlossen werden kann.¹³ Stellt der Geschäftsführer schon vor Beschlussfassung über seine Bestellung konkrete Bedingungen im Hinblick auf seinen Anstellungsvertrag, entsteht der Vergütungsanspruch in aller Regel schon mit der Mitteilung an den Geschäftsführer über seine Bestellung zum Organ der Gesellschaft, weil in der Bestellung regelmäßig auch die Annahme der anstellungsvertraglichen Forderungen des Geschäftsführers liegt. In gleicher Weise ist es im umgekehrten Fall, in dem die Gesellschaft dem Geschäftsführer ein konkretes Angebot für einen An- 9

¹⁰ Oppenländer/Trölitzsch-Baumann, § 13 Rn. 3 f.

¹¹ So schon RG 18.10.1910, II 660/09, RGZ 74, 276, 279 f.; Oppenländer/Trölitzsch-Baumann, § 13 Rn. 3 f.

¹² In Ausnahmefällen kann der GmbH-Geschäftsführer Arbeitnehmer sein, vgl. den Überblick bei Kempermann, ArbRAktuell 2016, 201 f. und Reinfelder, RdA 2016, 87 ff.

¹³ BGH 20.12.1993, II ZR 217/92, BB 1994, 305, 306; 27.1.1997, II ZR 213/95, DStR 1997, 459; Baumbach/Hueck-Zöllner/Noack, § 35 Rn. 168; MüKoGmbHG-Jaeger, § 35 Rn. 261; Gehrlein/Witt/Volmer-Witt, Kap. 5 Rn. 47; MüGesR III-Marsch-Barner/Diekmann, § 43 Rn. 16.

Kap. 7 Vergütung von GmbH-Geschäftsführern

stellungsvertrag unterbreitet und ihn danach durch Beschluss mit seiner Zustimmung zum Organ der Gesellschaft bestellt.¹⁴

b) Vergütungserwartung des Geschäftsführers nach § 612 Abs. 1 BGB

- 10 Bei Gesellschaften im **Gründungsstadium** oder in Fällen der Drittanstellung kommt es vor, dass ein Geschäftsführer – meist, aber nicht zwingend ein Gesellschafter – bestellt, mit diesem aber kein Anstellungsvertrag geschlossen wird.¹⁵ In diesem Zusammenhang stellt sich häufig die Frage, ob dem Geschäftsführer gleichwohl und trotz fehlender Vergütungsabrede ein Anspruch auf eine **übliche Vergütung** zusteht (§ 612 Abs. 1 BGB). Nachdem der Anstellungsvertrag nicht der Schriftform bedarf, ist freilich – wie im Rahmen des § 612 BGB¹⁶ üblich – zunächst durch Auslegung zu ermitteln, ob die Parteien nicht doch stillschweigend eine bestimmte Vergütung vereinbart oder ausgeschlossen haben.
- 11 Fehlt selbst eine solche **stillschweigende Vergütungsabrede**, stellt sich die Frage nach der Anwendbarkeit des § 612 Abs. 1 BGB. Nach § 612 Abs. 1 BGB gilt eine Vergütung als stillschweigend vereinbart, wenn die Dienstleistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist. Auch hier ist zwischen Fremd- und Gesellschafter-Geschäftsführer zu unterscheiden. Insbesondere verbietet sich – wie in der Literatur zum Teil vertreten – eine schematische Betrachtung:¹⁷
- 12 Bei einem mit Mehrheit beteiligten **Gesellschafter-Geschäftsführer** einer GmbH besteht regelmäßig keine generelle Erwartung, dass er nur gegen Entgelt für die Gesellschaft tätig wird, sodass es bei Fehlen eines Anstellungsvertrags zusätzlicher Umstände bedarf, die nach § 612 Abs. 1 BGB auf eine Vergütungspflicht schließen lassen.¹⁸ Dies ist etwa dann der Fall, wenn die Dienstleistung in den Rahmen des von dem Geschäftsführer ausgeübten Hauptberufs fällt.¹⁹ In Fällen wie dem vorgenannten darf also nicht von einer unentgeltlichen Dienstleistung des (beherrschenden) Gesellschafter-Geschäftsführers für die GmbH ausgegangen werden, es sei denn, dies wäre eigens vereinbart. Im Zweifel muss

14 Oppenländer/Trölitzsch-Baumann, § 13 Rn. 3 f.

15 MüKoGmbHG-Jaeger, § 35 Rn. 39; Reichert-Breitfeld, § 16 Rn. 74; Deilmann/Dornbusch, NZG 2016, 201 ff.

16 BeckOKArbR-Joussen, § 612 BGB Rn. 16.

17 LG Essen 20.6.2000, 41 O 71/00, NJW-RR 2001, 412; a. A. Lutter/Hommelhoff-Klein-diek, Anh. § 6 Rn. 2.

18 OLG Frankfurt a. M. 10.6.1992, 9 U 73/91, DStR 1993, 659; LG Essen 20.6.2000, 41 O 71/00, NJW-RR 2001, 412; Schaub-Vogelsang, § 67 Rn. 17; Ulmer/Habersack/Löbbe-Paefgen, § 35 Rn. 181.

19 So auch Palandt-Weidenkaff, § 612 BGB Rn. 4.

man daher davon ausgehen, dass die Tätigkeit des Geschäftsführers in diesen Fällen über die Dividendenerwartung mit abgegolten sein wird.²⁰

Ist der Geschäftsführer mit der GmbH gesellschaftsrechtlich nicht verbundener **Fremdgeschäftsführer** bzw. hält nur eine **Minderheitsbeteiligung** an der GmbH, wird – jedenfalls bei einer gewerblich tätigen GmbH – regelmäßig angenommen werden müssen, dass er seine Dienste entgeltlich erbringt.²¹ **13**

c) Vergütung bei Drittanstellung

Mit Blick auf den Grundsatz der Trennung von Organstellung und Anstellungsvertrag des Geschäftsführers ist es ohne Weiteres möglich, dass die Gesellschaft, bei der der Geschäftsführer sein Amt ausübt, nicht diejenige ist, mit der der Geschäftsführer den Anstellungsvertrag abgeschlossen hat.²² Diese Situation trifft man vorwiegend in **Konzernverhältnissen** an, in denen ein Arbeitnehmer oder Geschäftsführer der Obergesellschaft zugleich und auf Grundlage seines Vertrags mit der Muttergesellschaft als Organ einer Tochtergesellschaft tätig wird. Ferner werden bei der **GmbH & Co. KG** die Anstellungsverträge der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH nicht mit dieser, sondern – aus Gründen der meist nur minimal kapitalisierten Komplementär-GmbH – mit der Kommanditgesellschaft abgeschlossen. Diese Fälle werden als sog. Drittanstellung bezeichnet. Die Zulässigkeit der **Drittanstellung** ist einhellig anerkannt.²³ In den Fällen der Drittanstellung wird und sollte die Körperschaft, die den Geschäftsführer bestellt, schon bei der Bestellung darauf verweisen, dass der Geschäftsführer für diese Tätigkeit keine gesonderte Vergütung erhält, sondern nur auf Grundlage des Anstellungsvertrags mit dem Dritten entlohnt wird. Der Geschäftsführer darf bei einem solchen konkreten Hinweis nicht davon ausgehen, neben dem mit der Obergesellschaft oder der Kommanditgesellschaft abgeschlossenen Anstellungsvertrag eine weitere Vergütung von der Tochtergesellschaft bzw. der Komplementär-GmbH zu erhalten. **14**

Es kann jedoch vorkommen, dass die involvierten Parteien eine solche Klarstellung bei der Bestellung zum Geschäftsführer versäumen. Auch in diesen Fällen ist zu ermitteln, ob der Geschäftsführer, der das Amt bei der Tochtergesellschaft **15**

20 Ulmer/Habersack/Löbbecke/Paeffgen, § 35 Rn. 181; a. A., weil das Gehalt des Geschäftsführers auch beim Gesellschafter-Geschäftsführer abzugsfähige Betriebsausgabe ist Lutter/Hommelhoff-Kleindiek, Anh. § 6 Rn. 31.

21 OLG Frankfurt a. M. 10.6.1992, 9 U 73/91, DStR 1993, 659; LG Essen 20.6.2000, 41 O 71/00, NJW-RR 2001, 412; KG 20.12.2012, 23 U 53/12, BeckRS 2014, 12837; OLG Celle 8.7.1998, 9 U 145/97, NZG 1999, 78, 79; Ulmer/Habersack/Löbbecke-Paeffgen, § 35 Rn. 347; Gehrlein/Witt/Volmer-Witt, Kap. 5 Rn. 50.

22 Ausführlich Deilmann/Dornbusch, NZG 2016, 201 ff.; MüKoGmbHG-Jaeger, § 35 Rn. 39; Reichert-Breitfeld, § 16 Rn. 74 ff. und Boemke, RdA 2018, 1, 5, jew. m. w. N.

23 Jula, S. 163, 170; Oppenländer/Trölitzsch-Baumann, § 13 Rn. 1.

Kap. 7 Vergütung von GmbH-Geschäftsführern

übernimmt, neben seiner Vergütung als Geschäftsführer oder Arbeitnehmer der Muttergesellschaft zugleich auf der Grundlage des § 612 Abs. 1 BGB eine Vergütung von der Tochtergesellschaft bzw. der Komplementär-GmbH verlangen kann. Nach der Rechtsprechung bedarf es trotz der Stellung als Fremdgeschäftsführer in diesen Konstellationen für die Annahme einer **unentgeltlichen Geschäftsführertätigkeit** nicht stets einer gesonderten Vereinbarung. Insbesondere wenn der Geschäftsführer oder Mitarbeiter trotz seiner Bestellung zum Geschäftsführer eines verbundenen Unternehmens auch weiterhin für das ursprüngliche Unternehmen tätig ist, bildet die Geschäftsführertätigkeit für das verbundene Unternehmen meist einen unselbstständigen Teil des fortbestehenden Dienst- oder Arbeitsvertrags mit dem entsendenden Unternehmen.²⁴ Eine gesonderte Vergütung schuldet die Körperschaft, bei der der Geschäftsführer zusätzlich bestellt wird, damit in der Regel nicht. Auch eine gesamtschuldnerische oder subsidiäre Haftung der Tochtergesellschaft bzw. Komplementär-GmbH für die Vergütungsansprüche des Geschäftsführers scheidet damit aus; dem Geschäftsführer bleibt in diesen Fällen nur der Weg über eine Kündigung des Anstellungsvertrags wegen Nichterfüllung der Vergütungsansprüche mit der Anstellungsgesellschaft und die Niederlegung seines Amtes bei der GmbH.²⁵

d) Vergütung bei nichtigem Anstellungsvertrag

- 16** Neben dem Fehlen einer Vergütungsabrede kann es auch vorkommen, dass der Anstellungsvertrag insgesamt nicht wirksam abgeschlossen wurde oder aus anderen Gründen (unerkannt) unwirksam bzw. nichtig ist,²⁶ der Geschäftsführer aber gleichwohl seine Dienste für die Gesellschaft erbringt. Ist der Vertrag insgesamt nicht wirksam geworden, stellt sich ebenfalls die Frage nach der Vergütung des Geschäftsführers. § 612 Abs. 1 BGB hilft in diesen Fällen insoweit nicht weiter, als dieser nicht anwendbar ist, wenn der Dienstvertrag insgesamt nichtig ist; § 612 Abs. 1 BGB erfasst nämlich nur die **fehlende oder nichtige Vergütungsabrede** selbst.²⁷
- 17** Der Bundesgerichtshof hat im Falle des nichtigen Anstellungsvertrags eines Organs – in concreto des Vorstands einer Aktiengesellschaft – früh die Rechtsprechung zu den faktischen Arbeitsverhältnissen auf den Vorstand der AG und spä-

24 *Schneider*, GmbHR 1993, 14 m.w.N.; OLG Frankfurt a.M. 10.6.1992, 9 U 73/91, DStR 1993, 659; LG Essen 20.6.2000, 41 O 71/00, NJW-RR 2001, 412; Ulmer/Habersack/Löbbe-Paefgen, § 35 Rn. 188; zum Gesellschafter-Geschäftsführer BGH 22.3.2004, II ZR 50/02, BB 2004, 906 f.

25 Oppenländer/Trölitzsch-Baumann, § 13 Rn. 3 f.

26 Ein Beispiel war die Entscheidung des KG 20.12.2012, 23 U 53/12, BeckRS 2014, 12837.

27 BAG 26.5.1993, 4 AZR 461/92, BB 1993, 1664; BAG 16.6.1993, 4 AZR 317/92, BB 1993, 2532; *ErfK-Preis*, § 612 BGB Rn. 2, 5; *MüKoBGB-Müller-Glöge*, § 612 BGB Rn. 7.

ter auch den Geschäftsführer der GmbH übertragen. Unter Berufung auf die gesellschaftsrechtlich anerkannte Figur des „**faktischen Geschäftsführers**“ stellte der BGH auch für die GmbH fest, dass dem Geschäftsführer für die tatsächliche Dauer der Beschäftigung die versprochene und nicht bloß die angemessene Vergütung zusteht.²⁸

II. Zuständigkeit für die Regelung der Vergütung

1. Zuständigkeit in der GmbH und Dispositivität

Obwohl im GmbH-Gesetz nicht explizit geregelt, ist es einhellige Meinung, dass mangels anderweitiger Regelung oder mitbestimmungsrechtlicher Besonderheiten – etwa nach dem MitbestG – **nur die Gesellschafterversammlung** sowohl für die Bestellung des Geschäftsführers als Organ der GmbH als auch für den Abschluss des Anstellungsvertrags und damit für die Vergütungsabrede mit dem Geschäftsführer zuständig ist. Abgeleitet wird dies aus einer Annexkompetenz zur **Bestellungszuständigkeit** der Gesellschafterversammlung nach § 46 Nr. 5 GmbHG.²⁹

Die Gesellschafterversammlung entscheidet über den Abschluss des Anstellungsvertrags und die Vergütungsregelung durch Gesellschafterbeschluss.³⁰ Der betroffene Gesellschafter-Geschäftsführer unterliegt dabei nach allgemeiner Auffassung keinem Stimmverbot nach § 47 Abs. 4 GmbHG.³¹ Dieser **Gesellschafterbeschluss** ist zwingende Voraussetzung für die Wirksamkeit des Anstellungsvertrags und unterliegt hinsichtlich seiner Wirksamkeitsvoraussetzungen den allgemeinen Anforderungen an Beschlussfassungen der Gesellschafterversammlung. Ein Anstellungsvertrag, der ohne zugrunde liegenden Gesellschafterbeschluss oder aufgrund eines Beschlusses abgeschlossen wird, der infolge einer Anfechtungsklage nach § 241 Nr. 5 AktG analog für nichtig erklärt wurde, sowie ein von einem nicht zuständigen Organ – etwa einem Mitgeschäftsführer oder einem einzelnen Gesellschafter – abgeschlossener Anstellungsvertrag ist nicht wirksam. Er kann damit keine Grundlage für einen Vergütungsanspruch des Geschäftsführers sein. Ob dem Geschäftsführer trotz des

28 BGH 6.4.1964, II ZR 75/62, NJW 1964, 1367; 16.1.1995, II ZR 290/93, BB 1995, 536; Meier, NZA 2011, 267, 269.

29 BGH 15.3.2016, II ZR 114/15, DB 2016, 1562; 9.11.1992, II ZR 234/91, BB 1992, 2453; 3.7.2000, II ZR 282/98, BB 2000, 1751; OLG Köln 21.2.1990, 13 U 195/89, GmbHR 1991, 156, 157; OLG Düsseldorf 10.10.2003, I – 17 U 35/03, NZG 2004, 478, 479; Baumbach/Hueck-Zöllner, § 46 Rn. 36; Scholz-Schmidt, § 46 Rn. 70; Ulmer/Habersack/Löbbecke-Hüffer/Schürnbrand, § 46 Rn. 61; MüKoGmbHG-Liebscher, § 46 Rn. 124.

30 OLG Düsseldorf 10.10.2003, I – 17 U 35/03, NZG 2004, 478, 479; Gehrlein/Witt/Volmer-Witt, Kap. 5 Rn. 45.

31 Eingehend MüKoGmbHG-Drescher, § 47 Rn. 165; Scheufele, GmbHR 2009, 1254 ff.

Kap. 7 Vergütung von GmbH-Geschäftsführern

nicht wirksamen Anstellungsvertrags gleichwohl ein Vergütungsanspruch zusteht, richtet sich dann nach den oben (s. Rn. 16f.) dargestellten Grundsätzen zur Vergütung des faktischen Geschäftsführers.

- 20 In der Praxis kommt es jedoch häufig vor, dass der Geschäftsführer trotz Fehlens des erforderlichen Gesellschafterbeschlusses die Geschäfte der Gesellschaft führt. In diesen Fällen wird meist darüber gestritten, ob die Gesellschafterversammlung den unwirksamen Vertrag durch **Entgegennahme bzw. Dulden** der Tätigkeit des Geschäftsführers genehmigt hat mit der Folge, dass dieser rückwirkend – ex tunc – wirksam wird und dem Geschäftsführer ein Vergütungsanspruch zusteht.
- 21 Nach der Rechtsprechung kann ein z.B. mangels Gesellschafterbeschlusses nicht wirksam zustande gekommener Anstellungsvertrag durch nachträgliche **Zustimmung (Genehmigung)** der Gesellschafter gemäß §§ 184, 182 BGB genehmigt werden.³² Die Zustimmung kann nach der Rechtsprechung auch konkludent erfolgen, etwa wenn der Zustimmungsberechtigte das Rechtsgeschäft als gültig behandelt und das Verhalten des Zustimmungsberechtigten dem Erklärungsempfänger als Zustimmung erkennbar ist.³³ Nach der Rechtsprechung des OLG Stuttgart genügt dafür die unwidersprochene Entgegennahme der Dienste des Geschäftsführers und eine stillschweigende Zustimmung der Gesellschafter; ein Gesellschafterbeschluss sei dafür nicht erforderlich, weil die Genehmigung nicht der für das Rechtsgeschäft bestimmten Form bedürfe (§ 182 Abs. 2 BGB). Diese Rechtsprechung ist indes zu weit und mit dem Kammergericht einzuschränken. Voraussetzung für eine **konkludente Genehmigung** des Anstellungsvertrags ist nämlich, dass der Genehmigende die Unwirksamkeit des Vertrags kennt oder zumindest mit ihr rechnet, und darüber hinaus in seinem Verhalten der Ausdruck des Willens zu sehen ist, das bis dahin unverbindliche Geschäft verbindlich zu machen.³⁴ Fehlt dieses Bewusstsein aber, was regelmäßig der Fall ist, kann eine Genehmigung nur dann angenommen werden, wenn der Betroffene bei Anwendung pflichtgemäßer Sorgfalt hätte erkennen und vermeiden können, dass seine Äußerung als genehmigende Willenserklärung aufgefasst werden konnte; der Empfänger der Erklärung muss sie tatsächlich auch in diesem

32 OLG Stuttgart 22.12.2010, 9 U 102/10, BeckRS 2011, 04083; KG 20.12.2012, 23 U 53/12, BeckRS 2014, 12837.

33 BGH 19.9.2002, V ZB 37/02, NJW 2002, 3629, 3630; MüKoBGB-Schubert, § 177 Rn. 22; Palandt-Ellenberger, § 182 BGB Rn. 3.

34 KG 20.12.2012, 23 U 53/12, BeckRS 2014, 12837 unter Verweis auf BGH 22.2.2005, XI ZR 41/04, NJW 2005, 1488, 1490; OLG München, 24.3.2016, 23 U 1884/15, GmbHR 2016, 875 ff.; anders möglicherweise BGH 29.6.2010, XI ZR 293/09, BeckRS 2010, 16739, der einen Genehmigungswillen für nicht erforderlich hält.

Sinne verstanden haben.³⁵ Auch das ist regelmäßig nicht der Fall, wenn der Anstellungsvertrag unerkantet unwirksam ist. Daneben ist fraglich, ob die Vorschrift des § 182 Abs. 2 BGB, die nur die Form und nicht die Zuständigkeit für die Abgabe einer Willenserklärung betrifft, einen nach § 46 Nr. 5 GmbHG erforderlichen Gesellschafterbeschluss entbehrlich machen kann.³⁶ Richtigerweise wird man – außerhalb der Einmann-GmbH – anzunehmen haben, dass in der Duldung der Geschäftsführertätigkeit zwar keine Genehmigungserklärung zu sehen ist, die Gesellschaft in diesen Fällen die Möglichkeit zur Berufung auf die Unwirksamkeit des Anstellungsvertrags indes verwirkt. An dem Vergütungsanspruch des Geschäftsführers ändert dies freilich nichts.

Die **Kompetenz** der Gesellschafterversammlung nach § 46 Nr. 5 GmbHG zur Bestellung und als Annex auch die Kompetenz zum Abschluss des Anstellungsvertrags sind indes nicht zwingend und können von der Gesellschafterversammlung auf **Dritte** übertragen werden.³⁷ In Betracht kommen in der Praxis etwa der Beirat oder ein fakultativer Aufsichtsrat. Insbesondere in Gesellschaften mit verschiedenen Gesellschafterlagern oder -stämmen kommt es häufig vor, dass jedes Lager bzw. jeder Stamm ein gesellschaftsvertragliches Sonderrecht hat, einen „eigenen“ Geschäftsführer zu bestellen oder zumindest einen Geschäftsführer zu benennen, der dann zwingend von der Gesellschafterversammlung zu bestellen ist.³⁸ In diesen Fällen kann Streit darüber entstehen, ob der oder die zur Bestellung oder zur Benennung berechnigte(n) Gesellschafter auch für den Abschluss des Anstellungsvertrags mit dem Auserwählten zuständig sind. Richtigerweise wird man hier mit Blick auf die **Annexkompetenz** des Bestellungsorgans zwischen Bestellungs- und Benennungsrecht unterscheiden müssen: Im Falle des Bestellungsrechts ist der zur Bestellung ermächtigte Gesellschafter auch für den Abschluss des Anstellungsvertrags zuständig.³⁹ Die Vergütung hat sich in diesen Fällen als Ausfluss der Treuepflicht des Gesellschafters⁴⁰ aber in einem angemessenen Rahmen zu bewegen, für den die Vergütung der übrigen Geschäftsführer – soweit vorhanden – ein tauglicher Anhaltspunkt sein wird.

35 KG 20.12.2012, 23 U 53/12, BeckRS 2014, 12837 unter Verweis auf OLG Celle 17.5.2006, 3 U 254/05, ZIP 2006, 2163, 2167; Palandt-Ellenberger, § 133 BGB Rn. 11 und § 177 BGB Rn. 6.

36 BGH 21.1.1991, II ZR 144/90, NJW 1991, 1727; Köhler, NZG 2008, 161, 163; MüKoAktG-Spindler, § 84 Rn. 234, vgl. auch jüngst OLG München 24.3.2016, 23 U 1884/15, GmbHR 2016, 875 ff.

37 Baumbach/Hueck-Zöllner, § 46 Rn. 33, 96; OLG Stuttgart 28.12.1998, 20 W 14/98, GmbHR 1999, 538; OLG Düsseldorf 8.6.1989, 6 U 223/88, NJW 1990, 1122; Cramer, NZG 2011, 171 f.

38 MüGesR III-Marsch-Barner/Diekmann, § 42 Rn. 24; Cramer, NZG 2011, 171 f. m. w. N.

39 Cramer, NZG 2011, 173 f. m. w. N.

40 Zum Ganzen MüGesR III-Schiessl, § 32 Rn. 12 ff.; Baumbach/Hueck-Fastrich, § 13 Rn. 20 ff.

- 23 Dürfen der oder die Gesellschafter demgegenüber nur der Gesellschafterversammlung einen Geschäftsführer benennen, bleibt die Gesellschafterversammlung selbst auch für den Abschluss des Anstellungsvertrags das zuständige Organ.⁴¹

2. Zuständigkeit in der nach MitbestG mitbestimmten GmbH

- 24 Beschäftigt eine GmbH mehr als 2.000 Mitarbeiter im Inland, hat diese nach § 1 Abs. 1, 7 MitbestG einen zur Hälfte mit Arbeitnehmern besetzten Aufsichtsrat zu errichten. In paritätisch mitbestimmten GmbHs ist nur⁴² der **Aufsichtsrat** für den Abschluss des Anstellungsvertrags mit dem Geschäftsführer zuständig. Zwar regelt § 31 Abs. 1 MitbestG – wie § 46 Nr. 5 GmbHG für die nicht mitbestimmte GmbH – nur die Kompetenz zur Organbestellung. Auch dort ist es aber allgemeine Meinung, dass diese Bestellungskompetenz als Annex auch die **Kompetenz** zum Abschluss des Anstellungsvertrags mit dem Geschäftsführer in sich trägt.⁴³
- 25 Das am 5.8.2009 in Kraft getretene Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) hat für Aktiengesellschaften weit reichende Folgen nach sich gezogen, nicht zuletzt bei der Frage, in welcher Zusammensetzung der Aufsichtsrat in der AG über die Frage der Vergütung zu beschließen hat. Vor Inkrafttreten der Neuregelung war es gängige Praxis, dass der Aufsichtsrat Personalentscheidungen und damit einhergehend auch die Vergütungsfragen auf einen Ausschuss, meist den Personal- oder Präsidialausschuss, delegierte. Nach der mit dem VorstAG erfolgten Ergänzung des § 107 AktG um das **Verbot der Delegation** der Aufgaben nach § 87 Abs. 1 und Abs. 2 Sätze 1 und 2 AktG in § 107 Abs. 3 Satz 4 AktG ist die Festlegung der Vergütung – nicht der Anstellungsvertrag in Gänze⁴⁴ – abschließende Aufgabe des Plenums des Aufsichtsrats.
- 26 Es ist fraglich und seit Inkrafttreten des VorstAG umstritten, ob diese für die AG geltenden Regeln auch auf die paritätisch mitbestimmte GmbH übertragbar sind. Die Unklarheit rührt daher, dass zwar einerseits § 25 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 MitbestG (auch) auf das Verbot der Delegation der Entscheidung über die Vorstandsvergütung des § 107 Abs. 3 Satz 4 AktG verweist und dieses für die mitbestimmte GmbH für anwendbar erklärt. Andererseits hat der Gesetzgeber im Zuge der Neufassung der Vergütungsregelung des § 87 Abs. 1 Sätze 2 und 3

41 Cramer, NZG 2011, 173 f. m. w. N.

42 Eingehend MüKoGmbHG-Jaeger, § 35 Rn. 157 m. w. N.

43 BGH 14.11.1983, II ZR 33/83, BGHZ 89, 48, 57; ErfK-Oetker, § 31 MitbestG Rn. 10 m. w. N.

44 ErfK-Oetker, § 31 MitbestG Rn. 9; Greven, BB 2009, 2154; Baeck/Götze/Arnold, NZG 2009, 1121, 1126; Gaul/Janz, GmbHR 2009, 959, 962; Lunk/Stolz, NZA 2010, 121, 127.

AktG erklärt, dass die materiellen Vergütungsgrundsätze für den Vorstand der AG in § 87 AktG nicht für Geschäftsführer der **paritätisch mitbestimmten GmbH** gelten.⁴⁵ Einige Stimmen in der Literatur wollen daraus folgern, dass aufgrund der Unanwendbarkeit der inhaltlichen Grundsätze der Geschäftsführervergütung in § 87 AktG auch das Delegationsverbot des § 107 Abs. 3 Satz 4 AktG leerlaufe. Die herrschende Meinung geht demgegenüber davon aus, dass das Delegationsverbot des § 107 Abs. 3 Satz 4 AktG auch in der paritätisch mitbestimmten GmbH gelte. Dem ist zuzustimmen. Sinn und Zweck des Delegationsverbots ist die Herstellung von Transparenz über die Vergütung der Unternehmensleiter, der auch in der paritätisch mitbestimmten GmbH seine Rechtfertigung findet.

3. Zuständigkeit in der drittelmitbestimmten GmbH nach dem DrittelbG

Hat die GmbH mehr als 500 inländische Mitarbeiter, muss sie nach §§ 1 Abs. 1, 4 DrittelbG einen mit einem Drittel Arbeitnehmer besetzten Aufsichtsrat einrichten. Nachdem das DrittelbG keine Übertragung der **Kompetenz** für Bestellung und Anstellungsvertrag auf den Aufsichtsrat regelt, bleibt es nach der Grundregel des § 46 Nr. 5 GmbHG bei der Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung für die Vergütung des Geschäftsführers.⁴⁶ **27**

4. Drittanstellung, insbesondere in der GmbH & Co. KG

Bei der **Drittanstellung**, insbesondere in der GmbH & Co. KG, stellt sich die Frage, welches Organ für den Abschluss des Anstellungsvertrags mit dem Geschäftsführer und die Vereinbarung der Vergütung zuständig ist, nachdem bei der Drittanstellung Bestellungs- und Anstellungskörperschaft auseinanderfallen.⁴⁷ **28**

Nach der Rechtsprechung des BGH, der Obergerichte und der herrschenden Meinung in der Literatur wird die Anstellungskörperschaft in Fällen der Drittanstellung von ihrem gesetzlichen Vertreter vertreten. Dies bedeutet, dass in der **GmbH & Co. KG** der Geschäftsführer selbst für den Abschluss seines Anstellungsvertrags mit der GmbH & Co. KG zuständig ist.⁴⁸ Die GmbH vertritt als **29**

45 BT-Drs. 16/13433, S. 10.

46 BGH 3.7.2000, II ZR 282/98, BB 2000, 1751, 1752; MüKoGmbHG-Jaeger, § 35 Rn. 260; ErfK-Oetker, § 1 DrittelbG Rn. 17.

47 Eingehend Reichert-Breitfeld, § 16 Rn. 74 ff. m. w. N.

48 BGH 16.7.2007, II ZR 109/06, BB 2007, 1914; vorausgesetzt, der Geschäftsführer ist vom Verbot des Insichgeschäfts nach § 181 BGB befreit, vgl. BGH 1.12.1969, II ZR 224/67, BB 1970, 226; Reichert-Breitfeld, § 16 Rn. 78 m. w. N.

Kap. 7 Vergütung von GmbH-Geschäftsführern

persönlich haftende Gesellschafterin die KG (§§ 161 Abs. 2, 125 Abs. 1 HGB), die wiederum nach § 35 Abs. 1 GmbHG von ihrem Geschäftsführer vertreten wird. Ein **Gesellschafterbeschluss** auf Ebene der Kommanditgesellschaft ist nach der Rechtsprechung nicht erforderlich, weil es sich beim Abschluss des Anstellungsvertrags mit der KG nicht um ein Grundlagengeschäft, sondern um ein Geschäft der laufenden Verwaltung handelt.⁴⁹ Heftig umstritten ist hingegen, ob es eines zusätzlichen Gesellschafterbeschlusses auf Ebene der Komplementär-GmbH zum Abschluss des Anstellungsvertrags bedarf.⁵⁰ Dies hat der BGH zuletzt ausdrücklich offengelassen.

III. Vergütung, Vergütungsformen und -höhe

1. Festgehalt

a) Modalitäten und Höhe des Festgehalts

- 30** In aller Regel vereinbaren die Gesellschaft und der Geschäftsführer, dass dieser als Grundvergütung ein Festgehalt erhält. Als Ausfluss der **Privatautonomie** können Gesellschaft und Geschäftsführer die Vergütung frei vereinbaren. Als Untergrenze ist im Falle eines groben Missverhältnisses von Leistung und Gegenleistung die Grenze der Sittenwidrigkeit (§ 138 Abs. 1 BGB) zu beachten. Sollte diese Konstellation tatsächlich einmal vorliegen und (nur) die Vergütungsabrede nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig sein,⁵¹ richtet sich die Höhe der Vergütung nach § 612 Abs. 2 BGB. Diesbezüglich ist zwar eine Festvergütung nebst entsprechenden Sachbezügen oder auch Gratifikationen für einen Geschäftsführer üblich, nicht jedoch die Zahlung einer Tantieme. Diese wäre stets gesondert und ausdrücklich zu vereinbaren.⁵²
- 31** Daneben gibt es keine besonderen gesetzlichen Vorgaben für die **Höhe der Geschäftsführervergütung**. Anders ist dies für den Vorstand der AG. Für diesen sieht § 87 Abs. 1 AktG vor, dass seine Vergütung in einem angemessenen Verhältnis zu den Aufgaben und Leistungen des Vorstandsmitglieds sowie zur Lage

49 BGH 1.12.1969, II ZR 224/67, BB 1970, 226; 19.4.2016, II ZR 123/15, BB 2016, 1811, 1812; *Wertenbruch*, NZG 2016, 1081, 1082 f.

50 BGH 19.4.2016, II ZR 123/15, BB 2016, 1811, 1812; einen Gesellschafterbeschluss auf Ebene der Komplementär-GmbH halten für entbehrlich OLG Frankfurt a. M. 12.4.2006, 21 U 37/05, ZIP 2006, 1904, 1905; *Ulmer/Habersack/Löbbe-Paefgen*, § 35 Rn. 188; a. A. (Gesellschafterbeschluss erforderlich) *Baumbach/Hueck-Zöllner/Noack*, § 35 Rn. 20; *Lutter/Hommelhoff-Kleindiek*, Anh. § 6 Rn. 9.

51 Ein Beispielsfall findet sich bei KG 12.3.1996, 14 U 7775/95, GmbHR 1996, 613, 614; *Gehrlein/Witt/Volmer-Witt*, Kap. 5 Rn. 50; ablehnend *Baumbach/Hueck-Zöllner/Noack*, § 35 Rn. 182.

52 *Ulmer/Habersack/Löbbe-Paefgen*, § 35 Rn. 187; *Lutter/Hommelhoff-Kleindiek*, Anh. § 6 Rn. 32; *Gehrlein/Witt/Volmer-Witt*, Kap. 5 Rn. 51.

der Gesellschaft stehen muss. Nach ganz herrschender Meinung ist § 87 Abs. 1 AktG indes nicht analog auf die GmbH anwendbar, und zwar nach umstrittener Meinung auch dann nicht, wenn diese nach dem MitbestG oder dem DrittelbG einen mit Arbeitnehmern besetzten Aufsichtsrat bilden muss.⁵³ Freilich wird § 87 Abs. 1 AktG auch von den Anhängern der herrschenden, ablehnenden Ansicht in der paritätisch mitbestimmten GmbH als Ausprägung des Grundsatzes der verantwortungsvollen Unternehmensführung angesehen und empfohlen, sie als **Richtschnur** für Höhe und Zusammensetzung der Geschäftsführervergütung zugrunde zu legen.⁵⁴

b) Besonderheiten bei Gesellschafter-Geschäftsführern

Anders als bei Fremdgeschäftsführern gibt es bei Gesellschafter-Geschäftsführern aufgrund ihrer mitgliedschaftlichen Beteiligung an der GmbH weitere Besonderheiten zu beachten: **32**

Zunächst muss sich die Gestaltung des Geschäftsführergehalts an den Grundsätzen der **Kapitalerhaltung** orientieren (§ 30 GmbHG) und darf auch nicht zu einer **verdeckten Gewinnausschüttung** im Sinne der steuerrechtlichen Vorschriften (§ 8 Abs. 3 Satz 2 KStG) führen.⁵⁵ **33**

Nach § 30 Abs. 1 GmbHG ist die Auszahlung des zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögens der Gesellschaft an Gesellschafter und damit auch an Gesellschafter-Geschäftsführer nicht zulässig und führt zu einem Rückgewähranspruch der Gesellschaft gegen den begünstigten Gesellschafter-Geschäftsführer. Solche Auszahlungen müssen aber nicht zwangsläufig offen, sondern können insbesondere auch verdeckt erfolgen. Dies ist bei der Vergütung eines Gesellschafter-Geschäftsführers dann der Fall, wenn die Vergütung einerseits aus dem zur **Deckung des Stammkapitals** erforderlichen Vermögen gezahlt wird und sie andererseits im Vergleich zur vergüteten Leistung nicht angemessen ist.⁵⁶ In diesen Fällen liegt meist zugleich auch ein Verstoß des Gesellschafter-Geschäftsführers gegen seine mitgliedschaftliche Treuepflicht vor.⁵⁷ **34**

Die Angemessenheit der Vergütung wird auf Grundlage eines Fremd- bzw. Drittvergleichs (at-arm'-length) ermittelt, der sich insbesondere an der Branche, der Größe und der wirtschaftlichen Situation der Gesellschaft ausrichtet. Zugleich sind auch die Erfahrung und die Ausbildung des Geschäftsführers zu berücksichtigen. **35**

53 Eingehende Darstellung bei Besgen-Velten, Teil 3 Rn. 92; Greven, BB 2009, 2154 ff.

54 Scholz-Schneider/Hohenstatt, § 35 Rn. 352; MüKoGmbHG-Jaeger, § 35 Rn. 315; MüGesR III-Marsch-Barner/Diekmann, § 43 Rn. 23.

55 Scholz-Schneider/Hohenstatt, § 35 Rn. 353 f.; Jula, S. 194 f.

56 Gehrlein/Witt/Volmer-Witt, Kap. 5 Rn. 52; Ulmer/Habersack/Löbbecke-Paefgen, § 35 Rn. 183.

57 Scholz-Schneider/Hohenstatt, § 35 Rn. 353; MüKoGmbHG-Jaeger, § 35 Rn. 307.

Kap. 7 Vergütung von GmbH-Geschäftsführern

sichtigen. Gleichwohl wird der Gesellschaft hier ein **Ermessensspielraum** zugestanden, der es auch ermöglicht, besondere Situationen wie etwa das Fehlen weiterer geeigneter Kandidaten für das Amt bei der Höhe der Vergütung zu berücksichtigen.⁵⁸

- 36 Das Erfordernis der Angemessenheit der Vergütung nach § 30 Abs. 1 GmbHG und die Vereinbarkeit mit den Grundsätzen der Kapitalerhaltung sind von der steuerlichen Frage zu unterscheiden, ob die Zahlung des Geschäftsführergehalts an einen Gesellschafter-Geschäftsführer zu einer **verdeckten Gewinnausschüttung** an den Gesellschafter führt.⁵⁹ Die überhöhte Geschäftsführervergütung führt steuerlich auf Ebene der Gesellschaft dazu, dass sich – vereinfacht zusammengefasst – der körperschaftsteuerliche Gewinn (§ 8 Abs. 3 Satz 2 KStG) und damit auch die Bemessungsgrundlage für die Gewerbesteuer (§ 7 GewStG) erhöhen. Beim Geschäftsführer kann sie zu einer Korrektur der steuerlichen Einkunftsarten (meist Kapitaleinkünfte statt Einkommen) führen und weitere Nachteile zur Folge haben.⁶⁰
- 37 Zur Feststellung einer verdeckten Gewinnausschüttung hat die **Finanzverwaltung** eine dreistufige Methode entwickelt, die – vereinfacht dargestellt – ermittelt, ob (1) die Vergütungsleistungen grundlegend von dem abweichen, was mit einem Fremdgeschäftsführer vereinbart werden würde, ob (2) die einzelnen Vergütungsleistungen der Höhe nach gerechtfertigt sind und ob (3) die Vergütung in ihrer Gesamtbetrachtung unter Einbeziehung aller Vergütungsbestandteile gerechtfertigt ist.⁶¹ Der diese Schwellen überschreitende Teil der Vergütung wird dann als verdeckte Gewinnausschüttung an den Gesellschafter-Geschäftsführer behandelt.⁶²
- 38 Neben diesen materiellen Voraussetzungen sind aus steuerlicher Sicht auch **formale Voraussetzungen** bei der Vergütung des Gesellschafter-Geschäftsführers einzuhalten. Die Vergütung muss klar im Vorhinein (schriftlich) vereinbart sein (Klarheits- und Nachzahlungsgebot) und auch entsprechend der schriftlichen Vereinbarungen durchgeführt werden (Durchführungsgebot).⁶³

58 BGH, 14.5.1990, II ZR 126/89, BGHZ 111, 224, 226; Ulmer/Habersack/Löbbecke/Paefgen, § 35 Rn. 184.

59 Dabei ist unerheblich, ob es sich um einen Mehrheits- oder einen nur mit einer Minderheit beteiligten Gesellschafter-Geschäftsführer handelt, vgl. Michalski-Spönmann, Systematische Darstellung 3 Rn. 595.

60 Vgl. die Darstellung bei *Jula*, S. 195, und *Reiserer/Heß-Emmerich/Peters*, S. 175 ff.

61 Ausführlich Scholz-Schneider/Hohenstatt, § 35 Rn. 354 m. w. N.

62 Scholz-Schneider/Hohenstatt, § 35 Rn. 354 unter Verweis auf BFH 12.10.1995, 1 R 27/95, BB 1996, 250, 251; *Uckermann/Heilck*, NZA 2014, 1187, 1189.

63 *Uckermann/Heilck*, NZA 2014, 1187, 1189; *Lange*, GmbHR 1991, 427; *Scheuffele*, GmbHR 2009, 1254, 1259.

2. Variable Vergütungsbestandteile

In den allermeisten Fällen vereinbaren Gesellschaft und Geschäftsführer neben dem Festgehalt variable Vergütungsbestandteile. Die Formen der variablen Vergütung sind vielfältig. Sie können an mit dem Geschäftsführer vereinbarte Ziele,⁶⁴ an den wirtschaftlichen Erfolg der Gesellschaft geknüpft sein oder aber beide Elemente miteinander verbinden.

a) Gewinn- und Umsatztantiemen

Besonders streitanfällig sind in der Praxis Tantiemen, die nach dem wirtschaftlichen Erfolg der Gesellschaft bemessen sind, weil oftmals die **Berechnungs- und Bemessungsgrundlage** der variablen Vergütung nicht hinreichend klar vereinbart⁶⁵ wird oder die Tantieme weit über oder unter dem erwarteten Betrag liegt, etwa aufgrund der Berücksichtigung außerordentlicher Erträge. Aus diesem Grund sollte aus Sicht der Gesellschaft stets eine Obergrenze (Cap) für die Tantieme vorgesehen werden.⁶⁶ **40**

Möglich sind Tantiemen, die an den Jahresüberschuss, den Bilanzgewinn oder aber das Ergebnis der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit anknüpfen. In der Praxis werden Tantiemen häufig nach dem handelsbilanziellen⁶⁷ **Jahresüberschuss** der Gesellschaft (§ 266 Abs. 3 (A) V HGB) bemessen, wobei auch diesbezüglich viele Einzelheiten umstritten sind. Dies betrifft etwa die Berücksichtigung von Rücklagen und Rückstellungen, von Gewinn- oder Verlustvorträgen oder aber die Berücksichtigungsfähigkeit außerordentlicher Erträge sowie der Steuern der Gesellschaft.⁶⁸ **41**

Umsatztantiemen sind in der Praxis sehr selten. Zum einen liegt dies daran, dass der Geschäftsführer den Umsatz zulasten des Gewinns leicht beeinflussen kann, zum anderen sieht die Finanzverwaltung in der Zahlung einer Umsatztantieme an den Gesellschafter-Geschäftsführer eine verdeckte Gewinnausschüttung.⁶⁹ Nur in Ausnahmefällen, etwa für die Dauer einer Anlaufphase der Gesell- **42**

64 Hier gelten die arbeitsrechtlichen Grundsätze entsprechend, vgl. Besgen-Velten, Teil 3 Rn. 24 ff. und Kap. 20.

65 Praxisbeispiele unklarer Regelungen bei Oppenländer/Trölitzsch-Weber, § 40 Rn. 56.

66 Oppenländer/Trölitzsch-Baumann, § 14 Rn. 37.

67 MüKoGmbHG-Jaeger, § 35 Rn. 314; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Koppensteiner, § 35 Rn. 89; Ulmer/Habersack/Löbbe-Paefgen, § 35 Rn. 209; Mohr, GmbHR 2011, 402, 405; MüGesR III-Marsch-Barner/Diekmann, § 43 Rn. 29.

68 Ulmer/Habersack/Löbbe-Paefgen, § 35 Rn. 210; Gehrlein/Witt/Volmer-Witt, Kap. 5 Rn. 51; Scholz-Schneider/Hohenstatt, § 35 Rn. 359; Oppenländer/Trölitzsch-Weber, § 40 Rn. 67; MüGesR III-Marsch-Barner/Diekmann, § 43 Rn. 29.

69 BFH 28.6.1989, I R 89/85, DB 1989, 2049; Besgen-Velten, Teil 3 Rn. 7; Moll-Bengelsdorf, § 49 Rn. 151.

Kap. 7 Vergütung von GmbH-Geschäftsführern

schaft bei einer Begrenzung der Höhe der Tantieme, kann dies anders gesehen werden.⁷⁰

- 43 Die Finanzgerichte und die Finanzverwaltung stecken bei Gesellschafter-Geschäftsführern ferner enge Grenzen für die **Zusammensetzung** der Gesamtvergütung des Geschäftsführers. Übersteigt die Tantieme des Gesellschafter-Geschäftsführers 50 % des Jahresüberschusses der GmbH, soll der übersteigende Betrag nach dem Beweis des ersten Anscheins als verdeckte Gewinnausschüttung zu werten sein. Daneben sollte grundsätzlich der Anteil der variablen Vergütung nicht mehr als 25 % der Gesamtvergütung betragen.⁷¹

b) Ermessenstantiemen

- 44 Häufig werden in Anstellungsverträgen auch Tantiemen vereinbart, die in das **Ermessen** des für die Vergütung zuständigen Organs gestellt werden, etwa der Gesellschafterversammlung oder des Aufsichtsrats. Die Ausübung des Ermessens hat in diesem Fall – ggf. konkretisiert durch im Anstellungsvertrag vereinbarte Kriterien – nach billigem Ermessen (§ 315 Abs. 1 BGB) zu erfolgen.
- 45 **Ermessenstantiemen** können demgegenüber bei Gesellschafter-Geschäftsführern nicht vereinbart werden, weil dies mit dem steuerlichen Verbot der Nachzahlung der Vergütung unvereinbar wäre.⁷² Danach muss bei der Berechnung der zu zahlenden Vergütung die Bemessungsgrundlage so bestimmt sein, dass allein durch Rechenvorgänge deren Höhe ermittelt werden kann, ohne dass es noch der Ausübung irgendwelcher Ermessensakte seitens der Geschäftsführung oder der Gesellschafterversammlung bedarf.⁷³

c) Echte und virtuelle Unternehmensbeteiligungen

- 46 Neben Tantiemen können die Gesellschaft und der Geschäftsführer weitere variable Vergütungsstrukturen vereinbaren, beispielsweise direkte Beteiligungen an der Gesellschaft (sog. **Managermodell**).⁷⁴ Diesbezüglich hat die Gesellschaft in aller Regel ein Interesse daran, diese Anteile nur für die Dauer der Anstellung zu gewähren und Rückübertragungsrechte zu vereinbaren. Daher ist die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu den sog. Hinauskündigungsklauseln zu beachten, die die freie Rückforderungsmöglichkeit der Gesellschaft beim Aus-

70 BFH 19.2.1999, I R 105,107/97, BB 1999, 885; Oppenländer/Trölitzsch-Weber, § 40 Rn. 65 m. w. N.

71 Ausführlich Reiserer/Heß-Emmerich/Peters, S. 189 f.

72 BFH 30.1.1985, I R 37/82, DB 1985, 1216; 29.4.1992, I R 21/90, BB 1992, 1708; MüKoGmbHG-Jaeger, § 35 Rn. 314.

73 BFH 29.4.1992, I R 21/90, BB 1992, 1708; Scholz-Schneider/Hohenstatt, § 35 Rn. 361.

74 Ausführlich Stenzel, DStR 2018, 82 ff.; 139 ff.; Broß, GmbHR 2016, 104 ff.

scheiden des Geschäftsführers an § 138 BGB misst und nur unter eingeschränkten Voraussetzungen ermöglicht.⁷⁵ Daher sind in der Praxis **virtuelle Geschäftsanteile**⁷⁶ vorzuziehen, die nur schuldrechtlicher Bestandteil des Anstellungsvertrags sind und in der Regel auch keine Mitspracherechte in der Gesellschafterversammlung gewähren.

d) Unterjähriges Ausscheiden des Geschäftsführers

Im Falle eines unterjährigen Ausscheidens des Geschäftsführers ist die variable Vergütung **pro rata temporis** auszuzahlen, wenn und soweit nicht sogar – wie bei Gewinnbeteiligungen etwa – eine konkrete Berechnung auf den Stichtag des Ausscheidens möglich ist.⁷⁷ An der vereinbarten Fälligkeit der variablen Vergütung ändert dies freilich nichts.⁷⁸ Ein vollständiger Wegfall der variablen Vergütung für das laufende Geschäftsjahr bei einer **Eigenkündigung** des Geschäftsführers wird von der herrschenden Meinung aber aufgrund einer unzumutbaren Kündigungserschwerung wegen § 622 Abs. 6 BGB als unwirksam sowie als unangemessene Benachteiligung des Geschäftsführers (§ 307 Abs. 1 BGB⁷⁹) angesehen.⁸⁰ 47

e) Anwendbarkeit des Entgelttransparenzgesetzes

Am 6.7.2017 ist das Gesetz zur Förderung der Transparenz von Entgeltstrukturen – Entgelttransparenzgesetz (EntgTranspG) in Kraft getreten. Es soll das Gebot des gleichen Entgelts für Frauen und Männer bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit durchsetzen.⁸¹ Dreh- und Angelpunkt des EntgTranspG ist das Entgeltgleichheitsgebot und das Verbot der Entgeltbenachteiligung wegen des Geschlechts (§§ 4, 7), zu deren Umsetzung das Gesetz nach § 10 Abs. 1 Beschäftigten einen individuellen Auskunftsanspruch einräumt. Nach § 2 Abs. 1 EntgTranspG gilt das Gesetz für das Entgelt von Beschäftigten. Beschäftigte im Sinne des § 2 Abs. 1 EntgTranspG sind nach § 5 Abs. 2 Nr. 1 EntgTranspG u. a. 47a

⁷⁵ BGH 19.9.2005, II ZR 173/04, BGHZ 164, 98 ff., *Sosnitza*, DStR 2006, 99 ff.

⁷⁶ Dazu Moll-Hexel, § 20 Rn. 101; vgl. auch LAG München 6.6.2007, 10 Sa 1349/06, BeckRS 2009, 61629.

⁷⁷ OLG Hamm 8.10.1984, 8 U 265/83, BB 18984, 2214; Oppenländer/Trölitzsch-Baumann, § 13 Rn. 81; MüKoGmbHG-Jaeger, § 35 Rn. 314; Besgen-Velten, Teil 3 Rn. 6; Moll-Bengelsdorf, § 49 Rn. 151.

⁷⁸ Moll-Bengelsdorf, § 49 Rn. 151; Oppenländer/Trölitzsch-Baumann, § 13 Rn. 81.

⁷⁹ Sofern die AGB-Kontrolle eröffnet ist, vgl. dazu und zur Verbrauchereigenschaft des Fremdgeschäftsführers BAG 19.5.2010, 5 AZR 253/09, BB 2010, 2439 m. Anm. Ley; MüKoBGB-Micklitz, § 13 Rn. 49.

⁸⁰ Überblick bei MüKoGmbHG-Jaeger, § 35 Rn. 321 und Fn. 736; a. A. OLG München 18.4.2012, 7 U 3882/11, BeckRS 2012, 14124.

⁸¹ Art. 1 des Gesetzes vom 30.6.2017, BGBl. I, 2152.

Kap. 7 Vergütung von GmbH-Geschäftsführern

Arbeitnehmer.⁸² Nachdem nach der Rechtsprechung des EuGH zu § 17 KSchG auch Geschäftsführer Arbeitnehmer sein können,⁸³ herrscht derzeit Unklarheit, ob auch Geschäftsführer Beschäftigte im Sinne des § 2 Abs. 1 EntgTranspG sind.⁸⁴ Einigkeit besteht indessen dahingehend, dass die Frage keine praktische Relevanz haben dürfte, weil Geschäftsführer mit Arbeitnehmern angesichts der unterschiedlichen Aufgabenbereiche nicht vergleichbar sind und es auch nur theoretisch denkbar ist, dass ein Geschäftsführer Auskunft über das Gehalt der von § 12 Abs. 3 Nr. 2 EntgTranspG geforderten mindestens sechs Geschäftsführer anderen Geschlechts geltend macht.⁸⁵

3. Nebenleistungen

a) Dienstwagen

- 48 In aller Regel stellt die Gesellschaft dem Geschäftsführer einen **Dienstwagen** zur Verfügung, den der Geschäftsführer auch privat nutzen kann. Hier ergeben sich in der Regel keine Besonderheiten im Vergleich zur Überlassung von Dienstwagen an Arbeitnehmer (vgl. ausführlich dazu Kap. 25). Dies gilt insbesondere auch für die Möglichkeit der Gesellschaft, bei einer Freistellung des Geschäftsführers den Dienstwagen zurückzufordern, auch wenn der Geschäftsführer den Dienstwagen **privat nutzen** durfte.⁸⁶

b) D&O-Versicherungen

- 49 Auch der Abschluss einer **D&O-Versicherung**, die den Geschäftsführer vor Inanspruchnahme durch die Gesellschaft oder Dritte wegen Vermögensschäden absichern soll, gehört inzwischen zum Standard bei Geschäftsführern von Unternehmen bestimmter Größenordnungen oder Branchen. Im Zuge des VorstAG wurde in § 93 Abs. 2 Satz 3 AktG die Pflicht aufgenommen, bei Abschluss einer D&O-Versicherung einen **Selbstbehalt** von mindestens 10% des Schadens bis mindestens zur Höhe des Eineinhalbfachen der festen jährlichen Vergütung des Vorstandsmitglieds vorzusehen. Diese Regelung ist indes in der GmbH nicht entsprechend anwendbar.⁸⁷ Eine entsprechende Regelung im Anstellungsvertrag

82 *Bauer/Romero*, NZA 2017, 809, 810; *Oberthür*, NJW 2017, 2228, 2229, 2232; *Wank*, RdA 2018, 34, 40.

83 EuGH 9.7.2015, C-229/14, BB 2015, 2554.

84 *Bauer/Romero*, NZA 2017, 809, 810 *Oberthür*, NJW 2017, 2228, 2229, 2232; *Wank*, RdA 2018, 34, 40.

85 *Bauer/Romero*, NZA 2017, 809, 810; *Oberthür*, NJW 2017, 2228, 2229, 2232; *Wank*, RdA 2018, 34, 40.

86 Vgl. BGH 25.2.1991, II ZR 76/90, BB 1991, 714; *Wimmer*, DStR 1997, 247, 249.

87 *MüKoGmbHG-Fleischer*, § 43 Rn. 382; *Michalski-Haas/Ziemons*, § 43 Rn. 259 f.

des Geschäftsführers kann indes sinnvoll sein, um den Geschäftsführer trotz einer D&O-Versicherung zu pflichtgemäßem Handeln zu motivieren.⁸⁸

c) Dienstverhinderung, Entgeltfortzahlung

Nachdem das EfzG nicht auf GmbH-Geschäftsführer anwendbar ist,⁸⁹ sind die Fälle verschuldeter oder unverschuldeter Dienstverhinderung nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen zu beurteilen und im Einzelfall aufgrund des Charakters des Anstellungsvertrags als Dauerschuldverhältnis mit engen Bindungen zu korrigieren. **50**

Die Leistung des Geschäftsführers ist – wie im Falle von Arbeitnehmern – ein **absolutes Fixgeschäft**⁹⁰ und damit nicht nachholbar. Sie wird unmöglich (§ 275 Abs. 1 BGB), wenn der Geschäftsführer nicht für die Gesellschaft tätig wird. Hat der Geschäftsführer seine Dienstunfähigkeit verschuldet,⁹¹ entfällt nach allgemeinen Grundsätzen infolge dessen nach § 326 Abs. 1 BGB auch sein Vergütungsanspruch. **51**

Im Falle **unverschuldeter Dienstverhinderung**, insbesondere Krankheit,⁹² würde nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen infolge der Unmöglichkeit der Leistungserbringung eigentlich nach § 326 Abs. 1 Satz 1 BGB der Anspruch auf Vergütung unmittelbar entfallen. § 616 Satz 1 BGB enthält aber insoweit eine Rückausnahme und gewährt dem Geschäftsführer in diesen Fällen einen Anspruch auf Fortzahlung seiner Vergütung, der im Einzelfall auch über den Sechs-Wochen-Zeitraum des § 1 EfzG hinausgehen kann. In Einzelfällen, so bei langjährigen Organmitgliedern, kann dies nach der Rechtsprechung sogar so weit gehen, dass eine dauerhafte Fortzahlung der Vergütung geschuldet sein soll.⁹³ **52**

d) Darlehensvergabe an Geschäftsführer

Die Vergabe von Darlehen an Geschäftsführer ist grundsätzlich möglich. Ungeachtet des Umstands, ob es sich um Fremd- oder Gesellschafter-Geschäftsführer **53**

⁸⁸ MüKoGmbHG-*Fleischer*, § 43 Rn. 382 m. w. N.

⁸⁹ MüGesR III-*Marsch-Barner/Diekmann*, § 43 Rn. 9; anders nur, wenn der Geschäftsführer ausnahmsweise als Arbeitnehmer anzusehen ist und die Regelungen des EfzG unmittelbar gelten.

⁹⁰ BGH 30.11.1972, VII ZR 239/71, BGHZ 60, 14, 16; Palandt-*Grüneberg*, § 271 BGB Rn. 17.

⁹¹ Sog. „Verschulden gegen sich selbst“, also einen groben Verstoß gegen das von einem verständigen Menschen im eigenen Interesse zu erwartende Verhalten, vgl. MüKoBGB-*Henssler*, § 616 Rn. 56 m. eingeh. Nachw.

⁹² MüKoBGB-*Henssler*, § 616 Rn. 20; Ulmer/Habersack/Löbbe-*Paefgen*, § 35 Rn. 201.

⁹³ Übersicht zu den einzelnen Auffassungen Ulmer/Habersack/Löbbe-*Paefgen*, § 35 Rn. 201 m. w. N.

Kap. 7 Vergütung von GmbH-Geschäftsführern

handelt, ist eine **Kreditvergabe** an Geschäftsführer aus dem Stammkapital der GmbH nach § 43a Satz 1 GmbHG unzulässig und führt zu einem **Rückgewähranspruch** der Gesellschaft, und zwar völlig unabhängig davon, ob der Darlehensgewährung ein vollwertiger Rückgewähranspruch der Gesellschaft gegen den Geschäftsführer gegenübersteht (§ 30 Abs. 1 Satz 3 GmbHG).⁹⁴

- 54 Ein zinsverbilligtes Darlehen führt beim Geschäftsführer zu einem lohnsteuerpflichtigen geldwerten Vorteil, wenn der Zinssatz für das Darlehen im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses unter dem **marktüblichen Zins** für vergleichbare Darlehen liegt. Die Laufzeit des Darlehens und die Dauer der Zinsfestlegung müssen somit einem Drittvergleich standhalten. Eine Zinsverbilligung ist eine Sachzuwendung im Sinne von § 8 Abs. 2 EStG und nur bei Unterschreiten der monatlichen Freigrenze von 44 € steuerfrei (§ 8 Abs. 2 Satz 11 EStG).

e) Aufwendungsersatz

- 55 Wenngleich die dogmatische Anspruchsgrundlage hierfür umstritten ist, hat der Geschäftsführer – auch bei fehlendem Anstellungsvertrag – einen Anspruch auf Ersatz seiner Aufwendungen.⁹⁵ Ohne eine (unbedingt empfehlenswerte) Regelung im Anstellungsvertrag hat der Geschäftsführer nach allgemeinen Grundsätzen einen Anspruch auf **Ersatz seiner Aufwendungen**, die er für erforderlich halten durfte.⁹⁶
- 56 Es ist ferner nicht gesichert, unter welchen Voraussetzungen der Geschäftsführer von der Gesellschaft Erstattung von **Bußgeldern und Geldstrafen** und seiner erforderlichen Prozess- und Rechtsberatungskosten verlangen kann. Die herrschende Meinung lehnt einen solchen Anspruch grundsätzlich ab. Eine Ausnahme von dieser Regel soll abgestuft nach dem Verschuldensvorwurf gelten, der dem Geschäftsführer gemacht werden kann.⁹⁷ Bei leichtem Verschulden soll ein solcher Anspruch in Betracht kommen, bei schwerem Verschulden und Straftaten in aller Regel ausscheiden. Schmiergelder sind unabhängig davon, ob sie im In- oder im Ausland gezahlt werden, generell nicht erstattungsfähig.⁹⁸

94 BGH 23.4.2012, II ZR 252/10, BB 2012, 1628, 1630; Baumbach/Hueck-Zöllner/Noack, § 43a Rn. 1; MüGesR III-Marsch-Barner/Diekmann, § 43 Rn. 106 ff.

95 Michalski-Tebben, § 6 Rn. 194; Baumbach/Hueck-Zöllner/Noack, § 35 Rn. 65.

96 Michalski-Tebben, § 6 Rn. 195; Lutter/Hommelhoff-Kleindiek, Anh. § 6 Rn. 30.

97 Überblick bei Ulmer/Habersack/Löbbe-Paefgen, § 35 Rn. 195; Michalski-Tebben, § 6 Rn. 197.

98 Scholz-Schneider/Hohenstatt, § 35 Rn. 376, unter Hinweis auf die überholte Ausklammerung bestimmter Auslandstaten nach Inkrafttreten des § 299 Abs. 3 StGB, vgl. auch Lutter/Hommelhoff-Kleindiek, Anh. § 6 Rn. 30.

4. Mechanismen zur Anpassung der Vergütung

Neben vertraglich vereinbarten Möglichkeiten zur Anpassung der Vergütung des Geschäftsführers⁹⁹ sind auch Mechanismen außerhalb solcher ausdrücklicher Regelungen anerkannt: **57**

a) Herabsetzung der Vergütung

In Rechtsprechung und Literatur ist umstritten, ob und inwieweit die Gesellschaft die Vergütung des Geschäftsführers in wirtschaftlich schwierigen Zeiten herabsetzen kann. Die Diskussion wurde durch die Einführung des § 87 Abs. 2 AktG im Zuge des VorstAG neu entfacht. Danach kann der Aufsichtsrat die Vergütung des Vorstands der Aktiengesellschaft bei einer **Verschlechterung der Lage** der Gesellschaft auf ein angemessenes Maß herabsetzen. Nach überwiegender Ansicht, der zuzustimmen ist, findet § 87 Abs. 2 AktG indes auf die GmbH keine analoge Anwendung, und zwar auch nicht in der nach dem MitbestG mitbestimmten GmbH.¹⁰⁰ **58**

Anerkannt ist gleichwohl, dass der Geschäftsführer aufgrund seiner Treuepflicht in bestimmten Situationen einer Herabsetzung seiner Vergütung zustimmen muss.¹⁰¹ Diese Pflicht soll indes nicht aus der gesellschaftlicherlichen Treuepflicht folgen, sondern aus der **Treuepflicht**, die der Geschäftsführer als Organ der Gesellschaft hat.¹⁰² Es setzt jedoch voraus, dass eine existenzgefährdende Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft besteht, also eine Krise.¹⁰³ Dies zeigt zugleich, dass eine dauerhafte Kürzung der Bezüge des Geschäftsführers nicht auf diese Rechtsgrundlage gestützt werden kann. Der Umfang und die zeitliche Dauer der Herabsetzung müssen dem Geschäftsführer daher zumutbar sein, was bei einer dauerhaften Herabsetzung, die auch Zeiträume nach **Überwindung einer Krise** erfassen soll, nicht der Fall sein dürfte.¹⁰⁴ **59**

99 Zu Anpassungsklauseln Ulmer/Habersack/Löbbecke-Paefgen, § 35 Rn. 195; MüKo-GmbHG-Jaeger, § 35 Rn. 322; Besgen-Velten, Teil 3 Rn. 94; MüGesR III-Marsch-Barner/Diekmann, § 43 Rn. 24 ff.

100 Eingehende Darstellung bei Besgen-Velten, Teil 3 Rn. 92; Greven, BB 2009, 2154 ff.

101 Zur Zulässigkeit von Anpassungsklauseln Besgen-Velten, Teil 3 Rn. 94; Baack/Götze/Arnold, NZG 2009, 1121, 1125; Lunk/Stolz, NZA 2010, 121, 122.

102 BGH 15.6.1992, II ZR 88/91, BB 1992, 1583, 1584; Ulmer/Habersack/Löbbecke-Paefgen, § 35 Rn. 193; Besgen-Velten, Teil 3 Rn. 93; Bauder, BB 1992, 369 ff.; Baack/Götze/Arnold, NZG 2009, 1121, 1124. Vgl. aber auch OLG Karlsruhe 24.11.2011, 9 U 18/11, NZG 2012, 299, 301, wonach in der Krise das Gehalt nicht zwingend herabzusetzen ist, nachdem das Organ dort auch höheren Haftungsgefahren ausgesetzt ist.

103 Ulmer/Habersack/Löbbecke-Paefgen, § 35 Rn. 193; Bauder, BB 1992, 369, 371; Scholz-Schneider/Hohenstatt, § 35 Rn. 371 („qualifizierte Krise“).

104 Scholz-Schneider/Hohenstatt, § 35 Rn. 371.

Kap. 7 Vergütung von GmbH-Geschäftsführern

b) Anspruch des Geschäftsführers auf Erhöhung der Vergütung

- 60 Als Kehrseite des Anspruchs der Gesellschaft auf Herabsetzung kann dem Geschäftsführer auch ein Anspruch gegen die Gesellschaft auf Erhöhung der Vergütung zustehen. In diesem Zusammenhang ist erneut zwischen Gesellschafter- und Fremdgeschäftsführer zu unterscheiden.
- 61 Nach nahezu einhelliger Meinung kommt ein Anspruch des Fremdgeschäftsführers auf Gehaltserhöhung mangels Anwendbarkeit der gesellschaftlicher Treuepflicht in erster Linie nach den Grundsätzen zum **Wegfall der Geschäftsgrundlage** (§ 313 BGB) in Betracht, etwa bei einer überraschenden Geldentwertung oder aber einer unerwartet wachsenden Unternehmensgröße der Gesellschaft.¹⁰⁵ Ein Wegfall der Geschäftsgrundlage dürfte indes bei Verträgen mit kürzerer Laufzeit – unter drei Jahren – nur sehr zurückhaltend angewendet werden können. Grund hierfür ist, dass der Geschäftsführer in diesem Fall seinen Anpassungsanspruch durch Kündigung und Neuverhandlung der Vergütung herbeiführen kann. Gleiches dürfte bei befristeten Anstellungsverträgen gelten, die nur unter erschwerten Bedingungen gekündigt werden können, weil andernfalls diese wechselseitige Risikoverteilung unterlaufen werden würde.¹⁰⁶
- 62 Der Gesellschafter-Geschäftsführer kann sich nach überwiegender Auffassung auch in der GmbH auf die Grundsätze zur **Gehaltsanpassung** berufen, die für geschäftsführende Gesellschafter in Personengesellschaften aus der gesellschaftlichen Treuepflicht heraus entwickelt wurden.¹⁰⁷ Danach kommt eine Anhebung der Vergütung in Betracht, wenn eine Veränderung der Verhältnisse zu einem evident unangemessenen Zustand führt.¹⁰⁸ Aber auch unterhalb dieser Schwelle kann ein Anspruch des Gesellschafter-Geschäftsführers auf Gehaltsanpassung aufgrund des **gesellschaftsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes** bestehen, wenn ein Gesellschafter, der zugleich Mitgeschäftsführer ist, ohne sachlichen Grund eine höhere Vergütung hat. Die überwiegende Meinung sieht darin eine Gefährdung der Gesellschaft und daraus folgend einen Anspruch des Geschäftsführers auf Anhebung seiner Vergütung, um den nötigen Anreiz zur Weiterentwicklung der Gesellschaft zu setzen.¹⁰⁹

105 ■ Scholz-Schneider/Hohenstatt, § 35 Rn. 376; MüKoGmbHG-Jaeger, § 35 Rn. 324.

106 Ulmer/Habersack/Löbbe-Paefgen, § 35 Rn. 197; Scholz-Schneider/Hohenstatt, § 35 Rn. 370.

107 Ulmer/Habersack/Löbbe-Paefgen, § 35 Rn. 196; MüKoGmbHG-Jaeger, § 35 Rn. 323.

108 BGH 8.12.1997, II ZR 236/96, GmbHR 1998, 279, 280; Baumbach/Hueck-Zöllner/Noack, § 35 Rn. 187; MüGesR III-Marsch-Barner/Diekmann, § 43 Rn. 27.

109 MüGesR III-Marsch-Barner/Diekmann, § 43 Rn. 28; Ulmer/Habersack/Löbbe-Paefgen, § 35 Rn. 196; Besgen-Velten, Teil 3 Rn. 93 ff.; Gehrlein/Witt/Volmer-Witt, Kap. 5 Rn. 52.

5. Sozialversicherungs- und steuerrechtliche Fragestellungen*a) Sozialversicherung*

Die Frage der Sozialversicherungspflicht der Bezüge des GmbH-Geschäftsführers ist durch eine kaum mehr zu überschaubare Kasuistik und eine in den letzten Jahren gesteigerte Tendenz der Sozialgerichte geprägt, die Vergütung von GmbH-Geschäftsführern der Sozialversicherungspflicht zu unterwerfen. Im Kern geht es dabei um die Frage, ob der Geschäftsführer **abhängig beschäftigt** im Sinne des § 7 Abs. 1 SGB IV ist. Anhaltspunkte für eine Beschäftigung in diesem Sinne sind eine Tätigkeit nach **Weisungen** und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers. Es kommt auf den Umfang der persönlichen Abhängigkeit des Geschäftsführers gegenüber der Gesellschaft bei Ausübung seiner Tätigkeit an und nicht darauf, ob der Geschäftsführer in einem Arbeitsverhältnis im engeren Sinne bei der Gesellschaft steht.¹¹⁰

Als Grundsatz ist festzuhalten, dass der **Fremdgeschäftsführer** stets in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis zur Gesellschaft steht. Er unterliegt den Weisungen der Gesellschafterversammlung und kann daher seine Tätigkeit nicht frei bestimmen.¹¹¹ Insbesondere ist er aufgrund fehlender Beteiligung an der GmbH nicht in der Lage, ihm nicht genehme Beschlüsse und damit Weisungen zu verhindern. In der bisherigen Rechtsprechung machten die Sozialgerichte bei der Sozialversicherungspflicht von Fremdgeschäftsführern nur dann eine Ausnahme, wenn die Gesellschafter aufgrund familiärer Beziehungen oder aufgrund besonderer Fach- oder Branchenkenntnisse von ihrem Weisungsrecht keinen Gebrauch machten und der Geschäftsführer somit „schalten und walten“ konnte, also – so die Rechtsprechung – „**Kopf und Seele**“ der Gesellschaft war.¹¹² Dies galt auch für Geschäftsführer, die keinerlei Geschäftsanteile an der Gesellschaft hielten.

Von dieser sog. „**Schönwetter**“-Rechtsprechung haben sich die Sozialgerichte inzwischen distanziert und räumen tatsächlichen Einflussmöglichkeiten auf die Gesellschaft keine maßgebliche Bedeutung mehr bei.¹¹³ Es komme nicht darauf an, wie die Gesellschafter in friedlichen Zeiten agieren – also bei Schönwetter – sondern (nur) darauf, ob der Geschäftsführer aufgrund seiner Rechtsmacht in der Gesellschaft deren Geschicke beeinflussen und ihm nicht genehme Beschlüsse verhindern kann.¹¹⁴ Dies führt letztlich dazu, dass Fremd- und mit Min-

110 MüKoGmbHG-Jaeger, § 35 Rn. 298; Gehrlein/Witt/Volmer-Witt, Kap. 5 Rn. 59.

111 BSG 9.11.1989, 11 RAr 39/89, BB 1990, 783, 784; BSG 8.12.1994, 11 RAr 49/94, NZS 1995, 373, 374; MüGesR III-Marsch-Barner/Diekmann, § 43 Rn. 10; Lutter/Hommelhoff-Kleindiek, Anh. § 6 Rn. 40.

112 Vgl. BSG 28.7.2016, B 12 R 55/15 B, BeckRS 2016, 72504.

113 So ausdrücklich LSG Rheinland-Pfalz 10.12.2013, L 6 R 65/12, NZS 2014, 269; Kleemann/Kaufmann, BB 2014, 821 ff.

derheit an der GmbH beteiligte Geschäftsführer ohne Vetomöglichkeit in der Gesellschafterversammlung **sozialversicherungspflichtig** beschäftigt sind.¹¹⁵ Mit Mehrheit beteiligte Geschäftsführer sind demgegenüber nicht in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis tätig und unterfallen damit nicht § 7 Abs. 1 SGB IV.¹¹⁶

- 66 Bis vor Kurzem hatten zahlreiche Landessozialgerichte angenommen, dass ein Fremd- oder mit Minderheit beteiligter Geschäftsführer auch dann nicht der Sozialversicherungspflicht unterliegt, wenn er zwar nicht durch sein Gesellschaftskapital, wohl aber durch seine Stimmrechte Entscheidungen der Gesellschafterversammlung verhindern konnte.¹¹⁷ Ein in der Beratung seither erprobtes Mittel war daher der Abschluss von **Stimmbindungsvereinbarungen** zugunsten des Geschäftsführers. Damit hatte der Geschäftsführer zwar nicht das hinreichende Kapital, konnte aber die Mehrheit der Stimmen und damit auch ihm unangenehme Weisungen kontrollieren.
- 67 Diese Möglichkeit hat das BSG nunmehr endgültig kassiert und dies damit begründet, dass eine solche Stimmbindungsvereinbarung, wenn auch nur aus wichtigem Grund, so doch kündbar sei und die daraus resultierende **Rechtsmacht** des Geschäftsführers daher insbesondere in Krisenzeiten nicht hinreichend sicher genug sei, um von einer durchsetzbaren Rechtsmacht des Geschäftsführers, Beschlüsse zu verhindern, auszugehen.¹¹⁸ Wenngleich diese Rechtsprechung nicht in allen Facetten überzeugt, muss sich die Beratungspraxis darauf einstellen. Im Zweifel ist der Gesellschaft und dem Geschäftsführer aufgrund der mit einer unterlassenen Abführung der Sozialversicherungsbeiträge verbundenen Risiken (z. B. § 266a StGB) anzuraten, ein **Statusfeststellungsverfahren** bei der Clearingstelle der Deutschen Rentenversicherung Bund einzuleiten und den Status des Geschäftsführers verbindlich klären zu lassen (§ 7a SGB IV).¹¹⁹

114 BSG 29.8.2012, B 12 KR 25/10 R, DB 2013, 708; 29.8.2012, B 12 R 14/10 R, BeckRS 2013, 66534; LSG Rheinland-Pfalz 10.12.2013, L 6 R 65/12, NZS 2014, 269.

115 BSG 9.11.1989, 11 RAr 39/89, BB 1990, 783, 784; BSG 8.12.1994, 11 RAr 49/94, NZS 1995, 373, 374; MüGesR III-Marsch-Barner/Diekmann, § 43 Rn. 10; Lutter/Hommelhoff-Kleindiek, Anh. § 6 Rn. 40.

116 BSG 18.12.2001, B 12 KR 10/01 R, NZA-RR 2003, 325, 326; Baumbach/Hueck-Zöllner/Noack, § 35 Rn. 181; Lutter/Hommelhoff-Kleindiek, Anh. § 6 Rn. 40; MüKoGmbHG-Jaeger, § 35 Rn. 301.

117 Überblick bei von Medem, DStR 2014, 2027 ff.

118 BSG 11.11.2015, B 12 KR 13/14 R, GmbHR 2016, 528 f.; BSG 31.3.2014, B 12 R 53/13 B, BeckRS 2014, 69538; a. A. Sächsisches LSG 4.3.2014, L 1 KR 9/11, BeckRS 2014, 67406.

119 Reiserer/Heß-Emmerich/Peters, S. 164 mit einem Antragsmuster; Formulare hält auch die Deutsche Rentenversicherung Bund im Internet unter www.deutsche-rentenversicherung.de bereit.

b) Besteuerung der Geschäftsführervergütung

Der Geschäftsführer der GmbH bezieht Einkünfte aus **nichtselbstständiger Tätigkeit** nach § 19 EStG,¹²⁰ ungeachtet des Umstands, dass der Geschäftsführer in aller Regel kein Arbeitnehmer im formalen Sinne ist. Dies gilt für Fremd- wie auch für Gesellschafter-Geschäftsführer. Bei Letzteren sind im Zusammenhang mit der Vergütung indes die schon dargestellten Grundsätze des Verbots der verdeckten Gewinnausschüttung zu beachten.

6. Sonstige Fragen

Sowohl der Fremd- als auch der mit Minderheit beteiligte Geschäftsführer als auch – zumindest nach herrschender Meinung – der mit Mehrheit beteiligte Gesellschafter-Geschäftsführer können sich auf die Vorschriften zum **Pfändungsschutz** von Arbeitseinkommen nach §§ 850 ff. ZPO berufen.¹²¹ Dies gilt auch für Ansprüche auf Karenzentschädigung aus einem nachvertraglichen Wettbewerbsverbot.¹²²

Rückständige Ansprüche des Arbeitnehmers auf Vergütung gegen die Gesellschaft sind nach Wegfall der §§ 59 Abs. 1 Nr. 3, 61 Abs. 1 Nr. 1a KO **einfache Insolvenzforderungen** im Sinne des § 38 InsO.¹²³

Erfüllungsort für die Gehaltszahlungen ist der Ort, an dem die Gesellschaft ihren Sitz hat, für die **Verjährung** gelten die §§ 195 ff. BGB mit der Folge einer dreijährigen kenntnisabhängigen Regelverjährung zum Jahresende (§ 199 Abs. 1 BGB). Der kenntnisunabhängigen Höchstverjährungsfrist von zehn Jahren nach § 199 Abs. 4 BGB dürfte im Fall von Vergütungsansprüchen demgegenüber ein sehr begrenzter Anwendungsbereich zukommen, etwa bei unbekannten Tantiemeansprüchen.

IV. Prozessuale Fragestellungen bei Vergütungsstreitigkeiten

Für Rechtsstreitigkeiten zwischen GmbH und Geschäftsführer aus dem Anstellungsvertrag sind mangels anders lautender Vereinbarung zwischen den Parteien (§ 2 Abs. 4 ArbGG) die **Zivilgerichte** und dort nach § 95 Abs. 1 Nr. 4a GVG die Kammern für Handelssachen zuständig.¹²⁴ Die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte

120 Umfassende Darstellung bei Besgen-Menkel, Teil 3 Rn. 98 ff.; Reiserer/Heß-Emmerich/Peters, S. 169.

121 BGH 24.11.1980, II ZR 183/80, NJW 1981, 2465, 2466; 17.11.1997, II ZR 367/96; Baumbach/Hueck-Zöllner/Noack, § 35 Rn. 192; Ulmer/Habersack/Löbbe-Paefgen, § 35 Rn. 314; MüKoGmbHG-Jaeger, § 35 Rn. 332.

122 OLG Rostock 9.6.1994, 1 U 40/94, NJW-RR 1995, 173, 174; Jula, S. 202.

123 Reiserer/Heß-Emmerich/Peters, S. 46.

124 Baumbach/Hueck-Zöllner/Noack, § 35 Rn. 179.

Kap. 7 Vergütung von GmbH-Geschäftsführern

te ist, unabhängig von der Frage, ob das zugrunde liegende Rechtsverhältnis materiell als Arbeitsverhältnis einzustufen ist oder nicht,¹²⁵ nach § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG ausgeschlossen.¹²⁶

- 73 Der Ausschluss der Arbeitsgerichtsbarkeit nach § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG endet nach der neueren Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts jedoch dann, wenn die **Organstellung** des Geschäftsführers **endet**, und zwar auch dann, wenn dies erst nach Erhebung der Klage geschieht.¹²⁷ Das LAG Sachsen hatte in seinem Beschluss vom 18.3.2015 demgegenüber die Ansicht vertreten, dass dies dann nicht gilt, wenn der Geschäftsführer eine Klage auf rückständige Vergütung erhebt und erst nach Klageerhebung abberufen wird. Anders als in den vom BAG entschiedenen Fällen, in denen es um Bestandsschutzstreitigkeiten zwischen Geschäftsführer und GmbH und damit um sog. sic-non-Fälle¹²⁸ ging, sei eine nach Klageerhebung erfolgte **Abberufung** des Geschäftsführers bei einer Klage des Geschäftsführers auf ausstehende Vergütung kein Umstand, der zum nachträglichen Wegfall der Fiktion des § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG und damit zur nachträglichen Zuständigkeit der Arbeitsgerichte führe.¹²⁹ Anders als Bestandsschutzstreitigkeiten sei eine Klage auf Vergütung ein sog. **aut-aut-Fall**,¹³⁰ weil in diesem Fall das Bestehen der Vergütungsansprüche nicht zwingend vom Bestand eines Arbeitsverhältnisses abhinge, sondern eine Vergütung auch bei Vorliegen eines Dienstvertrags geschuldet sei.
- 74 Das BAG¹³¹ widersprach dieser Ansicht des LAG Sachsen. Auch in **Vergütungsstreitigkeiten**, d. h. in aut-aut-Fällen, sei der nachträgliche Wegfall der Organstellung zu berücksichtigen und führe zum Wegfall der Fiktion des § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG, sodass die Arbeitsgerichte zuständig sein können. Es hat indes ausdrücklich offengelassen,¹³² ob die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte im Rahmen der Vergütungsklage – also einem aut-aut-Sachverhalt – dann eröffnet ist, wenn der Kläger schlüssig vorträgt, Arbeitnehmer zu sein, oder ob das Arbeitsgericht den Status des Klägers für die Frage der Zuständigkeit im Falle des Be-

125 BAG 26.10.2012, 10 AZB 60/12, NZA 2013, 54, 55; BAG 4.2.2013, 10 AZB 78/12, NZG 2013, 351, 352; LAG Rheinland-Pfalz 28.6.2012, 3 Ta 72/12, NZG 2012, 1227, 1228; Baumbach/Hueck-Zöllner/Noack, § 35 Rn. 179.

126 Aktueller Überblick bei *Boemke*, RdA 2018, 1, 21; zur Rechtswegzuständigkeit im Falle der Drittanstellung vgl. OLG Hamburg 22.3.2013, 11 U 27/12, NZG 2013, 831; *Winstel*, EWiR 2013, 459, 460.

127 BAG 8.9.2015, 9 AZB 21/15, NZA 2015, 1342, 1343 f.

128 Vgl. dazu *Moll-Reiserer*, § 8 Rn. 1; *Klasen*, BB 2013, 1849 ff.

129 LAG Sachsen 18.3.2015, 4 Ta 300/14 (6), BeckRS 2015, 68455.

130 BAG 24.4.1996, 5 AZB 25/95, BB 1996, 1512; *Moll-Reiserer* § 8 Rn. 2; *Reinfelder*, RdA 2016, 87, 96.

131 BAG 8.9.2015, 9 AZB 21/15, NZA 2015, 1342, 1343 f.

132 BAG 10.12.1996, 5 AZB 20/96, BB 1997, 998, 999; BAG 8.9.2015, 9 AZB 21/15, NZA 2015, 1342, 1343 f.

streitens der beklagten GmbH notfalls durch **Beweiserhebung** klären muss.¹³³ Eine Antwort auf diese vom BAG immer wieder offengelassene Frage hat sich bislang, insbesondere bei den Landesarbeitsgerichten, nicht herausgebildet. Die wohl überwiegende Ansicht scheint dabei gleichwohl davon auszugehen, dass in aut-aut-Fällen wie der Vergütungsklage zwar die bloße Behauptung einer Arbeitnehmereigenschaft nicht ausreicht, wohl aber der **schlüssige Prozessvortrag**; einer Beweiserhebung im Falle des Bestreitens der beklagten GmbH soll es hingegen nicht bedürfen.¹³⁴ Diese Ansicht erleichtert abberufenen Geschäftsführern im Falle von Vergütungsstreitigkeiten den Zugang zu den Arbeitsgerichten deutlich.¹³⁵

Wollen die GmbH und der Geschäftsführer für Vergütungsstreitigkeiten die Zuständigkeit der staatlichen Gerichte insgesamt ausschließen, können sie nach allgemeiner Meinung im Anstellungsvertrag oder im Zusammenhang mit einer konkreten Streitigkeit¹³⁶ die Zuständigkeit eines **Schiedsgerichts** vereinbaren (§ 1029 Abs. 1 ZPO).¹³⁷ Nachdem zumindest der Fremdgeschäftsführer nach überwiegender Meinung Verbraucher im Sinne des § 13 BGB ist,¹³⁸ sollten die Parteien sich vorsorglich nicht auf eine **Schiedsklausel** im Anstellungsvertrag verlassen, sondern die für Verbraucher geltenden Schutzvorschriften des § 1031 Abs. 5 ZPO einhalten. Die Schiedsklausel sollte demnach in einer gesonderten, eigenhändig von beiden Parteien unterzeichneten Urkunde enthalten sein (§ 1031 Abs. 5 Satz 1 ZPO) und neben der Schiedsabrede keine weiteren Vereinbarungen darin aufnehmen (§ 1031 Abs. 5 Satz 3 ZPO).

Eine in der **Satzung** der GmbH vereinbarte Schiedsklausel schließt demgegenüber auch im Falle eines Gesellschafter-Geschäftsführers nicht den Zugang zu den staatlichen Gerichten für die anstellungsvertragliche Vergütungsstreitigkeit aus.¹³⁹

133 Zum Streitstand vgl. ErfK-Koch, § 2 ArbGG Rn. 38; Moll-Reiserer, § 8 Rn. 2; Stagat, NZA 2015, 193, 197.

134 Darstellung bei Reinfelder, RdA 2016, 87, 96; Jaeger, NZA 1998, 961, 962 (der die „Beweiserhebungstheorie“ als herrschend bezeichnete); offengelassen stets vom BAG, zuletzt BAG 10.12.1996, 5 AZB 20/96, BB 1997, 998, 999; a. A. – Beweiserhebung erforderlich – der BGH 27.10.2009, VIII ZB 42/08, BGHZ 183, 49, 52 (zum Handelsvertreter).

135 Ausführliche Darstellung der Rechtsprechung bei Stagat, NZA 2015, 193, 197f.

136 Ein Ad-hoc-Schiedsgericht liegt vor, wenn das Schiedsgericht für den individuellen Streitfall ohne Rückgriff auf eine Schiedsorganisation konstituiert wird. Zum Ablauf eines Ad-hoc-Schiedsverfahrens eingehend Lörcher/Lörcher, SchiedsVZ 2005, 179 ff.

137 Ulmer/Habersack/Löbbecke-Paefgen, § 35 Rn. 314.

138 Zur Verbrauchereigenschaft des Fremdgeschäftsführers BAG 19.5.2010, 5 AZR 253/09, BB 2010, 2439 m. Anm. Ley; MüKoBGB-Micklitz, § 13 Rn. 49.

139 Vgl. etwa Umbeck, SchiedsVZ 2009, 143, 146.

Kapitel 8

Die Vergütung von Vorständen börsennotierter Aktiengesellschaften

Schrifttum: *Annuß/Theusinger*, Das VorstAG – Praktische Hinweise zum Umgang mit dem neuen Recht, BB 2009, 2434; Arbeitskreis Externe und Interne Überwachung der Unternehmen (AKEIÜ) der Schmalenbach-Gesellschaft für Betriebswirtschaft e. V., Die Zukunft des Deutschen Corporate Governance Kodex, DB 2016, 395; *Bauer/Arnold*, Festsetzung und Herabsetzung der Vorstandsvergütung nach dem VorstAG, AG 2009, 717; *Beiner/Braun*, Der Vorstandsvertrag: Bestellung und Anstellungsvertrag der Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft, 2. Aufl. 2014; *Bosse*, Handbuch der Vorstandsvergütung, 2. Aufl. 2015; *Diekmann/Punte*, Aktuelles zu Drittanstellung, Drittvergütung und Haftung von Mitgliedern des AG-Vorstands, WM 2016, 681; *Doetsch*, Veränderte Anforderungen an Gestaltung und Publizität von Vorstands-Pensionszusagen, AG 2010, 465; *Dreher*, Change of control-Klauseln bei Aktiengesellschaften, AG 2002, 214; *Eisenschmidt/Bilgenroth*, Zur praktischen Umsetzung des Deutschen Corporate Governance Kodexes – eine empirische Analyse der Unternehmen des HDAX und SDAX, DStR 2016, 551; *Fleischer*, Das Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG), NZG 2009, 801; *Gefßler*, AktG, Stand: 70. EL 2013; *Goj*, Die Feststellung betragsmäßiger Höchstgrenzen der Vorstandsvergütung nach Ziff. 4.2.3 Abs. 2 Satz 6 DCGK, AG 2015, 173; *Heidel*, Aktienrecht und Kapitalmarktrecht, 4. Aufl. 2014; *Hirte/Mülbert/Roth*, Aktiengesetz, Großkommentar, 5. Aufl. 2015; *Hoffmann-Becking/Krieger*, Leitfaden zur Anwendung des Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG), NZG-Beil. 2009, 1; *Hüffer/Koch*, Aktiengesetz, 13. Aufl. 2018; *Ihrig/Wandt/Wittgens*, Die angemessene Vorstandsvergütung drei Jahre nach Inkrafttreten des VorstAG, ZIP 2012, Beilage zu Heft 40, 1; *Jooß*, Die Drittanstellung des Vorstandsmitglieds einer AG, NZG 2011, 1130; *van Kann/Keiloweit*, Das neue Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung: Wichtige Reform oder viel Lärm um nichts?, DStR 2009, 1587; *Kremer* u. a., Deutscher Corporate Governance Kodex, 7. Aufl. 2018; *Kort*, NZG 2006, 131; *Louven/Ingwersen*, Wie nachhaltig muss die Vorstandsvergütung sein?, BB 2012, 1220; *Marsch-Barner/Schäfer*, Handbuch börsennotierte AG, 4. Aufl. 2018; *Reuter*, Die aktienrechtliche Zulässigkeit von Konzernanstellungsverträgen, AG 2011, 274; *Moll*, Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, 4. Aufl. 2017; *Röttgen/Kluge*, Nachhaltigkeit bei Vorstandsverträgen, NJW 2013, 900; *Säcker/Stenzel*, Das zivilrechtliche Schicksal von gegen § 87 Abs. 1 AktG verstoßenden Vergütungsvereinbarungen, JZ 2006, 1151; *von Schenck*, Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder, 4. Aufl. 2013; *Schmidt-Bendun*, Die Empfehlungen des Deutschen Corporate Governance Kodex zur Vorstandsvergütung – erste Antworten aus der Praxis auf neue Zweifelsfragen, AG 2014, 177; *K. Schmidt/Lutter* (Hrsg.), AktG, 3. Aufl. 2015; *Schuster*, Clawback-Klauseln – probates Mittel zukunftsgerichteter Gestaltung von Bonus-Vereinbarungen, in: Baeck/Hauck/Preis/Rieble/Röder/Schunder (Hrsg.), Festschrift für Jobst-Hubertus Bauer, 2010, S. 973; *Sünner*, Der Ausweis betragsmäßiger Höchstgrenzen der Vorstandsvergütung nach Ziff. 4.2.3 Abs. 2 Satz 6 DCGK, AG 2014, 115; *Traugott/Grün*, Finanzielle Anreize für Vorstände börsennotierter Aktiengesellschaften bei Private Equity-Transaktionen, AG 2007, 761; *Werder/Turkali*, Corporate Governance Report 2015: Kodexakzeptanz und Kodexanwendung, DB 2016, 1357; *Wettich*, Vorstandsvergü-

Kap. 8 Die Vergütung von Vorständen börsennotierter Aktiengesellschaften

tung: Bonus-Malus-System mit Rückforderungsmöglichkeit (claw back) und Reichweite des Zuständigkeitsvorbehalts zugunsten des Aufsichtsratsplenums, AG 2013, 374.

Übersicht

Rn.	Rn.
I. Vorgaben für die Vorstandsvergütung 1	4. Das Gebot der Nachhaltigkeit 34
II. Festsetzung der Vorstandsvergütung 3	a) Einzelne Bestandteile der Gesamtbezüge 36
III. Inhaltliche Vorgaben für die Vorstandsvergütung 10	aa) Monetäre variable Vergütung 36
1. Das Gebot der Angemessenheit 11	bb) Share Ownership Guidelines 44
a) Bezugspunkt „Gesamtbezüge“ 15	cc) Aktienoptionen 45
b) Kriterien der Angemessenheit 18	dd) Phantom Stocks und ähnliche schuldrechtliche Instrumente 46
aa) Die Aufgaben des Vorstandsmitglieds . . . 19	b) Zulässigkeit reiner Fixvergütung 47
bb) Die Leistung des Vorstandsmitglieds . . . 20	c) Verhältnis von fixer und variabler Vergütung 52
cc) Die Lage der Gesellschaft 22	d) Zulässigkeit einzelner Vergütungsbestandteile mit kurzfristigen Vergütungsanreizen 53
dd) Die Üblichkeit der Vergütung 23	5. Vorgaben zur Art der Ziele . . . 61
ee) Weitere Kriterien der Angemessenheit 25	6. Höhenmäßige Begrenzung und Herabsetzung der Vorstandsvergütung 62
c) Angemessenheit von Abfindungszahlungen . . . 26	a) Höchstgrenzen (Caps) . . . 62
2. Anwendbarkeit des Angemessenheitsgebots bei Leistungen Dritter 30	b) Begrenzungsmöglichkeit bei außerordentlichen Entwicklungen 66
3. Folgen der Festsetzung unangemessener Vergütung 32	c) Herabsetzung der Bezüge durch den Aufsichtsrat . . . 67
a) Haftung der Aufsichtsratsmitglieder 32	IV. Transparenz der Vorstandsvergütung: Offenlegung 73
b) Unwirksamkeit dienstvertraglicher Vergütungsklauseln bei unangemessener Vergütung? 33	

I. Vorgaben für die Vorstandsvergütung

- 1 Die Finanzmarktkrise 2007/2008 hat auch für Aktiengesellschaften, die nicht als Kredit- und Finanzdienstleistungsinstitute i. S. d. §§ 1 Abs. 1b, 53 Abs. 1 KWG den strengeren Regelungen des Kreditwesengesetzes (KWG) und der Instituts-

vergütungsverordnung (InstVergV) unterfallen, zu strengeren Vorgaben für Vergütungsanreize der höchsten Führungsebene geführt und gleichzeitig die öffentliche Wahrnehmung der Einhaltung entsprechender gesetzlicher Regelungen (Vergütungs-Compliance) geschärft. Mit dem **Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG)**,¹ das zum 5.9.2009 in Kraft trat, sollten „Lehren aus der Finanzmarktkrise“ gezogen, Fehlanreize durch kurzfristig angelegte Vergütungsparameter verhindert und so die Ausrichtung auf eine nachhaltige Unternehmensentwicklung sichergestellt werden.² Umgesetzt wurde dies insbesondere durch eine Erweiterung der Kriterien des Aktiengesetzes (AktG), die der Aufsichtsrat bei der Festsetzung der individuellen Vorstandsbezüge gemäß § 87 Abs. 1 AktG zu beachten hat. Zugleich wurden mit dem VorstAG Mechanismen geschaffen oder verfeinert, die die Effektivität der (erweiterten) Vorgaben des AktG für die Vergütungsfestsetzung sicherstellen sollen. So wurde in § 93 Abs. 2 Satz 3 AktG ein zwingender Mindestselbstbehalt von 10 % beim Abschluss von D&O-Versicherungen für Vorstandsmitglieder (nicht: Aufsichtsratsmitglieder) aufgenommen.³ Die Nachhaltigkeit der Vergütung wird zugleich dadurch sichergestellt, dass die „Kann“-Vorschrift des § 87 Abs. 2 AktG zur nachträglichen Herabsetzung der Vorstandsbezüge im Falle einer Verschlechterung der Lage der Gesellschaft (zuvor: „wesentlichen“ Verschlechterung), die die Gewährung der zunächst festgesetzten Bezüge unbillig erscheinen lassen würde (zuvor: „schwere“ Unbilligkeit), in eine „Soll“-Vorschrift gewandelt wurde (zuvor: „so ist der Aufsichtsrat berechtigt“), sodass im Falle der Unbilligkeit „nur [noch] bei Vorliegen besonderer Umstände [. . .] von einer Herabsetzung abgesehen“⁴ werden kann (s. Rn. 67f.). Gleichzeitig wurde in § 116 AktG durch einen neuen Satz 3 (deklaratorisch) klargestellt, dass der Aufsichtsrat im Falle der Festsetzung unangemessener Vergütung i. S. d. § 87 Abs. 1 AktG auf Schadensersatz haftet (s. Rn. 32).⁵ Dem korrespondiert die Erweiterung der nicht aus dem

1 Entwurf eines Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) vom 17.3.2009, BT-Drs. 16/12278; verkündet BGBl. I Nr. 50 vom 4.8.2009, S. 2509.

2 Entwurf eines Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) vom 17.3.2009, BT-Drs. 16/12278, S. 1.

3 Der Gesetzgeber hat mit dem VorstAG bewusst keine gesetzliche Verpflichtung geschaffen, auch bei Aufsichtsräten zwingend einen Selbstbehalt vorzusehen, sondern sich auf den Standpunkt gestellt, diese Frage könne dem DCGK überlassen bleiben, vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses (6. Ausschuss) zu dem Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD Drucksache 16/12278 – Entwurf eines Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG), BT-Drs. 16/13433 vom 17.6.2009, S. 11 f.

4 Vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses (6. Ausschuss) zu dem Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD Drucksache 16/12278 – Entwurf eines Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG), BT-Drs. 16/13433 vom 17.6.2009, S. 10.

5 Zu der Frage, ob diese Haftung auf eine Verletzung des Angemessenheitsgebots beschränkt ist, oder aufgrund des Verweises auf den gesamten § 87 Abs. 1 AktG auch die

Kap. 8 Die Vergütung von Vorständen börsennotierter Aktiengesellschaften

Aufsichtsratsplenum in Ausschüsse delegierbaren Aufgaben um die Festsetzung der Vorstandsvergütung in § 107 Abs. 3 Satz 3 AktG. Zugleich wurde in § 120 Abs. 4 Satz 1 AktG als weiteres Kontrollinstrument das Recht eingeräumt, über die Vorstandsvergütung in der Hauptversammlung Beschluss zu fassen (sog. „say on pay“) (s. Rn. 9). Um im Sinne von Nachhaltigkeit i.w.S. und Transparenz im Falle eines Wechsels eines Mitglieds des Vorstands in den Aufsichtsrat derselben börsennotierten Gesellschaft dem Anschein entgegenzuwirken, dass das ehemalige Vorstandsmitglied als Mitglied des Aufsichtsrats die Aufarbeitung von Unregelmäßigkeiten oder Korrektur von strategischen Fehlentscheidungen des Vorstands aus der eigenen Vorstandszeit be- oder verhindern könne, wurde schließlich mit dem VorstAG eine grundsätzlich zweijährige Karenzzeit für ehemalige Vorstände vor dem Wechsel in den Aufsichtsrat eingeführt,⁶ die nur dann nicht gilt, wenn das Aufsichtsratsmitglied auf Aktionärsvorschlag, der eines Quorums von 25% der Stimmen bedarf, gewählt wird. Um die Transparenz weiter zu erhöhen, wurden schließlich die Pflichtangaben im Anhang zur Bilanz/Gewinn- und Verlustrechnung für börsennotierte Gesellschaften in § 285 Ziff. 9 lit. a Satz 6 Handelsgesetzbuch (HGB) erweitert – im Wesentlichen um die Angabe von Leistungen, die dem Vorstand hinsichtlich der Beendigung seiner Tätigkeit zugesagt sind.

- 2 Zu den Vorschriften des AktG kommen die Empfehlungen und Anregungen des **Deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK)**. Der DCGK wurde im Jahr 2002 zur Steigerung von Nachvollziehbarkeit und Transparenz des deutschen Corporate Governance Systems für nationale und internationale „Stakeholder“ (Anleger, Kunden, Mitarbeiter, Öffentlichkeit) eingeführt.⁷ Zugleich lassen jedoch Regelungen, die über das AktG hinausgehen, das Ziel einer verhaltenssteuernden Wirkung erkennen („international und national anerkannte Standards guter und verantwortungsvoller Unternehmensführung“).⁸ **Regelungsadressaten des DCGK** sind börsennotierte Gesellschaften und solche mit Kapitalmarktzugang i. S. d. § 161 Abs. 1 Satz 2 AktG. Die Regierungskommission DCGK will den Kodex jedoch auch als Handlungsempfehlung für nicht kapital-

Nichtbeachtung des Nachhaltigkeitsgebots umfasst, *Röttgen/Kluge*, NJW 2013, 900, 904 f., die jedoch völlig zurecht auch darauf hinweisen, dass es sich im Ergebnis angesichts des dem Aufsichtsrat zugebilligten, weiten Ermessensspielraums (Business Judgment Rule) und der bei börsennotierten Gesellschaften in der Praxis der letzten Jahre der Nachhaltigkeit insgesamt regelmäßig zugemessenen Bedeutung bei Haftungsfällen um seltene Ausnahmefälle handeln dürfte.

6 Vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses (6 Ausschuss) zu dem Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD Drs. 16/12278 – Entwurf eines Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG), BT-Drs. 16/13433 vom 17.6.2009, S. 11.

7 DCGK, 1 Präambel, S. 1.

8 DCGK, 1 Präambel, S. 1.

marktorientierte Gesellschaften verstanden wissen.⁹ Von Empfehlungen („Sollen“) kann grundsätzlich nicht ohne jährliche Offenlegung abgewichen werden, § 161 Abs. 1 AktG („comply or explain“-Grundsatz¹⁰), bei bloßen Anregungen („Sollte“) dagegen ist eine solche Offenlegung nicht erforderlich.¹¹ Jährlich vom Berlin Center of Corporate Governance der TU Berlin veröffentlichte Studien zur Einhaltung der Vorgaben des Kodex zeigen bei insgesamt hoher und gestiegener Befolgungsrate (86,2% bei in Frankfurt am Main notierten Unternehmen in 2015) durchaus erhebliche Abweichungen hinsichtlich der Umsetzung der einzelnen Empfehlungen des Abschnitts 4 des DCGK zur Vorstandsvergütung in der Praxis:¹² So steht etwa im Jahr 2015 einer Befolgungsrate von 100% hinsichtlich der Aufteilung der Vergütung in fixe und variable Bestandteile (E13; Ziffer 4.2.3 Abs. 2 Satz 2 DCGK) eine Akzeptanzquote von 79,2% hinsichtlich des doppelten Abfindungscaps (E26; Ziffer 4.2.3 Abs. 4 Satz 1 DCGK) gegenüber. Geringere Akzeptanzraten erzielen bislang auch die auf eine Steigerung der Transparenz gerichteten Empfehlungen zur Veröffentlichung der erreichbaren Maximal- und Minimalvergütung bei Gewährung variabler Vergütungsbestandteile sowie die Empfehlungen hinsichtlich der Angaben zum Zufluss von kurzfristigen und langfristigen variablen Vergütungsbestandteilen im Vergütungsbericht.¹³

II. Festsetzung der Vorstandsvergütung

Über die individuelle Vorstandsvergütung hat das **Aufsichtsratsplenum** zu beschließen. Die bis 2009 übliche Delegation des Beschlusses an einen Ausschuss ist seit der Erweiterung des Katalogs der nicht-delegierfähigen Aufgaben in § 107 Abs. 3 Satz 3 AktG durch das VorstAG nicht mehr möglich. Zweck dieser Änderung war eine Verbesserung der Transparenz der Vorstandsvergütungssysteme.¹⁴ **3**

Dieser Zielsetzung widerspricht es nicht, wenn dem Personalausschuss weiterhin die **Verhandlung über Abschluss, Änderung und Beendigung von** **4**

⁹ DCGK, 1 Präambel, S. 2.

¹⁰ Zur Herkunft des Comply or Explain-Prinzips vgl. Arbeitskreis Externe und Interne Überwachung der Unternehmung (AKEIÜ) der Schmalenbach-Gesellschaft für Betriebswirtschaft e. V., DB 2016, 395, 396 m. w. N.

¹¹ DCGK, 1 Präambel, S. 2.

¹² *Werder/Turkali*, DB 2016, 1357, 1359 ff.

¹³ Vgl. die Befolgungsraten für E33 (4.2.5 Abs. 3 Satz 1 Spiegelstr. 1 HS 2 DCGK), E35 (4.2.5 Abs. 3 Satz 1 Spiegelstr. 2 HS 2 DCGK) und E36 (4.2.5 Abs. 3 Satz 1 Spiegelstr. 2 HS 2 DCGK) in 2015 bei *Werder/Turkali*, DB 2016, 1357, 1361 und 1363 nach Adjustierung.

¹⁴ Vgl. die Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) vom 17.3.2009, BT-Drs. 16/12278, S. 6.

Kap. 8 Die Vergütung von Vorständen börsennotierter Aktiengesellschaften

Vorstandsdienstverträgen übertragen bleibt.¹⁵ Auch die Details der Vergütungsgestaltung können **weiterhin im Personalausschuss verhandelt** werden.¹⁶ Nicht nur geht Ziffer 4.2.2.2 Satz 2 DCGK davon aus, dass ein etwaiger Ausschuss dem Plenum „seine Vorschläge“ zur Vorstandsvergütung vorlegt. Auch die Gesetzesbegründung zum VorstAG unterscheidet zwischen Beschluss und Vorbereitung des Beschlusses und misst dem Personalausschuss weiterhin eine „vorbereitende Funktion“ bei.¹⁷

- 5 Teilweise wird davon ausgegangen, dass es auch nach Inkrafttreten des VorstAG ausreiche, wenn sich das Plenum in seinen Beratungen auf die wesentlichen Vergütungselemente beschränkt.¹⁸ Ob es darüber hinaus möglich ist, den Aufsichtsrat auch insoweit zu entlasten, dass das Plenum nur über die wesentlichen vergütungsrelevanten Regelungen **beschließt**, der Personalausschuss jedoch weiterhin sonstige Vergütungsentscheidungen (etwa zur D&O-Versicherung, Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, Sachbezüge) trifft, bleibt Gegenstand der Diskussion.¹⁹ Relevant wird die Frage beispielsweise auch bei der mitbestimmten und drittelmitbestimmten AG, da weder § 103 Abs. 3 AktG noch DrittelbG oder MitbestG eine Regelung dazu enthalten, wie der Personalausschuss zu besetzen ist. Das Plenum kann jedoch Ausschüsse mit einfacher Mehrheit einsetzen. Nicht notwendig sind deshalb Arbeitnehmervertreter im selben Ausmaß im Personalausschuss repräsentiert wie im Aufsichtsratsplenum. Es besteht kein Anspruch auf Besetzung entsprechend der Verhältnisse im Plenum, vielmehr bildet die Untergrenze das Urteil des BGH v. 17.5.1993:²⁰ Der völlige Ausschluss der Arbeitnehmervertreter aus erledigenden Ausschüssen ohne sachlichen Grund stellt eine unzulässige Diskriminierung dar.
- 6 Die sichere Vorgehensweise dürfte sein, das Aufsichtsratsplenum über alle vergütungsrelevanten Regelungen des Dienstvertrags und von Nebenabreden, einschließlich etwa auch jährlicher Zielvereinbarungen, beschließen zu lassen.²¹

15 Vgl. v. Schenck-Gittermann, § 6 Rn. 124.

16 Ebenso Marsch-Barner/Schäfer-Arnold/Günter, Handbuch börsennotierte AG, § 20 Rn. 20 m. w. N.

17 Vgl. die Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) vom 17.3.2009, BT-Drs. 16/12278, S. 6.

18 Vgl. etwa Fleischer, NZG 2009, 801, 804.

19 Vgl. hierzu ausführlich Wettich, AG 2013, 374, 378 ff. m. w. N. Dafür wohl Hölters-Hambloch-Gesinn, § 107 Rn. 100 m. w. N. („Es erscheint jedoch ausreichend, wenn das Plenum die wesentlichen wirtschaftlichen Eckdaten diskutiert und beschließt.“); van Kann/Keilweit, DStR 2009, 1587, 1590; a. A. Spindler/Stilz-Spindler, § 107 Rn. 126; MüKoAktG-Habersack, § 107 Rn. 150 m. w. N.; Beiner/Braun, Der Vorstandsvertrag, Rn. 257.

20 BGH 17.5.1993, II ZR 89/92, NJW 1993, 2307, 2311.

21 So auch Wettich, AG 2013, 374, 378; MüKoAktG-Habersack, § 107 Rn. 150 m. w. N. (umfassende Zuständigkeit des Plenums); Spindler/Stilz-Spindler, § 107 Rn. 126 (umfassende Zuständigkeit des Plenums, einschließlich hinsichtlich sog. appreciation

Hierfür spricht, dass der Gesetzgeber mit der Änderung des § 107 Abs. 3 Satz 3 AktG „deutlich über die Empfehlung des [DCGK] hinaus[gehen]“ wollte,²² und es, etwa auch entgegen der Stellungnahme des Deutschen Anwaltsvereins, der unter Hinweis auf Kapazitätsgrenzen und einen möglichen Autoritätsverlust des Aufsichtsrats eine Begrenzung des Plenumsvorbehalts zumindest auf den Regelungsgehalt des DCGK gefordert hatte, abgelehnt hat, den § 107 Abs. 3 Satz 3 AktG einzuschränken.²³ Da gemäß § 116 i. V. m. § 87 Abs. 1 Satz 1 AktG die Beweislast für die Angemessenheit der Vorstandsvergütung das Aufsichtsratsmitglied trifft, empfiehlt sich überdies die (gerichts feste) Dokumentation der Befassung und Begründung der individuellen Vorstandsvergütung. Regelungen des Dienstvertrages oder von Nebenabreden ohne Vergütungsrelevanz können nach wie vor vom Personalausschuss abgeschlossen werden, da sich der Verweis des § 107 Abs. 3 Satz 3 AktG auf § 87 AktG gerade nicht auf § 84 Abs. 3 Satz 5 AktG erstreckt.²⁴ Ebenso kann dem Personalausschuss die Ausführung der Beschlüsse des Plenums zu vergütungsrelevanten Regelungen überlassen bleiben, soweit sich dies etwa auf Berechnungen der Höhe beschränkt, nicht aber eigenen Entscheidungsspielraum belässt.²⁵

Auch Änderungen vergütungsrelevanter Regelungen sind damit grundsätzlich vom Plenum zu beschließen.²⁶ Aufgrund der umfassenden Verweisung des § 107 Abs. 3 Satz 3 AktG auf § 87 Abs. 1 Satz 1 AktG dürfte dies für Klauseln zu sämtlichen Bestandteilen der weit gefassten „Gesamtbezüge“ gelten (vgl. zum Begriff Gesamtbezüge Rn. 15 ff.).²⁷

Bei der Festsetzung der Vorstandsvergütung kommt dem Aufsichtsrat ein **weites Ermessen** zu.²⁸

awards und lediglich Delegation bloßer Ausführungshandlungen ohne Entscheidungsspielraum).

22 Vgl. die Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) vom 17.3.2009, BT-Drs. 16/12278, S. 6.

23 Vgl. die Stellungnahme des Deutschen Anwaltsvereins durch den Handelsrechtsausschuss zum Entwurf eines Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG), Stellungnahme 32/2009, April 2009, Rn. 23 f., abrufbar unter anwaltsverein.de.

24 Vgl. Spindler/Stilz-Spindler, § 107 Rn. 127; MüKoAktG-Habersack, § 107 Rn. 150.

25 Vgl. MüKoAktG-Habersack, § 107 Rn. 150; Hölters-Hambloch-Gesinn, § 107 Rn. 100; Annuß/Theusinger, BB 2009, 2434, 2439.

26 Vgl. Wettich, AG 2013, 374, 374.

27 Zu Fragen des Bestandsschutzes vgl. Ihrig/Wandt/Wittgens, ZIP 2012, Beilage zu Heft 40, 1, 6 f. m. w. N.

28 BGH, Urt. v. 21.12.2005, 3 StR 470/04, NJW 2006, 522, 523: „[...] beinhaltet nicht jede Vergütungsentscheidung des Präsidiums, die im Ergebnis zu einer Schädigung der Aktiengesellschaft führt, eine Pflichtverletzung. Denn auch hierbei handelt es sich um unternehmerische Führungs- und Gestaltungsaufgaben, für die in der Regel ein weiter Beurteilungs- und Ermessensspielraum eröffnet ist. Die Anerkennung eines solchen weiten Handlungsspielraums findet ihre Rechtfertigung darin, dass unternehmerische

- 9 Die **Hauptversammlung der börsennotierten Aktiengesellschaft** kann gemäß § 120 Abs. 4 Satz 1 AktG zwar über die Billigung des Systems der Vorstandsvergütung Beschluss fassen („say on pay“), Rechte und Pflichten erwachsen hieraus jedoch nicht, § 120 Abs. 4 Satz 2 AktG. Es bleibt bei der Zuständigkeit und Verantwortlichkeit des Vorstands gemäß § 87 Abs. 1 AktG.²⁹

III. Inhaltliche Vorgaben für die Vorstandsvergütung

- 10 Vorstandsvergütung muss angemessen (s. Rn. 11 ff.), nachhaltig (s. Rn. 34 ff.) und transparent (s. Rn. 73 ff.) sein.

1. Das Gebot der Angemessenheit

- 11 Das Gebot der Angemessenheit ist in § 87 Abs. 1 Satz 1 AktG normiert. Danach hat der Aufsichtsrat bei der Festsetzung der „Gesamtbezüge“ dafür zu sorgen, dass diese in einem angemessenen Verhältnis zu den Aufgaben und den Leistungen des jeweiligen Vorstandsmitglieds sowie zur Lage der Gesellschaft stehen und die übliche Vergütung nicht ohne besondere Gründe übersteigen. Bereits aus dem Bezug zu Leistung und Aufgaben ergibt sich, dass die Angemessenheit für **jedes Vorstandsmitglied gesondert zu bestimmen ist**.
- 12 Die Praxis wird hiermit vor erhebliche Schwierigkeiten gestellt, die zum verstärkten Einsatz **externer Vergütungsberater** führen, wenngleich dieser grundsätzlich weder verpflichtend ist,³⁰ noch den Aufsichtsrat umgekehrt von seiner Verantwortlichkeit entbindet (insbesondere bleibt es bei der Beweislastverteilung des § 116 Abs. 3 Satz 3 i.V. m. § 87 Abs. 1 Satz 1 AktG). Gemäß Ziffer 4.2.2 Abs. 3 DCGK hat der Aufsichtsrat im Falle der Einschaltung eines solchen Beraters auf dessen Unabhängigkeit vom Unternehmen zu achten.
- 13 Schon aufgrund der individuellen Aufgaben- und Leistungsbezogenheit des Angemessenheitsgebots dürfte es trotz des Bedürfnisses nach Vereinfachung von Entscheidungsprozessen schwierig sein, bereits in der **Satzung der Aktiengesellschaft detaillierte Kriterien für die Angemessenheit festzulegen**, die län-

Entscheidungen regelmäßig auf Grund einer zukunftsbezogenen Gesamtabwägung von Chancen und Risiken getroffen werden müssen, die wegen ihres Prognosecharakters die Gefahr erst nachträglich erkennbarer Fehlbeurteilungen enthält. Deshalb ist eine Pflichtverletzung nicht gegeben, solange die Grenzen, in denen sich ein von Verantwortungsbewusstsein getragenes, ausschließlich am Unternehmenswohl orientiertes, auf sorgfältiger Ermittlung der Entscheidungsgrundlagen beruhendes unternehmerisches Handeln bewegen muss, nicht überschritten sind.“

29 Näher zu Hintergrund und Zweck der Einführung des § 120 Abs. 4 AktG durch das VorstAG vgl. *Fleischer*, NZG 2009, 801, 805 m. w. N.

30 Vgl. zu alledem, einschließlich zur ausnahmsweise verpflichtenden Einschaltung eines externen Vergütungsberaters Hirte/Mülbert/Roth-Kort, § 87 Rn. 111–113 m. w. N.

gerfristig tragfähig sein können. Angesichts der zwingenden Kompetenz des Aufsichtsrats hinsichtlich der Festlegung angemessener Vorstandsvergütung gem. § 87 Abs. 1 AktG ist zudem davon auszugehen, dass dies in Anbetracht der Vergütungskompetenz des Aufsichtsrats **jedenfalls de lege lata nicht wirksam möglich** ist.³¹

Die systematische Auslegung des § 87 Abs. 1 und Abs. 2 AktG lässt schließlich erkennen, dass sich die Angemessenheit **im Zeitpunkt der Festsetzung der Gesamtbezüge** beurteilt, nicht im Zeitpunkt der Auszahlung.³² 14

a) Bezugspunkt „Gesamtbezüge“

Bezugspunkt der Angemessenheit im AktG sind die „**Gesamtbezüge**“. Zu diesen rechnen nicht nur fixe und variable Vergütungsbestandteile unabhängig von ihrer Gestaltungsform, sondern gemäß § 87 Abs. 1 Satz 1 AktG auch Aufwandsentschädigungen, Versicherungsentgelte und „**Nebenleistungen jeder Art**“. Dies umfasst zum einen typische dienstvertragliche Leistungen wie die Karenzentschädigung für ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot³³ oder die Fortzahlung von Fixum oder Gesamtvergütung im Falle von Krankheit oder Tod,³⁴ zum anderen darüber hinausgehende Leistungen wie Wohnrechte,³⁵ die Nutzung persönlicher Berater oder medizinische Untersuchungen.³⁶ Abzugsgrenzen ist zu den sog. dienstlichen Fürsorgeaufwendungen: Leistungen, die dazu dienen, die Infrastruktur für die Vorstandstätigkeit als solche zur Verfügung zu stellen, wie etwa für die dienstliche Nutzung zuhause bereitgestellter IT-Mittel oder eines Dienstwagens zur dienstlichen Nutzung, zählen nicht zu den „Gesamtbezügen“, die Privatnutzung von Dienstwagen oder sonstigen Arbeitsmitteln dagegen ist in die Angemessenheitsprüfung einzubeziehen.³⁷ Hinsichtlich von Versicherungsbeiträgen, einschließlich von **Prämien zur D&O-Versicherung**, ist nach denselben Kriterien zu differenzieren; somit sind lediglich solche Zahlungen zu den Versicherungsentgelten und mithin „Gesamtbezügen“ des § 87 Abs. 1 Satz 1 AktG zu rechnen, die ganz maßgeblich privaten Belangen des Vorstandsmitglieds zu dienen bestimmt sind, nicht aber an Unternehmensrisiken ausgerichte- 15

31 Str.; für die Möglichkeit der Satzungsfestlegung, wenn die Personalkompetenz nicht eingeschränkt wird, d. h. nicht etwa Obergrenzen für die Vergütung aufgenommen werden, beispielsweise Hüffer/Koch-Koch, § 87 Rn. 4 m. w. N.; wie hier beispielsweise auch MüKoAktG-Spindler, § 87 Rn. 41 m. w. N., der eine solche Option jedoch de lege ferenda für wünschenswert hielte.

32 Vgl. Hirte/Mülbert/Roth-Kort, § 87 Rn. 106.

33 Vgl. Wettich, AG 2013, 374, 378.

34 Vgl. Wettich, AG 2013, 374, 378.

35 Vgl. Hüffer/Koch-Koch, § 87 Rn. 2.

36 Vgl. Hirte/Mülbert/Roth-Kort, § 87 Rn. 44 m. w. N.

37 Hirte/Mülbert/Roth-Kort, § 87 Rn. 44 und 46 m. w. N.; Hüffer/Koch-Koch, § 87 Rn. 2 m. w. N.

Kap. 8 Die Vergütung von Vorständen börsennotierter Aktiengesellschaften

te Gruppenpolicen.³⁸ Auch **Abfindungen** sind vom Begriff der Gesamtbezüge und vom Angemessenheitsgebot umfasst³⁹ (vgl. näher zu Abfindungen Rn. 26).

- 16 Gemäß § 87 Abs. 1 Satz 4 AktG gilt das Angemessenheitsgebot sinngemäß für **Ruhegehalt, Hinterbliebenenbezüge und Leistungen verwandter Art**.
- 17 **Ziff. 4.2.3 Abs. 2 Satz 5 DCGK** verlangt, dass „sämtliche Vergütungsbestandteile“ „für sich und insgesamt“ angemessen sind.

b) Kriterien der Angemessenheit

- 18 Die Kriterien des § 87 Abs. 1 Satz 1 AktG, Aufgaben und Leistung des Vorstandsmitglieds und Lage der Gesellschaft sind kumulativ zu verstehen,⁴⁰ sodass das Angemessenheitsgebot nicht gewahrt ist, wenn die Lage der Gesellschaft die vorgesehenen Gesamtbezüge zwar der absoluten Höhe nach zuließe, diese jedoch zu Aufgaben oder Leistung des individuellen Vorstandsmitglieds außer Verhältnis stünde.⁴¹

aa) Die Aufgaben des Vorstandsmitglieds

- 19 Ausgangspunkt der Bestimmung der **Aufgaben** des Vorstandsmitglieds ist die Aufgabenzuweisung in Satzung, Geschäftsordnung und Dienstvertrag unter Berücksichtigung des Umfangs und der Besonderheiten des zugewiesenen Ressorts, der Stellung (Vorstandsvorsitzender, Vorstandssprecher) des Vorstandsmitglieds und der Größe des Vorstands.⁴² Zu berücksichtigen ist zudem das Maß der aufgrund dieser Aufgabenzuweisung übertragenen Verantwortung, sodass sich in der Praxis erhebliche Unterschiede in der Höhe der Vergütung einzelner Vorstandsmitglieder ergeben können.⁴³ Nach überzeugender Ansicht ist daher eine exorbitant nach oben abweichende Vergütung eines einzelnen Vorstandsmitgliedes auch keine Frage des formalen Gleichheitsgrundsatzes, sondern kann, wenn sie nicht auf besondere Umstände wie die Übernahme zusätzlicher Aufgaben und Arbeitsbelastung (Vorstandsvorsitzender, Vorstandssprecher; vgl.

38 Vgl. Moll-Moll/Eckhoff, Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, § 81 Rn. 42 m. w. N.

39 Str., so wie hier Moll-Moll/Eckhoff, Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, § 81 Rn. 42; MüKoAktG-Spindler, § 87 Rn. 150 m. w. N. (vgl. dort auch ausführlich zum Meinungsstand).

40 Vgl. Hölters-Weber, § 87 Rn. 16.

41 Vgl. Beiner/Braun, Der Vorstandsvertrag, Rn. 295.

42 Vgl. zu alledem Marsch-Barner/Schäfer-Arnold/Günter, Handbuch börsennotierte AG, § 20 Rn. 24 m. w. N.; Spindler/Stilz-Fleischer, § 87 Rn. 10 m. w. N.

43 Vgl. Spindler/Stilz-Fleischer, § 87 Rn. 10 m. w. N.

für ein Praxisbeispiel Kap. 12 Rn. 52) zurückgeht, die Unangemessenheit der höheren Vergütung unter § 87 Abs. 1 AktG indizieren.⁴⁴

bb) Die Leistung des Vorstandsmitglieds

Da die Vergütung künftige Leistungen honorieren soll, ist Bezugspunkt der Angemessenheit auch die künftig zu erwartende **Leistung**,⁴⁵ wobei Leistungen der Vergangenheit als Indiz für die Prognoseentscheidung herangezogen werden dürfen.⁴⁶ Die Einzelheiten des Leistungsbegriffs bleiben unklar; anerkannt ist die Ausrichtung an Kriterien wie Rentabilität und Steigerung des Unternehmenserfolgs, soweit diese jeweils auf Nachhaltigkeit angelegt ist.⁴⁷ Einfacher ist die Umsetzung der Leistungsorientierung in der Praxis bei einem hohen Anteil variabler, erfolgsbezogener Vergütung. Reine Fixvergütungen bleiben gleichwohl zulässig (vgl. Rn. 47 ff.).⁴⁸

Der Wortlaut des § 87 Abs. 1 Satz 1 AktG („Leistungen des Vorstandsmitglieds“) spricht dafür, lediglich die Leistungen des individuellen Vorstandsmitglieds, nicht aber die des Gesamtgremiums einzubeziehen,⁴⁹ wobei über Teamfähigkeit und Kooperation mit und Einbindung in den Gesamtvorstand, die allgemein als valide Kriterien benannt werden,⁵⁰ ein gewisser Gremienbezug hergestellt wird. 21

cc) Die Lage der Gesellschaft

Über das Kriterium der **Lage der Gesellschaft** sind in die Angemessenheit insbesondere die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft insgesamt, ihr Ruf, ihre strategische Ausrichtung und Position im Markt und auch die Komplexität der Ge- 22

44 Vgl. Hirte/Mülbert/Roth-Kort, § 87 Rn. 109 f. m. w. N., einschließlich a. A. hinsichtlich der Anwendbarkeit des formalen Gleichheitssatzes.

45 Vgl. MüGesR IV-Wiesner, § 21 Rn. 41.

46 Vgl. nur MüKoAktG-Spindler, § 87 Rn. 47 m. w. N.; Hölters-Weber, § 87 Rn. 21 m. w. N.; a. A. wohl HS-Dauner-Lieb, § 87 Rn. 16, die darauf verweist, dass sich die bisherige Rechtslage, unter der bereits die Leistung des einzelnen Vorstands und des Gesamtvorstands einbezogen worden sei, durch die Aufnahme des Leistungskriteriums in den Wortlaut des § 87 Akt durch das VorstAG nicht geändert habe.

47 Vgl. MüGesR IV-Wiesner, § 21 Rn. 41 m. w. N.

48 Vgl. Spindler/Stilz-Fleischer, § 87 Rn. 35; a. A. wohl HS-Dauner-Lieb, § 87 Rn. 16; für die Zulässigkeit unter Einschränkungen MüKoAktG-Spindler, § 87 Rn. 80 f., der davon ausgeht, dass ein reines Fixum nach wie vor nicht verboten sei, das Leistungskriterium „enge Grenzen“ setze, sodass in der Regel ein „Mischsystem geboten“ sei.

49 Vgl. Spindler/Stilz-Fleischer, § 87 Rn. 12; Hölters-Weber, § 87 Rn. 20.

50 Vgl. nur Hölters-Weber, § 87 Rn. 20 m. w. N.; MüKoAktG-Spindler, § 87 Rn. 46 m. zahlreichen w. N.

Kap. 8 Die Vergütung von Vorständen börsennotierter Aktiengesellschaften

sellschafts- oder Gruppenstruktur einzubeziehen, und zwar unter Abschätzung auch künftiger Entwicklung in- und externer Faktoren.⁵¹

dd) Die Üblichkeit der Vergütung

- 23** Die Vorstandsbezüge dürfen gem. § 87 Abs. 1 Satz 1 AktG zudem „die übliche Vergütung nicht ohne besondere Gründe übersteigen“ (**Üblichkeit der Vergütung**). Die Üblichkeit bildet damit eine Obergrenze, keinen Begründungsansatz für eine besonders hohe Vergütung.⁵² Die Üblichkeit ist in zwei Schritten zu prüfen: Einerseits ist zwingend⁵³ die „Branchen-, Größen- und Landesüblichkeit“ zu prüfen (sog. **horizontale Vergleichbarkeit**), wobei sich die Landesüblichkeit auf den Geltungsbereich des Aktiengesetzes, also die Bundesrepublik Deutschland bezieht.⁵⁴ In den horizontalen Vergleich sind „Unternehmen derselben Branche, ähnlicher Größe und Komplexität“ einzubeziehen.⁵⁵ Der Aufsichtsrat hat bei der Wahl der Vergleichsunternehmen auf Grundlage von Faktoren wie Reputation, Markt, Marktpräsenz und Komplexität der Unternehmens- und Aktionärsstruktur ein weites Ermessen.⁵⁶ Andererseits „kann aber auch das Lohn- und Gehaltsgefüge im Unternehmen herangezogen werden (**Vertikalität**)“, ⁵⁷ um sicherzustellen, dass die Vorstandsvergütung „nicht Maß und Bezug zu den Vergütungsgepflogenheiten und dem Vergütungssystem im Unternehmen im Übrigen verliert“. ⁵⁸ Auf die Festlegung bezifferbarer Grenzen, die eine letztlich wenig praxisgerechte Verallgemeinerung unterschiedlicher Sachverhalte bedeuten würde, hat der Gesetzgeber verzichtet.
- 24** Gerade bei **Versorgungszusagen** in Form der Leistungszusage (**defined benefit**), wie sie in der Vergangenheit häufig waren,⁵⁹ bereitet der horizontale Ver-

51 Vgl. Spindler/Stilz-Fleischer, § 87 Rn. 14; HS-Dauner-Lieb, § 87 Rn. 15.

52 Vgl. Kremer-Bachmann, Deutscher Corporate Governance Kodex, Rn. 976.

53 Vgl. Schmidt/Lutter-Seibt, § 87 Rn. 10.

54 Vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses (6. Ausschuss) zu dem Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD Drucksache 16/12278 – Entwurf eines Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG), BT-Drs. 16/13433 vom 17.6.2009, S. 10.

55 Vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses (6. Ausschuss) zu dem Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD Drucksache 16/12278 – Entwurf eines Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG), BT-Drs. 16/13433 vom 17.6.2009, S. 10.

56 Vgl. Schmidt/Lutter-Seibt, § 87 Rn. 10.

57 Vgl. Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) vom 17.3.2009, BT-Drs. 16/12278, S. 5.

58 Vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses (6. Ausschuss) zu dem Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD Drucksache 16/12278 – Entwurf eines Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG), BT-Drs. 16/13433 vom 17.6.2009, S. 10.

59 Vgl. Bosse, Handbuch der Vorstandsvergütung, Rn. 231.

gleich Schwierigkeiten. Denn hinsichtlich Dienstzeit bis zur Fälligkeit, Höhe der Leistung und Leistungsvoraussetzungen (Invalidität, Tod) können letztlich nur (versicherungsmathematische) Annahmen getroffen, auf dieser Basis dann eine fiktive Versicherungsprämie ermittelt und zum Vergleich herangezogen werden.⁶⁰ Bei den in der Praxis inzwischen üblichen beitragsorientierten Zusagen⁶¹ (**defined contribution**) kann hingegen auf den Pensionsaufwand abgestellt werden.⁶² Die Empfehlung der Ziff. 4.2.3 Abs. 3 DCGK, „das jeweils angestrebte Versorgungsniveau – auch nach der Dauer der Vorstandszugehörigkeit – fest[zu]legen und den daraus abgeleiteten jährlichen sowie den langfristigen Aufwand für das Unternehmen [zu] berücksichtigen“, scheint dagegen noch auf Leistungszusagen gemünzt; empfohlen wird in der Literatur gleichwohl, im Falle der beitragsorientierten Zusage eine Abweichung von Ziff. 4.2.3 Abs. 3 DCGK zu prüfen und ggf. auch vorsichtshalber zu erklären.⁶³

ee) Weitere Kriterien der Angemessenheit

Die in § 87 Abs. 1 Satz 1 AktG benannten Parameter sind **nicht als abschließend zu verstehen**,⁶⁴ vielmehr sind nach allgemeiner Ansicht zudem die individuellen Fähigkeiten, Kenntnisse und Qualifikationen einzubeziehen sowie der auf diesen beruhende „Marktwert“ des Vorstandsmitglieds und die Verhandlungssituation.⁶⁵ Nach richtiger Ansicht sind dagegen Familienstand und Alter bei der AG nicht für die Vergütungsentscheidung heranzuziehen.⁶⁶ **25**

c) Angemessenheit von Abfindungszahlungen

Auch **Abfindungen** sind am Angemessenheitsgebot zu messen.⁶⁷ Das AktG sieht indes weder eine relative noch eine absolute Begrenzung für Abfindungen vor. Gem. Ziff. 4.2.3 Abs. 4 DCGK soll jedoch bereits bei Abschluss des Dienstvertrages sichergestellt werden, dass Abfindungen im Falle vorzeitiger Beendigung der Vorstandstätigkeit auf zwei Jahresvergütungen einschließlich Neben- **26**

60 Vgl. zu alledem ausführlich *Doetsch*, AG 2010, 465, 466.

61 Vgl. *Heidel-Heldt/Fischer zu Cramberg*, DCGK Rn. 32; *Doetsch*, AG 2010, 465, 466.

62 Vgl. *Doetsch*, AG 2010, 465, 467.

63 Vgl. *Schmidt-Bendun*, AG 2014, 177, 180 f.

64 Vgl. *Hölters-Weber*, § 87 Rn. 16 m. w. N. zum Meinungsstand vor dem VorstAG.

65 Vgl. *HS-Dauner-Lieb*, § 87 Rn. 17; *Hüffer/Koch-Koch*, § 87 Rn. 4 m. w. N.

66 Gegen eine Berücksichtigung von Familienstand, Anzahl der Kinder und Alter etwa auch *MüGesR IV-Wiesner*, § 21 Rn. 44 m. w. N.; kritisch auch *HS-Dauner-Lieb*, § 87 Rn. 17; a. A. *Hüffer/Koch-Koch*, § 87 Rn. 4, unter Verweis auf die zur GmbH ergangene Rechtsprechung, die jedoch insoweit für § 87 Abs. 1 AktG nicht heranzuziehen sein dürfte (vgl. hierzu überzeugend *MüGesR IV-Wiesner*, § 21 Rn. 44).

67 Str., so wie hier *Moll-Moll/Eckhoff*, Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, § 81 Rn. 42; *MüKoAktG-Spindler*, § 87 Rn. 150 m. w. N. (vgl. dort auch ausführlich zum Meinungsstand).

Kap. 8 Die Vergütung von Vorständen börsennotierter Aktiengesellschaften

leistungen begrenzt werden sowie auf die für die Restlaufzeit des Anstellungsvertrages noch zu zahlende Vergütung (**Cap**). Zu berechnen ist das Cap auf Grundlage der Gesamtvergütung des abgelaufenen Geschäftsjahres, gegebenenfalls jedoch unter Einbeziehung der voraussichtlichen Gesamtvergütung für das laufende Geschäftsjahr. Bei börsennotierten Gesellschaften wäre mithin direkt im Dienstvertrag ein entsprechendes Cap für den Fall der vorzeitigen Beendigung zu vereinbaren und zugleich (hinreichend transparent) die Berechnungsgrundlage anzugeben. Beides gestaltet sich in der Praxis schwierig und bietet zudem keine Garantie, nicht doch über Cap abfinden zu müssen, um zur Auflösung der Vertragsbindung zu kommen, wo keine Kündigungsmöglichkeit besteht. Entsprechend ergab sich im Jahr 2015 hinsichtlich des Caps auch lediglich eine Befolgungsquote von 79,2%.⁶⁸ Risiken hinsichtlich des Streits über die Abfindungshöhe können jedoch praktisch durch sog. Koppelungsklauseln reduziert werden, die, etwa für den Fall des Widerrufs der Bestellung aus wichtigem Grund (§ 84 Abs. 3 Satz 1 AktG, nicht § 626 BGB), die automatische Beendigung des Dienstvertrages mit einer Auslauffrist vorsehen (auflösende Bedingung), üblicherweise verknüpft mit der Zahlung einer begrenzten Abfindung.⁶⁹

- 27 Abfindungszahlungen „erfolgen“ gem. Ziff. 4.2.3 Abs. 4 DCGK nicht, wenn das Vorstandsmitglied aus einem von ihm zu vertretenden wichtigen Grund (§ 626 BGB) ausscheidet.
- 28 Dienstvertragsklauseln, die dem Vorstandsmitglied für den Fall eines Kontrollwechsels ein Sonderkündigungsrecht mit Abfindungsanspruch gewähren (**Change of Control-Klauseln**), müssen in der Abfindungskomponente ebenfalls dem Angemessenheitsgrundsatz des § 87 Abs. 1 Satz 1 AktG entsprechen.⁷⁰ Überdies ist § 33 WpÜG zu prüfen (Verhinderungswirkung des Sonderkündigungsrechts).⁷¹ Das AktG enthält weder ein absolutes noch ein relatives Cap für die Abfindungskomponente der Change of Control-Klausel.
- 29 Gem. Ziff. 4.2.3 Abs. 5 DCGK sollen Zusagen von Leistungen bei vorzeitiger Vertragsbeendigung anlässlich eines Kontrollwechsels hingegen 150 % des Caps für Abfindungen gem. Ziff. 4.2.3 Abs. 4 DCGK (vgl. hierzu Rn. 26) nicht übersteigen.

⁶⁸ *Werder/Turkali*, DB 2016, 1357, 1359 ff.

⁶⁹ Vgl. zu alledem auch *Bosse*, Handbuch der Vorstandsvergütung, Rn. 267–275.

⁷⁰ Vgl. *Hölters-Weber*, § 87 Rn. 44 m. w. N.; *Bosse*, Handbuch der Vorstandsvergütung, Rn. 285.

⁷¹ Vgl. hierzu ausführlicher *MüKoAktG-Schlitt/Ries*, § 33 WpÜG Rn. 114; *Dreher*, AG 2002, 214, 216.

2. Anwendbarkeit des Angemessenheitsgebots bei Leistungen Dritter

Fraglich ist, inwieweit der Aufsichtsrat **Drittvergütung** im Hinblick auf ihre Angemessenheit zu prüfen bzw. in die Angemessenheitsprüfung einzubeziehen hat. Virulent wird die Frage etwa bei **Drittanstellungen des Vorstands im Konzern unter Zahlung der dienstvertraglichen Vergütung durch den Dritten**, die jedenfalls nach h. L. zulässig sind,⁷² aber auch bei **Einbeziehung in Vergütungssysteme der Muttergesellschaft** oder **Zuwendungen durch die Aktionäre**. Ob derartige Drittbezüge einer Angemessenheitsprüfung durch den Aufsichtsrat der Gesellschaft, bei der der Vorstand die Organstellung innehat, zu unterziehen ist oder gar einem generellen Zustimmungsvorbehalt unterliegen, bleibt umstritten.⁷³ Um dem Schein von Interessenkonflikten des Vorstands entgegenzuwirken und sicherzustellen, dass der Vorstand nicht gegen die Interessen der Gesellschaft agiert, erscheint es jedenfalls aus Gründen der Vorsicht geboten, Vergütungsleistungen durch Dritte der Angemessenheitsprüfung durch den Aufsichtsrat der Gesellschaft, bei der der Vorstand sein Mandat innehat, zu unterziehen, obwohl die Vergütung nicht das Vermögen der Gesellschaft, bei der das organschaftliche Mandat des Vorstands besteht, schmälert.⁷⁴ Bei der Angemessenheitsprüfung dürfte dem Aufsichtsrat ein weiteres Ermessen zukommen; es erscheint zudem sinnvoll, etwa den Drittvergleich als verzichtbar anzusehen.⁷⁵

Für eine Einbeziehung in die Angemessenheitsprüfung spricht auch – rein faktisch, nicht dogmatisch – Ziff. 4.2.3 Satz 1 DCGK, wonach die Gesamtvergütung der Vorstandsmitglieder „Leistungen von Dritten, die im Hinblick auf die Vorstandstätigkeit zugesagt oder im Geschäftsjahr gewährt wurden“ umfasst.

72 Vgl. etwa Jooß, NZG 2011, 1130 ff.; Reuter, AG 2011, 274 ff.; a. A. Hölters-Weber, § 84 Rn. 41 m. w. N.; MüKoAktG-Spindler, § 84 Rn. 76.

73 Für die Zustimmungsbedürftigkeit beispielsweise MüKoAktG-Spindler, § 87 Rn. 73; Hölters-Weber, § 87 Rn. 13 m. w. N.; für die Notwendigkeit einer Angemessenheitsprüfung durch den Aufsichtsrat Diekmann/Punte, WM 2016, 681, 685 m. w. N. mit einer Übersicht zum Meinungsstand; a. A. Traugott/Grün, AG 2007, 761, 768 f. mit der Begründung, der Schutzzweck des Angemessenheitsgebots sei hier nicht berührt (Schutz der Gläubiger, Mitarbeiter und Aktionäre vor einer Schädigung des Gesellschaftsvermögens durch die Gewährung übermäßiger Bezüge, während hier die Vergütung gerade nicht aus dem Vermögen der Gesellschaft entnommen wird); BGH, Urt. v. 28.4.2015, II ZR 63/14, NZG 2015, 792, 793, betrifft eine andere Frage.

74 So auch Diekmann/Punte, WM 2016, 681, 685.

75 So Diekmann/Punte, WM 2016, 681, 685 m. w. N.

3. Folgen der Festsetzung unangemessener Vergütung

a) Haftung der Aufsichtsratsmitglieder

- 32** Die Aufsichtsratsmitglieder haften bei Festsetzung unangemessener Vergütung gem. §§ 116 Satz 3, 93 AktG auf Schadensersatz. Dies setzt allerdings eine **Überschreitung des weiten Beurteilungs- und Ermessensspielraums** voraus, sodass die Schadensersatzhaftung nur in Einzelfällen zum Tragen kommen wird. Zudem wird sich im gerichtlichen Verfahren schwer feststellen lassen, wie hoch bei Anwendung der Differenzhypothese der verursachte Schaden ist, weil dies die Bestimmung der Vergütung, die gerade noch als „angemessen“ anzusehen wäre, voraussetzt.⁷⁶ Auch die Abberufung gem. § 103 Abs. 3 AktG wird nur in Extremfällen in Betracht kommen.⁷⁷ Entscheidender für die Praxis ist, gemessen an den strengen Maßstäben des 3. Strafsenats des BGH im Mannesmann-Urteil,⁷⁸ das Risiko der Untreue.

b) Unwirksamkeit dienstvertraglicher Vergütungsklauseln bei unangemessener Vergütung?

- 33** § 87 AktG ist nach überzeugender h.L. kein Verbotsgesetz i. S. d. § 134 BGB, weshalb die entsprechende Vergütungsklausel zunächst wirksam bleibt.⁷⁹ Lösungsansätze können in Fällen grober Überschreitung des Angemessenen in § 138 BGB oder den Grundsätzen des Missbrauchs der Vertretungsmacht liegen.⁸⁰ Ein Ersatzanspruch gegen das von der Entscheidung des Aufsichtsrats begünstigte Vorstandsmitglied, etwa aus Treuepflichtverletzung, wird dagegen i. d. R. nicht in Betracht kommen.⁸¹

4. Das Gebot der Nachhaltigkeit

- 34** Das Gebot der Nachhaltigkeit ist in § 87 Abs. 1 Satz 2 und 3 AktG normiert. Es verlangt, dass finanzielle Verhaltensanreize **börsennotierter** Gesellschaften auf eine nachhaltige Unternehmensentwicklung gerichtet sind. Wie diese Langfris-

76 Vgl. MüKoAktG-Habersack, § 116 Rn. 69; Schmidt/Lutter-Schmidt/Lutter, § 87 Rn. 17.

77 Vgl. Schmidt/Lutter-Schmidt/Lutter, § 87 Rn. 17 m. w. N.

78 Vgl. BGH, Urt. v. 21.12.2005, 3 StR 470/04, NJW 2006, 522.

79 Vgl. HS-Dauner-Lieb, § 87 Rn. 10 m. w. N.; Hüffer/Koch-Koch, § 87 Rn. 22. A. A. Sacker/Stenzel, JZ 2006, 1151, 1152 ff., die die Nichtigkeit der Vergütungsregelungen annehmen und den Vertrag hiernach im Wege ergänzender Vertragsauslegung durch eine angemessene, d. h. marktübliche, Vergütungsvereinbarung ergänzen wollen, 1155.

80 Vgl. hierzu ausführlicher Bosse, Handbuch der Vorstandsvergütung, Rn. 392 f. m. w. N., sowie Hüffer/Koch-Koch, § 87 Rn. 22 m. w. N.

81 Vgl. Hüffer/Koch-Koch, § 87 Rn. 23 m. w. N.

tigkeit von Verhaltensanreizen zu erreichen ist, dazu enthält das AktG nur wenige Vorgaben. Der Gesetzgeber hat die Ausgestaltung des Nachhaltigkeitsgebots bewusst im Ermessen der Aufsichtsräte belassen, die den Eigenheiten der jeweiligen Branche Rechnung tragen kann.⁸² So sieht § 87 Abs. 1 Satz 3 AktG allein vor, dass variable Vergütungsbestandteile eine „mehrfährige Bemessungsgrundlage“ haben müssen. Beschlussvorlage und Bericht des Rechtsausschusses zum VorstAG benennen lediglich die Bonus-Malus-Regelung und Leistungsbetrachtung über die Gesamtlaufzeit als Beispiele für die „zahlreiche[n] denkbare[n] Vertragsgestaltungen“. ⁸³ Konkrete Vorgaben sind auch in der Gesetzesbegründung zum VorstAG nicht enthalten. ⁸⁴

Ein **bloßes Hinausschieben des Auszahlungszeitpunktes** soll dem Nachhaltigkeitsgebot dabei nicht genügen: Erforderlich ist nach der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses, dass variable Vergütungsbestandteile „auch **an negativen Entwicklungen im gesamten Bemessungszeitraum teilnehmen**“. ⁸⁵ **35**

a) Einzelne Bestandteile der Gesamtbezüge

aa) Monetäre variable Vergütung

Auch monetäre variable Vergütungsbestandteile müssen auf Nachhaltigkeit, jedoch nicht notwendig wie Aktienoptionen auf einen vierjährigen Bemessungszeitraum, ausgerichtet sein. **36**

(1) „Mehrfährige“ Bemessungsgrundlage für variable Vergütung

Das Gesetz enthält keine Vorgaben dazu, was unter einer „mehrfährigen“ Bemessungsgrundlage zu verstehen ist. Daher stellt sich insbesondere die Frage, ob **bereits eine zweijährige Bemessungsgrundlage ausreicht**. Der Gesetzeswortlaut an sich ließe eine solche Auslegung zu. ⁸⁶ Die Gesetzesbegründung zum VorstAG legt indes nahe, dass der Gesetzgeber längere Fristen vor Augen hatte: **37**

⁸² Vgl. *Fleischer*, NZG 2009, 801, 803; *MüKoAktG-Spindler*, § 87 Rn. 90.

⁸³ Vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses (6. Ausschuss) zu dem Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD Drucksache 16/12278 – Entwurf eines Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG), BT-Drs. 16/13433 vom 17.6.2009, S. 10.

⁸⁴ Die Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) vom 17.3.2009, BT-Drs. 16/12278, S. 5, enthält lediglich allgemeine Überlegungen.

⁸⁵ Vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses (6. Ausschuss) zu dem Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD Drucksache 16/12278 – Entwurf eines Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG), BT-Drs. 16/13433 vom 17.6.2009, S. 10.

⁸⁶ So beispielsweise auch *Kremer-Bachmann*, Deutscher Corporate Governance Kodex, Rn. 996.

Kap. 8 Die Vergütung von Vorständen börsennotierter Aktiengesellschaften

Das VorstAG hat die Ausübungsfrist für Aktienoptionen von zwei auf vier Jahre erhöht, § 193 Abs. 2 Nr. 4 AktG. Nach der Gesetzesbegründung soll die Vierjahresfrist auch im Übrigen als „Auslegungshilfe“ für § 87 Abs. 1 AktG dienen.⁸⁷ In der Literatur wird vielfach ein Zeitraum von vier Jahren zugrunde gelegt.⁸⁸ Als Anhaltspunkt für die Bestimmung des Bemessungszeitraums wird teilweise auch die regelmäßige Bestelldauer von drei bis gem. § 84 Abs. 1 Satz 1 AktG höchstens fünf Jahren gesehen.⁸⁹ Zwingend erscheint dies nicht; insbesondere ist § 84 Abs. 1 Satz 1 AktG kein Gebot zu entnehmen, stets einen Bemessungszeitraum von fünf Jahren zugrunde zu legen.⁹⁰

- 38 Auch ein Vierjahreszeitraum dürfte nicht in jedem Fall erforderlich sein, solange dem mit dem VorstAG verfolgten Zweck, Fehlanreize durch kurzfristige Vergütungsanreize auszuschließen, im Ergebnis noch genüge getan ist.⁹¹ Es erscheint sinnvoll, nach der Art des Vergütungsbestandteils zu differenzieren.

(2) Gewährung der variablen Vergütung erst nach Feststellung des Unternehmenserfolgs?

- 39 In der Literatur wird teilweise gefordert, die variable Vergütung erst nach Ende des Bemessungszeitraums auszuzahlen.⁹² Das Gesetz verlangt dies nicht. Häufig sind daher in der Praxis trotz der mit ihnen verbundenen Verlagerung des Risikos der Durchsetzbarkeit auf die AG Vereinbarungen, wonach die variable Vergütung bereits vor dem Ende des Bemessungszeitraums ausgezahlt wird und Rückforderungsmöglichkeiten (**claw back**) unterworfen wird.

(3) Performancebetrachtung über die Gesamtlaufzeit

- 40 Als Beispiel für eine Umsetzung des Nachhaltigkeitserfordernisses benennt die Beschlussvorlage des Rechtsausschusses zum VorstAG die Performancebetrachtung über die Gesamtlaufzeit.⁹³ Umsetzbar ist dies beispielsweise durch Zielvereinbarungen, die auf wirtschaftliche Kennzahlen in einem Zeitpunkt in drei bis

87 Vgl. die Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) vom 17. März 2009, BT-Drs. 16/12278, S. 5.

88 Vgl. MüKoAktG-*Spindler*, § 87 Rn. 88 m. w. N. zu in der Literatur angenommenen Bemessungszeiträumen von vier bzw. drei bis fünf Jahren.

89 Vgl. *Fleischer*, NZG 2009, 801, 803.

90 So auch MüKoAktG-*Spindler*, § 87 Rn. 88; vgl. auch dort zur Gegenauffassung.

91 Differenzierend etwa auch *Kremer-Bachmann*, Deutscher Corporate Governance Kodex, Rn. 996 m. w. N.; MüKoAktG-*Spindler*, § 87 Rn. 88.

92 Vgl. etwa MüKoAktG-*Spindler*, § 87 Rn. 89.

93 Vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses (6. Ausschuss) zu dem Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD Drucksache 16/12278 – Entwurf eines Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) vom 17.3.2009, BT-Drs. 16/13433 vom 17.6.2009, S. 10.

fünf Jahren abstellen. Alternativ kann an früher eintretende Kriterien angeknüpft werden, jedoch der Zeitpunkt der Beurteilung der Erreichung dieser Kriterien nach Ende der Gesamtlaufzeit geschoben werden. Als Risikosteuerungsinstrument dürfte dies besonders wirkungsvoll sein, weil tatsächlich die Nachhaltigkeit der Zielerreichung bewertet und die Leistungsbeurteilung nicht durch eine Mitteilung über den mehrjährigen Bemessungszeitraum nivelliert wird. Die Vereinbarung von Abschlagszahlungen ist möglich.⁹⁴ Als schwierig kann sich jedoch die hinreichend klare Definition der Entscheidungs- und Bewertungskriterien im Dienstvertrag ebenso erweisen wie der Umgang mit einer vorzeitigen Vertragsbeendigung.

(4) Bonus-Malus-System

Denkbar ist auch die „Mittelung“ positiver und negativer Beiträge über den Bemessungszeitraum im Wege eines Bonus-Malus-Systems. Hierbei erfolgt i. d. R. jedes Geschäftsjahr eine Leistungsbeurteilung und häufig auch Abschlagszahlung bis zur Höhe des vollen Bonus für das Geschäftsjahr. Erst nach Ende des Bemessungszeitraums wird jedoch auf Grundlage der „Mittelung“ der endgültige, saldierte Bonus berechnet und ausgeglichen.⁹⁵ Als herausfordernd kann sich dabei die vorherige, hinreichend genaue Definition (und spätere Bewertung) der negativen Erfolgsbeiträge erweisen, sofern nicht lediglich an „harte“, objektiv messbare Kriterien wie EBIT oder EBITDA angeknüpft wird. Klauseln, denen zufolge das Vorstandsmitglied für nach der „Mittelung“ verbleibende „Minuspunkte“ gleich einer Vertragsstrafe haften soll, unterliegen AGB-rechtlich strengen Grenzen. Die pauschalierte Auszahlung im Fall des vorzeitigen Ausscheidens (mit oder ohne Prognoseentscheidung unter dem Bonus-Malus-System) bleibt Gegenstand der Diskussion.⁹⁶ **41**

(5) Bonusbank-System

Bei Bonusbank-Systemen wird innerhalb des Bemessungszeitraums zwar (i. d. R.) jährlich die Leistung bewertet, der angesichts der Jahreszielvereinbarung rechnerisch erzielte Bonus wird jedoch entweder gar nicht oder nur zu einem geringen Teil ausgeschüttet und stattdessen in ein unternehmenseigenes Bonusbank-System eingezahlt. Negative Beiträge in Folgeperioden werden vom Konto abgezogen. Die Auszahlung des (verzinsten) Gesamtbetrags erfolgt erst nach Bewertung der Performance über die Gesamtlaufzeit am Ende des Bemessungszeitraums. **42**

⁹⁴ Vgl. *Bosse*, Handbuch der Vorstandsvergütung, Rn. 156.

⁹⁵ Vgl. zu den Gestaltungsmöglichkeiten *Bosse*, Handbuch der Vorstandsvergütung, Rn. 158 ff.

⁹⁶ Vgl. hierzu *Wettich*, AG 2013, 374, 377 f. m. w. N.

Kap. 8 Die Vergütung von Vorständen börsennotierter Aktiengesellschaften

sungszeitraums, sodass langfristige Bindung und Nachhaltigkeit der Anreizsetzung gleichermaßen gefördert werden.⁹⁷

(6) Rückforderungsmöglichkeit (claw back)

- 43 Weit verbreitet sind auch außerhalb des regulierten Finanzdienstleistungssektors **dienstvertragliche Rückforderungsklauseln** zur Sicherstellung der Nachhaltigkeit der Bonusanreize. Unabhängig von der Ausgestaltung als Widerrufsvorbehalt oder auflösender Bedingung (§ 158 Abs. 2 BGB) bleibt eine dem AGB-rechtlichen Transparenzgebot entsprechende Ausgestaltung in der Praxis herausfordernd, insbesondere, wenn die Zielvereinbarung einerseits auf persönliche Ziele abstellt, der **claw back** andererseits durch negative Konzernentwicklungen ausgelöst werden soll.⁹⁸ In jedem Fall sollte die Höhe der zurückzugewährenden Leistung klar begrenzt werden.⁹⁹ Nimmt man die für Arbeitnehmer zu Rückforderungs-/Widerrufsklauseln entwickelten Kriterien zum Maßstab, dann wäre AGB-rechtlich überdies eine Begrenzung des rückzufordernden Anteils auf maximal 25 % der Gesamtvergütung anzuraten.¹⁰⁰ Dies jedoch würde letztlich der mit dem Nachhaltigkeitsprinzip des AktG beabsichtigten Anreizwirkung zuwiderlaufen. Es bleibt abzuwarten, ob die Rechtsprechung für Vorstandsverträge eigene Kriterien entwickelt. Das Risiko der arbeitsrechtlichen Durchsetzbarkeit trägt die AG.

bb) Share Ownership Guidelines

- 44 Weit verbreitetes Mittel zur Ausgestaltung der Nachhaltigkeit sind **Share Ownership Guidelines**, durch die die Mitglieder des Vorstands verpflichtet werden, ein Multiplikat ihrer Grundvergütung in Aktien der AG zu erwerben und während der Dauer ihrer Vorstandszugehörigkeit zu halten.¹⁰¹ Dabei sind

97 Vgl. *Bosse*, Handbuch der Vorstandsvergütung, Rn. 162 ff.

98 Vgl. hierzu ausführlich *Schuster*, FS Bauer, S. 973, 981 f.

99 Vgl. *Schuster*, FS Bauer, S. 973, 982.

100 Vgl. BAG, Urt. v. 12.1.2005, 5 AZR 364/04, NZA 2005, 465, 467 (25–30 % des Gesamtverdienstes) und BAG, Urt. v. 24.10.2007, 10 AZR 825/06 (offengelassen, jedoch „spricht auch viel dafür, dass in Fällen, in denen die Sonderzahlung mindestens 25 % der Gesamtvergütung ausmacht, [...] der Zweck einer zusätzlichen Vergütung bei der Abwägung der Interessen der Arbeitsvertragsparteien [...] maßgebend ist.“), NZA 2008, 40, 43.

101 Vgl. beispielsweise die Share Ownership Guidelines der Bayer AG, wonach als Voraussetzung für Auszahlungen aus dem LTI-Programm Bayer-Aktien im Wert von 75 % der Festvergütung aufzubauen und bis zum Ende der Bestellung jährlich, erstmals nach einer vierjährigen Aufbaufrist, nachzuweisen sind, vgl. den Geschäftsbericht der Bayer AG 2017, abrufbar unter: <http://www.geschaeftsbericht2017.bayer.de/lagebericht-ergaenzungen/corporate-governance-bericht/verguetungsbericht/vergue-tung-des-vorstands.html> (abgerufen: 28.12.2018).

etwa Gestaltungen bekannt, wonach nach einer Aufbauphase von vier Jahren der Vorstandsvorsitzende das Dreifache und die übrigen Mitglieder des Vorstands das Zweifache der durchschnittlichen Grundvergütung der letzten vier Jahre vor dem jährlichen Nachweisterrnin halten und im Falle von Kursschwankungen auch entsprechend nacherwerben müssen,¹⁰² wobei dies, je nach Ausgestaltung, etwa unter Anrechnung eines Teils der im Rahmen der kurzfristigen variablen Vergütung gewährten virtuellen Aktien geschehen kann.

cc) Aktienoptionen

Auch die Gewährung von **Aktienoptionen (stock options)** unterliegt § 87 Abs. 1 AktG.¹⁰³ Um ein stärker am langfristigen Unternehmenswohl ausgerichtetes Handeln zu erreichen, muss die Haltefrist mindestens vier Jahre betragen, § 193 Abs. 2 Satz 4 AktG.¹⁰⁴ Der Zielsetzung nachhaltiger Anreizwirkung würde es überdies entsprechen, Gegengeschäfte der Mitglieder des Vorstands (sog. **hedging**) ausdrücklich vertraglich auszuschließen.¹⁰⁵ Gem. Ziff. 4.2.3 Abs. 2 Satz 8 DCGK soll bei stock options auch eine nachträgliche Änderung der Vergleichsparameter (sog. **repricing**) ausgeschlossen sein: Vergleichsparameter sollen ebenso wenig wie Erfolgsziele nachträglich geändert werden.¹⁰⁶ Des Weiteren müssen börsennotierte Aktiengesellschaften die Ausgestaltung des stock option plans vorab bekannt machen oder die Abweichung vom Kodex erklären („comply or explain“).

dd) Phantom Stocks und ähnliche schuldrechtliche Instrumente

Phantom Stocks und ähnliche schuldrechtliche Instrumente „sollten“ nach der Begründung zum VorstAG „gleichfalls nur die langfristige Kursentwicklung

102 Vgl. etwa die Ausgestaltung der Share Ownership Guidelines der Siemens AG, Siemens-Geschäftsbericht 2017, Vergütungsbericht, abrufbar unter https://www.siemens.com/investor/pool/de/investor_relations/Siemens_GB2017_Verguetung.pdf, S. 47 (abgerufen: 28.12.2018); ähnlich auch die Ausgestaltung der Share Ownership Guidelines der Deutsche Börse Gruppe, wobei dort auf die Grundvergütung in einem Zweijahreszeitraum abgestellt wird und die Aufbauphase drei Jahre beträgt, vgl. Gruppe Deutsche Börse Finanzbericht 2017, Auszug: Vergütungsbericht, S. 144, abrufbar unter <http://deutsche-boerse.com/blob/3348360/fa9e73214f98ef8f1752710b08dc1768/data/GDB-Verguetungsbericht-FB-2017.pdf> (abgerufen: 28.12.2018).

103 Vgl. MüKoAktG-Spindler, § 87 Rn. 98.

104 Vgl. auch die Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) vom 17.3.2009, BT-Drs. 16/12278, S. 5.

105 Vgl. Spindler/Stilz-Fleischer, § 87 Rn. 43 m. w. N. zum Meinungsstand.

106 Vgl. hierzu ausführlich Kremer-Bachmann, Deutscher Corporate Governance Kodex, Rn. 1002 f.

Kap. 8 Die Vergütung von Vorständen börsennotierter Aktiengesellschaften

und damit das langfristige Unternehmenswohl belohnen“.¹⁰⁷ Unter Hinweis hierauf bzw. § 87 Abs. 1 Satz 2 AktG wird auch für **Phantom Stocks** (virtuelle Aktien) und **Stock Appreciation Rights (SARs)**; gerichtet auf Barauszahlung) vielfach eine vierjährige Mindestlaufzeit angenommen.¹⁰⁸

b) Zulässigkeit reiner Fixvergütung

- 47 Der DCGK **verlangt die Gewährung auch variabler Vergütungsbestandteile**, und die Praxis der DAX- und MDAX-Unternehmen spiegelt dies wider.¹⁰⁹
- 48 Auch nach Aufnahme der Leistungsbezogenheit in § 87 Abs. 1 Satz 2 AktG durch das VorstAG bleibt die Gewährung eines reinen Fixums jedoch zulässig.¹¹⁰
- 49 Die Gesetzesbegründung des VorstAG benennt als eines der Ziele des Gesetzes, „die Anreize der Vergütungsstruktur für Vorstandsmitglieder in Richtung einer nachhaltigen und auf Langfristigkeit ausgerichteten Unternehmensführung zu stärken“.¹¹¹ Dementsprechend hat der Aufsichtsrat bei der Festsetzung der Gesamtbezüge „Verhaltensanreize zur nachhaltigen Unternehmensführung“ zu setzen.¹¹² § 87 Abs. 1 Satz 3 AktG sieht vor, dass variable Vergütungsbestandteile eine mehrjährige Bemessungsgrundlage haben sollen.

107 Vgl. die Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) vom 17.3.2009, BT-Drs. 16/12278, S. 5.

108 Vgl. nur *Fleischer*, NZG 2009, 801, 803.

109 Ziffer 4.2.3 Abs. 2 Satz 2 DCGK (= E18) weist eine der höchsten Befolungsquoten des gesamten DCGK auf, vgl. die empirische Studie von *Werder/Turkali*, DB 2015, 1357, 1361: Auf Grundlage von Fragebögen ermittelte Befolungsrate für E18 von 100% für DAX, MDAX und TecDAX, 92,9% für SDAX, gesamt: 98,1% in 2015. Eine entsprechend hohe Befolungsrate weisen nicht alle Empfehlungen zur Vorstandsvergütung auf, vgl. hierzu etwa *Eisenschmidt/Bilgenroth*, DStR 2016, 551, 555 („29,4% der 34 Empfehlungen neuralgisch“, es zeige „sich insbesondere im Bereich der Vergütung des Vorstands ein hohes Abweichen von den Anforderungen des DCGK“). Beispielsweise ermitteln *Werder/Turkali*, DB 2015, 1357, 1361, eine Befolungsquote von insgesamt 78,2% und 80,6% in 2015 für E20 und E21 (Ziffer 4.2.3 Abs. 2 HS 1 bzw. HS 2 (betragsmäßige Höchstgrenzen für die Vorstandsvergütung insgesamt (HS 1) und für den variablen Bestandteil (HS 2)); die insgesamt für den DCGK für 2015 ermittelte Befolungsquote für Empfehlungen lag bei 83,6%, vgl. *Werder/Turkali* DB 2015, 1357, 1359.

110 So beispielsweise auch *Fleischer*, NZG 2009, 801, 803 unter Verweis auf die Gesetzesbegründung zum VorstAG m. w. N.

111 Vgl. die Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) vom 17.3.2009, BT-Drs. 16/12278, S. 1.

112 Vgl. die Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) vom 17.3.2009, BT-Drs. 16/12278, S. 2.

Das bedeutet noch nicht, dass Vorstandsvergütung neben dem Fixum zwingend einen variablen Bestandteil enthalten muss.¹¹³ Das Nachhaltigkeitsprinzip des § 87 Abs. 1 Satz 1 AktG ist unbestimmt und damit der Auslegung zugänglich. Weder sieht jedoch der Wortlaut des Aktiengesetzes ausdrücklich eine Verpflichtung zur Aufteilung in Fixum und variablen Vergütungsbestandteil vor, noch lässt die Gesetzessystematik einen entsprechenden, allgemeingültigen Schluss zu. Die Aufzählung von Vergütungsbestandteilen in § 87 Abs. 1 Satz 1 AktG legt lediglich die Bezugsgröße für das Angemessenheitsprinzip fest (Gesamtbezüge). Aus ihr folgt erkennbar keine Pflicht, entsprechende Vergütungsbestandteile zu gewähren („Nebenleistungen jeder Art“). Der Gesetzgeber hat das Nachhaltigkeitsprinzip des § 87 Abs. 1 Satz 2 AktG gerade nicht in einem Folgesatz durch ein Gebot konkretisiert, wonach variable Vergütungsbestandteile vorzusehen sind. Vielmehr ist § 87 Abs. 1 Satz 3 AktG so zu verstehen, dass dann, und nur dann, wenn sich ein Unternehmen dazu entscheidet, neben dem Fixum auch variable Vergütung zu gewähren, durch eine mehrjährige Bemessungsgrundlage auf nachhaltiges Unternehmenswachstum durch langfristige Verhaltensanreize hinzuwirken ist.

Etwas anderes ergibt sich auch weder aus der Beschlussvorlage des Rechtsausschusses zum VorstAG noch aus der Gesetzesbegründung.¹¹⁴ Verhindert werden soll danach, „[u]nbeschadet der Möglichkeit, eine Festvergütung zu vereinbaren“, dass kurzfristig ausgerichtete Anreize geschaffen werden, die dazu verleiten, das nachhaltige Unternehmenswachstum „aus dem Blick [zu] verlieren“.¹¹⁵ Als Beispiele nennt die Gesetzesbegründung den Börsenkurs oder das Auftragsvolumen an einem bestimmten Stichtag:¹¹⁶ „Wer stichtagbezogene Boni erhält,

113 Die Frage bleibt umstritten. Für die wohl h. L., die ein reines Fixum nach dem Aktiengesetz für zulässig erachtet, vgl. nur *Kremer-Bachmann*, Deutscher Corporate Governance Kodex, Rn. 993 m. w. N.; a. A. *Geßler-Käpplinger*, Anhang 8a DCGK Rn. 46: „[...] heißt dies aber auch, dass variable Vergütungsbestandteile zwingend Teil der Vergütung des Vorstandes sein müssen. Denn alleine auf Basis einer Fixvergütung ist eine nachhaltige Incentivierung nicht erreichbar. [...] Die in Ziffer 4.2.3 Abs. 2 Satz 2 ausgesprochene Empfehlung des Kodex, dass monetäre Vergütungsteile neben fixen auch variable Komponenten enthalten sollen, ist daher nicht lediglich eine Empfehlung, sondern geltendes Recht.“

114 So im Ergebnis für die Gesetzesbegründung auch *Hirte/Mülbert/Roth-Kort*, § 87 Rn. 148. In der Beschlussvorlage des Rechtsausschusses wird ausdrücklich deutlich gemacht, dass das Ziel der Nachhaltigkeit „mit verschiedenen Instrumenten angestrebt werden“ könne, vgl. *Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses* (6. Ausschuss) zu dem Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD Drucksache 16/12278 – Entwurf eines Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) vom 17.3.2009, BT-Drs. 16/13433 vom 17.6.2009, S. 10.

115 So die Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) vom 17.3.2009, BT-Drs. 16/12278, S. 5.

116 Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) vom 17.3.2009, BT-Drs. 16/12278, S. 5 und 1.

Kap. 8 Die Vergütung von Vorständen börsennotierter Aktiengesellschaften

ohne an einer nachfolgenden Verschlechterung der Parameter beteiligt zu werden, wird zum Eingehen unverantwortlicher Risiken verleitet.“¹¹⁷ Gemeint ist die Möglichkeit, Bilanzparameter zu einem Stichtag gezielt steuern und so eine hieran anknüpfende variable Vergütung erhalten zu können, ohne dass entsprechende Effekte Aussagen über den Wert der Leistung für die langfristige Bestands- und Ertragssicherung zulassen.¹¹⁸ Fehlanreize, die etwa dazu verleiten, ein Vertragsvolumen oder Bilanzparameter aufzublähen, werden durch ein bloßes Fixum aber gerade nicht gesetzt. Die Gewährung allein eines Fixbestandteils muss dem Nachhaltigkeitsprinzip daher jedenfalls dann genügen, wenn man dieses als Verbot kurzfristiger Fehlanreize versteht. Dies gilt umso mehr für nicht-börsennotierte Unternehmen, auf die § 87 Abs. 1 Satz 3 AktG grundsätzlich keine Anwendung findet.¹¹⁹

c) Verhältnis von fixer und variabler Vergütung

- 52 Das Aktiengesetz enthält keine Vorgaben zum Verhältnis von fixer und variabler Vergütung. Auch Ziffer 4.2.3 DCGK trifft hierzu keine Aussagen. Das Verhältnis zwischen Fixum und variabler Vergütung bleibt im Ermessen des Aufsichtsrats.¹²⁰

d) Zulässigkeit einzelner Vergütungsbestandteile mit kurzfristigen Vergütungsanreizen

- 53 Auch nach Inkrafttreten des VorstAG bleiben einzelne, kurzfristige Vergütungsanreize wie **Antritts- (sign on bonus) und Halteprämien (retention bonus)** zulässig, wenn sie im Unternehmensinteresse sind und die Vergütung insgesamt auf Nachhaltigkeit angelegt ist.¹²¹

117 Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) vom 17.3.2009, BT-Drs. 16/12278, S. 5.

118 Vgl. die Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) vom 17.3.2009, BT-Drs. 16/12278, S. 5.

119 Vgl. Hirte/Mülbert/Roth-Kort, § 87 Rn. 149 m.w.N., spricht von einer „allenfalls vorsichtig-zurückhaltend[en] Erstreckung auf nicht-börsennotierte Unternehmen“. Zugleich weist dieser jedoch in Rn. 118 m.w.N. darauf hin, dass die Vergütung der Vorstände auch nicht-börsennotierter Aktiengesellschaften nach der h. M. bereits vor dem VorstAG an einer nachhaltigen Unternehmensentwicklung ausgerichtet zu sein hatte und § 87 Abs. 2 AktG auch in der Fassung des VorstAG für nicht-börsennotierte Aktiengesellschaften gelten dürfte.

120 Vgl. Heidel-Heldt/Fischer zu Cramburg, Ziff. 4 DCGK, Rn. 29 m.w.N.

121 Vgl. MüGesR IV-Wiesner, § 21 Rn. 45; Bauer/Arnold, AG 2009, 717, 721; Spindler/Stilz-Fleischer, § 87 Rn. 29.

Aktienrechtlich zulässig können nach wie vor auch **Transaktionsboni** sein;¹²² 54
entsprechend zu beachten sind hier jedoch aufgrund erheblicher strafrechtlicher
Risiken die strengen Vorgaben, die der 3. Strafsenat des BGH im Mannesmann-
Urteil zu **nachträglichen Anerkennungsprämien (sog. appreciation awards)**
gemacht hat:¹²³

Der BGH hat zwischen Anerkennungsprämien unterschieden, die bereits im 55
Dienstvertrag vereinbart sind und solchen, die ohne eine solche vertragliche
Grundlage nachträglich zuerkannt werden:

Danach kann eine an den Geschäftserfolg geknüpfte einmalige oder jährlich 56
wiederkehrende Sonderzahlung auch nach Geschäftsjahresende zuerkannt wer-
den, wenn ein solcher variabler Vergütungsbestandteil bereits im Dienstvertrag
vorgesehen ist und das Angemessenheitsgebot wahrt. Liegt keine solche vertrag-
liche Grundlage vor, so kann eine nachträgliche Anerkennungsprämie straf-
rechtlich gleichwohl zulässig sein, „wenn und soweit dem Unternehmen gleich-
zeitig Vorteile zufließen, die in einem angemessenen Verhältnis zu der mit der
freiwilligen Zusatzvergütung verbundenen Minderung des Gesellschaftsvermö-
gens stehen“, etwa, wenn hierdurch den Begünstigten selbst oder auch potenziel-
len Führungskräften „signalisiert [wird], dass sich außergewöhnliche Leistun-
gen lohnen, von [der Anerkennungsprämie] also eine für das Unternehmen
vorteilhafte Anreizwirkung ausgeht“.¹²⁴ Mithin sind aus strafrechtlicher Sicht
freiwillige Anerkennungsprämien auch an Vorstandsmitglieder möglich, die
kurzfristig ausscheiden. Unter welchen Voraussetzungen in diesem Zusammen-
hang von der Wahrung des aktienrechtlichen Angemessenheitsgebots ausgegan-
gen werden darf, konnte der Strafsenat ausdrücklich offenlassen.

In der Gewährung einer sog. kompensationslosen Anerkennungsprämie hat der 57
BGH dagegen den objektiven Tatbestand der Untreue erfüllt gesehen:

122 Vgl. *Bauer/Arnold*, AG 2009, 717, 721; *Spindler/Stilz-Fleischer*, § 87 Rn. 29.

123 BGH, Urt. v. 21.12.2005, 3 StR 470/04, NJW 2006, 522 (Gewährung freiwilliger An-
erkennungsprämien an den Vorstandsvorsitzenden, vier weitere Vorstandsmitglieder
und den früheren Vorstandsvorsitzenden der Mannesmann AG nach Übernahme
durch Vodafone Airtouch plc auf Grundlage eines Vorschlags der Großaktionärin der
Mannesmann AG. Das LG Düsseldorf [Urt. v. 22.7.2004, XIV 5/03, NJW 2004,
3275] hatte den Tatbestand der Untreue zulasten der Mannesmann AG hinsichtlich
der drei Mitglieder des Präsidiums, die über die Zuerkennung der Anerkennungsprä-
mien entschieden hatten, nicht als erfüllt angesehen, weil die Pflichtverletzung bei
Gesamtschau aller Umstände nicht gravierend sei. Der BGH hob das u. a. Urteil mit
der Begründung auf, die Gewährung der kompensationslosen Anerkennungsprämie
sei eine Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht. Darauf, ob diese gravierend sei,
komme es nicht an. Die Verfahren wurden schließlich gegen Zahlung von Geldaufla-
gen eingestellt).

124 Vgl. hierzu und im Folgenden BGH, Urt. v. 21.12.2005, 3 StR 470/04, NJW 2006,
522, 524.

- 58 „Eine im Dienstvertrag nicht vereinbarte Sonderzahlung für eine geschuldete Leistung, die ausschließlich belohnenden Charakter hat und der Gesellschaft keinen zukunftsbezogenen Nutzen bringen kann (kompensationslose Anerkennungsprämie), ist demgegenüber als treupflichtwidrige Verschwendung des anvertrauten Gesellschaftsvermögens zu bewerten.“¹²⁵ Selbst, wenn die Leistung des Vorstands in der Vergangenheit, die durch die Sonderzahlung honoriert werden soll, tatsächlich zu einer nachhaltigen Steigerung des Unternehmenswerts beigetragen hat, ist diese Zahlung nach Ansicht des Strafsenats für das Unternehmen „ohne jeden Nutzen“ und verletzt die Vermögensbetreuungspflicht des Aufsichtsorgans, weil dieser Beitrag bereits mit der vertraglich geschuldeten Leistung abgegolten gewesen sei¹²⁶ und infolge der Übernahme durch ein anderes Unternehmen auch im Übrigen keinen zukunftsgerichteten Nutzen mehr hatte.¹²⁷
- 59 Dies gilt nach dem Mannesmann-Urteil auch dann, wenn der Dienstvertrag geändert wird, um die Prämie zu ermöglichen: In diesem Fall liegt die Verletzungshandlung in der freiwilligen Änderung des Vertrags.¹²⁸
- 60 Strafrechtlich zulässig kann eine kompensationslose Anerkennungsprämie nach dem 3. Strafsenat lediglich dann sein, wenn der Alleinaktionär oder **sämtliche** Anteilseigner durch Beschluss der Hauptversammlung in sie eingewilligt haben (rechtfertigendes Einverständnis **des Vermögensinhabers**).¹²⁹

5. Vorgaben zur Art der Ziele

- 61 AktG und DCGK enthalten **keine Vorgaben hinsichtlich möglicher Ziele**. Auch steht es den Parteien frei, die einseitige Zielvorgabe durch den Aufsichtsrat oder die Vereinbarung von Zielen zu wählen.¹³⁰ Vorsicht ist indes **bei drittbezogenen Vergütungsparametern** geboten, wenn Vorstände hierdurch dazu verleitet werden könnten, gegen die Interessen der AG zu agieren: Dem Grundsatz, im Gesellschaftsinteresse zu handeln, wird das Gebot entnommen, auch bei der Vorstandsvergütung keine Anreize zu schaffen, die den Interessen der Gesellschaft zuwiderlaufen.¹³¹ Das OLG München nahm in einem Fall, in dem die

125 Vgl. BGH, Urt. v. 21.12.2005, 3 StR 470/04, NJW 2006, 522, 524.

126 Vgl. BGH, Urt. v. 21.12.2005, 3 StR 470/04, NJW 2006, 522, 525.

127 Vgl. *Kort*, NZG 2006, 131, 132, der zugleich kritisiert, dass das Mannesmann-Urteil im Ergebnis dazu führt, dass nachträgliche Anerkennungsprämien bereits per se unzulässig sind, wenn das die Prämie gewährende Unternehmen wie hier, „geschluckt“ werde, ohne dass es noch darauf ankomme, ob die Sonderzahlung an sich angemessen i. S. d. § 87 Abs. 1 Satz 1 AktG sei.

128 Vgl. BGH, Urt. v. 21.12.2005, 3 StR 470/04, NJW 2006, 522, 524.

129 Vgl. BGH, Urt. v. 21.12.2005, 3 StR 470/04, NJW 2006, 522, 525.

130 Vgl. *Bosse*, Handbuch der Vorstandsvergütung, Rn. 143.

131 Vgl. *Hölters-Weber*, § 87 Rn. 16 m. w. N.

Vergütung eines Vorstands einer Tochtergesellschaft „weit überwiegend“ (80 %) von der Kursentwicklung der Muttergesellschaft abhing, einen Verstoß gegen § 87 Abs. 1 AktG an, weil es davon ausging, es könnten mit der Vergütungsregelung Anreize geschaffen sein, Entscheidungen zugunsten der Muttergesellschaft und zulasten der Anstellungsgesellschaft zu treffen.¹³²

6. Höhenmäßige Begrenzung und Herabsetzung der Vorstandsvergütung

a) Höchstgrenzen (Caps)

Bereits angesichts der Individualität der zu betrachtenden Kriterien der Aufgaben und Leistung wird klar, weshalb das AktG sinnvollerweise **keine Höchstgrenzen („Caps“)** für die Vorstandsvergütung insgesamt oder ihre variablen Bestandteile vorsieht.¹³³ Auch eine Verpflichtung des Aufsichtsrats zur Festlegung eines absoluten oder relativen Caps enthält das AktG nicht. Eine Ausnahme bildet § 87 Abs. 1 Satz 3 HS 2 AktG, der vorsieht, dass für den Fall „außerordentlicher Entwicklungen“ eine „Begrenzungsmöglichkeit“ zu vereinbaren ist. Im Übrigen bildet gesetzliche Obergrenze allein **das Kriterium der Üblichkeit der Gesamtbezüge** (vgl. hierzu Rn. 23 f.).¹³⁴ Wann eine **Ausnahmesituation i. S. d. § 87 Abs. 1 Satz 1 AktG** vorliegt, in der wegen „besonderer Gründe“ von der an sich üblichen Vergütung abgewichen werden darf, lässt das Gesetz offen, vielfach wird jedoch angenommen, dass dies in der praktisch häufigen Situation eines Angebots einer höher vergüteten Position außerhalb des Unternehmens der Fall sei.¹³⁵

Ziffer 4.2.3 Abs. 2 Satz 6 DCGK enthält ein **Doppelcap**: Gemäß Ziffer 4.2.3 Abs. 2 Satz 6 HS 1 ist die Vergütung **insgesamt und hinsichtlich der variablen Vergütungsbestandteile** betragsmäßig zu begrenzen. Bereits der Wortlaut („betragsmäßig“) deutet darauf hin, dass dies eine summenmäßige Begrenzung verlangt, kein lediglich relatives Cap.¹³⁶ Inwieweit die Angabe von Formeln ausreicht, bleibt Gegenstand der Diskussion.¹³⁷

132 Vgl. OLG München, Urt. v. 7.5.2008, 7 U 5618/07, NZG 2008, 631, 633.

133 Vgl. zur Diskussion um die Deckelung insbesondere der variablen Vergütungsbestandteile Hirte/Mülbert/Roth-Kort, § 87 Rn. 258, 258a, 269 m. w. N.

134 Hirte/Mülbert/Roth-Kort, § 87 Rn. 81 m. w. N.

135 Vgl. Hirte/Mülbert/Roth-Kort, § 87 Rn. 95 m. w. N.; MüKoAktG-Spindler, § 87 Rn. 57.

136 Vgl. Kremer-Bachmann, Deutscher Corporate Governance Kodex, Rn. 1013.

137 Ablehnend Kremer-Bachmann, Deutscher Corporate Governance Kodex, Rn. 1013; a. A. Sinner, AG 2014, 115, 117, der keine betragsmäßige Benennung verlangt, sondern es ausreichen lässt, wenn sich der Höchstbetrag aufgrund eines „notwendigen, aber eindeutigen Rechenvorgang[s]“ ergibt; im Ergebnis ähnlich Goj, AG 2015, 173, 175, 181 f.

- 64 Bereits im Konsultationsverfahren war und bleibt weiterhin umstritten, an welchen Zeitpunkt das Cap bei **Aktien, Aktienoptionen und virtuellen Aktienoptionsprogrammen (insbesondere Phantom Stocks und Stock Appreciation Rights (SARs))** anzuknüpfen hat, ob es insbesondere ausreicht, lediglich auf den Zeitpunkt der Gewährung der Phantom Stocks bzw. der Aktienbezugs- oder Umtauschrechte abzustellen, oder ob etwa i. S. e. Doppelcaps zugleich an den Zeitpunkt der Auszahlung bzw. Ausübung der Bezugs- oder Umtauschrechte nach der Sperrfrist anzuknüpfen ist.¹³⁸ Der Deutsche Anwaltverein hatte darauf hingewiesen, dass bei virtuellen Aktienprogrammen zwar die Vereinbarung von Höchstgrenzen denkbar sei, die Deckelung des Wertzuwachses von aktienbezogener Vergütung während der Sperrfrist dem „Grundgedanken“ einer aktienbezogenen Vergütung aber grundsätzlich zuwiderlaufe.¹³⁹ Ein Abstellen auf den Auszahlungszeitpunkt und die Vereinbarung einer (doppelten) Höchstgrenze ist bei virtuellen Aktienprogrammen jedenfalls technisch ebenso umsetzbar, wie Ausübungsbeschränkungen bei echten Aktienoptionsprogrammen.¹⁴⁰ Bei Gewährung von **Aktien unter Sperrfrist (sog. restricted shares)**¹⁴¹ dagegen kollidieren letztlich Transparenzgrundsatz und die im Hinblick auf den Nachhaltigkeitsgrundsatz mit der Gewährung der restricted shares verfolgte Incentivierungswirkung: Wird allein auf den Zuteilungszeitpunkt abgestellt, bleiben Wertentwicklungen unberücksichtigt. Setzt das Cap indes auch im Ausübungszeitpunkt nach der Sperrfrist an, um solche Wertentwicklungen aufzufangen, wird die Incentivierungswirkung im Hinblick auf eine nachhaltige Unternehmensentwicklung limitiert.
- 65 Auch **Abfindungen** sind nach **Ziffer 4.2.3 Abs. 4 DCGK** zu begrenzen (vgl. Rn. 26 f.).

138 Vgl. nur die Kritik des Deutschen Anwaltvereins in der Stellungnahme des Ausschusses Handelsrecht zu den Änderungsvorschlägen der Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex vom 5.2.2013, Stellungnahme 20/2013, März 2013, Rn. 9 f., wie abrufbar unter anwaltverein.de; *Schmidt-Bendun*, AG 2014, 177, 178.

139 Vgl. die Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins, Ausschuss Handelsrecht, zu den Änderungsvorschlägen der Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex vom 5.2.2013, Stellungnahme 20/2013, März 2013, Rn. 9 f., wie abrufbar unter anwaltverein.de.

140 Vgl. hierzu *Schmidt-Bendun*, AG 2014, 177, 179.

141 Nach der Begründung zum VorstAG „sollten“ auch Aktien „Haltefristen unterliegen [...]“, die sich an der Ausübungsfrist für Aktienoptionen orientieren“, vgl. die Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) vom 17.3.2009, BT-Drs. 16/12278, S. 5.

b) Begrenzungsmöglichkeit bei außerordentlichen Entwicklungen

Gem. § 87 Abs. 1 AktG ist bei börsennotierten Aktiengesellschaften überdies eine Begrenzungsmöglichkeit für „außerordentliche Entwicklungen“ zu vereinbaren. Das Gesetz enthält keine näheren Vorgaben hierzu; aus aktienrechtlicher Sicht denkbar sind sowohl allgemeine Vorbehalte als auch Caps, wobei arbeitsrechtlich zur Reduzierung von Durchsetzbarkeitsrisiken aufgrund der Schwierigkeit hinreichend klarer Definition der „außerordentlichen Entwicklungen“ ein zusätzliches Cap empfehlenswert sein dürfte.¹⁴² Die Begrenzungsmöglichkeit soll die Kappung in Fällen wie „windfall profits“ und anderen Sondereffekten, etwa im Falle von Unternehmensverkäufen oder der Hebung stiller Reserven, erlauben.¹⁴³ **66**

c) Herabsetzung der Bezüge durch den Aufsichtsrat

Gem. § 87 Abs. 2 Satz 1 AktG soll der Aufsichtsrat die Bezüge der individuellen Vorstandsmitglieder auf die angemessene Höhe herabsetzen, wenn sich die Lage der Gesellschaft nach Festsetzung der Bezüge so verschlechtert hat, dass eine weitere Auszahlung der festgesetzten Bezüge für die Gesellschaft unbillig wäre. Einbezogen sind die **Gesamtbezüge** (vgl. Rn. 15 ff.) **einschließlich Ruhegehalt, Hinterbliebenenbezüge und Leistungen verwandter Art sowie grundsätzlich auch Abfindungen**.¹⁴⁴ Wo jedoch der Abfindungsfall bereits eingetreten ist und Abfindungsleistungen bereits für geleistete Dienste erbracht werden, dürfte eine einseitige Herabsetzung nicht mehr in Betracht kommen.¹⁴⁵ **67**

Tatbestandliche Voraussetzungen sind die nachträgliche Verschlechterung der Lage der Gesellschaft und die Unbilligkeit der weiteren Gewährung für die Gesellschaft. Für eine Verschlechterung sollen nach der Begründung des Gesetzesentwurfs zum VorstAG der Insolvenzfall und die unmittelbare Krise stets ausreichen, aber nicht erforderlich sein.¹⁴⁶ Dagegen wird in der Literatur zurecht darauf hingewiesen, dass die in der Gesetzesbegründung ebenfalls als Beispiel für eine Verschlechterung genannte Entlassung von Arbeitnehmern und Durchführung von Lohnkürzungen nicht zwingend mit einer Verschlechterung der Lage der Gesellschaft verbunden sein muss, wenn nicht, wie in der Gesetzesbegründung ebenfalls benannt, ergänzend hinzukommt, dass keine Gewinne ausge- **68**

142 Vgl. auch *Hoffmann-Becking/Krieger*, NZG-Beil. 2009, 1, 4.

143 Vgl. *van Kann/Keilueit*, SSrR 2009, 1587, 1588.

144 Vgl. *MüKoAktG-Spindler*, § 87 Rn. 196.

145 So bereits *MüKoAktG-Spindler*, § 87 Rn. 196 m. w. N.; *Bauer/Arnold*, AG 2009, 717, 728 m. w. N. („Ist die Abfindung als (teilweise) Kapitalisierung der Restlaufzeit bereits vollständig erbracht, kommt eine Rückforderung aufgrund einer nachträglichen Kürzung [...] nicht mehr in Betracht.“)

146 Vgl. Entwurf eines Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) vom 17.3.2009, BT-Drs. 16/12278, S. 6.

Kap. 8 Die Vergütung von Vorständen börsennotierter Aktiengesellschaften

schüttet werden.¹⁴⁷ Es handelt sich nicht um einen Mechanismus zur Korrektur einmal zu hoch festgesetzter oder später als angesichts der Leistung eines Vorstands als überhöht empfundener Bezüge, vielmehr ist im Einzelfall aufgrund eines Vergleichs der Lage der Gesellschaft (nicht des Konzerns) bei Festlegung der Vergütung und im Zeitpunkt der Entscheidung über die Herabsetzung zunächst einzig entscheidend, ob sich die Lage der Gesellschaft nachhaltig verschlechtert hat.¹⁴⁸ Irrelevant ist, worauf die Verschlechterung der Lage zurückzuführen ist, solange die Gründe nachträglich eingetreten sind.¹⁴⁹ Die Frage der Verantwortung der Zurechenbarkeit der Verschlechterung der Lage der Gesellschaft kommt erst bei der Prüfung der Unbilligkeit zum Tragen: Nach der Gesetzesbegründung liegt jedenfalls dann Unbilligkeit vor, wenn das Vorstandsmitglied pflichtwidrig gehandelt hat.¹⁵⁰ Umgekehrt muss jedoch das Vorstandsmitglied nicht notwendig pflichtwidrig gehandelt haben, sondern es reicht aus, dass die Verschlechterung in den Zeitraum seiner Vorstandsverantwortung fällt und ihm zurechenbar ist.¹⁵¹ Im Rahmen einer Interessenabwägung fällt schließlich ins Gewicht, wie umfassend und nachhaltig die wirtschaftlichen Probleme der AG sind, als auch, wie hoch die Bezüge des Vorstandsmitglieds sind.¹⁵²

- 69 Trotz der Formulierung als „Soll“-Vorschrift wollte der Gesetzgeber die bisherige Rechtslage („Kann“-Vorschrift) „deutlich verschärf[en]“: Der Aufsichtsrat kann nur noch „bei Vorliegen besonderer Umstände“ von der Herabsetzung der Bezüge absehen.¹⁵³ Teilweise wird angenommen, dass andernfalls auch hier (trotz des Verweises des § 116 Satz 3 AktG lediglich auf § 87 Abs. 1 AktG) eine Schadensersatzpflicht des Aufsichtsrats erwachse.¹⁵⁴
- 70 Die Vorschrift erweist sich als dogmatisch und praktisch gleichermaßen problematisch. Insbesondere ist der einseitige Eingriff in **Versorgungsbezüge** zwar gem. § 87 Abs. 2 Satz 3 AktG nicht grenzenlos möglich, es bleibt jedoch weiter unklar, ob für den Beginn der Frist (Ausscheiden aus der Aktiengesellschaft) auf

147 Vgl. MüKoAktG-*Spindler*, § 87 Rn. 169; Spindler/Stilz-*Fleischer*, § 87 Rn. 63, sowie Entwurf eines Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) vom 17.3.2009, BT-Drs. 16/12278, S. 6.

148 Vgl. MüKoAktG-*Spindler*, § 87 Rn. 170 f.

149 Vgl. Spindler/Stilz-*Fleischer*, § 87 Rn. 63 m. w. N.

150 Vgl. Entwurf eines Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) vom 17.3.2009, BT-Drs. 16/12278, S. 6.

151 Vgl. Entwurf eines Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) vom 17.3.2009, BT-Drs. 16/12278, S. 6.

152 Vgl. MüKoAktG-*Spindler*, § 87 Rn. 172.

153 Vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses (6. Ausschuss) zu dem Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD Drucksache 16/12278 – Entwurf eines Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG), BT-Drs. 16/13433 vom 17.6.2009, S. 10.

154 Vgl. HS-*Dauner-Lieb*, § 87 Rn. 41 m. w. N.

das Ende der Bestelldauer oder des Dienstvertrags abzustellen ist.¹⁵⁵ Der insoweit ebenfalls unklare Wortlaut des § 87 Abs. 2 Satz 3 AktG wird dahingehend ausgelegt, dass die Dreijahresfrist nicht den Gegenstand der Herabsetzung auf drei Jahre begrenzt, sondern lediglich die Entscheidung des Vorstandes innerhalb von drei Jahren nach dem Ausscheiden zu treffen ist, sich jedoch auf einen Zeitraum von über drei Jahren beziehen kann.¹⁵⁶

Die Befugnis zur einseitigen Herabsetzung **kann weder durch Satzung noch durch den Dienstvertrag mit dem jeweiligen Vorstandsmitglied wirksam beschränkt oder ausgeschlossen werden.**¹⁵⁷ Aus dem Zweck der Vorschrift ergibt sich überdies, dass der Aufsichtsrat nicht auf die Herabsetzungsbefugnis verzichten kann.¹⁵⁸ Die Herabsetzung erfolgt durch einseitige Ausübung des Gestaltungsrechts (Beschluss des Aufsichtsratsplenums).¹⁵⁹ 71

Bessert sich die Lage der Gesellschaft nach Herabsetzung der Bezüge wieder, so hat das Vorstandsmitglied nach h.L. einen Anspruch darauf, dass seine Bezüge **wieder heraufgesetzt** werden.¹⁶⁰ 72

IV. Transparenz der Vorstandsvergütung: Offenlegung

Gem. § 285 Nr. 9 lit. a Satz 5 HGB ist die börsennotierte Aktiengesellschaft zur Angabe der Vergütung jedes einzelnen, namentlich benannten Vorstandsmitglieds im Anhang zum Jahresabschluss/Konzernabschluss verpflichtet, und zwar jeweils aufgeschlüsselt nach erfolgsabhängigen/-unabhängigen Komponenten und Komponenten mit langfristiger Anreizwirkung (vgl. zur Mustertabelle des DCGK Kap. 7 Rn. 42 f.). Möglich ist unter den Voraussetzungen des § 286 Abs. 5 Satz 1 HGB jedoch der Beschluss der Hauptversammlung, die individualisierte Offenlegung zu unterlassen. Der Beschluss bedarf einer Mehrheit von mindestens drei Viertel des bei der Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals und kann für höchstens fünf Jahre gefasst werden, § 286 Abs. 5 Satz 2 HGB. 73

Gem. § 285 Nr. 9 lit. a Satz 6 aa), bb) bzw. § 314 Abs. 1 Nr. 6 lit. a Satz 6 aa), bb) HGB sind auch Zusagen von **Leistungen für den Fall der Beendigung** der Vorstandstätigkeit offenzulegen, was sich gerade bei Versorgungszusagen als 74

155 Vgl. hierzu nur MüKoAktG-Spindler, § 87 Rn. 186.

156 Vgl. nur Hölters-Weber, § 87 Rn. 56 m. w. N.; MüKoAktG-Spindler, § 87 Rn. 187 m. zahlreichen w. N.; HS-Dauner-Lieb, § 87 Rn. 43.

157 Vgl. für die h.Lit. nur MüKoAktG-Spindler, § 87 Rn. 162 m. w. N.

158 Vgl. für die ganz h.Lit. nur MüKoAktG-Spindler, § 87 Rn. 162 m. w. N.

159 Vgl. Hüffer/Koch-Koch, § 87 Rn. 30.

160 Vgl. für die ganz h.Lit. nur MüKoAktG-Spindler, § 87 Rn. 212 m. w. N.; HS-Dauner-Lieb, § 87 Rn. 45.

Kap. 8 Die Vergütung von Vorständen börsennotierter Aktiengesellschaften

problematisch erweist, wo ein Barwert, wie er unter bb) anzugeben ist, häufig nur geschätzt werden kann.¹⁶¹

- 75 Überdies sollen die Grundzüge des Vergütungssystems im **Lagebericht** dargestellt werden, § 289 Abs. 2 Nr. 4 HGB.

161 Vgl. *HS-Dauner-Lieb*, § 87 Rn. 48, und im Einzelnen *MüKoAktG-Spindler*, § 87 Rn. 231 m. w. N.

Kapitel 9

Vergütung von Aufsichtsräten

Schrifttum: *Freidank/Sassen*, Aufsichtsratsvergütung als Instrument der Corporate Governance, BB 2013, 1195; *Fuchs*, Grenzen für eine aktienkursorientierte Vergütung von Aufsichtsratsmitgliedern, WM 2004, 2233; *Maser/Göttle*, Rechtlicher Rahmen für die Vergütung des Aufsichtsrats, NZG 2013, 201; *Neuhaus/Gellßen*, Drittvergütungen für Aufsichtsratsmitglieder, NZG 2011, 1361; *Wettich*, (Teil-)Verzicht eines Aufsichtsratsmitglieds auf die ihm zustehende Aufsichtsratsvergütung, NZG 2009, 852.

Übersicht		Rn.
I. Rechtsgrundlagen (§ 113 AktG, DCGK)		2
II. Angemessenheit der Gesamtvergütung (§ 113 AktG, DCGK)		5
III. Vergütungsbestandteile		6
1. Feste Vergütung		7
2. Sitzungsgelder		11
3. Variable Vergütung		15
a) Erfolgsorientierte Vergütung		15
b) Aktienorientierte Vergütung		18
c) Dividendenorientierte Vergütung		19
4. Nebenleistungen		21
a) Büro mit Sekretariat, Dienstwagen		21
b) Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung (DCGK)		23
c) Aus- und Fortbildungskosten (DCGK)		24
IV. Herabsetzung oder Erhöhung der Vergütung		25
V. Sondervergütungen für Sonderleistungen		27
VI. Drittvergütungen für Aufsichtsratsmitglieder		28
VII. Abführungsverpflichtungen an Hans-Böckler-Stiftung		29
VIII. Publizität der Vergütung, Vergütungsbericht		35

Während die in den letzten Jahren stark gestiegenen Vergütungen für Vorstände in der Öffentlichkeit zu heftigen Diskussionen geführt haben (s. Kapitel 8), war es bei den im gleichen Zeitraum ebenfalls stark (allerdings auf einem deutlich niedrigeren Niveau) gestiegenen Vergütungen für die Aufsichtsräte in börsennotierten Unternehmen genau umgekehrt. So hatte die Bundesregierung eine angemessene (d. h. höhere) Vergütung für Aufsichtsräte gefordert. Hintergrund dieser Forderung: Will man eine effektive Kontrolle von (gut bezahlten) Vorständen sicherstellen, muss man die verantwortungsvolle Aufgabe, insbesondere des Aufsichtsratsvorsitzenden, besser bezahlen, um hierfür die besten Manager (Kontrollure auf Augenhöhe mit den Kontrollierten) gewinnen zu können.¹

1 *Maser/Göttle*, NZG 2013, 201; *Freidank/Sassen*, BB 2013, 1195.

I. Rechtsgrundlagen (§ 113 AktG, DCGK)

- 2 Eine gesetzliche **Verpflichtung** zur Vergütung von Aufsichtsräten gibt es **nicht**. **Rahmenbedingungen** für eine Vergütung von Aufsichtsräten sind aber in § 113 AktG geregelt.
- 3 Darüber hinaus hat der **DCGK** einige **Empfehlungen** für die Aufsichtsratsvergütung aufgestellt. Die Gesellschaften können hiervon abweichen, sind dann aber verpflichtet, dies jährlich offenzulegen und die Abweichungen zu begründen (aus dem anglo-amerikanischen Rechtskreis kommender „comply or explain-Grundsatz“).
- 4 Das Recht zur Festlegung einer Vergütung für die Aufsichtsratsmitglieder liegt ausschließlich bei den **Aktionären**. Um jede Form von Selbstbedienung und Interessenkonflikte zu verhindern, sollen weder der Vorstand noch der Aufsichtsrat selbst die Vergütung gewähren können.² Die Aufsichtsratsvergütung kann nur in der **Satzung** des Unternehmens/Aufsichtsrats festgesetzt oder von der **Hauptversammlung** bewilligt werden (§ 113 Abs. 1 Satz 2 AktG). Den Mitgliedern des **ersten Aufsichtsrats** kann nur die **Hauptversammlung** eine Vergütung für ihre Tätigkeit bewilligen. Der Beschluss kann erst in der Hauptversammlung gefasst werden, die über die Entlastung der Mitglieder des ersten Aufsichtsrats beschließt (§ 113 Abs. 2 AktG).

II. Angemessenheit der Gesamtvergütung (§ 113 AktG, DCGK)

- 5 Die Gesamtvergütung soll in einem **angemessenen** Verhältnis zu den **Aufgaben** der Aufsichtsratsmitglieder und zur **Lage** der **Gesellschaft** stehen (§ 113 Abs. 1 Satz 3 AktG). Der **Vorsitz** und der **stellvertretende Vorsitz** im Aufsichtsrat sowie der Vorsitz und die Mitgliedschaft in den **Ausschüssen** sollen berücksichtigt werden (5.4.6 Abs. 1 Satz 2 DCGK). D. h. die „Führungspersonen des Aufsichtsratsgremiums“ sollen besser vergütet werden als „einfache Aufsichtsratsmitglieder“.

III. Vergütungsbestandteile

- 6 Nach einer Aufsichtsratsstudie der Deutschen Schutzvereinigung für Wertpapierbesitz e. V. (www.dsw-info.de) verteilte sich im Jahr 2016 die Gesamtvergütung für Aufsichtsräte auf ungefähr 85 % feste (2011: 67 %) und 15 % (2011: 33 %) variable Vergütungsbestandteile.

2 Hopt/Roth, § 113 AktG Rn. 3; Hüffer/Koch, § 113 AktG Rn. 1; Maser/Göttle, NZG 2013, 201.

1. Feste Vergütung

Die feste Vergütung ist die Ursprungsform der nach § 113 AktG möglichen Vergütungen.³ Bei der Vergütung ist der Grundsatz der **Gleichbehandlung** aller Aufsichtsratsmitglieder (**gleiche Grundvergütung**) – unabhängig davon, ob sie von den Arbeitnehmern oder von der Hauptversammlung gewählt wurden – einzuhalten.⁴

Zusätzliche Vergütungen sind dagegen für „**Führungsfunktionen**“ im Aufsichtsrat gefordert.

Beispiel aus der Unternehmenspraxis für die Vergütungshöhe:

Grundvergütung für alle Aufsichtsräte:	140.000 €
Zusätzliche Vergütung für	
– den Aufsichtsratsvorsitzenden:	+ 140.000 €
– die stellvertretenden Aufsichtsratsvorsitzenden:	+ 80.000 €
– den Vorsitzenden des Prüfungsausschusses:	+ 160.000 €
– andere Mitglieder des Prüfungsausschusses:	+ 80.000 €
– den Vorsitzenden des Präsidiums:	+ 120.000 €
– andere Mitglieder des Präsidiums:	+ 80.000 €
– den Vorsitzenden des Vergütungsausschusses:	+ 100.000 €
– andere Mitglieder des Vergütungsausschusses:	+ 60.000 €
– den Vorsitzenden des Innovations- und Finanzausschusses:	+ 80.000 €
– andere Mitglieder des Innovations- und Finanzausschusses:	+ 40.000 €
– den Vorsitzenden des Complianceausschusses:	+ 80.000 €
– andere Mitglieder des Complianceausschusses:	+ 40.000 €
Der Aufsichtsratsvorsitzende, der Vorsitzende des Präsidiums und Mitglied des Prüfungsausschusses sowie des Innovations- und Finanzausschusses ist, erhält demnach 140.000 € + 140.000 € + 120.000 € + 80.000 € + 40.000 € = 520.000 €.	

Beispiel aus der Unternehmenspraxis für eine Vergütungskürzung:

Nimmt ein Aufsichtsratsmitglied an einer **Sitzung** des Aufsichtsrats **nicht teil**, dann reduziert sich ein Drittel der ihm insgesamt zustehenden Vergütung prozentual im Verhältnis der im Geschäftsjahr stattgefundenen Aufsichtsratssitzungen zu den Aufsichtsratssitzungen, an denen das Aufsichtsratsmitglied nicht teilgenommen hat.

³ Hölters-Hambloch-Gesinn/Gesinn, § 113 AktG Rn. 17.

⁴ HS-Henssler, § 113 AktG Rn. 5; Hölters-Hambloch-Gesinn/Gesinn, § 113 AktG Rn. 16.

Kap. 9 Vergütung von Aufsichtsräten

Die Grundvergütung von 140.000 € eines einfachen Aufsichtsratsmitglieds, das an 2 von 6 Aufsichtsratssitzungen im Geschäftsjahr nicht teilgenommen hat, reduziert sich danach um 15.556 € auf 124.444 €, also um rund 11 %.

2. Sitzungsgelder

- 11 In einigen Unternehmen wird neben einer festen Jahresvergütung für die Aufsichtsratsarbeit zusätzlich auch noch ein **Sitzungsgeld** (je nach Unternehmen unterschiedlich, meist zwischen 500 und 1.500 €) für die Teilnahme an den einzelnen Aufsichtsrats- und Aufsichtsratsausschuss-Sitzungen gezahlt. Mit dieser positiven Maßnahme soll eine möglichst hohe Teilnahme an den Sitzungen erreicht werden.
- 12 Dem gleichen Ziel einer möglichst hohen Teilnahme an den Sitzungen dient auch 5.4.7 Satz 1 DCGK, indem er verlangt, das **Fernbleiben** von Sitzungen (aus welchen Gründen auch immer) durch einzelne Aufsichtsräte der interessierten **Öffentlichkeit offenzulegen**:
- 13 „Falls ein Mitglied des Aufsichtsrats in einem Geschäftsjahr nur an der Hälfte der Sitzungen des Aufsichtsrats und der Ausschüsse, denen es angehört, oder weniger teilgenommen hat, soll dies im **Bericht** des **Aufsichtsrats** vermerkt werden.“
- 14 Ob eine Teilnahme an der Sitzung durch – aus Datenschutzgründen nicht unproblematischen – **Telefon-** und **Videokonferenzen** (wie bei der Berichtspflicht als Anwesenheit ausreichend, 5.4.7 Satz 2 DCGK) auch zur Zahlung von Sitzungsgeld berechtigt, liegt im Ermessen der Aktionäre.

3. Variable Vergütung

a) Erfolgsorientierte Vergütung

- 15 Bis vor einigen Jahren war es üblich, dass ein Aufsichtsrat neben einer festen Vergütung auch eine variable **erfolgsorientierte Vergütung** erhielt. Eine diesbezügliche Empfehlung hat der DCGK zwischenzeitlich gestrichen, um den Aufsichtsrat von einer kurzfristig orientierten Unternehmenspolitik (zur eigenen Einkommensmaximierung) abzuhalten.
- 16 Wird den Aufsichtsratsmitgliedern weiterhin eine erfolgsorientierte Vergütung zugesagt, soll sie auf eine **nachhaltige Unternehmensentwicklung** ausgerichtet sein (5.4.6 Abs. 2 Satz 2 DCGK).
- 17 Wird den Aufsichtsratsmitgliedern ein **Anteil am Jahresgewinn** der Gesellschaft gewährt, so berechnet sich der Anteil nach dem Bilanzgewinn, vermindert um einen Betrag von mindestens vier vom Hundert der auf den geringsten Aus-

gabebetrag der Aktien geleisteten Einlagen (§ 113 Abs. 3 Satz 1 AktG). Der geringste Ausgabebetrag der Aktien bestimmt sich gemäß § 9 Abs. 1 AktG nach dem Nennbetrag der Aktien (§ 8 Abs. 2 AktG) oder dem auf die einzelne Stückaktie entfallenden anteiligen Betrag des Grundkapitals der Gesellschaft (§ 8 Abs. 3 AktG). Entgegenstehende Festsetzungen sind nichtig (§ 113 Abs. 3 Satz 2 AktG), womit aber nur gemeint ist, dass die „überschießende“ Festsetzung nichtig ist; Aufsichtsratsmitglieder haben nach h.M.⁵ Anspruch auf die nach § 113 Abs. 3 Satz 1 AktG zulässige Gewinnbeteiligung.

b) Aktienorientierte Vergütung

Die Gewährung von Aktienoptionen für Aufsichtsratsmitglieder ist seit einem BGH-Urteil im Jahr 2004⁶ unzulässig. Wenn eine Gesellschaft eine aktienbasierte oder -orientierte erfolgsbezogene Komponente in die Vergütungsstruktur des Aufsichtsrats einführen will, kann sie aber Wandel- oder Optionsanleihen oder virtuelle Aktien oder virtuelle Aktienoptionen (phantom stocks, stock appreciation rights) anbieten.⁷ **18**

c) Dividendenorientierte Vergütung

Im Jahr 2011 gewährten 11 der 30 DAX-Unternehmen ihren Aufsichtsratsmitgliedern eine dividendenabhängige Tantieme. **19**

Beispiel: Der Aufsichtsrat erhält x € je angefangene y € ausgeschüttete Dividende auf die Stammaktie, die z € übersteigt. Dividendentantiemen werden zum Teil kritisch gesehen, da die Aufsichtsratsmitglieder wegen ihrer Einflussmöglichkeit bei der Dividendenfestlegung (§§ 124 Abs. 3 Satz 1, 171 Abs. 1 AktG) auch über ihre Vergütungshöhe mitbestimmen können. **20**

4. Nebenleistungen

a) Büro mit Sekretariat, Dienstwagen

Insbesondere DAX-Konzerne stellen ihrem Aufsichtsratsvorsitzenden ein **Büro**, manchmal auch mit eigenem Sekretariat, zur Verfügung. In einigen Gesellschaften erhält der Aufsichtsratsvorsitzende (manchmal auch dessen Stellvertreter) einen **Dienstwagen**, manchmal auch mit Fahrer. Für die Wahrnehmung von Aufsichtsratsterminen (z.B. Hauptversammlung) können viele Aufsichtsräte auch die **Fahrbereitschaft** des Unternehmens nutzen. **21**

⁵ Hüffer/Koch, § 113 AktG Rn. 10; MüKoAktG-Habersack, § 113 Rn. 61.

⁶ BGH 16.2.2004, II ZR 316/02, NJW 2004, 1109 – MobilCom-Entscheidung.

⁷ Zu den Voraussetzungen hierfür s. Fuchs, WM 2004, 2233.

Kap. 9 Vergütung von Aufsichtsräten

- 22 Als weitere **Sachleistungen** kommen z. B. auch Produkte oder Dienstleistungen des Unternehmens in Betracht. So hat die Deutsche Lufthansa AG früher ihren Aufsichtsratsmitgliedern Freiflüge angeboten, diese Praxis jedoch zwischenzeitlich wieder abgeschafft.

b) Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung (DCGK)

- 23 Die Gesellschaft kann (und viele Unternehmen tun es) für ihren Aufsichtsrat eine Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung abschließen. Diese D&O-Versicherung (so die Bezeichnung in der Unternehmenspraxis) deckt das persönliche Haftungsrisiko für den Fall ab, dass der Aufsichtsrat bei Ausübung seiner Tätigkeit in Anspruch genommen wird. Die Gesellschaft soll dann aber einen Selbstbehalt von mindestens 10% des Schadens bis mindestens zur Höhe des Eineinhalbfachen der festen jährlichen Vergütung des Aufsichtsratsmitglieds vereinbaren (3.8 Abs. 3 DCGK).

c) Aus- und Fortbildungskosten (DCGK)

- 24 Die Gesellschaft soll die Mitglieder des Aufsichtsrats bei der eigenverantwortlichen Wahrnehmung der für ihre Aufgaben erforderlichen Aus- und Fortbildungsmaßnahmen angemessen unterstützen (5.4.5 Abs. 2 DCGK). Dies gilt nach h. M. in der Literatur weniger für die Erlangung von Grundkenntnissen zur Aufsichtsratsarbeit (die eigentlich Voraussetzung für die Bestellung zum Aufsichtsrat sein sollten), sondern insbesondere für den Erwerb von Spezialkenntnissen oder die Anpassung des Kenntnisstands bei umfassenden Gesetzesänderungen.⁸

IV. Herabsetzung oder Erhöhung der Vergütung

- 25 Ist die Vergütung in der Satzung festgesetzt, so kann die Hauptversammlung eine Satzungsänderung, durch welche die Vergütung **herabgesetzt** oder **erhöht** wird, mit einfacher Stimmenmehrheit beschließen (§ 113 Abs. 1 Satz 4 AktG).
- 26 Ein Aufsichtsrat kann auch auf eine ihm nach Satzung zustehende Aufsichtsratsvergütung (teilweise) **verzichten**.⁹ Der Verzicht erfolgt durch Erlassvertrag und bedarf daher der Annahme durch die Gesellschaft, die durch den Vorstand (nicht durch die Hauptversammlung) vertreten wird.

⁸ Hüffer/Koch, § 113 AktG Rn. 2e; Spindler/Stilz-Spindler, § 113 AktG Rn. 10; Maser/Göttle, NZG 2013, 201, 206.

⁹ Wettich, NZG 2009, 852.

V. Sondervergütungen für Sonderleistungen

Sondervergütungen für Sonderleistungen der Aufsichtsratsmitglieder im Rahmen ihrer Überwachungsaufgabe (z.B. Einsicht und Prüfung der Bücher und Schriften sowie der Vermögensgegenstände nach § 111 Abs. 2 Satz 1, 2 AktG) können durch Satzung oder Hauptversammlungsbeschluss festgesetzt/bewilligt werden, sofern sich die Vergütung im angemessenen Rahmen bewegt. Im Übrigen sind Sonderleistungen, sofern sie nicht § 114 AktG (Verpflichtung eines Aufsichtsrats außerhalb seiner Aufsichtsrats Tätigkeit zu einer Tätigkeit höherer Art durch Dienstvertrag oder Werkvertrag) unterliegen, Teil der originären Aufgaben eines Aufsichtsrats und als solche mit der Aufsichtsratsvergütung abgegolten.¹⁰ Die vertragliche Zusage einer Sondervergütung wäre wegen Verstoßes gegen § 113 Abs. 1 Satz 2 AktG gemäß § 134 BGB als verdeckte Aufsichtsratsvergütung nichtig.¹¹ **27**

VI. Drittvergütungen für Aufsichtsratsmitglieder

Drittvergütungen sind Zahlungen für die Aufsichtsrats Tätigkeit, die das Aufsichtsratsmitglied von einem Dritten zusätzlich zur Vergütung durch die Gesellschaft erhält. Dies ist in der Unternehmenspraxis keine Seltenheit. So kommt es oft vor, dass ein Vorstandsmitglied einer Obergesellschaft Aufsichtsratsmitglied in einem Tochterunternehmen wird und die Vergütung durch die Obergesellschaft die Aufsichtsrats Tätigkeit beim Tochterunternehmen mit umfasst. Derartige Drittvergütungen sind im AktG nicht geregelt, werden in der Literatur aber als grundsätzlich zulässig erachtet.¹² Sie müssen im Rahmen des Angemessenheitsgebots nicht berücksichtigt werden. Auch das aktienrechtliche Gleichbehandlungsgebot verbietet Drittvergütungen nicht. Ein Interessenkonflikt, der zu Offenlegungspflichten gegenüber der Gesellschaft führen könnte, besteht allein aufgrund der Zahlung einer Drittvergütung ebenso wenig wie eine Pflicht zur Beteiligung der Hauptversammlung. **28**

VII. Abführungsverpflichtungen an Hans-Böckler-Stiftung

Arbeitnehmer, die Mitglied einer DGB-Gewerkschaft sind und sich für ein Aufsichtsratsmandat in einem Unternehmen deutscher, europäischer und ausländischer Rechtsform interessieren, müssen sich vor der Aufnahme in eine Gewerkschaftsliste für die Aufsichtsratswahl zur Abführung von Teilen ihrer Aufsichtsratsvergütung entsprechend der Abführungsregelung des DGB-Bundesvorstands **29**

¹⁰ Maser/Göttle, NZG 2013, 201, 208.

¹¹ Hopt/Roth, § 113 AktG Rn. 31.

¹² Zur grundsätzlichen Zulässigkeit von Drittvergütungen für Aufsichtsratsmitglieder s. Neuhaus/Gellßen, NZG 2011, 1361.

Kap. 9 Vergütung von Aufsichtsräten

vom 7.6.2016 an die gewerkschaftsnahe **Hans-Böckler-Stiftung** rechtsverbindlich verpflichtet.¹³

- 30 Von den Bruttobeträgen der **Aufsichtsratsvergütungen** muss ein einfaches Aufsichtsratsmitglied bei Vergütungen bis zu **5.000 €/Jahr (7.500 €** bei einem stellvertretenden Aufsichtsratsvorsitzenden / **10.000 €** bei einem Aufsichtsratsvorsitzenden) pro Aufsichtsratsmandat **10 %** an die Hans-Böckler-Stiftung **abführen**. Von den über diese Beträge hinausgehenden Aufsichtsratsvergütungen sind zusätzlich **90 %** abzuführen.
- 31 Die von vielen Unternehmen zusätzlich gezahlten **Ausschussvergütungen** unterlagen bis 2014 den allgemeinen Abführungsregeln. Für Mandate ab Geschäftsjahr 2016 gilt für Ausschussvergütungen pro Ausschuss folgende Regelung: Der Sockelbetrag von 5.000/7.500/10.000 €/Jahr für die 10%ige Abführungshöhe erhöht sich pro Mitgliedschaft in einem Aufsichtsratsausschuss um jeweils 2.500 €/Jahr.
- 32 Die generelle Abtretungsfreiheit von **Sitzungsgeldern** wurde 2015 abgeschafft. Hintergrund dieser Neuregelung durch den DGB-Bundesausschuss war, dass in den letzten Jahren immer mehr Unternehmen Sitzungsgelder als zusätzlichen Teil der Aufsichtsratsvergütung eingeführt haben. Dadurch verringerte sich der Anteil der abzuführenden Aufsichtsratsvergütung. Die neue Abführungsregelung für Sitzungsgelder sieht vor, dass Sitzungsgelder für Aufsichtsrats- und Ausschusssitzungen bis zu 2.000 €/Jahr abführungsfrei sind. Von den Sitzungsgeldern zwischen 2.000 und 4.000 €/Jahr müssen 10%, von den darüber hinausgehenden Sitzungsgeldern 90% abgeführt werden. Hiervon ausgenommen ist der Ersatz für entstandene Auslagen.
- 33 In den **Gewerkschaftszeitungen** wird regelmäßig eine **Tantiemen-Liste** veröffentlicht, aus der hervorgeht, welche Aufsichtsratsmitglieder sich an die Abführungsverpflichtung gehalten haben.
- 34 Einige **Vergütungsberichte** weisen bei (unternehmensinternen und -externen) Vertretern der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat aus, dass diese erklärt haben, ihre Vergütung entsprechend den Richtlinien des Deutschen Gewerkschaftsbunds an die Hans-Böckler-Stiftung abzuführen. Solange mit Einwilligung der Aufsichtsräte nur die positive Erklärung und nicht die negative Erklärung (Aufsichtsrat A führt nicht ab) angegeben wird, ist das aus Datenschutzgründen unbedenklich.

VIII. Publizität der Vergütung, Vergütungsbericht

- 35 Die **Gesamtbezüge** des Aufsichtsrats sind im Anhang zum Jahresabschluss oder ggf. im Konzernanhang (§§ 285, 314 HGB) anzugeben. Eine individualisierende

¹³ www.boeckler.de/pdf/foerderer_richtlinie_2016.pdf.

Darstellung der Bezüge ist – anders als für Vorstandsmitglieder (siehe Kap. 14 Rn. 73) – für Aufsichtsratsmitglieder gesetzlich nicht vorgesehen. Der DCGK (5.4.6 Abs. 3 Satz 1) empfiehlt jedoch, die Aufsichtsratsvergütung nach Personen und Bestandteilen aufzugliedern. Dieser Empfehlung kommen derzeit alle DAX-30-Gesellschaften nach.

Auch die vom Unternehmen an die Mitglieder des Aufsichtsrats gezahlten Vergütungen oder gewährten Vorteile für **persönlich erbrachte Leistungen**, insbesondere Beratungs- und Vermittlungsleistungen, sollen individualisiert angegeben werden (5.4.6 Abs. 3 Satz 2 DCGK). **36**

Kapitel 10

Vergütung von Betriebsratsmitgliedern

Schrifttum: *Annuß*, Das System der Betriebsratsvergütung, NZA 2018, 134; *Bachner*, Warum Betriebsräte weder benachteiligt noch begünstigt werden dürfen, Mitbestimmung 2007, 66; *Bayreuther*, Sach- und Personalausstattung des Betriebsrats – Eine Betrachtung vor dem Hintergrund des betriebsverfassungsrechtlichen Begünstigungsverbots, NZA 2013, 758; *Bittmann/Mujan*, Compliance – Brennpunkt „Betriebsratsvergütung“ (Teil 1), BB 2012, 637; *Bittmann/Mujan*, Compliance – Brennpunkt „Betriebsratsvergütung“ (Teil 2): Nur Einstellung oder auch Rückforderung unzulässiger Begünstigungen?, BB 2012, 1604; *Blattner*, Die Vergütung von Betriebsratsmitgliedern vor und nach der Betriebsratswahl, NZA 2018, 129; *Brox*, Anmerkung zum Urteil des BAG vom 25.10.1988, AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 110; *Byers*, Die Höhe der Betriebsratsvergütung – Eine kritische Auseinandersetzung mit der Rechtslage, NZA 2014, 65; *Cox/Offermann*, Der berufliche Qualifikationsanspruch von freigestellten Betriebsratsmitgliedern, AiB 1999, 23; *Decruppe*, Auskunftsanspruch des Betriebsratsmitgliedes über die Gehaltsentwicklung vergleichbarer Arbeitnehmer mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung, Anmerkung zum Urteil des BAG vom 19.1.2005, jurisPR-ArbR 26/2005 Anm. 5; *Dzida/Mehrens*, Straf- und haftungsrechtliche Risiken im Umgang mit dem Betriebsrat, NZA 2013, 753; *Fuhlrott*, „Vorteilhafter“ Aufhebungsvertrag mit Betriebsratsmitglied als „Begünstigung“, NZA-RR 2018, 472; *Greßlin*, Teilzeitbeschäftigte Betriebsratsmitglieder, Dissertation, Freiburg 2004; *Hanau*, 60 Bände BAGE, RdA 1991, 275; *Hennecke*, Die Bemessung von Arbeitsentgelt und allgemeinen Zuwendungen freigestellter Betriebsräte, RdA 1986, 241; *Henssler*, Anmerkung zum Urteil des LAG Düsseldorf vom 13.9.2001, BB 2002, 307; *Joussen*, Der Betriebsrat und die Privatnutzung eines Dienstwagens, NZA 2018, 139; *Keilich*, Die Bemessung der Betriebsratsvergütung – Gut gemeint ist das Gegenteil von gut, BB 2014, 2229; *Kuhn/Blanken*, Der Anspruch des Betriebsratsmitglieds auf berufliche und finanzielle Entwicklung, AiB 1997, 320; *Lingemann/Diller/Mengel*, Aktienoptionen im internationalen Konzern – ein arbeitsrechtsfreier Raum, NZA 2000, 1191; *Moll/Roebbers*, Pauschale Zahlungen an Betriebsräte?, NZA 2012, 57; *Natzel*, Rechtsstellung des freigestellten Betriebsratsmitglieds, NZA 2000, 77; *Rieble*, Die Betriebsratsvergütung, NZA 2008, 276; *Schlemmel/Slowinski*, Notwendigkeit von Criminal Compliance im Bereich der Betriebsratstätigkeit, BB 2009, 830; *Schneider*, Arbeitsentgelt- und Berufsschutz freigestellter Betriebsratsmitglieder, NZA 1984, 21; *Zimmermann*, Strafrechtliche Risiken der Betriebsratstätigkeit, ArbRAktuell 2014, 278.

Übersicht

Rn.	Rn.
I. Rechtsstellung – Grundsätze 1	1. Voraussetzungen 11
1. Unentgeltlichkeit der Betriebsratsarbeit 2	2. Rechtsfolge 13
2. Benachteiligungs- und Begünstigungsverbot 3	III. Ausgleich für Tätigkeit außerhalb der Arbeitszeit, § 37 Abs. 3 BetrVG 19
II. Vorübergehende Arbeitsbefreiung, § 37 Abs. 2 BetrVG 9	1. Voraussetzungen 20
	2. Rechtsfolge 21

Kap. 10 Vergütung von Betriebsratsmitgliedern

a) Arbeitsbefreiung	21	1. Voraussetzungen	51
b) Abgeltungsanspruch	23	2. Rechtsfolge	53
IV. Entgeltschutz, § 37 Abs. 4 BetrVG	24	VI. Pauschalzahlungen	58
1. Voraussetzungen	25	1. Aufwendungsersatz	59
a) Bestimmung der „vergleichbaren Arbeitnehmer“	25	2. Betriebsratszulagen und andere Vergütungspauschalierungen	62
b) Betriebsübliche Entwicklung	31	3. Pauschale Überstundenabgeltung	65
2. Rechtsfolge	33	VII. Betriebsratsvergütung im Lichte von „Compliance“	66
3. Schutzzeitraum	42	1. Betriebsratsbegünstigung, § 119 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG	67
a) Grundsätzlich	42	2. Untreue, § 266 StGB	68
b) Verlängerung, § 38 Abs. 3 BetrVG	45	3. Steuerhinterziehung, § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO	70
4. Prozessuales/Auskunftsanspruch	47		
V. Aufwendungsersatz, § 40 BetrVG	50		

I. Rechtsstellung – Grundsätze

- 1 Betriebsratsmitglieder nehmen im Betrieb eine Sonderstellung ein: Sie werden aufgrund der Wahl von der Arbeitnehmerschaft als Repräsentanten legitimiert und vertreten im Folgenden die Interessen der Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber. Gleichzeitig sind sie über ihren Arbeitsvertrag mit dem Arbeitgeber verbunden und schulden ihm ihre Arbeitsleistung. Sie haben demzufolge eine **Doppelstellung** inne. Aus beiden Rechtspositionen erwachsen Rechte und Pflichten für sie.

1. Unentgeltlichkeit der Betriebsratsarbeit

- 2 Betriebsratsmitglieder führen nach § 37 Abs. 1 BetrVG ihr Amt **unentgeltlich als Ehrenamt**.¹ Die Mitglieder des Betriebsrats sollen aus ihrer Tätigkeit im Betriebsrat keine finanziellen Vorteile ziehen, d.h. die Wahrnehmung des Amtes darf weder unmittelbar noch mittelbar oder in versteckter Form entlohnt werden.² Insbesondere unzulässig sind Betriebsratszulagen, die für konkrete oder vermeintliche Mehrbelastungen oder erhöhte Anforderungen geleistet werden.³ Das Prinzip der Unentgeltlichkeit wahrt die innere **Unabhängigkeit des Be-**

1 Für die Mitglieder eines Europäischen Betriebsrats und eines SE-Betriebsrats gilt Entsprechendes, § 40 Abs. 1 EBRG bzw. § 42 SEBG.

2 BAG 5.5.2010, 7 AZR 728/08, AP BetrVG 1972 § 37 Nr. 147; Richardi-Thüsing, § 37 Rn. 8; HWG-Glock, § 37 Rn. 15; Fitting, § 37 Rn. 8.

3 Fitting, § 78 Rn. 22; Dzida/Mehrens, NZA 2013, 753.

etriebsrats.⁴ Gleichzeitig sichert das Ehrenamtsprinzip die äußere Unabhängigkeit des Betriebsrats, denn die vom Betriebsrat vertretene Arbeitnehmerschaft kann davon ausgehen, dass die Vereinbarungen zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber nicht durch die Gewährung oder den Entzug materieller Vorteile für die Betriebsratsmitglieder beeinflussbar sind.⁵ Um diesen Schutzzweck zu gewährleisten, ist der Begriff der Unentgeltlichkeit streng auszulegen.⁶ Auch wenn Betriebsräte mit der Unternehmensführung oft über komplexe Fragestellungen verhandeln und damit eine „**Managementfunktion**“ innehaben, scheidet aufgrund des Ehrenamtsprinzips eine Vergütung der Betriebsratsmitglieder orientiert an leitenden Angestellten aus.⁷

2. Benachteiligungs- und Begünstigungsverbot

Ebenfalls die Unabhängigkeit des Betriebsrats sichert das Benachteiligungs- und Begünstigungsverbot: Nach § 78 Satz 2 BetrVG dürfen Betriebsratsmitglieder wegen ihrer Tätigkeit weder benachteiligt noch begünstigt werden. Eine **Benachteiligung** liegt bei einer Schlechterstellung vor, die weder aus sachlichen noch in der Person des Betroffenen liegenden Gründen erfolgt, sondern um ihrer Tätigkeit innerhalb der Betriebsverfassung willen.⁸ Eine Benachteiligungsabsicht ist dabei nicht erforderlich. Unter einer **Begünstigung** versteht man die sachlich nicht gerechtfertigte Besserstellung eines Betriebsratsmitglieds.⁹ Flankiert wird § 78 Satz 2 BetrVG durch die strafrechtliche Norm des § 119 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG.

Vereinbarungen, die gegen das Begünstigungsverbot des § 78 Satz 2 BetrVG verstoßen, sind nach § 134 BGB **nichtig**, unabhängig davon, ob die Beteiligten von dem Gesetzesverstoß wussten oder nicht.¹⁰ Wurde die versprochene Leistung dem Betriebsratsmitglied noch nicht gewährt, kann es diese nicht erfolgreich einklagen. Auch eine langjährige Gewährung führt nicht zu einem Anspruch aus betrieblicher Übung.¹¹

4 Schaub-Koch, § 221 Rn. 2.

5 BAG 5.3.1997, 7 AZR 581/92, AP BetrVG 1972 § 37 Nr. 123; ArbG Bielefeld 11.5.2011, 3 Ca 2633/10, juris.

6 BAG 5.5.2010, 7 AZR 728/08, AP BetrVG 1972 § 37 Nr. 147; Dzida/Mehrens, NZA 2013, 753.

7 Byers, NZA 2014, 65; Rieble, NZA 2008, 276.

8 Fitting, § 78 Rn. 17; ErfK-Kania, § 78 BetrVG Rn. 7.

9 Bachner, Mitbestimmung 2007, 66.

10 BAG 20.1.2010, 7 ABR 68/08, NZA 2010, 777; BAG 16.2.2005, 7 AZR 95/04, NZA-RR 2005, 556; Fitting, § 78 Rn. 21; Bittmann/Mujan, BB 2012, 1604.

11 BAG 12.11.1997, 7 AZR 563/93, juris; Dzida/Mehrens, NZA 2013, 753; Rieble, NZA 2008, 276; Moll/Roebbers, NZA 2012, 57.

Kap. 10 Vergütung von Betriebsratsmitgliedern

- 5 § 78 Satz 2 BetrVG gilt nicht nur für die Amtszeit des Betriebsrats, sondern kann auch **Vor- und Nachwirkung** entfalten, wenn die Maßnahme im Hinblick auf die zukünftige oder bereits beendete betriebsverfassungsrechtliche Tätigkeit erfolgt.¹²
- 6 Erhält ein Betriebsratsmitglied im Zuge einer Betriebsstilllegung unter Verstoß gegen das Begünstigungsverbot eine **höhere Abfindung** als andere Arbeitnehmer, können die anderen Arbeitnehmer weder nach § 75 Abs. 1 BetrVG noch unter Bezugnahme auf den allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz eine entsprechend erhöhte Abfindung verlangen.¹³ Allerdings wird ein Betriebsratsmitglied grundsätzlich nicht dadurch unzulässig begünstigt, dass es mit dem Arbeitgeber, der das Arbeitsverhältnis außerordentlich kündigen will, nach Verhandlungen eine Aufhebungsvereinbarung gegen Zahlung einer Abfindung schließt – unabhängig von der Angemessenheit der Abfindungshöhe im Einzelfall.¹⁴ Das Aushandeln einer ggf. höheren Abfindung folgt aus der durch § 15 Abs. 1 KSchG, § 103 BetrVG besonders geschützten Rechtsposition.¹⁵
- 7 Strittig ist, ob eine bereits gewährte Begünstigung wieder zurückgefordert werden kann. So wird teilweise im Hinblick auf § 817 Satz 2 BGB eine **Rückforderungsmöglichkeit** verneint, da auch der Leistende gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen habe.¹⁶ Mit dem Zweck des § 78 Satz 2 BetrVG ist es jedoch nicht vereinbar, wenn über § 817 Satz 2 BGB eine bereits vorgenommene Begünstigung aufrechterhalten bleibt. Deshalb kann richtigerweise eine bereits gewährte Begünstigung wieder zurückverlangt werden.¹⁷ In der Praxis wird eine Rückforderung allerdings oft durch tarifvertragliche oder arbeitsvertragliche Ausschlussfristen beschränkt sein.¹⁸
- 8 Eine besonders großzügige Ausstattung des Betriebsrats mit **Sach- oder Personalmitteln** kann in eine nach § 78 Satz 2 BetrVG verbotene Begünstigung umschlagen, wenn sich die fragliche Leistung vom Standpunkt eines objektiven Betrachters aus gesehen nicht mehr als geeignet erweist, um die Betriebsratsarbeit

12 *Fitting*, § 78 Rn. 16; *Bittmann/Mujan*, BB 2012, 1604; **a. A.** GK-BetrVG-Kreutz, § 78 Rn. 47 hinsichtlich Vorwirkung.

13 LAG Düsseldorf 13.9.2001, 11 (4) Sa 906/01, BB 2002, 306.

14 BAG 31.3.2018, 7 AZR 590/16, NZA 2018, 1019.

15 BAG 31.3.2018, 7 AZR 590/16, NZA 2018, 1019; *Fuhlrott*, NZA-RR 2018, 472, der auf einige kritische Konstellationen in diesem Zusammenhang verweist.

16 *Fitting*, § 78 Rn. 23; *DKKW-Buschmann*, § 78 Rn. 36; *Hennecke*, RdA 1986, 936; *Henssler*, BB 2002, 307.

17 *Richardi-Thüsing*, § 78 Rn. 37; *HWG-Worzalla*, § 78 Rn. 5; *Bittmann/Mujan*, BB 2012, 1604; *Dzida/Mehrens*, NZA 2013, 753.

18 *Dzida/Mehrens*, NZA 2013, 753; *Bittmann/Mujan*, BB 2012, 1604.

zu ermöglichen, zu fördern oder zu erleichtern, oder wenn sie sich als verdeckte Zuwendung an einzelne Betriebsratsmitglieder darstellt.¹⁹

II. Vorübergehende Arbeitsbefreiung, § 37 Abs. 2 BetrVG

Nach § 37 Abs. 2 BetrVG sind Betriebsratsmitglieder von ihrer beruflichen Tätigkeit ohne Minderung des Arbeitsentgelts zu befreien, wenn und soweit es nach Umfang und Art des Betriebs zur ordnungsgemäßen Durchführung ihrer Aufgaben erforderlich ist. Damit räumt das Gesetz der Erfüllung der Betriebsratsaufgaben den grundsätzlichen Vorrang gegenüber den Pflichten aus dem Arbeitsvertrag ein.²⁰ Auch wird dadurch klargestellt, dass die Betriebsrats Tätigkeit grundsätzlich während der Arbeitszeit zu erbringen ist. 9

§ 37 Abs. 2 BetrVG regelt in erster Linie die vorübergehende Arbeitsbefreiung aus einem konkreten Anlass heraus. Demgegenüber findet sich in § 38 BetrVG die Regelung von generellen Freistellungen ohne konkreten Anlass. Für Betriebsratsmitglieder, die vollständig von der Arbeit freigestellt sind, hat § 37 Abs. 2 BetrVG keine eigenständige Bedeutung. Ist ein Betriebsratsmitglied nach § 38 BetrVG nur teilweise von der Arbeit freigestellt, kann § 37 Abs. 2 BetrVG weitere Ansprüche auf Freistellungen über die Teilfreistellung hinaus begründen.²¹ 10

1. Voraussetzungen

Die Arbeitsbefreiung muss zur ordnungsgemäßen Durchführung der Betriebsratsaufgaben erforderlich sein. Ob eine **Amtstätigkeit** vorliegt, ist dabei nach **objektiven Merkmalen** zu entscheiden.²² Ohne Bedeutung ist, ob die Durchführung der Aufgaben innerhalb oder außerhalb des Betriebes erfolgt.²³ Die Erforderlichkeit ist anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls zu beurteilen. Nach der ständigen Rechtsprechung des BAG hat der Betriebsrat die Frage der **Erforderlichkeit** nicht nur nach seinem subjektiven Ermessen zu beantworten. Vielmehr muss er den Standpunkt eines vernünftigen Dritten einnehmen, der die Interessen des Betriebes einerseits und die des Betriebsrats und der Arbeitnehmerschaft andererseits gegeneinander abzuwägen hat.²⁴ Dabei wird dem Betriebsratsmitglied im Hinblick auf die unbestimmten Rechtsbegriffe des § 37 11

¹⁹ Bayreuther, NZA 2013, 758.

²⁰ Fitting, § 37 Rn. 16.

²¹ GK-BetrVG-Weber, § 37 Rn. 26; Fitting, § 37 Rn. 17.

²² BAG 11.8.1993, 7 AZR 619/92, juris; Schaub-Koch, § 221 Rn. 8.

²³ BAG 21.6.2006, 7 AZR 418/05, AE 2007, 168; Fitting, § 37 Rn. 27.

²⁴ BAG 6.8.1981, 6 AZR 1086/79, AP BetrVG 1972 § 37 Nr. 40; BAG 11.8.1993, 7 AZR 619/92, juris.

Kap. 10 Vergütung von Betriebsratsmitgliedern

Abs. 2 BetrVG ein Beurteilungsspielraum eingeräumt.²⁵ Dieser Beurteilungsspielraum ist erst dann überschritten, wenn das Betriebsratsmitglied bei eigener gewissenhafter Überprüfung und bei ruhiger und vernünftiger Würdigung aller Umstände die Versäumung von Arbeitszeit für die Verrichtung einer Betriebsratstätigkeit nicht mehr für erforderlich halten durfte.²⁶

- 12 Eine Zustimmung des Arbeitgebers zur Arbeitsbefreiung ist nicht erforderlich.²⁷ Ist ein Betriebsratsmitglied nicht generell von der Arbeit freigestellt, hat es sich bei Verlassen seines Arbeitsplatzes unter Angabe des Orts und der voraussichtlichen Dauer der beabsichtigten Betriebsratstätigkeit **abzumelden**.²⁸ Dem Arbeitgeber wird es so ermöglicht, den Arbeitsausfall zu überbrücken.

2. Rechtsfolge

- 13 § 37 Abs. 2 BetrVG begründet keinen eigenständigen Anspruch, sondern stellt sicher, dass der arbeitsvertragliche Vergütungsanspruch nicht infolge der Nichtleistung der Arbeit wegen entgegenstehender Betriebsratstätigkeiten untergeht oder gemindert wird.²⁹ Nach dem **Lohnausfallprinzip** hat das Betriebsratsmitglied Anspruch auf das Arbeitsentgelt, das es verdient hätte, wenn es gearbeitet hätte. Das bedeutet, es sind auch Mehrarbeits- und Überstundenzuschläge sowie andere Zulagen bzw. Prämien zu vergüten.³⁰ Allerdings entfällt ein Anspruch auf Leistungen, die reinen Aufwendungscharakter aufweisen, wenn dem Betriebsratsmitglied aufgrund seiner Arbeitsbefreiung diese Aufwendungen nicht entstanden sind.³¹ Entscheidend ist also, ob die Leistung ihrem Zweck nach Mehraufwand kompensiert oder eine eigenständige Vergütungsfunktion hat.³² Der Erwerb von Anwartschaften auf Leistungen der betrieblichen Altersversorgung ist Teil des Entgelts für die erbrachte Arbeitsleistung.³³
- 14 Bei **Akkordarbeit** berechnet sich die Vergütung nach der bisherigen durchschnittlichen Arbeitsleistung des Betriebsratsmitglieds.³⁴ Ist diese nicht feststell-

25 BAG 31.8.1994, 7 AZR 893/93, NZA 1995, 225; *Fitting*, § 37 Rn. 38; GK-BetrVG-Weber, § 37 Rn. 43.

26 BAG 31.8.1994, 7 AZR 893/93, NZA 1995, 225; Richardi-Thüsing, § 37 Rn. 25.

27 BAG 15.3.1995, 7 AZR 643/94, AP BetrVG 1972 § 37 Nr. 105.

28 BAG 29.6.2011, 7 ABR 135/09, NZA 2012, 47; BAG 15.3.1995, 7 AZR 643/94, AP BetrVG 1972 § 37 Nr. 105; *Fitting*, § 37 Rn. 50, 50a.

29 BAG 30.1.1973, 1 ABR 22/72, BB 1973, 847; BAG 15.3.1995, 7 AZR 643/94, NZA 1995, 961; GK-BetrVG-Weber, § 37 Rn. 64; Richardi-Thüsing, § 37 Rn. 34; ErfK-Koch, § 37 BetrVG Rn. 6; Rieble, NZA 2008, 276; Blattner, NZA 2018, 129.

30 Schaub-Koch, § 221 Rn. 12 m. w. N.

31 *Fitting*, § 37 Rn. 67; Schaub-Koch, § 221 Rn. 15.

32 Keilich, BB 2014, 2229; Rieble, NZA 2008, 276.

33 BAG 20.11.2015, 3 AZR 574/14; Blattner, NZA 2018, 129.

34 *Fitting*, § 37 Rn. 65; DKKW-Wedde, § 37 Rn. 52; HWG-Glock, § 37 Rn. 57; ErfK-Koch, § 37 BetrVG Rn. 6; GK-BetrVG-Weber, § 37 Rn. 72.

bar, ist der Durchschnitt der an vergleichbare Arbeitnehmer gezahlten Leistungslöhne entscheidend.³⁵ Bei monatlichen **Provisionen** kommt ebenfalls ein durchschnittlicher Provisionslohn zum Tragen.³⁶

Auch die Möglichkeit, einen im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses überlassenen **Dienstwagen** privat zu nutzen, ist Bestandteil des Arbeitsentgelts in Form eines Sachbezugs und damit nach § 37 Abs. 2 BetrVG weiter zu gewähren.³⁷ Das gilt selbst dann, wenn der Arbeitsvertrag vorsieht, dass die Gebrauchsüberlassung bei einer Freistellung oder einer Änderung des Aufgabenbereichs entschädigungslos endet.³⁸ Dabei ist unerheblich, ob das Fahrzeug vornehmlich zur Privatnutzung oder zur gemischt privat-dienstlichen Nutzung überlassen wird und ob die Privatnutzung Beschränkungen unterliegt. Nur wenn das Fahrzeug ausschließlich zur dienstlichen Nutzung überlassen wird, hat die Überlassung keinen Vergütungscharakter.³⁹ **15**

Nach dem Lohnausfallprinzip hat das Betriebsratsmitglied Anspruch auf das Arbeitsentgelt, das es erzielt haben würde, wenn es gearbeitet hätte, sofern die Betriebsrats Tätigkeit während der Arbeitszeit erforderlich war. Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass für Betriebsrats Tätigkeiten **außerhalb der Arbeitszeit** grundsätzlich kein Entgeltanspruch besteht.⁴⁰ Aus diesem Grund ist ein Entgeltanspruch zu verneinen, wenn Betriebsratsmitglieder, deren Arbeitsverhältnis durch eine zulässige **Aussperrung** suspendiert ist, während der Aussperrung Betriebsratsaufgaben wahrnehmen.⁴¹ Dies gilt auch für Fallgestaltungen, in denen sich die während der Aussperrung erbrachte Betriebsrats Tätigkeit auf die Wahrnehmung von Beteiligungsrechten ohne Kampfbezug beschränkt und der Arbeitgeber zu diesem Zweck den Betriebsrat eingeschaltet hat.⁴² **16**

Ein Betriebsratsmitglied, das vor Beginn eines Arbeitskampfes für einen festgelegten Zeitraum von seiner Arbeitspflicht unter Fortzahlung des Arbeitsentgelts befreit war, verliert seinen Anspruch auf Fortzahlung seines Arbeitsentgelts **17**

35 DKKW-Wedde, § 37 Rn. 52; GK-BetrVG-Weber, § 37 Rn. 72; Fitting, § 37 Rn. 65.

36 Fitting, § 37 Rn. 65 m. w. N.

37 BAG 23.6.2004, 7 AZR 514/03, NZA 2004, 1287; Fitting, § 37 Rn. 67a; Rieble, NZA 2008, 276; zur Privatnutzung eines Dienstwagens bei Betriebsratsmitgliedern Joussen, NZA 2018, 139.

38 BAG 23.6.2004, 7 AZR 514/03, NZA 2004, 1287; Bittmann/Mujan, BB 2012, 637.

39 BAG 25.2.2009, 7 AZR 954/07, AP BetrVG 1972 § 37 Nr. 146.

40 Fitting, § 37 Rn. 61.

41 BAG 25.10.1988, 1 AZR 368/87, NZA 1989, 353; Fitting, § 37 Rn. 61; HWG-Glock, § 37 Rn. 64; GK-BetrVG-Weber, § 37 Rn. 69; ErfK-Koch, § 37 BetrVG Rn. 6; a. A. DKKW-Wedde, § 37 Rn. 61; Brox, AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 110; Hanau, RdA 1991, 275.

42 BAG 25.10.1988, 1 AZR 368/87, NZA 1989, 353; a. A. Fitting, § 37 Rn. 61, der einen Entgeltanspruch aus § 37 Abs. 3 BetrVG ableitet, allerdings nur einen Anspruch auf den regulären Verdienst, nicht auf eine Entlohnung als Mehrarbeit.

Kap. 10 Vergütung von Betriebsratsmitgliedern

nicht allein deshalb, weil während dieser Zeit der Betrieb bestreikt wird. Unerheblich ist dabei, ob der Arbeitnehmer sich am Streik beteiligt hätte, wenn er für diese Zeit nicht von seiner Arbeitspflicht befreit gewesen wäre, solange er nicht seine Teilnahme an dem Streik trotz der Arbeitsbefreiung erklärt oder sich tatsächlich am Streik beteiligt.⁴³ Allerdings steht den Betriebsratsmitgliedern in Durchbrechung des Lohnausfallprinzips dann ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung zu, wenn der Betriebsrat während eines wilden Streiks mit Einverständnis des Arbeitgebers versucht, durch Verhandlungen zu schlichten, selbst, wenn infolge des Streiks die Arbeit auch an ihren Arbeitsplätzen ruht.⁴⁴

- 18 Für den Vergütungsanspruch gelten auch bestehende **Ausschlussfristen**.⁴⁵ Das fortzuzahlende Arbeitsentgelt unterliegt der **Steuer- und Sozialabgabenpflicht**. Dies gilt selbst dann, wenn die Vergütung bei Ableistung der Arbeit steuerfrei gewesen wäre, da nach § 3b EStG nur Zuschläge für tatsächlich geleistete Sonntags-, Feiertags- oder Nachtarbeit steuerfrei sind.⁴⁶

III. Ausgleich für Tätigkeit außerhalb der Arbeitszeit, § 37 Abs. 3 BetrVG

- 19 Grundsätzlich soll die Betriebsratstätigkeit während der Arbeitszeit durchgeführt werden. Da dies aber nicht in jedem Fall möglich ist, gewährt § 37 Abs. 3 BetrVG in erster Linie einen Anspruch auf Freizeitausgleich, wenn das Betriebsratsmitglied aus betriebsbedingten Gründen Betriebsratstätigkeit außerhalb der Arbeitszeit erbringt. Nur wenn die Gewährung von Freizeitausgleich aus betriebsbedingten Gründen nicht möglich ist, ist die aufgewendete Zeit wie Mehrarbeit zu vergüten (§ 37 Abs. 3 Satz 3 BetrVG).

1. Voraussetzungen

- 20 § 37 Abs. 3 BetrVG setzt voraus, dass eine Betriebsratstätigkeit aus betriebsbedingten Gründen außerhalb der Arbeitszeit durchgeführt wurde. Solche **betriebsbedingten Gründe** ergeben sich insbesondere aus der Eigenart des Betriebs oder der Gestaltung des Arbeitsablaufs.⁴⁷ Jedenfalls soweit eine Durchführung der Betriebsratstätigkeit auch während der Arbeitszeit in Betracht gekom-

43 BAG 15.1.1991, 1 AZR 178/90, AP GG Art. 9 ArbeitskampfNr. 114; GK-BetrVG-Weber, § 37 Rn. 69; a.A. DKKW-Wedde, § 37 Rn. 61.

44 BAG 5.12.1978, 6 AZR 485/76 n. v., angesprochen in BAG 15.10.1988, 1 AZR 368/87, NZA 1989, 353; GK-BetrVG-Weber, § 37 Rn. 69; Fitting, § 37 Rn. 62; DKKW-Wedde, § 37 Rn. 61.

45 BAG 8.9.2010, 7 AZR 513/09, AP BetrVG 1972 § 37 Nr. 148; Fitting, § 37 Rn. 58.

46 BAG 22.8.1985, 6 AZR 504/83, NZA 1986, 263; Fitting, § 37 Rn. 71; Richardi-Thüsing, § 37 Rn. 39.

47 Fitting, § 37 Rn. 79 m. w. N.

men wäre, beruht ihre Durchführung außerhalb der Arbeitszeit nur dann auf betriebsbedingten Gründen, wenn der Arbeitgeber zumindest darauf Einfluss genommen hat, dass sie nicht während der Arbeitszeit verrichtet werden soll.⁴⁸ Entscheidend ist die **individuelle Arbeitszeit** des Betriebsratsmitglieds.⁴⁹

2. Rechtsfolge

a) Arbeitsbefreiung

§ 37 Abs. 3 BetrVG gewährt vorrangig einen Anspruch auf entsprechende **Arbeitsbefreiung unter Fortzahlung des Arbeitsentgelts**. Der Vorrang des Freizeitausgleichs vor der Abgeltung soll verhindern, dass Betriebsratsmitglieder entgegen dem Ehrenamtsprinzip des § 37 Abs. 1 BetrVG durch ihre Betriebsrats-tätigkeit zusätzliche Vergütungsansprüche erwarten.⁵⁰ Der Ausgleichsanspruch besteht im gleichen Umfang, wie das Betriebsratsmitglied in seiner Freizeit Betriebsrats-tätigkeit durchgeführt hat.⁵¹ Das Betriebsratsmitglied hat den Anspruch auf Arbeitsbefreiung gegenüber dem Arbeitgeber geltend zu machen.⁵² Die bloße Anzeige über die während der Freizeit geleistete Betriebsrats-tätigkeit genügt dazu nicht.⁵³ Der Freizeitausgleich ist grundsätzlich innerhalb eines Monats zu gewähren (§ 37 Abs. 3 Satz 3 BetrVG). Durch die Monatsfrist soll gewährleistet werden, dass der Freizeitausgleich zeitnah erfolgt. Es handelt sich nicht um eine Ausschlussfrist.⁵⁴ Für den Anspruch auf Freizeitausgleich als Anspruch aus dem Arbeitsverhältnis gelten auch etwa bestehende tarifliche Ausschlussfristen.⁵⁵

Für die Zeit der Arbeitsbefreiung hat das Betriebsratsmitglied Anspruch auf Fortzahlung seiner Vergütung. Der Zahlungsanspruch umfasst das, was das Be-

48 BAG 26.1.1994, 7 AZR 593/92, NZA 1994, 765; *Fitting*, § 37 Rn. 80; GK-BetrVG-*Weber*, § 37 Rn. 92.

49 BAG 3.12.1987, 6 AZR 569/85, NZA 1988, 437; *Fitting*, § 37 Rn. 92.

50 BAG 5.3.1997, 7 AZR 581/92, AP BetrVG 1972 § 37 Nr. 123; BAG 12.12.2000, 9 AZR 508/99, AP TVG § 1 Tarifverträge: Textilindustrie Nr. 27; *Moll/Roebers*, NZA 2012, 57; unter Compliance-Gesichtspunkten sollten Personalverantwortliche auf die Darlegung und Überprüfung der vom Betriebsratsmitglied geltend gemachten betriebsbedingten Gründe, die einer Wahrnehmung der Betriebsrats-tätigkeit während der Arbeitszeit entgegenstehen, sowie der betriebsbedingten Gründe, die gegen einen Freizeitausgleich innerhalb der Monatsfrist sprechen, besonderen Wert legen, *Bittmann/Mujan*, BB 2012, 637.

51 *Fitting*, § 37 Rn. 98.

52 BAG 25.8.1999, 7 AZR 713/97, BB 2000, 774; *Fitting* § 37 Rn. 94; GK-BetrVG-*Weber*, § 37 Rn. 106.

53 BAG 16.4.2003, 7 AZR 423/01, AP BetrVG 1972 § 37 Nr. 138; BAG 25.8.1999, 7 AZR 713/97, BB 2000, 774.

54 *Schaub-Koch*, § 221 Rn. 21; *Fitting*, § 37 Rn. 104.

55 BAG 16.4.2003, 7 AZR 423/01, AP BetrVG 1972 § 37 Nr. 138.

Kap. 10 Vergütung von Betriebsratsmitgliedern

triebsratsmitglied verdient hätte, wenn es während der Zeit der Arbeitsbefreiung gearbeitet hätte.⁵⁶

b) Abgeltungsanspruch

- 23 Der **Abgeltungsanspruch** nach § 37 Abs. 3 Satz 3 HS 2 BetrVG setzt voraus, dass das Betriebsratsmitglied den Freizeitausgleich zuvor ordnungsgemäß geltend gemacht hat und der Arbeitgeber die Gewährung aus betriebsbedingten Gründen verweigert hat.⁵⁷ Von der Abgeltung umfasst sind erst dann Mehrarbeitszuschläge, wenn deren (tarif-)vertragliche Voraussetzungen erfüllt sind; bis dahin besteht der Anspruch in Höhe der für die regelmäßige Arbeitszeit zu zahlenden Vergütung.⁵⁸

IV. Entgeltschutz, § 37 Abs. 4 BetrVG

- 24 Vor allem freigestellte Betriebsratsmitglieder müssen davor geschützt werden, dass sie wegen ihrer Amtstätigkeit in ihrer beruflichen Entwicklung Nachteile erleiden. Deshalb bestimmt § 37 Abs. 4 BetrVG, dass das Entgelt eines Betriebsratsmitglieds nicht geringer bemessen sein darf als das vergleichbarer Arbeitnehmer mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung. Das gilt auch dann, wenn der ursprüngliche Arbeitsplatz des Betriebsratsmitglieds weggefallen ist.⁵⁹ Bedeutung hat § 37 Abs. 4 BetrVG aber auch für Betriebsratsmitglieder, die nicht vollständig freigestellt sind, wenn sie durch häufige Amtstätigkeiten nicht eine betriebsübliche Entwicklung und damit einen beruflichen Aufstieg wahrnehmen können, wie dies vergleichbaren Arbeitnehmern ohne die Belastung mit einem zusätzlich Ehrenamt möglich war.⁶⁰

1. Voraussetzungen

a) Bestimmung der „vergleichbaren Arbeitnehmer“

- 25 Das Gesetz zieht als Maßstab „vergleichbare Arbeitnehmer mit betriebsüblicher Entwicklung“ heran. **Vergleichbar** sind nach der Rechtsprechung des BAG die Arbeitnehmer, die zum maßgeblichen Zeitpunkt ähnliche Tätigkeiten wie das

56 BAG 12.8.2009, 7 AZR 218/08, EzA § 37 BetrVG 2001 Nr. 8; Richardi-Thüsing, § 37 Rn. 56; *Fitting*, § 37 Rn. 102.

57 *Fitting*, § 37 Rn. 107 und 108.

58 BAG 7.2.1985, 6 AZR 370/82, DB 1985, 1346; ErfK-Koch, § 37 BetrVG Rn. 8; *Fitting* § 37 Rn. 111 m. w. N.; a. A. DKKW-Wedde, § 37 Rn. 85.

59 *Fitting*, § 37 Rn. 116; unklar BAG 17.5.1977, 1 AZR 458/74, AP BetrVG 1972 § 37 Nr. 28.

60 *Keilich*, BB 2014, 2229.

Betriebsratsmitglied ausüben und dafür in ähnlicher Art und Weise wie das Betriebsratsmitglied selbst fachlich und persönlich qualifiziert waren.⁶¹ Es kommt also nicht nur auf die bloße Tätigkeit an, sondern auch auf die fachliche und persönliche Qualifikation des Betriebsratsmitglieds und der anderen Arbeitnehmer.

Maßgeblicher **Zeitpunkt** für die Vergleichbarkeit ist nach der Rechtsprechung der Zeitpunkt der Wahl des Betriebsratsmitglieds und damit der Zeitpunkt, in dem sich das Betriebsratsmitglied noch ausschließlich seiner beruflichen Tätigkeit gewidmet hat.⁶² Bei Ersatzmitgliedern ist auf den Zeitpunkt des Nachrückens abzustellen.⁶³ **26**

Das Gesetz spricht zwar von „vergleichbaren Arbeitnehmern“, d. h. im Plural, aber es ist einhellige Meinung, dass § 37 Abs. 4 BetrVG nicht notwendigerweise den Vergleich mit mehreren Arbeitnehmern voraussetzt. Gibt es nur einen vergleichbaren Arbeitnehmer, kommt es auf dessen Entwicklung an.⁶⁴ Fehlt es an einem vergleichbaren Arbeitnehmer, ist nach der wohl h. M. auf den Arbeitnehmer abzustellen, der mit dem Betriebsratsmitglied am ehesten vergleichbar ist.⁶⁵ **27**

Die Tätigkeit der Vergleichsperson(en) muss im Wesentlichen mit der des Betriebsratsmitglieds vergleichbar sein. Der reine **Tätigkeitsvergleich** ist aufgrund objektiver Betrachtung vorzunehmen.⁶⁶ Zusätzlich ist zu prüfen, ob das Betriebsratsmitglied und die Arbeitnehmer im Hinblick auf Persönlichkeit, **fachliche und persönliche Qualifikationen** sowie Leistung miteinander vergleichbar sind.⁶⁷ Tätigkeits- und Qualifikationsunterschiede, die ohne das Betriebsratsamt oder die Freistellung nicht vorlägen, dürfen bei der Prüfung der Tätigkeit nicht zu Ungunsten des Betriebsratsmitglieds berücksichtigt werden.⁶⁸ **28**

Leistungen und Fähigkeiten, die das Betriebsratsmitglied erst während seiner **Amtsausübung** erlangt, können bei der Entgeltbemessung nicht berücksichtigt **29**

61 BAG 11.12.1991, 7 AZR 75/91, NZA 1993, 909; BAG 13.11.1987, 7 AZR 550/86, NZA 1988, 403; BAG 19.1.2005, 7 AZR 208/04, AuA 2005, 436; Richardi-Thüsing, § 37 Rn. 71.

62 BAG 13.11.1987, 7 AZR 550/86, NZA 1988, 403; BAG 17.5.1977, 1 AZR 458/74, AP BetrVG 1972 § 37 Nr. 28; LAG Frankfurt a. M. 26.11.1981, 9 Sa 500/81, juris; *Fitting*, § 37 Rn. 119.

63 BAG 15.1.1992, 7 AZR 194/91, AP BetrVG 1972 § 37 Nr. 84; LAG Düsseldorf 16.7.2004, 9 Sa 1306/03, DB 2005, 400; GK-BetrVG-Weber, § 37 Rn. 139; DKKW-Wedde, § 37 Rn. 88; ErfK-Koch, § 37 BetrVG Rn. 9; *Keilich*, BB 2014, 2229.

64 BAG 21.4.1983, 6 AZR 407/80, AP BetrVG 1972 § 37 Nr. 43; LAG Rheinland-Pfalz 3.6.1980, 3 Sa 134/80, LAGE § 37 BetrVG 1972 Nr. 15; *Fitting*, § 37 Rn. 118.

65 ErfK-Koch, § 37 BetrVG Rn. 9; *Fitting*, § 37 Rn. 118; DKKW-Wedde, § 37 Rn. 88.

66 GK-BetrVG-Weber, § 37 Rn. 131.

67 GK-BetrVG-Weber, § 37 Rn. 131; HWG-Glock, § 37 Rn. 114.

68 BAG 15.1.1992, 7 AZR 194/91, AP BetrVG 1972 § 37 Nr. 84.

Kap. 10 Vergütung von Betriebsratsmitgliedern

werden.⁶⁹ Zum einen stellt das Gesetz ausdrücklich auf eine fiktive Karriere ab, die das Betriebsratsmitglied gemacht hätte, wäre es nicht in den Betriebsrat gewählt worden. Zum anderen würde eine Berücksichtigung der Leistung als Betriebsratsmitglied zu einer rechtswidrigen Begünstigung nach § 78 Satz 2 BetrVG führen.⁷⁰

- 30 Da das BetrVG hierbei keinen objektiven Maßstab anlegt, sondern auf die Verhältnisse im jeweiligen Betrieb abstellt, dürfte es bei **Teilzeitbeschäftigten** im Einzelfall darauf ankommen, ob und inwieweit es zwischen Voll- und Teilzeitbeschäftigten typische unterschiedliche betriebsübliche berufliche Entwicklungen gibt. Ist dies der Fall, können als Vergleichsmaßstab für das Entgelt eines teilzeitbeschäftigten Betriebsratsmitglieds nur andere Teilzeitbeschäftigte herangezogen werden.⁷¹

b) Betriebsübliche Entwicklung

- 31 Eine betriebsübliche Entwicklung entsteht aus einem gleichförmigen Verhalten des Arbeitgebers und einer bestimmten Regel.⁷² **Beförderungen** und Gehaltsentwicklungen ohne Beförderung müssen dabei so typisch sein, dass nach den betrieblichen Gepflogenheiten und Gesetzmäßigkeiten grundsätzlich, d.h. wenigstens in der Mehrzahl der vergleichbaren Fälle, mit einer solchen Gehaltsentwicklung gerechnet werden kann.⁷³ Nicht ausreichend ist, dass einige andere Arbeitnehmer einen entsprechenden beruflichen Aufstieg genommen haben.⁷⁴ Da das Gesetz auf die betriebsübliche berufliche Entwicklung abstellt, bleiben atypische außergewöhnliche Entwicklungen in betrieblicher oder personeller Hinsicht außer Betracht.⁷⁵ Es wird nur der Normalfall, nicht der Ausnahmefall erfasst.
- 32 Zu berücksichtigen sind betriebliche oder außerbetriebliche Maßnahmen der **beruflichen Fortbildung**, an denen vergleichbare Arbeitnehmer teilgenommen haben und die deswegen mit höher vergüteten Arbeiten beschäftigt werden,

69 Richardi-Thüsing, § 37 Rn. 69 m. w. N.; a. A. Annuß, NZA 2018, 134; Byers, NZA 2014, 65, der während der Amtszeit erworbene Qualifikationen berücksichtigen will, wenn diese Fähigkeiten im Zusammenhang mit der bisherigen Arbeitstätigkeit stehen.

70 Bittmann/Mujan, BB 2012, 637; Rieble, NZA 2008, 276.

71 Fitting, § 37 Rn. 118.

72 BAG 17.8.2005, 7 AZR 528/04, NZA 2006, 448; BAG 19.1.2005, 7 AZR 208/04, AuA 2005, 436; LAG München 22.12.2005, 4 Sa 736/05, juris.

73 BAG 15.11.1994, 5 AZR 682/93, AP BGB § 242 Gleichbehandlung Nr. 121; BAG 17.8.2005, 7 AZR 527/04, NZA 2006, 448; BAG 27.6.2001, 7 AZR 496/99, AP BPersVG § 46 Nr. 23; Fitting, § 37 Rn. 123; Blattner, NZA 2018, 129.

74 BAG 27.6.2001, 7 AZR 496/99, AP BPersVG § 46 Nr. 23; LAG Köln 13.3.2002, 7 (10) Sa 1061/01, juris.

75 BAG 13.11.1987, 7 AZR 550/86, NZA 1988, 403; BAG 7.6.1989, 7 AZR 538/88, juris.

wenn dem Betriebsratsmitglied aufgrund seiner Amtstätigkeit die Teilnahme an diesen Maßnahmen nicht möglich war.⁷⁶ Im Hinblick auf den objektiven Maßstab des § 37 Abs. 4 BetrVG bleiben nach h.M. **persönliche Umstände** in der Entwicklung des Betriebsratsmitglieds (z.B. eine längere Erkrankung) außer Betracht.⁷⁷

2. Rechtsfolge

Das Betriebsratsmitglied hat keinen Anspruch auf das Arbeitsentgelt in derselben Höhe wie die vergleichbaren Arbeitnehmer, sondern sein bisheriges Entgelt ist entsprechend der Entwicklung der Vergleichspersonen anzupassen.⁷⁸ Das Arbeitsentgelt des Betriebsratsmitglieds ist dem Entgelt der vergleichbaren Arbeitnehmer **laufend anzupassen**, das Betriebsratsmitglied hat also Anspruch auf die jeweiligen Entgeltsteigerungen, die aufgrund betriebsüblicher Entwicklung bei den vergleichbaren Arbeitnehmern eintreten.⁷⁹ Erfasst ist auch der Ausgleich etwaiger Entgeltminderungen, die durch einen Wechsel des Betriebsratsmitglieds wegen seiner Betriebsratstätigkeit von Akkordarbeit auf Zeitarbeit oder von Wechselschicht auf einfache Tagschicht entstehen.⁸⁰

Ist das Betriebsratsmitglied nicht nur mit einem Arbeitnehmer vergleichbar, sondern mit einer ganzen Vergleichsgruppe, kommt es auf die der Mehrheit der vergleichbaren Arbeitnehmer gezahlte Entgelterhöhung an. Lässt sich keine mehrheitliche Entgelterhöhung ermitteln, ist zur Vermeidung einer Benachteiligung oder Bevorzugung des Betriebsratsmitglieds ausnahmsweise der Durchschnittswert der Entgelterhöhungen innerhalb der Vergleichsgruppe entscheidend.⁸¹

Der Begriff des Arbeitsentgelts ist im Sinne von **maßgebenden Arbeitsentgelteinheiten** zu verstehen (Stundenlohn, Akkordlohn, Prämiensatz etc.).⁸² Allerdings beinhaltet der Begriff des Arbeitsentgelts nach § 37 Abs. 4 BetrVG nur Ansprüche des Betriebsratsmitglieds gegenüber dem Arbeitgeber, die sich aus dem Arbeitsverhältnis selbst ergeben. **Leistungen Dritter** werden daher nicht erfasst. Rechtlich selbstständig vom Arbeitsvertrag steht ein eventuell bestehen-

76 *Fitting*, § 37 Rn. 121; GK-BetrVG-Weber, § 37 Rn. 138; DKKW-Wedde, § 37 Rn. 92.

77 HWG-Glock, § 37 Rn. 121; *Fitting*, § 37 Rn. 122; GK-BetrVG-Weber, § 37 Rn. 134.

78 BAG 18.1.2017, 7 A/R 205/17, NZA 2017, 935; 7.5.1977, 1 AZR 458/74, AP BetrVG 1972 § 37 Nr. 28; BAG 19.1.2005, 7 AZR 208/04, AuA 2005, 436; LAG München 22.12.2005, 4 Sa 736/05, juris; Richardi-Thüsing, § 37 Rn. 78; Blattner, NZA 2018, 129; Annuß, NZA 2018, 134.

79 *Fitting*, § 37 Rn. 124; Richardi-Thüsing, § 37 Rn. 78.

80 *Fitting*, § 37 Rn. 124; Richardi-Thüsing, § 37 Rn. 78; GK-BetrVG-Weber, § 37 Rn. 143.

81 BAG 18.1.2017, 7 AZR 205/15, NZA 2017, 935; 21.4.1983, 6 AZR 407/80, AP BetrVG 1972 § 37 Nr. 43; *Fitting*, § 37 Rn. 124; Blattner, NZA 2018, 129.

82 BAG 21.4.1983, 6 AZR 407/80, AP BetrVG 1972 § 37 Nr. 43; *Fitting*, § 37 Rn. 125.

Kap. 10 Vergütung von Betriebsratsmitgliedern

der Vertrag über die Gewährung von Aktienoptionen mit der Muttergesellschaft der Arbeitgebergesellschaft.⁸³ Deshalb kann ein freigestelltes Betriebsratsmitglied grundsätzlich keinen unmittelbaren Anspruch aus § 37 Abs. 4 BetrVG gegenüber dem Arbeitgeber auf Verschaffung von Aktienoptionen geltend machen, die es auf Basis eines Aktienoptionsplans von der Muttergesellschaft bezogen hat. Dies gilt selbst dann, wenn vergleichbare Arbeitnehmer mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung weiterhin Aktienoptionen erhalten.⁸⁴

- 36 Die Vergütung, die ein Arbeitnehmer für seine Arbeit erhält, kann nicht nur in Geld erfolgen, sondern auch zum Teil durch Naturalleistungen. Als **Sachvergütung** oder auch Naturallohn bezeichnet wird jede Vergütung für Dienste eines Arbeitnehmers, die nicht in Geld gewährt wird.⁸⁵ Hiervon zu unterscheiden sind Arbeitsmittel, die lediglich zur ordnungsgemäßen Erfüllung der arbeitsvertraglichen Pflichten zur Verfügung gestellt werden, wie z. B. ein Diensttelefon oder ein Firmenlaptop.
- 37 **Sonstige Vergünstigungen**, z. B. tariflicher Zusatzurlaub bzw. Altersfreizeit, fallen nicht unter den Begriff des Arbeitsentgelts, da Inhalt dieser Ansprüche die Befreiung von der vertraglich geschuldeten Arbeitspflicht ist, während § 37 Abs. 4 BetrVG die Entgeltsicherung bezweckt.⁸⁶
- 38 Übernimmt das Betriebsratsmitglied wegen seiner Tätigkeit im Betriebsrat einen geringer entlohten Arbeitsplatz oder muss es einen solchen beibehalten, dürfen ihm daraus keine finanziellen Nachteile entstehen. Deshalb muss der Arbeitgeber die etwaige Differenz in der Entlohnung ausgleichen.⁸⁷ Das Betriebsratsmitglied hat aber keinen Anspruch auf einen „Lohnabstand“, d. h. es kann nicht die unveränderte Beibehaltung eines bislang bestehenden **Lohnabstands** zum Entgelt anderer Arbeitnehmer beanspruchen.⁸⁸
- 39 Bei **Einführung eines variablen Vergütungssystems** nach Freistellung eines Betriebsratsmitglieds ist die Vergütung anhand einer Prognose des Leistungs-

83 BAG 12.2.2003, 10 AZR 299/02, AP BGB § 613a Nr. 243; *Lingemann/Diller/Mengel*, NZA 2000, 1191.

84 LAG Hessen 31.7.2006, 7/2 Sa 1544/05, juris. Eine eigene Verpflichtung des konzernangehörigen Arbeitgebers kann jedoch begründet werden, wenn die Arbeitsvertragsparteien die Teilnahme des Arbeitnehmers an dem Aktienoptionsprogramm eines anderen Konzernunternehmens ausdrücklich oder konkludent vereinbaren. In diesem Fall kann der Arbeitnehmer auch von seinem Arbeitgeber die Zuteilung von Aktienoptionen nach den von dem anderen Konzernunternehmen aufgestellten Verteilungsgrundsätzen verlangen, BAG 16.1.2008, 7 AZR 887/06, NZA 2008, 836.

85 Palandt-Weidenkaff, § 611 Rn. 56.

86 BAG 29.9.1999, 7 AZR 378/98, juris; Schaub-Koch, § 221 Rn. 56; mögliche Anspruchsgrundlage für diese anderen Ansprüche ist § 78 Satz 2 BetrVG.

87 DKKW-Wedde, § 37 Rn. 94; ArbG Wuppertal 9.12.1987, 6 (5) BV 49/87, AiB 2001, 46.

88 LAG Köln 3.8.1995, 10 Sa 411/95, NZA-RR 1996, 379; *Fitting*, § 37 Rn. 126.

verhaltens zu bemessen, wenn das bisherige Leistungsverhalten des Betriebsratsmitglieds aussagekräftige Anhaltspunkte dafür hergibt, wie das freigestellte Betriebsratsmitglied die Leistungsanforderungen des Vergütungssystems erfüllt hätte.⁸⁹ Ist eine solche Prognose nicht möglich, wird man hilfsweise davon ausgehen müssen, dass die im Durchschnitt erzielbare Leistungsvergütung der angemessene Berechnungsfaktor ist, da auf diesem Durchschnitt die Vergütungssysteme aufbauen.⁹⁰

§ 37 Abs. 4 BetrVG gewährt **keinen Anspruch auf Höhergruppierung**.⁹¹ Das Gesetz spricht ausdrücklich nur vom Entgelt, das bei einem Betriebsratsmitglied nicht geringer bemessen sein darf als bei vergleichbaren Arbeitnehmern mit betriebsüblicher Entwicklung. Zudem erfolgt die Eingruppierung von Arbeitnehmern in der Regel anhand vorgegebener Kriterien, die sich insbesondere auf die Art der ausgeübten Tätigkeit sowie die erforderlichen Fertigkeiten und Kenntnisse beziehen. Die Eingruppierung stellt also einen Rechtsvollzug dar, der sich nicht mit der Fiktion einer ausgeübten Tätigkeit und der erforderlichen Qualifizierung in Einklang bringen lässt.⁹² **40**

Ansprüche aus § 37 Abs. 4 BetrVG beruhen auf § 611 BGB und dem Arbeitsvertrag. Daher werden sie nach der Rechtsprechung des BAG von **tarifvertraglichen Ausschlussfristen** erfasst, die für „Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis“ gelten.⁹³ **41**

3. Schutzzeitraum

a) Grundsätzlich

§ 37 Abs. 4 BetrVG sichert das Entgelt der Betriebsratsmitglieder während ihrer Amtszeit und darüber hinaus noch für ein Jahr nach Ablauf ihrer Amtszeit (**nachwirkender Schutz**). Anders als die Regelung des § 38 Abs. 3 BetrVG setzt dies keine bestimmte Mindestdauer der Mitgliedschaft im Betriebsrat voraus. Damit greift der nachwirkende Schutz auch für alle nachrückenden Betriebsratsmitglieder.⁹⁴ **42**

⁸⁹ Natzel, NZA 2000, 77.

⁹⁰ Hennecke, RdA 1986, 241; Natzel, NZA 2000, 77.

⁹¹ BAG 6.8.1981, 6 AZR 527/78, juris, hat diese Frage ausdrücklich offengelassen. Es entschied, dass ein Anspruch auf Höhergruppierung unter den gegebenen Umständen allenfalls dann in Betracht kommen könnte, wenn man davon ausgehen müsste, dass der Arbeitgeber unterschiedslos die Tätigkeit aller Mitarbeiter nach einer gewissen Zugehörigkeitsdauer höher vergütet.

⁹² Natzel, NZA 2000, 77.

⁹³ BAG 8.9.2010, 7 AZR 513/09, AP BetrVG 1972 § 37 Nr. 148.

⁹⁴ Fitting, § 37 Rn. 129; GK-BetrVG-Weber, § 37 Rn. 146.

Kap. 10 Vergütung von Betriebsratsmitgliedern

- 43 Zwar unterscheidet das Betriebsverfassungsgesetz terminologisch zwischen „Beendigung der Amtszeit“ und „Erlöschen der Mitgliedschaft“. „Amtszeit“ stellt dabei auf das Kollegialorgan Betriebsrat ab, während „Mitgliedschaft“ sich an der persönlichen Amtsdauer des einzelnen Betriebsratsmitglieds orientiert. Aber mittlerweile ist unstreitig, dass von der Nachwirkung des § 37 Abs. 4 und Abs. 5 BetrVG auch die Fälle der **individuellen Beendigung** der Mitgliedschaft im Betriebsrat erfasst sind.⁹⁵
- 44 Die Nachwirkung des § 37 Abs. 4 BetrVG greift auch dann, wenn die Mitgliedschaft des Betriebsratsmitglieds aufgrund einer **gerichtlichen Entscheidung** endet.⁹⁶ § 15 Abs. 1 Satz 2 KSchG ist hier nicht analog anzuwenden. Einziger Ausnahmefall ist die Nichtigkeit der Betriebsratswahl: Hier greift kein nachwirkender Entgeltschutz, da die Feststellung der Nichtigkeit einer Betriebsratswahl ex tunc wirkt, der Betriebsrat also nie bestanden hat.⁹⁷

b) Verlängerung, § 38 Abs. 3 BetrVG

- 45 § 38 Abs. 3 BetrVG verlängert die Schutzfrist für Betriebsratsmitglieder, die drei volle aufeinanderfolgende Amtszeiten freigestellt waren, auf zwei Jahre nach Ablauf der Amtszeit. Dabei ist der Begriff der „Freistellung“ in § 38 Abs. 3 BetrVG grundsätzlich nur im Sinne einer **vollständigen Freistellung** zu verstehen.⁹⁸ Wird ein Teilzeitbeschäftigter für seine individuelle Arbeitszeit vollständig freigestellt, ist dies eine vollständige Freistellung im Sinne des § 38 Abs. 3 BetrVG, denn das Betriebsratsmitglied erbringt keine Arbeitsleistung mehr, so dass es sich immer mehr von seinem Arbeitsplatz und von der beruflichen Entwicklung innerhalb dieser Tätigkeit entfremdet.⁹⁹ § 38 Abs. 3 BetrVG findet auch nicht ausnahmsweise auf teilfreigestellte Betriebsratsmitglieder Anwendung, wenn aufgrund der Eigenart der Tätigkeit eine Beschäftigung in vollem

95 *Fitting*, § 37 Rn. 129; *Richardi-Thüsing*, § 37 Rn. 81; *DKKW-Wedde*, § 37 Rn. 98; *HWG-Glock*, § 37 Rn. 128; *GK-BetrVG-Weber*, § 37 Rn. 147; *ErfK-Koch*, § 37 BetrVG Rn. 10.

96 *Fitting*, § 37 Rn. 129; *DKKW-Wedde*, § 37 Rn. 98; *Schneider*, NZA 1984, 21; *a. A. Richardi-Thüsing*, § 37 Rn. 81; *HWG-Glock*, § 37 Rn. 128; *GK-BetrVG-Weber*, § 37 Rn. 148, die die Einschränkung des § 15 Abs. 1 Satz 2 HS 2 KSchG auch auf den nachwirkenden Entgeltschutz für Betriebsratsmitglieder nach § 37 Abs. 4 BetrVG anwenden.

97 *ErfK-Koch*, § 37 BetrVG Rn. 10; *a. A. Fitting*, § 37 Rn. 129, der § 37 Abs. 4 BetrVG jedenfalls solange für anwendbar hält, wie die Nichtigkeit nicht geltend gemacht worden ist.

98 *DKKW-Wedde*, § 38 Rn. 78; *Richardi-Thüsing*, § 38 Rn. 61; *Fitting*, § 38 Rn. 93; *GK-BetrVG-Weber*, § 38 Rn. 104; *ErfK-Koch*, § 38 BetrVG Rn. 11.

99 *Greßlin*, S. 242; *ErfK-Koch*, § 38 Rn. 11; *Fitting*, § 38 Rn. 93; *DKKW-Wedde*, § 38 Rn. 79.

Umfang der Arbeitszeit vonnöten ist, um den erforderlichen Kenntnis- und Erfahrungsstand zu gewährleisten.¹⁰⁰

Das Betriebsratsmitglied muss über **drei volle aufeinander folgende Amtszeiten** freigestellt gewesen sein, d.h. es muss während der gesamten Amtszeit von seiner Arbeitspflicht befreit sein. Eine Verlängerung der Schutzfrist kommt nicht in Betracht, wenn der Mandatsträger erst während der laufenden Amtszeit freigestellt wurde. Keine volle Amtszeit im Sinne des § 38 Abs. 3 BetrVG ist bei einer verkürzten Amtszeit gegeben, wenn nach § 13 Abs. 2 Nr. 1–3 BetrVG eine Neuwahl erforderlich ist oder die Amtszeit des Betriebsrats aufgrund einer gerichtlichen Entscheidung gemäß § 19 oder § 23 BetrVG vorzeitig beendet wird.¹⁰¹ Das Gleiche gilt auch bei einer Amtszeit aufgrund einer Betriebsratswahl außerhalb der regelmäßig stattfindenden Wahlen gemäß § 13 Abs. 3 Satz 1 BetrVG, denn auch hier dauert die erste Amtszeit keine vier Jahre.¹⁰² **46**

4. Prozessuales/Auskunftsanspruch

Ansprüche auf Entgelthanpassung nach § 37 Abs. 4 BetrVG sind auf der individualvertraglichen Ebene anzusetzen. Daher entscheidet das Arbeitsgericht insoweit im Urteilsverfahren.¹⁰³ Im Rahmen des § 37 Abs. 4 BetrVG gelten die allgemeinen Grundsätze der Darlegungs- und Beweislast. Das Betriebsratsmitglied als Anspruchsteller trägt die Beweislast für die rechtsbegründenden, der Arbeitgeber als Anspruchsgegner trägt sie für die rechtsvernichtenden, rechtshindernden und rechtshemmenden Tatsachen. Jeder hat also die für ihn günstigen Tatsachen zu beweisen.¹⁰⁴ Demzufolge muss das Betriebsratsmitglied die Voraussetzungen des § 37 Abs. 4 BetrVG darlegen und beweisen, insbesondere muss es schlüssig vortragen, wer die vergleichbaren Arbeitnehmer sind und welche berufliche Entwicklung betriebsüblich ist. **47**

Will ein Betriebsratsmitglied Ansprüche nach § 37 Abs. 4 BetrVG gerichtlich geltend machen, muss es zum Teil auf Daten und Fakten Bezug nehmen, die ihm selbst nicht direkt zur Verfügung stehen. Hierfür steht ihm ein Auskunftsanspruch gegenüber dem Arbeitgeber nach § 242 BGB über das **Arbeitsentgelt** vergleichbarer Arbeitnehmer mit betriebsüblicher Entwicklung zu.¹⁰⁵ Zu beach- **48**

100 Richardi-Thüsing, § 38 Rn. 61; GK-BetrVG-Weber, § 38 Rn. 104; a.A. Greßlin, S. 243; Fitting, § 38 Rn. 93; DKKW-Wedde, § 38 Rn. 79.

101 Fitting, § 38 Rn. 94; a.A. Richardi-Thüsing, § 38 Rn. 62.

102 GK-BetrVG-Weber, § 38 Rn. 106; Fitting, § 38 Rn. 94; DKKW-Wedde, § 38 Rn. 81; HWG-Glock, § 38 Rn. 71; a.A. Richardi-Thüsing, § 38 Rn. 62.

103 Fitting, § 37 Rn. 253 m. w. N.

104 Zöller-Greger, vor § 284 Rn. 17a.

105 BAG 4.11.2015, 7 AZR 972/13, NZA 2016, 1339; 19.1.2005, 7 AZR 208/04, AuA 2005, 436; LAG Hamburg 2.4.2004, 3 Sa 48/03, juris; Fitting, § 37 Rn. 128; ErfK-Koch, § 37 BetrVG Rn. 10.

Kap. 10 Vergütung von Betriebsratsmitgliedern

ten ist, dass sich der Auskunftsanspruch nur auf die Entgeltentwicklung anderer vergleichbarer Arbeitnehmer, nicht auch auf die Bestimmung der vergleichbaren Arbeitnehmer mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung selbst, bezieht. Im Prozess wird das Betriebsratsmitglied in diesen Fällen mit einer **Stufenklage** im Sinne des § 254 ZPO vorgehen.

- 49 Der Anspruch auf Auskunftserteilung stellt nur eine Nebenpflicht dar, die quasi akzessorisch an der Hauptpflicht, der Leistungspflicht, anknüpft. Daher kommt auch ein Auskunftsanspruch nicht mehr in Betracht, wenn die Leistung ausgeschlossen ist.¹⁰⁶

V. Aufwendungsersatz, § 40 BetrVG

- 50 Nach § 40 BetrVG trägt der Arbeitgeber die durch die Tätigkeit des Betriebsrats entstehenden Kosten und stellt in erforderlichem Umfang Räume, Sachmittel, Informations- und Kommunikationstechnik sowie Personal zur Verfügung. Das ist die Konsequenz aus der Ausgestaltung des Betriebsratsamts als unentgeltlichem Ehrenamt, dem Benachteiligungsverbot des § 78 Satz 2 BetrVG sowie aus dem Umlageverbot nach § 41 BetrVG.

1. Voraussetzungen

- 51 Auch wenn dies nicht unmittelbar dem Gesetzeswortlaut zu entnehmen ist, besteht die Kostentragungspflicht des Arbeitgebers nur insoweit, als die Kosten für die Durchführung der Betriebsratsarbeit **erforderlich** sind.¹⁰⁷ Das ist dann der Fall, wenn die Kosten im Zeitpunkt ihrer Verursachung bei gewissenhafter Abwägung aller Umstände für erforderlich gehalten werden durften, damit der Betriebsrat seine Aufgaben sachgerecht erfüllen kann.¹⁰⁸ Ähnlich wie bei § 37 Abs. 2 BetrVG hat der Betriebsrat bei der Bewertung der die Kosten auslösenden Umstände einen Beurteilungsspielraum.¹⁰⁹ Der Betriebsrat muss dabei die betrieblichen Verhältnisse und die sich ihm stellenden Aufgaben berücksichtigen sowie die Interessen der Belegschaft an einer sachgerechten Ausübung des Betriebsratsamtes und die berechtigten Interessen des Arbeitgebers an der Kostenbegrenzung gegeneinander abwägen.¹¹⁰ Als weitere Voraussetzung hat das BAG

106 BAG 21.11.2000, 9 AZR 665/99, AP BGB § 242 Auskunftspflicht Nr. 35; LAG Hamburg 2.4.2004, 3 Sa 48/03, juris.

107 BAG 19.4.1989, 7 ABR 87/87, NZA 1989, 936; ErfK-Koch, § 40 BetrVG Rn. 1; HWG-Glock, § 40 Rn. 11; Fitting, § 40 Rn. 9; Richardi-Thüsing, § 40 Rn. 6.

108 BAG 24.6.1969, 1 ABR 6/69, BB 1969, 1037; Fitting, § 40 Rn. 9; ErfK-Koch, § 40 BetrVG Rn. 1; GK-BetrVG-Weber, § 40 Rn. 13.

109 BAG 3.12.1987, 6 ABR 79/85, NZA 1988, 440; BAG 16.10.1986, 6 ABR 14/84, NZA 1987, 643; Fitting, § 40 Rn. 9 m. w. N.; ErfK-Koch, § 40 BetrVG Rn. 1.

110 ErfK-Koch, § 40 BetrVG Rn. 1; HWG-Glock, § 40 Rn. 11.

die Beachtung des **Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit** aufgestellt:¹¹¹ Danach darf der Betriebsrat den Arbeitgeber nur mit den Kosten belasten, die er der Sache nach für verhältnismäßig und deshalb zumutbar halten kann.¹¹²

Soweit diese Voraussetzungen gegeben sind, bedarf der Betriebsrat nicht der Zustimmung des Arbeitgebers. Allerdings gebietet es der Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit, bei außergewöhnlichen Aufwendungen vorher den Arbeitgeber zu informieren und ihm Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.¹¹³ **52**

2. Rechtsfolge

Der Arbeitgeber trägt insbesondere die sog. **Geschäftsführungskosten**, d. h. die im Rahmen des allgemeinen Geschäftsbetriebs anfallenden Kosten, soweit sie zur sachgerechten und ordnungsgemäßen Durchführung der Betriebsratsarbeit erforderlich sind.¹¹⁴ Zu erstatten sind neben dem Sachaufwand auch die Kosten, die der gerichtlichen Verfolgung oder Verteidigung von Rechten des Betriebsrats oder seiner Mitglieder dienen.¹¹⁵ **53**

Weiter ist der Arbeitgeber erstattungspflichtig für **Aufwendungen einzelner Betriebsratsmitglieder** im Rahmen und in Erfüllung der Betriebsratsaufgaben.¹¹⁶ Dies gilt für Aufwendungen, die gerade durch die Betriebsrats Tätigkeit entstanden sind und nicht auch bereits bei Erfüllung der arbeitsvertraglichen Pflichten entstanden wären.¹¹⁷ Für Zeiten, in denen das Betriebsratsmitglied ohne die Erfüllung von Betriebsratsaufgaben zur Arbeitsleistung verpflichtet wäre oder in denen der Arbeitgeber die Erbringung von Überstunden anordnen könnte, hat das Betriebsratsmitglied keinen Anspruch auf Erstattung von **Kinderbetreuungskosten**.¹¹⁸ Allerdings kann ein alleinerziehendes Betriebsratsmitglied vom **54**

111 BAG 29.1.1974, 1 ABR 34/73, AP BetrVG 1972 § 37 Nr. 8; BAG 31.10.1972, 1 ABR 7/72, AP BetrVG 1972 § 40 Nr. 2; *Fitting* § 40 Rn. 10; Richardi-Thüsing, § 40 Rn. 7; HWG-Glock, § 40 Rn. 12; DKKW-Wedde, § 40 Rn. 5; GK-BetrVG-Weber, § 40 Rn. 14.

112 BAG 28.6.1995, 7 ABR 55/94, NZA 1995, 1216; ErfK-Koch, § 40 BetrVG Rn. 10.

113 BAG 18.4.1967, 1 ABR 11/66, NJW 1967, 2377; Richardi-Thüsing, § 40 Rn. 9; *Fitting*, § 40 Rn. 11; HWG-Glock, § 40 Rn. 13; GK-BetrVG-Weber, § 40 Rn. 15 und 17.

114 ErfK-Koch, § 40 BetrVG Rn. 2, *Fitting*, § 40 Rn. 12; GK-BetrVG-Weber, § 40 Rn. 39; HWG-Glock, § 40 Rn. 16; DKKW-Wedde, § 40 Rn. 15.

115 *Fitting*, § 40 Rn. 21; Richardi-Thüsing, § 40 Rn. 13.

116 BAG 6.11.1973, 1 ABR 26/73, AP BetrVG 1972 § 37 Nr. 6; BAG 18.1.1989, 7 ABR 89/87, NZA 1989, 641; *Fitting*, § 40 Rn. 40; ErfK-Koch, § 40 BetrVG Rn. 7; DKKW-Wedde, § 40 Rn. 57; GK-BetrVG-Weber, § 40 Rn. 49.

117 BAG 16.1.2008, 7 ABR 71/06, NZA 2008, 546; BAG 23.6.2010, 7 ABR 103/08, AP BetrVG 1972 § 40 Nr. 106; *Fitting*, § 40 Rn. 43.

118 BAG 23.6.2010, 7 ABR 103/08, AP BetrVG 1972 § 40 Nr. 106.

Kap. 10 Vergütung von Betriebsratsmitgliedern

Arbeitgeber gemäß § 40 Abs. 1 BetrVG in angemessener Höhe die Erstattung der Kosten verlangen, die ihm durch die erforderliche Fremdbetreuung seines minderjährigen Kindes während einer mehrtägigen auswärtigen Betriebsratsstätigkeit entstehen.¹¹⁹

- 55 Auch **Reisekosten**, die dem Betriebsratsmitglied im Rahmen seiner Betriebsratsstätigkeit entstehen, sind nach § 40 Abs. 1 BetrVG zu erstatten. Der Arbeitgeber hat die **notwendigen Kosten** zu tragen. Damit besteht keine Kostentragepflicht für eine nicht erforderliche Dienstreise oder für nicht erforderliche Kosten einer notwendigen Dienstreise.¹²⁰ Für die Erstattungsfähigkeit von Fahrten zwischen der Wohnung und dem Betrieb ist entscheidend, dass die Reisekosten ausschließlich wegen der Wahrnehmung erforderlicher Betriebsratsstätigkeit und nicht zugleich auch zur Erfüllung der Arbeitspflicht des Betriebsratsmitglieds entstanden sind.¹²¹ Kosten eines freigestellten Betriebsratsmitglieds für Fahrten zwischen seiner Wohnung und dem Betrieb sind dagegen nicht nach § 40 Abs. 1 BetrVG erstattungsfähig.¹²² Dadurch würde das freigestellte Betriebsratsmitglied im Verhältnis zu den übrigen Arbeitnehmern unzulässig begünstigt (§ 78 Satz 2 BetrVG), bei denen die Fahrtkosten zwischen Wohnung und Betrieb ebenfalls als persönliche Lebensführungskosten selbst getragen werden müssen. Besteht eine betriebliche Reisekostenregelung, ist diese grundsätzlich auch für Reisen von Betriebsratsmitgliedern im Rahmen ihrer Betriebsratsstätigkeit anzuwenden.¹²³
- 56 Kosten, die durch die Teilnahme von Betriebsratsmitgliedern an **Schulungsveranstaltungen** entstehen, die für die Betriebsratsarbeit erforderliche Kenntnisse vermitteln, sind ebenfalls nach § 40 Abs. 1 BetrVG vom Arbeitgeber zu erstatten.¹²⁴ Hierfür bedarf es eines ordnungsgemäßen Beschlusses des Betriebsrats. Ein fehlender, fehlerhafter oder erst nach dem Besuch der Schulung gefasster Beschluss reicht hierfür nicht aus.¹²⁵

119 BAG 23.6.2010, 7 ABR 103/08, AP BetrVG 1972 § 40 Nr. 106; *Fitting*, § 40 Rn. 43; *HWG-Glock*, § 40 Rn. 56; *GK-BetrVG-Weber*, § 40 Rn. 100; *Moll/Roebers*, NZA 2012, 57.

120 *Fitting*, § 40 Rn. 52.

121 BAG 16.1.2008, 7 ABR 71/06, NZA 2008, 546; *ErfK-Koch*, § 40 BetrVG Rn. 7; *Fitting*, § 40 Rn. 47; *GK-BetrVG-Weber*, § 40 Rn. 96.

122 BAG 13.6.2007, 7 ABR 62/06, NZA 2007, 1301; *Fitting*, § 40 Rn. 48; *GK-BetrVG-Weber*, § 40 Rn. 96.

123 BAG 28.3.2007, 7 ABR 33/06, AP BetrVG 1972 § 40 Nr. 89; *Fitting*, § 40 Rn. 54; *Richardi-Thüsing*, § 40 Rn. 51; *ErfK-Koch*, § 40 BetrVG Rn. 8; *GK-BetrVG-Weber*, § 40 Rn. 56.

124 BAG 28.3.2007, 7 ABR 33/06, AP BetrVG 1972 § 40 Nr. 89; *ErfK-Koch*, § 40 BetrVG Rn. 9; *Fitting*, § 40 Rn. 66; *DKKW-Wedde*, § 40 Rn. 81.

125 BAG 8.3.2000, 7 ABR 11/98, AP BetrVG 1972 § 40 Nr. 68; *ErfK-Koch*, § 40 BetrVG Rn. 11; *Fitting*, § 40 Rn. 71; *Richardi-Thüsing*, § 40 Rn. 34.

Der Erstattungsanspruch nach § 40 Abs. 1 BetrVG ist kein Anspruch aus dem Arbeitsverhältnis. Damit sind tarifvertragliche oder arbeitsvertragliche **Ausschlussfristen** nicht einschlägig.¹²⁶ **57**

VI. Pauschalzahlungen

Pauschale Zahlungen an Betriebsräte sind nicht automatisch unzulässig. Nicht erlaubt sind jedoch verdeckte Vergütungen oder sonstige begünstigende Zahlungen, denn sie verstoßen gegen das Begünstigungsverbot des § 78 Satz 2 BetrVG. **58**

1. Aufwendungsersatz

Nach § 40 BetrVG trägt der Arbeitgeber die erforderlichen Kosten der Tätigkeit des Betriebsrats und seiner Mitglieder. Grundsätzlich ist dabei eine **Pauschalabgeltung** von regelmäßig wiederkehrenden Aufwendungen der Betriebsratsmitglieder zulässig.¹²⁷ Eine solche Pauschalabgeltung ist aber nur dann zulässig, wenn sie keine verdeckte Lohnerhöhung oder sonstige Begünstigung enthält. Erforderlich ist, dass die Pauschale im Wesentlichen dem Durchschnitt der tatsächlichen Auslagen und Aufwendungen entspricht.¹²⁸ Um solche typischen und erwartbaren Auslagen handelt es sich, wenn beim Vorliegen der Anspruchsvoraussetzungen nach der Lebenserfahrung mit hoher Wahrscheinlichkeit damit zu rechnen ist, dass die abzugeltenden Aufwendungen wirklich entstehen.¹²⁹ Vor diesem Hintergrund scheidet regelmäßig eine einheitliche Pauschale an jedes Betriebsratsmitglied aus, da nach der allgemeinen Lebenserfahrung nicht alle Gremiumsmitglieder die gleichen Aufwendungen haben.¹³⁰ Über den Pauschalbetrag hinausgehende tatsächlich erbrachte notwendige Aufwendungen sind vom Arbeitgeber zu erstatten.¹³¹ **59**

Um das Risiko einer verdeckten Lohnerhöhung zu minimieren, empfiehlt es sich, nur dem **Betriebsrat als Gremium** eine Pauschale zu gewähren, nicht den einzelnen Mitgliedern. Gleichzeitig sollte der Betriebsrat dazu verpflichtet wer- **60**

126 *Fitting*, § 40 Rn. 98.

127 Bereits BAG 9.11.1955, 1 AZR 329/54, AP KRG Nr. 22 Betriebsrätegesetz Art. IX Nr. 1.

128 ArbG Stuttgart 13.12.2012, 24 Ca 5430/12, NZA-RR 2013; ErfK-Koch, § 40 BetrVG Rn. 7; *Fitting*, § 40 Rn. 41; *Dzida/Mehrens*, NZA 2013, 753; *Bayreuther*, NZA 2013, 758.

129 BAG 27.7.1994, 7 AZR 81/94, NZA 1995, 799; ArbG Stuttgart 13.12.2012, 24 Ca 5430/12, NZA-RR 2013; GK-BetrVG-Weber, § 40 Rn. 33.

130 ArbG Stuttgart 13.12.2012, 24 Ca 5430/12, NZA-RR 2013; Richardi-Thüsing, § 40 Rn. 48; *Byers*, NZA 2014, 65; *Dzida/Mehrens*, NZA 2013, 753.

131 LAG Köln 13.9.1984, 10 Sa 583/84, DB 1985, 394; ErfK-Koch, § 40 BetrVG Rn. 7; *Fitting*, § 40 Rn. 41.

Kap. 10 Vergütung von Betriebsratsmitgliedern

den, eine ordnungsgemäße Buchführung und Rechnungslegung über die tatsächlichen Kosten zu führen, um die Kostenpauschale entsprechend anpassen zu können.¹³²

- 61 Nach § 40 BetrVG sind Betriebsratsmitgliedern erforderliche **Reisekosten** zu erstatten. Dabei ist eine für die Arbeitnehmerschaft bestehende Reisekostenrichtlinie grundsätzlich auch für die Reisen von Betriebsratsmitgliedern anzuwenden.¹³³ Um für alle Betriebsratsmitglieder eine einheitliche Behandlung zu erzielen, kann in die Reisekostenrichtlinie eine gesonderte Regelung für Betriebsratsmitglieder aufgenommen werden. Sofern hierbei ein angemessener Mittelwert angesetzt wird, liegt auch dann kein Verstoß gegen § 78 Satz 2 BetrVG vor, wenn dadurch das einzelne Betriebsratsmitglied besser oder schlechter gestellt wird.¹³⁴ Im Hinblick auf das Begünstigungsverbot sollte eine Regelung vermieden werden, nach der Betriebsratsmitglieder generell im Rahmen der Reisekostenregelung Führungskräften gleichgestellt werden.¹³⁵

2. Betriebsratszulagen und andere Vergütungspauschalierungen

- 62 In der Praxis finden sich immer noch **Betriebsratszulagen**, die als „Pauschalen“ deklariert werden.¹³⁶ In anderen Fällen werden gar **eigenständige Vergütungsordnungen** für Betriebsratsmitglieder geschaffen.¹³⁷ Solche von der beruflichen Tätigkeit des Betriebsratsmitglieds losgelösten Vergütungsvereinbarungen stehen in klarem Widerspruch zum Ehrenamts- und Lohnausfallprinzip.¹³⁸ Die (manchmal schwer zu handhabenden) Voraussetzungen und Rechtsfolgen des § 37 Abs. 4 BetrVG können nicht durch die Vereinbarung einer Pauschalierung umgangen werden. Einer solchen Pauschalregelung steht der Grundsatz der Unentgeltlichkeit nach § 37 Abs. 1 BetrVG entgegen, denn eine solche pauschalier-

132 Dzida/Mehrens, NZA 2013, 753; Byers, NZA 2014, 65.

133 BAG 28.3.2007, 7 ABR 33/06, AP BetrVG 1972 § 40 Nr. 89; Fitting, § 40 Rn. 54; Richardi-Thüsing, § 40 Rn. 51; ErfK-Koch, § 40 BetrVG Rn. 8; GK-BetrVG-Weber, § 40 Rn. 56.

134 Richardi-Thüsing, § 40 Rn. 52; Fitting, § 40 Rn. 55; Dzida/Mehrens, NZA 2013, 753.

135 Dzida/Mehrens, NZA 2013, 753.

136 Rieble, NZA 2008, 276; Moll/Roebers, NZA 2012, 57; Byers, NZA 2014, 65; Dzida/Mehrens, NZA 2013, 753.

137 Wie im Fall des ArbG Bielefeld 11.5.2011, 3 Ca 2633/10, juris: Dort berief sich ein Betriebsratsmitglied nach dem Ende seiner Freistellung auf eine Vergütungsordnung über die Bezahlung der Betriebsratsmitglieder. Diese Vereinbarung knüpfte allein und ausschließlich an der Stellung des jeweiligen Betriebsratsmitgliedes innerhalb des Gesamtbetriebsrats oder innerhalb des örtlichen Betriebsratsgremiums an. So erhielten z. B. sämtliche Mitglieder des Gesamtbetriebsrats eine originäre, von ihrer beruflichen Tätigkeit abgekoppelte Vergütung (entweder mit einer festen Vergütungshöhe oder mit monatlichen sog. Funktionszulagen).

138 Dzida/Mehrens, NZA 2013, 753.

te Zahlung würde nicht auf der Basis des Arbeitsvertrags, sondern in Ansehung des Betriebsratsamtes geleistet.¹³⁹ Zudem ist die Regelung des § 37 Abs. 4 BetrVG und damit die laufende Anpassung des Arbeitsentgelts zwingend; von ihr kann weder durch Betriebsvereinbarung, noch durch Tarifvertrag abgewichen werden.¹⁴⁰

Um Streitigkeiten nach § 37 Abs. 4 BetrVG nach Möglichkeit zu vermeiden, einigen sich in manchen Fällen Arbeitgeber und Betriebsratsmitglied auf den Kreis der anderen Mitarbeiter, die als vergleichbare Arbeitnehmer im Sinne des § 37 Abs. 4 BetrVG herangezogen werden. Während der Mitgliedschaft im Betriebsrat überträgt dann der Arbeitgeber die Entgeltentwicklungen dieser Arbeitnehmer auf das Betriebsratsmitglied.¹⁴¹ Auch wenn dies ein pragmatischer Lösungsansatz ist, muss doch beachtet werden, dass die Regelung des § 37 Abs. 4 BetrVG zwingend ist.¹⁴² Das gilt auch für Individualvereinbarungen. Zwar kann im Arbeitsrecht bei Schutzvorschriften in der Regel zugunsten der Schutzperson abgewichen werden. Hier scheidet dies jedoch im Hinblick auf das Begünstigungsverbot nach § 78 Satz 2 BetrVG aus. Allerdings gilt auch hier: „Wo kein Kläger, da kein Richter.“

Wenn zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat festgelegt wurde, dass sich die künftige Gehaltsentwicklung eines Betriebsratsmitglieds für die Dauer seiner Freistellung am Einkommen von speziell benannten Personen orientiere und diese Vergleichspersonen größtenteils im Laufe der Zeit ausscheiden, bedeutet das nicht automatisch, dass sich das Einkommen des freigestellten Betriebsratsmitglieds ausschließlich an der Einkommensentwicklung der verbliebenen Arbeitnehmer zu orientieren hätte.¹⁴³ Auch hier kommt es maßgeblich darauf an, ob die verbleibenden Personen als repräsentativ hinsichtlich ihrer beruflichen Entwicklung im Rahmen der Vergleichsgruppe angesehen werden.¹⁴⁴

139 LAG Köln 13.9.1984, 10 Sa 583/84, DB 1985, 394, hat ausdrücklich die Frage offen gelassen, ob die Vereinbarung einer Pauschale im Zusammenhang mit § 37 Abs. 4 BetrVG rechtlich unbedenklich ist. Es hat jedoch darauf hingewiesen, dass die Zahlung einer regelmäßigen „Pauschale“ in jedem Fall, soweit es um die Begrenzung von Ansprüchen des Betriebsratsmitglieds geht, nur im Sinne einer Abschlagszahlung verstanden werden kann. Das bedeutet, dass eine Nachforderung auf der Grundlage der gesetzlichen Regelung nicht ausgeschlossen ist.

140 *Fitting*, § 37 Rn. 4; HWG-Glock, § 37 Rn. 8; GK-BetrVG-Weber, § 37 Rn. 8.

141 So z. B. *Decruppe*, Anmerkung zu BAG 19.1.2005, 7 AZR 208/04, juris; *Cox/Offermann*, AiB 1999, 23; *Kuhn/Blanken*, AiB 1997, 320.

142 BAG 18.1.2017, 7 AZR 205/15, NZA 2017, 935 zur Vereinbarung konkretisierender betrieblicher Vereinbarungen.

143 *Richardi-Thüsing*, § 37 Rn. 76.

144 LAG München 22.12.2005, 4 Sa 736/05, juris.

3. Pauschale Überstundenabgeltung

- 65** Die Betriebsratstätigkeit ist grundsätzlich während der Arbeitszeit zu erbringen. Ist dies aus betriebsbedingten Gründen nicht möglich, gewährt § 37 Abs. 3 BetrVG vorrangig Freizeitausgleich und nur dann eine finanzielle Abgeltung, wenn dies aus betriebsbedingten Gründen innerhalb eines Monats nicht möglich ist. Im Hinblick auf dieses klare Regel-Ausnahme-Verhältnis ist eine **Mehrarbeitspauschale**, die unabhängig von der betrieblichen Notwendigkeit der Erbringung von Betriebsratsarbeit außerhalb der Arbeitszeit und zudem unabhängig von betriebsbedingten Gründen Vergütung anstelle von Freizeitausgleichsansprüchen festlegt, unzulässig.¹⁴⁵ Denn es fehlt in der Regel an der für eine Pauschalierung erforderlichen Typisierung, weil nicht davon ausgegangen werden kann, dass bei jedem Betriebsratsmitglied die Überstunden in gleichem Maße anfallen und ein Freizeitausgleich ausscheidet.¹⁴⁶

VII. Betriebsratsvergütung im Lichte von „Compliance“

- 66** Auch unter Compliance-Gesichtspunkten ist eine detaillierte Auseinandersetzung mit den dargestellten Vergütungsgrundsätzen dringend anzuraten. Eine gesetzeswidrige Vergütung oder sonstige Begünstigung von Betriebsratsmitgliedern bringt zahlreiche zivil- wie auch strafrechtliche Risiken mit sich. So laufen Personalverantwortliche Gefahr, sich Schadensersatzansprüchen des Unternehmens auszusetzen, wenn sie Betriebsratsmitgliedern mehr zahlen, als von Rechts wegen erlaubt ist, oder riskieren gar die eigene Kündigung.¹⁴⁷ Auf der betriebsverfassungsrechtlichen Ebene kommt bei einer unzulässigen Betriebsratsvergütung ein Ausschlussverfahren gegenüber einem einzelnen Betriebsratsmitglied oder die Auflösung des gesamten Betriebsrats nach § 23 Abs. 1 BetrVG in Betracht.¹⁴⁸ Betriebsverfassungsrechtliche Sanktionen gegen den Arbeitgeber können sich aus § 23 Abs. 3 BetrVG ergeben.¹⁴⁹ Noch gravierender sind die **strafrechtlichen Folgen**.

1. Betriebsratsbegünstigung, § 119 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG

- 67** Nach § 119 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG macht sich strafbar, wer ein Betriebsratsmitglied um seiner Betriebsratstätigkeit willen begünstigt. Unter Strafe gestellt ist dabei allerdings nur die **aktive Vorteilsgewährung**, nicht lediglich die passive

¹⁴⁵ ArbG Stuttgart, 13.12.2012, 24 Ca 5430/12, NZA-RR 2013, 140; *Dzida/Mehrens*, NZA 2013, 753; *Moll/Roebbers*, NZA 2012, 57.

¹⁴⁶ *Dzida/Mehrens*, NZA 2013, 753.

¹⁴⁷ *Dzida/Mehrens*, NZA 2013, 753.

¹⁴⁸ *Fitting*, § 119 Rn. 9.

¹⁴⁹ *Keilich*, BB 2014, 2229.

Hinnahme des Vorteils.¹⁵⁰ Das begünstigte Betriebsratsmitglied selbst ist damit nach § 119 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG nicht strafbar, es sei denn, es fordert eine verbotene Begünstigung; dann kann dies eine verbotene Beihilfe nach § 27 StGB sein.¹⁵¹ Da die Betriebsratsbegünstigung nach § 119 Abs. 3 BetrVG nur auf Antrag der genannten Stellen verfolgt wird, kommt dieser Vorschrift in der Praxis kaum Bedeutung zu.¹⁵²

2. Untreue, § 266 StGB

Soweit dem Betriebsrat durch den Arbeitgeber vorschussweise und zur eigenen Verwendung ein bestimmtes Budget für die nach § 40 BetrVG anfallenden Kosten zur Verfügung gestellt wird, kommt bei missbräuchlicher Verwendung dieser Gelder eine Verletzung des Untreuetatbestands nach § 266 StGB in Betracht.¹⁵³ **68**

Bis zu der Entscheidung des BGH vom 13.9.2010¹⁵⁴ ging die h. M. davon aus, dass die betriebsverfassungswidrige Begünstigung überwiegend auch eine den Straftatbestand der Untreue begründende Pflichtverletzung darstellt.¹⁵⁵ In der Entscheidung vom 13.9.2010 stellte der BGH fest, es fehle bei einer Verletzung von § 119 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG an der für § 266 StGB erforderlichen vermögensschützenden Wirkung der verletzten Norm. Nach Auffassung des BGH schützt § 119 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG allein die Integrität der Wahl des Betriebsrats, nicht aber das Vermögen des Arbeitgebers. Zwar betraf der Fall des BGH die Vorschrift des § 119 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG, aber generell gilt – und so führt es auch der BGH aus: Die Vorschrift des § 119 BetrVG dient allein dem Schutz der Wahl und der Funktionsfähigkeit der im Gesetz aufgeführten betriebsverfassungsrechtlichen Organe.¹⁵⁶ Damit dürfte es auch bei einer Verletzung von § 119 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG an der erforderlichen vermögensschützenden Wirkung fehlen und eine Verurteilung wegen Untreue ausscheiden. **69**

150 *Fitting*, § 119 Rn. 9; *HWG-Hess*, § 119 Rn. 43; *ErfK-Kania*, § 119 BetrVG Rn. 4; *DKKW-Trümner*, § 119 Rn. 19; *Richardi-Annuß*, § 119 Rn. 27.

151 *Richardi-Annuß*, § 119 Rn. 27; *Fitting*, § 119 Rn. 9; *Moll/Roebers*, NZA 2012, 57; *Byers*, NZA 2014, 65; *Zimmermann*, ArbRAktuell 2014, 278; *Keilich*, BB 2014, 2229; *Schemmel/Slowinski*, BB 2009, 830.

152 *Bittmann/Mujan*, BB 2012, 637.

153 *Zimmermann*, ArbRAktuell 2014, 278.

154 BGH 13.9.2010, 1 StR 220/09, NJW 2011, 88.

155 BGH 17.9.2009, 5 StR 521/08, BB 2010, 580; *Bittmann/Mujan*, BB 2012, 637.

156 BGH 13.9.2010, 1 StR 220/09, NJW 2011, 88; *HWG-Hess*, § 119 Rn. 3; *Schemmel/Slowinski*, BB 2009, 830.

3. Steuerhinterziehung, § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO

- 70** Etwas überraschend findet sich über das Steuerrecht ein relevanter Straftatbestand für verbotene Betriebsratsbegünstigungen: Nach § 4 Abs. 5 Nr. 10 Satz 1 EStG dürfen rechtswidrige Zuwendungen, die den Tatbestand eines Strafgesetzes erfüllen, nicht als Betriebsausgaben geltend gemacht werden. Zuwendungen an Betriebsräte, die über das Lohnausfallprinzip hinausgehen, erfüllen den Straftatbestand des § 119 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG. Damit machen Arbeitgeber, die Gelder für strafbare Betriebsratsbegünstigungen als **Betriebsausgaben steuermindernd** geltend machen, über steuerlich erhebliche Tatsachen unrichtige Angaben und sind damit wegen Steuerhinterziehung nach § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO strafbar.¹⁵⁷ Das begünstigte Betriebsratsmitglied macht sich der Beihilfe strafbar, wenn es die Steuerminderung durch den Arbeitgeber unterstützt.¹⁵⁸

¹⁵⁷ Dzida/Mehrens, NZA 2013, 753; Rieble, NZA 2008, 276; Bittmann/Mujan, BB 2012, 637; Schemmel/Slowinski, BB 2009, 830.

¹⁵⁸ Zimmermann, ArbRAktuell 2014, 278; Rieble, NZA 2008, 276.

Kapitel 11

Vergütung im Homeoffice/bei mobiler Telearbeit

Schrifttum: *Brammsen*, Der Arbeitnehmerbegriff – Versuch einer einheitlichen Neubestimmung, RdA 2010, 267; *Göpfert/Wilke*, Nutzung privater Smartphones für dienstliche Zwecke, NZA 2012, 765; *Günther/Böglmüller*, Arbeitsrecht 4.0 – Arbeitsrechtliche Herausforderungen in der vierten industriellen Revolution, NZA 2015, 1025; *Hohmeister/Küper*, Individualvertragliche Arbeitszeitgestaltung bei der alternierenden Telearbeit, NZA 1998, 1206; *Kamann*, Arbeitsvertragliche Gestaltung von Telearbeitsverhältnissen, ArbR-Aktuell 2016, 75; *Otten*, Heimarbeit – ein Dauerrechtsverhältnis eigener Art, NZA 1995, 289; *Pollert*, Arbeitnehmer-Smartphone als Betriebsmittel – ein kostensparendes Modell?, NZA-Beil. 2014, 152; *Raiff/Nann*, Arbeitsrecht 4.0 – Möglichkeiten und Hürden in der digitalen Arbeitswelt, GWR 2016, 221; *Reichhold*, Geschäftsbesorgung im Arbeitsverhältnis, NZA 1994, 488; *Schulze/Ratzesberger*, Telearbeit: Fluch oder Segen? – Mitbestimmung des Betriebsrats bei mobiler Arbeit, ArbRAktuell 2016, 109; *Wedde*, Aktuelle Rechtsfragen der Telearbeit, NJW 1999, 527.

Übersicht

	Rn.		Rn.
I. Einführung	1	3. Vergütungshöhe im Rahmen von Homeoffice/mobiler Telearbeit	14
II. Vergütungsrechtliche Aspekte im Rahmen von Homeoffice/mobiler Telearbeit	3	a) Reguläre Vergütung	15
1. Gegenstand von Homeoffice/mobiler Telearbeit	3	b) Besondere Formen der Vergütung	16
a) Definition Homeoffice	4	aa) Ersatz für Kosten des Arbeitszimmers	17
b) Definition mobile Telearbeit	6	bb) Ersatz für Kosten der Infrastruktur	18
2. Anspruch auf Homeoffice/mobile Telearbeit	7	cc) Ersatz für Kosten eigener Kommunikationsmittel	20
a) Individualrechtlicher Anspruch	8	c) Überstunden und sonstige Zuschläge/Annahmeverzug	22
aa) Homeoffice Arbeitsplatz	8		
bb) Mobile Telearbeit	11	III. Praxishinweis	25
b) Kollektivrechtlicher Anspruch	12		

I. Einführung

Die stetig zunehmende Technisierung der Wirtschaft bewirkt, dass die „klassische“ Arbeitsplatzgestaltung, d. h. die Arbeit in der Betriebsstätte des Arbeitgebers, zunehmend abgelöst wird. Auch wenn nach wie vor „klassische“ Arbeitsplätze in der Mehrzahl sind, ist bereits jetzt ein signifikanter Anteil an Ar-

Kap. 11 Vergütung im Homeoffice/bei mobiler Telearbeit

beitsplätzen alternativ ausgestaltet.¹ Verstärkt wird dieser Trend durch gesellschaftliche und politische Faktoren. Arbeitnehmer, welche der sog. „Generation Y“² entstammen, zeichnen sich dadurch aus, dass ihnen bei der Beurteilung ihrer Arbeitsstelle neben den klassischen Parametern (z. B. Gehalt und Karrierechancen) andere, soziale Parameter ebenso wichtig sind.³ Primär sind hier eine ausgewogene „Work-Life-Balance“ oder eine individualisierte und dynamische Arbeitsplatz- und Arbeitszeitgestaltung zu nennen – ein fester Büroarbeitsplatz mit starren Arbeitszeiten liegt ihnen nicht.

- 2 Sowohl diesen gesellschaftlichen Wandel als auch die technische Entwicklung der Wirtschaft und ihrer Rahmenbedingungen nimmt auch die Politik zum Anlass, um einen breiten Diskurs zu starten. So hat das Bundesministerium für Arbeit und Soziales⁴ ein Grünbuch vorgestellt, um eine Diskussion über die Industrie 4.0 zwischen Politik, Arbeitnehmerschaft und ihrer Vertreter sowie der Wirtschaft zu führen.⁵ Dieser Dialog ist mit dem sog. Weißbuch abgeschlossen worden.⁶ Regelmäßig fallen bei der Diskussion um die Arbeitsplatzgestaltung der Zukunft die Begriffe Homeoffice/mobile Telearbeit. Diese Art und Weise der Arbeitsplatzgestaltung soll die unterschiedlichen Erwartungshaltungen der beteiligten Parteien an eine moderne Arbeitsplatzgestaltung und ein modernes Arbeiten erfüllen. Sämtliche Instrumente alternativer Arbeitsplatzgestaltung rufen unterschiedliche Probleme – teils auch bisher unbekannter Natur – hervor, welche in der Praxis gelöst werden müssen. Insbesondere spielen Fragen von Vergütung und Aufwendungsersatz eine wichtige Rolle.

II. Vergütungsrechtliche Aspekte im Rahmen von Homeoffice/mobiler Telearbeit

1. Gegenstand von Homeoffice/mobiler Telearbeit

- 3 Homeoffice und Telearbeit sind Arbeitsformen, welche grundsätzlich in der Arbeitswelt bekannt sind. Deutlich mehr als 2 Millionen abhängig Beschäftigte erbringen ihre Arbeitsleistung von zu Hause aus.⁷ Wie viele Mitarbeiter im Rahmen mobiler Telearbeit tätig sind, kann nicht belastbar eingeschätzt werden.

1 Vgl. <http://www.fr.de/leben/karriere/nachrichten/zuhaus-statt-im-buero-umfrage-im-mer-mehr-unternehmen-bieten-homeoffice-an-a-1308935>.

2 Als Generation Y wird die Generation bezeichnet, welche im Zeitraum von etwa 1980 und 1999 geboren ist, vgl. https://de.wikipedia.org/wiki/Generation_Y.

3 Vgl. <http://www.zeit.de/2013/11/Generation-Y-Arbeitswelt>.

4 Noch unter der ehemaligen Bundesministerin für Arbeit Andrea Nahles.

5 Vgl. <http://www.arbeitenviernull.de/dialogprozess/darum-gehts.html>.

6 Vgl. <http://www.arbeitenviernull.de/dialogprozess/weissbuch.html>.

7 http://www.diw.de/documents/publikationen/73/diw_01.c.437987.de/14-8.pdf.

a) Definition Homeoffice

Der Begriff Homeoffice ist weder gesetzlich definiert noch Gegenstand sonstiger gesetzlicher Regelungen. Homeoffice ist eine besondere Ausprägung von Telearbeit. Dem Wesen nach ist Homeoffice lediglich eine andere Bezeichnung für häusliche Telearbeit, d.h. Telearbeit, bei der der Beschäftigte nur noch zu Hause tätig wird und keinen Arbeitsplatz mehr im Betrieb hat.⁸ Es wird also in der privaten Wohnung des Arbeitnehmers ein dauerhafter Arbeitsplatz eingerichtet.⁹ Der Umfang an Arbeitszeit, der im Homeoffice erbracht wird, divergiert in der Praxis. Je nach Wirtschaftsbranche oder Tätigkeitsfeld erbringen Arbeitnehmer vollumfänglich ihre Arbeitszeit aus dem Homeoffice heraus oder auch nur tageweise. Gerade das tageweise Arbeiten im Homeoffice ist in der Praxis regelmäßig anzutreffen, da dies die Vorteile von Homeoffice und Präsenzarbeit im Betrieb kombiniert (oder zumindest kombinieren soll).

Deutlich abzugrenzen ist das Arbeiten im Homeoffice von der Heimarbeit. Trotz der begrifflichen Ähnlichkeit sind beide Tätigkeitsformen grundverschieden. Nach dem Gesetz ist Heimarbeiter, wer in selbstgewählter Arbeitsstätte allein oder mit seinen Familienangehörigen im Auftrag von Gewerbetreibenden oder Zwischenmeistern erwerbsmäßig arbeitet (vgl. § 2 Abs. 1 HAG). Im Gegensatz zu Beschäftigten im Homeoffice sind Heimarbeiter keine Arbeitnehmer; sie sind nämlich „nur wirtschaftlich“, nicht aber persönlich abhängig.¹⁰ Gerade die persönliche Abhängigkeit ist jedoch charakteristisch für die Qualifizierung eines Beschäftigten als Arbeitnehmer.¹¹ Heimarbeiter sind daher nicht mit persönlich abhängig beschäftigten Arbeitnehmern zu verwechseln; vielmehr gelten für Heimarbeiter essentiell andere Regelungen (im Wesentlichen das HAG) als für reguläre Arbeitnehmer.

b) Definition mobile Telearbeit

Unter mobiler Telearbeit versteht die herrschende Meinung eine Tätigkeit an ständig wechselnden Arbeitsstätten.¹² Typischerweise arbeiten Mitarbeiter im Außendienst auf dieser Basis. Sie haben in der Regel kein festes Büro, sondern erbringen ihre Tätigkeit direkt beim Kunden oder über mobile Kommunikationsmittel, wie etwa Laptop oder Smartphone.¹³ Kennzeichen ist somit auch hier die grundsätzliche örtliche Abwesenheit des Mitarbeiters vom Betrieb.¹⁴

⁸ Wedde, NJW 1999, 527.

⁹ Raif/Nann, GWR 2016, 221.

¹⁰ BAG 25.3.1992, 7 ABR 52/91, NZA 1992, 899, 900; Otten, NZA 1995, 289, 290.

¹¹ ErfK-Preis, § 611a BGB Rn. 32; Brammsen, RdA 267, 269.

¹² Fitting, § 5 Rn. 198; Küttner-Röller, Telearbeit, Rn. 1; Hohmeister/Küper, NZA 1998, 1206.

¹³ Kamann, ArbRAktuell 2016, 75.

¹⁴ Schulze/Ratzesberger, ArbRAktuell 2016, 109.

2. Anspruch auf Homeoffice/mobile Telearbeit

- 7 Ob und in welcher Höhe Mitarbeiter einen Anspruch auf Vergütung für ihre Tätigkeit im Homeoffice oder im Rahmen von mobiler Telearbeit haben, hängt zunächst davon ab, ob Mitarbeiter überhaupt einen Anspruch auf Erbringung der Arbeitsleistung im Homeoffice oder im Rahmen von mobiler Telearbeit haben. Im Unterschied zu anderen Jurisdiktionen, etwa der Niederlande,¹⁵ gibt es in Deutschland nämlich keine gesetzlichen Regelungen, welche unter bestimmten Voraussetzungen einen Anspruch auf Arbeit im Homeoffice oder im Rahmen mobiler Telearbeit gewähren.

a) Individualrechtlicher Anspruch

aa) Homeoffice-Arbeitsplatz

- 8 Arbeitnehmer haben grundsätzlich keinen gesetzlichen Anspruch auf Einräumung eines Homeoffice-Arbeitsplatzes. Ein solcher lässt sich auch nicht aus einer arbeitsvertraglichen Nebenpflicht herleiten. Die Gestaltung des Arbeitsplatzes, und insbesondere die Festlegung des Arbeitsortes, ist vielmehr eines der wesentlichen Elemente des arbeitgeberseitigen Direktionsrechts.¹⁶ Es ist Sache des Arbeitgebers, wo er den Arbeitsplatz des Arbeitnehmers einrichtet und wie er diesen – im Rahmen der geltenden Arbeitsschutzbestimmungen – ausgestaltet. Der Arbeitnehmer hat somit keine gesetzliche oder vorvertragliche Möglichkeit, Einfluss auf die Gestaltung seines Arbeitsplatzes zu nehmen. Etwas anderes gilt im laufenden Arbeitsverhältnis. Hier muss der Arbeitgeber bei der Änderung wesentlicher Arbeitsbedingungen, wie die Zuweisung eines anderen Arbeitsortes, die Grenzen des billigen Ermessens wahren (§ 106 GewO). Der Arbeitgeber kann somit nicht ohne Weiteres anordnen, dass der Arbeitnehmer seine Tätigkeit künftig von zu Hause aus erbringt.
- 9 Sofern der Arbeitsvertrag hingegen einen Anspruch auf Einräumung eines Homeoffice-Arbeitsplatzes aufweist oder das Homeoffice als regelmäßiger Arbeitsort vertraglich vereinbart ist, hat der Arbeitnehmer selbstredend einen entsprechenden Anspruch.
- 10 Noch nicht abschließend geklärt ist, ob ein schwerbehinderter Arbeitnehmer gem. § 164 Abs. 4 Satz 1 Nr. 4 SGB IX einen Anspruch auf Erbringung seiner Arbeitsleistung im Homeoffice hat. Dies wäre denkbar, sofern die Erbringung der Arbeitsleistung im Betrieb nicht mehr leistungsgerecht, sondern dies nur noch im Homeoffice möglich wäre. Insoweit könnte sich der Arbeitnehmer auf die

15 Vgl. zu den Hintergründen etwa <https://www.bundestag.de/blob/435984/403773b1ffe5798b2620b5e99436bcbawd-6-047-16-pdf-data.pdf>.

16 BAG 25.10.1989, 2 AZR 633/88, NZA 1990, 561, 562; ErfK-Preis, § 106 GewO Rn. 27 m. w. N.

Rechtsprechung berufen,¹⁷ die einen grundsätzlichen Anspruch auf Zuweisung eines neuen, leidensgerechten Arbeitsplatzes bejaht, sofern der Arbeitnehmer in der bisherigen Umgebung seine Arbeitsleistung aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr erbringen kann. Aus rechtlicher Sicht erscheint ein solcher Anspruch zu weitgehend, da bei Bejahung erheblich in die unternehmerische Freiheit des Arbeitgebers, die betriebliche Organisation nach seinen (wirtschaftlichen) Vorstellungen gestalten zu können, eingegriffen wird. Bis zu einer abschließenden, höchstrichterlichen Klärung dieser Streitfrage kann sich in der Praxis damit beholfen werden, dass der Arbeitnehmer zunächst darlegen und beweisen muss, dass allein die Erbringung der Arbeitsleistung im Homeoffice eine Fortsetzung seiner Tätigkeit unter Berücksichtigung seiner Schwerbehinderung ermöglicht.¹⁸ Dies substantiiert darzulegen dürfte sich als schwierig erweisen. Gerade aus medizinischer Sicht wird es viele Möglichkeiten geben, das Arbeitsumfeld umzugestalten, um eine Tätigkeit im Betrieb zu ermöglichen. Ferner wird sich ein Arbeitnehmer in einem etwaigen Rechtsstreit auch mit der Frage substantiiert auseinandersetzen haben, ob die Einräumung eines solchen Arbeitsplatzes für den Arbeitgeber noch zumutbar ist. Dies dürfte vor allem bei kleinen und mittelständischen Unternehmen angesichts zusätzlicher Kosten und organisatorischen Aufwands im Zusammenhang mit der Einrichtung eines Homeoffice in der Regel nicht zutreffen.

bb) Mobile Telearbeit

Dies gilt im Grundsatz auch für die mobile Telearbeit: Arbeitnehmer haben in der Regel auf diese Art und Weise der Leistungserbringung keinen Anspruch. Indes dürfte diese Thematik eher theoretischer Natur sein. Typischerweise ist mobile Telearbeit mit bestimmten Berufsbildern elementar verbunden, d. h. die meisten Tätigkeiten können ohne mobile Telearbeit gar nicht ausgeübt werden. So können etwa Vertriebs- oder Außendienstmitarbeiter ihre Tätigkeiten in der Regel gar nicht erbringen, sofern sie weit überwiegend aus einem Büro im Betrieb des Arbeitgebers arbeiten sollen. Somit dürfte und sollte die Festlegung eines alternierenden Arbeitsortes respektive die Tätigkeit im Rahmen mobiler Telearbeit bereits Gegenstand des Arbeitsvertrags sein. Schließlich ist insoweit zu berücksichtigen, dass der Arbeitgeber eine entsprechende Tätigkeit nur in den Grenzen billigen Ermessens einseitig zuweisen kann. Ermangelt es dem Arbeitsvertrag folglich an einer entsprechenden Regelung, wird es mitunter häufiger zu der Situation kommen, dass die Zuweisung aus unterschiedlichen Gründen nicht billigem Ermessen entspricht und daher für den Arbeitnehmer nicht

17 BAG 4.10.2005, 9 AZR 632/04 NZA 2006, 442, 444; LAG Rheinland-Pfalz 9.2.2004, 7 Sa 1099/03, BeckRS 2004, 41943; LAG Köln 24.5.2016, 12 Sa 677/13, BeckRS 2016 69901; *ErfK-Rolls*, § 164 SGB IX Rn. 13.

18 LAG Köln 24.5.2016, 12 Sa 677/13, BeckRS 2016 69901.

Kap. 11 Vergütung im Homeoffice/bei mobiler Telearbeit

verbindlich ist; er ist dann nicht verpflichtet, seine Tätigkeit in Form von mobiler Telearbeit zu erbringen.

b) Kollektivrechtlicher Anspruch

- 12 Erfahrungsgemäß enthalten Tarifverträge keine Regelungen zu Homeoffice oder mobiler Telearbeit, da diese bestimmungsgemäß lediglich Mindestarbeitsbedingungen festlegen sollen und somit nicht sämtliche Aspekte der Arbeitswelt regeln können. Zudem erscheint es aus praktischer Sicht schwierig, für eine gesamte Branche verbindliche Kriterien für die Einrichtung und Ausgestaltung von Homeoffice-Arbeitsplätzen oder Arbeitsplätzen mit mobiler Telearbeit festzulegen, ohne die jeweiligen betrieblichen Belange konkret zu kennen.
- 13 Daher finden sich auf kollektivrechtlicher Ebene in der Regel allein entsprechende Regelungen¹⁹ in Betriebsvereinbarungen, da der Betriebsrat die jeweiligen Verhältnisse vor Ort gut einschätzen kann. Damit besitzt der Betriebsrat zum einen die notwendigen Kenntnisse, um allgemeine und betriebsweit geltende Regelungen treffen zu können. Zum anderen hat der Betriebsrat ohnehin gem. § 87 Abs. 1 Nr. 6, 7 BetrVG Mitbestimmungsrechte bezüglich der Einführung und Ausgestaltung von Homeoffice-Arbeitsplätzen. Die Einrichtung eines Homeoffice ist durch die regelmäßige Anbindung an die IT-Systeme mit mitbestimmungspflichtigen technischen Kontrolleinrichtungen gem. § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG verbunden. Weiter sind meist Regelungen zur Verhütung von Arbeitsunfällen sowie Gesundheitsschutz erforderlich. Auch die Einhaltung der Vorgaben des ArbZG muss sichergestellt sein.²⁰

3. Vergütungshöhe im Rahmen von Homeoffice/mobiler Telearbeit

- 14 Allgemein gültige Regelungen zur Höhe der Vergütung bei Arbeit im Homeoffice oder bei Arbeit im Rahmen mobiler Telearbeit existieren grundsätzlich nicht, da die Vereinbarung der Höhe einer Vergütung mit wenigen Beschränkungen den Arbeitsvertragsparteien vorbehalten ist. Die Rahmenbedingungen des MiLoG müssen gleichwohl beachtet werden.

a) Reguläre Vergütung

- 15 Arbeitnehmer im Homeoffice oder Arbeitnehmer, die mobile Telearbeit erbringen, erhalten grundsätzlich ihr reguläres Gehalt, auf das sie sich im Anstellungsvertrag mit dem Arbeitgeber geeinigt haben. Auf diese Vergütung haben sie

19 Zumindest was das Thema Homeoffice betrifft; mobile Telearbeit ist in der Regel eher Gegenstand der geschuldeten Arbeitsleistung und damit der Mitbestimmung weitestgehend entzogen.

20 Schulze/Ratzesberger, ArbRAktuell 2016, 109, 111.

einen vertraglichen Anspruch. Auf Stundenbasis heruntergerechnet, muss diese Vergütung höher sein als der jeweils geltende gesetzliche Mindestlohn. Ist dies nicht der Fall, haben die Arbeitnehmer zumindest Anspruch auf den aktuellen Mindestlohnsatz (s. Kap. 3). Sofern sich die Vertragsparteien im Anstellungsvertrag oder in einer Ergänzung hierzu für den Fall der Tätigkeit im Homeoffice auf eine höhere als die reguläre Vergütung geeinigt haben, kann selbstredend auch diese beansprucht werden.²¹

b) Besondere Formen der Vergütung

Deutlich regelungsintensiver als Fragen der regulären Vergütung ist in der betrieblichen Praxis die Thematik der Kostenerstattung. Sofern Arbeitnehmer ihr Eigentum zur Leistungserbringung nutzen, etwa das Smartphone oder den PC, bedarf es der Klärung, ob sie hierfür eine Kompensation erhalten. Rechtstechnisch erfolgt eine solche Kompensation grundsätzlich in Form des Aufwendungsersatzes gem. § 670 BGB analog und nicht in Form von Vergütung. Durch die Rechtsprechung ist insoweit nämlich geklärt, dass Aufwendungsersatz mangels synallagmatischer Leistungspflichten kein Arbeitsentgelt für Arbeitsleistung und somit keine reguläre Vergütung darstellt.²² Gleichwohl ist der Aufwendungsersatz eine finanzielle Leistung des Arbeitgebers, welche zumindest aus Sicht der Arbeitnehmer durchaus Vergütungscharakter haben kann. Dies gilt vor allem in Konstellationen, in denen die Arbeitsvertragsparteien eine pauschalisierte Kompensation vereinbart haben. 16

aa) Ersatz für Kosten des Arbeitszimmers

Die Einrichtung eines Homeoffice-Arbeitsplatzes setzt denklogisch die Nutzung privaten Eigentums oder privaten Wohnraums im Interesse des Arbeitgebers voraus. Die Kosten für die dienstliche Nutzung von privatem Wohnraum, unabhängig ob gemieteter oder im Eigentum des Arbeitnehmers stehender Wohnraum, stellt einen ersatzfähigen, finanziellen Posten dar.²³ Insoweit erbringt der Arbeitnehmer nämlich ein freiwilliges, ersatzfähiges Vermögensopfer im Interesse des Arbeitgebers,²⁴ da er seinen privaten Wohnraum nicht für private Zwecke nutzen kann, sondern seine private Nutzfläche der Förderung fremder Zwecke widmet. 17

21 Da die Arbeitsleistung im Rahmen von mobiler Telearbeit in der Regel schon Gegenstand des Anstellungsvertrags ist, wird hierzu in diesen Fällen keine gesonderte Vereinbarung getroffen.

22 BAG 15.7.1992, 7 AZR 491/91, AP BPersVG § 46 Nr. 19; ErfK-Preis, § 611a BGB Rn. 554; Reichhold, NZA 1994, 488, 490.

23 BAG 14.10.2003, 9 AZR 657/02, NZA 2004, 604, 606; BAG 12.4.2011, 9 AZR 14/10, NZA 2012, 97, 99; ErfK-Preis, § 611a BGB Rn. 559.

24 BAG 14.10.2003, 9 AZR 657/02, NZA 2004, 604, 606; BAG 12.4.2011, 9 AZR 14/10, NZA 2012, 97, 99.

Kap. 11 Vergütung im Homeoffice/bei mobiler Telearbeit

Der Ersatzanspruch entspricht in der Höhe dem erbrachten Vermögensopfer, was bei Wohnraum der ortsüblichen Miete abzüglich eingepreister Kosten entspricht.²⁵ Sofern es keine entsprechenden Regelungen zwischen den Arbeitsvertragsparteien gibt, kann zur Bestimmung der Höhe auf einen gültigen Mietspiegel abgestellt werden. Ein darüber hinausgehender Ersatzanspruch als Kompensation für die Nutzung von Wohnraum besteht nicht.

bb) Ersatz für Kosten der Infrastruktur

- 18** Der Arbeitgeber hat dem Arbeitnehmer einen funktionsfähigen Arbeitsplatz zur Verfügung zu stellen, um seiner Beschäftigungspflicht gem. § 611a i.V.m. § 242 BGB gerecht werden zu können. Nicht relevant ist insoweit, ob dieser Arbeitsplatz auf dem Betriebsgelände des Arbeitgebers angesiedelt ist oder in den privaten Räumlichkeiten des Arbeitnehmers. Sofern Letzteres der Fall ist, muss der Arbeitgeber auch die Kosten für die Infrastruktur des Arbeitsplatzes, insbesondere die Kosten für Anschaffung, Wartung und Pflege der Büroausstattung²⁶ sowie die Kosten für Telefon, Internet oder Energie²⁷ tragen. Sofern der Arbeitgeber die Infrastruktur nicht vollumfänglich selbst stellt, was gerade bei Telefon- oder Internetanschluss häufig der Fall sein wird, hat der Arbeitnehmer einen Ersatzanspruch gegenüber dem Arbeitgeber. Sämtliche Kosten der Infrastruktur stellen nämlich typische Vermögensopfer im Interesse des Arbeitgebers dar. In der Regel ist auch davon auszugehen, dass diese Vermögensopfer nicht mit der regulären Vergütung als abgegolten anzusehen sind.
- 19** Um nicht im Einzelfall schwierige Abgrenzungsfragen entscheiden zu müssen, insbesondere über die Höhe des Ersatzanspruchs für die dienstliche Nutzung des Telefon- oder Internetanschlusses, wenn ein Arbeitnehmer bereits über einen Internet- oder Telefonanschluss verfügt, bietet es sich an, Pauschalen zu vereinbaren. So ist es nicht unüblich, dass Arbeitgeber zur pauschalen Abgeltung von solchen Vermögensopfern einen bestimmten, angemessenen Betrag zahlen. Hierbei orientieren sich Arbeitgeber an den typischen Kosten. Aufgrund der Üblichkeit von sog. Flatrate-Tarifen übernehmen Arbeitgeber in der Regel einen Betrag von 20–30 EUR pro Monat, was eine angemessene Kompensation hinsichtlich der dienstlichen Nutzung des Telefon- oder Internetanschlusses darstellt.

cc) Ersatz für Kosten eigener Kommunikationsmittel

- 20** Häufig sind Arbeitnehmer nicht gewillt, die mitunter älteren Kommunikationsmittel des Arbeitgebers zu nutzen, wobei die Motivation hierzu unterschiedli-

²⁵ BAG 14.10.2003, 9 AZR 657/02, NZA 2004, 604, 606.

²⁶ Schaub-Vogelsang, § 164 Rn. 35.

²⁷ Wedde, NJW 1999, 527, 532; Kamann, ArbRAktuell 2016, 75, 77.

cher Natur sein kann. Sofern Arbeitnehmer aber mit Zustimmung des Arbeitgebers ihre eigenen Kommunikationsmittel nutzen, etwa ihr Smartphone oder iPad,²⁸ ergeben sich neuere, bisher wenig behandelte Streitfragen. Dies gilt sowohl für Mitarbeiter, die im Homeoffice arbeiten, als auch für mobile Telearbeiter.

Die Ursache hierfür liegt im Wesentlichen darin, dass es die Pflicht des Arbeitgebers ist, einen funktionsfähigen Arbeitsplatz inklusive der technischen Geräte zur Verfügung zu stellen.²⁹ Erledigt diese Pflicht zum Teil nun der Arbeitnehmer, indem er verschiedene notwendige Arbeitsmittel selbst stellt, ist zwischen den Parteien – neben vielen anderen Details³⁰ – vor allem zu klären, ob der Einsatz privater Ressourcen zu kompensieren ist. Unproblematisch ist dies, wenn die Parteien eine entsprechende ausdrückliche Vereinbarung getroffen haben. Ist dies nicht der Fall, spricht vieles dafür, eine Pflicht zur Kompensation nach der „Sphäre der Nutzung“ zu bestimmen. Kosten für dienstliche Telefonate oder der Verlust/die Beschädigung des technischen Geräts im Rahmen einer dienstlich veranlassten Tätigkeit stellen Vermögensopfer dar, welche im Interesse des Arbeitgebers erbracht sind. Diese sind daher nach allgemeinen Grundsätzen zu ersetzen.³¹ Diese Kosten wären nämlich nicht entstanden, wenn der Arbeitnehmer sein Eigentum nicht zur Erfüllung dienstlicher, d. h. fremder Zwecke zur Verfügung gestellt hätte. Trotz dieser klaren, formellen Abgrenzungsmöglichkeit ist es offensichtlich, dass eine Abgrenzung nach dienstlicher und privater Sphäre in der Praxis schwer zu treffen ist. Zudem kann eine solche formelle Betrachtungsweise im Einzelfall zu schwer nachvollziehbaren und somit abzulehnenden Ergebnissen führen. So wäre es zum Beispiel unbillig, dem Arbeitgeber Kosten der Beschädigung oder des Verlustes privaten Eigentums trotz Erbringung dienstlicher Aufgaben aufzubürden, wenn die Beschädigung oder der Verlust eher gelegentlich einer privaten Aktivität erfolgt oder der Privatsphäre zuzuordnen ist.³² Um hier Streitigkeiten zu vermeiden, empfiehlt es sich ausdrücklich, klare Regelungen zu treffen. Beispielhaft könnte für die Nutzung des privaten Geräts für dienstliche Zwecke, analog zum Homeoffice, ein pauschalierter Aufwendersersatz vereinbart werden. Sofern diese Pauschale auch etwaige Kosten für ein Ersatzgerät, etwa bei Diebstahl, kompensieren soll, muss dies zum einen klar aus der Vereinbarung hervorgehen und zum anderen eine angemessene Erhö-

28 Dieser Trend wird als BYOD („bring your own device“) bezeichnet; zum Begriff und zum Hintergrund umfangreich *Göpfert/Wilke*, NZA 2012, 765, 766.

29 *Günther/Böghmüller*, NZA 2015, 1025, 1030 m. w. N.; *Göpfert/Wilke*, NZA 2012, 765, 769; *ErfK-Preis*, § 611a BGB Rn. 559.

30 Etwa zu Datensicherheit und Datenschutz oder arbeitszeitrechtlichen Themen; vgl. hierzu umfassend *Pollert*, NZA-Beil. 2014, 152 m. w. N.

31 So auch *Göpfert/Wilke*, NZA 2012, 765, 769.

32 Etwa bei Diebstahl der Homeoffice-Hardware oder Beschädigung des Smartphones beim Checken der E-Mails in einer Bar/einem Restaurant.

Kap. 11 Vergütung im Homeoffice/bei mobiler Telearbeit

hung der Pauschale beinhalten; ist die Pauschale nicht hinreichend klar formuliert oder nicht ausreichend hoch, dürfte die Vereinbarung einer AGB-Kontrolle nicht standhalten, da sie dann eine unbillige Benachteiligung des Arbeitnehmers darstellen würde. Die Vereinbarung wäre dann unwirksam. Bei einem fabrikneuen Gerät dürfte es zulässig sein, sich am typischen monatlichen Wertverlust eines solchen Geräts zu orientieren.

c) Überstunden und sonstige Zuschläge/Annahmeverzug

- 22** Da Arbeitgeber auch bei Gestattung von Homeoffice und mobiler Telearbeit verpflichtet sind, die reguläre Vergütung zu zahlen, sollten sie bei der Ausgestaltung von entsprechenden Vereinbarungen Sorge walten lassen. Dies gilt umso mehr, sofern im Unternehmen Zuschläge für Überstunden oder Nacharbeit geleistet werden. Im Gegensatz zu Arbeitnehmern, welche auf dem Betriebsgelände des Arbeitgebers ihre Arbeitsleistung erbringen und somit direkt vor Ort kontrolliert werden können, verrichten Arbeitnehmer im Homeoffice oder mit mobiler Telearbeit in der Regel ohne gesonderte Kontrolle der Arbeitszeiten ihre Arbeit. Sie haben somit leichter die Möglichkeit, ihre Arbeitszeit „zuschlagsintensiv“ zu gestalten als „reguläre“ Arbeitnehmer. Durch entsprechende klare Regelungen, kann dies hingegen weitestgehend verhindert werden (s. Kap. 32).
- 23** Eine solche arbeitsvertragliche Prävention ist in anderen Konstellationen, z. B. wenn der Arbeitnehmer im Homeoffice oder mit mobiler Telearbeit aus technischen Gründen an der Arbeitsleistung gehindert ist, nur unter besonderen Voraussetzungen möglich. Sofern der Arbeitnehmer etwa aufgrund eines Blitzeinschlags in seinem Haus oder aufgrund von Netzproblemen auf der Fahrt zum Kunden an seiner Arbeitsleistung gehindert ist, stellt sich nämlich die Frage, ob der Arbeitgeber dennoch die Vergütung zu zahlen hat. Auch wenn die Arbeitnehmer im Rahmen von Homeoffice und bei mobiler Telearbeit nicht im Betrieb des Arbeitgebers tätig sind, hat der Arbeitgeber dennoch unter dem Gesichtspunkt der sog. Betriebsrisikolehre³³ gem. § 615 Satz 3 BGB die Vergütung zu zahlen. Hiernach ist der Arbeitgeber schließlich verpflichtet, bei Betriebsstörungen, die der betrieblichen Sphäre zuzuordnen sind, die vertragliche Vergütung ohne Erhalt einer Gegenleistung zu zahlen. Insoweit ist unerheblich, von wo aus der Arbeitnehmer vertragsgemäß seine Arbeitsleistung erbringt; die Einrichtung des funktionsfähigen Arbeitsplatzes fällt in die Sphäre des Arbeitgebers, sodass Störungen am Arbeitsplatz grundsätzlich der betrieblichen Sphäre entstammen – Ausnahmen von dieser gesetzlichen Wertung bestehen anlässlich von Homeoffice oder Telearbeit nicht.³⁴ Dieser grundsätzlichen Verteilung der wirtschaftlichen Risiken ist zuzustimmen, da dem Arbeitgeber die wirtschaftlichen Vortei-

33 Vgl. BAG 22.12.1980, 1 ABR 2/79, AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 70; BAG 9.7.2008, 5 AZR 810/07, NZA 1407, 1409; ErfK-Preis, § 615 BGB Rn. 120 ff.

34 Wedde, NJW 1999, 527, 532.

le aus seiner Unternehmung allein zustehen; umgekehrt muss er auch die typischen wirtschaftlichen Risiken einer Unternehmung tragen. Eine Abwälzung dieser negativen Seite des Unternehmertums auf den Arbeitnehmer wäre unbillig.

Um dieses, mitunter unbillige Ergebnis – der Arbeitgeber kann schließlich nicht einen Leitungsmast im bayerischen Wald eigenmächtig reparieren – zu korrigieren, können die Arbeitsvertragsparteien eine gesonderte Regelung treffen. § 615 BGB ist nach umstrittener Auffassung für die Arbeitsvertragsparteien dispositiv.³⁵ Eine entsprechende Regelung muss gleichwohl den Schranken der §§ 305 ff. BGB gerecht werden. Sie muss somit unter anderem klar und verständlich sein und darf den Arbeitnehmer nicht unangemessen benachteiligen, anderenfalls ist sie unwirksam. Gleichwohl zeigt die praktische Erfahrung aber, dass eine Kontrolle von Vereinbarungen anhand der §§ 305 ff. BGB häufig streng gehandhabt wird und nicht selten zu überraschenden Ergebnissen führt. Um sich insoweit weiter abzusichern, bietet es sich an, für solche Konstellationen weitere Rechte des Arbeitgebers vertraglich festzuschreiben. So wird es zulässig sein, dem Arbeitnehmer temporär, für den Zeitraum einer betrieblichen/technischen Störung, andere, gleichwertige Arbeiten zuzuweisen, oder für den Fall mehrtägiger oder sogar mehrwöchiger Störungen, den Arbeitnehmer auf einen betrieblichen Arbeitsplatz zu versetzen. Anderenfalls wäre das vertragliche Äquivalenzverhältnis unbillig beeinträchtigt. 24

III. Praxishinweis

Nachfolgend findet sich ein Vorschlag zur arbeitsvertraglichen Regelung von Homeoffice. Der Vorschlag betrifft allein die Kostenfrage, da dies in der Praxis einen wesentlichen Streitpunkt zwischen den Parteien darstellt. Außerdem ist dieser Aspekt gerade aus Arbeitnehmersicht ein wichtiges Element, da die Gewährung entsprechender Pauschalen durch den Arbeitgeber für die Nutzung eigenen Wohnraums sowie des eigenen Telefon- oder Internetanschlusses die allgemeinen Lebenshaltungskosten des Arbeitnehmers senkt. Somit ist die Gewährung entsprechender Pauschalen neben der Aussicht, sich typische Pendlerkosten zu ersparen, ein weiteres „Verkaufsargument“ von Homeoffice. 25

Gleichwohl ist zu beachten, dass die Kostenfrage lediglich ein regelungsbedürftiger Aspekt im Rahmen von Homeoffice-Regelungen ist. Viele weitere Themen, wie Haftungsfragen oder die Ausgestaltung von Zutritts- und Kontrollrechten des Arbeitgebers, sind besonders für den Arbeitgeber relevant: Auch wenn der Arbeitsplatz beim Arbeitnehmer angesiedelt ist, ist der Arbeitgeber für die 26

³⁵ BAG 9.7.2008, 5 AZR 810/07, NZA 1407, 1409; LAG Mecklenburg-Vorpommern 28.6.2005, 5 Sa 376/04, BeckRS 2005, 30804552; ErfK-Preis, § 615 BGB Rn. 129; a. A. Küttner-Griese, Annahmeverzug, Rn. 21.

Kap. 11 Vergütung im Homeoffice/bei mobiler Telearbeit

Einhaltung der öffentlich-rechtlichen Normen, wie z. B. Arbeitsschutzvorschriften, insbesondere das ArbZG, weiterhin verantwortlich. Daher sollten Arbeitgeber diese Problem- und Risikofelder besonders im Blick behalten.³⁶

- (1) Der Arbeitnehmer erhält monatlich eine Homeoffice-Pauschale in Höhe von 25,– EUR. Mit Leistung dieser Homeoffice-Pauschale sind sämtliche laufenden Kosten zur Unterhaltung des Homeoffice-Arbeitsplatzes, insbesondere Internet-, Telefon- oder Energiekosten sowie Kosten für die Reinigung, abgegolten. Ferner erhält der Arbeitnehmer monatlich für die Nutzung des privaten Wohnraums für dienstliche Zwecke eine Pauschale in Höhe von XY EUR.³⁷ Darüber hinausgehende Ersatzansprüche bestehen nicht.
- (2) Etwaige auf die Pauschalen oder im Zusammenhang mit den Pauschalen gem. Absatz 1 anfallenden Steuern trägt der Arbeitnehmer.
- (3) Der Anspruch auf Leistung der Pauschalen gem. Absatz 1 endet mit Beendigung der Tätigkeit des Arbeitnehmers im Homeoffice.

36 Da diese Aspekte thematisch nicht Gegenstand dieser Veröffentlichung sind, wurde auf eine nähere Darstellung bewusst verzichtet.

37 Die Höhe ist abhängig vom Mietspiegel und Größe des Arbeitszimmers.

Kapitel 12

Vergütung bei Crowdfunding

Schrifttum: *F. Bayreuther*, Sicherung der Leistungsbedingungen von (Solo-)Selbständigen, Crowdworkern und anderen Plattformbeschäftigten, 2018; *Benner* (Hrsg.), Crowdwork – zurück in die Zukunft?, 2015; *Brose*, Von Bismarck zu Crowdwork: Über die Reichweite der Sozialversicherungspflicht in der digitalen Arbeitswelt, NZS 2017, 7; *Däubler/Klebe*, Crowdwork: Die neue Form der Arbeit – Arbeitgeber auf der Flucht?, NZA 2015, 1032; *Engert*, Digitale Plattformen, AcP 2018, 304; *Günther/Böglmüller*, Arbeitsrecht 4.0 – Arbeitsrechtliche Herausforderungen in der vierten industriellen Revolution, NZA 2015, 1025; *Hötte*, Crowdsourcing – Rechtliche Risiken eines Phänomens, MMR 2014, 795; *Hüßtege/Mansel* (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch – BGB, Bd. 6: Rom-Verordnungen, Kommentar, 2. Aufl. 2015; *Husemann/Wietfeld* (Hrsg.), Zwischen Theorie und Praxis – Herausforderungen des Arbeitsrechts, 2015; *Klebe/Neugebauer*, Crowdsourcing: Für eine handvoll Dollar oder Workers of the crowd unite?, AuR 2014, 4; *Kocher/Hensel*, Herausforderungen des Arbeitsrechts durch digitale Plattformen – ein neuer Koordinationsmodus von Erwerbsarbeit, NZA 2016, 984; *Krause*, Herausforderung Digitalisierung der Arbeitswelt und Arbeit 4.0, NZA-Beilage 2017, 53; *Leimeister/Zogaj*, Neue Arbeitsorganisation durch Crowdsourcing, Hans Böckler Stiftung, Arbeitspapier 287, Eine Literaturstudie, Juli 2013; *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann* (Hrsg.), Kartellrecht, Kommentar, 3. Aufl. 2016; *Neufeld*, Herausforderung Digitalisierung, AuA 2015, 504; *Schaub/Koch*, Arbeitsrecht von A–Z, 20. Aufl. 2015; *Schindele*, Aktuelle Fragestellungen zum Drittpersonaleinsatz (Scheinselbständigkeit – Werkvertrag – Dienstleister), ArbRAktuell 2015, 363; *Schubert*, Neue Beschäftigungsformen in der digitalen Wirtschaft – Rückzug des Arbeitsrechts?, RdA 2018, 200.

Übersicht

Rn.	Rn.
I. Crowdfunding – Eine Begriffsbestimmung 1	a) § 138 Abs. 1 BGB 43
II. Erscheinungsformen des Crowdworkings 4	b) § 138 Abs. 2 BGB, Wucher 51
III. Rechtlicher Rahmen der Vergütung 9	c) Rechtsfolge 53
1. Grenzüberschreitendes Crowdsourcing – Anwendbares Recht 9	5. § 134 BGB? 57
2. Arbeitsvertragsrecht? 20	6. Mindestlohngesetz? 59
a) Verhältnis Crowdworke – Plattform 23	7. §§ 19, 20 GWB 60
b) Verhältnis Crowdworke – Auftraggeber 27	8. § 32 UrhG 65
3. AGB-Kontrolle 29	9. Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts 69
a) Crowdworke: Verbraucher oder Unternehmer? 30	IV. Ansatzmöglichkeiten für die Vergütung externen Crowdworkings 72
b) §§ 307 ff. BGB Inhaltskontrolle 33	1. Vergütung in Form eines Festpreises 76
4. § 138 BGB 42	2. Zeitbezogene Vergütung 81
	3. Auslobung/„Preisaus-schreiben“ 83
	4. Preisbestimmung durch den Crowdworke 88
	V. Zahlungsweise der Vergütung 89

I. Crowdfunding – Eine Begriffsbestimmung

- 1 Die weltweite Vernetzung der Prozesse und Menschen bietet Crowdfunding ein breites Anwendungsfeld. „**Crowdfunding**“ meint die Ausführung bestimmter Aufgaben durch einzelne Personen aus einer meist undefinierten Zahl von Adressaten – der „Crowd“ –, denen die Aufgabe angeboten wurde.¹ Die Vergabe der Arbeit an die Crowd, etwa anstelle der unternehmensinternen Ausführung, wird demzufolge „**Crowdsourcing**“ genannt – als eine Kombination der Worte „Crowdwork“ und „Outsourcing“;² „Crowdsourcing“ ist eine neue, digitale Form der Fremdvergabe von Arbeit.³
- 2 Crowdsourcing wird ausgeführt, indem der (untechnisch:) Auftraggeber, der sogenannte „**Crowdsourcer**“, auf einer Internetplattform offen dazu einlädt, die gesuchte Tätigkeit zu erledigen oder sich hierfür zu bewerben.⁴ Bei den Aufgaben kann es sich um solche handeln, die traditionell entweder unternehmensintern an Arbeitnehmer oder extern an Dienstleister oder Werkunternehmer vergeben werden. Die Internetplattform kann eine eigene sein, der Auftraggeber kann aber eine der mittlerweile zahllosen Plattformen von kommerziellen Anbietern nutzen. Der (ebenfalls untechnisch:) Auftragnehmer der angebotenen Arbeiten wird „**Crowdworker**“ oder „**Crowdsourcer**“ genannt.⁵ Die Crowdworker erfüllen die ausgeschriebene Tätigkeit an einem Computer, Smartphone oder einem anderen Gerät mit lokal installierter Software oder unter Hinzuziehung des Internets.⁶ Sie erledigen die Aufgaben entweder in Zusammenarbeit oder im Wettbewerb gegeneinander.⁷ Anschließend prüft der Auftraggeber die Ergebnisse, wählt (im Wettbewerbsfall) das für ihn passende aus, fügt (bei paralleler oder gemeinsamer Arbeit) die Ergebnisse zusammen oder fügt sie in sein vorhandenes Gesamtprojekt ein.⁸
- 3 Crowdwork fördert kreative und kostengünstige Lösungen durch die Nutzung der „Schwarmintelligenz“.⁹ Charakteristisch für dieses Arbeitsmodell ist der Einsatz von funktions- und unternehmensübergreifenden Teams sowie die Ein-

1 Benner-Leimeister/Zogaj/Blohm, S. 14; Bitkom, Leitfaden Crowdsourcing für Unternehmen, S. 5; Husemann/Wietfeld-Selzer, S. 228 f.; Leimeister/Zogaj, S. 5.

2 Wohl erstmals so bezeichnet von Jeff Howe, Wired Magazin 2006 (Jahrgang 14), 1 f.

3 Günther/Böglmüller, NZA 2015, 1025, 1029; Husemann/Wietfeld-Selzer, S. 27; Klebe/Neugebauer, AuR 2014, 4; Neufeld, AuA 2015, 504.

4 Neufeld, AuA 2015, 504.

5 Leimeister/Zogaj, S. 38; Neufeld, AuA 2015, 504.

6 Husemann/Wietfeld-Selzer, S. 29.

7 Benner-Leimeister/Zogaj/Blohm, S. 28; Däubler/Klebe, NZA 2015, 1032; Leimeister/Zogaj, S. 6, 61.

8 Benner-Leimeister/Zogaj/Blohm, S. 21, 22.

9 Günther/Böglmüller, NZA 2015, 1025, 1030; Hötte, MMR 2014, 795; Leimeister/Zogaj, S. 6; Neufeld, AuA 2015, 504.

beziehung unternehmensexterner Personen in den Wertschöpfungsprozess des Unternehmens. Schenkt man den ersten Untersuchungen Glauben, kann in jeder Branche jede Tätigkeit mittels Crowdfunding ausgelagert werden.¹⁰ Crowdfunding wird in der Produktion, dem Vertrieb und Marketing genauso wie in den unterstützenden Bereichen Forschung, Entwicklung, Finanzen oder in der Unternehmensinfrastruktur eingesetzt.¹¹

II. Erscheinungsformen des Crowworkings

Im Rahmen von Crowdfund können Aufgaben auf einer unternehmensinternen Internetplattform (internes Crowdfunding) oder auf einer unternehmensexternen (externes Crowdfunding) ausgeschrieben werden. **4**

Beim **internen Crowdfunding** stellt der Crowdfunder, der Arbeitgeber, die zu bearbeitenden Aufgaben in eine unternehmensintern aufgesetzte, intra- oder internetbasierte Plattform.¹² Die Belegschaft ist die „Crowd“. Über die Plattform kann sie sich die ausgeschrieben Aufgaben ansehen, sie übernehmen und ihren Beitrag erbringen.¹³ Die Mitarbeiter sind in einem crowdsourcingenden Unternehmen die Crowdfunder.¹⁴ In einem global agierenden Unternehmen kann Crowdfunding nicht nur deutschland-, sondern auch weltweit eingesetzt werden. **5**

Beim **externen Crowdfunding** richtet sich die Aufgabenstellung an einen beliebigen, vom Crowdfunder aber bestimmbar Personenkreis, weitgehend außerhalb des Unternehmens.¹⁵ Als potenzieller Crowdfunder kommt jede Person weltweit und aus jeder Rechtsordnung weltweit in Betracht, auch ein Mitarbeiter des Unternehmens selbst. Den externen Crowdfundern wird über die Internetplattform die zu erledigende Aufgabe angeboten. Im Rahmen dieses Arbeitsmodells kann das Unternehmen die Crowdfunding-Plattform selbst aufsetzen, verwalten, managen und den Zugang für alle User veröffentlichen oder sich für diese Aufgabe an einen Crowdfunding-Intermediär wenden, der diese Aufgaben für den Crowdfunder übernimmt.¹⁶ Der Crowdfunding-Intermediär übernimmt **6**

10 BT-Drs. 18/3032, S. 3; Benner-Leimeister/Zogaj/Blohm, S. 11, 12; Däubler/Klebe, NZA 2015, 1032.

11 Benner-Leimeister/Zogaj/Blohm, S. 11, 12; Hötte, MMR 2014, 795; Leimeister/Zogaj, S. 10.

12 Benner-Leimeister/Zogaj/Blohm, S. 16; Leimeister/Zogaj, S. 20.

13 Husemann/Wietfeld-Selzer, S. 40; Leimeister/Zogaj, S. 20; Däubler/Klebe, NZA 2015, 1032.

14 Benner-Leimeister/Zogaj/Blohm, S. 16; Leimeister/Zogaj, S. 20; Däubler/Klebe, NZA 2015, 1032, 1035.

15 Leimeister/Zogaj, S. 20; Schaub/Koch, Crowdsourcing.

16 Benner-Leimeister/Zogaj/Blohm, S. 17; Husemann/Wietfeld-Selzer, S. 17; Däubler/Klebe, NZA 2015, 1032, 1035; Klebe/Neugebauer, AuA 2015, 4, 5.

Kap. 12 Vergütung bei Crowdfunding

für das Unternehmen die Aufgabe, eine Crowdsourcing-Plattform bereitzustellen, den Zugang zu einer Crowd zu eröffnen und die Aufgabe über dieses Portal auszuschreiben.¹⁷ Im Laufe der letzten Jahre wurden bereits eine Vielzahl an Plattformen geschaffen, die grundsätzlich allen Unternehmen für ihre Crowdsourcing-Projekte zur Verfügung stehen, ohne eigens geschaffen werden zu müssen.

- 7 Das crowdsourcingende Unternehmen ist naturgemäß nicht an eine der beiden Erscheinungsformen des Crowdfundings gebunden. Beide Formen können auch kombiniert genutzt werden.¹⁸
- 8 Internes und externes Crowdfunding führen zu unterschiedlichen Fragestellungen, zumal die Crowdworker bei interner Crowdwork nahezu automatisch Arbeitnehmer sind. In diesem Beitrag ist nur die Vergütung für externes Crowdfunding behandelt.

III. Rechtlicher Rahmen der Vergütung¹⁹

1. Grenzüberschreitendes Crowdsourcing – Anwendbares Recht

- 9 Regelmäßig findet Crowdsourcing weltweit statt. Crowdsourcer vergeben ihre Aufgaben grenzüberschreitend an Crowdworker, wahrscheinlich oftmals befindet sich auch die Crowdfunding-Plattform in einem anderen Rechtskreis als die anderen Beteiligten. Die bei der Festlegung der Vergütung des Crowdfundings zu beachtenden rechtlichen Regeln hängen daher stets von der anwendbaren Rechtsordnung ab.
- 10 Oftmals vereinbaren die Plattformen mit den Crowdworkern das an deren Unternehmenssitz geltende Recht,²⁰ beispielsweise die deutsche Plattform Clickworker deutsches Recht; die Plattform Amazon Mechanical Turk legt das Recht des Staates Massachusetts zugrunde.
- 11 Grundsätzlich gilt: Das deutsche Recht gilt nur für Deutschland. Sobald Crowdsourcing daher Auslandsberührung hat, stellt sich die Frage, welches nationale Recht auf den Crowdsourcing-Sachverhalt Anwendung findet.
- 12 Für die Konkurrenz des deutschen Rechts mit anderen Rechtsordnungen finden sich mehrere verschiedene Regelungen.

17 Benner-Leimeister/Zogaj/Blohm, S. 17.

18 Benner-Leimeister/Zogaj/Blohm, S. 17.

19 Im Anschluss an die Ausführungen zur Bestimmung des anwendbaren Rechts befasst sich der Beitrag ausschließlich mit dem rechtlichen Rahmen der Vergütung bei Crowdwork nach deutschem Recht.

20 Benner-Däubler, S. 265; Däubler/Klebe, NZA 2015, 1032, 1039.

In der EU und im EWR gelten einheitliche (Kollisions-)Regeln. Das auf den Sachverhalt anzuwendende Recht ist mithilfe der beiden EU-Rom-Verordnungen zu bestimmen. Das auf Schuldverhältnisse anwendbare Recht wird durch die Rom I-Verordnung festgelegt. Die Rom I-VO ist aus deutscher und europäischer Sicht nicht nur binnenmarktbezogenes, sondern universell geltendes Kollisionsrecht.²¹ Die Rom I-VO ist mithin auch auf Sachverhalte anwendbar, die neben Deutschland auch einen Drittstaat (oder mehrere) tangieren. **13**

Art. 3 Abs. 1 Rom I-VO berechtigt die Parteien, die **Rechtsordnung zu wählen**. Soll der Sachverhalt möglichst weitgehend der deutschen Rechtsordnung unterstellt werden, sollten die Parteien folglich die Anwendung des deutschen Rechts vereinbaren. **14**

Ob dies im Einzelfall im Hinblick auf die Vergütung der Crowdworker sinnvoll ist, hängt von der Ausgestaltung der Crowdwork und den betroffenen Rechtssystemen ab. Zwingend geltender nationaler Mindestschutz, der nach nationalem Recht anzuwenden wäre, kann nach vielen Rechtsordnungen allerdings nicht durch deren Abwahl außer Kraft gesetzt werden. **15**

Haben die Parteien keine Rechtswahl getroffen, bestimmt sich das anzuwendende Recht nach Art. 4 Abs. 1 Rom I-VO. Art. 4 Abs. 1 lit. b) Rom I-VO unterstellt Dienstleistungsverträge dem Recht des Staates, in dem der Dienstleister seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Im Unionsrecht wird der Begriff der „Dienstleistung“ in Anlehnung an die Auffangfunktion der Grundfreiheit „Dienstleistungsfreiheit“ sehr weit gefasst.²² „Dienstleistungen“ sind danach alle Leistungen, die gegen Entgelt erbracht werden. Der Begriff ist wesentlich weiter als es der „Dienstvertrag“ gemäß §§ 611 ff. BGB nach deutschem Verständnis ist.²³ Er umfasst auch Werkverträge nach deutschem Verständnis.²⁴ Crowdwork wird regelmäßig als Dienst- oder Werkvertrag zu qualifizieren sein, dazu sogleich. Damit ist Crowdwork auch als „Dienstleistung“ im Sinne des Art. 4 Abs. 1 lit. b) Rom I-VO zu verstehen.²⁵ Rechtsverhältnisse mit in Deutschland lebenden Crowdworkern unterfallen daher bei unterbliebener Rechtswahl dem deutschen Recht.²⁶ **16**

Ferner kann ein Crowdworking-Sachverhalt, der sowohl Deutschland als auch das Ausland berührt, dem deutschen Recht unterstellt sein, wenn der Crowdwork- **17**

21 MüKoBGB-Martiny, Art. 2 Rom I-VO Rn. 1, 3; Hüßtege/Mansel-Leible, Art. 2 Rom I-VO Rn. 1, 2.

22 MüKoBGB-Martiny, Art. 4 Rom I-VO Rn. 36.

23 Benner-Däubler, S. 265; Däubler/Klebe, NZA 2015, 1032, 1039; MüKoBGB-Martiny, Art. 4 Rom I-VO Rn. 46 ff.

24 Hüßtege/Mansel-Leible, Art. 4 Rom I-VO Rn. 29; MüKoBGB-Martiny, Art. 4 Rom I-VO Rn. 46.

25 So auch Benner-Däubler, S. 265; Däubler/Klebe, NZA 2015, 1032, 1039.

26 Däubler/Klebe, NZA 2015, 1032, 1039; Hötte, MMR 2014, 795.

Kap. 12 Vergütung bei Crowdfunding

ker nur gelegentlich, somit nicht beruflich oder gewerblich als Crowdfunder tätig ist. Der Crowdfunder ist dann „Verbraucher“ im Sinne der Rom I-VO, Art. 6 Abs. 1 Rom I-VO.²⁷ Gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. a) Rom I-VO unterliegt ein Vertrag zwischen einem Verbraucher und einem Unternehmer dem Recht des Staates, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, sofern der Unternehmer in diesem Staat seine berufliche oder gewerbliche Tätigkeit ausübt und der Vertrag in den Bereich dieser Tätigkeit fällt. In Fallkonstellationen, in denen ein in Deutschland ansässiger Crowdfunder für ein Unternehmen mit Bezug zur Bundesrepublik tätig ist, dürfte bei dieser Gestaltung daher auch ohne Rechtswahl deutsches Recht Anwendung finden. Da der Crowdfunder auch Verbraucher im Sinne des deutschen Rechts ist, wenn er nur gelegentlich als solcher tätig ist, fände auf ihn das gesamte deutsche Verbraucherschutzrecht Anwendung, zu dem die nachfolgend dargestellten Grundsätze der AGB-Kontrolle und der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zählen.²⁸

- 18 Gemäß Art. 9 Abs. 1 Rom I-VO finden auch im Fall der Geltung einer ausländischen Rechtsordnung diejenigen Bestimmungen des deutschen Rechts im Rahmen des je von ihnen festgelegten Bereiches Anwendung, die Deutschland als so entscheidend für die Wahrung des öffentlichen Interesses und insbesondere seiner sozialen oder wirtschaftlichen Organisation ansieht, dass sie ungeachtet des nach der Rom I-VO auf den Vertrag anzuwendenden Rechts anwendbar sind (sog. „Eingriffsnormen“). Hierzu werden in der Literatur neben dem 1. Teil des GWB und wichtigen arbeitnehmerschützenden Regeln des deutschen Arbeitsrechts auch die Regeln zum Schutz des schwächeren Vertragsteils gezählt, so wie sie vom Bundesverfassungsgericht interpretiert werden.²⁹
- 19 Allerdings kann in einem außerhalb des EWR liegenden Staat auch anderes Kollisionsrecht gelten. Wird ein solcher Fall außerhalb des EWR bei Gericht anhängig, so wird dieses vorrangig das für sein Land geltende Kollisionsrecht anwenden. Die folgenden Überlegungen seien auf Sachverhalte beschränkt, für die uneingeschränkt deutsches Recht anzuwenden sind (was vor dem beschriebenen Hintergrund jedenfalls nicht der Regelfall sein werden dürfte).

2. Arbeitsvertragsrecht?

- 20 In der rechtswissenschaftlichen Literatur wird diskutiert, ob Crowdfunder dem (deutschen) Arbeitsrecht zu unterstellen ist. Dazu müsste der Crowdfunder Arbeitnehmer, sein Vertrag als Arbeitsvertrag zu klassifizieren sein.

27 Benner-Däubler, S. 266.

28 Benner-Däubler, S. 266; Däubler/Klebe, NZA 2015, 1032, 1039; Hötte, MMR 2014, 795.

29 Benner-Däubler, S. 267.

In der Praxis zeigen sich zwei Wege der „Beauftragung“ des Crowdworkers: Oftmals dient die Plattform als „Vermittler“ zwischen Crowdsourcer und Crowdworker und unterstützt bei der Aufteilung der Tätigkeit und der Koordinierung bei der Zusammenfügung der Arbeitsergebnisse. Teilweise wird die Aufgabe auch direkt vom Crowdsourcer an den Crowdworker vergeben. Es kann daher zwischen zwei Schuldverhältnissen unterschieden werden: das Schuldverhältnis zwischen Crowdworker und Plattform und das Schuldverhältnis zwischen dem Crowdworker und dem Crowdsourcer. Das Rechtsverhältnis zwischen Crowdsourcer und Plattform sei hier außer Betracht gelassen, da es meist keine für den Crowdworker verbindliche und belastbare Vorgaben für die Vergütung des Crowdworkers enthalten wird.³⁰ **21**

Als Arbeitnehmer wird angesehen, wer aufgrund eines privatrechtlichen Vertrags einem anderen gegenüber – dem Arbeitgeber – zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist (§ 611a BGB).³¹ Entscheidendes Abgrenzungsmerkmal zur Selbstständigkeit ist die aus der persönlichen Abhängigkeit folgende Weisungsgebundenheit, die – unterschiedlich intensiv – hinsichtlich Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort der Tätigkeit bestehen kann. Kein Kriterium sind Weisungen, die ihrer Natur nach auch bei Dienst- und Werkvertrag vorkommen, welche also insbesondere nicht die Art der Ausführung, sondern das Ergebnis betreffen (im Werkvertrag beispielsweise auf das zu erstellende Werk bezogene Weisungen). Jedenfalls kommt es nicht auf die Bezeichnung des Vertrages an, sondern letztlich auf die praktische Umsetzung des Vereinbarten (§ 611a Abs. 1 Satz 6 BGB).³² **22**

a) Verhältnis Crowdworker – Plattform

Externe Crowdworker bieten über die Crowdsourcing-Plattform den verschiedenen Unternehmen ihre Dienste freiwillig an. Die Crowdworking-Plattform dient hierbei entweder nur als Vermittler der gesuchten Aufgabe oder hat weiterreichende Funktionen, indem sie die zu bearbeitende Aufgabe unterteilt und an verschiedene Crowdworker vergibt. Der Crowdworker schließt seinen Vertrag mit der Plattform.³³ **23**

Bereits in der Auftragsbeschreibung ist die zu erbringende Arbeit vom Crowdsourcer abschließend festgeschrieben, sodass Weisungen auf die konkrete Ar- **24**

30 Zu der Bewertung dieses Rechtsverhältnisses eingehend *Engert*, AcP 2018, 308.

31 Schon vor Inkrafttreten des § 611a BGB am 1.4.2017 etwa aus jüngerer Zeit BAG 14.6.2016, 9 AZR 305/15, NZA 2016, 1453 ff.; statt vieler *ErfK-Preis*, § 611 BGB Rn. 35.

32 Schon vor Inkrafttreten des § 611a BGB: BAG 14.6.2016, 9 AZR 305/15, BeckRS 2016, 74175.

33 *Benner-Rio Antas*, S. 327.

Kap. 12 Vergütung bei Crowdfunding

beitsausführung entbehrlich sind³⁴ und auch grundsätzlich unterbleiben. Externes Crowdfunding bringt mit der digitalen Auftragsvergabe und der digitalen Einreichung der bearbeiteten Aufgabe eine örtliche Unabhängigkeit des Crowdfunder mit sich; dieser wird gerade nicht in die Betriebsorganisation des Auftraggebers eingegliedert. Auch steht es dem Crowdfunder frei, über die Annahme des Auftrages zu entscheiden.³⁵ Der möglicherweise durch den Crowdsourcer oder die Plattform vorgegebene Zeitrahmen führt auch nicht zu einer Weisungsabhängigkeit im oben beschriebenen Sinne. Denn zeitliche Vorgaben für die Durchführung oder den Abschluss eines Auftrages sind gerade typisch für ein Dienst- oder Werkvertragsverhältnis mit einem Selbstständigen.³⁶ Der Crowdfunder ist folglich im Wesentlichen frei in der Gestaltung seiner Tätigkeit und in der Einteilung seiner Arbeitszeit. Zudem arbeitet der Crowdfunder mit eigenen Arbeitsmitteln.³⁷ Vertragliche Regelungen, die den Crowdfunder zu zeitlichen, quantitativen oder qualitativen Vorgaben verpflichten, beziehen sich ausschließlich auf das Ergebnis des Arbeitsprozesses und nicht auf diesen selbst.³⁸ Daher entsteht durch Annahme des Auftrages kein Arbeitsverhältnis,³⁹ die Vergütung der Crowdfunder unterfällt nicht den Regeln über das Arbeitsentgelt.

- 25 Crowdfunder sind im Verhältnis zur Plattform regelmäßig auch nicht als „arbeitnehmerähnlich“ zu qualifizieren. Hierfür fehlt es den Crowdfundern meist an der wirtschaftlichen Abhängigkeit von einer Plattform; gleiches gilt für die Einordnung der Crowdfunder als Heimarbeiter im Sinne des Heimarbeitsgesetzes.⁴⁰ Je nach Art der Aufgabe, mit der der Unternehmer die Crowdfunder betraut, ist das zwischen den Parteien zugrunde liegende Schuldverhältnis als Dienst- oder Werkvertrag einzuordnen.⁴¹ Die Crowdfunder werden demzufolge in den Nutzungsbedingungen der Plattformen regelmäßig als Selbstständige beschrieben.⁴²
- 26 Arbeitet ein Crowdfunder hingegen ausschließlich für eine Plattform und dient die Plattform zugleich nicht nur als Vermittlerin von Tätigkeiten, sondern defi-

34 Benner-Däubler, S. 246; Däubler/Klebe, NZA 2015, 1032, 1034.

35 Benner-Rio Antas, S. 327, Däubler/Klebe, NZA 2015, 1032, 1034.

36 Günther/Böglmüller, NZA 2015, 1025, 1030.

37 Das berichten auch Däubler/Klebe, NZA 2015, 1032, 1035; Günther/Böglmüller, NZA 2015, 1025, 1030.

38 Husemann/Wietfeld-Selzer, S. 38.

39 Schubert, RdA 2018, 200, 203 f.; vgl. auch Krause, NZA-Beilage 2017, 53, 59.

40 Bayreuther, Sicherung der Leistungsbedingungen, 20 f.; Benner-Däubler, S. 247; Brose, NZS 2017, 7, 13 f.; Däubler/Klebe, NZA 2015, 1032, 1035; Schindele, ArbRAktuell 2015, 363; Schubert, RdA 2018, 200, 204; zur Heimarbeitereigenschaft eines dauerhaft daheim beschäftigten IT-Programmierers bejahend s. BAG 14.6.2016, 9 AZR 305/15, NZA 2016, 1453 ff.

41 So auch Benner-Däubler, S. 247.

42 Benner-Cherry, S. 236.

niert sie die (Teil-)Aufgaben des einzelnen Crowdworkers und gibt detaillierte Weisungen auch in Bezug auf die Zeit der Tätigkeit und kontrolliert den Crowdworker engmaschig, können dies Indizien sein, die für die Eigenschaft des Crowdworkers als Arbeitnehmer sprechen.⁴³

b) Verhältnis Crowdworker – Auftraggeber

Im Verhältnis zwischen dem Crowdworker und „Auftraggeber“ besteht im Regelfall ebenfalls kein Arbeitsverhältnis. Wird die Crowdwork ohne eine dazwischengeschaltete Crowdworking-Plattform durchgeführt, führt auch dies meist ebenfalls nicht zur Weisungsabhängigkeit des Crowdworkers und dessen Eingliederung in den Betrieb des Auftraggebers. Wie auch bei der Einschaltung der Plattform als Intermediär ist der Crowdworker weder in die Betriebsorganisation des Unternehmens eingebunden, noch gibt der Auftraggeber dem Crowdworker Weisungen in Bezug auf die Arbeitszeit, den Arbeitsort und die Ausführung der Tätigkeit. 27

Natürlich kann auch im Rahmen des Crowdworkings ausnahmsweise ein Arbeitsverhältnis entstehen, wenn dem Crowdworker im Rahmen eines längeren Projekts die langfristige Zusammenarbeit und Einbindung in das Projekt zugesichert wird und zumindest in der Umsetzung der Crowdwork zu einer Eingliederung und Weisungsabhängigkeit des Crowdworkers beiträgt.⁴⁴ In Fällen ohne Eingliederung, aber mit dauerhafter Beschäftigung daheim kann auch ein Heimarbeitsverhältnis begründet werden.⁴⁵ 28

3. AGB-Kontrolle

Die Verträge der Crowdworker mit den Plattformen oder ihren Auftraggebern dürften häufig Standardverträge sein, die der Vertragspartner der Crowdworker für eine Vielzahl von Crowdworkern verwendet. Es handelt sich dann um Allgemeine Geschäftsbedingungen der Plattform oder des beauftragenden Unternehmens. Gilt für den Formularvertrag deutsches Recht, so unterliegt diese vertragliche Grundlage der Crowdwork der Überprüfung der Vertragsinhalte gemäß §§ 307 ff. BGB. Die Strenge und Tiefe der Prüfung hängt davon ab, ob die beiden Vertragsparteien Unternehmer sind oder ein Verbraucher – eher der Crowdworker als das Unternehmen wird regelmäßig Verbraucher sein – beteiligt ist.⁴⁶ 29

43 Däubler/Klebe, NZA 2015, 1032; Kocher/Hensel, NZA 2016, 984, 987.

44 Husemann/Wietfeld-Selzer, S. 40.

45 So in dem Fall des dauerhaft daheim beschäftigten IT-Programmierers in BAG 14.6.2016, 9 AZR 305/15, NZA 2016, 1453 ff.

46 Benner-Däubler, S. 248; Däubler/Klebe, NZA 2015, 1032, 1037.

Kap. 12 Vergütung bei Crowdfunding

a) Crowdfunder: Verbraucher oder Unternehmer?

- 30** Sind beide Vertragsparteien Unternehmer, gelten verminderte Schutzstandards. Die Inhaltskontrolle wird nur eingeschränkt durchgeführt. Die vertieftere Inhaltskontrolle der §§ 308, 309 BGB findet nicht statt, § 310 Abs. 1 BGB. Ist der Vertragspartner hingegen ein Verbraucher, genießt er bei der Überprüfung der Verträge einen besonderen Schutz. Gemäß § 310 Abs. 3 BGB wird bei Verträgen, die ein Unternehmer mit einem Verbraucher vereinbart, vermutet, dass der Verbraucher auf den Inhalt keinen Einfluss nehmen konnte, sie für eine mehrmalige Verwendung vorgesehen sind und die Vertragsbedingungen vom Unternehmer gestellt wurden, § 310 Abs. 3 Nr. 1, 2 BGB. Durch diese Regelung wird jede mit einem Verbraucher geschlossene Vereinbarung der Überprüfung der §§ 305 ff. BGB unterstellt. Überdies werden bei der Beurteilung der Inhalte des Vertrages die Umstände des Vertragsschlusses berücksichtigt.
- 31** Verbraucher ist jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu Zwecken abschließt, die überwiegend weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbstständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können, § 13 BGB. Diese Definition ist weit gefasst. Einen Unternehmer zeichnet umgekehrt aus, dass er bei Abschluss des Rechtsgeschäfts in Ausübung seiner gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit handelt, § 14 BGB.
- 32** Maßgebliches Kriterium für die Qualifizierung der Crowdfunder ist daher, ob der Crowdfunder in Ausübung seiner gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit handelt. Die Rechtsprechung verlangt hierfür, dass planmäßig und dauerhaft entgeltliche Leistungen am Markt angeboten werden.⁴⁷ Crowdfunder, die regelmäßig am Markt auftreten, werden meist sowohl planmäßig vorgehen als auch stetig wiederkehrend ihre Leistungen am Markt gegen Entgelt anbieten. Sie sind als Unternehmer, § 14 BGB, einzuordnen. Sind sie hingegen nur gelegentlich am Markt tätig, fehlt es meist wohl an der planmäßigen und auf Dauer angelegten Tätigkeit. Dann werden sie Verbraucher sein.

b) §§ 307 ff. BGB Inhaltskontrolle

- 33** Im Hinblick auf die Vergütung der Crowdfunder sind insbesondere die (Nutzungs-)Bestimmungen in den Verträgen der Plattformen oder Auftraggeber von Bedeutung. Regelungen sind der Inhaltskontrolle zu unterziehen, wenn sie das Gleichgewicht der Vertragsparteien verändern können. Nicht der Kontrolle der Vorschriften der §§ 307 ff. BGB unterworfen sind gemäß § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB die Hauptleistungspflichten, mithin das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung.⁴⁸

47 BGH 29.3.2006, VIII ZR 173/05, NJW 2006, 2250; Staudinger-Roth, § 13 BGB Rn. 51.

48 Benner-Däubler, S. 259; Däubler/Klebe, NZA 2015, 1032, 1039.

Gemäß § 305b BGB haben Individualabreden Vorrang vor Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Hat sich der Crowdworker mit dem Betreiber der Plattform oder seinem „Auftraggeber“ auf eine vom Vertrag abweichende Vergütung geeinigt, geht diese Regelung den vertraglichen Bestimmungen vor. Dies gilt auch, wenn beispielsweise in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Verträge vorgesehen ist, dass mündliche Vereinbarungen zu ihrer Wirksamkeit stets einer schriftlichen Bestätigung bedürfen.⁴⁹ **34**

In Bezug auf den Inhalt der Formularverträge, der zumindest mittelbaren Zusammenhang zur Vergütung hat, ist hier neben den Klauselverböten der §§ 308, 309 ff. BGB insbesondere die Inhaltskontrolle gemäß § 307 BGB von Interesse. Denn § 307 BGB schützt den Vertragspartner vor einer unangemessenen Benachteiligung durch die in den Standardverträgen verwendeten Bestimmungen. Eine unangemessene Benachteiligung kann bestehen, wenn die Klausel nicht klar und verständlich formuliert ist, § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB. Eine unangemessene Benachteiligung wird insbesondere auch vermutet, wenn die vertragliche Bestimmung vom Grundgedanken der gesetzlichen Regelung abweicht, § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB. **35**

Oftmals sehen die Verträge **Änderungsvorbehalte** vor. Diese sind im Hinblick auf die Vergütung zu prüfen. Behält sich beispielsweise der Vertragspartner vor, die Vertragsbedingungen, wie die Handelsspanne des Crowdworkers⁵⁰ mit einer Ankündigungsfrist zu verändern, behält er sich mittelbar vor, auch die Vergütung des Crowdworkers zu verändern. Ist der Crowdworker Verbraucher, ist vor derartigen Änderungen stets zu prüfen, inwieweit die Änderung dem Vertragspartner, hier dem Crowdworker, unter Berücksichtigung der Interessen der Plattform oder des beauftragenden Unternehmens zumutbar ist, § 308 Nr. 4 BGB. Ist der Crowdworker hingegen Unternehmer, findet § 308 Nr. 4 BGB keine Anwendung (§ 310 Abs. 1 Satz 1 BGB). Der Rechtsgedanke ist jedoch auch in der Vertragsbeziehung zwischen zwei Unternehmern im Rahmen der Inhaltskontrolle nach § 307 BGB heranzuziehen, § 310 Abs. 1 Satz 2 BGB. Der pauschale Änderungsvorbehalt im Hinblick auf die Veränderung des Entgelts ist schon wegen der bloßen Möglichkeit zur Veränderung der Vergütung unzulässig.⁵¹ **36**

Ist im Einzelfall die Vergütung des Crowdworkers als Auslobung und in Form eines „**Preisauusschreibens**“ ausgestaltet (s. Rn. 83 ff.), unterliegen die Klauseln zur Vergütung ebenfalls der Inhaltskontrolle gemäß § 307 Abs. 1 BGB. Insoweit ist nicht zu differenzieren, ob der Crowdworker ein Verbraucher oder Unternehmer ist, § 307 Abs. 1 BGB findet in beiden Fällen Anwendung. § 307 Abs. 1 BGB erklärt Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen für unwirk- **37**

49 BGH 21.9.2005, XII ZR 312/02, NJW 2006, 138; BAG 20.5.2008, 9 AZR 382/07, NZA 2008, 1233.

50 Benner-Däubler, S. 253.

51 Benner-Däubler, S. 253.

Kap. 12 Vergütung bei Crowdfunding

sam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB konkretisiert dies mit der Bestimmung, eine unangemessene Benachteiligung sei anzunehmen, wenn eine Bestimmung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist.

- 38 Im Regelfall wird der Crowdfunder auf Basis eines Werk- oder Dienstvertrages für die Plattform oder im Einzelfall auch direkt für den Auftraggeber tätig. Die Regelung zur Vergütung der Crowdfunder ist mithin mit den Bestimmungen zur Vergütung in Dienst- oder Werkverträgen zu vergleichen und auf Abweichungen hierzu zu untersuchen. Dienstverträge sind dadurch gekennzeichnet, dass der Dienstleistungserbringer für die erbrachte Arbeit gemäß § 612 BGB vergütet wird, unabhängig davon, ob und wenn ja, zu welchem Ergebnis er gelangte.⁵² Auch das Werkvertragsrecht sieht in §§ 631, 632 BGB die Vergütung der erbrachten Werkleistung vor. Ist die Mitwirkung des Bestellers vorgesehen, unterbleibt diese jedoch und gerät der Besteller deshalb in Annahmeverzug, steht dem Werkunternehmer zumindest die Zahlung einer Entschädigung zu, § 642 BGB.
- 39 Wenn im Gegensatz zu diesen beiden Vertragstypen bei der Bezahlung als Preisausschreiben die Vergütung von einer Bedingung abhängig ist, die der Crowdfunder nur bedingt beeinflussen kann, widerspricht dies nach Teilen der Literatur dem wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung.⁵³ Danach wäre diese Klausel unwirksam. Gegen diese Betrachtung spricht jedoch, dass die Leistung, die mittels einer Auslobung/eines Preisausschreibens vergütet werden soll, zwar eine Dienst- oder Werkleistung darstellt, die vertragliche Regelung selbst jedoch kein Werk- oder Dienstvertrag ist, sondern eben eine Auslobung oder ein Preisausschreiben.⁵⁴ Der Auftraggeber lobt für das beste Arbeitsergebnis einen Preis aus. Im Übrigen dürfte diese Regelung als nähere Bestimmung der Hauptleistungspflicht nicht im Rahmen einer Inhaltskontrolle gemäß § 307 ff. BGB der gerichtlichen Kontrolle unterfallen.⁵⁵ Etwas anderes gilt nur dann, wenn in gesetzlichen Vorschriften die Auslobung oder das Preisausschreiben in diesen Konstellationen untersagt wäre.⁵⁶ Ansonsten käme die Nichtigkeit der Regelung gemäß § 138 Abs. 1 BGB in Betracht.⁵⁷
- 40 Ferner dürften Klauseln in den Nutzungsbedingungen unwirksam sein, die festlegen, dass auch in Bezug auf die Arbeiten, die nicht vergütet werden, die Nutzungsrechte vollständig an die Plattform übertragen werden. Eine solche Regelung widerspricht dem Grundgedanken der gesetzlichen Regelung. Diese Klausel

52 Benner-Däubler, S. 254; Däubler/Klebe, NZA 2015, 1032, 1038.

53 Benner-Däubler, S. 255; Däubler/Klebe, NZA 2015, 1032, 1038.

54 Husemann/Wietfeld-Selzer, S. 37, 38.

55 Husemann/Wietfeld-Selzer, S. 37, 38.

56 Husemann/Wietfeld-Selzer, S. 37, 38.

57 Däubler/Klebe, NZA 2015, 1032, 1038.

seln benachteiligen den Crowdworker unangemessen im Sinne des § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB, 11 UrhG.⁵⁸

Oftmals findet sich in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Plattformen und teilweise der Auftraggeber eine Frist von drei Tagen zur **Nachbesserung**.⁵⁹ Die gesetzliche Regelung sieht in § 323 Abs. 1 BGB hingegen die Gewährung einer angemessenen Nachbesserungsfrist vor. Ausnahmen von diesem Grundsatz sind nur in den Fällen vorgesehen, in denen die Angelegenheit eilbedürftig ist.⁶⁰ In diesen Fällen soll eine Nachbesserungsfrist von drei Tagen angemessen sein.⁶¹ Teilweise wird daher vertreten, dass ein Crowdworker dann unangemessen benachteiligt wird im Sinne des § 307 BGB, wenn keine Eilbedürftigkeit besteht, die Frist zu Nachbesserung jedoch dennoch drei Tage beträgt.⁶² Auch hierin liege in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen eine Abweichung vom Grundgedanken der gesetzlichen Regelung.⁶³ Das wird nicht vollends von der Hand zu weisen sein.

4. § 138 BGB

Aufgrund der grundsätzlich geltenden Privatautonomie in Bezug auf den Crowdfunding-Vertrag werden für einfache Tätigkeiten oft auch niedrige Vergütungen angeboten; auch 5,00 € pro Stunde werden unterschritten. Allerdings werden vermehrt auch leistungs- und ergebnisbezogene Vergütungen angeboten, die höhere Verdienste ermöglichen. Auf die Vergütungsabrede als Regelung der Hauptleistungspflichten findet die AGB-Kontrolle keine Anwendung (s. Rn. 31). Die Privatautonomie findet jedoch ihre Grenze erst in § 138 BGB.⁶⁴

a) § 138 Abs. 1 BGB

Nach § 138 Abs. 1 BGB ist ein gegen die guten Sitten verstoßendes Rechtsgeschäft nichtig. Gegen die guten Sitten wird verstoßen, wenn das Rechtsgeschäft gegen das Rechts- und Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt.⁶⁵ Dies ist anzunehmen, wenn das Rechtsgeschäft nach seinem aus der Gesamtwürdigung von Zustandekommen, Inhalt, Beweggrund und Zweck zu entnehmenden Charakter mit den grundlegenden Wertungen der Rechts- und Sit-

⁵⁸ So auch *Klebe/Neugebauer*, AuR 2014, 4 ff.

⁵⁹ Bericht von Benner-Däubler, S. 255; *Däubler/Klebe*, NZA 2015, 1032; *Klebe/Neugebauer*, AuR 2014, 4 ff.

⁶⁰ *Staudinger-Schwarze*, § 323 BGB Rn. B64.

⁶¹ Benner-Däubler, S. 255.

⁶² Benner-Däubler, S. 255; *Klebe/Neugebauer*, AuR 2014, 4 ff.

⁶³ Benner-Däubler, S. 255.

⁶⁴ Erman-Arnold, § 138 BGB Rn. 1; Husemann/Wietfeld-Selzer, S. 47.

⁶⁵ Statt aller Erman-Arnold, § 138 BGB Rn. 12.

Kap. 12 Vergütung bei Crowdfunding

tenordnung nicht zu vereinbaren ist.⁶⁶ Im Rahmen des Crowdfundings kann auch die Vergütungsstruktur auf ihre Sittenwidrigkeit hin zu prüfen sein. Das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung ist hierbei von besonderem Interesse. Der Sittenverstoß bei den Crowdfunding-Verträgen kann sowohl in den Umständen des Zustandekommens dieses Vertrages, als auch in dessen Inhalt begründet sein. Die Sittenwidrigkeit ist im Rahmen einer Gesamtabwägung festzustellen.⁶⁷

- 44 Sittenwidrigkeit kann gegeben sein, wenn die Leistung des Crowdworkers in einem auffälligen Missverhältnis zur Gegenleistung der Plattform oder des Crowdfunders stehen. Die Rechtsprechung bejaht ein auffälliges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung, wenn eine Äquivalenzstörung besteht, das heißt, die dem begünstigten Vertragspartner versprochene Leistung höchstens die Hälfte des Wertes der Gegenleistung beträgt.⁶⁸ Zuweilen wird als Maßstab genommen, ob sich die Vergütung eines Crowdworkers unterhalb des Mindestlohns bewegt. Für Arbeitsverhältnisse hat das BAG die Sittenwidrigkeit der Entgelthöhe angenommen, wenn 2/3 des orts- und branchenüblichen Entgeltes – meist also des Tarifentgeltes – unterschritten wurden.⁶⁹ Eine solche Feststellung mag im Einzelfall ein Indiz für die auf dem **Inhalt des Vertrags** beruhende Sittenwidrigkeit sein. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass sich die Konstellation eines Crowdworkers meist von der eines Arbeitnehmers unterscheidet, der in Vollzeit einer niedrig bezahlten Tätigkeit nachgeht: Der Arbeitnehmer setzt für dieselbe Vergütung seine volle oder einen erheblichen Teil seiner Arbeitszeit ein, der Crowdworker arbeitet hingegen für den festgesetzten Preis nur eine meist sehr viel kürzere Zeitspanne. Auch das Mindestlohngesetz gilt nicht unmittelbar für Crowdworker, dazu unten. Eine nur ähnliche (und nicht per se selbe) Interessenlage verbietet, die Mindestlohnsätze unmittelbar als Indiz für die Sittenwidrigkeit der Vereinbarung anzunehmen.⁷⁰
- 45 Zudem reicht das auffällige Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung allein nicht aus, um ein Rechtsgeschäft allein wegen seines Inhalts als sittenwidrig zu werten.⁷¹ Es müssten vielmehr noch weitere Aspekte hinzutreten, die gemeinsam mit dem Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung die Sittenwidrigkeit begründen.⁷² Dies könnte beispielsweise eine Macht- oder Monopolstellung des Crowdfunders oder der Plattform bei Vertragsschluss sein, die derzeit wahr-

66 Erman-Arnold, § 138 BGB Rn. 12, 14.

67 Staudinger-Sack/Fischinger, § 138 BGB Rn. 271.

68 BGH 12.11.2002, XI ZR 3/01, BB 2003, 221.

69 BAG 19.8.2015, 5 AZR 500/14, NZA 2016, 183 (LS.) = NJOZ 2016, 226; BAG 22.4.2009, 5 AZR 436/08, NZA 2009, 837.

70 Ähnlich auch Bayreuther, Sicherung der Leistungsbedingungen, 35.

71 Erman-Arnold, § 138 BGB Rn. 18.

72 Erman-Arnold, § 138 BGB Rn. 18; Staudinger-Sack/Fischinger, § 138 BGB Rn. 271, 275.

scheinlich weder bei einem Crowdsourcer noch bei einer Plattform gegeben sein dürfte.⁷³

Die Plattformen und Crowdsourcer haben beim **Zustandekommen des Vertrages** immerhin häufig eine dominante Verhandlungsposition inne. Auch bieten wohl die meisten Crowdfunding-Plattformen Aufgaben für bestimmte begrenzte Fachrichtungen an. Dennoch dürfte die ungleiche Verhandlungsposition weniger in monopol- oder oligopolartigen Strukturen begründet liegen, sondern in der nicht oder wenig vorhandenen Organisation der Crowdworker zueinander; bei kleineren Aufgaben dürfte eine Verhandlung von Konditionen für die Crowdworker wohl auch unprofitabel sein. So ist es der Mehrzahl der Plattformbetreiber möglich, die Crowdworker insbesondere für sog. „micro-tasks“ gering zu vergüten. Auch hinsichtlich anderer Vertragskomponenten ist es den Crowdworkern nicht möglich, hierüber zu verhandeln. Der Vertrag der Plattformen wird in aller Regel unverändert Grundlage der Crowdfunding-Leistung. **46**

Grundsätzlich sind ungleiche Verhandlungspositionen der Normalfall in der freien Wirtschaft, daher ist es nicht von vorn herein ein Grund, die Sittenwidrigkeit zu bejahen.⁷⁴ Die Stärke der Verhandlungsposition führt jedoch stets dann zur Sittenwidrigkeit des Rechtsgeschäfts, wenn sie bewusst herbeigeführt wurde, um für sich ein unangemessenes, günstiges, in der Gesamtwürdigung für die andere Seite nicht mehr zumutbares Verhandlungsergebnis durchzusetzen.⁷⁵ **47**

So ist ein sittenwidriger Missbrauch der Machtstellung zu bejahen, wenn die Machtposition vom Vertragspartner genutzt wird, um gegenüber dem anderen Vertragspartner überhöhte Gegenleistungen durchzusetzen.⁷⁶ Ob ein Preis überhöht ist, ist unter Einbeziehung der gesamten Umstände zu beurteilen.⁷⁷ Der Preis ist überhöht, wenn er den Preis in vergleichbaren Fällen „nicht unerheblich“ übersteigt.⁷⁸ Gleiches muss im umgekehrten Fall auch für eine zu niedrige Vergütung gelten. Der für die Sittenwidrigkeit benötigte Marktpreis als Referenzwert im Rahmen des Crowdfundings ist nicht das Gehalt des Angestellten, sondern der Preis, den ein Selbstständiger auf dem freien Markt erhalten würde.⁷⁹ Hier gilt es für die jeweilige Leistung des Crowdworkers Vergleichswerte aus dem freien Markt zu ermitteln. **48**

Darüber hinaus kann im Rahmen der Auslegung des § 138 Abs. 1 BGB auch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Schutz der schwächeren Vertragspartei Berücksichtigung finden (s. Rn. 69 ff.). **49**

⁷³ Erman-Arnold, § 138 BGB Rn. 18.

⁷⁴ Erman-Arnold, § 138 BGB Rn. 15.

⁷⁵ Erman-Arnold, § 138 BGB Rn. 16.

⁷⁶ BGH 26.11.1975, VIII ZR 164/74, WM 1976, 149.

⁷⁷ BGH 30.10.1975, KZR 2/75, NJW 1976, 710.

⁷⁸ BGH 30.10.1975, KZR 2/75, NJW 1976, 710.

⁷⁹ Husemann/Wietfeld-Selzer, S. 47.

- 50 In Bezug auf die Verwirklichung des subjektiven Tatbestands des § 138 Abs. 1 BGB muss dem Auftraggeber nicht bewusst sein, dass das Rechtsgeschäft sittenwidrig ist. Es genügt, dass er um die Umstände weiß, die die Sittenwidrigkeit begründen.⁸⁰ Aufgrund der Ausschreibung der via Crowdsourcing vergebenen Aufgaben ist den Vertragspartnern der Crowdsourcer neben dem Arbeitsumfang auch die konkrete Vergütungshöhe bewusst. Sie wissen regelmäßig um ihre einseitige Vertragsfestlegungsmacht. Der subjektive Tatbestand des § 138 Abs. 1 BGB dürfte daher relativ häufig gegeben sein, wenn objektiv betrachtet ein sittenwidriges Rechtsgeschäft u. a. wegen deutlich zu niedriger Vergütung gegeben sein sollte.

b) § 138 Abs. 2 BGB, Wucher

- 51 Neben dem auffälligen Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung reicht im Rahmen des § 138 Abs. 2 BGB im Gegensatz zu § 138 Abs. 1 BGB die Kenntnis der Umstände nicht aus. Vielmehr ist erforderlich, dass der Täter in Ausnutzung der Schwäche des Opfers missbräuchlich zur Erzielung übermäßigen Gewinns handelt.⁸¹ Da strenge Anforderungen an den Vorsatz im Sinne des Abs. 2 geknüpft werden,⁸² kann dieser nicht ohne Weiteres unterstellt werden. Die grundsätzlich infolge des Missverhältnisses von Leistung und Gegenleistung unterstellte verwerfliche Gesinnung reicht im Rahmen des subjektiven Tatbestandes des § 138 Abs. 2 BGB nicht aus.⁸³ Es bedarf des Ausbeutungsvorsatzes.⁸⁴ Unter Ausbeutung wird die bewusste Ausnutzung der Situation des Bewucherten verstanden.⁸⁵ Die Absicht ist nicht erforderlich, der Wucherer muss sich jedoch des auffälligen Leistungsmissverhältnisses, der Schwächesituation des Opfers bewusst sein und diese Lage für seine Belange nutzen.⁸⁶
- 52 Fraglich ist insbesondere, ob dem Crowdsourcer die Schwächesituation des Crowdworkers bekannt ist und er diese auch für seine Zwecke nutzen möchte. Wenn dies zwar abstrakt sogar der Fall gewesen sein sollte, so stünde der Crowdworker in einem etwaigen Rechtsstreit vor nicht unerheblichen Beweisproblemen. Doch die Kenntnis der Schwächesituation dürfte im Regelfall nicht einmal vorhanden gewesen sein. Denn grundsätzlich bearbeiten die Crowdworker die auf der Plattform veröffentlichten Aufträge, ohne persönliche Details von sich preiszugeben. Die Betreiber der Plattform haben keine Kenntnis davon, wie

80 BGH 27.1.1988, VIII ZR 155/87, NJW 1988, 1373; BGH 5.10.1993, XI ZR 200/92, NJW 1994, 187; Erman-Arnold, § 138 BGB Rn. 19.

81 jurisPK-BGB-Nasall, § 138 BGB Rn. 52; BT-Drs. 7/3341, S. 40.

82 jurisPK-BGB-Nasall, § 138 BGB Rn. 53.

83 jurisPK-BGB-Nasall, § 138 BGB Rn. 54.

84 jurisPK-BGB-Nasall, § 138 BGB Rn. 54.

85 BGH 8.7.1982, III ZR 1/81, NJW 1982, 2767; Erman-Arnold, § 138 BGB Rn. 48.

86 Erman-Arnold, § 138 BGB Rn. 48; jurisPK-BGB-Nasall, § 138 BGB Rn. 54.

die persönlichen und finanziellen Verhältnisse des Crowdworkers aussehen, das heißt, ob er das Crowdfunding nur neben seiner regelmäßigen Arbeit betreibt oder ob er nur von seiner Arbeit als Crowdfunder lebt. Höchstwahrscheinlich wird der Auftraggeber oder der Betreiber der Plattform nur in wenigen Einzelfällen um die persönliche Situation der Crowdfunder wissen. In den meisten Fällen wird daher die Sittenwidrigkeit des Rechtsgeschäfts abzulehnen sein.

c) Rechtsfolge

Als Rechtsfolge einer nach § 138 BGB sittenwidrigen und damit nichtigen Vergütungsabrede – insbesondere eines wucherischen Vertrages – wurde in der Vergangenheit im Grundsatz angenommen, das Rechtsgeschäft sei insgesamt nichtig (§ 139 BGB). Der sittenwidrig Handelnde solle sich nicht darauf verlassen können, dass der Vertrag in dem höchstzulässigen Maß aufrechterhalten würde. Daher sei der Vertrag nach Bereicherungsrecht rückabzuwickeln.⁸⁷ **53**

Allerdings wurde diese Rechtsfolge nicht konsequent angewendet, insbesondere nicht im Dienstvertrags- und Arbeitsrecht. Hier wurde regelmäßig lediglich eine Teilnichtigkeit angenommen und die nichtige Vergütungsabrede mittels § 612 Abs. 2 BGB durch eine angemessene ersetzt.⁸⁸ Auch das Modell des faktischen Arbeitsverhältnisses wurde geschaffen, weil die Rückabwicklung des Arbeitsverhältnisses für inopportun oder gar unmöglich gehalten wurde. In der neueren Literatur wird vermehrt hinterfragt, ob das Verdikt der vollständigen Nichtigkeit überhaupt noch als angemessen zu betrachten ist oder ob dem Zweck der Norm durch eine Teilnichtigkeit nur der Vergütungsabrede nach § 139 BGB besser gedient wäre.⁸⁹ **54**

Jedenfalls hinsichtlich des Werkvertragsrechts zeigt sich, dass eine Parallele zum Dienstvertragsrecht mit einer quantitativen Teilnichtigkeitsfolge sachge-rechter wäre.⁹⁰ **55**

In vielen Fällen liegen nur Nuancen zwischen der Bewertung eines Vertrages als Dienst- oder Werkvertrag, auch beim Crowdfunding. Die Rückabwicklung in-folge der Nichtigkeit kann insbesondere beim Crowdfunding eine etwaige schlechte finanzielle Situation des Crowdworkers noch weiter vertiefen. In einem solchen Fall würde das Kostenrisiko der Sittenwidrigkeit des Vertrages oder der Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot ausschließlich auf den Crow-dworker verlagert. Aus der vollständigen Nichtigkeit des Crowdfunding-Vertra-ges folgten für den Crowdsourcer keine finanziellen Nachteile. Er muss zwar die **56**

87 BGH 17.5.1988, VI ZR 233/87, LM Nr. 36 zu BGB § 138; Palandt-Ellenberger, § 138 Rn. 19, statt vieler.

88 Staudinger-Sack/Fischinger, § 138 BGB Rn. 500 ff. m. w. N.

89 Staudinger-Sack/Fischinger, § 138 BGB Rn. 111.

90 Dazu eingehend Staudinger-Sack/Fischinger, § 138 BGB Rn. 111 ff. m. w. N.

Kap. 12 Vergütung bei Crowdfunding

empfangene Leistung herausgeben, dafür ist er aber auch von der Vergütungspflicht entbunden. Der Crowdfunder trägt jedoch das bei Übernahme von stark unternehmensbezogenen Aufgaben bestehende sehr hohe Risiko der Unverwertbarkeit seines Arbeitsergebnisses und somit auch das Risiko der Nichterstattung seiner aufgebrauchten Arbeitszeit und seiner aufgewandten Kosten. Diese Folge ist jedoch unbillig, da gerade derjenige, der gegen die Wertungen der Rechtsordnung handelt, keine nachteiligen Folgen aus der Nichtigkeit des Vertrages erfahren würde. Die Nichtigkeit des Vertrages würde allein den Crowdfunder belasten. Im Falle einer Sittenwidrigkeit eines Crowdfunding-Vertrages – auch, wenn dieser als Werkvertrag zu bewerten sein sollte – dürfte folglich mehr für die Teilnichtigkeit der Vergütungsabrede unter Aufrechterhaltung des Vertrages im Übrigen sprechen. Diskutiert wird, ob die Vergütung in einem solchen Fall auf das marktübliche Maß oder auf ein gerade noch zulässiges Höchst- oder Mindestmaß anzupassen ist.⁹¹ Soweit bei Crowdfunder bereits eine (nicht sittenwidrige) marktübliche Vergütung festzustellen ist, verdient die Anpassung der Vergütung an ein solches Maß den Vorzug. Orientierung könnten in Deutschland mangels tariflicher Regelungen diejenigen Vergütungsregelungen bieten, die diejenigen Crowdsourcing-Plattformen anbieten, die den Code of Conduct für Crowdsourcing⁹² gezeichnet haben und als deren Grundsatz 3 für eine faire Vergütung eintreten.

5. § 134 BGB?

- 57** Gemäß § 134 BGB ist ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, nichtig, wenn sich nichts Anderes aus dem Gesetz ergibt. Der Anwendungsbereich des § 134 BGB unterscheidet sich vom Anwendungsbereich des § 138 BGB insoweit, als § 134 BGB die Verletzung gesetzlicher Verbote sanktioniert, während § 138 BGB hingegen auch sonstige Verstöße gegen die Rechtsordnung erfasst, die keine Verbotsgesetze im Sinne des § 134 BGB sind.⁹³ § 134 BGB geht § 138 Abs. 1 BGB nur vor, soweit der Tatbestand des § 134 BGB bei einem Sittenverstoß erfüllt ist.⁹⁴ Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB ist der Wuchertatbestand des § 291 StGB.
- 58** Gegen § 291 StGB verstößt, wer die Zwangslage eines anderen dadurch ausbeutet, dass er sich für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen lässt, die in einem auffälligen Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung stehen. Die Bezahlung eines Crowdfunders mag im Einzelfall den objektiven Tatbestand

91 Staudinger-Sack/Fischinger, § 138 BGB Rn. 164 m. w. N.

92 Code of Conduct – Grundsätze für bezahltes Crowdsourcing/Crowdfunding, <http://www.crowdsourcing-code.de> (zuletzt aufgerufen am 7.12.2018).

93 Erman-Arnold, § 138 BGB Rn. 10.

94 Erman-Arnold, § 138 BGB Rn. 10.

des § 291 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 Nr. 3 StGB erfüllen. Allerdings werden die subjektiven Tatbestandsmerkmale von § 291 StGB in aller Regel nicht erfüllt sein.⁹⁵ Gegen § 291 StGB als Verbotsgesetz wird indes nur verstoßen, wenn sowohl der objektive als auch der subjektive Tatbestand der Verbotsnorm erfüllt ist.⁹⁶ Folglich wird die Vereinbarung über Crowdwork in aller Regel auch nicht nach § 134 BGB unwirksam sein, auch nicht bei niedrigen Vergütungen für „Micro-Tasks“.

6. Mindestlohngesetz?

Das Mindestlohngesetz ist nicht auf Crowdworker anwendbar.⁹⁷ Denn der Crowdworker ist regelmäßig kein Arbeitnehmer (s. Rn. 24). Zudem knüpft der Mindestlohn an eine nach Zeit (Stunden) bemessene Arbeitsleistung an. Soweit die Vergütung für Crowdwork hingegen an das Ergebnis, nicht an die Zeit anknüpft, würde der Vergleich des Mindestlohnes mit der gezahlten Vergütung kaum durchführbar sein. Im Rahmen von Crowdwork gibt es keine (gesetzliche) Pflicht zur Aufzeichnung der geleisteten Arbeitszeit. **59**

7. §§ 19, 20 GWB

Darüber hinaus kann auch das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) als nicht vertragsrechtliche Bestimmung einen rechtlichen Rahmen für die Vergütung der Crowdworker darstellen.⁹⁸ In Kapitel 2 des Teils 1 sieht das GWB Vorschriften zur Vorbeugung und gegen den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung vor. Während § 19 GWB die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung untersagt, verbietet § 20 GWB die missbräuchliche Ausnutzung von Marktmacht gegenüber bestimmten Unternehmen. Die kartellrechtlichen Sanktionen, wie Untersagungs- oder Bußgeldverfahren, oder im Einzelfall die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts, können sehr gravierend ausfallen.⁹⁹ Im Hinblick auf die regelmäßige Rechtsstellung der Crowdworker als Selbstständige und mithin Kleinunternehmer könnten die Bestimmungen des Kartellgesetzes durchaus einschlägig sein.¹⁰⁰ **60**

Zunächst bedarf es einer marktbeherrschenden Stellung des die Vergütung entrichtenden Unternehmens. Dies kann – je nach Gestaltung – der Auftraggeber **61**

95 S. o. bei § 138 Abs. 2 BGB, es gelten die gleichen Grundsätze hinsichtlich des *dolus eventualis*.

96 Erman-Arnold, § 134 BGB Rn. 14.

97 Im Ergebnis ebenso Klebe/Neugebauer, AuR 2014, 4 ff., siehe auch Husemann/Wietfeld-Selzer, S. 47.

98 Benner-Däubler, S. 247, 262.

99 Überblick zu den Sanktionen z. B. bei Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann-Loewenheim, § 19 GWB Rn. 113–116.

100 Benner-Däubler, S. 262.

selbst oder die Plattform sein. Der räumlich relevante Markt kann weiter sein als der Geltungsbereich des GWB, § 18 Abs. 2 GWB. Der Tatbestand des § 19 GWB kann daher auch auf Sachverhalte außerhalb Deutschland angewendet werden. Der „Markt“ ist in Abhängigkeit der jeweiligen Gegebenheiten des Crowdfundings zu bestimmen.¹⁰¹ Ein Ansatz könnte sein, den „Markt“ mithilfe der Sprachgrenzen zu bestimmen¹⁰² oder nach einzelnen Produkten oder Leistungen. Allerdings würde der Markt im Falle eines in englischer Sprache durchgeführten Crowdfundings damit nahezu weltumspannend sein – was angesichts der Reichweite und der Kommunikationsgeschwindigkeit im Internet wohl nicht unrealistisch scheint. Von einer den Markt „beherrschenden“ Stellung eines Unternehmens ist gemäß § 18 Abs. 1 Nr. 2 GWB auszugehen, sofern es keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist oder ein Unternehmen im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern eine überragende Marktstellung hat. Eine marktbeherrschende Stellung eines Unternehmens wird gemäß § 18 Abs. 4 GWB bei einem Marktanteil von 40 % vermutet. Diese recht hohen Schwellen dürften derzeit bei Crowdfunder wohl kaum durch ein Unternehmen erreicht werden.

- 62** Ein Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung könnte in Bezug auf das Crowdfunding dann anzunehmen sein, wenn das marktbeherrschende Unternehmen „Entgelte oder sonstige Geschäftsbedingungen fordert, die von denjenigen abweichen, die sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würden“, § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB. Vor diesem Hintergrund scheint derzeit ein unerwünschter Missbrauch kaum denkbar zu sein.
- 63** Das Verbot der Behinderung und Benachteiligung anderer Unternehmen durch marktbeherrschende Unternehmen, § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB, erstreckt § 20 Abs. 1 GWB auch auf Unternehmen, die lediglich über relative Marktmacht verfügen, d. h. von denen kleinere oder mittlere Unternehmen abhängig sind, da es an ausreichenden oder zumutbaren Möglichkeiten fehlt, auf andere Unternehmen auszuweichen. In der Literatur wird dieser Tatbestand für möglich gehalten, wenn eine Crowdfunding-Plattform beispielsweise die Benutzung der Plattform durch einen bestimmten Crowdfunder ohne Grund ablehnen oder diesen ohne Grund anders als gleichartige Crowdfunder vergüten würde; sie soll dann den Tatbestand des § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB erfüllen.¹⁰³ Das könnte allerdings allenfalls in Betracht kommen, wenn ein Crowdfunder aufgrund seiner Spezialisierung nur bei einer Plattform tätig sein könnte, was derzeit nicht ersichtlich ist.¹⁰⁴

¹⁰¹ S. auch Benner-Däubler, S. 263.

¹⁰² Benner-Däubler, S. 263.

¹⁰³ Benner-Däubler, S. 264.

¹⁰⁴ Dies erkennt Däubler in Benner-Däubler, S. 264, allerdings auch und bezeichnet seine kartellrechtlichen Erwägungen demzufolge als „Vorüberlegungen“.

Aufgrund der kartellrechtlichen Anknüpfung dieser Beschränkung wird das Bundeskartellamt zukünftig seine Tätigkeit auf die Unternehmen, die im Zusammenhang mit Crowdfunding am Markt auftreten, erstrecken müssen. **64**

8. § 32 UrhG

Auch § 32 UrhG bildet den rechtlichen Rahmen für die Vergütung der Crowdwor- **65**
ker.¹⁰⁵ Gemäß § 32 UrhG hat der Urheber, hier der Crowdwor-
ker, für die Einräumung von Nutzungsrechten und die Erlaubnis zur Werknutzung Anspruch
auf die vertraglich vereinbarte Vergütung. Soweit die vereinbarte Vergütung
nicht angemessen ist, kann der Urheber von seinem Vertragspartner die Einwilli-
gung in die Änderung des Vertrages – mithin Vertragsanpassung¹⁰⁶ – verlangen,
durch die dem Urheber die angemessene Vergütung gewährt wird, § 32 Abs. 1
Satz 3 UrhG. Der Vertragspartner kann sich auf eine Vereinbarung, die von § 32
Abs. 1 UrhG und der angemessenen Vergütung abweicht, nicht berufen, § 32
Abs. 3 UrhG.

Urheber ist der Schöpfer des Werkes, § 7 UrhG. Zu den geschützten Werken zäh- **66**
len unter anderem Schriftwerke und Computerprogramme sowie Darstellungen
wissenschaftlicher oder technischer Art, wie Zeichnungen, Pläne, Karten, Skiz-
zen, Tabellen und plastische Darstellungen, § 2 UrhG. Im Hinblick auf geistige
Schöpfungen der Crowdwor-¹⁰⁷ an denen der Crowdwor-
ker seinem Vertragspartner die Nutzungsrechte einräumt, beschränkt § 32 UrhG die Gestaltungsfrei-
heit der Plattformen und Auftraggeber. Räumt der Crowdwor-
ker seinem Vertragspartner allerdings keine Rechte ein, gilt § 32 UrhG nicht.¹⁰⁸

Angemessen ist eine Vergütung, wenn sie im Zeitpunkt des Vertragsschlusses **67**
dem entspricht, was im Geschäftsverkehr nach Art und Umfang der eingeräum-
ten Nutzungsmöglichkeit, insbesondere nach Dauer und Zeitpunkt der Nutzung,
unter Berücksichtigung aller Umstände üblicher- und redlicherweise zu leisten
ist, § 32 Abs. 2 Satz 2 UrhG. Zur Bemessung der üblicher- und redlicherweise
zu zahlenden Vergütung ist auf die Branche abzustellen. Zu untersuchen ist da-
bei, welche Vergütung „für die Branche spricht“ und welche Vergütung „von der
Branche“ geübt wird.¹⁰⁹

105 Hötte, MMR 2014, 795; Bitkom, Leitfaden Crowdsourcing für Unternehmen, S. 34,
www.bitkom.org/noindex/Publikationen/2014/Leitfaden/Crowdsourcing/140917-Crowdsourcing.pdf (zuletzt abgerufen 7.12.2018).

106 BeckOKUrhR-Soppe, § 32 UrhG Rn. 13.

107 Hötte, MMR 2014, 795; Bitkom, Leitfaden Crowdsourcing für Unternehmen, S. 34,
www.bitkom.org/noindex/Publikationen/2014/Leitfaden/Crowdsourcing/140917-Crowdsourcing.pdf (zuletzt abgerufen 7.12.2018).

108 BeckOKUrhR-Soppe, § 32 UrhG Rn. 7.

109 BeckOKUrhR-Soppe, § 32 UrhG Rn. 58.

- 68 § 32a UrhG legt fest, dass der Crowdfunder daneben einen Anspruch auf über den Vertrag hinausgehende Vergütung hat, wenn die vereinbarte Gegenleistung in einem auffälligen Missverhältnis zu den Erträgen und Vorteilen des Vertragspartners steht, wenn dieser das Nutzungsrecht einem Dritten überlassen hat.¹¹⁰ Dieser Anspruch vermittelt dem Crowdfunder im Nachhinein einen Anspruch auf zusätzliche Vergütung.¹¹¹

9. Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

- 69 Neben dem Gesetz hat auch das Bundesverfassungsgericht in seiner Rechtsprechung den Schutz einer schwächeren Vertragspartei im Rahmen der Auslegung der zivilrechtlichen Generalklauseln (insbesondere auch im Rahmen des § 138 BGB) näher ausgestaltet.¹¹² In gleicher Weise sind die verfassungsrechtlichen Grundentscheidungen im Rahmen der AGB-Kontrolle (insbesondere bei der Auslegung und Anwendung des § 307 BGB) zu berücksichtigen.
- 70 Das Bundesverfassungsgericht stellte klar, dass die Zivilgerichte zur Wahrung des Grundrechts auf Handlungsfreiheit aus Art. 2 GG und der Privatautonomie verpflichtet sind. Nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts führt es zur Fremdbestimmung einer Vertragspartei, wenn die andere Vertragspartei so ein starkes Übergewicht hat, dass sie die Inhalte des Vertrages faktisch einseitig bestimmen kann.¹¹³
- 71 Zur Wahrung ihrer verfassungsrechtlichen Verpflichtung haben die Zivilgerichte über die zivilrechtlichen Generalklauseln korrigierend in den Vertrag einzugreifen, wenn der Inhalt des Vertrages für eine Seite ungewöhnlich belastend und als Interessenausgleich offensichtlich unangemessen ist. Im Rahmen ihrer Vertragsprüfung und Inhaltskontrolle haben die Zivilgerichte daher erst zu klären, ob die eine Vertragspartei stark belastende Regelung eine Folge strukturell ungleicher Verhandlungsstärke ist. Sodann haben sie das Vertragsgleichgewicht und mithin die Handlungsfreiheit mithilfe der Vertragsanpassung wiederherzustellen.

110 Hötte, MMR 2014, 795; Bitkom, Leitfaden Crowdsourcing für Unternehmen, S. 35, www.bitkom.org/noindex/Publikationen/2014/Leitfaden/Crowdsourcing/140917-Crowdsourcing.pdf (zuletzt abgerufen 7.12.2018).

111 Bitkom, Leitfaden Crowdsourcing für Unternehmen, S. 35, www.bitkom.org/noindex/Publikationen/2014/Leitfaden/Crowdsourcing/140917-Crowdsourcing.pdf (abgerufen 31.1.2017).

112 BVerfG 7.2.1990, 1 BvR 26/84, BB 1990, 440; BVerfG 19.10.1993, 1 BvR 567/89, 1 BvR 1044/89, BB 1994, 16.

113 BVerfG 19.10.1993, 1 BvR 567/89, 1 BvR 1044/89, BB 1994, 16.

IV. Ansatzmöglichkeiten für die Vergütung externen Crowdworkings

Die Anknüpfungspunkte für die Vergütung sind ebenso vielfältig wie das Crowdfunding selbst. Bislang hat sich in der Praxis wohl kein einheitliches Vergütungssystem herausgebildet, wohl aber werden Vergütungsarten präferiert. Die Crowdsourcer sind grundsätzlich frei in ihrer Entscheidung darüber, wie sie die für sie arbeitenden Crowdworker vergüten möchten. Meist setzt die Vergütung der Crowdworker an der konkreten Ausgestaltung der ausgeschriebenen Aufgabe an. Die Aufgaben entstammen oftmals den Bereichen Innovation, Entwicklung, Design, Produktion oder auch anderen Bereichen wie der Vertriebskontrolle.¹¹⁴ **72**

Oftmals werden kleinere, in sich abgeschlossene Tätigkeiten (sogenannte „Micro-Tasks“) an die Crowdworker vergeben. Zu den an die „Crowd“ vergebenen Aufgaben zählen insbesondere Übersetzungen, Vor-Ort- und Web-Recherchen, die Teilnahme an Umfragen, das Verfassen von Texten jedweder Art, wie beispielsweise Produktbeschreibungen, ferner die Kategorisierung von großen Datenmengen oder die Beobachtung von Warenangeboten im Handel.¹¹⁵ Daneben übernehmen hochqualifizierte Crowdworker auch komplexere „Macro-Tasks“ in Form von Design-, Entwicklungs-, Test- oder Produktionsarbeiten für den Auftraggeber und gestalten Logos, übernehmen die Buchführung oder das Facebook-Marketing oder gestalten die Softwarearchitektur.¹¹⁶ **73**

Handelt es sich um kleinere, in sich abgeschlossene Aufgaben, wie beispielsweise das Design eines Logos, schreibt der Plattformbetreiber die Aufgabe direkt für den Auftraggeber mit seiner Aufgabenstellung an die „Crowd“ aus. Bei komplexeren Gesamtaufgaben zerlegt entweder der Crowdsourcer die Aufgabe selbst in Teilaufgaben und definiert die Lösungsanforderungen oder der Plattformbetreiber übernimmt diese Tätigkeit für ihn und vergibt die Aufgaben an die Crowdworker. Teilweise fügt der Plattformbetreiber die Teillösungen nach der Einholung der Arbeitsergebnisse wieder zu einem Gesamtkomplex zusammen und spielt diesen an den Auftraggeber zurück. Der Auftraggeber bewertet im Anschluss die Lösungen und vergütet die Crowdworker. **74**

Die folgenden Vergütungsmodelle sind denkbar und lassen sich im Rahmen der Crowdwork feststellen: **75**

¹¹⁴ S. auch Schaub/Koch, Crowdsourcing.

¹¹⁵ Z. B. www.clickworker.de; www.freelancer.de; www.appjobber.de.

¹¹⁶ Z. B. www.freelancer.de.

1. Vergütung in Form eines Festpreises

- 76** In der Regel werden die Crowdfunder für die Herbeiführung eines bestimmten Leistungserfolges nach „Stück“ vergütet. Oftmals wird die Vergütung im Vorfeld durch die Festsetzung eines Festpreises bestimmt. Der Festpreis honoriert das Arbeitsergebnis – also die Erledigung einer Aufgabe oder eines Projektes für den Crowdfunder.¹¹⁷ Das Risiko, für die Erbringung der Leistung eine übermäßig lange Zeit aufwenden zu müssen oder sogar keine Vergütung zu erhalten, liegt, wie beim Werkvertrag üblich, beim Erbringer der Werkleistung.
- 77** Selbstverständlich sind auch Aufgabenstellungen wie beispielsweise die Durchführung von Marketing-Aktivitäten denkbar, bei denen durch den Festpreis nicht der Erfolg, sondern nur die Tätigkeit an sich, das „Werben“, honoriert wird mit der Folge, dass kein Werk-, sondern ein Dienstvertrag geschlossen wird.¹¹⁸
- 78** Dies wird unter anderem über die Plattformen Amazon Mechanical Turk oder Freelancer praktiziert.¹¹⁹ Bei dieser Vergütungsart bleibt die Dauer der Arbeitszeit unberücksichtigt. Je nach Dauer der Bearbeitungszeit der entgegengenommenen Aufgaben hat ein Crowdfunder bei Amazon Mechanical Turk umgerechnet einen Stundenlohn zwischen knapp 4 € und knapp 30 €, im Median knapp 9 €. ¹²⁰
- 79** Teilweise, wie beispielsweise bei Amazon Mechanical Turk, können die Auftraggeber auch ohne Angabe von Gründen die von Crowdfundern erarbeiteten Ergebnisse ablehnen. Abgelehnte Aufträge muss der Auftraggeber nicht bezahlen, sodass die erbrachte Leistung des Crowdfunders letztendlich nicht entlohnt wird.¹²¹ Bei diesem Modell wird das Risiko der Wirtschaftlichkeit der jeweiligen Arbeitsleistungen auf den Crowdfunder verlagert.
- 80** Je nach Aufgabenstellung ist es möglich, dass der Auftraggeber für bestimmte Aufgaben nur bestimmte Crowdfunder, beispielsweise eine bestimmte Altersgruppe der Crowdfunder, auswählt, während er für eine andere, oftmals Kreativität fordernde Aufgabe oftmals die gesamte „Crowd“ ansprechen möchte.

117 Benner-Strube, S. 79.

118 Husemann/Wietfeld-Selzer, S. 37.

119 Leimeister/Zogaj, S. 74 (dort Tabelle 6).

120 Studie der IG Metall und Partnergewerkschaften sowie der Arbeiterkammer Wien, <http://faircrowd.work/de/platform/amazon-mechanical-turk/>, zuletzt aufgerufen am 8.12.2018; von anderen Plattformen werden allerdings auch deutlich niedrigere Vergütungssätze berichtet.

121 Benner-Strube, S. 81.

2. Zeitbezogene Vergütung

Gebräuchlich ist auch, den Crowdworkern eine zeitbezogene Vergütung zu gewähren. Im Gegensatz zur Vergütung in Form eines Festpreises wird der Crowdwor- 81
ker für die für die Erstellung der Werk- oder Dienstleistung aufgewendete Zeit vergütet.

Hierdurch ändert sich an der Einordnung des Schuldverhältnisses vom Crowd- 82
worker zur Plattform oder dem Auftraggeber als Werkvertrag nichts, solange das zeitbezogene Entgelt weiterhin für die Erbringung eines Leistungserfolges ge-
währt wird.¹²² Es ist auch kein Arbeitsvertrag zum Crowdwor-
ker abzuschließen.¹²³ Ein Arbeitsvertrag kommt nur zustande, wenn der Crowdwor-
ker vertraglich entgeltliche weisungsgebundene, fremdbestimmte Arbeit in persönlicher
Abhängigkeit zusagt und so ausführt (s. Rn. 20 ff.).¹²⁴

3. Auslobung/„Preis Ausschreiben“

Schließlich besteht auch die Möglichkeit, die Vergütung der Crowdwor- 83
ker ähnlich einer Auslobung oder eines „Preis Ausschreibens“ zu gestalten. Charakteris-
tisch für diese Form der Vergütung ist, dass der Crowdsourcer von allen Crowd-
workern die Erbringung der Leistung erwartet, jedoch nur derjenige, der das bes-
te Arbeitsergebnis erzielt hat, die Vergütung oder Auszeichnung erhält.¹²⁵ Die
Letztentscheidung des Auftraggebers über die Vergütung führt dazu, dass diese
Vergütungsgestaltung als Preis Ausschreiben gemäß § 661 BGB eingeordnet wer-
den kann.¹²⁶

Um das beste Arbeitsergebnis zu erlangen, wird über die Crowdsourcing-Platt- 84
form nach fertigen Lösungen oder der Erledigung einer bestimmten Aufgabe ge-
sucht.¹²⁷ Voraussetzung ist, dass für die Herbeiführung eines Erfolges ein Preis
ausgesetzt und dies öffentlich bekannt gemacht wurde.¹²⁸ Die Festlegung einer
Frist, innerhalb der sich die Bewerber – hier die Crowdwor-
ker – bewerben können, ist zwingend vorgesehen.¹²⁹ Nach Ablauf der Frist prüfen die Preisrichter –
die Crowdsourcer – anhand der Aufgabenstellung, ob die Crowdwor-
ker die geforderte Leistung erbracht haben und wie die Leistungserbringung zu gewichten
ist¹³⁰ und teilen mit, wer die Vergütung für die Leistung erhält.

122 Husemann/Wietfeld-Selzer, S. 35, 40.

123 Husemann/Wietfeld-Selzer, S. 36.

124 *ErfK-Preis*, § 611 BGB Rn. 37 ff.

125 Benner-Däubler, S. 244; Husemann/Wietfeld-Selzer, S. 37.

126 Husemann/Wietfeld-Selzer, S. 37.

127 Benner-Däubler, S. 253.

128 *MüArbR-Seiler*, § 661 BGB Rn. 5, 6.

129 *MüArbR-Seiler*, § 661 BGB Rn. 8.

130 Zum Preis Ausschreiben: *MüArbR-Seiler*, § 661 BGB Rn. 8.

Kap. 12 Vergütung bei Crowdfunding

- 85 Teilweise erhält eine gewisse Anzahl von nachrangigen Mitbewerbern eine abgestufte Vergütung.¹³¹
- 86 Die Mitteilung der Entscheidung des Unternehmers wird mit ihrer Erklärung wirksam. Die Entscheidung des Unternehmers ist nach § 661 BGB nicht gerichtlich überprüfbar. Sie ist nicht widerruflich, jedoch wohl wegen Täuschung oder Drohung und wegen Irrtums anfechtbar, §§ 123, 119 BGB.¹³²
- 87 Bei diesem Vergütungsmodell ist es für einen Crowdfunder höchst ungewiss, ob seine aufgebrachte Leistung überhaupt vergütet wird.

4. Preisbestimmung durch den Crowdfunder

- 88 Vereinzelt bieten Crowdfunder ihre Tätigkeiten auch selbst – ohne dass ein Auftrag eines Crowdfunders besteht – auf einer Plattform an.¹³³ Diese Art des Crowdfundings unterscheidet sich stark von den anderen Formen dieses Phänomens. Während bei der vom Auftraggeber dominierten Form der Crowdwork der Crowdfunder nur auf Anforderung tätig wird, arbeitet er in diesem Modell selbstbestimmt, zunächst unabhängig von einem Auftraggeber. Er bietet seine Arbeitsergebnisse auf der Plattform selbst zu einem von ihm festgelegten Preis an. Es kann sich um einen Festpreis handeln, teilweise erhält der Crowdfunder auch eine Gewinnbeteiligung an den mithilfe seiner Leistung erstellten sowie weiterveräußerten und genutzten Produkten.¹³⁴

V. Zahlungsweise der Vergütung

- 89 Die Crowdfunder werden in aller Regel nach erfolgreicher Erfüllung ihrer Arbeitsaufgabe und deren Kontrolle und Abnahme durch den Crowdfunder vergütet.¹³⁵ Die Zahlungsweise der Vergütung folgt in aller Regel dem Weg der Leistung. Beim unmittelbaren Crowdfunding („direct crowdsourcing“), bei dem der Crowdfunder direkt den Crowdfunder anspricht, zahlt er auch an diesen. Beim in der Praxis noch häufiger auftretenden mittelbaren Crowdfunding („indirect crowdsourcing“) bedient sich der Auftraggeber eines Intermediärs, einer Plattform, die die Aufgabe an die Crowdfunder weitergibt.¹³⁶ Meist zahlt der Crowdfunder die Vergütung für die Tätigkeit an die Plattform. Diese leitet das Entgelt teilweise abzüglich eines Anteils für den eigenen Aufwand an den Crowdfunder weiter.¹³⁷

131 *Leimeister/Zogaj*, S. 74 (dort Tabelle 6).

132 Zum Gesamten hinsichtlich des Preisausschreibens: *MüArbR-Seiler*, § 661 BGB Rn. 13, 14.

133 *Benner-Leimeister/Zogaj/Blohm*, S. 30 (dort Tabelle 2).

134 Zu Spreadshirt: *Benner-Leimeister/Zogaj/Blohm*, S. 30 (dort Tabelle 2).

135 *Benner-Leimeister/Zogaj/Blohm*, S. 30 (dort Tabelle 2); *Leimeister/Zogaj*, S. 73.

136 *Hötte*, MMR 2014, 795.

137 *Benner-Däubler*, S. 246.

Kapitel 13

Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung bei der Vergütung

Schrifttum: *Adomeit/Mohr*, AGG, 2. Aufl. 2011; *Bachner*, Gleichbehandlung bei freiwilligen Leistungen unter Berücksichtigung der Besonderheiten im Konzern, ArbR 2009, 31; *Bauer/Arnold*, Differenzierungsklauseln – Entscheidung des Großen Senats auf der Kippe?, NZA 2009, 1169; *dies.*, Rote Karte für qualifizierte Differenzierungsklauseln, NZA 2011, 945; *Bayreuther*, Vergütungsgestaltung auf dem Prüfstand des nationalen und europäischen Diskriminierungsrechts, in: Maschmann (Hrsg.), Mitarbeitervergütung auf dem Prüfstand, 2007, S. 77; *Breschendorf*, Zweiteilung der Belegschaft. Chancen und Risiken einer Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, Diss., 2008; *Dornbusch/Kasprzyk*, Vergütungsstaffeln nach Lebensalter, NZA 2009, 1000; *Franzen*, Entgeltsysteme und Gleichbehandlung, RdA 2013, 180; *ders.*, Gesetzesbindung im Tarifvertragsrecht, NZA-Beil. 2011, 108; *ders.*, Lohnfindung zwischen Gleichberechtigung und Tarifautonomie, FS Otto Ernst Kempfen, 2013, S. 123; *Forst*, Kollektivvertragsfreiheit versus Verbot der Altersdiskriminierung, EuZA 2012, 225; *Fuhlrott*, Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz als Anspruchsnorm, ArbR 2015, 141; *Fuhlrott/Hoppe*, Gleichbehandlung in der betrieblichen Praxis – Eine Bestandsaufnahme, ArbR 2011, 32; *Glajcar*, Altersdiskriminierung durch tarifliche Vergütung, Diss. 2011; *Greiner*, Die Entscheidung des BAG vom 15.4.2015 zu tarifvertraglichen Stichtagsklauseln, NZA 2016, 10; *Kaiser*, Tarifverträge und Altersdiskriminierungsschutz, Diss. 2012; *Kasprzyk*, Altersdiskriminierung im deutschen Arbeitsrecht, Diss. 2014; *Lingemann*, Diskriminierung in Entgeltsystemen – Ende der Anpassung nach oben?, NZA 2014, 827; *Lingemann/Chakrabarti*, Zur Gleichbehandlung von Arbeitnehmern mit unterschiedlichen Arbeitsbedingungen bei der Entgelterhöhung und zum anzustellenden Gesamtvergleich, RdA 2016, 114; *Lobinger/Hartmann*, Einfache Differenzierungsklauseln als Prüfstein interessengerechter Vertragsauslegung, RdA 2010, 235; *Maschmann*, Zur Ausgleichs- und Überbrückungsfunktion von Sozialplänen, Anm. zu BAG, 17.11.2015, 1 AZR 938/13, AP Nr. 232 zu § 112 BetrVG 1972; *Maschmann/Fritz*, Matrixorganisationen: Gesellschaftsrecht. Arbeitsrecht. Datenschutz, 2019; *G. Reinecke*, Diskriminierungsverbote und Gleichbehandlungsgebote in der betrieblichen Altersversorgung, insbesondere Unisex, BetrAV 2012, 402; *Richardi*, Gewerkschaftszugehörigkeit als Maßstab für die Verteilungsgerechtigkeit im Betrieb, NZA 2010, 417; *Rolfs/Wessel*, Aktuelle Rechtsprechung und Praxisfragen zur Benachteiligung wegen des Geschlechts, NJW 2009, 3329; *Seel*, Gleichbehandlung am Arbeitsplatz, MDR 2016, 305; *Seitz/Trebeck*, Sonderzahlung – Gleichbehandlung, RdA 2009, 256; *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2. Aufl. 2013; *Wiedemann*, Konturen der arbeitsrechtlichen Benachteiligungsverbote, RdA 2015, 298; *Winter*, Diskriminierungsfreie(re) Entgeltgestaltung – leider immer noch ein Prinzip ohne Praxis, FS Heide Pfarr, 2010, S. 320; *Zwanziger*, Das liebe Geld: erlaubte und verbotene Differenzierung, NZA-Beil. 2012, Nr. 4, S. 108.

Kap. 13 Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung

Übersicht

	Rn.		Rn.
I. Grundlagen	1	c) Unternehmensweite Vergütungsregel	11
1. Gleichbehandlungsgrundsatz und Diskriminierungsverbote . .	1	3. Benachteiligung in vergleichbarer Lage	14
2. Dogmatische Grundlage des Gleichbehandlungsgrundsatzes	3	4. Sachgrund	19
a) Arbeitsvertragliche Vergütungsregel	3	III. Verbot diskriminierender Vergütungsregelungen	24
b) Tarifliche Vergütungsregel	4	1. Grundsatz	24
c) Betriebliche Vergütungsregel	6	2. Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz	26
3. Verbot der Benachteiligung . .	7	a) Grundsatz	26
4. Gerechtfertigte Benachteiligungen	8	b) Geschlecht	27
II. Gleichbehandlungsgrundsatz bei der Vergütung	9	c) Alter	28
1. Anwendungsbereich	9	3. Staatsangehörigkeit	34
a) Allgemeine Vergütungsregel des Arbeitgebers	9	4. Gewerkschaftszugehörigkeit	35
b) Eigene Vergütungsregel des Arbeitgebers	10	5. Teilzeitarbeit	37
		6. Befristete Beschäftigung . . .	42
		7. Betriebsratsarbeit	45
		IV. Rechtsfolgen unzulässig benachteiligender Vergütungsregelungen	46

I. Grundlagen

1. Gleichbehandlungsgrundsatz und Diskriminierungsverbote

- 1 In der Gestaltung ihrer Vergütung sind die Parteien eines Arbeitsvertrags in den Grenzen der zwingenden gesetzlichen, tariflichen und betrieblichen Vorschriften frei (§ 105 GewO). Allerdings darf ihre Regelung niemanden benachteiligen, wenn es hierfür keinen Rechtfertigungsgrund gibt. Dieses Benachteiligungsverbot erscheint in zwei Formen. Der **allgemeine Gleichbehandlungsgrundsatz** verbietet es dem Arbeitgeber, bei einer von ihm selbst aufgestellten Vergütungsregel einzelne Mitarbeiter oder Gruppen von Arbeitnehmern willkürlich schlechter zu behandeln als andere Arbeitnehmer in vergleichbarer Lage.¹ Gewährt er der gesamten Belegschaft ein Weihnachtsgeld, darf er Vorarbeiter X oder Abteilung Y davon nicht ohne sachlichen Grund ausnehmen. Das **Diskriminierungsverbot** untersagt es ihm, eine Vergütung aus Gründen ganz oder teilweise zu verwehren, die die Rechtsordnung nicht zulässt. Das wäre etwa der Fall, wenn er dem Vorarbeiter X kein Weihnachtsgeld gewährt, weil er sich über

1 BAG 21.5.2014, 4 AZR 50/13, NZA 2015, 115, 117; BAG 3.9.2014, 5 AZR 6/13, NZA 2015, 222, 223 m. w. N.; BAG 9.6.2016, 6 AZR 321/15, NJOZ 2016, 1545, 1546.

ihn bei der Gewerbeaufsicht beschwert hat. Hierin läge eine unerlaubte Maßregel (§ 612a BGB).

Gemeinsam ist den beiden Benachteiligungsverboten, dass sie die Zurücksetzung von Arbeitnehmern untersagen. Unterschiedlich sind jedoch die Voraussetzungen. Der **Gleichbehandlungsgrundsatz verlangt** vom Arbeitgeber, sich **“regelgetreu“ zu verhalten**, wenn er selbst eine Vergütungsregel aufgestellt hat.² Eine Vergütungsregel aufstellen muss er nicht. Hat er jedoch eine solche begründet, darf er niemanden dadurch benachteiligen, dass er ihm in vergleichbarer Lage die Vorteile der Regel versagt. Der Gleichbehandlungsgrundsatz hat insoweit **kollektiven Charakter**;³ die Belegschaft im Ganzen oder zumindest Gruppen müssen von der Vergütungsregel betroffen sein. **Diskriminierungsverbote** gelten demgegenüber bereits dann, wenn ein **einzelner Arbeitnehmer** gegenüber einem anderen in vergleichbarer Lage benachteiligt wird.⁴ Da sie die unternehmerische Freiheit stärker beschneiden als der Gleichbehandlungsgrundsatz, bei dem es dem Arbeitgeber immerhin freisteht, keine Regel aufzustellen, müssen sie ausdrücklich gesetzlich geregelt sein. Das wichtigste Diskriminierungsverbot enthält § 7 AGG (s. Rn. 26 ff.).

2. Dogmatische Grundlage des Gleichbehandlungsgrundsatzes

a) Arbeitsvertragliche Vergütungsregel

Die dogmatische Grundlage des Gleichbehandlungsgrundsatzes ist streitig.⁵ Die heute h.M. sieht den Geltungsgrund im **Gewohnheitsrecht**.⁶ Andere erkennen in ihm die privatrechtliche Ausprägung des **Gleichheitssatzes des Art. 3 Abs. 1 GG**.⁷ Jedenfalls dient der Gleichbehandlungsgrundsatz der **Verteilungsgerechtigkeit in einer Gemeinschaft**, d. h. in einer rechtlich anerkannten Gruppe, wie es die Belegschaft ist. Die Belegschaftsangehörigen haben Rechtsbeziehungen zwar nur je für sich zum Arbeitgeber, in einem arbeitsteiligen Prozess wirken sie aber an der Erreichung des Unternehmensziels zusammen. Ihr schützenswertes Interesse ist deshalb nicht nur auf Gerechtigkeit in dem jeweiligen Austauschverhältnis gerichtet (iustitia commutativa), sondern auch auf Gerechtigkeit bei

2 ZLH-Loritz, § 20 Rn. 10 im Anschluss an Böttcher, RdA 1953, 161, 162 ff.

3 AR-Kamanabrou, § 611a BGB Rn. 290; ErfK-Preis, § 611a BGB Rn. 579; MüArbR-Fischinger, § 14 Rn. 11; HWK-Thüsing, § 611a BGB Rn. 336.

4 ZLH-Loritz, § 20 Rn. 43.

5 Dazu Hromadka/Maschmann, § 7 Rn. 102; MüArbR-Fischinger, § 14 Rn. 9 f.

6 BAG 3.12.2008, 5 AZR 74/08, NZA 2009, 367, 368; BAG 21.9.2011, 5 AZR 520/10, NZA 2012, 31; Wiedemann, RdA 2015, 298; AR-Kamanabrou, § 611a BGB Rn. 286; MüKoBGB-Müller-Glöge, § 611 BGB Rn. 1122; ErfK-Preis, § 611a BGB Rn. 574; HWK-Thüsing, § 611a BGB Rn. 331.

7 Zwanziger, NZA-Beil. 2012, 108, 112.

Kap. 13 Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung

Maßnahmen des Arbeitgebers, die ihre Stellung in diesem arbeitsteiligen Prozess betreffen (iustitia distributiva). Will man nicht auf die Verteilungsgerechtigkeit als überpositiven Rechtsgrundsatz zurückgreifen,⁸ dann kann man die Rechtsgrundlage nur in einem **strukturellen Ungleichgewicht** zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer sehen.⁹ Dieses beruht auf der tatsächlichen und rechtlichen Überlegenheit des Arbeitgebers, der Vergünstigungen gewähren und dabei einzelne Arbeitnehmer oder Gruppen von ihnen ungleich „behandeln“ und damit die einen gegenüber den anderen schlechter stellen kann.¹⁰ Aus diesem Grund genießt der Gleichbehandlungsgrundsatz auch Vorrang gegenüber der Vertragsfreiheit, die sonst für Vergütungsvereinbarungen gilt. Das gilt jedenfalls dann, wenn der Arbeitgeber Leistungen nach einem erkennbaren und generalisierenden Prinzip gewährt, für die er bestimmte Voraussetzungen oder Zwecke festlegt.¹¹

b) Tarifliche Vergütungsregel

- 4 Für **tarifliche Regelungen** gilt der allgemeine Gleichbehandlungsgrundsatz nicht. Im Gegensatz zu den Arbeitsvertragsparteien besteht zwischen den Tarifvertragsparteien kein strukturelles Ungleichgewicht. Vielmehr setzt Art. 9 Abs. 3 GG ihre Verhandlungsparität voraus.¹² Die Ergebnisse kollektiv ausgehandelter Tarifvereinbarungen haben die Vermutung der Angemessenheit für sich (vgl. § 310 Abs. 4 Satz 1 BGB). Dies gilt für Verbands- und Haustarifverträge, deren Tarifnormen unmittelbar und zwingend gelten (§ 4 Abs. 1 TVG), ebenso wie für schuldrechtliche Vereinbarungen der Tarifvertragsparteien, wenn dort zugunsten Dritter (z. B. Gewerkschaftsmitgliedern) Leistungsansprüche begründet werden.¹³
- 5 **Gebunden** sind die Tarifvertragsparteien aber an **Art. 3 Abs. 1 GG**.¹⁴ Ebenso wenig wie der Gesetzgeber dürfen die Tarifvertragsparteien gleiche Sachverhalte willkürlich verschieden behandeln. Allerdings kommt ihnen bei der Frage, an welchen Differenzierungskriterien sie anknüpfen wollen, ein **weiter Ermessensspielraum** zu. Sie können auch dort noch differenzieren, wo dem Arbeitgeber bereits eine Ungleichbehandlung verboten ist. Ob dabei die zweckmäßigste, ver-

8 So BAG 3.9.2014, 5 AZR 6/13, NZA 2015, 222, 223 m. w. N.

9 Ebenso die neuere Rechtsprechung, vgl. BAG 21.5.2014, 4 AZR 50/13, NZA 2015, 115, 118 ff.

10 So auch ZLH-Loritz, § 20 Rn. 2.

11 St. Rspr., vgl. BAG 21.9.2011, 5 AZR 520/10, NZA 2012, 31, 33.

12 BAG 21.5.2014, 4 AZR 50/13, NZA 2015, 115.

13 Etwa auf Leistung einer Erholungsbeihilfe über einen gewerkschaftsnahen Verein an die beim Arbeitgeber beschäftigten Mitglieder der Gewerkschaft, BAG 21.5.2014, 4 AZR 50/13, NZA 2015, 115.

14 BAG 27.5.2004, 6 AZR 129/03, NZA 2004, 1399.

nünftigste und gerechteste Lösung gefunden wurde, haben die Gerichte nicht zu überprüfen. Das gilt sogar dort, wo die neuere verfassungsgerichtliche Rechtsprechung verlangt,¹⁵ dass eine Ungleichbehandlung zur Erreichung eines (legitimen) Zwecks geeignet und notwendig ist und in einem angemessenen Verhältnis zur Zweckerreichung steht. Allerdings darf diese „kaschierte Verhältnismäßigkeitsprüfung“ nicht dazu führen, dass die Gerichte ihre eigene Vorstellung von Angemessenheit durchsetzen. Vielmehr ist nur zu prüfen, ob für die Regelung **sachlich einleuchtende Gründe schlechterdings nicht mehr erkennbar sind**.¹⁶ Die Bindung an den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit hindert die Tarifvertragsparteien nicht daran, tarifliche Leistungen aus Gründen der Praktikabilität zu **generalisieren und zu typisieren**. Eine Verallgemeinerung muss sich allerdings am Regelfall orientieren. Dabei entstehende Ungerechtigkeiten und Härten in Einzelfällen sind hinzunehmen, wenn sie nicht besonders schwer wiegen und nur unter Schwierigkeiten vermeidbar wären.¹⁷ Wegen des Kompromisscharakters des Tarifvertrags dürfen auch an die Systemgerechtigkeit tariflicher Regelungen keine zu hohen Anforderungen gestellt werden. Die Grenze für eine Ungleichbehandlung nach personenbezogenen Merkmalen ist dann erreicht, wenn zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten.¹⁸ Außerdem dürfen Tarifverträge **keine diskriminierenden Regelungen** enthalten. Auch für sie gelten die Benachteiligungsverbote,¹⁹ wie z. B. in § 7 AGG, § 4 TzBfG, Art. 9 Abs. 3 GG.

c) Betriebliche Vergütungsregel

Für **betriebliche Regelungen**, wie z. B. Betriebsvereinbarungen und Sozialpläne, gilt der **betriebsverfassungsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz**. Er entspricht im Wesentlichen dem allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz.²⁰ Gestützt wird dieser auf § 75 Abs. 1 BetrVG.²¹ Danach haben Arbeitgeber und Betriebsrat darüber zu wachen, dass alle im Betrieb tätigen Personen nach den Grundsätzen von Recht und Billigkeit behandelt werden und dass jede Benach-

15 BVerfG 8.3.1983, 1 BvL 21/80, BVerfGE 63, 255, 263 ff.

16 BVerfG 17.5.1983, 2 BvL 8/82, BVerfGE 64, 158, 168 f.; BAG 21.9.2011, 7 AZR 134/10, NZA 2012, 271 („wenn plausible, einleuchtende Gründe nicht erkennbar sind“).

17 BAG 15.2.2011, 9 AZR 584/09, NZA-RR 2011, 467; BAG 13.6.2012, 10 AZR 247/11, NZA 2012, 1052.

18 Gute Zusammenfassung der Rspr. zu Art. 3 Abs. 1 GG in BAG 22.12.2009, 3 AZR 895/07, NZA 2010, 521.

19 EuGH 8.9.2011, C-298/10, NZA 2011, 1100 Rn. 79 ff. – Hennigs.

20 BAG 20.9.2017, 10 AZR 610/15, NZA 2018, 670 Rn. 18 ff.

21 St. Rspr., vgl. nur BAG 17.11.2015, 1 AZR 938/13, NZA 2016, 501; Richardi-Annufß, § 112 BetrVG Rn. 102; *Fitting*, § 75 Rn. 29 ff.; *ErfK-Kania*, § 75 BetrVG Rn. 5; *AR-Rieble*, § 75 BetrVG Rn. 9.

Kap. 13 Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung

teilung unterbleibt, insbesondere aus den in § 75 Abs. 1 BetrVG erwähnten Merkmalen, die sogar über die nach § 1 AGG verpönten Kriterien hinausgehen. Besondere Bedeutung kommt dem betriebsverfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz bei der Gestaltung von Sozialplänen im Zuge eines Personalabbaus zu. Zwar genießen die Betriebsparteien einen weiten Spielraum bei der Beurteilung, welche Nachteile sie infolge eines Arbeitsplatzverlustes ausgleichen wollen, wozu sie auch typisierende und pauschalierende Regelungen treffen können.²² Ihre Gruppenbildungen müssen sich aber an der Ausgleichs- und Überbrückungsfunktion des Sozialplans orientieren.²³ Außerdem sind die Diskriminierungsverbote zu beachten.²⁴

3. Verbot der Benachteiligung

- 7 **Benachteiligungsverbote** sollen **nur die Schlechterstellung** von Arbeitnehmern **verhindern, nicht ihre Begünstigung**. **Ausnahmsweise** kann aber auch die **Begünstigung verboten** sein. So liegt es, wenn der Arbeitgeber einem **Betriebsratsmitglied** wegen „guter Betriebsratsarbeit“ eine Zulage zahlt. Die Zahlung verstößt gegen § 78 Satz 2 BetrVG. Das Verbot soll die Belegschaftsvertretung vor unzulässiger Einflussnahme durch den Arbeitgeber sichern. Ein Arbeitgeber, der sich einen Betriebsrat „kauft“, macht sich überdies strafbar (§ 119 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG). Entsprechendes gilt, wenn der Arbeitgeber eine Prämie dafür zahlt oder verspricht, dass ein ihm genehmer Mitarbeiter **für die Betriebsratswahl kandidiert**. Dies verstößt gegen das Beeinflussungsverbot des § 20 BetrVG. Umgekehrt darf niemand wegen der Ausübung eines Amtes in der Belegschaftsvertretung benachteiligt, insbesondere nicht mit Kosten der Betriebsratsarbeit belastet werden. Pauschalierte Aufwandsentschädigung sind allerdings nur unter engen Voraussetzungen erlaubt (s. Kap. ■ 10 Rn. 58 ff.).

4. Gerechtfertigte Benachteiligungen

- 8 Die meisten Benachteiligungsverbote gelten **nicht absolut**, sondern lassen Zurücksetzungen unter gewissen Bedingungen zu. Beim **Gleichbehandlungsgrundsatz** ist die Benachteiligung zumeist schon dann erlaubt, wenn ein irgendwie einleuchtender Grund für die Ungleichbehandlung vorliegt, d. h. die **Zurücksetzung nicht rein willkürlich** erfolgt (s. Rn. 18 ff.). Es dürfen nur keine absolut verbotenen Gründe zur Rechtfertigung herangezogen werden. Die Anforderungen an den Sachgrund steigen, wenn es sich um **mittelbare Benachtei-**

22 BAG 11.11.2008, 1 AZR 475/07, NZA 2009, 210; BAG 20.1.2009, 1 AZR 740/07, NZA 2009, 495.

23 Dazu *Maschmann*, Anm. zu BAG, 17.11.2015, 1 AZR 938/13, AP BetrVG 1972 § 112 Nr. 232.

24 St. Rspr., vgl. nur BAG 17.11.2015, 1 AZR 938/13, NZA 2016, 501.

ligungen (§ 3 Abs. 2 AGG) aus Gründen handelt, nach denen wegen § 1 AGG nicht mehr differenziert werden darf: Werden scheinbar neutrale Merkmale verwendet, die aber bei Personen besonders häufig vorkommen, welche sich auf § 1 AGG berufen können,²⁵ muss diese Differenzierung zur Erreichung des mit der unterschiedlichen Behandlung von Arbeitnehmern erstrebten Ziels erforderlich und angemessen sein (§ 3 Abs. 2 AGG). Das ist keine reine Willkürkontrolle, sondern eine **Prüfung auf Verhältnismäßigkeit** der Unterscheidung. Werden Arbeitnehmer **unmittelbar aus in § 1 AGG** genannten Gründen gegenüber anderen benachteiligt, so ist das nur dann zulässig, wenn der Grund für die Zurücksetzung in einer für den **Arbeitgeber wesentlichen und entscheidenden beruflichen Anforderung** liegt (§ 8 Abs. 1 AGG). Dafür trägt der Arbeitgeber die Beweislast. **Überhaupt keinen Grund** für die Rechtfertigung einer Benachteiligung gibt es, wenn Arbeitnehmer damit **gemäßregelt** werden sollen. Das ist der Fall, wenn sie gegenüber anderen zurückgesetzt werden, weil sie in zulässiger Weise von ihren Rechten Gebrauch gemacht haben (§ 612a BGB, § 16 AGG). Ein Verstoß gegen das Maßregelungsverbot kann Schadensersatzansprüche zur Folge haben (§ 15 Abs. 6 AGG entspr.).²⁶

II. Gleichbehandlungsgrundsatz bei der Vergütung

1. Anwendungsbereich

a) Allgemeine Vergütungsregel des Arbeitgebers

Die Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes setzt zunächst voraus, dass der Arbeitgeber ausdrücklich oder durch schlüssiges Verhalten eine Vergütungsregel aufstellt.²⁷ Das ist zu bejahen, wenn er – rein tatsächlich – bei einer Mehrzahl von Fällen nach einem generalisierenden Prinzip verfährt,²⁸ d. h. erkennbar nach abstrakten Merkmalen differenziert und dabei bevorzugte und benachteiligte Arbeitnehmergruppen bildet.²⁹ Erforderlich ist also, dass die Belegschaft im Ganzen oder bestimmte Gruppen von der Regel betroffen sind: sei es bei ihrer Aufstellung – der Arbeitgeber zahlt nur Führungskräften ein Weihnachtsgeld –, sei es bei ihrer Durchführung – alle Arbeitnehmer erhalten ein Weihnachtsgeld, nur A nicht. Dieser **kollektive Bezug** unterscheidet den allgemeinen Gleichbe-

25 Beispiel: Regelungen, die unmittelbar an das Merkmal „Teilzeitarbeit“ anknüpfen, können Frauen mittelbar ungleich behandeln, weil Teilzeitarbeit überwiegend von Frauen geleistet wird, vgl. Bundesagentur für Arbeit, Frauen und Männer am Arbeitsmarkt im Jahr 2017, Juli 2018, S. 19.

26 BAG 21.9.2011, 7 AZR 150/10, NZA 2012, 317.

27 St. Rspr., vgl. nur BAG 3.9.2014, 5 AZR 6/13, NZA 2015, 222, 223; *Franzen*, RdA 2013, 180.

28 BAG 21.9.2011, 5 AZR 520/10, NZA 2012, 32, 33; *Schaub-Linck*, § 112 Rn. 5.

29 ZLH-Loritz, § 20 Rn. 10.

Kap. 13 Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung

handlungsgrundsatz³⁰ von den sog. Diskriminierungsverboten (z.B. § 7 AGG, § 4 TzBfG, Art. 9 Abs. 3 GG). Diese gelten bereits dann, wenn ein einzelner Arbeitnehmer gegenüber einem anderen Arbeitnehmer in einer vergleichbaren Lage benachteiligt wird (vgl. § 3 Abs. 1 AGG). Eine absolute Gleichbehandlungspflicht („gleicher Lohn bei gleicher Arbeit“) gibt es dagegen nicht.³¹ Man käme sonst zu einer Kontrolle der Austauschgerechtigkeit,³² die mit einer Marktwirtschaft unvereinbar ist.³³

b) Eigene Vergütungsregel des Arbeitgebers

- 10 Weiterhin verlangt der Gleichbehandlungsgrundsatz, dass der Arbeitgeber eine eigene Vergütungsregel aufstellt.³⁴ Er gilt nicht, wenn die Ungleichbehandlung auf Gesetz oder Tarifvertrag beruht, dessen Normen der Arbeitgeber schlicht vollzieht.³⁵ Aus diesem Grund kann, wenn der Arbeitgeber einen fremden Betrieb mit besseren Vergütungsregeln übernimmt, die eigene Belegschaft keine Gleichbehandlung für sich reklamieren. Denn die besseren Bedingungen stammen nicht vom Arbeitgeber, sondern vom Veräußerer, an dessen Regelungen der Erwerber nach § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB gebunden ist.³⁶ Eine andere Frage ist, ob (übergangene) Arbeitnehmer Gleichbehandlung verlangen können, wenn der Arbeitgeber Leistungen in der irrigen Ansicht gewährt, hierzu aufgrund tariflicher oder betrieblicher Regelungen verpflichtet zu sein. Die h. M. verneint das.³⁷ Ein Anspruch auf „**Gleichbehandlung im Irrtum**“ besteht im Grundsatz jedenfalls nicht.³⁸ Anderes gilt jedoch dann, wenn der Arbeitgeber in Kenntnis der Unwirksamkeit der Norm die Leistungen weiter gewährt und nicht die ihm möglichen und zumutbaren Korrekturmaßnahmen ergreift. Was vom Arbeitgeber verlangt werden kann, richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls.³⁹

30 BAG 18.3.2010, 8 AZR 77/09, NZA 2010, 872; AR-Kamanabrou, § 611a BGB Rn. 290.

31 BAG 28.2.1962, 19.8.1992, AP BGB § 242 Gleichbehandlung Nr. 31, 102; HWK-Thüsing, § 611a BGB Rn. 376.

32 Böttcher, RdA 1953, 161, 165.

33 Fastrich, RdA 2000, 65 f. m. w. N.

34 BAG 21.5.2014, 4 AZR 50/13, NZA 2015, 115, 117; Zwanziger, NZA-Beil. 2012, 108, 112 m. w. N.

35 BAG 21.9.2011, 5 AZR 520/10, NZA 2012, 31; MüKoBGB-Müller-Glöge, § 611 BGB Rn. 1127.

36 BAG 31.8.2005, 5 AZR 517/04, AP BGB § 613a Nr. 288 m. Anm. Maschmann.

37 BAG 23.1.2008, 1 AZR 988/06, NZA 2008, 709.

38 Schaub-Linck, § 112 Rn. 19.

39 BAG 26.4.2005, 1 AZR 76/04, NZA 2005, 892.

c) Unternehmensweite Vergütungsregel

Bezugspunkt für den Gleichbehandlungsgrundsatz ist nicht – wie von der früher h. M.⁴⁰ vertreten wurde – der Betrieb, sondern das **Unternehmen**.⁴¹ Der Gleichbehandlungsgrundsatz richtet sich an den Arbeitgeber.⁴² Da er als Normadressat für das Unternehmen in seiner Gesamtheit verantwortlich ist, spricht das dafür, dass er alle Arbeitnehmer des Unternehmens und nicht nur die eines Betriebs gleich zu behandeln hat.⁴³ Das gilt jedenfalls dann, wenn eine Vergütungsregel unternehmensweit oder betriebsübergreifend besteht.⁴⁴ Allerdings kann die Zugehörigkeit zu verschiedenen Betrieben einen Differenzierungsgrund bilden. Gehören diese zu unterschiedlichen Branchen oder liegen sie in verschiedenen Tarifgebieten, kommt dem Arbeitgeber ein besonders weiter Beurteilungsspielraum zu. Bis zur Grenze der Willkür kann er jeden vernünftigen Gesichtspunkt ins Feld führen.⁴⁵

Beispiele:

- Unterscheidung zwischen **mitbestimmten und betriebsratslosen Betrieben**, weil der Arbeitgeber nicht einseitig für alle Betriebe eine einheitliche Regelung schaffen kann, sondern die unterschiedlichen Positionen der jeweiligen Betriebsräte berücksichtigen muss;⁴⁶
- **unterschiedliche Arbeitsanforderungen** und Vertragsbedingungen in den Betrieben, die konkret darzulegen sind;⁴⁷
- unterschiedliche **Ertragsituation** der Betriebe allgemein oder in bestimmter Hinsicht; um die Konkurrenz zwischen den Betrieben zu beleben, darf der Arbeitgeber Leistungsanreize durch entsprechend differenzierte Lohnerhöhungen schaffen;⁴⁸
- unterschiedliche **Lohnentwicklung in der Vergangenheit** und absolute Lohnhöhe in den Betrieben, die der Arbeitgeber konkret darzulegen hat.⁴⁹

Eine über das Unternehmen hinausgehende **konzernweite Geltung** hat der Gleichbehandlungsgrundsatz regelmäßig nicht.⁵⁰ Der Konzern selbst ist nicht

40 Dazu BAG 17.12.1992, 10 AZR 306/91, NZA 1993, 691; BAG 12.1.1994, 5 AZR 6/93, NZA 1994, 993.

41 BAG 3.12.2008, 5 AZR 74/08, NZA 2009, 367, 369 m. w. N.; ErfK-Preis, § 611a BGB Rn. 584; MüArbR-Fischinger, § 14 Rn. 12; HWK-Thüsing, § 611a BGB Rn. 350; ZLH-Loritz, § 20 Rn. 8.

42 BAG 26.9.2017, 1 ABR 27/16, NZA 2018, 108.

43 ErfK-Preis, § 611a BGB Rn. 584.

44 St. Rspr., BAG 18.5.2010, 1 ABR 96/08, NZA 2011, 171.

45 BAG 3.12.2008, 5 AZR 74/08, NZA 2009, 367.

46 BAG 25.4.1995, 9 AZR 690/93, NZA 1995, 1063; BAG 26.5.1998, 1 AZR 704/97, NZA 1998, 1292.

47 BAG 3.12.2008, 5 AZR 74/08, NZA 2009, 367.

48 BAG 3.12.2008, 5 AZR 74/08, NZA 2009, 367.

49 BAG 3.12.2008, 5 AZR 74/08, NZA 2009, 367.

50 BAG 20.8.1986, 4 AZR 272/85, AP TVG § 1 Seniorität Nr. 6; Bachner, ArbR 2009, 31.

Kap. 13 Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung

Arbeitgeber, sondern ein Verbund rechtlich selbstständig bleibender Unternehmen; nur diese kommen als Adressaten des Gleichbehandlungsgrundsatzes in Betracht.⁵¹ Konzernbezogen gilt der Gleichbehandlungsgrundsatz jedoch dann, wenn die Konzernleitung eine Vergütungsregel konzernweit aufstellt.⁵² Schwierige Probleme bereitet die Anwendbarkeit des Gleichbehandlungsgrundsatzes in **Matrixorganisationen internationaler Konzernunternehmen**. Hier bedarf es einer sorgfältigen Analyse der tatsächlichen Gegebenheiten.⁵³ Nicht anwendbar ist der Gleichbehandlungsgrundsatz in einem **Gemeinschaftsbetrieb** verschiedener Unternehmen (vgl. § 1 Abs. 2 BetrVG), weil die Trägerunternehmen selbstständig bleiben.⁵⁴ Das gilt erst recht, wenn ein Betrieb zwar gemeinschaftlich von verschiedenen Rechtsträgern unterhalten wird, es aber keinen für alle Rechtsträger entscheidungsbefugten Betriebs- oder Personalleiter gibt. Aus diesem Grund sind die verschiedenen Träger eines „**Job-Centers**“ nicht verpflichtet, die Arbeitsbedingungen des einen an den Bedingungen des anderen auszurichten.⁵⁵ Da der Gleichbehandlungsgrundsatz grundsätzlich unternehmensbezogen gilt, betrifft er nicht die innerbetriebliche, sondern die überbetriebliche Lohngerechtigkeit und deren Gestaltung. Für die Wahrnehmung der **Mitbestimmungsrechte** nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG an den vom Arbeitgeber zur Verfügung gestellten finanziellen Mitteln ist der **Gesamtbetriebsrat zuständig**.⁵⁶

3. Benachteiligung in vergleichbarer Lage

- 14 Hat der Arbeitgeber eine Vergütungsregel aufgestellt, muss er Arbeitnehmer, die miteinander vergleichbar sind, gleichbehandeln. Er darf weder einzelne noch Gruppen von ihnen benachteiligen. Vergleichbar sind Arbeitnehmer, deren **Arbeit gleichwertig** ist. Gleichwertig ist eine Arbeit, wenn sie nach den objektiven Maßstäben der Arbeitsbewertung denselben Arbeitswert hat (s. Kap. 4 Rn. 2 ff.). Dabei genügt es nicht, dass sich nur einzelne Arbeitsvorgänge gleichen oder dass nur vorübergehend die gleiche Arbeit verrichtet wird oder dass die Tätigkeiten nur ähnlich, aber nicht gleich sind.⁵⁷ Notwendig ist ein Gesamtvergleich der Tätigkeiten anhand der tatsächlichen Durchführung des Vertrags.⁵⁸ Dabei ist der jeweils erforderliche Umfang von Vorkenntnissen und Fähigkeiten zu be-

51 Vgl. auch BGH 14.5.1990, II ZR 122/89, NJW-RR 1990, 1313.

52 ErfK-Preis, § 611a BGB Rn. 588; MüArbR-Fischinger, § 14 Rn. 15; HKW-Thüsing, § 611a BGB Rn. 351.

53 Ausf. Maschmann/Fritz-Maschmann, Matrixorganisationen, Kap. 3 Rn. 215 f.

54 BAG 19.11.1992, 10 AZR 290/91, AP BGB § 611 Gratifikation Nr. 148; HKW-Thüsing, § 611a BGB Rn. 352.

55 BAG 9.6.2016, 6 AZR 321/15, NJOZ 2016, 1545.

56 BAG 26.9.2017, 1 ABR 27/16, NZA 2018, 108 Rn. 15.

57 BAG 23.8.1995, 5 AZR 942/93, NZA 1996, 579 m. w. N.

58 ErfK-Preis, § 611a BGB Rn. 579 m. w. N.

rücksichtigen. Die Tarifpraxis und die Verkehrsanschauung können Anhaltspunkte liefern.⁵⁹

Sind die Tätigkeiten vergleichbar, kommt es wegen § 4 TzBfG nicht auf den Umfang der geschuldeten Dienste an. **Teilzeitkräfte sind mit Vollzeitkräften vergleichbar** und dürfen nicht allein wegen ihrer geringeren Arbeitszeit benachteiligt werden.⁶⁰ Nach der Rechtsprechung darf deshalb die Verringerung des Beschäftigungsumfangs nicht dazu führen, dass der von einem Arbeitnehmer vor der Verringerung erworbene und nach der Verringerung angetretene Jahresurlaub mit einem reduzierten Urlaubsentgelt vergütet wird.⁶¹ Entsprechendes gilt für die Dauer des Arbeitsverhältnisses. **Befristet Beschäftigte** sind daher bei gleicher Tätigkeit mit unbefristet Beschäftigten vergleichbar.⁶² Obsolet ist auch die allein am Status anknüpfende Differenzierung zwischen **Arbeitern und Angestellten**.⁶³ Vergleichbar sind auch Nachtarbeiter, die ihre Arbeit im Rahmen von Schichtarbeit leisten, mit Arbeitnehmern, die außerhalb von Schichtsystemen Nachtarbeit verrichten, soweit es um die Zahlung tariflicher Nachtarbeitszuschläge geht.⁶⁴ Unterschieden werden darf aber zwischen tarifgebundenen und nicht tarifgebundenen Arbeitnehmern.⁶⁵ 15

Arbeitnehmer mit an sich nicht vergleichbaren Tätigkeiten können trotzdem gleich zu behandeln sein, wenn der Arbeitgeber eine **einheitliche Vergütungsregel**⁶⁶ aufstellt, die nicht an bestimmten Tätigkeitsmerkmalen anknüpft, sondern für die gesamte Belegschaft eines Betriebes, Unternehmens oder Konzerns gilt.⁶⁷ Das kann der Fall sein, wenn der Arbeitgeber freiwillig die **Arbeitsentgelte kollektiv erhöht**⁶⁸ oder wenn er einen **Tarifvertrag** unterschiedslos auf tarifgebundene wie **auf nicht tarifgebundene Arbeitnehmer anwendet**, eine bestimmte Beschäftigtengruppe (z.B. Werkstudenten) hiervon aber wieder ausnimmt.⁶⁹ Der Gleichbehandlungsgrundsatz gilt ferner dann, wenn der Arbeitgeber eine **Leistung nach einem erkennbaren und generalisierenden Prinzip** 16

59 BAG 23.8.1995, 5 AZR 942/93, NZA 1996, 579 m. w. N.

60 BAG 12.1.1994, 5 AZR 6/93, AP BGB § 242 Gleichbehandlung Nr. 112.

61 EuGH 22.4.2010, C-486/08 NZA 2010, 557; BAG 20.3.2018, 9 AZR 486/17, NZA 2018, 851.

62 ErfK-Preis, § 611a BGB Rn. 600.

63 BVerfG 16.11.1982, 1 BvL 16/75, 1 BvL 36/79, AP BGB § 622 Nr. 16; BAG 21.3.1991, 2 AZR 323/84 (A), AP BGB § 622 Nr. 29.

64 BAG 21.3.2018, 10 AZR 34/17, BB 2018, 2326.

65 BAG 18.3.2009, 4 AZR 64/08, NZA 2009, 1028, 1034.

66 BAG 12.1.1994, 5 AZR 6/93, NZA 1994, 993; BAG 23.2.1994, 4 AZR 219/93, NZA 1994, 1136.

67 BAG 27.7.1988, 5 AZR 244/87, AP BGB § 242 Gleichbehandlung Nr. 76, 83; BAG 14.3.2007, 5 AZR 420/06, NZA 2007, 862; BAG 27.7.2010, 1 AZR 874/08, NZA 2010, 1369; BeckOKArbR-Joussen, § 611a BGB Rn. 320.

68 BAG 3.9.2014, 5 AZR 6/13, NZA 2015, 222.

69 BAG 11.11.2008, 1 ABR 68/07, NZA 2009, 450.

Kap. 13 Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung

gewährt und er dazu bestimmte Voraussetzungen oder einen bestimmten Zweck festlegt.⁷⁰ Erhöht der Arbeitgeber kollektiv das Entgelt, gilt der Gleichbehandlungsgrundsatz nur für Arbeitnehmer „**in vergleichbarer Lage**“. Dazu genügt aber nicht bereits das „gemeinsame Band“ eines Arbeitsverhältnisses zum Arbeitgeber; umgekehrt müssen die Arbeitsbedingungen auch nicht in Gänze identisch sein.⁷¹ Allerdings können unterschiedliche Arbeitsvertragsmodelle dazu führen, dass sich Arbeitnehmer nicht in vergleichbarer Lage befinden. Das kann z. B. der Fall sein, wenn das eine Vertragsmodell eine dynamische Bezugnahme-klausel auf ein Tarifwerk enthält, das der Gestaltungsmacht des Arbeitgebers entzogen ist, das andere jedoch nicht.⁷² Befinden sich Arbeitnehmer trotz unterschiedlicher Arbeitsbedingungen in einer vergleichbaren Lage, können diese immerhin noch den Sachgrund für eine Ungleichbehandlung liefern.⁷³

- 17** Der Gleichbehandlungsgrundsatz **verbietet nur** willkürliche **Ungleichbehandlungen unter Arbeitnehmern**. Dagegen verlangt er keine Gleichstellung von Arbeitnehmern mit Personen, die ihre Dienste aufgrund andersartiger Beschäftigungsverhältnisse erbringen, wie etwa Handelsvertreter,⁷⁴ Heimarbeiter⁷⁵ oder Organmitglieder juristischer Personen.⁷⁶ Angestellte im öffentlichen Dienst sind selbst dann nicht mit Beamten vergleichbar, wenn sie auf demselben Dienstposten beschäftigt werden.⁷⁷ Im umgekehrten Fall – also hinsichtlich der Gleichstellung von Dienstverpflichteten ohne Arbeitsvertrag mit Arbeitnehmern – kann der Gleichbehandlungsgrundsatz mitunter gelten. Bejaht hat das die Rechtsprechung für GmbH-(Fremd-)Geschäftsführer, die nicht oder nicht nennenswert an der Gesellschaft beteiligt sind und deshalb einen arbeitnehmerähnlichen Status haben. Sie dürfen nicht grundlos gegenüber Mitgeschäftsführern und auch nicht gegenüber leitenden Angestellten des Unternehmens benachteiligt werden, wenn sie der Sache nach wie leitende Angestellte behandelt werden.⁷⁸
- 18** Nicht verboten sind **Vergünstigungen**, insbesondere dann nicht, wenn sie individuell zwischen den Arbeitsvertragsparteien verabredet werden⁷⁹ oder Einzelfälle

70 BAG 15.7.2009, 5 AZR 486/08, NZA 2009, 1202; BAG 17.3.2010, 5 AZR 168/09, NZA 2010, 696; BAG 12.10.2011, 10 AZR 510/10, NZA 2012, 680, 682.

71 Vgl. BAG, 14.3.2007, 5 AZR 420/06, NZA 2007, 82.

72 BAG 3.9.2014, 5 AZR 6/13, NZA 2015, 222, 224.

73 BAG, 14.3.2007, 5 AZR 420/06, NZA 2007, 82 Rn. 26; BAG 3.9.2014, 5 AZR 6/13, NZA 2015, 222 Rn. 22.

74 BGH 28.1.1971, VII ZR 95/69, AP BGB § 242 Gleichbehandlung Nr. 35.

75 BAG 19.6.1957, 2 AZR 84/55, AP BGB § 242 Gleichbehandlung Nr. 12.

76 BGH 14.5.1990, II ZR 122/89, NJW-RR 1990, 1313.

77 BAG 3.4.2003, 6 AZR 633/01, AP BGB § 242 Gleichbehandlung Nr. 105, 185.

78 BGH 14.5.1990, II ZR 122/89, NJW-RR 1990, 1313.

79 BAG 21.3.2002, 6 AZR 144/01, NZA 2002, 1304; BAG 3.12.2008, 5 AZR 74/08, NZA 2009, 367, 369; MüArbR-Fischinger, § 14 Rn. 48.

betreffen.⁸⁰ Von Einzelfällen geht die Rechtsprechung jedoch nur dann aus, wenn die Zahl der Begünstigten im Verhältnis zur Gesamtzahl der Betroffenen klein ist.⁸¹ Es darf nur keine Regel, d.h. kein abstrakt-generalisierendes Prinzip für die Vergünstigung zugrunde liegen.⁸²

4. Sachgrund

Zulässig ist die Ungleichbehandlung, wenn es für sie einen sachlichen Grund gibt.⁸³ Hierfür trägt der Arbeitgeber die Darlegungs- und Beweislast. Sind die Gründe nicht offenkundig, genügt es, wenn der Arbeitgeber sie erst im Prozess offenlegt und nicht schon dann, wenn der Arbeitnehmer die Gleichbehandlung verlangt.⁸⁴ Ein abschließender Kanon von Sachgründen existiert nicht. Welche Gründe eine Ungleichbehandlung rechtfertigen, entscheiden die Gerichte von Fall zu Fall.⁸⁵ Die Judikatur ist deshalb unüberschaubar. Stets muss die Ungleichbehandlung auf vernünftigen, einleuchtenden Erwägungen beruhen und darf nicht gegen höherrangige Wertentscheidungen verstoßen.⁸⁶ An **gesetzlich verpönte Kriterien** darf nicht angeknüpft werden. Unzulässige Differenzierungskriterien sind: Rasse, ethnische Herkunft, Geschlecht, Religion, Weltanschauung, Behinderung, Alter, sexuelle Identität (§ 1 AGG), sofern nicht ausnahmsweise eine Rechtfertigung nach §§ 8–10 AGG vorliegt, ferner politische Anschauungen (Art. 3 Abs. 3 GG), gewerkschaftliche Betätigung oder Einstellung (§ 75 Abs. 1 BetrVG), Teilzeitbeschäftigung (§ 4 Abs. 1 TzBfG), befristete Beschäftigung (§ 4 Abs. 2 TzBfG).

Umgekehrt kann eine Ungleichbehandlung, die der Gesetzgeber selbst – zulässigerweise – vorgenommen hat, auch dem Arbeitgeber eine entsprechende Differenzierung erlauben. Deshalb darf er – da § 4 Abs. 1 TVG die normative Geltung des Tarifvertrags nur für die beiderseits Tarifgebundenen anordnet – für nicht gewerkschaftlich organisierte Mitarbeiter vom Tarifvertrag abweichen,⁸⁷ jedenfalls soweit darin keine Maßregelung (§ 612a BGB) wegen der (Nicht-)Zugehörigkeit zu einer Gewerkschaft liegt. Entsprechendes gilt für leitende Angestellte. Da sie vom Anwendungsbereich des BetrVG ausgenommen sind, können sie aus dem

80 BAG 17.2.1998, 3 AZR 783/96, NZA 1998, 762.

81 BAG 13.2.2002, 5 AZR 713/00, NZA 2003, 215: im Fall weniger als 5 % der Arbeitnehmer eines Betriebs.

82 BAG 14.3.2007, 5 AZR 420/06, NZA 2007, 862; Schaub-Linck, § 112 Rn. 6 f.

83 BAG 17.3.2010, 5 AZR 168/09, NZA 2010, 696.

84 BAG 27.7.2010, 1 AZR 874/08, NZA 2010, 1369.

85 HWK-Thüsing, § 611a BGB Rn. 353.

86 BAG 14.3.2007, 5 AZR 420/06, NZA 2007, 862.

87 BAG 18.3.2009, 4 AZR 64/08, NZA 2009, 1028, 1034; BAG 21.9.2011, 5 AZR 520/10, NZA 2012, 31; MüKoBGB-Müller-Glöge, § 611 BGB Rn. 1138 m. w. N.; Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, Rn. 907 m. w. N.

Kap. 13 Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung

Gesichtspunkt der Gleichbehandlung keine Einbeziehung in einen Sozialplan verlangen, der die Ansprüche auf Abfindungen bei einer Massenentlassung regelt.⁸⁸

- 21 Bei freiwilligen zusätzlichen Leistungen an die Belegschaft kommt es zunächst auf den **Zweck** an, der mit einer ungleichen Gewährung verfolgt wird.⁸⁹ Diesen kann der Arbeitgeber in den Grenzen der §§ 134, 138 BGB **frei bestimmen**. Hierbei genießt er einen – von den Gerichten zu respektierenden – Gestaltungs- und Ermessensspielraum.⁹⁰ Fehlt eine Zweckangabe, ist das Vergütungsziel anhand der tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen für die Leistungsgewährung zu ermitteln.⁹¹ Nur so lassen sich nämlich dessen Legitimität sowie die Erforderlichkeit und Angemessenheit der Ungleichbehandlung im Hinblick auf das verfolgte Vergütungsziel gerichtlich überprüfen.⁹² Definiert der Arbeitsvertrag die Voraussetzungen für eine Sonderzahlung eindeutig, können nicht im Nachhinein weitere Anspruchsvoraussetzungen aufgestellt werden, die auf weitere Zwecke schließen lassen.⁹³ Verfolgt die Regelung objektiv **mehrere Zwecke** (z. B. Ausgleich für die Vereinbarung schlechterer Arbeitsbedingungen und zugleich Honorierung künftiger Betriebstreue), kann der Arbeitgeber nicht einen zum „Hauptzweck“ erheben, um damit die Herausnahme einer Arbeitnehmergruppe sachlich zu rechtfertigen, wenn die hierdurch benachteiligte Gruppe (z. B. Arbeitnehmer, die die Verschlechterung abgelehnt haben) die übrigen Zwecke (weitere Betriebstreue) auch erreichen kann.⁹⁴ Steht der Zweck der Leistung fest, ist seine Rechtmäßigkeit zu prüfen. Ist der **Zweck legitim**, ist die Ungleichbehandlung gerechtfertigt, wenn die **Gruppenbildung** nicht von vornherein verboten ist und sie zur Erreichung des Zwecks **erforderlich und angemessen** erscheint. Dass der Arbeitgeber eine Sonderzahlung oder Gratifikation nur unter dem **Vorbehalt der Freiwilligkeit** gewährt, mit dem der einen Anspruch auf Leistungen in der Zukunft vermeiden will, schließt seine **Bindung** an den **Gleichbehandlungsgrundsatz** im Jahr der Zahlung **nicht aus**.⁹⁵

88 BAG 16.7.1985, 1 AZR 206/81, DB 1985, 2207.

89 BAG 13.4.2011, 10 AZR 88/10, DB 2011, 1923; Küttner-Kania, Gleichbehandlung, Rn. 28.

90 Vgl. für Betriebsrentenleistungen BAG 12.2.2013, 3 AZR 100/11, BAGE 144, 231 Rn. 31; für übergesetzlichen Mehrurlaub BAG 21.10.2014, 9 AZR 956/12, NZA 2015, 297 Rn. 18; MüKoBGB-Müller-Glöge, § 611 BGB Rn. 1129.

91 BAG 17.3.2010, 5 AZR 168/09, NZA 2010, 696.

92 BAG 20.3.2012, 9 AZR 529/10, BAGE 141, 73 Rn. 19 m. w. N.; BAG 21.10.2014, 9 AZR 956/12, NZA 2015, 297.

93 BAG 10.12.2008, 10 AZR 889/07, NZA 2009, 256, 258.

94 BAG 1.4.2009, 10 AZR 353/08, NZA 2009, 1409; vgl. weiter BAG 13.4.2011, 10 AZR 88/10, DB 2011, 1923: kein zusätzlicher Leistungszweck, wenn der Ausgleich nur bei Erreichen bestimmter Unternehmensziele geleistet wird.

95 BAG 6.12.1995, 10 AZR 198/95, NZA 1996, 1027; ErfK-Preis, § 611a BGB Rn. 594.

Beispiele für zulässige Ungleichbehandlungen:

- **Stichtagsregelungen** zur Abgrenzung des begünstigten Personenkreises, wenn sich die Wahl des Zeitpunkts am zu regelnden Sachverhalt orientiert und die Interessenlage der Betroffenen angemessen erfasst.⁹⁶ Der Arbeitgeber ist angesichts der sich ständig ändernden Wirtschaftslage nicht verpflichtet, einmal gewährte Leistungen auch bei allen künftigen Arbeitsverhältnissen einzuführen.⁹⁷
- **Herstellung einheitlicher Arbeitsbedingungen** nach einem Betriebsübergang durch Ausgleich von Nachteilen der Stammbesellschaft zur Angleichung an die Bedingungen der übernommenen Belegschaft,⁹⁸ wobei es keine Rolle spielt, ob der Arbeitgeber die Unterschiede ganz oder nur teilweise ausgleicht.⁹⁹
- **Einführung eines Vergütungssystems** mit unterschiedlichen Faktoren und Komponenten und Gewährung zusätzlicher Leistungen für einzelne Arbeitnehmergruppen unter bestimmten Voraussetzungen, um bestehende erhebliche Vergütungsunterschiede auszugleichen oder abzumildern.¹⁰⁰
- **Geringere Vergütung** von Arbeitnehmern, die über die zeitliche Lage und Dauer ihres Arbeitseinsatzes uneingeschränkt selbst bestimmen können, im Vergleich zu Kollegen, die dem Weisungsrecht des Arbeitgebers hinsichtlich Zeit, Lage und Dauer der Arbeitseinsätze uneingeschränkt unterliegen.¹⁰¹
- **Sonderzahlung zum Ausgleich von Nachteilen** nur an solche Arbeitnehmer, die mit dem Arbeitgeber ungünstigere Arbeitsbedingungen vereinbart haben, soweit diese nicht zu einer „**Überkompensation**“ führt.¹⁰² Ob das der Fall ist, bemisst sich nach einem Gesamtvergleich: Gegenüberzustellen ist das Arbeitsentgelt, das der auf Gleichbehandlung klagende Arbeitnehmer im maßgeblichen Zeitraum aufgrund der für ihn geltenden arbeitsvertraglichen Regelungen tatsächlich verdient hat, und dasjenige Arbeitsentgelt, das er erhalten hätte, wenn er zu den Konditionen der begünstigten Arbeitnehmer gearbeitet hätte. Rechtsfolge einer Überkompensation ist, dass im Umfang der Überkompensation der sachliche Grund des Ausgleichs von Unterschieden nicht trägt.¹⁰³ Dabei gilt eine abgestufte Darlegungs- und Beweislast: Berufet sich ein Arbeitnehmer auf eine Überkompensation, ist der Arbeitgeber im Rahmen seiner sekundären Darlegungslast verpflichtet, die Gründe für die unterschiedliche Verteilung der Sonderzahlung auf die verschiedenen Arbeitnehmergruppen offenzulegen.¹⁰⁴
- **Bindung bestimmter Arbeitnehmergruppen an den Betrieb** durch Gewährung erhöhter Sonderzahlungen,¹⁰⁵ wenn ihre im Betrieb benötigten Kenntnisse und Fä-

96 BAG 15.11.2011, 9 AZR 387/10, NZA 2012, 218.

97 BAG 11.6.2002, 1 AZR 390/01, NZA 2003, 570.

98 BAG 14.3.2007, 5 AZR 420/06, NZA 2007, 862.

99 BAG 15.7.2009, 5 AZR 486/08, NZA 2009, 1202.

100 BAG 12.10.2011, 10 AZR 510/10, NZA 2012, 680.

101 LAG Baden-Württemberg, 13.9.2017, 9 Sa 17/17, LAGE § 75 BetrVG 2001 Nr 11.

102 BAG 13.4.2011, 10 AZR 88/10, DB 2011, 1923.

103 BAG 3.9.2014, 5 AZR 6/13, NZA 2015, 222; vgl. weiter *Lingemann/Chakrabarti*, RdA 2016, 114.

104 BAG 20.9.2017, 10 AZR 610/15, NZA 2018, 670.

105 BAG 19.3.2003, 10 AZR 365/02, NZA 2003, 724.

higkeiten auf dem Arbeitsmarkt nicht oder nur schwer zu finden sind oder sie für ihre Einsetzbarkeit eine längere interne Ausbildung durchlaufen müssen

- **Reaktion auf akuten Arbeitskräftemangel** durch finanzielle Anreize, um schwer vermittelbare Arbeitsplätze zu besetzen.¹⁰⁶
- **Honorierung von Betriebstreue** durch Gewährung einer freiwilligen Sonderzahlung ausschließlich an Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnis über den Auszahlungszeitpunkt hinaus innerhalb eines bestimmten Zeitraums fortbesteht;¹⁰⁷ wird allerdings neben der Honorierung von Betriebstreue auch an eine bereits erbrachte Arbeitsleistung angeknüpft, handelt es sich um eine Sonderzahlung mit Mischcharakter, sodass eine solche Klausel eine unangemessene Benachteiligung gemäß § 307 Abs. 1 BGB darstellt, da dem Arbeitnehmer bereits erbrachter Lohn entzogen und die Ausübung des Kündigungsrechts unzulässig erschwert wird;¹⁰⁸ unzulässig aber auch bei entgeltrelevanten Zielvereinbarungen, in der für jedes Geschäftsjahr Bonuszahlungen verabredet werden;¹⁰⁹ nach § 307 Abs. 1 BGB außerdem unzulässig bei einer Jahressonderzahlung, die (auch) Entgelt für geleistete Arbeit darstellt und an den ungekündigten Bestand des Arbeitsverhältnisses am 31.12. des Bezugsjahres anknüpft.¹¹⁰
- **Ausschluss von Elternzeitlern** mit ruhendem Arbeitsverhältnis von einer freiwillig gezahlten Weihnachtsgratifikation.¹¹¹
- **Ausschluss von Arbeitnehmern in einem Betriebsteil, der stillgelegt**¹¹² oder veräußert¹¹³ werden soll, von einer Bonuszahlung, die vom Fortbestand des Arbeitsverhältnisses beim bisherigen Arbeitgeber abhängt.
- **Tarifregelung**, mittels der zwischen verschiedenen Gruppen von Gewerkschaftsmitgliedern bei einer tariflichen Sonderzahlung differenziert wird, insbesondere wenn zur Differenzierung ein Stichtag nicht willkürlich gewählt wird.¹¹⁴
- Zahlung einer **Streikprämie** an diejenigen Arbeitnehmer, die während eines Arbeitskampfes weiter ihrer Arbeit nachgehen, soweit diese als Mittel des Arbeitskampfes eingesetzt wird.¹¹⁵ Zwar gilt für ihre Gewährung der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit; allerdings hält die Rechtsprechung eine solche Prämie selbst dann nicht für unangemessen, wenn sie den Tagesverdienst der Streikenden um ein Mehrfaches übersteigt. Im konkreten Fall waren das 200 €.¹¹⁶

106 BAG 21.3.2001, 10 AZR 444/00, NZA 2001, 782.

107 BAG 28.3.2007, 10 AZR 261/06, NZA 2007, 687; BAG 18.1.2012, 10 AZR 667/10, NZA 2012, 620.

108 BAG 18.1.2012, 10 AZR 612/10, NZA 2012, 561.

109 BAG 6.5.2009, 10 AZR 443/08, NZA 2009, 783.

110 BAG 13.11.2013, 10 AZR 848/12, NZA 2014, 368.

111 BAG 12.1.2000, 10 AZR 840/98, NZA 2000, 944; vgl. weiter BAG 10.12.2008, 10 AZR 35/08, NZA 2009, 258.

112 BAG 10.3.1998, 1 AZR 509/97, NZA 1998, 1297.

113 BAG 14.2.2007, 10 AZR 181/06, NZA 2007, 558.

114 BAG 5.9.2012, 4 AZR 696/10, DB 2013, 1123.

115 BAG 13.7.1993, 1 AZR 676/92, NZA 1993, 1135; BAG.

116 BAG 14.8.2018, 1 AZR 287/17; a.A. LAG Nds 18.5.2017, 7 Sa 815/16, LAGE § 612a BGB 2002 Nr 11.

Beispiele für sachfremde Ungleichbehandlungen:

- **Ausschluss von einer Sonderzuwendung**, die Anwesenheit und Betriebstreue prämiert, weil Arbeitnehmer eine vom Arbeitgeber angetragene Verschlechterung der Arbeitsbedingungen ablehnen.¹¹⁷
- Ausschluss **studentischer Hilfskräfte** von einer Sonderzuwendung, die sonst allen Bediensteten einer Hochschule unabhängig von der Art ihrer jeweiligen Tätigkeit gezahlt wird.¹¹⁸
- **Geringerer Stundenlohn** gegenüber einer Vollzeitkraft für eine Studentin, die neben ihrem Studium als Teilzeitkraft beschäftigt wird:¹¹⁹ weder der Status eines Studenten noch die größere zeitliche Flexibilität bei der Festlegung der Arbeitseinsätze stellen einen Sachgrund dar.
- **Geringerer Nachtarbeitszuschlag** für Arbeitnehmer, die Nachtarbeit im Schichtbetrieb leisten gegenüber Arbeitnehmern, die außerhalb von Schichtsystemen Nachtarbeit verrichten.¹²⁰
- **Teilzeitbeschäftigte Fahrer**, denen der Arbeitgeber Sonntagszuschläge und Spesen im Gegensatz zu den Vollzeitfahrern vorenthält.¹²¹
- **Prämie für Nichtteilnahme an einem Streik**, wenn damit nicht ausschließlich die besonderen Belastungen ausgeglichen werden sollen, die mit jeder Streikarbeit verbunden sind.¹²²
- **Höheres Weihnachtsgeld für Angestellte**, ohne dass ein konkretes Bedürfnis besteht, sie damit stärker als Arbeiter an den Betrieb zu binden.¹²³

III. Verbot diskriminierender Vergütungsregelungen**1. Grundsatz**

Diskriminierungsverbote verbieten dem Arbeitgeber – meist aus sozialpolitischen Gründen –, Arbeitnehmer gegenüber anderen Arbeitnehmern in vergleichbarer Lage zu benachteiligen.¹²⁴ Vom Gleichbehandlungsgrundsatz **unterscheiden** sich die Diskriminierungsverbote vor allem in **dreierlei Hinsicht**:

117 BAG 30.7.2008, 10 AZR 497/07, NZA 2008, 1412.

118 BAG 6.10.1993, 10 AZR 450/92, NZA 1994, 257.

119 BAG 25.4.2001, 5 AZR 368/99, NZA 2002, 1211.

120 BAG 21.3.2018, 10 AZR 34/17, BB 2018, 2362.

121 ArbG Weiden 5.7.2017, 3 Ca 1513/16, juris.

122 BAG 28.7.1992, 1 AZR 87/92, NZA 1993, 267; BAG 14.8.2018, 1 AZR 287/17.

123 BAG 12.10.2005, 10 AZR 640/04, NZA 2005, 1418.

124 Maschmann-Bayreuther, S. 77 ff.

Kap. 13 Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung

- Sie sind nicht auf das bestehende Arbeitsverhältnis beschränkt, sondern können auch die **Einstellung** betreffen (z. B. § 2 Abs. 1 Nr. 1 AGG).
- Sie setzen **keine Regel** voraus. Sie gelten beispielsweise auch für die individuelle Entgeltvereinbarung (§ 7 Abs. 2 AGG) und bei Maßnahmen, die nur einen einzigen Arbeitnehmer betreffen (§ 612a BGB).
- Sie sind regelmäßig **unabdingbar**.¹²⁵

25 Wer gegenüber wem, bei welchen Maßnahmen und mit welcher Rechtsfolge nicht benachteiligt werden darf, ergibt sich aus der jeweiligen gesetzlichen Regelung. Manchmal sind dort auch Ausnahmen vom Benachteiligungsverbot oder Gründe für eine zulässige Zurücksetzung geregelt. Die meisten Diskriminierungsverbote betreffen persönliche Eigenschaften oder Verhältnisse oder knüpfen an Funktionen an, die im öffentlichen Interesse ausgeübt werden. Im Folgenden können nur einige Fälle beispielhaft genannt werden.¹²⁶ Die wichtigsten Diskriminierungsverbote enthält § 7 Abs. 1 AGG.¹²⁷

2. Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz

a) Grundsatz

26 Wegen welcher Merkmale Arbeitnehmer nicht benachteiligt werden dürfen, zählt § 1 AGG abschließend auf. Das AGG lässt Gesetze, die vor anderen Benachteiligungen schützen, unberührt (§ 2 Abs. 3 AGG). Aus den in §§ 5, 8–10 AGG genannten Gründen können Benachteiligungen gerechtfertigt sein. Praktisch relevant sind direkte und indirekte Ungleichbehandlungen wegen des Geschlechts und solche aus Altersgründen.

b) Geschlecht

27 Vergütungsregeln, die eine **Frau** unmittelbar wegen ihres Geschlechts benachteiligen, sind unzulässig, kommen heute aber kaum noch vor.¹²⁸ Von Bedeutung sind mittelbare Benachteiligungen, die sich daraus ergeben, dass Teilzeitkräfte und Elternzeitler überwiegend weiblichen Geschlechts sind.¹²⁹ Die **Versagung von Entgeltleistungen an Elternzeitler** lässt sich typischerweise mit der Nicht-

125 *Fastrich*, RdA 2000, 65, 68.

126 Näheres bei *Fastrich*, RdA 2000, 65, 75 ff.

127 Zur analogen Anwendung des 2. Abschnitts des AGG auf den Geschäftsführer einer GmbH unter bestimmten Voraussetzungen BAG 23.4.2012, NZA 2012, 797.

128 Vgl. aber *Winter*, FS Heide Pfarr, S. 320 ff.

129 *Rolfs/Wessel*, NJW 2009, 3329 ff.

erbringung der Arbeitsleistung rechtfertigen.¹³⁰ Das gilt für das Arbeitsentgelt einschließlich der Sachbezüge sowie für alle anderen Vergütungen, die sich als Gegenleistung für eine tatsächlich erbrachte Arbeit darstellen, wenn mit ihnen auch kein weiterer Zweck, wie z.B. die Förderung der Betriebstreue, verfolgt wird.¹³¹ Zur Benachteiligung von Teilzeitkräften s. Rn. 37 ff.

c) Alter

Vergütungsregeln, die an das **Lebensalter** anknüpfen und dabei jüngere Mitarbeiter gegenüber älteren benachteiligen, sind problematisch.¹³² Die Ungleichbehandlung kann **unmittelbar** (§ 3 Abs. 1 AGG) geschehen, etwa wenn eine tarifliche **Grundvergütung nur nach dem Lebensalter** gestaffelt wird,¹³³ oder **mittelbar** (§ 3 Abs. 2 AGG), wenn die Vergütung von der **Dauer der Betriebszugehörigkeit** oder dem Innehaben einer bestimmten Position abhängt, weil eine längere Dienstzeit im Regelfall mit einem entsprechend höheren Lebensalter einhergeht.¹³⁴

Eine **unterschiedliche Behandlung wegen des Alters** ist nach § 10 Satz 1 AGG **zulässig**, wenn sie objektiv und angemessen und durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist. Da § 10 AGG der Umsetzung von Art. 6 RL 2000/78/EG in das nationale Recht dient¹³⁵ und zugleich das Verbot der Altersdiskriminierung in Art. 21 EU-GRCh konkretisiert,¹³⁶ muss die Vorschrift **unionsrechtskonform** unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH **ausgelegt** werden.¹³⁷ Da § 10 Satz 1 AGG keine legitimen Ziele nennt, ist auf Art. 6 RL 2000/78/EG zurückzugreifen, der hierfür als Beispiele **Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung** anführt. Bei ihnen handelt es sich um **sozialpolitische Ziele der Allgemeinheit**. Dasselbe hat die Rechtsprechung für Ziele angenommen, die ein Arbeitgeber mit einer im Arbeitsvertrag vorgesehenen betrieblichen

130 Vgl. z. B. BAG 20.4.2010, 3 AZR 370/08, NZA 2010, 1188; *Zwanziger*, NZA-Beil. 2012, 108, 110.

131 BAG 24.10.1990, 6 AZR 156/89, DB 1991, 446; vgl. weiter Küttner-Poeche, Elternzeit, Rn. 58 ff. m. w. N.

132 *Dornbusch/Kasprzyk*, NZA 2009, 1000; *Glajcar*, Altersdiskriminierung durch tarifliche Vergütung, Diss. 2011; *Kaiser*, Tarifverträge und Altersdiskriminierungsschutz, Diss. 2012; *Kasprzyk*, Altersdiskriminierung im deutschen Arbeitsrecht, Diss. 2014.

133 So wie früher beim BAT, vgl. BAG 10.11.2011, 6 AZR 481/09, NZA-RR 2012, 100.

134 BAG 15.11.2012, 6 AZR 359/11, NZA 2013, 629 Rn. 38 ff.

135 BAG 18.3.2014, 3 AZR 69/12, NZA 2014, 606 Rn. 21.

136 EuGH 13.9.2011, C-447/09, NZA 2011, 1039 Rn. 38 – Prigge; BVerfG 21.4.2015, 2 BvR 1322/12, BVerfGE 139, 19.

137 Dazu auch BAG 21.10.2014, 9 AZR 956/12, NZA 2015, 297 Rn. 17; BAG 12.6.2013, 7 AZR 917/11, NZA 2013, 1428 Rn. 32; BAG 5.3.2013, 1 AZR 417/12, NZA 2013, 916 Rn. 40.

Kap. 13 Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung

Altersversorgung anstrebt.¹³⁸ Für legitim hält die Rechtsprechung deshalb auch Maßnahmen, die der Verbreitung der betrieblichen Altersversorgung dienen. Dazu gehört auch das Interesse des Arbeitgebers, das mit der Gewährung einer betrieblichen Altersrente eingegangene Risiko sachgerecht zu begrenzen.¹³⁹ Ziele, die nur im Eigeninteresse des Arbeitgebers liegen, wie etwa **Kostenreduzierung und Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit**, können eine Benachteiligung wegen des Alters für sich allein nicht rechtfertigen.¹⁴⁰

- 30 Außerdem muss die Ungleichbehandlung angemessen und erforderlich sein (§ 10 Satz 2 AGG). Das ist der Fall, wenn Arbeitnehmer nicht übermäßig wegen ihres Alters benachteiligt werden,¹⁴¹ d.h. wenn die Benachteiligung nicht über das hinausgeht, was zur Erreichung des angestrebten Ziels notwendig ist.¹⁴² Dafür trägt der Arbeitgeber die Darlegungs- und Beweislast.¹⁴³ Erfolgt eine Regelung durch die Sozialpartner, genießen diese für ihre Entgeltpolitik einen weiten Ermessensspielraum.¹⁴⁴ Die Rechtsprechung unterstellt, dass sie bei der Wahrnehmung ihres Grundrechts auf Kollektivverhandlungen (Art. 28 EU-GRCh) für einen angemessenen Ausgleich sorgen.¹⁴⁵ Freilich werden auch die Sozialpartner nicht vollkommen vom Verbot der Altersdiskriminierung freigestellt.¹⁴⁶
- 31 Hilfestellung bei der Rechtfertigung leisten die in § 10 Satz 3 AGG genannten Beispiele. So erlaubt etwa § 10 Satz 3 Nr. 1 AGG besondere Arbeitsbedingungen zum Schutz älterer Beschäftigter.¹⁴⁷ Allerdings ist auch dann substantiiert darzulegen, dass eine Schutzvorschrift angemessen und erforderlich ist.¹⁴⁸ Der pauschale Vortrag, dass mit höherem Lebensalter das Erholungsbedürfnis steigt, genügt daher nicht, um einen **längeren Erholungsurlaub** schon für über 30-Jäh-

138 EuGH 26.9.2013, C-476/11, EuZW 2013, 951 – HK Danmark Rn. 60 ff.; BAG 26.9.2017, 3 AZR 72/16, NZA 2018, 315 Rn. 49; BAG 17.10.2017, 3 AZR 199/16, NZA 2018, 376.

139 EuGH 13.7.2017, C-354/16, NZA 2017, 1047 – Kleinststeuer Rn. 62; BAG 26.4.2018, 3 AZR 19/17, NZA 2018, 1006.

140 Vgl. BAG 23.7.2015, 6 AZR 457/14, NZA 2015, 1380 Rn. 48

141 Vgl. etwa EuGH 9.9.2015, C-20/13, NVwZ 2016, 131 Rn. 43 – Unland; EuGH 26.9.2013, C-546/11, NVwZ 2013, 1401, Rn. 56 – Dansk Jurist.

142 EuGH 22.11.2005, C-144/04, NZA 2005, 1345 Rn. 65 – Mangold.

143 Vgl. BAG 23.7.2015, 6 AZR 457/14, NZA 2015, 1380 Rn. 37 m.w.N.; BAG 24.1.2013, 8 AZR 429/11, NJW 2013, 2055, Rn. 50.

144 EuGH 16.10.2007, C-411/05, NZA 2007, 1219 Rn. 68 – Palacios de la Villa; EuGH 12.10.2010, C-45/09, NZA 2010, 1167 Rn. 41 – Rosenblatt.

145 Vgl. EuGH 12.10.2010, C-45/09, NZA 2010, 1167 Rn. 67 – Rosenblatt m.w.N.; EuGH 8.9.2011, C-298/10, NZA 2011, 1100 Rn. 66 – Hennigs.

146 Vgl. EuGH 27.10.1993, C-127/92, NZA 1994, 797 Rn. 22 – Enderby; EuGH 8.9.2011, C-298/10, NZA 2011, 1100 Rn. 68 – Hennigs.

147 BAG 22.10.2015, 8 AZR 168/14, NZA 2016, 1081 Rn. 47 ff.

148 St. Rspr., vgl. BAG 12.4.2016, 9 AZR 659/14, NZA-RR 2016, 438.

rige zu rechtfertigen.¹⁴⁹ Ebenso wenig existiert ein Erfahrungssatz, dass alle über 50-Jährigen ein erhöhtes Erholungsbedürfnis hätten, weil von da an ihre physische Belastbarkeit abnähme.¹⁵⁰ Indes kann ab einem bestimmten Alter ein gesteigertes Erholungsbedürfnis „eher nachvollziehbar“ sein. Aus diesem Grund hat die Rechtsprechung einen um zwei Tage längeren Erholungsurlaub für über 58-Jährige unbeanstandet gelassen.¹⁵¹ Eine unzulässige Benachteiligung von Teilzeitbeschäftigten stellt es allerdings dar, wenn vollzeitbeschäftigte Arbeitnehmer ab dem 57. Lebensjahr eine wöchentliche Altersfreizeit von 2,5 Stunden erhalten, Arbeitnehmer mit einer wöchentlichen Arbeitszeit mit weniger als 35 aber leer ausgehen.¹⁵²

Ebenfalls keinen Rechtfertigungsgrund liefert das Argument, eine Ungleichbehandlung Jüngerer sei erforderlich, um einen **höheren finanziellen Bedarf älterer Arbeitnehmer** auszugleichen. Abgesehen davon, dass es sich hierbei nicht um ein sozialpolitisches Ziel i. S. d. Art. 6 RL 2000/78 handelt,¹⁵³ fehlt es an einer nachvollziehbaren Korrelation zwischen Alter und finanziellem Bedarf.¹⁵⁴ So kann ein junger Arbeitnehmer erhebliche familiäre Lasten zu tragen haben, während ein älterer möglicherweise ledig ist und kein unterhaltsberechtigtes Kind hat. Entsprechendes gilt für den Ausgleich schlechterer Chancen älterer Arbeitnehmer auf dem Arbeitsmarkt. Zwar kann die Kompensation dieses Nachteils ein an sich legitimes sozialpolitisches Ziel i. S. d. § 10 AGG darstellen.¹⁵⁵ Die damit einhergehende Benachteiligung Jüngerer ist jedoch unzulässig, wenn eine Arbeitgeberleistung nicht den vollständigen Verlust des Arbeitsplatzes ausgleichen soll, sondern Einkommensminderungen infolge eines Arbeitsplatzwechsels.¹⁵⁶ Ob der Ausgleich einer altersbedingten Minderung der Leistungsfähigkeit durch eine **Verdienstsicherungsklausel** ein legitimes Ziel i. S. v. § 10 AGG bildet, hat die Rechtsprechung offengelassen.¹⁵⁷

149 BAG 20.3.2012, 9 AZR 529/10, NZA 2012, 803 Rn. 20; BAG 13.10.2009, 9 AZR 722/08, BAGE 132, 210.

150 BAG 12.4.2016, 9 AZR 659/14, NZA-RR 2016, 438 Rn. 26.

151 BAG 21.10.2014, 9 AZR 956/12, NZA 2015, 297 Rn. 33.

152 LAG Düsseldorf 13.9.2016, 14 Sa 874/15 juris.

153 BAG 15.11.2012, 6 AZR 359/11, NZA 2013, 629 Rn. 32.

154 EuGH 8.9.2011, C-298/10, NZA 2011, 1100 Rn. 70 – Hennigs.

155 BAG 15.12.2011, 2 AZR 42/10, NZA 2012, 1044 Rn. 53 ff.; BAG 12.4.2011, 1 AZR 743/09, NZA 2011, 985 Rn. 14.

156 BAG 15.11.2012, 6 AZR 359/11, NZA 2013, 629 Rn. 35.

157 BAG 15.11.2012, 6 AZR 359/11, NZA 2013, 629 Rn. 36; bejahend *Linsenmaier*, RdA 2003, Sonderbeil. zu Heft 5, S. 22, 29; *Adomeit/Mohr*, § 10 AGG Rn. 98; *Bauer AGG*, § 5 AGG Rn. 18; zweifelnd und differenzierend *Glajcar*, S. 158 ff.

Kap. 13 Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung

- 32a Großzügiger verfährt die Rechtsprechung bei der Gewährung freiwilliger Leistungen aus einer betrieblichen Altersversorgung.¹⁵⁸ Beispielsweise erlaubt sie die Bestimmung von Altersgrenzen, jenseits derer der Arbeitgeber keine Beiträge mehr in die Versorgungssysteme entrichtet, was dazu führt, dass Arbeitnehmer, die über diese Grenze hinaus weiterarbeiten, keine zusätzlichen Versorgungsansprüche erhalten.¹⁵⁹ Allerdings muss die Altersgrenze zur Begrenzung des finanziellen Risikos, das der Arbeitgeber mit dem Versprechen einer Altersrente eingeht, erforderlich sein.¹⁶⁰ Das hat die Rechtsprechung für eine auf die Vollendung des 60. Lebensjahres bezogene Altersgrenze bejaht, weil die überwiegende Mehrheit der in dem fraglichen Betrieb Beschäftigten mit diesem Alter ihre Erwerbsarbeit ohnehin beendet hatte.¹⁶¹ Für ebenso wenig altersdiskriminierend hat die Rechtsprechung eine Abstandsregelung in einer Versorgungsordnung erachtet, nach der Ehegatten, die mindestens 15 Jahre jünger als der versorgungsberechtigte Arbeitnehmer waren, von der Gewährung einer Hinterbliebenenversorgung ausgeschlossen wurden.¹⁶²
- 33 Zulässig ist es, die **Berufserfahrung** eines Arbeitnehmers zu honorieren. Da diese üblicherweise mit der Dauer der Betriebszugehörigkeit steigt, lässt sich das **Dienstalter** – anders als das Lebensalter – auch bei der Vergütung berücksichtigen.¹⁶³ Stellt ein Vergütungssystem ganz allgemein auf das Dienstalter ab, muss der Arbeitgeber nicht im Einzelnen nachweisen, dass ein älterer Arbeitnehmer über die Jahre tatsächlich mehr Berufserfahrung als ein jüngerer gesammelt hat.¹⁶⁴ Anders liegt es nur, wenn der Arbeitnehmer konkrete Anhaltspunkte dafür liefert, dass bei seiner Arbeit Berufserfahrung und Dienstalter nichts miteinander zu tun haben. Dann ist es Sache des Arbeitgebers, das Gegenteil zu beweisen.¹⁶⁵ Stets kommt es auf die Art der Tätigkeit an. Für eine nach dem 55. Lebensjahr typischerweise vorliegende besondere Berufserfahrung gibt es keinerlei Anhaltspunkte.¹⁶⁶ Unzulässig ist es, wenn ein Tarifvertrag zwar innerhalb

158 Vgl. EuGH 26.9.2013, C-546/11, NVwZ 2013, 1401 – Dansk Jurist Rn. 59; BAG 26.4.2018, 3 AZR 19/17, NZA 2018, 1006 Rn. 40 f.

159 Vgl. EuGH 26.2.2015, C-515/13, NZA 2015, 473 – Ingeniørforeningen i Danmark Rn. 2.

160 Vgl. EuGH 26.9.2013, C-546/11, NVwZ 2013, 1401 – Dansk Jurist Rn. 59.

161 BAG 17.10.2017, 3 AZR 199/16, NZA 2018, 376 Rn. 25 mwN; BAG 26.4.2018, 3 AZR 19/17, NZA 2018, 1006.

162 BAG 20.2.2018, 3 AZR 43/17, BB 2018, 1148.

163 EuGH 17.10.1989, C-109/88, NZA 1990, 772 Rn. 24 f. – Danfoss; EuGH 3.10.2006, C-17/05, NZA 2006, 1205, Rn. 34 f., 40 – Cadman; EuGH 18.6.2009, C-88/08, NZA 2009, 891 Rn. 47 – Hütter; EuGH 8.9.2011, C-298/10, NZA 2011, 1100 Rn. 72 – Hennigs; EuGH 19.6.2014, C-502/12, NZA 2014, 831 Rn. 48 – Specht; BAG 15.11.2012, 6 AZR 359/11, NZA 2013, 629 Rn. 33.

164 EuGH 3.10.2006, C-17/05, NZA 2006, 1205 Rn. 35 – Cadman.

165 EuGH 3.10.2006, C-17/05, NZA 2006, 1205 Rn. 38 – Cadman.

166 BAG 15.11.2012, 6 AZR 359/11, NZA 2013, 629 Rn. 34.

einer Vergütungsgruppe einen stufenweisen Aufstieg in Abhängigkeit vom Lebens- und Dienstalter vorsieht, die **erstmalige Einstufung** aber **allein nach dem Lebensalter** erfolgt.¹⁶⁷ Wird jedoch ein derart altersdiskriminierender Tarifvertrag durch einen diskriminierungsfreien ersetzt, können die Benachteiligungen für einen Übergangszeitraum hinnehmbar sein, um den Besitzstand einer bestimmten Personengruppe zumindest vorübergehend zu wahren.¹⁶⁸ Eine Tarifregelung, die bei der **Anrechnung von Entgelterhöhungen** auf eine zur **Einkommenssicherung gebildete Zulage** nach dem Lebensalter differenziert, kann unzulässig sein. Erlaubt ist aber eine Differenzierung nach der Dauer der Betriebszugehörigkeit.¹⁶⁹

3. Staatsangehörigkeit

Art. 45 AEUV, der unmittelbar im Arbeitsverhältnis gilt,¹⁷⁰ verbietet jede auf der Staatsangehörigkeit beruhende unterschiedliche Behandlung der Arbeitnehmer der Mitgliedstaaten in Bezug auf Beschäftigung, Entlohnung und sonstige Arbeitsbedingungen. Die Vorschrift schützt allerdings nur Bürger aus den Mitgliedstaaten der EU. Für die anderen gilt § 7 AGG. **34**

4. Gewerkschaftszugehörigkeit

Vergütungsabreden, die das Grundrecht auf koalitionsmäßige Betätigung einschränken und zu behindern suchen, sind nichtig, einseitige Maßnahmen des Arbeitgebers rechtswidrig (Art. 9 Abs. 3 GG). Nichtorganisierte Arbeitnehmer dürfen deshalb gegenüber organisierten beim Entgelt nicht begünstigt werden. Umgekehrt wird nicht gegen Art. 9 Abs. 3 GG verstoßen, wenn tariflich geregelte Arbeitsbedingungen nur den Gewerkschaftsmitgliedern gewährt werden.¹⁷¹ Zulässig sind darüber hinaus **einfache Differenzierungsklauseln**,¹⁷² d. h. Klauseln, die eine tarifliche Leistung von der Zugehörigkeit zu der tarifschließenden Gewerkschaft abhängig machen, den Arbeitgeber aber nicht hindern, diese Leistung auch anderen Arbeitnehmern zu gewähren („erhalten die ver.di-Mitglieder in jedem Geschäftsjahr ... eine Ausgleichszahlung in Höhe von 535 € brutto“).¹⁷³ Diese Klauseln geben nur die Rechtslage nach §§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 TVG wieder. Zulässig ist es ferner, wenn eine Leistung nur denjenigen gewährt wird, die **35**

¹⁶⁷ EuGH 8.9.2011, C-298/10, NZA 2011, 1100 Rn. 75 ff. – Hennigs.

¹⁶⁸ EuGH 8.9.2011, C-298/10, NZA 2011, 1100 Rn. 79 ff., 99 – Hennigs.

¹⁶⁹ BAG 15.11.2012, 6 AZR 359/11, NZA 2013, 629.

¹⁷⁰ EuGH 6.6.2000, C-281/98, NZA-RR 2001, 20.

¹⁷¹ BAG 18.3.2009, 4 AZR 64/08, NZA 2009, 1028, 1034; BAG 21.5.2014, 4 AZR 50/13, NZA 2015, 115; Küttner-Kania, Gleichbehandlung, Rn. 23.

¹⁷² BAG 21.8.2013, NZA-RR 2014, 201; BAG 21.5.2014, 4 AZR 50/13, NZA 2015, 115.

¹⁷³ BAG 18.3.2009, NZA 2009, 1028; ebenso BAG 13.6.2012, NZA 2012, 1052.

Kap. 13 Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung

zu einem bestimmten **Stichtag** Gewerkschaftsmitglied waren.¹⁷⁴ Allerdings darf dieser Stichtag nicht willkürlich gewählt sein.¹⁷⁵ Stichtagsregelungen sind zulässig, wenn nur so verlässlich und planbar bestimmt werden kann, wie viele Mitglieder einen Anspruch auf ergänzende Leistungen (zB Abfindungszahlungen, BeE-Monatsentgelte) haben.¹⁷⁶ Stets bleibt es dem Arbeitgeber unbenommen, den nicht und den anders organisierten Arbeitnehmern die **tarifliche Leistung arbeitsvertraglich zuzusagen**. Allerdings reicht für eine Zusage nach der umstrittenen Rechtsprechung des BAG eine bloße Bezugnahme auf den Tarifvertrag nicht aus, selbst wenn man sie als Gleichstellungsabrede auffasst.¹⁷⁷ Immerhin hat der Arbeitnehmer für die Zukunft die Möglichkeit, durch Gewerkschaftsbeitritt Anspruch auf die tarifliche Leistung zu erlangen.

- 36** Unzulässig sind dagegen **qualifizierte Differenzierungsklauseln**, d.h. Klauseln, mit denen erreicht werden soll, dass nur gewerkschaftsangehörige Arbeitnehmer bestimmte tarifliche Leistungen (Zulagen, Zusatzurlaub) erhalten.¹⁷⁸ Diese Klauseln gibt es in zwei Varianten: als **Tarifausschlussklauseln**, die es dem Arbeitgeber verbieten, die tariflichen Leistungen nicht oder anders organisierten Arbeitnehmern („Außenseitern“) zu gewähren, und als **Spannen(sicherungs)- oder Abstandsklauseln**, die den Arbeitgeber verpflichten, Leistungen für die Organisierten aufzustocken, um ihnen dadurch einen bestimmten Vorsprung vor den Außenseitern zu sichern. Für qualifizierte Differenzierungsklauseln fehlt den Tarifvertragsparteien die Rechtsmacht. Da sie lediglich kollektiv Privatautonomie ausüben, können sie keine Vereinbarungen zulasten von nicht oder anders Organisierten abschließen. Auf die Höhe des Vorteils für die Gewerkschaftsmitglieder kommt es nicht an.¹⁷⁹

5. Teilzeitarbeit

- 37** **Teilzeitbeschäftigte** dürfen wegen der Teilzeitarbeit nicht willkürlich schlechter vergütet werden als vergleichbare Vollzeitbeschäftigte. Sie haben **grundsätzlich**

174 Solche Klauseln wertet die Rechtsprechung allerdings nicht als „einfache Differenzierungsklauseln“ im obigen Sinne, vgl. BAG 6.7.2016, 4 AZR 966/13, USK 2016, 108; BAG 17.5.2017, 4 AZR 646/14, juris.

175 Bei einem Tarifvertrag über Abfindungen anlässlich einer Teilbetriebsstilllegung etwa das Datum des Tarifabschlusses, BAG 15.4.2015, 4 AZR 796/13, NZA 2015, 1388 m. krit. Anm. *Greiner*, NZA 2016, 10.

176 BAG 6.7.2016, 4 AZR 966/13, USK 2016, 108.

177 BAG 18.3.2009, NZA 2009, 1028; krit. dazu *Bauer/Arnold*, NZA 2009, 1169, 1171; *dies.*, NZA 2011, 945, 948; *Franzen*, NZA-Beil. 2011, 108, 117 ff.; *Lobinger/Hartmann*, RdA 2010, 235 ff.; *Richardi*, NZA 2010, 417, 419.

178 Grundlegend BAG 21.2.1967, 1 AZR 495/65, AP GG Art. 9 Nr. 12; für Spannenklauseln jetzt auch BAG 23.3.2011, 4 AZR 366/09, NZA 2011, 920.

179 *Bauer/Arnold*, NZA 2011, 945, 947.

pro rata temporis Anspruch auf dasselbe Entgelt wie Vollzeitkräfte (§ 4 Abs. 1 TzBfG).¹⁸⁰ Entgelt im Sinne dieser Vorschrift sind alle gegenwärtigen und künftigen Leistungen des Arbeitgebers, die mit dem Arbeitsverhältnis zusammenhängen.¹⁸¹ Dazu gehören neben der Grundvergütung alle Zulagen und Zuschläge, aber auch einmalige und wiederkehrende Zuwendungen, wie z. B. Urlaubs-, Weihnachts- und Jubiläumsgeld, sowie alle Sachbezüge. Eine Benachteiligung wegen der Teilzeitarbeit erfolgt schon dann, wenn die Dauer der Arbeitszeit den maßgeblichen Anknüpfungspunkt für die Ungleichbehandlung bildet.¹⁸² Das ist beispielsweise der Fall, wenn eine Vergütungsregel ausdrücklich nur für Vollzeitbeschäftigte gilt oder wenn Arbeitnehmer erst ab einer bestimmten Arbeitszeit von ihr erfasst werden.¹⁸³ Auf eine Diskriminierungsabsicht des Arbeitgebers kommt es nicht an.¹⁸⁴ Keine Rolle spielt der Umfang der Teilzeitarbeit. Auch **geringfügig Beschäftigte** auf der Basis von sozialversicherungs-freien 450 €-Jobs (vgl. § 8 Abs. 1 SGB IV) dürfen grundsätzlich nicht schlechter als Vollzeitkräfte vergütet werden.¹⁸⁵ Sie haben deshalb Anspruch auf Zahlung des anteiligen (Tarif-)Entgelts,¹⁸⁶ sowie pro-rata-temporis auf alle Zulagen und Zuschläge. Organisatorischer Bezugspunkt für die Vergütung einer vergleichbaren Vollzeitkraft ist der Betrieb (§ 2 Abs. 1 Satz 3 TzBfG), jedenfalls soweit der Arbeitgeber nicht eine unternehmensweit oder zumindest überbetrieblich geltende Vergütungsregel aufstellt.

Liegt eine **Benachteiligung** vor, ist diese nach der Rechtsprechung nur dann **erlaubt**, wenn es hierfür **objektive Gründe** gibt, die einem wirklichen Bedürfnis des Unternehmens dienen. Die Benachteiligung muss für die Erreichung dieses Zieles geeignet und erforderlich sein.¹⁸⁷ Geeignet ist die Benachteiligung, wenn mit ihr das angestrebte Ziel erreicht werden kann; erforderlich ist sie, wenn sie das mildeste Mittel zur Zielerreichung darstellt, es also keine weniger belastende Maßnahme gibt, mit der sich das Ziel ebenso gut erreichen lässt.¹⁸⁸ Die Sachgrundprüfung ist daher **keine reine Willkürkontrolle**, sondern **Inhaltskontrolle** am Maßstab des **Verhältnismäßigkeitsprinzips**. Dieser strenge Kontrollmaßstab geht darauf zurück, dass die Benachteiligung von Teilzeitkräften regelmä-

38

180 Die Vorschrift ist zwingend und steht deshalb auch nicht zur Disposition der Tarifparteien, vgl. BAG 21.2.2013, 6 AZR 524/11, NZA 2013, 625 Rn. 33.

181 BeckOKArbR-Bayreuther, § 4 TzBfG Rn. 12.

182 BAG 29.1.1992, 5 AZR 518/90, NZA 1992, 1037, 1039; BAG 30.9.1998, 5 AZR 18/98, NZA 1999, 774 m. w. N.

183 ErfK-Preis, § 4 TzBfG Rn. 34.

184 BAG 7.3.1995, 3 AZR 282/94, NZA 1996, 48; AT-Thüsing, § 4 TzBfG Rn. 22.

185 EuGH 9.9.1999, C-281/97, BB 2002, 1210.

186 BAG 25.1.1989, 5 AZR 161/88, AP BeschFG 1985 § 2 Nr. 2.

187 EuGH 13.7.1989, C-171/88, NZA 1990, 437; EuGH 14.12.1995, C-317/93, NZA 1996, 129.

188 ErfK-Preis, § 4 TzBfG Rn. 41.

Kap. 13 Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung

big zugleich eine mittelbare Ungleichbehandlung wegen des Geschlechts darstellt, weil Teilzeitarbeit überwiegend von Frauen verrichtet wird. Von daher wäre auch eine Prüfung am Maßstab des § 7 AGG bzw. Art. 157 AEUV erforderlich. Diese erspart sich die Rechtsprechung, indem sie den Kontrollmaßstab bei § 4 TzBfG verschärft.¹⁸⁹

- 39 Allein das **geringere Arbeitspensum** von Teilzeitkräften rechtfertigt die geringere Vergütung ebenso wenig¹⁹⁰ wie deren **längere Freizeit**.¹⁹¹ Zulässige Anknüpfungspunkte für eine Ungleichbehandlung können aber z. B. sein: eine geringere Arbeitsleistung, Qualifikation oder Berufserfahrung von Teilzeitkräften, aber auch die unterschiedlichen Anforderungen des Arbeitsplatzes.¹⁹² Ähnlich wie beim Gleichbehandlungsgrundsatz (s. oben Rn. 21) kommt es für die Rechtfertigung vor allem auf den Zweck an, den der Arbeitgeber mit der (ungleichen) Vergütung verfolgt.¹⁹³ Entscheidend ist, ob der **Entgeltcharakter** der Leistung im Vordergrund steht oder der Arbeitgeber einen anderen, nicht an die Dauer der Arbeitszeit anknüpfenden Zweck verfolgt.¹⁹⁴ Erfüllen Teilzeitkräfte die einzel- oder kollektivvertraglich geregelten Voraussetzungen einer Zulage, besteht ein anteiliger Anspruch.

40 Beispiele für zulässige Ungleichbehandlungen:

- **Geringfügig Beschäftigte**, die nicht der gesetzlichen Rentenversicherungspflicht unterliegen, dürfen von der als Gesamtversorgungssystem ausgestalteten Zusatzversorgung im öffentlichen Dienst ausgenommen werden.¹⁹⁵
- Kürzung einer **Funktionszulage**, wenn sie reines Entgelt für die Arbeit in einer bestimmten Funktion darstellt.¹⁹⁶ Anders, wenn eine (tarifliche) Funktionszulage für eine herausgehobene Tätigkeit gewährt wird, die den Tätigkeitsmerkmalen der nächsthöheren Vergütungsgruppe noch nicht entspricht, jedoch nach der Einschätzung der Tarifvertragsparteien mit der Grundvergütung der innegehabten Vergütungsgruppe nicht angemessen bezahlt ist, und der Anteil der von der Teilzeitkraft verrichteten herausgehobenen Tätigkeit dem bei einem Vollzeitbeschäftigten erforderlichen Anteil entspricht.¹⁹⁷
- Zeitanteilige Kürzung einer **Sondervergütung** (Weihnachts-, Urlaubs-,¹⁹⁸ Jubiläumsgeld usw.), wenn sie ausnahmsweise reinen Entgeltcharakter hat.¹⁹⁹

189 ErfK-Preis, § 4 TzBfG Rn. 39.

190 BAG 6.12.1990, 6 AZR 159/89, NZA 1991, 350.

191 BAG 15.12.1998, 3 AZR 239/97, NZA 1999, 882.

192 BAG 25.10.1994, 3 AZR 149/94, NZA 1995, 730.

193 BAG 18.3.2014, 9 AZR 694/12, AP TzBfG § 4 Nr. 25.

194 BAG 11.12.1996, 10 AZR 359/96, NZA 1997, 661.

195 BAG 27.2.1996, 3 AZR 886/94, NZA 1996, 992.

196 BAG 17.4.1996, 10 AZR 617/95, NZA 1997, 324.

197 BAG 18.3.2009, 10 AZR 338/08, AP TzBfG § 4 Nr. 20.

198 BAG 15.4.2003, 9 AZR 548/01, NZA 2004, 494.

199 BAG 16.4.2003, 4 AZR 156/02, NZA 2004, 991, 994.

- Zeitanteilige Kürzung einer **Abfindung** für das freiwillige Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis bei Teilzeitkräften.²⁰⁰
- Nur zeitanteilige Gewährung einer **Wechsel- oder Nachtschichtzulage**, wenn diese schwerpunktmäßig an die grundsätzlichen Belastungen durch Wechselschicht- und Nachtarbeit anknüpft und sie bei Teilzeitbeschäftigten geringer sind.²⁰¹
- Gewährung eines **Mehrarbeitszuschlags** für Teilzeitbeschäftigte erst bei Überschreiten der regelmäßigen Arbeitszeit von Vollzeitbeschäftigten.²⁰² Bei gleicher Stundenzahl darf der Verdienst der Teilzeitkraft aber nicht geringer als bei der Vollzeitkraft ausfallen.²⁰³
- Vereinbarung, nach der ein geringfügig Beschäftigter i. S.d. §§ 8 Abs. 1 Nr. 1 SGB IV, 40a Abs. 2 EStG im Innenverhältnis zum Arbeitgeber die für ihn abzuführende **pauschale Lohnsteuer** zu tragen hat, weil auch ein Vollzeitbeschäftigter mit ihr wirtschaftlich belastet wird.²⁰⁴

Beispiele für unzulässige Ungleichbehandlungen:

41

- **Prämien für erwiesene und künftig Betriebstreue** dürfen für Teilzeitkräfte nicht geringer bemessen werden als für Vollzeitkräfte, weil der Aspekt der Bindung an den Betrieb bei beiden in gleicher Weise relevant wird.²⁰⁵
- Vollständiger oder teilweiser **Ausschluss von Sonderzahlungen** und Gratifikationen **wegen der besonderen sozialen Lage von Arbeitnehmern** (z. B. wegen familienrechtlicher Unterhaltsansprüche von teilzeitbeschäftigten Studenten gegen ihre Eltern²⁰⁶ oder wegen ihrer Sozialversicherungsfreiheit.²⁰⁷
- Kürzung einer **Funktionszulage**, die allgemein für die Übernahme einer Funktion gewährt wird.²⁰⁸ Teilzeitbeschäftigte „SB-Kassiererinnen“ haben z. B. Anspruch auf die Zahlung der tariflichen Funktionszulage, wenn sie auf Anweisung der Geschäftsleitung zu mehr als 24/38 ihrer Arbeitszeit an einer Ausgangskasse tätig sind.²⁰⁹
- Nichtgewährung einer **Ausgleichszulage** an Teilzeitkräfte, wenn der Arbeitgeber mit ihr Zwecke verfolgt, die auch von den Teilzeitbeschäftigten erfüllt werden kön-

200 BAG 13.2.2007, 9 AZR 729/06, AP TzBfG § 4 Nr. 13.

201 BAG 25.9.2013, 10 AZR 4/12, NZA-RR 2014, 8.

202 EuGH 15.12.1994, C-399/92 u. a., NZA 1995, 218; BAG 5.11.2003, 5 AZR 8/03, NZA 2005, 222, 223; ArbG Frankfurt a. M., 14.7.2017, 13 Ca 5491/16, juris.

203 Vgl. EuGH 6.12.2007, C-300/06, NZA 2008, 31.

204 BAG 1.2.2006, 5 AZR 628/04, NZA 2006, 682.

205 BAG 27.7.1994, 10 AZR 538/93, NZA 1994, 1130; BAG 25.10.1994, 3 AZR 149/94, NZA 1995, 730.

206 BAG 1.11.1995, 5 AZR 84/94, NZA 1996, 813; BAG 28.3.1996, 6 AZR 501/95, NZA 1996, 1280.

207 BAG 9.10.1996, 5 AZR 338/95, NZA 1997, 729.

208 BeckOKArbR-Bayreuther, § 4 TzBfG Rn. 13.

209 BAG 18.3.2009, 10 AZR 338/08, AP TzBfG § 4 Nr. 20.

nen (z. B. Ausgleich für eine Reduzierung der tariflichen Wochenarbeitszeit mit entsprechender Entgeltsenkung).²¹⁰

- Vorenthaltung von Sonntagszuschlägen und Spesen bei **teilzeitbeschäftigter Fahrern** im Gegensatz zu den Vollzeitfahrern.²¹¹

6. Befristete Beschäftigung

- 42** Einen Arbeitnehmer mit Zeitvertrag darf der Arbeitgeber nicht grundlos schlechter vergüten als einen unbefristet Beschäftigten (§ 4 Abs. 2 TzBfG). Vielmehr ist ihm das Arbeitsentgelt und jede andere teilbare geldwerte Leistung, die für einen bestimmten Bemessungszeitraum gewährt wird, in dem Umfang zu gewähren, der dem Anteil seiner Beschäftigungsdauer am Bemessungszeitraum entspricht (§ 4 Abs. 2 Satz 2 TzBfG). Das Gebot gilt für Einzel- wie für Kollektivverträge.²¹² Es ist verletzt, wenn der befristet Beschäftigte allein wegen der Befristung des Arbeitsvertrags schlechter behandelt wird als ein unbefristet Beschäftigter mit einer gleichen oder ähnlichen Tätigkeit im selben Betrieb (§ 3 Abs. 2 TzBfG).²¹³
- 43** Die Sachgrundprüfung bei befristeten Beschäftigten ist weniger streng als bei Teilzeitkräften, weil bei ihnen keine mittelbare Benachteiligung wegen des Geschlechts droht. Trotzdem können nur solche Gründe eine Benachteiligung rechtfertigen, die weder direkt noch indirekt durch den Umstand der Befristung verursacht werden.²¹⁴ Eine Benachteiligung besteht nicht, wenn der Arbeitgeber für eine Treue- oder Halteprämie das Bestehen des Arbeitsverhältnisses voraussetzt, von deren Bezug Arbeitnehmer ausgeschlossen sind, deren Arbeitsverhältnis zu einem bestimmten Stichtag entweder wegen Vertragsablaufs oder wegen einer Kündigung nicht mehr besteht.²¹⁵ Nur sehr kurzzeitig Beschäftigte können von Leistungen ausgeschlossen werden, wenn deren anteilige Gewährung zu so geringfügigen Beträgen führt, dass kein angemessenes Verhältnis mehr zum Zweck der Leistung besteht.²¹⁶
- 44** Bei **einmal jährlich gewährten Sonderzahlungen** (Urlaubsgeld, Weihnachtsgeld usw.) ist nach dem Zweck der Gewährung zu unterscheiden:

210 BAG 5.8.2009, 10 AZR 634/08, AP TzBfG § 4 Nr. 21.

211 ArbG Weiden 5.7.2017, 3 Ca 1513/16, juris.

212 ErfK-Preis, § 4 TzBfG Rn. 64.

213 Einschränkung BAG 21.2.2013, 6 AZR 524/11, NZA 2013, 625 Rn. 30: „identische Aufgaben“.

214 Vgl. ArbG Göttingen 20.3.2002, 3 Ca 574/01, LAGE TzBfG § 4 Nr. 1.

215 BAG 19.12.2007, 5 AZR 260/07, NZA-RR 2008, 275.

216 Vgl. BT-Drs. 14/4374, S. 16.

- Sonderzahlungen mit **reinem Entgeltcharakter**, die zeitanteilig verdient werden, und bei denen nur die Fälligkeit auf einen bestimmten Zeitpunkt (Urlaubsantritt, Weihnachten) aufgeschoben ist, müssen befristet Beschäftigten zeitanteilig gewährt werden.
- Sonderzahlungen, die **ausschließlich künftige Betriebstreue honorieren** sollen („Halteprämie“), und deshalb das Bestehen eines (ungekündigten) Arbeitsverhältnisses zu einem bestimmten Stichtag voraussetzen, müssen befristet Beschäftigten, die am Stichtag nicht mehr beschäftigt sind, nicht gewährt werden, weil sie die tatbestandlichen Voraussetzungen nicht erfüllen.
- Sonderzahlungen **mit Mischcharakter**, die sowohl in der Vergangenheit geleistete Dienste vergüten als auch zu künftiger Betriebstreue motivieren sollen, müssen befristet ebenfalls zeitanteilig gewährt werden.

7. Betriebsratsarbeit

Das Entgelt von Mitgliedern des Betriebsrats darf nicht geringer bemessen werden als das Entgelt vergleichbarer Arbeitnehmer mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung. Das gilt auch für allgemeine Zuwendungen des Arbeitgebers (§ 37 Abs. 4 BetrVG). Die Vorschrift hat besondere Bedeutung für freigestellte Betriebsratsmitglieder (s. Kap. 10 Rn. 24 ff.). 45

IV. Rechtsfolgen unzulässig benachteiligender Vergütungsregelungen

Der Gleichbehandlungsgrundsatz gibt dem Arbeitnehmer **keinen Anspruch auf ein bestimmtes Tun** des Arbeitgebers. Er verbietet lediglich eine sachwidrige Ungleichbehandlung.²¹⁷ Wie die Ungleichbehandlung beseitigt wird, bleibt dem Arbeitgeber überlassen. Er kann beispielsweise darauf verzichten, eine Gratifikation, bei der er eine willkürliche Ungleichbehandlung vorgesehen hatte, einzuführen, oder eine Gratifikation, auf die für die Zukunft (noch) kein Anspruch besteht, weiterzuführen; er kann den vorgesehenen Betrag so umverteilen, dass auch die übergangenen Arbeitnehmer die Leistung erhalten, oder er kann die Mittel aufstocken. Hat der Arbeitgeber einer Gruppe eine Leistung bereits gewährt oder hat er sich ihr gegenüber bereits rechtlich gebunden, dann bleibt ihm allerdings nichts anderes übrig, als den **übergangenen Arbeitnehmern die Leistung ebenfalls zu gewähren**,²¹⁸ da er unter Berufung auf den Gleichbehand- 46

²¹⁷ AR-Kamanabrou, § 611a BGB Rn. 307; ZLH-Loritz, § 20 Rn. 30.

²¹⁸ BAG 27.7.2010, 1 AZR 874/08, NZA 2010, 1369; BAG 17.3.2010, 5 AZR 168/09, NZA 2010, 696; ErfK-Preis, § 611a BGB Rn. 606.

Kap. 13 Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung

lungsgrundsatz keine Änderungskündigung zur Lohnsenkung erklären darf.²¹⁹ Insoweit kommt es also zu einer „**Angleichung nach oben**“.²²⁰

- 47 Diese hat **grundsätzlich rückwirkend** auch für die Vergangenheit zu geschehen.²²¹ Begrenzt wird der Gleichstellungsanspruch nur durch die gesetzlichen **Verjährungsvorschriften** und, soweit vorhanden, durch einzel- oder kollektivvertraglich vereinbarte **Ausschlussfristen**.²²² Das gilt auch dann, wenn das Diskriminierungsverbot des § 7 AGG verletzt wurde. Die Ausschlussfrist des § 15 Abs. 4 AGG gilt nur für die Ansprüche auf Schadensersatz und auf Entschädigung nach § 15 Abs. 1 und Abs. 2 AGG, nicht aber für die Angleichung nach oben.²²³ Ob sich der Arbeitgeber darüber hinaus auf **Vertrauensschutz** berufen kann, wird kontrovers beurteilt. Für die rückwirkende Gleichstellung einer Teilzeit- mit einer Vollzeitkraft in der betrieblichen Altersversorgung hat das die Rechtsprechung verneint, die Angleichung nach oben aber durch Übergangsregelungen gemildert.²²⁴ Wegen der oft schwer zu beurteilenden Rechtslage wollen Stimmen in der Literatur Vertrauensschutz jedenfalls im Einzelfall gewähren. Vier Kriterien sollen dafür eine Rolle spielen: die Offensichtlichkeit des Verstoßes, das Ausmaß der zusätzlichen Belastung für den Arbeitgeber, dessen wirtschaftliche Leistungsfähigkeit sowie die Größe der ehemals allein begünstigten Arbeitnehmergruppe.²²⁵
- 48 Weitaus zurückhaltender ist die Rechtsprechung, wenn eine **tarifliche Regelung** gegen den **allgemeinen Gleichheitssatz** (Art. 3 Abs. 1 GG) oder gegen ein Diskriminierungsverbot verstößt. Hier vermeidet sie es nach Möglichkeit, durch eigene Regelungen in die grundrechtlich geschützte **Tarifautonomie** einzugreifen.²²⁶ Regelungslücken infolge gleichheitswidriger oder diskriminierender Tarifnormen schließt sie im Wege ergänzender Vertragsauslegung allenfalls dann, wenn aus ihrer Sicht nur eine einzige Regelung denkbar ist, die dem Gleichheitssatz entspricht. Eine „**Angleichung nach oben**“ zieht sie in Betracht, wenn aufgrund des Regelungsgegenstandes und unter Berücksichtigung der mit der Angleichung verbundenen finanziellen Belastung davon auszugehen ist, dass die Tarifvertragsparteien die Regelung auch dann getroffen hätten, wenn ihnen die Gleichheitswidrigkeit der von ihnen vorgenommenen Gruppenbildung bewusst

219 BAG 1.7.1999, 2 AZR 826/98, NZA 1999, 1336; BAG 20.1.2000, 2 ABR 40/99, NZA 2000, 592; HWK-*Thüsing*, § 611a BGB Rn. 367.

220 BAG 10.11.2011, 6 AZR 481/09, NZA-RR 2012, 100.

221 Allg. M. *Franzen*, RdA 2013, 180, 186; vgl. Küttner-*Kania*, Gleichbehandlung, Rn. 19; *ErfK-Preis*, § 611a BGB Rn. 607; HWK-*Thüsing*, § 611a BGB Rn. 368.

222 BAG 26.9.1990, 5 AZR 112/90, NZA 1991, 247.

223 BAG 22.10.2015, 8 AZR 168/14, NZA 2016, 1081 Rn. 64.

224 BAG 14.3.1989, 3 AZR 490/87, NZA 1990, 25; BAG 23.1.1990, 3 AZR 58/88, DB 1990, 1620; BAG 5.10.1993, DB 1994, 739.

225 HWK-*Thüsing*, § 611a BGB Rn. 369.

226 Vgl. etwa BAG 20.5.2010, 6 AZR 319/09, NZA 2010, 768.

gewesen wäre.²²⁷ Eine **Angleichung für die Zukunft** kann der Benachteiligte nicht verlangen. Hier ist es Sache der Tarifparteien, zu bestimmen, auf welchem Niveau die Gleichbehandlung erfolgen soll.²²⁸ **Anders** entscheidet allerdings der **EuGH**. Da nach seiner Auffassung die Gleichbehandlung Vorrang vor der Tarifautonomie genießt, kommt bei Verstößen gegen Art. 157 AEUV und gegen die sonstigen Diskriminierungsverbote nur eine Angleichung nach oben in Betracht.²²⁹ In seiner neueren Rechtsprechung gesteht er den Tarifparteien allerdings **Übergangsregelungen** zu, mit denen Einkommensverluste der von einer Altersdiskriminierung betroffenen Arbeitnehmer bei der Einführung eines diskriminierungsfreien Tarifsystems verhindert werden sollen.²³⁰

Vergütungsregeln, die gegen § 4 Abs. 1 oder 2 TzBfG verstoßen, sind nach § 134 BGB unwirksam. In diesem Fall sind die leistungsgewährenden Vertragsbestimmungen auf diejenigen Personen zu erstrecken, die entgegen dem Gebot der Gleichbehandlung von der Gewährung der Leistungen – auch teilweise – ausgeschlossen sind. Diese Rechtsfolge ergibt sich nicht unmittelbar aus § 4 Abs. 1 oder 2 TzBfG, sondern aus § 612 Abs. 2 BGB.²³¹ Danach besteht bei einer fehlenden oder unwirksamen Vergütungsregelung Anspruch auf die übliche Vergütung. Darunter ist idR die tarifliche Vergütung zu verstehen. Das gilt jedoch dann nicht, wenn diese selbst gegen § 4 Abs. 1 oder 2 TzBfG verstößt. Richtschnur ist in diesem Fall die Vergütung, die der Arbeitgeber vergleichbaren in Vollzeit²³² bzw. unbefristet beschäftigten Arbeitnehmern zahlt.

227 BAG 7.3.1995, 3 AZR 282/94, NZA 1996, 48.

228 BAG 13.11.1985, 4 AZR 234/84, NZA 1986, 321; BAG 28.5.1996, 3 AZR 752/95, NZA 1997, 101.

229 EuGH 27.6.1990, C-33/89, NZA 1990, 771; EuGH 15.1.1998, C-15/96, NZA 1998, 205.

230 EuGH 8.9.2011, C-298/10, NZA 2011, 1100 Rn. 79 ff. – Hennigs.

231 BAG 11.12.2003, 6 AZR 64/03, AP TzBfG § 4 Nr. 7; BAG 24.9.2008, 6 AZR 657/07, NZA-RR 2009, 221; BAG 27.8.2014, 4 AZR 999/12, NZA 2015, 571 Rn. 16 mwN; Schaub-Linck § 43 Rn. 47; MüKoBGB-Müller-Glöge TzBfG § 4 Rn. 46; ErfK-Preis § 4 TzBfG Rn. 72; Sievers TzBfG § 4 Rn. 48; aA Laux/Schlachter-Laux TzBfG § 4 Rn. 182; Anspruch unmittelbar aus § 4 Abs. 1 TzBfG; differenzierend Meinel/Heyn/Herms TzBfG § 4 Rn. 49 f.

232 BAG 24.9.2008, 6 AZR 657/07, NZA-RR 2009, 221; BAG 27.8.2014, 4 AZR 999/12, NZA 2015, 571; BAG, 26.1.2017, 6 AZR 450/15, ZTR 2017, 306; Schaub-Linck § 43 Rn. 47.

Kapitel 14

Entgelttransparenzgesetz

Schrifttum: *Baeck/Winzer/Hies*, Neuere Entwicklungen im Arbeitsrecht, Entgelttransparenzgesetz – Instrument für mehr Lohngerechtigkeit oder „Bürokratiemonster“?, NZG 2017, 254; *Bauer/Günther/Romero*, Offene Fragen des Entgelttransparenzgesetzes – was Arbeitgeber beachten sollten, NZA 2017, 809; *Bauer/Heup/Mayr*, Die Ermittlung des Vergleichsentgelts beim Auskunftsanspruch nach § 10 Abs. 1 EntgTranspG, DB 2018, 1213; *Bauer/Romero*, Der individuelle Auskunftsanspruch nach dem Entgelttransparenzgesetz, NZA 2017, 409; *Becker/Hjort*, Entgelttransparenzgesetz – 1 Teil: Individueller Auskunftsanspruch, ArbRAktuell 2018, 298; *Becker/Hjort*, Entgelttransparenzgesetz – 2. Teil: Betriebliche Prüfverfahren und Berichtspflichten, ArbRAktuell 2018, 359; *Behrendt/Witzke*, Das Entgelttransparenzgesetz – „Null Auswirkungen“?, BB 2017, 3060; *Benkert*, Entgelttransparenzgesetz vor dem Praxistest, NJW-Spezial 2018, 178; *Bergmann*, Finanzielle Haftung von Betriebsratsmitgliedern, NZA 2013, 57; *Forst*, GmbH-Fremdgeschäftsführer als Arbeitnehmer im Sinne des Unionsrechts, EuZW 2015, 664; *Franzen*, Anwendungsfragen des Auskunftsanspruchs nach dem Entgelttransparenzgesetz (EntgTranspG), NZA 2017, 814; *Fuhrlott/Ritz*, Mehr Transparenz beim Entgelt – ein Überblick über das neue Gesetz, ArbRAktuell 2017, 211; *Grimm/Freh*, Das Gesetz zur Förderung der Transparenz von Entgeltstrukturen, KSzW 2017, 89; *Göpfert/Giese*, Entgelttransparenzgesetz – Folgt jetzt die Klagewelle?, NZA 2018, 207; *Günther/Heup/Mayr*, „Lieber Betriebsrat, was verdienen meine Kollegen?“, Praktische Fragen der Auskunftserteilung nach dem EntgTranspG, NZA 2018, 545; *Häferer/Köhler*, Das Entgelttransparenzgesetz im Überblick – Bedeutung für die Compliance-Praxis, CB 2017, 284; *Hintzen/Richter*, Antworten für die Praxis Entgelttransparenzgesetz – Neue Aufgaben des Betriebsrats, Auskunftsanspruch, Prüf- und Berichtspflichten, Verlag Vahlen, erste Auflage 2018; *Jochmann-Döll*, Entgelttransparenz herstellen und Entgeltgleichheit prüfen – mit eg-check.de, RdA 2017, 169; *Kania*, Betriebsratsbeteiligung bei der Durchsetzung von Entgelttransparenz, NZA 2017, 819; *Kolb/Heinek*, Entgelttransparenzgesetz: Auskunftspflichten und neue Anlage zum Lagebericht, WPg online 2017, 1243; *Koller-van Delden*, Entgelttransparenzgesetz: Informationsanspruch der Arbeitnehmer ab 1.2.2018, DStR 2018, 254; *Kuhn/Schwindling*, Eine Chance auf Lohngerechtigkeit?! – Was durch das neue Entgelttransparenzgesetz auf die unternehmerische Praxis zukommt –, DB 2017, 785; *Langemann/Wilking*, Mehr Entgeltgerechtigkeit zwischen Frauen und Männern? – Bundeskabinett beschließt Entwurf des Entgelttransparenzgesetzes, BB 2017, 501; *Lunk*, Der EuGH und die deutschen GmbH-Geschäftsführer – Auf dem Weg zum Arbeitnehmerstatus?, NZA 2015, 917; *Müller*, Entgelttransparenzgesetz – und nun?, BB 2017, 2101; *Oberthür*, Das Gesetz zur Förderung der Transparenz von Entgeltstrukturen – Ein Beitrag zu mehr Entgeltgerechtigkeit oder bürokratische Riesenkrake, NJW 2017, 2228; *Salomon-Hengst*, Erste Hinweise zur Umsetzung des Entgelttransparenzgesetzes im öffentlichen Dienst, öAT 2018, 92; *von Roetten*, Entgeltgleichheit im Verhältnis von Frauen und Männern – Setzt der Anspruch auf ein gleiches Entgelt den Nachweis einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts voraus?, ZTR 2014, 585; *Von Steinau-Streinrück*, Mehr Transparenz bei den Gehältern ab Juli 2017? NJW-Spezial 2017, 306; *Thüsing*, Fünf Schritte zu einem besseren Entgelttransparenzgesetz, BB 2017, 565; *Thüsing*, Lohngleichheit statt Bürokratie – Anmerkungen zum Entwurf eines Gesetzes für mehr Lohngerechtigkeit zwischen Männern und Frauen –, DB 2016, 2234; *Wank*, Das Entgelttransparenzgesetz – Prämissen und Umsetzung, RdA 2018,

Kap. 14 Entgelttransparenzgesetz

34; Weigert, Die Reichweite tarifbezogener Privilegierungen im Rahmen des Entgelttransparenzgesetzes, NZA 2018, 210.

Übersicht

	Rn.		Rn.
I. Regelungsgehalt des Gesetzes . . .	1	bb) Median	45
1. Anspruchsvoraussetzungen . . .	5	cc) Einzelne Entgeltbestandteile	49
a) Beschäftigter im Sinne des EntgTranspG	5	III. Bestehen einer Benachteiligung .	50
b) Anspruchsgegner	8	1. Gleiche oder gleichwertige Arbeit	58
aa) Tarifgebundener Arbeitgeber	9	a) Gleiche Arbeit	59
bb) Tarifynwendender Arbeitgeber	10	b) Gleichwertige Arbeit	62
c) Betrieb mit mehr als 200 Beschäftigten	14	2. Rechtfertigung	70
d) Auskunftsverlangen	21	a) Tatbestandliche Rechtfertigung	71
e) Darlegungs- und Beweislast	24	b) Rechtfertigung nach §§ 5, 8 AGG	74
f) Datenschutz	28	3. Auswirkungen einer Diskriminierung	77
g) Durchsetzung des Auskunftsanspruchs	30	a) Anpassung nach oben	77
2. Auskunftserteilung	34	b) Verteidigungsmöglichkeiten des Arbeitgebers	81
a) Schuldner des Auskunftsanspruchs	34	aa) Berufung auf Ausschlussfristen	81
aa) Betriebsrat als Anlaufstelle	34	bb) Kreative Lösungen	82
bb) Übernahme und Erstattung der Auskunft durch den Arbeitgeber .	38	IV. Betriebliches Prüfverfahren und Berichtspflichten	83
b) Inhalt der Auskunftserteilung	41	1. Betriebliches Prüfverfahren gem. § 17 Abs. 1 EntgTranspG	83
aa) Essentialia	41	2. Berichtspflicht	87

I. Regelungsgehalt des Gesetzes

- 1 „Über Geld spricht man nicht, man hat es.“¹ So handhabt es der Volksmund und so wäre es wohl das favorisierte Vorgehen der Unternehmen. Denn solange Unkenntnis besteht, ist eine Diskriminierung nicht zwingend ersichtlich. Um diesem Tabuthema jedoch zu entkommen und Transparenz bei der Lohngestaltung zu erreichen, wurde das Entgelttransparenzgesetz eingeführt, mithin wurde einer Forderung nach sozialer Gerechtigkeit nachgekommen.² Das bedeutet in der

1 Jean Paul Getty (1892–1976), amerikanischer Ölundustrieller u. Milliardär.

2 Vgl. Wank, RdA, 2018, 34. Ursprünglich war geplant ein Lohngleichheitsgesetz zu schaffen, das unmittelbar einen Anspruch bereithält. Ausweislich des Koalitionsvertra-

Konsequenz dennoch nicht, dass man darüber sprechen soll, aber zumindest kann der Arbeitnehmer seit dem 6.1.2018, d.h. dem Ablauf der 6-Monatsfrist seit Inkrafttreten des EntgTranspG, den Auskunftsanspruch gegen seinen Vertragsarbeitgeber geltend machen.³

Das Gebot der Entgeltgleichheit ist gleichwohl nicht neu und sowohl im primären und sekundären Unionsrecht (Art. 157 AEUV, RL 2006/54/EG), sowie den Landesverfassungen (bspw. Art. 168 BayVerf, Art. 33 Verfassung des Landes Hessen, Art. 24 Verf. NRW) verankert, als auch der Gesamtschau der Regelungen des AGG zu entnehmen. Mit dem EntgTranspG wurde nunmehr ein Gesetz geschaffen, dass die geschlechterbezogene mittelbare Benachteiligung beim Entgelt bei gleichwertiger Arbeit ausdrücklich verbietet und damit zu beseitigen versucht. Neben dem Entgeltgleichheitsgebot hält das Gesetz auch einen Auskunftsanspruch vor, der den Arbeitnehmern⁴ zum einen helfen soll, einen vergleichbaren Kenntnisstand zu erlangen und zum anderen Diskriminierungen aufdeckt. Für Arbeitgeber bedeutet dieser Anspruch in jedem Fall einen erheblichen bürokratischen Aufwand, ohne dass hierdurch ersichtlich unmittelbare Vorteile für die Beschäftigten generiert werden.⁵ Ob Arbeitnehmer aus dem Auskunftsanspruch einen Nutzen erlangen, hängt maßgeblich von den Kriterien zur Bildung der Vergleichsgruppen sowie der Aussagekraft des Median ab.

Das EntgTranspG unterliegt harscher Kritik von allen Seiten, die begründet erscheint. Selbst wenn man von den formalen Punkten (fehlende Anspruchsgrundlage, zahlreiche Dopplungen, Median als Ausgangspunkt für die Benachteiligung etc.) einmal absieht, muss das EntgTranspG sich die Frage gefallen lassen, ob der gewünschte Erfolg – Schließung der sog. gender pay gap – damit erreicht werden kann. Dies wird jedenfalls in weiten Teilen derzeit nicht gesehen.

II. Auskunftsanspruch

Zur Herstellung der Entgeltgleichheit gibt der Gesetzgeber den Arbeitnehmern in § 10 EntgTranspG einen Auskunftsanspruch gegenüber dem Arbeitgeber, der das bestehende Informationsdefizit ausgleichen soll. Der Anspruch kann, ausweislich der gesetzlichen Vorgaben in § 12 Abs. 1 EntgTranspG, durch jeden *Beschäftigten bei demselben Arbeitgeber* in Betrieben mit in der Regel 200 Be-

ges ergibt sich aber die Festlegung auf Auskunft sowie Transparenz im Sinne einer allgemeinen Information der Öffentlichkeit, vgl. hierzu *Thüsing*, DB 2016, 2234, 2238.

3 Das Entgelttransparenzgesetz ist am 6.7.2017 in Kraft getreten (BGBl. I 2017, 2152).

4 Ungeachtet des Themas wird in dem Beitrag die männliche Form für die vereinfachte Lesbarkeit verwendet.

5 *Thüsing*, DB 2016, 2234, 2238 f.; *Kuhn/Schwindling*, DB 2017, 785, 789 sehen die Einschränkung in der zeitlichen Geltendmachung als Ausgleich für den bürokratischen Aufwand an, § 25 Abs. 1 EntgTranspG.

schäftigten geltend gemacht werden. Gemeint ist hiermit auch derselbe Betrieb, da die Regelung andernfalls leer laufen würde.⁶

1. Anspruchsvoraussetzungen

a) Beschäftigter im Sinne des EntgTranspG

- 5 § 5 Abs. 2 EntgTranspG hält eine Definition von Beschäftigten vor.⁷ Erfasst sind (unproblematisch) Arbeitnehmer, wobei hierunter aufgrund Eingliederung und Vertragsverhältnis sowohl leitende Angestellte als auch AT-Beschäftigte zu subsumieren sind.⁸ Nicht erfasst sind Leiharbeiter, da diese einen anderen Vertragsarbeitgeber aufweisen;⁹ darüber hinaus fehlt es an einer Gleichstellungsregelung wie etwa § 6 Abs. 2 AGG diese vorsieht, die aufgrund § 8 AÜG aber auch überflüssig wäre.¹⁰
- 6 Ursprünglich sollten arbeitnehmerähnliche Personen noch in den Anwendungsbereich des Gesetzes fallen. Diese waren aber in der Beschlussfassung nicht mehr inbegriffen.¹¹ Mit der Einbeziehung der zur Berufsausbildung Beschäftigten, fallen Auszubildende i. S. d. BBiG, Praktikanten sowie Dual Studierende (jeweils mit Entgeltanspruch), Umschüler und Volontäre ebenfalls unter den Geltungsbereich.
- 7 Keine Aussage wurde zu Fremdgeschäftsführern einer GmbH getroffen.¹² Während das nationale Recht diese nicht als Arbeitnehmer einstuft, sieht der unionsrechtliche Arbeitnehmerbegriff eine Einordnung als Arbeitnehmer vor.¹³ Explizit wurde dies für die Richtlinie 98/59/EG zur Angleichung der Rechtsvorschriften über Massenentlassung entschieden. Wird das EntgTranspG daher unionsrechtlich ausgelegt, muss das Ergebnis die Einbeziehung von Fremdgeschäftsführern in den Anwendungsbereich sein. In der Konsequenz hätte der Betriebsrat

6 BT-Drs. 18/11133, S. 61 stellt auf den Bezug zum Betriebsrat ab, der als Anlaufstelle im Sinne des Gesetzes vorgesehen ist.

7 Abzustellen wäre hier eigentlich auf § 611 a BGB. Tatsächlich wurde aber der Bezug zu § 6 Abs. 1 S. 1 AGG hergestellt.

8 Das BAG hat die Zwei-Komponentenlehre mit Entscheidung vom 5.12.2012, 7 ABR 48/11, NZA 2103, 793 aufgegeben. Eingliederung alleine würde wohl daher bereits ausreichen, soweit es sich nicht um Leiharbeiter handelt.

9 Der Gesetzesentwurf sah eine Gleichstellung der überlassenen Arbeitnehmer vor, wonach auch diese als Beschäftigte i. S. d. Gesetzes angesehen werden sollten, vgl. *Thüsing*, DB 2016, 2234, 2237; *Müller*, BB 2017, 2101.

10 Vgl. hierzu auch EuGH 13.1.2004, C-256/01, NZA 2004, 201.

11 *Wank*, RdA 2018, 34, 40 sieht diese zu Recht als nicht erfasst an.

12 Vgl. hierzu Bauer/Günther/Romero, NZA 2017, 809, 810.

13 Vgl. Forst, EuZW 2015, 664, 665 unter Berücksichtigung der Balkaya Entscheidung des EuGH (9.7.2015, C-229/14); *Lunk*, NZA 2015, 917, 918; instruktiv hierzu auch BAG vom 21.9.2017, 2 AZR 865/16, NZA 2018, 358.

hierdurch einen Anspruch auf Einblick in das Geschäftsführergehalt gem. § 13 Abs. 3 EntgTranspG. Unterstellt, dass der Anspruch ausgeübt werden würde, besteht hier die materielle Begrenzung in der nicht existierenden Referenzgruppe, sodass die praktische Relevanz dahinstehen kann.¹⁴

b) *Anspruchsgegner*

„Arbeitgeber“ im Sinne des EntgTranspG ist gem. § 5 Abs. 3 EntgTranspG jede natürliche und juristische Person, die eine Person des vorgenannten Kreises beschäftigt. Erfasst hiervon sollen neben den privaten Arbeitgebern auch die öffentlichen Arbeitgeber sein (vgl. § 16 EntgTranspG). Die Gesetzesbegründung stellt auch hier auf § 6 Abs. 2 AGG ab.¹⁵ **8**

aa) *Tarifgebundener Arbeitgeber*

Der tarifgebundene Arbeitgeber i.S.d. EntgTranspG ist (unstreitig) der, der einer Tarifbindung nach § 3 Abs. 1 TVG unterliegt. Erfasst sind ebenfalls auch diejenigen Arbeitgeber, für die ein Entgelttarifvertrag aufgrund einer Allgemeinverbindlichkeitserklärung nach § 5 TVG Anwendung findet.¹⁶ Erforderlich ist nach dem Wortlaut nur die Bindung an „einen“ Tarifvertrag. Es ist damit ausreichend, wenn eine partielle Verpflichtung für den Arbeitgeber besteht, etwa aufgrund regionaler Bindung.¹⁷ Das mag inkonsequent sein, hat allerdings faktisch keinerlei Auswirkungen, da der Anspruch gegenüber allen Arbeitgebern geltend gemacht werden kann und für den tarifgebundenen Arbeitgeber lediglich eine Angemessenheitsvermutung besteht. Diese kann allerdings jederzeit widerlegt werden. Der tarifgebundene Arbeitgeber beschäftigt grundsätzlich auch AT-Mitarbeiter, für die das Gesetz ebenfalls gilt. Gleichzeitig gibt es gerade im tariflichen Bereich eine hohe Dichte an außertariflichen Zulagen, die ebenfalls der Auskunftsspflicht unterfallen. **9**

bb) *Tarifanwendender Arbeitgeber*

Wer tarifyanwendender Arbeitgeber und damit privilegiert sein soll, ergibt sich aus § 5 Abs. 5 EntgTranspG. Gefordert wird durch die gesetzliche Regelung auch, dass der Arbeitgeber, der den Tarifvertrag anwendet, in den sachlichen, räumlichen und fachlichen Geltungsbereich fallen würde, würde der Tarifvertrag normative Geltung entfalten. Konkret muss eine schriftliche Inbezugnahme- **10**

¹⁴ Wank, RdA 2018, 34, 40.

¹⁵ Mit der Ausnahme, der Einbeziehung der überlassenen Arbeitnehmer; vgl. BT-Drs. 18/11133, S. 55.

¹⁶ BT-Drs. 18/11133, S. 55. Erfasst sind auch die Arbeitgeber, bei denen gem. § 19 Abs. 3 HAG eine bindenden Festsetzung von Entgeltregelungen besteht.

¹⁷ Weigert, NZA 2018, 210, 211.

klausel im Arbeitsvertrag auf einen einschlägigen Entgelttarifvertrag vereinbart sein und diesen damit verbindlich und inhaltsgleich zur Anwendung bringen.¹⁸

- 11 Fraglich ist, auf wen die Perspektive hier zu richten ist – pauschal auf den Arbeitgeber oder individuell auf den Arbeitnehmer. Relevant wird diese Frage dann, wenn nur ein Teil der Belegschaft eine (schriftliche) Bezugnahmeklausel im Arbeitsvertrag aufweist. In der Konsequenz könnte die Privilegierung dann auch nur für die Auskunftsansprüche gelten, die durch Arbeitnehmer mit Bezugnahmeklausel gestellt werden. Ausgehend vom Wortlaut: *„Tarifanwendende Arbeitgeber [...] sind Arbeitgeber, die [...] die tariflichen Regelungen zum Entgelt durch schriftliche Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Beschäftigten verbindlich und inhaltsgleich für alle Tätigkeiten und Beschäftigten übernommen haben, für die diese tariflichen Regelungen zum Entgelt angewendet werden.“* müsste die Einstufung individuell vorgenommen werden, auch wenn dies bedeutet, dass die Privilegierung nicht pauschal anwendbar ist und ein Arbeitgeber unterschiedlichen Regelungen unterworfen ist.¹⁹
- 12 Um einen Gleichlauf der Behandlung der Auskunftsbegehren zu erzielen, wäre es jedoch sachgerechter auf den Arbeitgeber abzustellen. Zumal dies auch dem Gedanken für die Behandlung der AT-Mitarbeiter bei dem tarifgebundenen Arbeitgeber entspricht. Diese sind ebenfalls nicht durch den Tarifvertrag erfasst; gleichwohl wird der Arbeitgeber als tarifgebunden angesehen. Auch die andernfalls auseinanderfallenden Berichtspflichten gem. §§ 21, 22 EntgTranspG sprechen für eine einheitliche Behandlung. Zuzugeben ist, dass der Gesetzestext hier nicht eindeutig ist und damit eine abschließende Einschätzung nur schwer durchführbar ist. Aus Sinn und Zweck muss sich aber ergeben, dass richtigerweise auf den Arbeitgeber abzustellen ist.
- 13 Keine Auswirkung für die Einordnung als Tarifanwender kann die Inbezugnahme unterschiedlicher Tarifverträge haben. Zwar geht der Wortlaut von der Geltung „eines“ Tarifvertrages aus, allerdings ist auf jedes Arbeitsverhältnis entsprechend den Regelungen zur Tarifkonkurrenz auch nur jeweils ein Tarifvertrag anwendbar.²⁰ Maßgeblich für die Einordnung im Hinblick auf die Privilegierung ist jedenfalls die Frage der Anwendbarkeit mehrerer Tarifverträge nicht.

18 Verkannt wird damit, dass grundsätzlich auch eine Inbezugnahme ohne explizite Vereinbarung möglich ist.

19 So auch *Bauer/Günther/Romero*, NZA 2017, 809, 810; ebenfalls *Müller*, BB 2017, 2101, 2103; a. A. *Weigert*, NZA 2018, 210, 211, der auch die Frage nach einer Relevanzschwelle aufwirft.

20 *Weigert*, NZA 2018, 210, 211.

c) Betrieb mit mehr als 200 Beschäftigten

Abgestellt wird, wie im Betriebsverfassungsgesetz, auf die organisatorische Einheit des Betriebes und nicht des Unternehmens. Damit ist die kleinste gemeinsame arbeitsteilige Organisationsform als Anknüpfungspunkt gewählt.²¹ § 12 Abs. 1 EntgTranspG bezieht sich auf die Erfüllung des Schwellenwerts bei „demselben Arbeitgeber“.

Soweit ein gemeinsamer Betrieb mehrerer Unternehmen i. S. v. § 1 Abs. 2 BetrVG vorliegt, ist fraglich, ob es sich hierbei um *denselben Arbeitgeber* handelt oder nicht. Ausgehend von der gemeinsamen Leitung und Führung des Gemeinschaftsbetriebes könnte dies argumentiert werden; allerdings muss hier wohl auf den Vertragsarbeitgeber abzustellen sein.²² Erfüllt damit nicht jeder Betrieb selbst den Schwellenwert, ist der Anwendungsbereich des EntgTranspG nicht eröffnet.

Die Berechnung vollzieht sich nach Köpfen, wonach Teilzeitbeschäftigte anders als bspw. in § 23 Abs. 1 S. 4 KSchG unabhängig von der erbrachten Arbeitszeit miteinbezogen werden.

Wenngleich das BetrVG leitende Angestellte i. S. v. § 5 Abs. 3, 4 BetrVG nicht umfasst und diese daher auch nicht in die Berechnung von Schwellenwerten einbezieht, ist auch diese Arbeitnehmergruppe vorliegend erfasst, da auch den leitenden Angestellten der materielle Anspruch auf Auskunft zustehen soll. Insofern muss hier eine Abweichung von den Grundsätzen des BetrVG vorgenommen werden.

Zur Überlassung eingesetzte Arbeitnehmer sind jedenfalls nicht mitzuzählen. Ausdrücklich sind Leiharbeiter in § 5 Abs. 2 EntgTranspG nicht umfasst.²³ Das ergibt sich bereits aus Sinn und Zweck, da aufgrund des Equal-Pay Gebotes sowie der in der Praxis vorherrschenden Anwendbarkeit von Tarifverträgen für den Einsatz von Leiharbeitnehmern sich eine nicht vergleichbare Ausgangslage ergibt. Ausgehend hiervon müssen dann aber in einem Erst-Recht-Schluss freie Mitarbeiter sowie Dritte, die eine Tätigkeit aufgrund Werk- oder Dienstvertrag leisten ausgenommen sein, da diese mangels Eingliederung bereits nicht dem Betrieb zuzurechnen sind.

Das Verbot der Doppelzählung stellt die Prämisse auf, dass Arbeitnehmer, die sich derzeit in einer Freistellungs- oder Ruhensphase des Arbeitsverhältnisses befinden und direkt ersetzt werden, nicht mitgezählt werden dürfen. Soweit al-

21 Zur Abgrenzung und Definition ErfK-Koch, § 1 BetrVG Rn. 9.

22 Franzen, NZA 2017, 814; Bauer/Romero, NZA 2017, 409, 411; Kuhn/Schwindling, DB 2017, 785, 786.

23 Anders als in § 6 Abs. 2 AGG oder § 7 S. 2 BetrVG; vgl. auch Wank, RdA 2018, 34, 40.

lerdings kein Vertreter eingestellt wurde und die Wahrscheinlichkeit der Rückkehr besteht, hat eine Berücksichtigung zu erfolgen.²⁴ Aus diesem Grund sind Arbeitnehmer in der Freistellungsphase der Altersteilzeit nicht mehr zu berücksichtigen, da ein Aufleben des Arbeitsverhältnisses nicht mehr erfolgen wird.

- 20 Um die „in der Regel“ Beschäftigten zu ermitteln ist auf die Dauer der Beschäftigung abzustellen. Nimmt diese mehr als 6 Monate ein, ist eine in der Regel bestehende Beschäftigung anzunehmen.

d) Auskunftsverlangen

- 21 Die Auskunft ist durch den Arbeitnehmer in Textform anzufragen (§ 10 Abs. 2 S. 1 EntgTranspG i.V.m. § 126 b BGB). Ausreichend ist daher die Anfrage per E-Mail. Inhaltlich soll aus dem Auskunftsverlangen eine gleiche oder gleichwertige Tätigkeit hervorgehen, § 10 Abs. 1 S. 2 EntgTranspG.²⁵ Soweit diese nicht benannt ist, darf die Auskunft jedoch nicht verweigert werden, da der Arbeitnehmer lediglich „in zumutbarer Weise“ eine Einordnung vornehmen soll.²⁶
- 22 Wird eine unrichtige Vergleichsgruppe angeführt, ist dies ebenfalls unerheblich für die zu erteilende Auskunft. Der tarifgebundene bzw. der tarifyanwendende Arbeitgeber muss als Vergleichsgruppe, die des Anfragenden zugrunde legen. Sind Tätigkeiten anderen Vergütungsgruppen zugeordnet, gelten diese dann als nicht gleichwertig (§ 4 Abs. 4 EntgTranspG). Aus diesem Grund kann nur Auskunft über die eigene Referenzgruppe erlangt werden. Eine allgemeine und unspezifische Ausforschung soll damit umgangen werden.
- 23 Der nicht tarifgebundene und nicht tarifyanwendende Arbeitgeber ist gem. § 15 Abs. 4 S. 2 EntgTranspG verpflichtet eine Begründung abzugeben, wenn er die genannte Vergleichsgruppe als nicht einschlägig ansieht. In diesem Fall ist dann die Auskunft nach der richtigen Vergleichsgruppe zu geben, § 15 Abs. 4 S. 4 EntgTranspG.²⁷ Soweit wissentlich falsch eine nicht zugrundeliegende Vergleichsgruppe angegeben wird, wird die formelle Wirksamkeit der Anfrage verneint.²⁸

24 Salomon/Hengst, öAT 2018, 92, 93.

25 Ein Musterformular ist auf der Seite des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen für nicht tarifgebundene Arbeitgeber abrufbar unter: <https://www.bmfsfj.de/blob/118148/9664e31ddd126a9c8d39045e5b5a6849/entgelttransparenzgesetz-formular-fuer-beschaeftigte-nicht-tarifgebundener-oder-nicht-tarifyanwendender-arbeitgeber-data.pdf>, zuletzt aufgerufen am 12.10.2018, 16:50 Uhr.

26 Vgl. BT-Drs. 18/11133, S. 58.

27 Dies gilt ebenfalls bei der Nachfrage zu Entgeltbestandteilen, die dem Auskunftssuchenden nicht zustehen, bspw. Zulagen oder Zuschläge.

28 Hier stellt sich die Frage, ob Kenntnis von der Falschbehauptung besteht. Soweit diese nicht positiv feststeht, sollte dem Anspruch dann im Hinblick auf die Person des Auskunftssuchenden unter ggf. erforderlicher Korrektur erteilt werden.

e) Darlegungs- und Beweislast

Dem nicht tarifgebundenen und nicht tarifanwendenden Arbeitgeber obliegt die Darlegungs- und Beweislast gem. § 15 Abs. 5 i.V.m. § 15 Abs. 3 EntgTranspG für eine nicht vorgenommene Auskunft, mithin die Begründung dafür, dass kein Verstoß gegen das EntgTranspG vorliegt. Die Beweislastverteilung orientiert sich dabei an § 22 AGG.²⁹ Zu Lasten des Arbeitgebers wird hier jedoch eine Beweislastumkehr eingeführt, die auch dann Anwendung finden soll, wenn der Betriebsrat für die Erfüllung der Anfragen für zuständig erklärt wurde.³⁰ Es soll mithin, nach dem Anliegen des Gesetzgebers, ausreichend sein wenn der Beschäftigte Indizien vorträgt, aus denen sich die Benachteiligung ergibt. Konsequenz ist, dass der Arbeitgeber im Nachgang die volle Darlegungs- und Beweislast für eine nicht vorliegende Ungleichbehandlung trägt.

Maßgeblich ist in jedem Fall die Frage, was der Arbeitnehmer gegenüber dem Gericht vortragen kann, denn soweit die weiteren Mitglieder der Referenzgruppe diesem nicht explizit ihr Gehalt mitgeteilt haben, dürfte der Arbeitnehmer „nur“ über die Auskunft, d. h. den Median sowie eine mögliche Rechtfertigung verfügen.³¹ Der Rechtsprechung des EuGH folgend, soll es ausreichend sein, wenn der Arbeitnehmer die Ausübung gleichwertiger Arbeit sowie bestehende Entgelttransparenz vorträgt.³² Denn dann könnte argumentiert werden, dass sich aus diesen Indizien ergibt, dass eine Benachteiligung wegen des Geschlechts erfolgt ist.³³ Fraglich ist allerdings insoweit, ob das Gericht dem Median Indizwirkung zubilligt.³⁴ Ausweislich der Rechtsprechung sowie dem Sinn und Zweck des Gesetzes kann das zumindest – trotz aller Kritik – argumentiert werden.³⁵

²⁹ BT-Drs. 18/11133, S. 66.

³⁰ Dies ist insoweit angegriffen, als dass für die Frage der Rechtfertigung der Ungleichbehandlung Anwendung findet, aber hier die Frage des Bestehens der Ungleichbehandlung geklärt werden muss, vgl. *Thüsing*, BB 2017, 565, 566; *Günther/Heup/Mayr*, NZA 2018, 545, 546.

³¹ Das soll nach BT-Drs. 18/11133, S. 57 aber ausreichend sein, denn mit der Auskunft nach § 10 EntgTranspG könne sowohl die Benachteiligung als auch die Entgeltdifferenz geltend gemacht werden.

³² EuGH 26.6.2001, C-381/99, NZA 2001, 883; EuGH 28.2.2013, C-427/11, EuZW 2013, 381.

³³ Vgl. hier zu § 1 AGG BAG vom 22.10.2015, 8 AZR 384/14, NZA 2016, 625.

³⁴ Zur Kritik am Median siehe *Häferer/Köhler*, CB 2017, 284, 185 sowie *Steinau-Steinrück*, NJW-Spezial 2017, 306, 307.

³⁵ BAG vom 21.6.2012, 8 AZR 364/11, APAGG § 22 Nr. 5. Hier hat das BAG ausgeführt, dass sich eine Vermutung für ein benachteiligendes Verhalten aus statistischen Daten nur ergeben kann, wenn sie konkret auf den betreffenden Arbeitgeber bezogen sind und dessen Verhalten als Merkmalsträger betreffen.

- 26 Nach dem Wortlaut des Gesetzes gilt die Beweislastumkehr des § 15 Abs. 5 und Abs. 3 EntgTranspG nur für die nicht vorgenommene und nicht für die fehlerhafte Auskunft.³⁶ Auch hieraus resultiert dann das Indiz der Diskriminierung. Soweit man argumentiert, dass eine fehlerhafte Auskunft einer nicht erfolgten Auskunft gleichzustellen ist, kann man dies auch anders sehen und die Grundsätze der nicht erfolgten Auskunft übertragen.³⁷ Insoweit wäre hierdurch ein Indiz für eine Diskriminierung geschaffen worden.
- 27 Die Beweislastumkehr soll, entsprechend der gesetzlichen Regelung, auch nur explizit für den nicht tarifgebundenen und den nicht tarifynwendenden Arbeitgeber gelten. Ob das übertragbar auf den tarifgebundenen und tarifynwendenden Arbeitgeber ist, ist fraglich.³⁸ Denn für eine analoge Anwendung wäre eine Regelungslücke erforderlich, die nur schwer argumentiert werden kann, bei einer vergleichbaren expliziten Aufnahme im gleichen Gesetz.

f) Datenschutz

- 28 Auskunft ist gem. § 12 Abs. 3 EntgTranspG nur zu erteilen, wenn mindestens sechs Beschäftigte des jeweils anderen Geschlechts die Vergleichstätigkeit ausüben.³⁹ Soweit weniger Beschäftigt eine Vergleichstätigkeit ausüben, darf der Arbeitgeber die Auskunft verweigern, da andernfalls die Referenzgruppe zu klein und mithin zu leicht identifizierbar wäre. Es muss in jedem Fall aber dafür Sorge getragen werden, dass Personen dem Entgelt nicht zugeordnet werden können.
- 29 Das Auskunftsbegehren wird zur Personalakte genommen. Eine damit einhergehende Datenverarbeitung ist aufgrund § 26 Abs. 1 BDSG n.F. gerechtfertigt.⁴⁰ Der Grundsatz der Datensparsamkeit wird durch das EntgTranspG überlagert, als dass dem Arbeitgeber hier die Verarbeitung von Daten zur Herstellung von Listen für die Auskunftserteilung explizit aufgegeben wird.⁴¹

36 Auch hier ist fraglich, ob eine Möglichkeit zur Übertragung der Grundsätze besteht. Soweit man argumentiert, dass eine fehlerhafte Auskunft einer nicht erfolgten Auskunft gleichzustellen ist, kann man dies auch anders sehen. Insgesamt hierzu *Weigert*, NZA 2018, 210, 213; *Müller*, BB 2017, 2101, 2104; *Franzen*, NZA 2017, 814, 818.

37 So *Kuhn/Schwindling*, DB 2017, 785, 789.

38 *Behrendt/Witzke*, BB 2017, 3060, 3062.

39 *Thüsing*, BB 2017, 565, 566.

40 Bei Zweckerreichung besteht eine Löschpflicht, Art. 16 ff. DS-GVO.

41 Vgl. BAG 14.1.2014, 1 ABR 54/12, NZA 2014, 738.

g) Durchsetzung des Auskunftsanspruchs⁴²

Der nicht tarifgebundene und nicht tarifenwendende Arbeitgeber hat innerhalb von drei Monaten nach Zugang des Auskunftsverlangens Auskunft in Textform zu erteilen. Soweit Fristversäumnis droht, ist der auskunftsverlangende Beschäftigte über die Verzögerung zu informieren. Die ausstehende Antwort ist dann „ohne weitere Verzögerung“ zu erteilen.⁴³ **30**

Wird dem Auskunftsverlangen dann immer noch nicht nachgekommen, kann der Arbeitnehmer Klage erheben. Der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten ist gem. § 2 Abs. 1 Nr. 3 ArbGG eröffnet. Im Hinblick auf den Klageantrag stellt sich die Frage, ob hinreichend Informationen vorliegen um direkt das Vergleichsentgelt einzuklagen oder ob nur der Auskunftsanspruch gerichtlich durchgesetzt wird.⁴⁴ **31**

Dem Betriebsrat steht der Anspruch aus § 23 Abs. 3 BetrVG zu, wenn der Arbeitgeber diesem nicht die erforderlichen Informationen zur Erfüllung des Auskunftsverlangens zukommen lässt. Erforderlich ist ein grober Verstoß, der wohl bei einem erstmaligen Verstoß nicht angenommen werden kann.⁴⁵ Die Kostentragung unterliegt § 40 BetrVG, da der Betriebsrat vermögenslos ist.⁴⁶ In dem Fall hätte dann auch der Arbeitgeber die Kosten der Rechtsverfolgung zu tragen.⁴⁷ **32**

Theoretisch könnte ein Anspruch des Arbeitgebers aus § 23 Abs. 1 BetrVG auf Auflösung des Betriebsrats in Betracht kommen, wenn der Betriebsrat seinen Pflichten aus § 14 EntgTranspG nicht nachkommt. Da der Arbeitgeber den Entgeltanspruch gem. § 14 Abs. 2 EntgTranspG wieder an sich ziehen kann, ist die Wahrscheinlichkeit eines derartigen Verfahrens gering.⁴⁸ **33**

42 Bis zum 6.1.2021 gilt eine Wartefrist von drei Jahren für das nächste Auskunftsverlangen. Danach beträgt die Wartefrist zwei Jahre.

43 Auch die Gesetzesbegründung bleibt schuldig, welcher Zeitraum hierrunter genau zu verstehen ist.

44 In diesem Fall bietet sich die Erhebung einer Stufenklage gem. § 46 Abs. 2 ArbGG i.V.m. § 254 ZPO an, da dann sukzessive über die einzelnen Stufen entschieden werden kann. Es gilt die allgemeine Kostenregel des § 12a ArbGG.

45 Vgl. zuletzt bspw. BAG 7.2.2012, 1 ABR 77/10, AP BetrVG 1972 § 87 Arbeitszeit Nr. 128 wegen der wiederholten Anordnung von Arbeit während der im Dienstplan festgelegten Pausen.

46 Hierzu instruktiv *Bergmann*, NZA 2013, 57, 59 unter Einbeziehung des Urteils BGH vom 25.10.2012, III ZR 266/11, NJW 2013, 464.

47 Bei Mutwilligkeit kann dies ggf. anders sein, vgl. hierzu LAG Köln, Beschluss vom 8.9.2010, 3 Ta 234/10 (juris).

48 *Hintzen/Richter*, Antworten für die Praxis, S. 24.

2. Auskunftserteilung

a) Schuldner des Auskunftsanspruchs

aa) Betriebsrat als Anlaufstelle

- 34** Die gesetzliche Vorgabe geht für tarifgebundene oder tarifyanwendende Arbeitgeber dahin, dass hier der Betriebsrat grundsätzlich sowohl für die Entgegennahme des Auskunftsbegehrens als auch für die Beantwortung dieses zuständig sein soll (§ 14 Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 13 EntgTranspG).⁴⁹
- 35** Originär zuständig ist aufgrund des Anknüpfungspunktes an den Betrieb, der örtliche Betriebsrat, § 12 Abs. 1, 2 EntgTranspG. Aufgabe des Betriebsrats ist es dann, die Auskunftsbegehren entgegen zu nehmen und den Arbeitgeber über die eingehenden Auskunftsbegehren in anonymisierter Form zu informieren.
- 36** Der Arbeitgeber wiederum soll dann verpflichtet sein, eine Bruttoentgeltliste so aufzubereiten, dass der Betriebsrat bzw. der Betriebsausschuss Einblick nehmen kann.⁵⁰ Auch das EntgTranspG begründet keine Verpflichtung zur Überlassung einer erstellten Lohn- und Gehaltsliste.⁵¹ Es besteht ein Einblicksrecht verbunden mit der Möglichkeit Notizen anzufertigen. Es obliegt dem Betriebsrat mehrere Anfragen zu bündeln und diese gemeinsam zu behandeln, § 13 Abs. 2 S. 2 EntgTranspG.
- 37** Soweit eine derartige Liste nicht existiert, ist der Arbeitgeber nicht zur Herstellung verpflichtet.⁵² Dogmatisch würde hiermit ein Anspruch des Betriebsrats begründet werden, der im BetrVG so nicht angelegt ist. § 13 Abs. 2 S. 1 EntgTranspG verweist auf § 80 Abs. 2 S. 2 BetrVG; dieser begründet jedenfalls keinen Herstellungsanspruch.

bb) Übernahme und Erstattung der Auskunft durch den Arbeitgeber

- 38** Nach Erläuterung kann der Arbeitgeber gem. § 14 Abs. 2 EntgTranspG den Anspruch des Betriebsrats an sich ziehen und diesen für die Zukunft erfüllen, was grundsätzlich zu empfehlen ist, um „Herr des Auskunftsverfahrens“ zu sein bzw. zu bleiben.⁵³ Dieses Übernahmerecht des Arbeitgebers korrespondiert daher nur

49 Dies gilt gem. § 13 Abs. 4 EntgTranspG nicht für leitende Angestellte, die sich für ihr Auskunftsverlangen in jedem Fall an den Arbeitgeber wenden müssen.

50 BT-Drs. 18/11133, S. 63; dies aber nur, wenn der Betriebsrat der Auskunftsschuldner ist vgl. *Günther/Heup/Mayr*, NZA 2018, 545, 547. Vgl. LAG Hamm, 19.9.2017, 7 TaBV 43/17, NZA-RR 2018, 82 zur Frage der Anonymisierung.

51 Vgl. *Günther/Heup/Mayr*, NZA 2017, 545, 547; *Kania*, NZA 2017, 819, 820.

52 A. A. *Kania*, NZA 2017, 819, 820.

53 *Häferer/Köhler*, CB 2017, 284, 285.

mit einer schriftlichen Erläuterungspflicht.⁵⁴ Die Erläuterung selbst muss auf sachlichen Gründen basieren, stellt aber keine unüberwindbaren Hürden auf.⁵⁵

Neben der vollständigen Übernahme der Auskunftserfüllung ist die nur teilweise Übernahme für einzelne Beschäftigtengruppen, mithin für bestimmte Fälle möglich. Diese Möglichkeit der Übernahme ist abhängig von der Amtszeit des Betriebsrats, sodass im Regelfall alle vier Jahre eine neue Entscheidung getroffen werden muss. Der Arbeitgeber kann gleichwohl eine kürzere Zeitspanne für die Übernahme wählen. **39**

Der Betriebsrat wird nach Auskunftserteilung durch den Arbeitgeber informiert.⁵⁶ Wenn der Arbeitgeber den Auskunftsanspruch erfüllt, steht dem Betriebsrat nach § 80 Abs. 2 BetrVG kein Einblicksrecht in die entsprechend den Anforderungen des § 13 Abs. 3 S. 2 EntgTranspG aufgeschlüsselte Liste der Bruttoentgelte zu.⁵⁷ **40**

b) Inhalt der Auskunftserteilung

aa) Essentialia

Mitzuteilen sind die Angaben zu den Kriterien und Verfahren der Entgeltfindung und der Angabe zum Vergleichsentgelt, §§ 10 Abs. 3, 11 Abs. 1, 3 EntgTranspG. Ebenso sind die Angabe der Entgeltregelungen aufzunehmen,⁵⁸ d.h. die Regelungen, die die Grundlage für die Vergütung bilden sowie bei nicht tarifgebundenen und nicht tarifynwendenden Arbeitgebern die Auskunft darüber, in wieweit eine Vergleichstätigkeit überwiegend von Beschäftigten des anderen Geschlechts ausgeübt wird, § 15 Abs. 4 S. 1 EntgTranspG. **41**

Abhängig von dem konkreten Auskunftersuchen sind noch zwei Entgeltbestandteile separat aufzulisten. Diese müssen konkret angefragt sein und sollten diese nicht auf einer tariflichen Regelung beruhen, müssen auch hierzu die Kriterien und Verfahren zur Entgeltfindung angegeben werden. Es bleibt dem Arbeitgeber überlassen, ob er etwaige Unterschiede in der Höhe des gewährten Entgelts begründen möchte oder nicht. **42**

Mit dem Vergleichsentgelt ist der jeweils auf Vollzeitäquivalente hochgerechnete monatliche Mindestlohn der Vergleichsgruppe gemeint. Eine Teilzeittätigkeit **43**

⁵⁴ BT-Drs. 18/11133, S 64.

⁵⁵ Koller-van Delden, DStR 2018, 254, 256.

⁵⁶ Der Betriebsrat kann zur Auskunft des Arbeitgebers auch Stellung nehmen, BT-Drs. 18/11133, S. 64.

⁵⁷ A. A. LAG Hamm, 19.9.2017, 7 TaBV 43/17, NZA-RR, 2018, 82; vgl. auch Günther/Heup/Mayr, NZA 2017, 545, 547; Kania, NZA 2017, 819, 820.

⁵⁸ Z. B. auch die Regelungen einer Betriebsvereinbarung zur Vergütungsordnung.

wirkt sich insoweit nicht aus und trägt somit letztlich dem Datenschutz wieder Rechnung.

- 44 Abzustellen ist jeweils auf das Entgelt, das in dem Kalenderjahr bezogen wurde. Hieraus resultiert nun die Frage, welches Kalenderjahr gemeint ist. Unklar ist, ob damit das Kalenderjahr der Antragsstellung oder das letzte volle Kalenderjahr gemeint ist. Die Gesetzesbegründung schweigt hierzu. Teilweise wird aus Praktikabilitätsgründen auf das letzte abgeschlossene Kalenderjahr abgestellt.⁵⁹ Dies ist aber wohl nicht zwingend, da auch der Bezugspunkt zum laufenden Kalenderjahr durchaus hergestellt werden kann. Insoweit hätte ein Verweis auf das letzte abgeschlossene Kalenderjahr durchaus aufgenommen werden können. Wird der Auskunftsanspruch in einem Kalenderjahr geltend gemacht und die Antwort gleichwohl im Folgejahr erteilt, muss diesbezüglich aber auf das Jahr der Informationsanfrage abgestellt werden.⁶⁰

bb) Median

- 45 Aus den einzelnen Durchschnittsentgelten muss der Arbeitgeber den statistischen Median ermitteln, mithin den mittleren Wert einer der Höhe nach vorgenommenen Aufstellung der Gehälter. Maßgeblich ist daher das mittlere Gehalt. Gepriesener Vorteil des Median ist, dass „Ausreißer“ sich nicht auswirken.⁶¹ Gleichwohl wird aus der Mitteilung des Median (nur) deutlich, dass es noch weitere Arbeitnehmer in der Referenzgruppe gibt, die ebenfalls ein Gehalt beziehen, das unter dem Median liegt. Keine Aussage wird darüber getroffen, wie weit vergleichbare Arbeitnehmer über dem Median liegen, sodass sich gravierende Abweichungen nicht auswirken.
- 46 Der Arbeitnehmer hat grundsätzlich keine oder keine vollständige Kenntnis von der Vergütung der eigenen Referenzgruppe, sodass wohl grundsätzlich das einzige Indiz, das vorgetragen werden kann, die aus dem Auskunftsverlangen erreichten Informationen sind.⁶² Die Möglichkeit der Vergütung mit unterschiedlichen Gehältern besteht allerdings nicht nur zwischen den beiden Referenzgruppen (männlich – weiblich) sondern auch innerhalb einer Referenzgruppe.⁶³ Dies führt dazu, dass in dem Fall, in dem der Auskunftsanspruch durch den Beschäftigten mit dem geringsten Gehalt geltend gemacht wird, das Indiz der Diskriminierung auch verwirklicht erscheint, wenn beide Referenzgruppen völlig gleich

59 So beispielsweise *Koller-van Delden*, DStR 2018, 254, 258.

60 *Bauer/Heup/Mayr*, DB 2018, 1213, 1216.

61 *Göpfert/Giese*, NZA 2018, 207, 208; *Wank*, RdA 2018, 35; *Becker/Hjort*, ArbRAktuell 2018, 298, 299; *Benkert*, NJW-Spezial 2018, 178.

62 Vgl. *Bauer/Romero*, NZA 2017, 409, 412; wg. § 8 Abs. 2 S. 2 EntgTranspG dürfte diese Information auch nicht weitergegeben werden.

63 *Müller*, BB 2017, 2101, 2103, 2104.

vergütet werden.⁶⁴ Aussagekräftig ist das dann für eine gender pay gap jedenfalls nicht.

Weist die Referenzgruppe eine hohe Spreizung auf, kann sich der Median auch nachträglich verändern, wenn der Arbeitnehmer mit dem niedrigsten Gehalt seinen Anspruch gerichtlich durchgesetzt hat und dann entsprechend dem Median vergütet wird, ändert sich dieser. Eine erneute Auskunft würde damit dazu führen, dass ggf. ein weiterer Anspruch auf Anpassung bestehen würde. Gleichzeitig hätte der Arbeitnehmer, der seinen Anspruch als letztes durchsetzt das höchste Gehalt erzielt.⁶⁵ **47**

Ob daher eine (willkürlich) eingeholte Auskunft, die eine Abweichung im Gehalt ergibt, eine Diskriminierung rechtfertigen kann, ohne dass eine gesamte Gruppe gegenüber gestellt wird, ist fraglich. **48**

cc) Einzelne Entgeltbestandteile

Grundsätzlich gilt, dass sämtliche Entgeltbestandteile mitzuteilen sind, da durch das Auskunftsverlangen alle Entgeltbestandteile erfasst sind, die aufgrund der Beschäftigung gewährt werden.⁶⁶ Die Kausalität zur Beschäftigung reicht daher aus. Erfasst sind daher neben der Fixvergütung, alle gegenwärtigen oder angekündigten, leistungsabhängigen Zahlungen sowie Prämien, Zulagen, Zuschläge, Gratifikationen, Einmalzahlungen, Fahrtvergünstigungen, Mietzuschüsse, Dienstwagen, Zusatzversorgung, betriebliche Altersvorsorge etc. Erfasst sein sollen auch Leistungen, die während eines Beschäftigungsverbotes aufgrund Mutterschutzes bestehen. **49**

III. Bestehen einer Benachteiligung

Das EntgTranspG regelt in § 3 und wiederholend in § 7 das Entgeltbenachteiligungsverbot wegen des Geschlechts. Dabei bleibt der normative Regelungsgehalt von § 7 EntgTranspG hinter dem von § 3 EntgTranspG zurück; was den spiegelbildlich formulierten § 7 EntgTranspG überflüssig werden lässt.⁶⁷ **50**

⁶⁴ Vgl. *Bauer/Romero*, NZA 2017, 409, 412; *Häferer/Köhler*, CB 2017, 284, 286, wobei hier empfohlen wird, freiwillig über den Median der eigenen Referenzgruppe sowie das Durchschnittsgehalt der eigenen Referenzgruppe eine Auskunft vorzunehmen. Ob das tatsächlich zu empfehlen ist, ist fraglich.

⁶⁵ *Kuhn/Schwindling*, DB 2017, 785.

⁶⁶ Art. 157 Abs. 2 AEUV; vgl. auch BAG, 14.8.2007, 9 AZR 943/06, DB 2008, 128.

⁶⁷ So auch: *Thüsing*, BB 2017, 565, 566; *Grimm/Freh*, KSzW 2017, 89, 94; *Bauer/Krieger/Günther*, EntgTranspG § 7, Rn. 2 m. w. N.; *Benkert*, NJW-Spezial 2018, 178. In § 7 EntgTranspG war noch im Referentenentwurf ein Erfüllungsanspruch auf Entgeltanpassung vorgesehen, der nach starker Kritik schließlich herausgenommen wurde und § 7 nun nur noch das Entgeltbenachteiligungsverbot des § 3 positiv formuliert wiederholt.

- 51 Das im EntgTranspG festgehaltene Entgeltbenachteiligungsverbot verbietet bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit eine unmittelbare oder mittelbare Benachteiligung wegen des Geschlechts im Hinblick auf sämtliche Entgeltbestandteile und Entgeltbedingungen.
- 52 Eine unmittelbare Entgeltbenachteiligung liegt nach § 3 Abs. 2 EntgTranspG dann vor, wenn eine Beschäftigte oder ein Beschäftigter wegen des Geschlechts bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit ein geringeres Entgelt erhält, als eine Beschäftigte oder ein Beschäftigter des jeweils anderen Geschlechts erhält, erhalten hat oder erhalten würde.⁶⁸ Erhält eine Frau wegen Schwangerschaft oder Mutterschaft ein geringeres Entgelt, so qualifiziert § 3 Abs. 2 Satz 2 EntgTranspG diesen Fall ausdrücklich als unmittelbare Benachteiligung.
- 53 Eine mittelbare Entgeltbenachteiligung (vgl. § 3 Abs. 3 EntgTranspG) liegt hingegen dann vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Beschäftigte wegen des Geschlechts gegenüber Beschäftigten des jeweils anderen Geschlechts in Bezug auf das Entgelt in besonderer Weise benachteiligen können,⁶⁹ es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel sind zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich. Als im Rahmen der Prüfung der Verhältnismäßigkeit berücksichtigungsfähige Kriterien sieht das Gesetz insbesondere arbeitsmarkt-, leistungs- und arbeitsergebnisbezogene Kriterien an (vgl. § 3 Abs. 2 Satz 2 EntgTranspG).
- 54 Ausdrücklich verboten im EntgTranspG ist damit nur die Vereinbarung oder Auszahlung unterschiedlicher Vergütung bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit wegen des Geschlechts, eine unterschiedliche Vergütung an sich wegen anderer Gründe ist nicht von dem Entgeltbenachteiligungsverbot des EntgTranspG um-

68 In der Rechtsprechung sind bisher u.a. folgende Beispiele für eine unmittelbare Entgeltbenachteiligung zu finden: BAG, 13.11.1985, 4 AZR 234/84, AP GG Art. 3 Nr. 136 bei Zahlung einer Ehefrauenzulage; BAG 15.1.1955, 1 AZR 305/54, NJW 1955, 684, bei Lohnabschlägen für Frauen; EuGH 17.5.1990, C 262/88, NZA 1990, 775, Barber, bei einem unterschiedlichen Eintrittsalter für Männer und Frauen bei der betrieblichen Altersversorgung.

69 Vgl. BT-Drs. 18/11133, S. 49, als Beispiel für eine mittelbare Benachteiligung nennt die Begründung des Gesetzesentwurfs den Fall, dass Beschäftigte, die in geringer Teilzeit erwerbstätig sind, bei bestimmten Entgeltbestandteilen ohne sachlichen Grund nicht berücksichtigt werden und Frauen davon in besonderer Weise betroffen sind, z. B. weil sie aufgrund fehlender Kinderbetreuungsmöglichkeiten oftmals nur in geringem Umfang erwerbstätig sind; *Grimm/Freh*, KSzW 2017, 89, 92 führt als Beispiel für eine mittelbare Benachteiligung den Fall an, dass der Arbeitgeber das Entgelt für eine bestimmte Tätigkeit erhöht und diese typischerweise von Männern ausgeübt wird; vgl. auch *Bauer/Krieger/Günther*, EntgTranspG § 3, Rn. 28 mit weiteren Beispielen.

fasst.⁷⁰ Liegt eine ungerechtfertigte Benachteiligung vor, sind nach der in § 8 EntgTranspG kodifizierten Rechtsfolge Bestimmungen in Vereinbarungen, die gegen das Benachteiligungsverbot verstoßen, unwirksam. Einen unmittelbaren Zahlungsanspruch auf gleiches Arbeitsentgelt sieht das Gesetz aber nicht vor.⁷¹

Das Entgeltgleichheitsgebot, das durch das EntgTranspG in die Form eines ausdrücklichen Verbots der geschlechtsspezifischen Entgeltungleichheit gefasst wurde, ist weder in Deutschland noch in Europa neu. Die Gleichberechtigung von Frauen und Männern ist seit jeher durch Art. 3 GG geschützt und auf europarechtlicher Ebene seit dem Jahr 1957 in den Römischen Verträgen⁷² verankert. Die Regelung des Entgeltbenachteiligungsverbots im EntgTranspG ist daher eine überflüssige Wiederholung,⁷³ da sich dieses Verbot bereits vor Inkrafttreten des EntgTranspG insbesondere aus §§ 7, 8 AGG ergab.

Das Verbot der Entgeltungleichbehandlung gilt umfassend. Für die Anwendung des Entgeltgleichheitsgebots spielt es wie bereits nach bisheriger Rechtslage keine Rolle, ob die Entgeltregelungen kollektiv-rechtlich (z. B. in Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung) oder individuell, im privatrechtlichen Arbeitsvertrag oder öffentlich-rechtlichen Dienstvertrag festgelegt wurden.⁷⁴ Das Entgeltbenachteiligungsverbot gilt selbst, wenn das Entgelt ohne wirksame vertragliche Grundlage gewährt wird oder wenn die Leistung unmittelbar aus dem Gesetz

70 Langemann/Wilking, BB 2017, 501, 502; ErfK/Schlachter, EntgTranspG § 3 Rn. 1, 2; Bauer/Krieger/Günther, 5. Aufl., EntgTranspG § 3, Rn. 8; vgl. auch LAG Baden-Württemberg, 21.10.2013, 1 Sa 7/13, ZTR 2014, 613–616 dazu, dass Art. 157 AEUV nicht bezweckt, den Grundsatz „gleicher Lohn für gleiche Arbeit“ im Arbeitsverhältnis generell vorzuschreiben. A. A. von Roetteken, ZTR 2014, 585–591.

71 Becker/Hjort, ArbRAktuell 2018, 298. Ursprünglich vorgesehen in § 7 Abs. 2 Referentenentwurf des Bundesministeriums.

72 Die Gleichberechtigung von Männern und Frauen wurde vor knapp sechzig Jahren als einer der Grundwerte der Union in den Römischen Verträgen verankert. Derzeit ist der Gleichberechtigungsgrundsatz insbesondere in Art. 157 AEUV (Art. 141 EGV a. F.) zu finden.

73 So auch: Thüsing, BB 2017, 565, 566; Bauer/Krieger/Günther, EntgTranspG § 3, Rn. 7; Oberthür, NJW 2017, 2228, 2230; Baeck/Winzer/Hies, NZG 2017, 254, 255; Grimm/Freh, KSzW 2017, 89. Das Entgeltbenachteiligungsverbot ist in Art. 4 Abs. 2 S. 1 der RL 2006/54/EG festgehalten. Die einschlägigen Richtlinien wurden bereits durch das AGG umgesetzt, die auch § 612 Abs. 3 a. F. BGB ersetzen. Insofern war die Kodifizierung des EntgTranspG auch aus europarechtlicher Sicht nicht erforderlich.

74 BT-Drs. 18/11133, S. 49. Grimm/Freh, KSzW 2017, 89, 91. Wegen des umfassenden Entgeltbegriffs in § 5 Abs. 1 EntgTranspG umfasst das Entgeltbenachteiligungsverbot sowohl die Regelungen, in welchen das Entgelt festgelegt wird aber auch die einzelnen Entgeltbestandteile selbst, vgl. BT-Drs. 18/11133, S. 48, 56. Wobei gemäß § 4 Abs. 5 S. 1 EntgTranspG für tarifliche Entgeltsysteme eine so genannte „Angemessenheitsvermutung“, d. h. die Vermutung einer Benachteiligungsfreiheit nach § 3 Abs. 1 EntgTranspG gilt; vgl. hierzu Weigert, NZA 2018, 210, 214.

folgt.⁷⁵ Allein maßgeblich ist der Bezug zum Arbeitsverhältnis, das heißt, dass das Entgelt aufgrund eines konkreten und individuellen Arbeits-, Dienst- oder Treuverhältnisses vereinbart oder gezahlt wird.⁷⁶

- 57 Allein die Tatsache, dass eine Person des anderen Geschlechts ein höheres Entgelt erhält als der oder die Beschäftigte, stellt jedoch noch keinen Verstoß gegen das unmittelbare Entgeltbenachteiligungsverbot dar. Voraussetzung ist, dass eine Person des anderen Geschlechts ein höheres Entgelt erhält, die eine gleiche oder gleichwertige Tätigkeit ausübt.⁷⁷

1. Gleiche oder gleichwertige Arbeit

- 58 In § 4 EntgTranspG wurde nun erstmalig in einem Gesetz definiert, wann eine gleiche oder eine gleichwertige Arbeit vorliegt und welche Faktoren bei der Ermittlung der gleichen oder gleichwertigen Arbeit zu berücksichtigen sind.⁷⁸

a) Gleiche Arbeit

- 59 Ausweislich § 4 Abs. 1 EntgTranspG liegt gleiche Arbeit dann vor, wenn die Beschäftigten an verschiedenen Arbeitsplätzen oder nacheinander an demselben Arbeitsplatz eine identische oder gleichartige Tätigkeit ausführen.
- 60 Der Begriff der gleichen Arbeit ist ausweislich der Gesetzesbegründung anhand der Rechtsprechung des BAG zu § 612 Abs. 3 BGB a.F. und des EuGH zu Art. 157 AEUV zu messen.⁷⁹ Nach der Rechtsprechung des BAG ist durch einen Gesamtvergleich der Tätigkeiten zu ermitteln, ob die Arbeit gleich ist. Dabei kommt es auf die jeweiligen Arbeitsvorgänge und das Verhältnis dieser Vorgänge zueinander an. Soweit Tätigkeiten oder ihre Merkmale voneinander abweichen, ist auf die jeweils überwiegend auszuübende Tätigkeit abzustellen.⁸⁰ Wo bei nicht der Arbeitsplatz an sich entscheidend ist, sondern die konkrete Tätigkeit, die tatsächlich ausgeführt wird. Das heißt, dass die Beschäftigten nicht allein durch das Benutzen gleicher Arbeitsmittel (z.B. Computerarbeitsplätze) eine gleiche Arbeit ausführen.⁸¹ Der europäische Gerichtshof hat wiederholt ent-

75 Vgl. *Bauer/Krieger/Günther*, EntgTranspG § 3, Rn. 11; *Grimm/Freh*, KSzW 2017, 89, 91.

76 Vgl. BT-Drs. 18/11133, S. 56; *Grimm/Freh*, KSzW 2017, 89, 91.

77 Vgl. BT-Drs. 18/11133, S. 56; *Bauer/Günther/Romero*, NZA 2017, 809, 811; *Bauer/Krieger/Günther*, EntgTranspG § 3, Rn. 19.

78 Vgl. BT-Drs. 18/11133, S. 50; *Baeck/Winzer/Hies*, NZG 2017, 254, 255.

79 Vgl. BT-Drs. 18/11133, S. 50 und 51 unter beispielhafter Verweisung auf BAG, 26.1.2005, 4 AZR 509/03, BeckRS 2005, 30349675.

80 BAG, 26.1.2005, 4 AZR 509/03, BeckRS 2005, 30349675, unter II. 2. a) bb) aaa) (1); BAG, 23.8.1995, 5 AZR 942/93, Rn. 37, BAGE 80, 343–354.

81 So auch: *Langemann/Wilking*, BB 2017, 501, 502; *Bauer/Krieger/Günther*, EntgTranspG § 4, Rn. 8.

schieden, dass anhand der Gesamtheit der Faktoren, wie Art der Arbeit, Ausbildungsanforderungen und Arbeitsbedingungen zu prüfen ist, ob eine gleiche oder gleichwertige Tätigkeit vorliegt.⁸² Maßgeblich ist immer die tatsächlich ausgeübte Tätigkeit; vertraglichen Vereinbarungen oder der Eingruppierung in dieselbe Tätigkeitsgruppe kommt daher lediglich indizielle Bedeutung zu.⁸³

Offen ist allerdings, ob für das Vorliegen einer gleichen Arbeit eine überwiegende Vergleichbarkeit der Tätigkeiten vorausgesetzt wird⁸⁴ oder aber eine nahezu hundertprozentige Übereinstimmung gemeint ist⁸⁵. Nach der Gesetzesbegründung müssen sich die Beschäftigten jedenfalls bei Bedarf ersetzen können.⁸⁶ Das kann als ein Hinweis auf die Rechtsprechung des BAG zur Sozialauswahl verstanden werden, sodass nur eine überwiegende Vergleichbarkeit der Tätigkeiten erforderlich ist. Jedoch ist europarechtlich der Begriff der gleichen Arbeit wohl eher eng zu verstehen.⁸⁷ In der Praxis wird eine gleiche Arbeit im Sinne von § 4 Abs. 1 EntgTranspG daher wohl eher selten und regelmäßig nur bei weniger komplexen Tätigkeiten mit immer wiederkehrenden, standardisierten bzw. vorgegebenen Arbeitsschritten zu bejahen sein.⁸⁸

b) Gleichwertige Arbeit

Alternativ zur Vergleichsgruppe der „gleichen Arbeit“ kann auch in Bezug auf eine „gleichwertige Arbeit“ eine Entgeltungleichbehandlung vorliegen. Arbeiten sind dann entsprechend der Definition in § 4 Abs. 2 EntgTranspG gleichwertig, wenn sich die Mitarbeiter aufgrund einer Gesamtheit an Faktoren in einer

82 Statt vieler: EuGH, 26.6.2001, C 381/99, Brunnhofer, NZA 2001, 883–888; auf europarechtlicher Ebene wird nicht unterschieden, ob eine gleiche oder gleichwertige Arbeit vorliegt, da das Diskriminierungsverbot gleichermaßen Anwendung findet.

83 EuGH, 26.6.2001, C 381/99, Brunnhofer, NZA 2001, 883–888.

84 Vgl. *Bauer/Krieger/Günther*, EntgTranspG § 3, Rn. 11, *Häferer/Köhler*; CB, 284, 287.

85 Vgl. *Langemann/Wilking*, BB 2017, 501, 502; *ErfK/Schlachter*, EntgTranspG § 4 Rn. 2.

86 Vgl. BT-Drs. 18/11133, 51; *Müller*, BB 2017, 2101.

87 Calliess/Ruffert/Krebbler, 5. Aufl. 2016, AEUV Art. 157, Rn. 54.

88 So auch: *Bauer/Günther/Romero*, NZA 2017, 809, 811; *Langemann/Wilking*, BB 2017, 501, 502; *Bauer/Romero*, NZA 2017, 409, 410; *Bauer/Krieger/Günther*, EntgTranspG § 4, Rn. 16: nennen als Beispiele für gleiche Arbeit, Beschäftigte, die am Fließband abwechselnd die gleichen Tätigkeiten ausführen, Krankenschwestern, die sich im Schichtbetrieb abwechseln und Kassierer im Supermarkt; *Müller*, BB 2017, 2101: hier wird davon ausgegangen, dass gleiche Arbeit nur bei sehr einfachen Tätigkeiten, die ein geringes Maß an Ausbildung und Vorkenntnisse erfordern, vorliegen wird; Vgl. auch *Oberthür*, NJW 2017, 228, 229: Hier werden als Beispiele für gleiche Arbeit Schadenssachbearbeiter einer Versicherung benannt, die sich einmal einen Arbeitsplatz dahingehend teilen, dass ein Beschäftigter vormittags und ein Beschäftigter nachmittags an demselben Arbeitsplatz arbeitet oder wenn die Arbeit auf mehrere Schadenssachbearbeiter nach alphabetischer Zuordnung erfolgt und damit die Aufgabenbereiche inhaltlich identisch sind.

vergleichbaren Situation befinden. Zu den bei der Prüfung zu berücksichtigenden Faktoren zählen insbesondere die Art der Arbeit, Ausbildungsanforderungen und Arbeitsbedingungen.⁸⁹ Mit dem Rechtsbegriff der gleichwertigen Arbeit sollen verschiedene Tätigkeiten daraufhin überprüft werden können, ob sie einen gleichen Arbeitswert haben, sodass auch strukturelle oder mittelbar diskriminierende Entgeltungleichheit entdeckt und ggf. behoben werden kann.⁹⁰

- 63** Die Quantität und Qualität der individuellen Arbeitsleistung darf bei der Ermittlung der gleichwertigen Arbeit jedoch nicht miteinfließen.⁹¹ Zusammenfassend liegt nach § 4 Abs. 2 EntgTranspG gleichwertige Arbeit vor, wenn die zu vergleichenden Tätigkeiten hinsichtlich der Anforderungen und Belastungen ein objektiv vergleichbares Bewertungsergebnis erreichen.⁹²
- 64** Um eine gleichwertige Tätigkeit zu ermitteln können nach Intention des Gesetzgebers zur näheren Analyse der Faktoren, wie der Art der Arbeit, der Ausbildungsanforderungen und Arbeitsbedingungen Unterkategorien gebildet werden, soweit das erforderlich ist. Das können zum Beispiel für die Art der Arbeit sein:
- Qualifikationen und Fertigkeiten, die für die konkrete Tätigkeit verlangt werden,
 - Verantwortung, die mit der konkreten Tätigkeit verbunden ist; wie eine Verantwortung für Maschinen, eine Verantwortung für ein hohes Budget oder die Verantwortung für Menschen im Rahmen sozialer Tätigkeiten.⁹³
- 65** Ausweislich der Begründung des Gesetzesentwurfs sind im Rahmen des Faktors Arbeitsbedingungen insbesondere die mit der Arbeit verbundenen physischen und psychischen Belastungen zu erfassen, dabei soll ausdrücklich nicht nur die dynamische Muskularbeit berücksichtigt werden, sondern auch statische oder einseitig dynamische Muskularbeit (z.B. stehende Tätigkeiten oder Montage kleiner Teile).⁹⁴ Auch wird vertreten, dass zur weiteren Konkretisierung der Faktoren die in Tarifverträgen üblichen Merkmale zur Eingruppierung herangezogen werden können.⁹⁵

⁸⁹ § 4 Abs. 2 S. 2 EntgTranspG.

⁹⁰ Vgl. BT-Drs. 18/11133, 51 unter Verweis auf EuGH, Urteil, 30.3.2000, C-236/98, JämO, Slg 2000, I-2189-2227.

⁹¹ § 4 Abs. 2 S. 3 EntgTranspG; *Grimm/Freh*, KSzW 2017, 89, 93.

⁹² Vgl. BT-Drs. 18/11133, 51.

⁹³ Vgl. BT-Drs. 18/11133, 51; *Bauer/Günther/Romero*, NZA 2017, 809, 811; *Lange-mann/Wilking*, BB 2017, 501, 502; *Müller*, BB 2017, 2101, 2102; *ErfK/Schlachter*, EntgTranspG § 4 Rn. 3.

⁹⁴ Vgl. BT-Drs. 18/11133, 51; *Bauer/Günther/Romero*, NZA 2017, 809, 811; *Lange-mann/Wilking*, BB 2017, 501, 502; *Müller*, BB 2017, 2101, 2102; *ErfK/Schlachter*, EntgTranspG § 4 Rn. 3; *Bauer/Romero*, NZA 2017, 409, 410.

⁹⁵ Vgl. *Müller*, BB 2017, 2101, 2102; hiernach könnte zum Beispiel für den Faktor Ausbildungsanforderungen auf verschiedene Abschlüsse und öffentlich-rechtliche Berufszulassungen, für den Faktor Arbeitsbedingungen zum Beispiel auf die Differenzierung

Insgesamt sollen entsprechend der europäischen Rechtsprechung eine gerechte Berücksichtigung aller Kriterien und eine entsprechende verhältnismäßige Gewichtung gewährleistet sein.⁹⁶ Diese unpräzise Formulierung legt nahe, wie schwierig sich die Bildung der Vergleichsgruppe „gleichwertige Arbeit“ in der Praxis gestalten wird. **66**

Ausdrücklich festgehalten wurde aber (vgl. § 4 Abs. 3 EntgTranspG), dass Beschäftigte in unterschiedlichen Rechtsverhältnissen (eine Auflistung ist unter § 5 Abs. 2 EntgTranspG zu finden) weder eine gleiche noch eine gleichwertige Arbeit ausführen können, da sie nicht als vergleichbar bzw. sich nicht als in einer vergleichbaren Situation befindlich angesehen werden. Somit ist klar, dass jedenfalls eine Ungleichbehandlung zwischen Arbeitnehmer/-innen und Auszubildenden ausgeschlossen ist.⁹⁷ **67**

In der Begründung des Gesetzesentwurfs wird auch auf Arbeitsbewertungssysteme Bezug genommen.⁹⁸ Diese werden typischerweise zur Erarbeitung eines tariflichen oder betrieblichen Vergütungssystems herangezogen. Sofern die bereits dargestellten Faktoren und Unterkategorien in bisher bestehenden Arbeitsbewertungssystemen ausreichend Berücksichtigung finden, spricht nichts dagegen, diese ggf. schon bestehenden Arbeitsbewertungssysteme auch zur Ermittlung von gleichwertigen oder ungleichwertigen Arbeiten heranzuziehen. Aus Arbeitgebersicht kann es hilfreich sein ein Arbeitsbewertungsverfahren zur Vorbereitung auf Auskunftsanfragen zu installieren. Insgesamt empfiehlt das Bundesfamilienministerium derzeit drei Arbeitsbewertungs- bzw. Entgeltgleichheitsprüfungsverfahren, die auch bei der Ermittlung der vergleichbaren Tätigkeiten zur Hilfe gezogen und als ein Indiz für (das Bemühen um) Entgeltgleichheit im Unternehmen angebracht werden können: Den „EG-Check“ (Entgeltgleichheits-Check), „Monitor Entgelttransparenz“ und den Leitfaden der Internationalen Arbeitsorganisation für eine genderneutrale Tätigkeitsbewertung.⁹⁹ **68**

zwischen Innen- und Außendienst zurückgegriffen werden. Nach § 4 Abs. 5 S. 2 EntgTranspG gelten jedenfalls Tätigkeiten, die unterschiedlichen tariflichen Entgeltgruppen zugewiesen wurden, als nicht gleichwertig, wobei der Gesetzgeber wohl damit meint, dass Tätigkeiten, die der gleichen Entgeltgruppe zugewiesen wurden, als gleichwertig anzusehen sind; vgl. hierzu auch *Grimm/Freh*, KSzW 2017, 89, 93; *Weigert*, NZA 2018, 210, 214.

96 Vgl. BT-Drs. 18/11133, 51. Nicht eindeutig geregelt ist die Frage, wie die verschiedenen Faktoren gewichtet werden sollen. Klar ist nur, dass die Ermittlung der gleichwertigen Tätigkeit anhand eines objektiven Maßstabs zu erfolgen hat. Vgl. auch *Bauer/Günther/Romero*, NZA 2017, 809, 811; *ErfK/Schlachter*, EntgTranspG § 4 Rn. 4.

97 Vgl. BT-Drs. 18/11133, 51.

98 Vgl. BT-Drs. 18/11133, 51.

99 Vgl. BDA, Das neue Entgelttransparenzgesetz, Handlungsempfehlungen für die Praxis, Stand: Oktober 2017, S. 60 bis 64 mit weiteren Erläuterungen zu den einzelnen Prüfverfahren. Instrukтив auch *Jochmann-Döll*, RdA 2017, 169 bzgl. des EG-Checks. Vgl. auch *Müller*, BB 2017, 2101, 2102.

2. Rechtfertigung

- 69** Liegt eine Entgeltbenachteiligung vor, ist sowohl bei einer unmittelbaren als auch bei einer mittelbaren Entgeltbenachteiligung eine Rechtfertigung grundsätzlich möglich.

a) Tatbestandliche Rechtfertigung

- 70** Für Fälle der mittelbaren Diskriminierung ist bereits in § 3 Abs. 3 EntgTranspG eine tatbestandliche Rechtfertigung verankert. Hiernach kann eine geschlechtsspezifische Benachteiligung beim Entgelt gerechtfertigt werden, sofern die eingesetzten Mittel (Vorschriften, Kriterien oder Verfahren) durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die eingesetzten Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind. Als sachlich gerechtfertigte Gründe für ein unterschiedliches Entgelt, das aufgrund von Mitteln gezahlt wird, welche unabhängig vom Geschlecht angewendet werden, jedoch im Ergebnis tatsächlich mehr Frauen als Männer treffen, nennt § 3 Abs. 3 Satz 2 EntgTranspG exemplarisch und damit nicht abschließend, arbeitsmarkt-, leistungs- und arbeitsergebnisbezogene Kriterien. Insgesamt kann zur Ermittlung zulässiger Rechtfertigungsgründe auf die bisherige Rechtsprechung des EuGH zurückgegriffen werden.¹⁰⁰
- 71** Der EuGH hat zum derzeit in Art. 157 AEUV kodifizierten Entgeltgleichbehandlungsgebot bereits entschieden, dass folgende Gründe im Einzelfall eine Entgeltungleichbehandlung rechtfertigen können:
- ein höheres Dienstalster als Indikator für mehr Berufserfahrung,¹⁰¹
 - höhere Flexibilität und Anpassungsfähigkeit an Arbeitszeiten und -orte,¹⁰²
 - andere Berufsausbildung, sofern der Arbeitgeber darlegen kann, dass die Ausbildung für die Tätigkeit von Bedeutung ist,¹⁰³
 - höheres Gehalt als Anreiz aufgrund eines objektiven Bewerbermangels,¹⁰⁴

¹⁰⁰ Vgl. BT-Drs. 18/11133, 49 und 50; *Grimm/Freh*, KSzW 2017, 89, 91.

¹⁰¹ EuGH, 3.10.2006, C-17/05, *Cadman*, NZA 2006, 1205; EuGH 17.10.1989, Rs 109/88, *Danfoss*, EuZW 1990, 317; EuGH, 27.10.1993, Rs. C-127/92, *Enderby*, NZA 1994, 797; vgl. auch BAG, 10.12.1997, 4 AZR 264/96, AP BGB § 612 Diskriminierung Nr. 3.

¹⁰² EuGH 17.10.1989, Rs 109/88, *Danfoss*, EuZW 1990, 317; EuGH, 27.10.1993, Rs. C-127/92, *Enderby*, NZA 1994, 797; vgl. auch BAG, 10.12.1997, 4 AZR 264/96, AP BGB § 612 Diskriminierung Nr. 3.

¹⁰³ EuGH 17.10.1989, Rs 109/88, *Danfoss*, EuZW 1990, 317; EuGH, 27.10.1993, Rs. C-127/92, *Enderby*, NZA 1994, 797; vgl. auch BAG, 10.12.1997, 4 AZR 264/96, AP BGB § 612 Diskriminierung Nr. 3.

¹⁰⁴ EuGH, 27.10.1993, Rs. C-127/92, *Enderby*, NZA 1994, 797.

- Berücksichtigung persönlicher Fähigkeiten, wie Leistungsfähigkeit und Qualität der Leistung.¹⁰⁵

Nach der Gesetzesbegründung sind jedenfalls die nachstehend dargestellten Gründe nicht geeignet eine Entgeltungleichbehandlung zu rechtfertigen: **72**

- Haushaltsrechtliche Erwägungen,
- Allgemeine Behauptungen, wie „beschäftigungspolitische Maßnahmen“,
- Der Umstand, dass die unterschiedliche Vergütung darauf beruht, dass unterschiedlich verhandelt wurde, obwohl diese von denselben Parteien geführt wurden,
- Zahlung eines unterschiedlichen Entgelts bei Zeitlohn von Beginn an aufgrund von z.B. unterschiedlicher Leistung oder Qualität, die sich aber erst nach Beginn der Tätigkeit zeigen können.¹⁰⁶

b) Rechtfertigung nach §§ 5, 8 AGG

Zwar sieht § 3 Abs. 2 EntgTranspG im Tatbestand keine Rechtfertigungsgründe für die unmittelbare Benachteiligung vor. Eine Rechtfertigung ist allerdings sowohl für die mittelbare als auch unmittelbare Entgeltbenachteiligung über die ausdrückliche Verweisung in § 3 Abs. 4 EntgTranspG auf §§ 5 und 8 AGG vorgesehen. Eine Ungleichbehandlung beim Entgelt kann damit auch im Anwendungsbereich des EntgTranspG entsprechend §§ 5, 8 AGG gerechtfertigt sein.¹⁰⁷ **73**

Eine Benachteiligung wäre somit nach § 3 Abs. 4 EntgTranspG i.V.m. § 5 AGG zulässig, wenn durch die unterschiedliche Bezahlung bestehende Nachteile wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes verhindert oder ausgeglichen wird. Hierunter könnte zum Beispiel der Fall subsumiert werden, dass Unternehmen weiblichen Beschäftigten finanzielle Anreize bieten, damit das Unternehmen die Geschlechterquote nach § 76 Abs. 4 AktG erfüllen kann.¹⁰⁸ **74**

¹⁰⁵ Vgl. BT-Drs. 18/11133, 49 mit Verweis u. a. auf EuGH, 26.6.2001, Rs. C-381/99, Brunnhofer, NZA 2001, 883; Ein Arbeitgeber kann aber die Zahlung eines unterschiedlichen Entgelts nur dann mit der Qualität der Leistungen, die bei der tatsächlichen Verrichtung der den betroffenen Arbeitnehmern ursprünglich übertragenen Arbeit erbracht werden, begründen, wenn er ihnen unterschiedliche Aufgaben zuweist, z. B. indem er einen Angestellten, dessen Leistungen sich als nicht den Erwartungen entsprechend herausstellen, auf einen anderen Arbeitsplatz versetzt oder wenn die Beschäftigten zum Beispiel einen Akkordlohn beziehen.

¹⁰⁶ Vgl. BT-Drs. 18/11133, S. 49. Zu Differenzierung wegen Leistung und Qualität von Beginn des Beschäftigungsverhältnisses an siehe auch EuGH, 26.6.2001, Rs. C-381/99, Brunnhofer, NZA 2001, 883.

¹⁰⁷ Vgl. BT-Drs. 18/11133, S. 49. So auch: *Bauer/Krieger/Günther*, EntgTranspG § 3, Rn. 24; *Benkert*, NJW-Spezial 2018, 178; BDA, Das neue Entgelttransparenzgesetz, Handlungsempfehlungen für die Praxis, Stand: Oktober 2017, S. 52.

¹⁰⁸ BDA, Das neue Entgelttransparenzgesetz, Handlungsempfehlungen für die Praxis, Stand: Oktober 2017, S. 52.

- 75 Entsprechend des Verweises auf § 8 Abs. 1 AGG ist grundsätzlich eine Entgeltungleichbehandlung zwischen Frauen und Männern wegen einer wesentlichen und entscheidenden beruflichen Anforderung möglich. Fälle, in welchen diese Verweisung zu einer gerechtfertigten Entgeltungleichbehandlung führen, sind schwer vorstellbar.¹⁰⁹ Durch den Verweis auf § 8 Abs. 2 AGG hat der Gesetzgeber auch nochmal ausdrücklich klargestellt, dass die Kosten besonderer Schutzvorschriften (z. B. Kündigungsverbot in § 9 MuSchG, Beschäftigungsverbote in §§ 3, 4, 6 MuSchG etc.) nicht zu einem geringeren Entgelt bei dem durch die Vorschriften geschützten Geschlecht führen dürfen.¹¹⁰

3. Auswirkungen einer Diskriminierung

a) Anpassung nach oben

- 76 Gem. § 8 Abs. 1 EntgTranspG zieht ein Verstoß gegen das Entgeltgleichheitsgebot die Nichtigkeit der Regelung nach sich.¹¹¹ Das ergibt sich im Wesentlichen bereits aus § 138 bzw. § 134 BGB.¹¹² Anders als noch der Referentenentwurf, sieht das EntgTranspG jedoch keine eigene Anspruchsgrundlage für einen Erfüllungsanspruch vor.¹¹³ Begehrt der (diskriminierte) Arbeitnehmer daher die Zahlung einer höheren Vergütung, muss eine andere, bereits existierende Anspruchsgrundlage gefunden werden, soweit man § 7 EntgTranspG keinen Anspruchscharakter zuerkennen möchte. Neben dem allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz kann auch § 2 Abs. 1 Nr. 2 und § 8 Abs. 2 AGG für den Anspruch auf Lohnanpassung herangezogen werden.¹¹⁴
- 77 Nach Ansicht des EuGH¹¹⁵ erfolgt in diesen Fällen eine Anpassung nach oben. Denn die Herstellung der Gleichbehandlung fordert, dieselben Vorteile zu ge-

109 So auch *Oberthür*, NJW 2017, 2228, 2230.

110 Vgl. BT-Drs. 18/11133, S. 50 unter Verweis auf die Rechtsprechung des BAG zu Art. 3 GG, BAG, 15.1.1955, 1 AZR 305/54, AP GG Art. 3 Nr. 4; BAG, 6.4.1955, 1 AZR 395/54, AP GG Art. 3 Nr. 7; BAG 23.3.1957, 1 AZR 329/56, AP GG Art. 3 Nr. 16.

111 Die Regelung ist § 7 Abs. 2 AGG nachgebildet, vgl. BT-Drs. 18/11133, S. 57.

112 BAG 17.12.2014, 5 AZR 663/13, NZA 2015, 608.

113 Ursprünglich vorgesehen in § 7 Abs. 2 Referentenentwurf des Bundesministeriums.

114 Nach Ansicht des LAG Rheinland-Pfalz (13.5.2015, 5 Sa 436/13, NZA-RR 2015, 517) resultiert der Anspruch direkt aus § 611 BGB. Das BAG hat in seinem Urteil vom 10.12.1997, 4 AZR 246/96, NZA 1998, 599, den Anspruch auf Anpassung nach oben als in dem nunmehr weggefallenen Lohngleichheitssatz des § 612 Abs. 3 BGB bejaht. Vgl. hierzu auch BAG 20.2.2002, 9 AZR 710/00, NZA 2003, 510; BAG 11.12.2007, 3 AZR 249/06, BAGE 125, 133.

115 EuGH 28.1.2015, C-417/13, NZA 2015, 217. In der Entscheidung des EuGH vom 8.9.2011, C-297/10, C-298/10, NZA 2011, 1100 wurde die zwingende Entscheidung der Anpassung nach oben für nicht europarechtlich zwingend erklärt.

währen, wie diese den Arbeitnehmern zuteilwerden, die unter die bevorzugende Regelung fallen. Trotz möglicher finanzieller Belastungen des Arbeitgebers, soll diese Konsequenz gerechtfertigt sein, wenn die Diskriminierung nicht auf andere Weise behoben werden kann.¹¹⁶

Die Anpassung kann in jedem Fall nur insoweit vorgenommen werden, als das 78
 Kenntnis besteht, d. h. bis zum mitgeteilten statistischen Median. Der Anspruch kann daher nicht so weit gehen, als dass eine Anpassung an das höchste Gehalt der Referenzgruppe erreicht werden kann. Selbst wenn Kenntnis hiervon bestehen würde, kann die Anpassung nur bis zum Median vorgenommen werden.¹¹⁷

Unbenommen bleiben dem Arbeitnehmer Ansprüche aus § 15 Abs. 2 AGG.¹¹⁸ 79

b) Verteidigungsmöglichkeiten des Arbeitgebers

aa) Berufung auf Ausschlussfristen

Soweit der Anspruch auf Lohnanpassung nicht nur für die Zukunft, sondern 80
 auch für die Vergangenheit geltend gemacht wird, stellt sich die Frage der zeitlichen Begrenzung für die Anspruchsbegründung.¹¹⁹ Sowohl individualvertragliche als auch kollektivrechtliche Ausschlussfristen werden grundsätzlich für zulässig gehalten und können entweder ein- oder zweistufig vereinbart werden.¹²⁰ Während im Referentenentwurf noch vorgesehen war, dass zwingend nur die Verjährungsvorschriften gem. §§ 199, 195 BGB Geltung entfalten sollten, ist diese Regelung nunmehr nicht mehr Bestandteil der Beschlussfassung gewesen.¹²¹ Folgerichtig wollte der Gesetzgeber den Erfüllungsanspruch auch den Ausschlussklauseln unterwerfen.¹²² Dies ist insoweit stringent, als dass Ausschlussklauseln auch für sämtliche weiteren Entgeltbestandteile Anwendung finden müssen. Würde man nunmehr diesen Anspruch ausnehmen, wäre eine Privilegierung geschaffen worden.

bb) Kreative Lösungen

Keine Heilung für die Vergangenheit, gleichwohl aber für die Zukunft kann die 81
 Einführung eines betrieblichen Vergütungssystems bringen. Insbesondere außerhalb des Geltungsbereichs von Tarifverträgen ist es sinnvoll die Entgeltfindung

116 BAG 18.2.2016, 6 AZR 700/14, NZA 2016, 709.

117 Vgl. Fn. 65 für den Kreislauf der Anpassungen sowie die Verschiebung des Median.

118 BT-Dr. 18/11133, S. 46, 56; vgl. Total Compensation-Maschmann, Kap. 13 Rn. 46.

119 Einigkeit besteht, dass § 15 Abs. 4 AGG nur für die Ansprüche des § 15 Abs. 1 und 2 AGG Anwendung entfaltet.

120 Vgl. Bauer/Günther/Romero, NZA 2017, 809, 812.

121 Ursprünglich vorgesehen in § 7 Abs. 2 Referentenentwurf des Bundesministeriums.

122 BAG, Urteil vom 26.9.1990, 5 AZR 112/90, AP Nr. 9 zu § 2 BeschFG 1985.

an Kriterien und deren Gewichtung zueinander festzulegen. Maßgebliche Eigenschaft muss nach der Rechtsprechung nur die Durchschaubarkeit des Entgeltsystems sein.¹²³ Auch ein ursprünglich diskriminierendes Entgeltsystem, kann durch ein auf objektiven Kriterien gestütztes System ersetzt werden.¹²⁴ In dem Fall ist es auch unschädlich, wenn für einen befristeten Übergangszeitraum einige der diskriminierenden Auswirkungen aufgrund von Besitzstandsregelungen bestehen bleiben. Soweit daher eine Ablösung eines diskriminierenden Systems vorgenommen wurde, endet die Verpflichtung der Anpassung nach oben.¹²⁵ Regelungen mit Übergangscharakter werden nämlich immer dann als angemessen und erforderlich angesehen, wenn diese die Diskriminierung schrittweise verschwinden lassen.

IV. Betriebliches Prüfverfahren und Berichtspflichten

1. Betriebliches Prüfverfahren gem. § 17 Abs. 1 EntgTranspG

- 82 Beschäftigt ein privates Unternehmen regelmäßig mehr als 500 Arbeitnehmer, sieht § 17 Abs. 1 EntgTranspG vor, dass das Unternehmen prüfen „muss“, ob es das Entgeltgleichheitsgebot einhält.¹²⁶ Für die Erreichung dieses Schwellenwertes ist nicht der Betrieb sondern das Unternehmen maßgeblich.¹²⁷ Betriebliche Prüfverfahren haben aus Bestandsaufnahme, Analyse und Ergebnisbericht zu bestehen, wobei der Arbeitgeber grundsätzlich die freie Wahl hat, welche Analysemethoden und Arbeitsbewertungsverfahren er anwenden will.¹²⁸

123 EuGH, 17.10.1989, C 109/88, APEWG-Vertrag Art. 119 Nr. 27.

124 EuGH, 8.9.2011, C 297/10, C 298/10, RdA 2012, 248, NZA 2011, 1100.

125 BAG, 8.12.2011, 6 AZR 319/09, NZA 2012, 275.

126 So auch: *Baeck/Winzer/Hies*, NZG 2017, 254, 255; *Müller*, BB 2017, 2101, 2104; *Bauer/Günther/Romero*, NZA 2017, 809, 812; *Grimm/Freh*, KSzW 2017, 89, 98. Nach § 18 Abs. 3 S. 4 EntgTranspG ist eine Entgeltprüfung nicht für gesetzliche oder tarifvertragliche Entgeltregelungen erforderlich, vgl. hierzu *Weigert*, NZA 2018, 210, 215.

127 So auch *Fuhlrott/Ritz*, ArbRAktuell 2017, 211, 213; *Hintzen/Richter*, Antworten für die Praxis, S. 25; a. A. wohl *ErfK/Schlachter*, EntgTranspG § 17 Rn. 2; *Oberthür*, NJW 2017, 2228, 2233; Die Entscheidung dieser Frage hat jedoch aufgrund der Ausgestaltung von § 17 EntgTranspG als Sollvorschrift wenige praktische Relevanz.

128 Vgl. § 18 Abs. 2 EntgTranspG; so auch: *Oberthür*, NJW 2017, 2228, 2233; *Bauer/Günther/Romero*, NZA 2017, 809, 812; *Benkert*, NJW-Spezial 2018, 178; *Von Steinau-Steinrück*, NJW-Spezial 2017, 306, 307; *Grimm/Freh*, KSzW 2017, 89, 93; *Becker/Jort*, ArbRAktuell 2018, 359. Das Bundesfamilienministerium empfiehlt derzeit drei Arbeitsbewertungs- bzw. Analysemethoden. Vgl. BfA, Das neue Entgelttransparenzgesetz, Handlungsempfehlungen für die Praxis, Stand: Oktober 2017, S. 60 bis 64 mit weiteren Erläuterungen zu den einzelnen Prüfverfahren. Instruktiv auch *Jochmann-Döll*, RdA 2017, 169 bzgl. des EG-Checks.

Für den Fall, dass das Unternehmen diese Prüfung nicht vornimmt, sieht das EntgTranspG jedoch keine gesetzlichen Sanktionen vor. § 17 Abs. 1 EntgTranspG ist als Soll-Vorschrift ausgestaltet worden. Insofern bleibt abzuwarten, welche praktische Relevanz dem betrieblichen Prüfverfahren zukommen und ob die Rechtsprechung die Sanktionslosigkeit der Nichtdurchführung aufheben und Konsequenzen entwickeln wird.¹²⁹ **83**

Ob es für ein Unternehmen sinnvoll ist, das betriebliche Prüfverfahren „freiwillig“ durchzuführen, bedarf einer sorgfältigen Abwägung. Auch die Ergebnisse eines freiwillig durchgeführten Prüfverfahrens sind nach Abschluss der Belegschaft im Rahmen der Betriebsversammlung bekanntzugeben (vgl. § 20 Abs. 2 Satz 2 EntgTranspG i. V. m. § 43 Abs. 2 BetrVG). Dies unabhängig davon, wann das Prüfverfahren durchgeführt wurde und ob der Arbeitgeber bereits die Möglichkeit hatte etwaige Benachteiligungen auszuräumen.¹³⁰ Insofern ist arbeitgeberseitig abzuwägen, ob und insbesondere wann ein innerbetriebliches Prüfverfahren durchgeführt werden sollte, damit durch etwaige negative Prüfergebnisse nicht Entgeltanpassungsklagen veranlasst werden, die durch das Ausräumen von Benachteiligungen vor Veröffentlichung des Berichts vermieden werden könnten. Insofern empfiehlt es sich bei der Durchführung eines freiwilligen Prüfungsverfahrens den Zeitpunkt der nächsten Betriebsversammlung im Auge zu behalten. **84**

Entschließt sich der Arbeitgeber das Prüfverfahren durchzuführen, so ist ausweislich der Formulierung in § 17 Abs. 2 EntgTranspG die betriebliche Interessenvertretung zu beteiligen. Zudem steht dem Betriebsrat nach der Regelung in § 20 Abs. 1 EntgTranspG ein Informationsrecht über die Durchführung des Prüfverfahrens zu. Auch aus § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG hat der Betriebsrat grundsätzlich erstmal die Möglichkeit das Prüfvorhaben zu überprüfen und wird auch aufgrund seiner Mitbestimmungsrechte in Bezug auf Rahmenregelungen zur Lohngestaltung nach § 87 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 10, Nr. 11 BetrVG bei dem Prüfverfahren „mitmischen“ wollen.¹³¹ Insofern kann darüber nachgedacht werden, den Ablauf des Prüfverfahrens in einer Betriebsvereinbarung festzuhalten, wenn gleich ein zwingendes Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 **85**

129 Vgl. *Langemann/Wilking*, BB 2017, 501, 502; *Fuhlrott/Ritz*, ArbRAktuell 2017, 211, 213: Wird bei der Besetzung von freien Stellen keine Anzeige gegenüber der Agentur für Arbeit gem. § 164 Abs. 1 SGB IX (§ 81 Abs. 1 SGB IX a.F.) gestellt, wertet das die Rspr. als Diskriminierungsindiz dafür dass ein schwerbehinderter Bewerber wegen seiner Schwerbehinderung nicht berücksichtigt wurde und eröffnet damit die Möglichkeit für Entschädigungsansprüche, vgl. hierzu BAG, 21.2.2013, 8 AZR, 180/12, NZA 2013, 840; ähnliche Argumentation auch *Behrendt/Witzke*, BB 2017, 3060, 3064.

130 *Häferer/Köhler*; CB 2017, 284.

131 So auch *Kuhn/Schwindling*; DB 2017, 785, 789; *Oberthür*, NJW 2017, 2228, 2233; *Hintzen/Richter*, Antworten für die Praxis, S. 26; *Grimm/Freh*, KSzW 2017, 89, 99.

Nr. 1, Nr. 10, Nr. 11 BetrVG während des Prüfverfahrens nicht gegeben ist, da es sich hierbei um eine Analyse des bestehenden Zustandes handelt und nicht um eine aktive Veränderung bestehender Lohnstrukturen.¹³²

2. Berichtspflicht

- 86** Anders als das betriebliche Prüfverfahren, sind die in den §§ 21 ff. EntgTranspG festgeschriebenen Berichtspflichten zwingend. Unternehmen mit in der Regel mehr als 500 Beschäftigten, die nach §§ 264 und 289 HGB verpflichtet sind einen Lagebericht zu erstellen, müssen diesem auch einen Bericht zur Gleichstellung und Entgeltgleichheit als Anlage beifügen und im Bundesanzeiger veröffentlichen. Obwohl der Bericht als Anlage beigefügt wird, ist er kein Bestandteil des Lageberichts. Es finden daher weder die einschlägigen Vorschriften des HGB Anwendung noch treten die mit dem Lagebericht verbundenen Rechtsfolgen ein.¹³³ Dementsprechend ist der Entgeltbericht weder prüfungspflichtig noch muss der Abschlussprüfer im Rahmen seiner Prüfung feststellen, ob die erforderlichen Angaben gemacht wurden. Nachdem es sich um eine Anlage des Lageberichts handelt, sollte der Bericht aber (nach IDW PS 202) kritisch gelesen werden.¹³⁴
- 87** In diesem Bericht müssen die Unternehmen aufführen, welche Maßnahmen sie zur Förderung der Gleichstellung von Frauen und Männer ergriffen haben, deren Wirkungen sowie welche Maßnahmen sie zur Herstellung von Entgeltgleichheit für Frauen und Männer umgesetzt haben. Wurden keine dieser Maßnahmen durchgeführt, so ist das im Bericht zu begründen.¹³⁵
- 88** Sind die Unternehmen tarifgebunden oder tarifyanwendend, so müssen sie alle fünf Jahre den Bericht über den zurückliegenden 5-Jahres-Zeitraum erstellen. Für alle anderen Unternehmen beträgt der Berichtszeitraum und Berichtszeitraum drei Jahre (vgl. § 22 Abs. 1, Abs. 2 EntgTranspG). Der Bericht ist erstmals im Jahr 2018 zu erstellen, wobei der Berichtszeitraum einmalig auf das letzte abgeschlossene vorangegangene Kalenderjahr (2016) beschränkt ist. Nach dem ersten Bericht im Jahr 2018 greift der jeweils einschlägige Turnus und die nachfol-

132 So auch Kuhn/Schwindling; DB 2017, 785, 789; Oberthür, NJW 2017, 2228, 2233; Langemann/Wilking, BB 2017, 501, 502; Hintzen/Richter, Antworten für die Praxis, S. 26.

133 BT-Drs. 18/11133, S. 75.

134 Kolb/Heinek, Wpg Online, 2017, 1243, 1244; Oberthür, NJW 2017, 2228, 2234.

135 Vgl. § 21 Abs. 1 EntgTranspG; Baeck/Winzer/Hies, NZG 2017, 255; Bauer/Günther/Romero, NZA 2017, 809, 813; Grimm/Freh, KSzW 2017, 89, 99; Koller-van Delden, DStR 2018, 254, 260; Kuhn/Schwindling, DB 2017, 785, 789.

genden Berichte sind jeweils über den vollen jeweils geltenden Berichtszeitraum zu erstellen.¹³⁶

Unklar bleibt, ob ein Unternehmen auch als tarifyanwendend gilt, wenn die tarifvertraglichen Regelungen nicht für alle Arbeitnehmer z. B. über Bezugnahmeklauseln zur Anwendung kommen.¹³⁷ **89**

Gesetzliche Sanktionen für den Fall, dass ein Unternehmen seiner Berichtspflicht nicht nachkommt, enthält das EntgTranspG nicht und sind auch nicht vorgesehen.¹³⁸ Durch die Veröffentlichung im Bundesanzeiger kann ein fehlender Bericht zur Gleichstellung und Entgeltgleichheit jedoch zu einer negativen Wahrnehmung in der Öffentlichkeit führen. **90**

136 BT-Drs. 18/11133, S. 75; *Weigert*, NZA 2018, 210, 214; *Grimm/Freh*, KSzW 2017, 89, 99; *Koller-van Delden*, DStR 2018, 254, 260.

137 *Kolb/Heinek*, Wpg Online 2017, 1243, 1247; *Grimm/Freh*, KSzW 2017, 89, 99; vgl. ausführlich vorstehend zu II. Auskunftsanspruch 1. b) bb), Rn. 11–13.

138 So auch: *Bauer/Günther/Romero*, NZA 2017, 809, 813; *Grimm/Freh*, KSzW 2017, 89, 99.

Kapitel 15

Mitbestimmung bei der Entgeltgestaltung

Schrifttum: *Annuß*, Entgeltmitbestimmung und Arbeitsvertrag, RdA 2014, 193; *Bauer/Günther*, Änderung der betrieblichen Lohnstruktur – rechtliche und personalpolitische Probleme, DB 2009, 620; *Boemke*, Mitbestimmung bei betrieblicher Lohngestaltung – Nachwirkung einer Betriebsvereinbarung über freiwillige Leistungen, JuS 2009, 764; *Brugger/Mosch*, Mitbestimmung des Betriebsrats bei Gehaltsanpassungen, NJW-Spezial 2010, 690; *Caspers*, Teilnachwirkung des Tarifvertrags durch § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG – zur Ablösung tariflicher Vergütungssysteme, in: FS Löwisch, 2007, S. 45; *Groeger*, Änderung von Entlohnungsgrundsätzen, ArbRB 2006, 359; *Joost*, Betriebliche Mitbestimmung bei der Lohngestaltung im System von Tarifaufonomie und Privatautonomie, ZfA 1993, 257; *Kammerer/Mass*, Der tarifungebundene Arbeitgeber – Regelungsmacht und Regelungsgrenzen in Vergütungsfragen, DB 2015, 1043; *Koch*, Die Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG – Teil 1, SR 2016, 131; *ders.* Die Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG – Teil 2, SR 2017, 19; *Koschker*, Mitbestimmung bei der Entgeltgestaltung, Diss., 2015; *Kreft*, Mitbestimmung bei der Änderung von Entlohnungsgrundsätzen, in: FS Bepler, 2012, S. 317; *ders.*, Tarifliche Vergütungsordnung und betriebliche Entlohnungsgrundsätze, in: FS Kreutz, 2010, S. 263; *Krohm*, Weitergeltung & Nachwirkung – kollektivrechtliche Vergütungsordnungen im Lichte von § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG, Diss., 2013; *Leuchten*, Nachwirkung von Betriebsvereinbarungen, BB 2009, 501; *Lunk/Hildebrand*, Mitbestimmung des Betriebsrats bei der Abänderung von Vergütungssystemen, ArbRB 2016, 337; *Lunk/Leder*, Mitbestimmung der Betriebsräte bei freiwilligen Leistungen, NZA 2011, 249; *Magula-Lösche*, Der Umfang betrieblicher Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG bei der Vergabe freiwilliger betrieblicher Sozialleistungen, Diss., 1991; *Matthes*, Die Mitbestimmung des Betriebsrats bei freiwilligen Leistungen, in: FS Reuter, 2010, S. 707; *Müller-Bonanni/Mehrens*, Ablösung der tariflichen Vergütungsordnung nach Betriebsübergang auf einen nicht tarifgebundenen Erwerber, NZA 2012, 1194; *Preis/Deutzmann*, Entgeltgestaltung durch Arbeitsvertrag und Mitbestimmung, NZA-Beilage 2017, 101; *Raab*, Der kollektive Tatbestand als Voraussetzung der Mitbestimmung des Betriebsrats in sozialen Angelegenheiten, ZfA 2001, 31; *ders.*, Die Funktion des Betriebsrats bei der Verwirklichung von Entgeltgerechtigkeit – Gedanken am Beispiel der Mitbestimmung bei der Aufstellung und Änderung von Entlohnungsgrundsätzen, SR 2018, 144; *Rau*, Die Systematik der übertariflichen Zulage, Diss., 1995; *Reichold*, Entgeltmitbestimmung beim tariffreien Arbeitgeber: nur „Erfurter Allerlei?“, BB 2009, 1470; *ders.*, Entgeltanspruch aufgrund Vergütungsordnung trotz fehlender Nachwirkung – Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung, RdA 2011, 311; *Richardi*, Mitbestimmung bei der Entgeltgestaltung, NZA-Beil. 2014, 155; *Roloff*, Entwicklungslinien der Rechtsprechung zu § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG, RdA 2014, 228; *Salamon*, Nachwirkung bei Betriebsvereinbarungen über freiwillige Sozialleistungen, NZA 2010, 745; *ders.*, Das kurze Gastspiel einer betriebsverfassungsrechtlich freiwilligen Gesamtvergütung, NZA 2011, 549; *ders.*, § 87 BetrVG als Geltungsgrund tariflicher Vergütungsordnungen für Außenseiter?, NZA 2012, 899; *Wank*, Der kollektive Tatbestand als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal des § 87 Abs. 1 BetrVG, in: FS Wiese, 1998, S. 617; *Wiese*, Geltung von Entlohnungsgrundsätzen und Mitbestimmung, RdA 2012, 332.

Kap. 15 Mitbestimmung bei der Entgeltgestaltung

Übersicht

	Rn.		Rn.
I. Bedeutung und Sinn und Zweck der Entgeltmitbestimmung (<i>ratio legis</i>)	1	c) Änderung von Entlohnungsgrundsätzen und -methoden	40
II. Der Mitbestimmungstatbestand des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG	4	d) Bedeutung des Geltungsgrundes von Entlohnungsgrundsätzen und -methoden	43
1. Kein Ausschluss der Mitbestimmung aufgrund des Tarifvorbehalts	6	III. Die mitbestimmungspflichtige Gesamtvergütung des BAG	46
2. Eröffnung des Mitbestimmungsrechts aufgrund eines kollektiven Tatbestands	12	1. Die Rechtsprechung des BAG zur Zusammenfassung von Vergütungsbestandteilen zu einer einheitlichen Gesamtvergütung	46
3. Der Lohnbegriff im Sinne der Entgeltmitbestimmung	16	2. Vermeidungsstrategien einer Gesamtvergütung	49
4. Mitbestimmungsfreie Vorgaben des Arbeitgebers und Grenzen der Entgeltmitbestimmung („Topftheorie“)	17	a) Verhinderung der Gesamtvergütung durch bestimmte Regelungsmethodik auf betrieblicher Ebene	50
a) Das „Ob“ der Einführung einer zusätzlichen Arbeitgeberleistung	19	b) Vermeidung der Betriebsratsbeteiligung bei Anwendung des „Rasenmäherprinzips“	54
b) Das ersatzlose und vollständige Streichen einer ursprünglich freiwillig eingeführten Leistung	21	IV. Nachwirkung und Fortgeltung von Entlohnungsgrundsätzen aus Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen	57
c) Der Dotierungsrahmen der zusätzlichen Arbeitgeberleistung	24	1. Nachwirkung von Betriebsvereinbarungen	58
d) Der begünstigte Personenkreis	27	2. Nachwirkung und „Fortgeltung“ von tariflichen Entlohnungsgrundsätzen nach Wegfall der Tarifbindung	61
e) Der mit der zusätzlichen Arbeitgeberleistung verfolgte Zweck	29	V. Zuständiges Verhandlungsgremium auf Betriebsratsseite	63
5. Mitbestimmungspflichtige Handlungen des Arbeitgebers	32	VI. Folgen bei Nichtbeachtung und Sicherung des Mitbestimmungsrechts	66
a) Entlohnungsgrundsätze und -methoden	35	VII. Entgeltfindung bei AT-Angestellten	69
b) Aufstellung von Entlohnungsgrundsätzen und Einführung von Entlohnungsmethoden	38		

I. Bedeutung und Sinn und Zweck der Entgeltmitbestimmung (*ratio legis*)

Es ist wenig verwunderlich, dass die Entgeltmitbestimmung – deren Grundtatbestand in § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG geregelt ist – auf betrieblicher Ebene häufiger Anlass zu hitzigen Diskussionen und Auseinandersetzungen zwischen Arbeitgebern und Betriebsräten ist.¹ Schließlich ergeben sich aus der Aufstellung betrieblicher Vergütungssysteme weitreichende Folgen und unmittelbare finanzielle Auswirkungen für die Belegschaft. Auch ist der Mitbestimmungstatbestand aufgrund der extensiven Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zwischenzeitlich zumindest im tarifungebundenen Betrieb bei nahezu allen Entgeltentscheidungen des Arbeitgebers, die über die reine Einzelfallebene hinausgehen, zu beachten.²

Eng mit der Bedeutung und dem Konfliktpotenzial der Entgeltmitbestimmung verknüpft ist der **Sinn und Zweck**, dem sie nach Auffassung der Rechtsprechung sowie der ganz herrschenden Literaturauffassung zu dienen bestimmt ist. Nach der ständigen Rechtsprechung des BAG besteht die *ratio legis* der Entgeltmitbestimmung im Wesentlichen aus drei Teilaspekten.³ Sie solle zunächst eine einseitig an den Interessen des Arbeitgebers ausgerichtete Entgeltpolitik verhindern und diesen in einen zweiseitigen Verhandlungs- und Aufstellungsprozess zwingen. Darüber hinaus diene die Entgeltmitbestimmung der Transparenz und Durchsichtigkeit des betrieblichen Entgeltgefüges. Schließlich solle die Betriebsratsbeteiligung in Entgeltfragen nach dem BAG der Verteilungsgerechtigkeit im Betrieb dienen, was zugleich in den Augen des BAG das wesentliche und eigentliche Ziel der Entgeltmitbestimmung darstellen dürfte. Freilich lässt das BAG in der Regel unbeantwortet, was Verteilungsgerechtigkeit in diesem Sinne bedeutet und welche Auswirkungen aus dem „Gerechtigkeitspostulat“ für das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats folgen.⁴

Feststehen dürfte jedoch, dass die vom BAG angeführte Verteilungsgerechtigkeit nicht auf die Festlegung des einzig richtigen oder materiell angemessenen Arbeitsentgelts des einzelnen Arbeitnehmers abzielt, sondern sich vielmehr auf das Beteiligungsverfahren selbst bezieht. Anders ausgedrückt: Der betrieblichen Verteilungsgerechtigkeit ist schon dadurch gedient, dass sich der Arbeitgeber

1 Vgl. zur Bedeutung der Entgeltmitbestimmung auch *Richardi*, NZA-Beil. 2014, 155.

2 Vgl. auch HKW-Clemenz, § 87 BetrVG Rn. 176.

3 Vgl. nur Großer Senat des BAG 3.12.1991, GS 2/90, NZA 1992, 749; BAG 22.6.2010, 1 AZR 853/08, NZA 2010, 1243; BAG 11.1.2011, 1 AZR 310/09, BeckRS 2011, 72469; BAG 15.4.2008, 1 AZR 65/07, NZA 2008, 888; zustimmend in der Literatur etwa BeckOKArbR-Werner, § 87 Rn. 150; MAHArbR-Hesse/Tischer, § 23 Rn. 6; ErfK-Kania, § 87 BetrVG Rn. 96; Brugger/Mosch, NJW-Spezial 2010, 690; Schaub-Koch, § 235 Rn. 89; kritisch Joost, ZfA 1993, 257, 263.

4 Koschker, S. 39; kritisch insofern auch Annuf, RdA 2014, 193, 194.

Kap. 15 Mitbestimmung bei der Entgeltgestaltung

einem zweiseitigen Verfahren unterwerfen muss, sofern er betriebliche Entlohnungsgrundsätze aufstellen möchte. Im Rahmen des Beteiligungsverfahrens werden die Interessengegensätze auf betrieblicher Ebene nach Möglichkeit aufgelöst und in eine Kompromisslösung überführt. In diesem Sinne lässt sich der Zweck der Entgeltmitbestimmung tatsächlich in der Schaffung von Verteilungs- und innerbetrieblicher Lohngerechtigkeit begreifen.⁵ Eine Befugnis des Betriebsrats, unter Berufung auf das Mitbestimmungsrecht Lohnpolitik zu betreiben, folgt hieraus aber nicht: Er kann weder Lohnerhöhungen oder -herabsetzungen durchsetzen, noch die Einführung zusätzlicher, bislang nicht vorgesehener Leistungen erzwingen.⁶ Auch vom Arbeitgeber nicht gewollte lohnpolitische Komponenten, die dem sozialpolitischen Bereich zuzuordnen sind (z. B. Abhängigkeit der Entgelthöhe vom Lebensalter oder der Dauer der Betriebszugehörigkeit), kann der Betriebsrat dem Arbeitgeber nicht gegen seinen Willen aufzwingen.⁷ Im Einklang mit dem Ausschluss einer vom Betriebsrat betriebenen Lohnpolitik auf betrieblicher Ebene steht schließlich die weitere Grundannahme, dass die Vereinbarung der individuellen Entgelthöhe des einzelnen Arbeitnehmers nicht der Mitbestimmung des Betriebsrats unterfällt.

II. Der Mitbestimmungstatbestand des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG

- 4 Die Entgeltmitbestimmung ist in ihrem Grundtatbestand in § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG niedergelegt. Aber auch andere Ziffern des Abs. 1 betreffen entgeltbezogene Fragestellungen, sodass sich folgende **Gesetzes- und Abgrenzungssystematik** ergibt: Während Nr. 10 die maßgeblichen inhaltlichen Fragestellungen des betrieblichen Vergütungssystems – insbesondere die anzuwendenden Entlohnungsgrundsätze – betrifft, sind die eher administrativen, auszahlungstechnischen Aspekte der Entgeltgewährung in Nr. 4 verortet (Zeit, Ort und Art der Auszahlung des Arbeitsentgelts). Nr. 8 stellt eine – den Tatbestand der Nr. 10 überlagernde – Sonderregelung für den Fall dar, dass bestimmte Entgeltleistungen durch eine betriebliche Sozialeinrichtung erbracht werden (z. B. Pensions- und Versorgungseinrichtungen, Kantine, Kindergarten, Sportanlagen und -einrichtungen). Nr. 11 betrifft schließlich den Sonderfall der leistungsbezogenen Entgelte (v. a. Prämien- und Akkordlohn) und ordnet wegen der besonderen Belastung der leistungsbezogenen Vergütung für die Arbeitnehmer an, dass hier – anders als im Anwendungsbereich der Nr. 10 – auch die absolute Entgelthöhe (z. B. durch Vereinbarung bestimmter Akkordsätze) der Mitbestimmung unterliegt.

5 Ausführlich zum Ganzen, *Koschker*, S. 62 ff.; vgl. auch *Raab*, SR 2018, 144, 153.

6 *HWK-Clemenz*, § 87 BetrVG Rn. 177; *MAHArbR-Hesse/Tischer*, § 23 Rn. 7.

7 *MAHArbR-Hesse/Tischer*, § 23 Rn. 49.

Der unter den entgeltbezogenen Regelungsgegenständen des Abs. 1 besonders bedeutsame Mitbestimmungstatbestand der Nr. 10 im Einzelnen: **5**

1. Kein Ausschluss der Mitbestimmung aufgrund des Tarifvorbehalts

Im Sinne einer Vorfrage der Entgeltmitbestimmung ist zu klären, ob nicht bereits **6**
eine gesetzliche oder tarifliche Regelung zum selben Regelungsgegenstand besteht, die dem zwingenden Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats aus § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG entgegensteht. Sofern dem Arbeitgeber bei bestimmten Angelegenheiten aufgrund zwingender gesetzlicher oder tariflicher Vorgaben ohnehin kein einseitiger Gestaltungsspielraum mehr verbleibt, besteht auch kein Bedürfnis, die Belegschaft durch eine notwendige Einbeziehung des Betriebsrats vor einer einseitigen Interessenpolitik des Arbeitgebers auf betrieblicher Ebene zu schützen.⁸ Damit kommt dem Eingangssatz von § 87 Abs. 1 BetrVG auch eine zuständigkeitsabgrenzende Funktion zu, was die Wahrnehmung des kollektiven Arbeitnehmerschutzes durch die tarifvertragschließende Gewerkschaft oder aber durch die betriebliche Arbeitnehmervertretung anbelangt – Letztere ist nur dann zur zwingenden Ausübung des Mitbestimmungsrechts und damit zur Wahrnehmung des Arbeitnehmerschutzes berufen, wenn nicht die Gewerkschaft bereits tätig geworden ist.⁹ Die **Tarifparteien** haben damit in den Angelegenheiten der erzwingbaren Mitbestimmung gegenüber den Betriebsparteien ein **Normsetzungsvorrecht**, was den Eingangssatz von § 87 Abs. 1 BetrVG zu einem Tarifvorbehalt macht.¹⁰

Solange die Tarifparteien von diesem Normsetzungsvorrecht jedoch keinen Gebrauch gemacht haben, ist der Betriebsrat an der Ausübung seines erzwingbaren Mitbestimmungsrechts im Entgeltbereich nicht aufgrund der Tarifsperre des § 77 Abs. 3 BetrVG gehindert. Die vom BAG und weiten Teilen der Literatur favorisierte **Vorrangtheorie** besagt, dass der Betriebsrat in Fragen der sozialen Mitbestimmung gem. § 87 BetrVG den Abschluss einer Betriebsvereinbarung auch dann erzwingen kann, wenn zwar entsprechende Regelungen zu den dort aufgelisteten Gegenständen (wie in der Regel) tarifüblich sind, eine Bindung des Arbeitgebers an entsprechende Tarifverträge aber nicht besteht.¹¹ **7**

Ein Tarifvertrag zu sozialen Angelegenheiten i. S. d. § 87 BetrVG kann die erzwingbare Mitbestimmung nur ausschließen, wenn er für den maßgeblichen Betrieb auch Geltung entfaltet, wobei es für die Sperrwirkung grundsätzlich keine **8**

⁸ Joost, ZfA 1993, 257, 267; Boemke, JuS 2009, 764, 765.

⁹ Koschker, S. 83; siehe ferner Raab, SR 2018, 144, 154.

¹⁰ Vgl. GK-BetrVG-Wiese, § 87 Rn. 57; vgl. auch Raab, SR 2018, 144, 145.

¹¹ Vgl. zur Vorrangtheorie nur MüArbR-Matthes, § 238 Rn. 66 f.; MAHArbR-Glaesmann/Gerdel, § 63 Rn. 12.

Kap. 15 Mitbestimmung bei der Entgeltgestaltung

Rolle spielt, ob es sich um einen Flächentarifvertrag oder einen Haustarifvertrag handelt.¹² Die Geltung des fraglichen Tarifvertrages setzt zum einen seine sachliche/fachliche sowie räumliche Einschlägigkeit voraus. Zum anderen aber muss auch normative Tarifgeltung bestehen,¹³ was bei allgemeinverbindlichen Tarifverträgen im Tarifgebiet stets der Fall ist. Bei nicht für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträgen soll es das Mitbestimmungsrecht nach ständiger Rechtsprechung des BAG und der herrschenden Literaturauffassung schon sperren, wenn nur der Arbeitgeber einer Tarifbindung unterliegt.¹⁴ Gehört der Arbeitgeber demnach dem tarifvertragschließenden Arbeitgeberverband als tarifgebundenes Mitglied an oder ist er Partei des Haustarifvertrages, so ist die erzwingbare Mitbestimmung auf betrieblicher Ebene schon allein deshalb ausgeschlossen; auf eine Tarifbindung der einzelnen Arbeitnehmer kommt es dann nicht mehr an. Die erzwingbare Mitbestimmung in Entgeltfragen ist dann – mit Ausnahme der AT-Angestellten – für alle Arbeitnehmer des Betriebes ausgeschlossen, also auch für jene, die selbst mangels Gewerkschaftszugehörigkeit oder arbeitsvertraglicher Bezugnahmeklausel an den tariflichen Entgeltregelungen gar nicht partizipieren.

- 9 Die Auffassung des BAG, dass schon die einseitige Tarifbindung des Arbeitgebers die Entgeltmitbestimmung vollumfänglich sperrt, bedürfte keiner weiteren Erörterung, wenn es sich bei tariflichen Entgeltregelungen um sog. Betriebsnormen im Sinne des § 3 Abs. 2 TVG handelte. Dies wird jedoch vom BAG selbst verneint, unter nahezu einhelliger Zustimmung der Literatur.¹⁵ Eine uneinheitliche Regelung des Entgeltgefüges auf betrieblicher Ebene ist durchaus möglich und auch nicht evident unzweckmäßig, was jedoch Voraussetzung für die Klassifizierung als Betriebsnorm wäre; berücksichtigt man ferner, dass typische Betriebsnormen (z. B. zu Fragen der Arbeitsorganisation oder der Arbeitsordnung) nicht den materiellen Gehalt/Inhalt der Arbeitsbeziehung betreffen, so ist der Auffassung, wonach tarifliche Entgeltregelungen keine Betriebsnormen darstellen, zuzustimmen.¹⁶
- 10 Den Ausschluss der betrieblichen Entgeltmitbestimmung schon bei einseitiger Tarifbindung des Arbeitgebers begründete das BAG in früheren Urteilen damit, dass Arbeitgeber in der Regel nicht danach unterscheiden, ob ihre Arbeitnehmer gewerkschaftszugehörig sind oder nicht und schlicht allen Arbeitnehmern des Betriebes einheitliche Arbeitsbedingungen gewähren. Zumindest aber sei es ta-

12 Vgl. BAG 20.2.2018, 1 ABR 53/16, NZA 2018, 954.

13 Vgl. Koch, SR 2017, 19, 22.

14 BAG 18.10.2011, 1 ABR 25/10, NZA 2012, 392; BAG 24.2.1987, 1 ABR 18/85, NZA 1987, 639.

15 BAG 11.11.2008, 1 ABR 68/07, NZA 2009, 450; BAG 4.5.2011, 7 ABR 10/10, NZA 2011, 1239; Caspers, FS Löwisch, S. 45, 52; Kreft, FS Kreutz, S. 263, 271 f.; Krohm, S. 180 f.; Lunk/Hildebrand, ArbRB 2016, 337, 341; Raab, SR 2018, 144, 147.

16 Weiterführend auch Koschker, S. 88.

rifungebundenen Arbeitnehmern möglich, jederzeit der vertragschließenden Gewerkschaft beizutreten und somit die Anwendung der tariflichen Bestimmungen auch auf ihr Arbeitsverhältnis zu erreichen.¹⁷ Gegen diese Argumentation des BAG sind in der Literatur zu Recht Bedenken vor dem Hintergrund der negativen Koalitionsfreiheit vorgebracht worden, was zwischenzeitlich dazu geführt hat, dass das BAG diese Argumentationskette in jüngeren Entscheidungen nicht mehr zur Begründung seiner Sichtweise heranzieht und sich vielmehr auf die Notwendigkeit der Verwirklichung eines umfassenden, von der Gewerkschaftszugehörigkeit unabhängigen Arbeitnehmerschutzes beruft.¹⁸ Entgegen der Auffassung des BAG wäre es insgesamt dogmatisch überzeugender, die Errichtung eines – parallelen – betrieblichen Vergütungssystems für die nicht-tarifgebundenen Arbeitnehmer des Betriebes zuzulassen.¹⁹ Dem stehen natürlich erhebliche praktische und organisatorische Bedenken entgegen sowie der Umstand, dass dann einem offenen Konkurrenzkampf zwischen Gewerkschaft und Betriebsrat Tür und Tor geöffnet wäre.²⁰

Das BAG sperrt jedoch nicht nur das Mitbestimmungsrecht sobald eine einseitige Tarifbindung des Arbeitgebers gegeben ist, sondern verlangt darüber hinaus die betriebsverfassungsrechtliche Berücksichtigung der tariflichen Entgeltregelungen auch bei Außenseitern, d. h., ihrerseits nicht tarifgebundenen Arbeitnehmern. Diese sollen – ungeachtet ihrer fehlenden Gewerkschaftszugehörigkeit – etwa in tarifliche Entgeltgruppen einzugruppieren sein, unter zwingender Beteiligung des Betriebsrats gem. § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG.²¹ Davon zu trennen ist allerdings die individualrechtliche Lage des einzelnen nicht-tarifgebundenen Arbeitnehmers – dieser erlangt nach dem BAG durch die arbeitgeberseitige Pflicht zur Eingruppierung in die tarifliche Entgeltordnung, die den Arbeitgeber im Verhältnis zum Betriebsrat trifft, keinen korrespondierenden Anspruch auf das (ggf. höhere) tarifliche Arbeitsentgelt.²²

17 BAG 24.2.1987, 1 ABR 18/85, NZA 1987, 639.

18 Vgl. auch *Salamon*, NZA 2012, 899, 902; *Wiese*, RdA 2012, 332, 336; aus der jüngeren Vergangenheit etwa BAG 18.10.2011, 1 ABR 25/10, NZA 2012, 392; hierzu auch *Koch*, SR 2016, 131, 137.

19 *Wiese*, RdA 2012, 332, 337; ähnlich *Roloff*, RdA 2014, 228, 230; vgl. auch *Salamon*, NZA 2012, 899, 902; im Ergebnis auch *Raab*, SR 2018, 144, 154, soweit der Arbeitgeber das tarifliche Entgeltsystem nicht auch auf die Außenseiter im Betrieb anwendet.

20 Vgl. *Raab*, SR 2018, 144, 154, der auf das nachvollziehbare und berechtigte Interesse des Arbeitgebers an der einheitlichen Ausgestaltung der Vergütung im Betrieb verweist.

21 BAG 18.10.2011, 1 ABR 25/10, NZA 2012, 392; BAG 4.5.2011, 7 ABR 10/10, NZA 2011, 1239.

22 BAG 18.10.2011, 1 ABR 25/10, NZA 2012, 392; hierzu *ErfK-Kania*, § 87 BetrVG Rn. 100.

2. Eröffnung des Mitbestimmungsrechts aufgrund eines kollektiven Tatbestands

- 12 Ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG kommt nach allgemeiner Auffassung nur dann in Betracht, wenn das entgeltrelevante Verhalten des Arbeitgebers einen **kollektiven Tatbestand** begründet.²³ Das Kriterium des kollektiven Tatbestands grenzt damit mitbestimmungspflichtige Arbeitgebermaßnahmen von mitbestimmungsfreien, rein individuellen Einzelfallentscheidungen ab. Die Gestaltungsaufgabe des Betriebsrats beginnt erst dort, wo die rein individuelle Austauschbeziehung zwischen Arbeitgeber und einzelner Arbeitnehmer verlassen wird.²⁴
- 13 Das BAG stellt zur Beurteilung des Vorliegens eines kollektiven Tatbestandes vorrangig darauf ab, ob der Arbeitgeber – ohne Ansehung der konkreten Person – eine abstrakt-generelle Regelung mit allgemeiner Geltung im Betrieb aufstellen möchte.²⁵ Im Entgeltbereich liegt für das BAG eine abstrakt-generelle Regelung immer dann nahe, wenn die **Strukturformen des Entgelts sowie ihre näheren Vollzugsformen** betroffen sind.²⁶ Die Ansicht des BAG führt letztlich dazu, dass fast jede Entgeltentscheidung des Arbeitgebers einen kollektiven Tatbestand und damit das Mitbestimmungsrecht begründet – denn eine abstrakt-generelle Grundregel, die der Arbeitgeber seiner Entgeltentscheidung scheinbar zugrunde gelegt hat, lässt sich beinahe immer ausformulieren.

14 **Beispiel:**

Lässt der Arbeitgeber einem unverzichtbaren Arbeitnehmer der Forschungsabteilung eine Sonderprämie zukommen, um zu verhindern, dass dieser – wie angedroht – zu einem Konkurrenzunternehmen wechselt, dann handelt es sich auf den ersten Blick um eine reine Individualentscheidung, die auf die konkrete Situation bezogen ist. Bestehen aber Anhaltspunkte dafür, dass der Arbeitgeber in gleichgelagerten Fällen künftig ähnlich verfahren würde, so ließe sich zwanglos die folgende abstrakt-generelle Regel aufstellen: Drohen geschäftskritische Arbeitnehmer das Unternehmen zu verlassen, versucht der Arbeitgeber, diese durch Zahlung einer Sonderprämie weiter an das Unternehmen zu binden und so die Abwanderung zu verhindern.

- 15 Die Praxis wird die weitreichende Auslegung des BAG zu berücksichtigen haben. So wird ein kollektiver Tatbestand mit dem BAG etwa immer dann gegeben

23 Vgl. nur *ErfK-Kania*, § 87 BetrVG Rn. 6; *MAHArbR-Hesse/Tischer*, § 23 Rn. 18; *HWK-Clemenz*, § 87 BetrVG Rn. 3; *Raab*, ZfA 2001, 31, 32.

24 Vgl. *Raab*, SR 2018, 144, 145.

25 BAG 10.10.2006, 1 ABR 68/05, NZA 2007, 99; BAG 29.2.2000, 1 ABR 4/99, NZA 2000, 1066; hierzu näher *Raab*, ZfA 2001, 31, 42 f.

26 BAG 10.10.2006, 1 ABR 68/05, NZA 2007, 99; BAG 29.2.2000, 1 ABR 4/99, NZA 2000, 1066; hierzu auch *Richardi-Richardi*, § 87 Rn. 748.

sein, wenn zwischen der vom Arbeitgeber angedachten Maßnahme und ähnlichen Regelungen bei anderen Arbeitnehmern ein innerer Zusammenhang besteht oder wenn bestimmte Bemessungs- und Bewertungskriterien innerhalb einer Gruppe von Arbeitnehmern zueinander in Verhältnis gesetzt werden (z. B. kollektiver Bezug durch Verteilung eines für eine bestimmte Leistung bereitgestellten Budgets; performanceabhängige Leistungen, die auch die Ergebnisse der Abteilung oder der unmittelbaren Kollegen berücksichtigen).²⁷ Nur in eng umgrenzten Ausnahmefällen wird es sich um der Mitbestimmung entzogene, rein individuelle Entgeltentscheidungen handeln, die mit Rücksicht auf die besonderen persönlichen Umstände des einzelnen Arbeitnehmers getroffen wurden und daher keinen inneren Zusammenhang zu vergleichbaren Regelungen bei anderen Belegschaftsmitgliedern aufweisen (z. B. Wunsch eines Arbeitnehmers, zur Vermeidung von Steuernachteilen eine ganz bestimmte Gestaltungsform zu wählen, die im Betrieb nicht üblich ist).²⁸

3. Der Lohnbegriff im Sinne der Entgeltmitbestimmung

Der Lohnbegriff im Sinne der Entgeltmitbestimmung ist – mangels einer Legaldefinition im BetrVG – durch Auslegung zu ermitteln und insgesamt im weitesten Sinne zu verstehen. Er umfasst damit **jede geldwerte Leistung, die der Arbeitnehmer aufgrund oder anlässlich seiner Tätigkeit für den Arbeitgeber erhält**.²⁹ Auf einen Rechtsanspruch auf die vom Arbeitgeber gewährte geldwerte Leistung kommt es nicht an – denn auch freiwillige Leistungen, zu deren Gewährung sich der Arbeitgeber aus eigenem Antrieb und ohne Rechtspflicht entschließt, können das Gerechtigkeitsempfinden der Belegschaft berühren. Nur solche Leistungen, denen gar kein Vergütungscharakter zukommt und die das Vermögen des Arbeitnehmers nicht mehren, sind vom Lohnbegriff ausgenommen (z. B. Erstattung von Reise- und Übernachtungskosten sowie sonstiger Aufwendungsersatz).³⁰ Dass der Arbeitgeber mit bestimmten Leistungen gegebenenfalls weitergehende Ziele (z. B. Stärkung der „corporate identity“) verfolgt, die den Zweck der Honorierung der Arbeitsleistung gar noch überlagern, dürfte am Vorliegen von „Lohn“ im Sinne des Mitbestimmungstatbestandes hingegen nichts ändern.³¹

27 Hierzu Wank, FS Wiese, S. 617, 624.

28 ErfK-Kania, § 87 BetrVG Rn. 99; HWK-Clemenz, § 87 BetrVG Rn. 180; vgl. auch Lunk/Hildebrand, ArbRB 2016, 337, 338: „In der Praxis sind freilich kaum derartige Einzelfälle denkbar.“

29 HWK-Clemenz, § 87 BetrVG Rn. 174 ff.; ErfK-Kania, § 87 BetrVG Rn. 96 ff.

30 Vgl. Koch, SR 2017, 131, 132.

31 Koschker, S. 133; a. A. MAHArbR-Hesse/Tischer, § 23 Rn. 14.

4. Mitbestimmungsfreie Vorgaben des Arbeitgebers und Grenzen der Entgeltmitbestimmung („Topftheorie“)

- 17 Zur Verdeutlichung der Grenzen der Mitbestimmung und der damit korrespondierenden einseitigen Gestaltungsvorgaben des Arbeitgebers bei freiwilligen Leistungen wird gerne die sog. „Topftheorie“ angeführt. Demnach soll der Arbeitgeber bei freiwilligen Leistungen, die er aus eigenem Antrieb im Betrieb erstmalig einführen möchte, nicht nur über den dafür bereitgestellten **„Entgelttopf“** (= Dotierungsrahmen), sondern auch über das **„Ob“** der Einführung, den **begünstigten Personenkreis** sowie den mit der Leistung verfolgten **Zweck** mitbestimmungsfrei entscheiden dürfen.³²
- 18 Die aus der Topftheorie folgenden Einschränkungen des Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats gelten – wie erwähnt – für sog. **freiwillige Leistungen**. Diese Freiwilligkeit beurteilt sich allerdings unabhängig davon, ob der einzelne Arbeitnehmer einen individuellen Rechtsanspruch auf eine bestimmte Leistung hat. Entscheidend ist vielmehr die sog. „betriebsverfassungsrechtliche Freiwilligkeit“, wie es das BAG nennt. Eine freiwillige Leistung im Sinne der Topftheorie liegt demnach vor, wenn der Arbeitgeber nicht bereits normativ (d. h. kraft Gesetzes oder aber aufgrund Tarifvertrages) zur Gewährung eben dieser Leistung verpflichtet ist.³³ Bei diesen Leistungen ist das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nicht aufgrund des Tarifvorbehalts von vornherein ausgeschlossen, sodass sie sich aus seiner Sicht als freiwillige zusätzliche Leistungen des Arbeitgebers darstellen, bei denen der Betriebsrat grundsätzlich – in den Grenzen der Topftheorie – mitgestalten darf. Im Einzelnen:

a) Das „Ob“ der Einführung einer zusätzlichen Arbeitgeberleistung

- 19 Über die erstmalige Einführung einer bislang weder (tarif-)vertraglich noch gesetzlich geschuldeten Leistung im Betrieb – und damit das „Ob“ ihrer Gewährung – können Arbeitgeber mitbestimmungsfrei entscheiden, sodass zusätzliche Leistungen oder weitergehende Geldmittel vom Betriebsrat nicht erzwungen werden können. Wollte man den Betriebsräten entsprechende Kompetenzen zur Lohnpolitik zugestehen, würden diese in einen unmittelbaren Konkurrenzkampf mit/Verdrängungswettbewerb zu den Gewerkschaften treten, was im Lichte der Koalitionsfreiheit des Grundgesetzes bedenklich wäre. Vor allem aber trägt der Arbeitgeber die wirtschaftliche Verantwortung für seine unternehmerische Tätigkeit. Könnte der Betriebsrat – gegebenenfalls gar unter Einbeziehung der Einigungsstelle – zusätzliche Leistungen erzwingen, müsste der Arbeitgeber ein zusätzliches wirtschaftliches und unternehmerisches Risiko eingehen, das von

32 Richardi-Richardi, § 87 Rn. 795; Reichold, BB 2009, 1470, 1471; MAHArbR-Hesse/Tischer, § 23 Rn. 36.

33 Vgl. ErfK-Kania, § 87 BetrVG Rn. 107; Koschker, S. 101; Koch, SR 2017, 19, 30.

ihm nie bezweckt gewesen ist und für das er daher kaum Verantwortung übernehmen kann und möchte.³⁴ Kann der Arbeitgeber seine Vorstellungen im Mitbestimmungsverfahren gegenüber dem Betriebsrat nicht durchsetzen, scheut er aber den Gang in die Einigungsstelle, kann er von der Einführung der fraglichen freiwilligen Leistung auch einfach wieder Abstand nehmen – dies ist ebenfalls zwingende Folge der Mitbestimmungsfreiheit der Einführungsentscheidung des Arbeitgebers.³⁵

Umgekehrt kann der Betriebsrat aber auch die Einführung einer von ihm nicht befürworteten Leistung im Betrieb verhindern, etwa weil er das hierfür bereitgestellte Budget lieber auf andere Art und Weise verwenden möchte. Der Betriebsrat hat damit bei der Einführung von Leistungen ein „Veto-Recht“.³⁶ Gegen den Willen des Betriebsrats kann die Einführung zusätzlicher Leistungen damit nur erfolgen, wenn der Arbeitgeber die Einigungsstelle einschaltet und sich diese über die vom Betriebsrat vorgebrachten Sachargumente, die laut diesem gegen eine Einführung der in Frage stehenden Leistung sprechen sollen, hinwegsetzt.³⁷ **20**

b) Das ersatzlose und vollständige Streichen einer ursprünglich freiwillig eingeführten Leistung

Spiegelbildlich zur mitbestimmungsfreien Einführung zusätzlicher Arbeitgeberleistungen ist es dem Arbeitgeber nach der Topftheorie auch möglich, diese zu einem späteren Zeitpunkt durch einseitige Entscheidung mitbestimmungsfrei zu beseitigen. Nach der Topftheorie zwingt das Betriebsverfassungsrecht den Arbeitgeber also nicht, eine ursprünglich mitbestimmungsfrei eingeführte Leistung länger aufrechtzuerhalten, als von ihm gewünscht. Eine Mitbestimmungslücke ergibt sich hieraus nicht: Stellt der Arbeitgeber die ursprünglich freiwillige Leistung ersatzlos und vollständig ein, reduziert er den hierfür bereitgestellten „Topf“ also auf „Null“, dann gibt es auch nichts mehr zu verteilen und damit keinen Anknüpfungspunkt für die Aufstellung neuer oder abweichender Verteilungsgrundsätze.³⁸ **21**

Anders stellte sich die Sachlage schon bislang dar, wenn der Arbeitgeber die fragliche Leistung nicht vollständig abschaffen, sondern nur das hierauf entfallende Budget reduzieren und dann abweichend verteilen möchte. In diese Neuverteilung des reduzierten Entgelttopfs ist der Betriebsrat zwingend einzubeziehen. Reduziert der Arbeitgeber den Entgelttopf hingegen, ohne dabei die Verteilungsgrundsätze anzutasten (etwa durch eine gleichförmige prozentuale Kür- **22**

34 Ausführlich hierzu *Koschker*, S. 103 f.; vgl. auch *ErfK-Kania*, § 87 BetrVG Rn. 103.

35 Vgl. *Annuß*, RdA 2014, 103, 204.

36 *Kreft*, FS Bepler, S. 317, 319; *Matthes*, FS Reuter, S. 707, 709.

37 Vgl. auch *Koch*, SR 2017, 19, 23.

38 BAG 17.1.1995, 1 ABR 29/94, NZA 1995, 1010; ferner *HWK-Gaul*, § 77 BetrVG Rn. 46; *Schaub-Koch*, § 231 Rn. 62; vgl. auch *Groeger*, ArbRB 2006, 359, 360.

Kap. 15 Mitbestimmung bei der Entgeltgestaltung

zung aller freiwilligen Leistungen bei allen begünstigten Arbeitnehmern, sog. „Rasenmäherprinzip“, vgl. unten Rn. 54), dann fehlt es auch hier an einem Anknüpfungspunkt für das Mitbestimmungsrecht. Denn eine mitbestimmungspflichtige „Änderung von Entlohnungsgrundsätzen“ im Sinne der Nr. 10 ist dann gerade nicht gegeben.

- 23 Die jüngere Entwicklung in der BAG-Rechtsprechung – hin zur Annahme einer betriebsverfassungsrechtlich freiwilligen Gesamtvergütung – hat auf die vorgeschilderten Möglichkeiten des Arbeitgebers, mitbestimmungsfrei eingeführte Leistungen zu einem späteren Zeitpunkt auch wieder mitbestimmungsfrei einzustellen, erhebliche Auswirkungen, welche nachfolgend (s. Rn. 46 ff.) näher dargestellt werden.

c) Der Dotierungsrahmen der zusätzlichen Arbeitgeberleistung

- 24 Der Arbeitgeber legt mitbestimmungsfrei fest, in welchem Umfang er zusätzliche Finanzmittel für eine bestimmte freiwillige Leistung bereitstellt.³⁹ Der jeweilige Dotierungsrahmen für das „Weihnachtsgeld“, für das „Urlaubsgeld“ etc. ist dabei nach der Topftheorie eigenständig und von den weiteren Leistungen losgelöst zu betrachten.⁴⁰
- 25 Sollte der Betriebsrat der Auffassung sein, dass die vom Arbeitgeber für eine neu einzuführende Leistung vorgesehenen Mittel völlig unzureichend sind, um den mit der Leistung verfolgten Zweck zu erreichen, bleibt ihm allein die Möglichkeit, der Einführung der Leistung insgesamt zu widersprechen, was eher die Ausnahme sein wird.⁴¹ Er kann den Arbeitgeber nicht zu einer Aufstockung des Budgets zwingen.
- 26 Die vom BAG geprägte betriebsverfassungsrechtlich freiwillige Gesamtvergütung bleibt allerdings auch bei der Festlegung des Dotierungsrahmens – bzw. der Rückführung desselben – nicht folgenlos (s. hierzu Rn. 48 ff.).

d) Der begünstigte Personenkreis

- 27 Nach der Topftheorie darf der Arbeitgeber ferner mitbestimmungsfrei entscheiden, welche seiner Arbeitnehmer für den Bezug der neu einzuführenden freiwilligen Leistung in Betracht kommen.⁴² Den abstrakten Empfängerkreis darf er damit einseitig festlegen, was ohne Weiteres daraus folgt, dass er auch den mit der Leistung verfolgten Zweck autonom bestimmen darf. Denn der angestrebte Leistungszweck wird verfehlt, wenn die Leistung nicht bei denjenigen Mitarbeitern

39 HWK-Clemenz, § 87 BetrVG Rn. 191; Richardi-Richardi, § 87 Rn. 795.

40 Matthes, FS Reuter, S. 707, 710.

41 Koschker, S. 108.

42 Richardi-Richardi, § 87 Rn. 795.

ankommt, die den bezweckten Erfolg überhaupt herbeiführen können.⁴³ Aus demselben Grund hat auch die ggf. hinzugezogene Einigungsstelle den vom Arbeitgeber definierten abstrakten Empfängerkreis zu respektieren und kann nicht etwa eine eigene Auswahlentscheidung nach sozialen oder leistungsbezogenen Kriterien treffen.⁴⁴

Der einseitigen Gestaltungsmacht des Arbeitgebers bei der Festlegung des Adressatenkreises werden gleichwohl gewisse Grenzen gesetzt: Einer willkürlichen Bestimmung der Leistungsempfänger stehen zum einen der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz, zum anderen allgemeine Billigkeitserwägungen entgegen, über deren Einhaltung der Betriebsrat wacht (vgl. § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG).⁴⁵ Ferner sind die Betriebsparteien – und damit eben auch der Arbeitgeber – bei der Ausübung betrieblicher Gestaltungsmacht an § 75 BetrVG gebunden.⁴⁶ **28**

e) Der mit der zusätzlichen Arbeitgeberleistung verfolgte Zweck

Geldleistungen des Arbeitgebers, die nicht unmittelbar der Abgeltung der Arbeitsleistung des Arbeitnehmers dienen, werden von diesem häufig mit einer bestimmten Intention erbracht. Die dabei denkbaren Ziel-/Zweckbestimmungen sind zahlreich. Halte- oder Treueprämien etwa sollen Mitarbeiter an das Unternehmen binden. Andere Leistungen dienen vorrangig sozialen Zwecken, etwa indem sie die zu bestimmten Zeiten typischerweise auftretende finanzielle Mehrbelastung der Arbeitnehmer abfedern (z. B. Urlaubs-/Weihnachtsgeld) oder bestimmte Lebensereignisse des Arbeitnehmers würdigen (z. B. Geld-/Sachleistungen bei der Geburt eines Kindes oder bei Erreichen eines bestimmten Lebensalters).⁴⁷ Auch Leistungs- und Verhaltensanreize können im Fokus des Arbeitgebers stehen, etwa wenn er bestimmte Arbeitnehmer mit Zielboni zu Höchstleistungen anspornen möchte. **29**

Nach der Topftheorie ist dem Arbeitgeber die Festlegung des mit einer bestimmten Leistung verfolgten unternehmerischen Ziels/Zwecks mitbestimmungsfrei **30**

43 Koschker, S. 110 f.; vgl. auch Lunk/Hildebrand, ArbRB 2016, 337, 338: „Mit der Bestimmung des Zwecks hängt zusammen, für welchen Personenkreis die geplanten Leistungen gedacht sind.“

44 Die Einigungsstelle ist generell an die nach der „Topftheorie“ mitbestimmungsfreien Vorgaben des Arbeitgebers gebunden, vgl. Lunk/Hildebrand, ArbRB 2016, 337, 340; Kammerer/Mass, DB 2015, 1043, 1046.

45 Zu den Grenzen einseitiger Gestaltungsmacht auch MAHArbR-Hesse/Tischer, § 23 Rn. 36.

46 Koschker, S. 111; zu einer nach § 75 Abs. 1 BetrVG unzulässigen Differenzierung im Entgeltbereich (Sonderzahlung zur Honorierung der Arbeitsleistung und der Betriebs-treue) etwa BAG 26.4.2016, 1 AZR 435/14, NZA 2016, 1160.

47 Koschker, S. 111; Magula-Lösche, S. 71.

Kap. 15 Mitbestimmung bei der Entgeltgestaltung

möglich.⁴⁸ Eine abweichende Zweckbestimmung kann dem Arbeitgeber weder vom Betriebsrat, noch von der Einigungsstelle aufgezwungen werden.⁴⁹ Allerdings kann der Betriebsrat – wenn er die Zweckbestimmung des Arbeitgebers nicht mitträgt und diese ggf. gar als verfehlt erachtet – der Einführung der Leistung insgesamt widersprechen. In diesem Fall wäre dem Arbeitgeber die „Gleichwohl“-Einführung der Leistung nur noch unter Einschaltung der Einigungsstelle möglich.⁵⁰ Die Annahme, der Arbeitgeber müsse den Leistungszweck mitbestimmungsfrei festlegen können, ist eng mit der verfassungsrechtlich gewährleisteten Unternehmerfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG, Art. 14 Abs. 1 GG) verknüpft. Der Arbeitgeber steuert und verantwortet den wirtschaftlichen Erfolg seiner Unternehmung, sodass er auch bestimmen können muss, welche Zweckbestimmungen der von ihm gewährten Geldleistungen dem wirtschaftlichen Erfolg zuträglich sind. Diese verfassungsrechtliche Dimension der Mitbestimmungsfreiheit der Zweckbestimmung wiegt schwerer als der Umstand, dass sich auch die Festlegung des mit einer Leistung verfolgten Zwecks als eine „Frage der betrieblichen Lohngestaltung“ begreifen ließe, welche gemäß des Wortlauts der Nr. 10 mitbestimmungspflichtig sein könnte.

- 31 Die Auswirkungen der BAG-Rechtsprechung zur betriebsverfassungsrechtlich freiwilligen Gesamtvergütung auf die Zweckbestimmungssouveränität werden weiter unten (s. Rn. 46 ff.) näher dargestellt.

5. Mitbestimmungspflichtige Handlungen des Arbeitgebers

- 32 Anknüpfungspunkt für das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats ist die betriebliche Lohngestaltung und dort insbesondere die (erstmalige) Einführung oder Aufstellung von neuen Entlohnungsgrundsätzen und -methoden, sowie deren spätere Änderung. Das Attribut *betrieblich* ist in diesem Zusammenhang von wesentlicher Bedeutung, kommt ihm doch in zweierlei Hinsicht eine abgrenzende bzw. ausgrenzende Funktion zu.
- 33 Damit verdeutlicht der Gesetzgeber zum einen, dass die individuelle Vergütung des einzelnen Arbeitnehmers – das Synallagma – nicht Gegenstand der Entgeltmitbestimmung ist, sondern es eines kollektiven Tatbestandes bedarf, um das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats überhaupt erst zu eröffnen.⁵¹ Zum anderen aber wird damit die Lohngestaltung auf betrieblicher Ebene auch deutlich und zweifelsfrei von der tarifvertraglichen Lohngestaltung durch die Tarifvertragsparteien unterschieden und von dieser abgegrenzt.⁵² Eine Lohngestaltung

48 HWK-Clemenz, § 87 BetrVG Rn. 191; Richardi-Richardi, § 87 Rn. 795.

49 Vgl. auch Kammerer/Mass, DB 2015, 1043, 1047.

50 ErfK-Kania, § 87 BetrVG Rn. 110.

51 MAHArbR-Hesse/Tischer, § 23 Rn. 5; Richardi-Richardi, § 87 Rn. 773.

52 HWK-Clemenz, § 87 BetrVG Rn. 178.

auf tariflicher Ebene ist keine betriebliche Lohngestaltung und mit dieser auch nicht vergleichbar, was die Ausgangslage, den Fokus und die angestrebten Ziele anbelangt.⁵³

Wenn der Gesetzgeber von der Gestaltung des betrieblichen Lohngefüges spricht, dann scheint er davon auszugehen, dass die betrieblichen Entlohnungsgrundsätze und -methoden aus einem schöpferischen Prozess hervorgehen und damit ein aktives Tun erfordern.⁵⁴ Berücksichtigt man ferner, dass es sich ausweislich des Gesetzeswortlauts um einen betrieblichen Schaffungsvorgang handeln soll („betriebliche Lohngestaltung“), so kommen zur Vollziehung dieses Aufstellungsaktes überhaupt nur die beiden Betriebsparteien in Betracht. 34

a) Entlohnungsgrundsätze und -methoden

Nach allgemeiner Auffassung handelt es sich bei den Entlohnungsgrundsätzen und -methoden nur um **Regelbeispiele eines gemeinsamen Oberbegriffs**, namentlich der betrieblichen Lohngestaltung.⁵⁵ Gegenstand der Mitbestimmung ist die Lohnfindung, nicht die Lohnfestlegung. D.h., die Betriebsparteien sollen Grundsätze – und damit Leitprinzipien und allgemeingültige Regeln – bestimmen, anhand derer die Entgeltbemessung im Einzelfall vorzunehmen ist. 35

Entlohnungsgrundsätze im Sinne des Mitbestimmungstatbestandes sind demnach die übergeordneten allgemeinen Regelungen und Leitprinzipien, nach denen das Entgelt für den Betrieb, bestimmte Betriebsabteilungen oder Gruppen von Arbeitnehmern ermittelt werden soll.⁵⁶ Angesprochen sind damit etwa nach außen tretende Grundentscheidungen über die Anwendung bestimmter Entlohnungssysteme (Zeit-, Prämien- oder Akkordlohn), die Festschreibung von Faktoren der Leistungsbemessung bei Sonderzuwendungen (z.B. Anspruchsvoraussetzungen, Bemessungskriterien, Gewichtung der Kriterien zueinander, nicht: Vereinbarung von Freiwilligkeits- oder Widerrufsvorbehalten in Arbeitsverträgen⁵⁷) oder die Festlegung relativer Abstände zwischen einzelnen Entgeltstufen/-gruppen (nicht: der absoluten Entgelthöhe).⁵⁸ Allerdings sind die Grenzen der „Topftheorie“ zu beachten – so kann der Betriebsrat etwa nicht den Ausschluss/die Nichtberücksichtigung bestimmter Bemessungskriterien durchsetzen, wenn dies den vom Arbeitgeber mit der Leistung verfolgten Zweck negieren würde. Soll etwa eine Leistung nach dem Willen des Arbeitgebers die erbrachte 36

⁵³ Ausführlich hierzu *Koschker*, S. 135 sowie 170 ff.

⁵⁴ *Koschker*, S. 136; *Magula-Lösche*, S. 45.

⁵⁵ *HWK-Clemenz*, § 87 BetrVG Rn. 178; *Richardi-Richardi*, § 87 Rn. 770.

⁵⁶ *Richardi-Richardi*, § 87 Rn. 774; *HWK-Clemenz*, § 87 BetrVG Rn. 181.

⁵⁷ Vgl. *Preis/Deutzmann*, NZA-Beilage 2017, 101, 105: kein Mitbestimmungsrecht bei der bloßen Vereinbarung eines Widerrufsvorbehalts, jedoch bei der Ausübung des Widerrufsrechts.

⁵⁸ Weitere Beispiele bei *HWK-Clemenz*, § 87 BetrVG Rn. 181.

Kap. 15 Mitbestimmung bei der Entgeltgestaltung

Betriebstreue belohnen und sich damit die Höhe der Leistung nach der Dauer der Betriebszugehörigkeit bemessen, so könnte der Betriebsrat keine „Null-Gewichtung“ der Betriebszugehörigkeit erreichen.⁵⁹

- 37 Als **Entlohnungsmethoden** sind hingegen die von den Betriebsparteien aufgestellten Regeln zur Umsetzung und Durchführung der zuvor festgelegten Entlohnungsgrundsätze anzusehen. Zu fassen sind hierunter etwa das technische Verfahren sowie die Art und Weise der Ermittlung des eigentlichen Arbeitsentgelts.⁶⁰ Tendenziell werden sich Differenzen zwischen den Betriebsparteien eher um die Festlegung der vorgelagerten Entlohnungsgrundsätze ranken.

b) Aufstellung von Entlohnungsgrundsätzen und Einführung von Entlohnungsmethoden

- 38 Der Arbeitgeber hat den Betriebsrat nach dem Gesetzeswortlaut zu beteiligen, wenn er Entlohnungsgrundsätze im Betrieb aufstellen oder Entlohnungsmethoden einführen möchte.
- 39 Eine **Aufstellung** der Entlohnungsgrundsätze ist immer dann gegeben, wenn diese für den Betrieb erstmalig ausgearbeitet werden sollen. Adressiert ist damit die Grundentscheidung der Betriebsparteien für ein bestimmtes Prinzip/eine bestimmte Entlohnungsregel sowie dessen/deren betriebliche Ausgestaltung im konkreten Fall.⁶¹ Auch soweit das Gesetz von der **Einführung** von Entlohnungsmethoden spricht, meint es letztlich nichts anderes als die erstmalige Festlegung auf eine bestimmte der in Betracht kommenden Methoden sowie die Bestimmung des Zeitpunkts, ab dem diese Methode im Betrieb zur Anwendung kommen soll.⁶²

c) Änderung von Entlohnungsgrundsätzen und -methoden

- 40 Auch die spätere **Änderung** von Entlohnungsgrundsätzen und -methoden löst das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats aus. Eine solche tatbestandsmäßige Änderung tritt ein, wenn die bisherigen Entlohnungsgrundsätze oder -methoden inhaltlich modifiziert oder durch gänzlich andere Abmachungen abgelöst werden. Die Änderung meint damit den Wechsel von einem Grundsatz zu einem anderen.⁶³ Keine mitbestimmungspflichtige Änderung von Entlohnungsgrundsätzen soll nach dem BAG gegeben sein, wenn der Arbeitgeber seinen Arbeitnehmern nach billigem Ermessen festzulegende Sondervergütungen zusagt und

59 Vgl. auch die Beispiele bei MAHArbR-Hesse/Tischer, § 23 Rn. 37 u. 38.

60 ErfK-Kania, § 87 BetrVG Rn. 101; HWK-Clemenz, § 87 BetrVG Rn. 184.

61 HWK-Clemenz, § 87 BetrVG Rn. 181.

62 GK-BetrVG-Wiese/Gutzeit, § 87 Rn. 966; ErfK-Kania, § 87 Rn. 102.

63 Rau, S. 80.

dann in Anwendung von § 315 BGB eine entsprechende Leistungsbestimmung vornimmt.⁶⁴

Das BAG versteht unter einer Änderung auch die **vollständige Aufgabe eines Entlohnungsgrundsatzes**, d.h. die künftige Nichtanwendung desselben, ohne dass an seine Stelle eine abweichende Regelung träte.⁶⁵ Die gänzliche Abschaffung von Entlohnungsgrundsätzen als Änderung anzusehen, erscheint mit einer grammatikalischen Auslegung unvereinbar. Ferner ließe es sich mühelos mit den Grundannahmen der Topftheorie erklären, die gänzliche und ersatzlose Abschaffung von bestimmten Entlohnungsgrundsätzen als nicht tatbestandsmäßig und daher mitbestimmungsfrei anzusehen – schließlich soll dem Arbeitgeber nach der Topftheorie die Einstellung einer zuvor freiwillig eingeführten Leistung mitbestimmungsfrei möglich sein („Ob“). Dass in derartigen Fällen gleichwohl oftmals eine mitbestimmungspflichtige Änderung der Entlohnungsgrundsätze angenommen wird, liegt nicht an dem abgeschafften Grundsatz selbst, sondern an den Auswirkungen dieser Abschaffung auf die verbleibenden Entlohnungsgrundsätze im Betrieb (Stichwort: betriebsverfassungsrechtlich freiwillige Gesamtvergütung).⁶⁶ Die Praxis wird davon auszugehen haben, dass die vollständige Einstellung/Abschaffung eines Entlohnungsgrundsatzes – die zu dessen Nichtanwendung führt – eine tatbestandsmäßige Änderung bedeutet, die in vielen Fällen rechtswirksam nur unter Einbeziehung des Betriebsrats möglich ist.

Konstituiert sich im Betrieb erstmals ein Betriebsrat oder kommt es arbeitgeberseitig zum Wegfall einer bis dato bestehenden Tarifbindung, so dürfte die Abkehr von den bis zu diesem Zeitpunkt im Betrieb angewendeten (einseitigen oder tariflichen) Entgeltregelungen begrifflich nicht als Änderung, sondern als die erstmalige Aufstellung betrieblicher Entlohnungsgrundsätze anzusehen sein.⁶⁷ Wurden Entlohnungsgrundsätze vom Arbeitgeber bereits einseitig eingeführt und wird dann erstmals ein Betriebsrat gebildet, unterliegen die bereits eingeführten Entlohnungsgrundsätze nicht der (nachträglichen) Zustimmung des erst danach gewählten Betriebsrats, sofern die Grundsätze vom Arbeitgeber unverändert beibehalten werden.⁶⁸

64 BAG 23.8.2017, 10 ABR 136/17, NZA 2018, 44; im konkreten Fall ging es um eine jährliche Weihnachtsgratifikation, wobei die Aussagen des BAG ohne Weiteres auf Ermessensboni zu übertragen sein dürften.

65 BAG 14.4.2010, 7 ABR 91/08, NZA-RR 2011, 83.

66 Koschker, S. 165.

67 Koschker, S. 164; a. A. Koch, SR 2017, 19, 20: „Änderung“; so wohl auch BAG 23.8.2017, 10 AZR 136/17, NZA 2018, 44.

68 BAG 23.8.2017, 10 AZR 136/17, NZA 2018, 44; zustimmend Raab, SR 2018, 144, 149; allerdings könnte der neu gewählte Betriebsrat in diesen Fällen von seinem Initiativrecht Gebrauch machen und vom Arbeitgeber die Aufstellung mitbestimmter Entlohnungsgrundsätze fordern, vgl. auch MAHArbR-Hesse/Tischer, § 23 Rn. 208.

Kap. 15 Mitbestimmung bei der Entgeltgestaltung

d) Bedeutung des Geltungsgrundes von Entlohnungsgrundsätzen und -methoden

- 43 Nach dem BAG spielt der **Geltungsgrund** von Entlohnungsgrundsätzen faktisch **keine Rolle**; d. h., warum im Betrieb des Arbeitgebers bestimmte Entlohnungsgrundsätze angewendet werden und welcher Rechtsgrundlage diese entspringen, ist für das BAG unerheblich, solange es nur zu einer rein tatsächlichen Anwendung der Entlohnungsgrundsätze im Betrieb kommt.⁶⁹ An sich ist es in diesem Kontext missverständlich, wenn das BAG von einem Geltungsgrund spricht – denn darauf, ob die Grundsätze gelten und somit vom Arbeitgeber kraft bindender Wirkung einzuhalten sind, kommt es für das BAG gerade nicht an. Der Umstand, dass § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG die Einführung betrieblicher Entlohnungsgrundsätze der zwingenden Mitbestimmung des Betriebsrats unterwirft, verdeutlicht allerdings, dass der Gesetzgeber von der verbindlichen Aufstellung entgeltsrelevanter Verteilungsregelungen auf betrieblicher Ebene gerade durch die Betriebsparteien ausgeht. Daher kann die vom BAG als Sanktion mitbestimmungswidrigen Verhaltens des Arbeitgebers gedachte „Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung“ auch nur dort berechtigterweise Platz greifen, wo der Arbeitgeber die zuvor mit dem Betriebsrat ausgearbeiteten betrieblichen Entlohnungsgrundsätze missachtet oder von diesen einseitig abkehrt, ohne das betriebsverfassungsrechtlich vorgegebene Verfahren einzuhalten.
- 44 Auch **einseitig vom Arbeitgeber praktizierte Vergütungsregelungen** können – entgegen der Auffassung des BAG⁷⁰ – keine betrieblichen Entlohnungsgrundsätze im Sinne des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG darstellen, da sie nicht den zweiseitigen betrieblichen Aufstellungsprozess durchlaufen haben. Vergütungsregelungen, die vom Arbeitgeber autonom erarbeitet und im Betrieb eingeführt wurden, kommt keine Geltung im Sinne der Betriebsverfassung zu – sie werden vom Arbeitgeber schlicht praktiziert. Der Betriebsrat kann demgemäß vom Arbeitgeber auch nicht die weitere Anwendung der von diesem einseitig etablierten Grundsätze verlangen,⁷¹ es sei denn er zwingt den Arbeitgeber ins Mitbestimmungsverfahren und verhandelt mit diesem den Abschluss einer entsprechenden Betriebsvereinbarung. Erst die Festschreibung der Entlohnungsgrundsätze im Wege der Betriebsvereinbarung verhilft diesen zu einem Geltungsgrund im Wortsinne. Sowohl der einzelne Arbeitnehmer (vgl. § 77 Abs. 1 BetrVG), als auch die Betriebsparteien im Verhältnis zueinander können dann die Beachtung und Durchführung der vereinbarten Entlohnungsgrundsätze einfordern.

69 BAG 22.6.2010, 1 AZR 853/08, NZA 2010, 1243; BAG 28.2.2006, 1 ABR 4/05, NZA 2006, 1426; BAG 17.5.2011, 1 AZR 797/09, NZA-RR 2011, 644; HWK-Clemenz, § 87 BetrVG Rn. 182.

70 BAG 17.5.2011, 1 AZR 797/09, NZA-RR 2011, 644.

71 Vgl. BAG 18.3.2014, 1 ABR 75/12, NZA 2014, 984.

Davon, dass Entlohnungsgrundsätze im Betrieb gelten, kann insgesamt richtigerweise nur ausgegangen werden, wenn diese auch verbindlich sind. Eine derartige Verbindlichkeit kommt Entlohnungsgrundsätzen in tarifvertraglichen Vergütungssystemen (vgl. § 4 Abs. 1 TVG), oder aber betrieblichen Verteilungsregeln in Betriebsvereinbarungen zu (vgl. § 77 Abs. 1 Satz 1, Abs. 4 BetrVG). Für das BAG kommt es hingegen – wie ausgeführt – nicht darauf an, ob Entlohnungsgrundsätze im Betrieb im vorgeschilderten Sinne gelten und woraus sich eine solche Geltung ergibt. **45**

III. Die mitbestimmungspflichtige Gesamtvergütung des BAG

1. Die Rechtsprechung des BAG zur Zusammenfassung von Vergütungsbestandteilen zu einer einheitlichen Gesamtvergütung

Der Gesetzgeber unterwirft in § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG die Aufstellung oder Änderung von Entlohnungsgrundsätzen der Mitbestimmung. Er nimmt also an, dass es im Betrieb mehrere Entlohnungsgrundsätze gibt bzw. geben kann und verwendet demgemäß den Plural. Das BAG fasst hingegen – vom Grundprinzip her – sämtliche Entlohnungsgrundsätze des nicht tarifgebundenen Arbeitgebers zu einer betriebsverfassungsrechtlich freiwilligen Gesamtvergütung zusammen, deren einzelne Bestandteile nicht isoliert, sondern stets nur einheitlich zu betrachten sein sollen.⁷² Das BAG lehnt es ab, einzelne Vergütungsbestandteile wie die Grundvergütung, Zulagen, Jahresleistungen etc. voneinander unabhängig zu beurteilen. Beim tarifgebundenen Arbeitgeber gilt mit Blick auf den übertariflichen Bereich (z. B. bei der Gewährung übertariflicher Zulagen) nichts anderes.⁷³ **46**

Die Überlegungen des BAG zur betriebsverfassungsrechtlich freiwilligen Gesamtvergütung sind insgesamt nicht überzeugend und damit abzulehnen. Wie erwähnt, spricht zunächst der Gesetzeswortlaut dafür, dass es nicht nur einen Entlohnungsgrundsatz – im Sinne einer einheitlichen Gesamtvergütung – gibt, sondern sich das betriebliche Entgeltsystem aus vielen einzelnen Entlohnungsgrundsätzen zusammensetzt. Anders könnte dies nur beurteilt werden, wenn § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG von der Aufstellung und Änderung der Vergütungsordnung – und nicht von Entlohnungsgrundsätzen – spräche.⁷⁴ Ferner trifft es zwar zu, dass das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei einem nicht tarifge- **47**

⁷² BAG 26.8.2008, 1 AZR 354/07, NZA 2008, 1426; BAG 15.4.2008, 1 AZR 65/07, NZA 2008, 888; BAG 5.10.2010, 1 ABR 20/09, NZA 2011, 598; BAG 24.1.2017, 1 AZR 772/14, NZA 2017, 931; anschaulich zur Konzeption einer Gesamtvergütung nach dem BAG auch *Leuchten*, BB 2009, 501, 503; *Salamon*, NZA 2010, 745.

⁷³ Vgl. BAG 10.11.2009, 1 AZR 511/08, NZA 2011, 475; *MAHArbR-Hesse/Tischer*, § 23 Rn. 176

⁷⁴ *Koschker*, S. 170f.

Kap. 15 Mitbestimmung bei der Entgeltgestaltung

bundenen Arbeitgeber nicht schon aufgrund des Tarifvorbehalts im Eingangssatz gesperrt ist – hieraus lässt sich aber nicht im Umkehrschluss folgern, dass alle nicht normativ geregelten Vergütungsbestandteile in mitbestimmungsrechtlicher Sicht stets als Einheit zu betrachten wären oder auf ein einheitliches Verhandlungsergebnis der Betriebsparteien zurückgingen. Es ist vielmehr danach zu fragen, ob die Betriebsparteien wirklich eine Gesamtvergütung begründen und so einzelne Vergütungsbestandteile in ein Abhängigkeitsverhältnis zueinander einrücken wollten. Der subjektive Regelungswille der Betriebsparteien sollte folglich darüber entscheiden, ob die vom BAG aufgestellten Grundsätze der Gesamtvergütung Anwendung finden oder nicht. Zur Ermittlung des subjektiven Regelungswillens bietet sich in erster Linie eine Auslegung der getroffenen Vereinbarungen der Betriebsparteien an. Liefert der Wortlaut dieser Vereinbarungen keine Anhaltspunkte mit Blick auf die Gesamtvergütung, so muss die wahre Regelungsabsicht der Betriebsparteien gleichwohl – auf anderem Wege – ermittelt werden. Formale Kriterien (z.B. Verteilung der Leistungen auf mehrere Betriebsvereinbarungen) sind insofern nur wenig aussagekräftig.⁷⁵

- 48 Ungeachtet der vorstehenden Kritik am Konzept der Gesamtvergütung des BAG wird sich die Praxis hierauf einzustellen haben. Sofern demnach nicht eine der nachfolgend geschilderten Ausnahmen bzw. Vermeidungsstrategien greift (s. Rn. 49 ff.), ist beim tarifungebundenen Arbeitgeber grundsätzlich davon auszugehen, dass Veränderungen im Entgeltgefüge der Mitbestimmung des Betriebsrats bedürfen. Gleiches gilt beim tarifgebundenen Arbeitgeber, der den übertariflichen Bereich Veränderungen unterziehen möchte. Demnach ist der Arbeitgeber zwar nach wie vor frei, über das „Ob“ der erstmaligen Einführung einer zusätzlichen freiwilligen Leistung mitbestimmungsfrei zu entscheiden, einschließlich der Festlegung ihres Dotierungsrahmens, des begünstigten Personenkreises sowie ihres Leistungszwecks. Spätere Änderungen an der ursprünglich mitbestimmungsfrei eingeführten Leistung sind jedoch nur noch unter Mitwirkung des Betriebsrats möglich, soweit sie zu strukturellen Verschiebungen und Veränderungen innerhalb des gesamten betrieblichen Entgeltgefüges führen.⁷⁶ Dies gilt für die gänzliche Streichung einer Leistung sowie die Reduktion ihres Dotierungsrahmens, die Neubestimmung des begünstigten Personenkreises oder die „Umwidmung“ des Leistungszwecks.⁷⁷ Ist eine kurzfristige Einigung hierzu mit dem Betriebsrat nicht möglich, muss der Arbeitgeber das Einigungsstellenverfahren einleiten – bis zur Entscheidung der Einigungsstelle wird er die leistungsbezogenen Verteilungsgrundsätze und deren sonstige Parameter weiter unverändert anzuwenden haben. Was die gänzliche Streichung einer Leistung sowie die Reduktion des diesbezüglichen „Entgelttopfes“ anbelangt, wird der

75 Koschker, S. 147 ff.

76 Vgl. Koch, SR 2017, 19, 23; BAG 24.1.2017, 1 AZR 772/14, NZA 2017, 931.

77 Koschker, S. 114.

Betriebsrat die vom Arbeitgeber getroffene Entscheidung aber nicht revidieren können, auch wenn dieser gegebenenfalls das langwierige und kostenintensive Einigungsstellenverfahren durchführen muss.

2. Vermeidungsstrategien einer Gesamtvergütung

Das BAG hat in seiner jüngeren Rechtsprechung Wege aufgezeigt, das Entstehen einer Gesamtvergütung zu vermeiden bzw. Entgeltleistungen trotz Annahme einer Gesamtvergütung mitbestimmungsfrei zu kürzen oder gar gänzlich einzustellen.⁷⁸ Die Praxis hat diese Lösungswege dankend angenommen und fortentwickelt.⁷⁹

a) *Verhinderung der Gesamtvergütung durch bestimmte Regelungsmethodik auf betrieblicher Ebene*

Dogmatisch wenig überzeugend geht das BAG davon aus, dass der Arbeitgeber die Zusammenballung von Vergütungsbestandteilen zu einer einheitlich zu beurteilenden Gesamtvergütung schon allein dadurch verhindern kann, dass er **einzelne freiwillige Vergütungsbestandteile jeweils in separaten Betriebsvereinbarungen niederlegt** und darin insbesondere nicht auch solche Leistungen behandelt, hinsichtlich derer aufgrund des Tarifvorbehalts des § 87 Abs. 1 BetrVG kein Gestaltungsspielraum der Betriebsparteien besteht.⁸⁰ Damit kommt der formalen Ausgestaltung des betrieblichen Vergütungssystems eine oft entscheidende Bedeutung zu, ungeachtet dessen, dass diese Ausgestaltung auf betrieblicher Ebene oftmals rein zufällig und ohne jegliche Systematik verläuft und häufig undurchsichtig ist.⁸¹ So ist eine vorgefundene Aufteilung betrieblicher Leistungen auf verschiedene/individuelle Betriebsvereinbarungen meist allein darauf zurückzuführen, dass die Leistungen jeweils zu unterschiedlichen Zeitpunkten im Betrieb erstmalig eingeführt oder zu abweichenden Zeitpunkten abgeändert wurden. Die Betriebsparteien hatten vor der Annahme einer betriebsverfassungsrechtlich freiwilligen Gesamtvergütung durch das BAG ja auch keinen Anlass, sich darüber Gedanken zu machen, ob gegebenenfalls alle betrieblichen Entgeltleistungen in einer – einheitlichen – Betriebsvereinbarung ausgestaltet werden sollen oder ob es nicht vorzugswürdig wäre, diese auf mehrere Betriebsvereinbarungen zu „splitten“. ⁸²

78 BAG 15.4.2008, 1 AZR 65/07, BeckRS 2008, 54090.

79 Hierzu etwa *Bauer/Günther*, DB 2009, 620, 624; *Salamon*, NZA 2011, 549, 551.

80 BAG 5.10.2010, 1 ABR 20/09, NZA 2011, 598; a. A. LAG Köln 13.8.2015, 8 TaBV 4/15, BeckRS 2015, 72913; siehe ferner *MAHArbR-Hesse/Tischer*, § 23 Rn. 178; zur Parallelproblematik bei separaten Tarifverträgen einer Tarifvertragspartei zu unterschiedlichen Regelungsgegenständen *Schaub-Koch*, § 235 Rn. 102.

81 *Lunk/Leder*, NZA 2011, 249, 250.

82 Hierzu ausführlich *Koschker*, S. 151.

Kap. 15 Mitbestimmung bei der Entgeltgestaltung

- 51 Für die Praxis ist diese bedeutende Ausnahme von der Gesamtvergütung allerdings zu beachten und von erheblichem Wert, erlaubt sie es doch dem Arbeitgeber (und natürlich auch dem Betriebsrat), einzelne Entgeltbetriebsvereinbarungen separat und ohne den Eintritt einer Nachwirkung (§ 77 Abs. 6 BetrVG) aufzukündigen. Möchte der Arbeitgeber demnach eine separat – d. h. weder mit anderen freiwilligen, noch mit normativ vorgeschriebenen Leistungen gemeinsam – geregelte Entgeltleistung einstellen, so muss er die entsprechende Betriebsvereinbarung gegenüber dem (zuständigen) Betriebsrat kündigen und diesem (oder den bislang begünstigten Arbeitnehmern) darüber hinaus zweifelsfrei zur Kenntnis bringen, dass die Leistung über die Kündigungsfrist hinaus nicht weiter gewährt werde.⁸³ Für das letztgenannte Erfordernis (Mitteilung der Einstellungsabsicht gegenüber dem Betriebsrat bzw. den Arbeitnehmern) gibt es freilich keinerlei Anhaltspunkt im Gesetz; insbesondere sehen die betriebsverfassungsrechtlichen Regelungen zur Kündigung von Betriebsvereinbarungen keine derartige Anforderung vor (vgl. § 77 Abs. 5 BetrVG). Für die Praxis ist es gleichwohl zu empfehlen, die an den Betriebsrat gerichtete Kündigungserklärung der Betriebsvereinbarung mit einer entsprechenden Mitteilung der Einstellungsabsicht zu kombinieren.

52 **Beispiel:**⁸⁴

„Die Geschäftsführung hat angesichts der derzeitigen wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft beschlossen, das in der Betriebsvereinbarung vom [Datum] geregelte Weihnachtsgeld nicht länger an die Belegschaft zu bezahlen. Die Gewährung eines Weihnachtsgeldes durch die Gesellschaft wird damit vollständig und ersatzlos eingestellt. Zu diesem Zweck kündigen wir die Betriebsvereinbarung vom [Datum] unter Einhaltung der darin vereinbarten Kündigungsfrist von drei Monaten zum Monatsende fristgemäß mit Wirkung zum Ablauf des [Datum], hilfsweise zum nächstzulässigen Termin. Da die Betriebsvereinbarung vom [Datum] aufgrund der fristgemäßen Kündigung des Arbeitgebers ohne Nachwirkung mit Wirkung zum Ablauf des [Datum] und damit während des laufenden Kalenderjahres [einfügen] enden wird, wird an die Arbeitnehmer für das laufende Kalenderjahr [einfügen] kein Weihnachtsgeld – auch nicht zeitanteilig – ausbezahlt.“

83 ErfK-Kania, § 77 BetrVG Rn. 111; Salamon, NZA 2011, 549, 550; vgl. auch MA-HaBr-Hesse/Tischer, § 23 Rn. 178: Erklärung sowohl gegenüber dem Betriebsrat als auch den betroffenen Arbeitnehmern sinnvoll.

84 Weihnachtsgelder, deren Höhe sich im üblichen Rahmen bewegt (z. B. ein Brutto-Monatsgehalt), sind typischerweise nicht als Gegenleistung für die im Kalenderjahr erbrachte Arbeitsleistung anzusehen. Daher wird es zulässig sein, bei einer nachwirkungslosen Beendigung der Betriebsvereinbarung im laufenden Kalenderjahr gar kein Weihnachtsgeld – also auch nicht zeitanteilig – zu bezahlen. Anders kann dies zu beurteilen sein, wenn die Betriebsvereinbarung für den Fall ihrer unterjährigen Beendigung ausdrücklich einen Teilanspruch vorsieht oder aber Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Leistung zumindest auch die Arbeitsleistung honorieren soll (z. B. dann, wenn die Arbeitnehmer für jeden vollen Monat des Bestands des Arbeitsverhältnisses im Kalenderjahr 1/12 des Gesamtbetrages des Weihnachtsgeldes erhalten sollen).

Arbeitgeber sollten zudem schon bei der erstmaligen Einführung einer zusätzlichen Entgeltleistung in den Verhandlungen mit dem Betriebsrat darauf achten, dass die **Nachwirkung** der hierüber gesondert abzuschließenden Betriebsvereinbarung **explizit ausgeschlossen** wird und sich in der Betriebsvereinbarung auch ein klarstellender **Hinweis** (z. B. in der Präambel) findet, wonach die Entgeltleistung mit den weiteren betrieblichen Vergütungsbestandteilen **keine Gesamtvergütung** begründet.⁸⁵ 53

b) Vermeidung der Betriebsratsbeteiligung bei Anwendung des „Rasenmäherprinzips“

Das zwingende Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats in Entgeltfragen wird unter anderem dann ausgelöst, wenn der Arbeitgeber einen Entlohnungsgrundsatz ändern möchte. Sofern das Verdikt der betriebsverfassungsrechtlich freiwilligen Gesamtvergütung greift, kann eine mitbestimmungspflichtige Änderung der betrieblichen Entlohnungsgrundsätze auch darin zu sehen sein, dass der Arbeitgeber eine bestimmte Leistung gänzlich einstellt, da sich aufgrund der Streichung dieser Leistung das Entgeltgefüge insgesamt verändert und künftig anders zusammensetzt. Die Literatur hat schon frühzeitig darauf hingewiesen, dass eine tatbestandsmäßige Änderung der Entlohnungsgrundsätze dann ausscheiden müsse, wenn der Arbeitgeber die eigentlichen Verteilungsgrundsätze unangetastet lasse und schlicht die **freiwilligen Leistungen im Betrieb einheitlich und mit Wirkung für alle begünstigten Arbeitnehmer um denselben Prozentsatz kürze** (sogenanntes „Rasenmäherprinzip“).⁸⁶ Da sich in derlei Situationen lediglich das Gesamtbudget der freiwilligen Arbeitgeberleistungen reduziere, es jedoch nicht zu einer Änderung der relativen Abstände zwischen den Arbeitnehmern mit Blick auf die Entgeltstruktur komme, sei kein Raum für ein zwingendes Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats.⁸⁷ Der Betriebsrat habe sein Mitbestimmungsrecht mit der erstmaligen Aufstellung der Verteilungs-/Entlohnungsgrundsätze „verbraucht“ – diese würden vom Arbeitgeber auch weiterhin geachtet und angewendet, wenn auch mit reduziertem Finanzaufwand. 54

⁸⁵ ErfK-Kania, § 77 BetrVG Rn. 112; Lunk/Hildebrand, ArbRB 2016, 337, 340; Schaub-Koch, § 235 Rn. 102; Koch, SR 2017, 19, 25.

⁸⁶ Bauer/Günther, DB 2009, 620, 624; ErfK-Kania, § 77 BetrVG Rn. 112.

⁸⁷ Bauer/Günther, DB 2009, 620, 622.

55

Beispiel:⁸⁸

Eine Betriebsvereinbarung im Betrieb des tarifgebundenen Arbeitgebers sieht eine Sonderzahlung für die Arbeitnehmer bei Heirat i. H. v. EUR 250,00 brutto sowie bei Geburt eines Kindes i. H. v. EUR 350,00 brutto vor; in derselben Betriebsvereinbarung ist ein kalenderjährliches Urlaubsgeld i. H. v. EUR 1.000,00 brutto geregelt; schließlich beinhaltet dieselbe Betriebsvereinbarung ein kalenderjährliches Weihnachtsgeld i. H. v. EUR 2.500,00 brutto.⁸⁹ Beschließt der Arbeitgeber, sämtliche dieser über- bzw. außertariflichen Leistungen mit Wirkung für alle Arbeitnehmer einheitlich um 20 % zu kürzen (= Reduktion des Dotierungsrahmens), so kann er die Betriebsvereinbarung kündigen und nach Ablauf der Kündigungsfrist den jeweils verminderten Leistungsbetrag und den insgesamt reduzierten Entgelttopf ansetzen. Mit Blick auf die betriebsverfassungsrechtlich freiwillige Gesamtvergütung verändern sich die relativen Vergütungsabstände zwischen den einzelnen Arbeitnehmern infolge der Kürzungsentscheidung des Arbeitgebers nicht, genauso wenig wie die Abstände der betriebsverfassungsrechtlich freiwilligen Vergütungsbestandteile zueinander.⁹⁰ Mit Blick auf die in der Betriebsvereinbarung niedergelegten Verteilungsgrundsätze kommt es zwar zu einer Teilnachwirkung; dasselbe gilt aber nicht für den ursprünglichen Entgelttopf/Dotierungsrahmen: Dieser nimmt an der Nachwirkung nicht teil, kann also vom Arbeitgeber mit Ablauf der Kündigungsfrist unmittelbar und mitbestimmungsfrei herabgesetzt werden.⁹¹

- 56 Das Rasenmäherprinzip dürfte grundsätzlich auch aktuell noch, d. h. auch im Lichte der betriebsverfassungsrechtlich freiwilligen Gesamtvergütung, zu mitbestimmungsfreien Gestaltungsspielräumen für Arbeitgeber führen. Wenn alle betriebsverfassungsrechtlich freiwilligen Arbeitgeberleistungen gleichmäßig abgesenkt werden, kommt es zu keinen Verschiebungen innerhalb des betrieblichen Entgeltgefüges.⁹² Insofern unterscheidet sich die Situation auch von einer Reduzierung oder gänzlichen Streichung nur *einer* freiwilligen Entgeltleis-

88 Anschaulich zum Ganzen auch *Bauer/Günther*, DB 2009, 620, 624; siehe ferner *Lunk/Hildebrand*, ArbRB 2016, 337, 338.

89 Für die Zwecke des Anschauungsbeispiels soll nicht weiter thematisiert werden, inwieweit § 77 Abs. 3 BetrVG dem Abschluss einer entsprechenden Betriebsvereinbarung hinsichtlich der über- bzw. außertariflichen Vergütungsbestandteile rechtlich entgegensteht, weiterführend hierzu etwa *Fitting*, § 87 Rn. 443; *MüArbR-Krause*, § 60 Rn. 63, *ErfK-Kania*, § 77 BetrVG Rn. 50.

90 Anderes dürfte vorliegend wohl für den nicht-tarifgebundenen Arbeitgeber gelten: dieser erbringt laut BAG auch die Grundvergütung betriebsverfassungsrechtlich „freiwillig“, sodass selbst ein Vorgehen gem. „Rasenmäherprinzip“ nur dann mitbestimmungsfrei wäre, wenn sich die gleichmäßige Kürzung auch auf die jeweilige Grundvergütung bezöge; dies ist jedoch aufgrund der eingegangenen individualrechtlichen Bindungen in aller Regel ausgeschlossen, vgl. auch *Salamon*, NZA 2010, 745, 749; ebenso *Fitting*, § 87 Rn. 453.

91 Vgl. *Salamon*, NZA 2010, 745, 749.

92 Vgl. *ErfK-Kania*, § 77 BetrVG Rn. 112; mit Einschränkungen auch *Koch*, SR 2017, 19, 23.

tung.⁹³ In der Praxis wird die gleichmäßige Absenkung aller betriebsverfassungsrechtlich freiwilligen Vergütungsbestandteile freilich durch die Komplexität der im Betrieb gewachsenen Vergütungssysteme und den Umstand erschwert, dass das BAG im Grundsatz von einer einheitlich zu betrachtenden Gesamtvergütung ausgeht – Letzteres schränkt den Nutzen des „Rasenmäherprinzips“ gerade im Betrieb des nicht-tarifgebundenen Arbeitgebers drastisch ein.⁹⁴ Schließlich entspricht eine gleichmäßige Absenkung sämtlicher Vergütungsbestandteile nicht immer dem Unternehmenswunsch.⁹⁵ Wollen sich Unternehmen hier weitergehende mitbestimmungsfreie Gestaltungsoptionen bewahren, müssen sie im Grunde schon bei der Einführung der freiwilligen Leistung deren etwaige Streichung zu einem späteren Zeitpunkt bedenken und die diesbezügliche Betriebsvereinbarung entsprechend ausgestalten (siehe hierzu Rn. 50 ff.).⁹⁶

IV. Nachwirkung und Fortgeltung von Entlohnungsgrundsätzen aus Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen

Enden Betriebsvereinbarungen, die entgeltbezogene Regelungen enthalten, aufgrund Zeitablaufs oder Kündigung oder entfällt die bisher bestehende Tarifbindung des Arbeitsgebers (z. B. aufgrund eines Verbandsaustritts), so stellen sich für die Praxis wichtige Fragen zu Art und Umfang der Weitergeltung dieser Regelungen sowie den Möglichkeiten, hiervon abweichende Vorgaben im Betrieb umzusetzen. **57**

1. Nachwirkung von Betriebsvereinbarungen

Betriebsvereinbarungen, die Angelegenheiten betreffen, in denen ein Spruch der Einigungsstelle die Einigung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat ersetzen kann, gelten nach ihrer Beendigung weiter, bis sie durch eine andere Abmachung ersetzt werden. Bei den sozialen Angelegenheiten des § 87 BetrVG kommt es ausweislich des Abs. 2 im Nichteinigungsfall zu einem Spruch der Einigungsstelle, sodass sich an die Beendigung entsprechender Betriebsvereinbarungen gem. § 77 Abs. 6 BetrVG die Nachwirkung anschließt. **58**

93 Die aktuell nur zulässig ist, wenn die fragliche Leistung in der Betriebsvereinbarung nicht mit anderen Vergütungsbestandteilen zusammentrifft, die auf eine normative Grundlage zurückgehen (d. h. Gesetz oder Tarifvertrag), vgl. *Koschker*, S. 107.

94 Vgl. *Roloff*, RdA 2014, 228 (247); *Müller-Bonanni/Mehrens*, NZA 2012, 1194, 1196 f.; *Salamon*, NZA 2010, 745, 749.

95 Hierzu auch *Müller-Bonanni/Mehrens*, NZA 2012, 1194, 1196 f.

96 In diesem Sinne auch *Bauer/Günther*, DB 2009, 620, 625.

Kap. 15 Mitbestimmung bei der Entgeltgestaltung

- 59 Betriebsvereinbarungen, die freiwillige Leistungen (s. zum Begriff Rn. 18) des Arbeitgebers zum Gegenstand haben, sind nach der Rechtsprechung **teilmittbestimmt**. Das bedeutet, dass sie regelmäßig einen mitbestimmungsfreien (den Dotierungsrahmen) und einen mitbestimmungspflichtigen (die Verteilungsgrundsätze) Teil beinhalten, die grundsätzliche Teilbarkeit der Betriebsvereinbarung vorausgesetzt. Möchte der Arbeitgeber demgemäß eine freiwillige Leistung gänzlich einstellen und kündigt er die entsprechende Betriebsvereinbarung fristwährend, schließt sich an die Beendigung der Betriebsvereinbarung vom Grundsatz her keine Nachwirkung an – denn zum einen handelt es sich bei der Festlegung des Dotierungsrahmens (hier: künftig „null“ EUR) um eine mitbestimmungsfreie Arbeitgeberentscheidung, zum anderen besteht bei der gänzlichen Streichung der Leistung auch kein Bedürfnis für eine „Neubeteiligung“ des Betriebsrats, da kein Entgelttopf verbleibt, über dessen Verteilung neu zu entscheiden wäre.⁹⁷ Anderes soll gelten, wenn der Arbeitgeber eine teilmittbestimmte Betriebsvereinbarung nicht mit dem Ziel der gänzlichen Streichung der darin geregelten Leistung kündigt, sondern in der Absicht, den Dotierungsrahmen zu reduzieren und zugleich eine Änderung der Verteilungsgrundsätze herbeizuführen.⁹⁸ In diesem Fall soll es zu einer Nachwirkung der teilmittbestimmten Betriebsvereinbarung kommen, und zwar nicht nur hinsichtlich der darin geregelten Verteilungsgrundsätze, sondern auch mit Blick auf den Dotierungsrahmen selbst. Diese überschießende Wirkung der Nachwirkung – d. h. auch hinsichtlich des „an sich“ mitbestimmungsfreien Dotierungsrahmens – soll hinzunehmen sein, da die Nachwirkung nur von vorübergehender Dauer sei (d. h. keine Perpetuierung des Dotierungsrahmens) und die fehlende Einigung durch einen Spruch der Einigungsstelle, welche den verringerten Dotierungsrahmen als gegeben hinzunehmen habe, ersetzt werden könne.⁹⁹
- 60 Die vorgeschilderten Grundsätze werden durch die Annahme des BAG, beim nicht-tarifgebundenen Arbeitgeber bestehe eine betriebsverfassungsrechtlich freiwillige Gesamtvergütung, weiter modifiziert. Demnach kann eine **Nachwirkung auch dann** eintreten, wenn eine **teilmittbestimmte Betriebsvereinbarung** gekündigt wird, die **Bestandteil des ansonsten fortbestehenden betrieblichen**

97 BAG 17.1.1995, 1 ABR 29/94, NZA 1995, 1010; ferner HWK-Gaul, § 77 BetrVG Rn. 46; Schaub-Koch, § 231 Rn. 62; vgl. auch Groeger, ArbRB 2006, 359, 360.

98 Strebt der Arbeitgeber keine Änderung der Verteilungsgrundsätze, sondern lediglich die Reduzierung des Dotierungsrahmens bei unverändertem Verteilungsschlüssel an, gibt es keinerlei Bedürfnis für ein „Wiederaufleben“ des Mitbestimmungsrechts und damit verbunden eine vollständige Nachwirkung der Betriebsvereinbarung (d. h. auch hinsichtlich des Dotierungsrahmens); die Situation ist insofern nicht anders zu beurteilen als bei Anwendung des Rasenmäherprinzips, wobei hier wie dort die Einschränkungen der betriebsverfassungsrechtlich freiwilligen Gesamtvergütung zu beachten sind.

99 Vgl. ErfK-Kania, § 77 BetrVG Rn. 109.

Vergütungsgefüges ist. Hiervon betroffen sind typischerweise Arbeitgeber, die keiner Tarifbindung unterliegen, aber auch solche mit Tarifbindung, sofern die zu kündigende Betriebsvereinbarung den übertariflichen Bereich betrifft. Eine Nachwirkung der betreffenden Betriebsvereinbarung ist nach dem BAG nur ausgeschlossen, wenn die darin ausgestaltete Leistung der einzige Bestandteil der Betriebsvereinbarung ist (d.h. kein Zusammentreffen mit weiteren freiwilligen oder normativ geschuldeten Vergütungsbestandteilen) und der Arbeitgeber dem Betriebsrat (oder den bislang begünstigten Arbeitnehmern) unmissverständlich und in nachweisbarer Form mitteilt, dass er die Leistung insgesamt nicht weitergewähren wolle.¹⁰⁰ Die Kündigungserklärung „an sich“ ist insofern nicht ausreichend; wird die „Einstellungsmitteilung“ vom Arbeitgeber gegenüber dem Betriebsrat erst nach Ablauf der Frist zur Kündigung der Betriebsvereinbarung erklärt, wirkt die Betriebsvereinbarung bis zum Zugang der Mitteilung beim Betriebsrat vollumfänglich nach.¹⁰¹

2. Nachwirkung und „Fortgeltung“ von tariflichen Entlohnungsgrundsätzen nach Wegfall der Tarifbindung

Endet ein Tarifvertrag durch Zeitablauf oder Kündigung, so gelten seine Rechtsnormen so lange weiter, bis sie durch eine andere Abmachung ersetzt werden (§ 4 Abs. 5 TVG). Dies gilt uneingeschränkt allerdings nur für bereits bestehende Arbeitsverhältnisse mit ihrerseits tarifgebundenen Arbeitnehmern. Da es sich bei tariflichen Entlohnungsgrundsätzen um keine Betriebsnormen im Sinne des § 3 Abs. 2 TVG handelt, finden diese auf gegenwärtige Arbeitsverhältnisse mit Außenseitern keine Anwendung – folglich kann sich an das Ende des Tarifvertrags für diese Arbeitsverhältnisse auch keine Nachwirkung anschließen. Ein nachwirkender Tarifvertrag gilt darüber hinaus per se nicht für Arbeitsverhältnisse, die überhaupt erst im Nachwirkungszeitraum begründet wurden.¹⁰² **61**

Für von vornherein nicht tarifgebundene Arbeitnehmer und für im Nachwirkungszeitraum begründete Arbeitsverhältnisse sieht das TVG somit keine Fortgeltung der tariflichen Entlohnungsgrundsätze vor. Gleichwohl geht das BAG davon aus, dass alle Arbeitnehmer – also auch solche, deren Arbeitsverhältnisse erst im Nachwirkungszeitraum eines beendeten Tarifvertrags begründet wurden und solche, die ihrerseits an den bislang geltenden Tarifvertrag persönlich gar nicht gebunden waren (v.a. mangels Gewerkschaftsmitgliedschaft) – eine Vergütung auf der Grundlage des tariflichen Entgeltschemas verlangen können, wenn der Arbeitgeber nach Wegfall seiner Tarifbindung die darin enthaltenen Entloh- **62**

100 HWK-Clemenz, § 87 BetrVG Rn. 182; siehe aber auch das in Rn. 54 ff. dargestellte „Rasenmäherprinzip“.

101 ErfK-Kania, § 77 BetrVG Rn. 111.

102 Reichold, RdA 2011, 311, 312 ff.; Koschker, S. 174 f.

Kap. 15 Mitbestimmung bei der Entgeltgestaltung

nungsgrundsätze nicht unter Einbeziehung des Betriebsrats abgelöst hat.¹⁰³ Das BAG nimmt an, dass die tariflichen Entlohnungsgrundsätze in der Zeit ihrer Geltung gleichzeitig zu den maßgeblichen betrieblichen Entlohnungsgrundsätzen werden, ohne dass es hierfür eines Transformationsaktes durch die Betriebsparteien bedürfte.¹⁰⁴ Wendet der Arbeitgeber nach Wegfall seiner Bindung an das tarifliche Entgeltschema dieses nicht länger an, löst er folglich nach Sicht des BAG einseitig und eigenmächtig die betrieblichen Entlohnungsgrundsätze ab. Die betroffenen Arbeitnehmer können eine Vergütung auf der Grundlage des mitbestimmungswidrig abgelösten tariflichen Entgeltschemas einfordern (näher hierzu unter Rn. 66 ff.).

V. Zuständiges Verhandlungsgremium auf Betriebsratsseite

- 63 Von erheblicher praktischer Relevanz ist in größeren Unternehmen, an welches Verhandlungsgremium sich der Arbeitgeber zum Abschluss entgeltrelevanter Betriebsvereinbarungen überhaupt wenden muss. In Betracht kommen grundsätzlich der jeweilige (lokale) Einzelbetriebsrat, ein etwaiger Gesamtbetriebsrat sowie – bei unternehmensübergreifenden Sachverhalten – gar der Konzernbetriebsrat.
- 64 Vom Grundsatz her ist der **örtliche Einzelbetriebsrat** der primäre Ansprech- und Verhandlungspartner des Arbeitgebers.¹⁰⁵ Die Zuständigkeit liegt aber dann originär beim Gesamtbetriebsrat (§ 50 Abs. 1 BetrVG), wenn der Arbeitgeber nur zur **unternehmenseinheitlichen** Gewährung einer neu einzuführenden, betriebsverfassungsrechtlich freiwilligen Leistung bereit ist.¹⁰⁶ Da der Arbeitgeber über das „Ob“ der Einführung der freiwilligen Leistung mitbestimmungsfrei entscheiden kann, steht es ihm auch frei, die betriebsübergreifende Ausgestaltung der Leistung zur Vorbedingung ihrer Gewährung zu erklären und somit die Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats zu begründen.¹⁰⁷ Generell ist eine originäre Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats gegeben, wenn eine unternehmenseinheitliche Regelung aus technischen oder rechtlichen Gründen zwingend ist und die örtlichen Betriebsräte daher nicht in der Lage sind, die Angelegenheit selbst zu regeln. Der bloße Wunsch nach einer unternehmenseinheitlichen Regelung oder deren Zweckmäßigkeit genügen zur Zuständigkeitsbegründung allerdings

103 BAG 11.1.2011, 1 AZR 310/09, AP BetrVG 1972 § 87 Lohngestaltung Nr. 137; BAG 14.4.2010, 7 ABR 91/08, NZA-RR 2011, 83; BAG 15.4.2008, 1 AZR 65/07, NZA 2008, 888.

104 BAG 14.4.2010, 7 ABR 91/08, NZA-RR 2011, 83; kritisch zu dieser „Metamorphose“ etwa Raab, SR 2018, 144, 148.

105 Koch, SR 2017, 19 (28).

106 MAHArbR-Hesse/Tischer, § 23 Rn. 214; Koch, SR 2017, 19 (29).

107 Vgl. Lunk/Leder, NZA 2011, 249, 251; Koch, SR 2017, 19 (30).

nicht.¹⁰⁸ Neben der originären Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats besteht die Möglichkeit, dass die örtlichen Betriebsräte den Gesamtbetriebsrat mit der Verhandlungsführung und dem Abschluss einer unternehmensweiten Gesamtbetriebsvereinbarung beauftragen (Zuständigkeit kraft Delegation, vgl. § 50 Abs. 2 BetrVG).¹⁰⁹

Entsprechende Grundsätze gelten, wenn die Konzernführung nur zu einer **konzerneinheitlichen** Regelung bereit ist (etwa bei der unternehmensübergreifenden Ausgestaltung der betrieblichen Altersversorgung), was zur originären Zuständigkeit des Konzernbetriebsrats führt. Im Übrigen wird eine originäre Zuständigkeit des Konzernbetriebsrats – welche die zwingende Notwendigkeit einer konzerneinheitlichen Regelung voraussetzt – aber eher die Ausnahme sein.¹¹⁰ 65

VI. Folgen bei Nichtbeachtung und Sicherung des Mitbestimmungsrechts

Die Nichtbeachtung des zwingenden Mitbestimmungsrechts bei der Entgeltgestaltung kann für den Arbeitgeber weitreichende Folgen haben. Nach dem BAG sind Maßnahmen des Arbeitgebers in Entgeltangelegenheiten, die der zwingenden Mitbestimmung des Betriebsrats unterliegen, auch mit Wirkung gegenüber den betroffenen Arbeitnehmern (individualrechtlich) unwirksam, sofern der Arbeitgeber diese ohne vorherige Einbeziehung des Betriebsrats vollzieht (sog. **Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung**).¹¹¹ Hieraus folgt beispielsweise, dass eine vom Arbeitgeber mitbestimmungswidrig vorgenommene Änderung der betrieblich vereinbarten Entlohnungsgrundsätze auf die betroffenen Arbeitnehmer ohne Wirkung bleibt; diese können diejenige Vergütung verlangen, die aus den vom Betriebsrat zuletzt mitbestimmten Entlohnungsgrundsätzen folgt.¹¹² Darüber hinaus bewertet es das BAG aber auch als Mitbestimmungsverstoß, wenn der Arbeitgeber die bislang von ihm einseitig praktizierten Entlohnungsgrundsätze oder tariflichen Entlohnungsgrundsätze nach Wegfall der Tarifbindung abändert, ohne zuvor den Betriebsrat zu beteiligen (s. hierzu Rn. 62). 66

¹⁰⁸ Lunk/Leder, NZA 2011, 249, 251.

¹⁰⁹ Zum Instrument der Delegation an den Gesamt- oder Konzernbetriebsrat gerade in Zweifelsfällen Lunk/Hildebrand, ArbRB 2016, 337, 340.

¹¹⁰ Vgl. MAHArbR-Hesse/Tischer, § 23 Rn. 215.

¹¹¹ ErFK-Kania, § 87 BetrVG Rn. 136; MAHArbR-Hesse/Tischer, § 23 Rn. 219.

¹¹² BAG 15.4.2008, 1 AZR 65/07, NZA 2008, 888; MAHArbR-Hesse/Tischer, § 23 Rn. 219; dem Arbeitnehmer muss allerdings ohne die mitbestimmungswidrige Maßnahme ein Anspruch auf die Leistung zustehen – neue Ansprüche, die ohne den Mitbestimmungsverstoß nicht bestanden hätten, kann die Verletzung des Mitbestimmungsrechts also nicht hervorbringen, vgl. Raab, SR 2018, 144, 150.

Kap. 15 Mitbestimmung bei der Entgeltgestaltung

- 67 Die Unwirksamkeitsfolge der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung ist allenfalls dort berechtigt, wo der Arbeitgeber mitbestimmungswidrig von einer zuvor mit dem Betriebsrat abgestimmten Vergütungsordnung einseitig abkehrt, ohne das hierfür nötige betriebsverfassungsrechtliche Verfahren zu durchlaufen. Diese Situation ist nicht vergleichbar mit der arbeitgeberseitigen Abkehr von einseitigen Entlohnungsgrundsätzen oder solchen, die aus einer bislang bindend anzuwendenden tariflichen Vergütungsordnung hervorgehen. In den beiden vorgeschilderten Szenarien hat es der Betriebsrat jederzeit bzw. ab Wegfall der Tarifbindung in der Hand, den Abschluss einer Betriebsvereinbarung einzufordern und den Arbeitgeber somit zur Festschreibung mitbestimmter betrieblicher Entlohnungsgrundsätze zu zwingen.¹¹³ Tut der Betriebsrat dies nicht, besteht kein Grund, den Arbeitgeber hierfür zu sanktionieren – denn dieser hat sich nicht willentlich und eigenmächtig über ein zuvor mit dem Betriebsrat abgestimmtes Entgeltsystem hinweggesetzt.
- 68 Der Betriebsrat kann ferner die einseitige Einführung neuer betrieblicher Entlohnungsgrundsätze durch den Arbeitgeber mit dem von der Rechtsprechung anerkannten **allgemeinen Unterlassungsanspruch** auf dem Gebiet der sozialen Angelegenheiten unterbinden.¹¹⁴ Auch die vorübergehende Nichtanwendung der mitbestimmungswidrig eingeführten Entlohnungsgrundsätze kann der Betriebsrat gestützt auf den Unterlassungsanspruch fordern und gerichtlich durchsetzen. Schließlich kommt – wenn sich die Missachtung des Mitbestimmungsverfahrens durch den Arbeitgeber als ein grober Verstoß gegen seine Pflichten darstellt – der sanktionsbewehrte Unterlassungsanspruch des Betriebsrats nach § 23 Abs. 3 BetrVG in Betracht.

VII. Entgeltfindung bei AT-Angestellten

- 69 Das Entgeltsystem der AT-Angestellten, also denjenigen Arbeitnehmern, die vom persönlichen Geltungsbereich des auf den Betrieb einschlägigen und anwendbaren Tarifvertrages nicht erfasst werden, **unterliegt (mit Ausnahme der absoluten Entgelthöhe) vollumfänglich der Mitbestimmung** des Betriebsrats, da sich bei dieser Arbeitnehmergruppe aus dem Tarifvorbehalt des Einleitungssatzes von § 87 Abs. 1 BetrVG keine Einschränkungen ergeben.¹¹⁵ Eine Mitbestimmung durch den Betriebsrat scheidet aber hinsichtlich solcher AT-Angestellter aus, die zugleich leitende Angestellte im Sinne des § 5 Abs. 3 BetrVG sind. Mit Blick auf die leitenden Angestellten kommt dem Betriebsrat keine Rege-

113 Vgl. Koschker, S. 174.

114 MAHArbR-Hesse/Tischer, § 23 Rn. 218; ErfK-Kania, § 87 BetrVG Rn. 138.

115 HWK-Clemenz, § 87 BetrVG Rn. 199; MAHArbR-Hesse/Tischer, § 23 Rn. 33.

lungszuständigkeit zu.¹¹⁶ Die Entlohnungsgrundsätze, die hinsichtlich der AT-Angestellten zwischen den Betriebsparteien vereinbart werden können, unterscheiden sich nicht von denjenigen für die weiteren vom Betriebsrat vertretenen Arbeitnehmer. Insofern kann auf die obigen Ausführungen verwiesen werden.

116 Ist ein Sprecherausschuss gebildet, hat dieser gem. § 30 SprAuG hinsichtlich der Gehaltsgestaltung der leitenden Angestellten ein Unterrichts- und Beratungsrecht.

Kapitel 16

Entgelt und Datenschutz

Schrifttum: *Bachner/Rupp*, Die originäre Zuständigkeit des Konzernbetriebsrats bei der Einführung technischer Einrichtungen, NZA 2016, 207; *Beckschulze/Fackeldey*, Systematischer Aufbau von Betriebsvereinbarungen zum Schutze von Beschäftigtendaten, RDV 2013, 109; *Biemann/Englmaier/Sliwka/Weller*, People Analytics – Personaldaten als Erfolgsfaktor, PERSONALquarterly 3/17, S. 3; *Bissels/Mayer-Michaelis/Schiller*, Arbeiten 4.0: Big Data-Analysen im Personalbereich, DB 2016, 3042; *Böker/Demuth*, IKT-Rahmenvereinbarungen, 2. Aufl. 2013; *Culik/Döpke*, Zweckbindungsgrundsatz gegen unkontrollierten Einsatz von Big Data-Anwendungen, ZD 2017, 226; *Däubler*, Gläserne Belegschaften, 7. Aufl. 2017; *Dzida*, Big Data und Arbeitsrecht, NZA 2017, 541; *Filip*, Binding Corporate Rules (BCR) aus der Sicht einer Datenschutzaufsichtsbehörde – Praxiserfahrungen mit der europaweiten Anerkennung von BCR, ZD 2013, 51; *Fischer/Trittin*, Datenschutz und Mitbestimmung – Konzernweite Personaldatenverarbeitung und die Zuständigkeit der Arbeitnehmervertretung, NZA 2009, 343; *Franck*, Das System der Betroffenenrechte nach der DS-GVO, RDV 2016, 111; *Gebhardt/Umnuß*, Anonymisierung als Weg aus der Mitbestimmung bei elektronischer Datenverarbeitung gemäß § 87 I Nr. 6 BetrVG?, NZA 1995, 103; *Gola*, Der „neue“ Beschäftigtendatenschutz nach § 26 BDSG n.F., BB 2017, 1462; *ders.*, DS-GVO, Kommentar, 2. Aufl. 2018; *Gola/Schomerus*, BDSG, Kommentar, 12. Aufl. 2015; *Gola/Pötters/Wronka*, Handbuch Arbeitnehmerdatenschutz, 7. Aufl. 2016; *Göpfert/Meyer*, Datenschutz bei Unternehmenskauf: Due Diligence und Betriebsübergang, NZA 2011, 486; *Grau*, Der Umgang mit Beschäftigtendaten bei Betriebsübernahmen und Unternehmenskäufen nach der DS-GVO, FS Willemsen, 2018, S. 147 ff.; *Grimm/Böker*, Die arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Due Diligence, NZA 2002, 193; *Härtling*, Auftragsverarbeitung nach der DSGVO, ITRB, 2016, 137; *Hartung/Büttgen*, Die Auftragsverarbeitung nach der DS-GVO, DuD 2017, 549; *Hofmann/Johannes*, DS-GVO: Anleitung zur autonomen Auslegung des Personenbezugs, ZD 2017, 221; *von Holleben/Knaut*, Die Zukunft der Auftragsverarbeitung – Privilegierung, Haftung, Sanktionen und Datenübermittlung mit Auslandsbezug unter der DSGVO, CR 2017, 299; *Holthaus/Park/Stock-Homburg*, People Analytics und Datenschutz – Ein Widerspruch?, DuD 2015, 676; *Jacobi/Jantz*, Löschpflichten nach der EU-Datenschutzgrundverordnung – Was Arbeitgeber jetzt bereits tun müssen, ArbRB 2017, 22; *Klösel/Mahnhold*, Die Zukunft der datenschutzrechtlichen Betriebsvereinbarung, NZA 2017, 1428; *Kóós/Englisch*, Eine „neue“ Auftragsdatenverarbeitung? – Gegenüberstellung der aktuellen Rechtslage und der DS-GVO in der Fassung des LIBE-Entwurfs, ZD 2014, 276; *Kort*, Anspruch des Betriebsrats auf Online-Zugriff auf Datenverarbeitungsverfahren des Arbeitgebers?, NZA 2010, 1038; *ders.*, Die Stellung des Betriebsrats im System des Beschäftigtendatenschutzes, RDV 2012, 8; *ders.*, Arbeitnehmerdatenschutz gemäß der EU-Datenschutz-Grundverordnung, DB 2016, 771; *ders.*, Der Beschäftigtendatenschutz nach § 26 BDSG-neu, ZD 2017, 319; *Krohne*, Der Schutz personenbezogener Daten im Zuge von Unternehmenstransaktionen, 2012; *Kühling*, Neues Bundesdatenschutzgesetz – Anpassungsbedarf bei Unternehmen, NJW 2017, 1985; *Kühling/Buchner*, Datenschutz-Grundverordnung, Bundesdatenschutzgesetz: DS-GVO/BDSG, 2. Aufl. 2018; *Kunze*, Das Engagement der Mitarbeitenden richtig messen und fördern, PERSONALquarterly 1/19, S. 46; *Lohaus/Müller/Walleemann/Graumann*, Talent Analytics – Optimierung des Beitrags von HRM zum Unternehmenserfolg, PERSONALquarterly 4/17, S. 34; *Maschmann*, Da-

Kap. 16 Entgelt und Datenschutz

tenschutzgrundverordnung: Quo vadis Beschäftigtendatenschutz?, DB 2016, 2488; *Maschmann/Fritz*, Matrix-Organisationen. Gesellschaftsrecht, Arbeitsrecht, Datenschutz, 2019; *Monreal*, „Der für die Verarbeitung Verantwortliche“, ZD 2014, 611; *Müthlein*, ADV 5.0 – Neugestaltung der Auftragsdatenverarbeitung in Deutschland, RDV 2016, 74; *Niklas/Thurn*, Arbeitswelt 4.0 – Big Data im Betrieb, BB 2017, 1589; *Nink/Müller*, Beschäftigtendaten im Konzern – Wie die Mutter so die Tochter? – Arbeits- und datenschutzrechtliche Aspekte einer zentralen Personalverwaltung, ZD 2012, 505; *Paal/Pauly*, Datenschutz-Grundverordnung Bundesdatenschutzgesetz: DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2018; *Plath* (Hrsg.), DSGVO/BDSG, 3. Aufl. 2018; *Ringel/von Busekist*, Konzernrevision und Datenschutz, CCZ 2017, 31; *Roßnagel/Kroschwald*, Was wird aus der Datenschutzgrundverordnung? – Die Entschließung des Europäischen Parlaments über ein Verhandlungsdokument, ZD 2014, 495; *Ruppmann*, Der konzerninterne Austausch personenbezogener Daten, 2000; *Sander/Schumacher/Kühne*, Weitergabe von Arbeitnehmerdaten in Unternehmenstransaktionen, ZD 2017, 105; *Schaffland/Holthaus*, DS-GVO, 2018; *Schantz/Wolff*, Das neue Datenschutzrecht, 2017; *Schmidl*, Datenschutzrechtliche Anforderungen an inner-europäische Personaldatenübermittlungen in Matrixorganisationen, DuD 2009, 364; *Schmidt*, EStG, Kommentar, 37. Aufl. 2018; *Schröder/von Alten/Weinhold*, Stolpersteine der DSGVO für multinationale Unternehmen, ZD 2018, 746; *S. Seifert*, Der Beschäftigtendatenschutz im transnationalen Konzern, Diss. Jena 2013; *Simitis* (Hrsg.), BDSG, Kommentar, 8. Aufl. 2014; *Sydow* (Hrsg.), DS-GVO. Kommentar, 2. Aufl. 2018; *Traut*, Maßgeschneiderte Lösungen durch Kollektivvereinbarungen? Möglichkeiten und Risiken des Art. 88 Abs. 1 DS-GVO, RDV 2016, 312; *Voigt*, Konzerninterner Datentransfer, CR 2017, 428; *Wisskirchen/Schiller/Schwindling*, Die Digitalisierung – eine technische Herausforderung für das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG, BB 2017, 2105; *Wurzbberger*, Anforderungen an Betriebsvereinbarungen nach der DSGVO, ZD 2017, 258; *Wybitul*, Was ändert sich mit dem neuen EU-Datenschutzrecht für Arbeitgeber und Betriebsräte?, ZD 2016, 203; *ders.*, EU-Datenschutz-Grundverordnung in der Praxis – Was ändert sich durch das neue Datenschutzrecht?, BB 2016, 1077; *ders.*, Der neue Beschäftigtendatenschutz nach § 26 BDSG und Art. 88 DSGVO, NZA 2017, 413; *Wybitul/Fladung*, EU-Datenschutz-Grundverordnung – Überblick und arbeitsrechtliche Betrachtung des Entwurfs, BB 2012, 509, 515; *Wybitul/Pötters*, Der neue Datenschutz am Arbeitsplatz, RDV 2016, 10; *Wybitul/Sörup/Pötters*, Betriebsvereinbarungen und § 32 BDSG: Wie geht es nach der DS-GVO weiter? – Handlungsempfehlungen für Unternehmen und Betriebsräte, ZD 2015, 559.

Übersicht

	Rn.		Rn.
I. Allgemeines	3	d) Kollektivvereinbarungen	
1. Überblick	3	nach Maßgabe von § 26	
2. Geltungsbereich des Datenschutzes	4	Abs. 4 i.V.m. Art. 88 Abs. 2	
3. Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung	5	DS-GVO.	6
a) Notwendigkeit einer Verarbeitungsgrundlage.	5	e) Generalklausel des Art. 6	
b) Einwilligung	5	Abs. 1 lit. f DS-GVO	6
c) Generalklausel des § 26		II. Zulässigkeit von Datenverarbeitungen mit Entgeltrelevanz.	7
Abs. 1 BDSG i.V.m. Art. 88		1. Personalstammdatenbank.	7
Abs. 1 DS-GVO.	6	a) Grundsätze.	7
		b) Sensible Daten.	7

c) Ausgeschiedene Beschäftigte	8	7. Big Data Auswertungen („People Analytics“)	22
2. Abrechnung	9	a) Begriff und Bedeutung ...	22
a) Interne Abrechnung	9	b) Datenschutzrechtliche Beurteilung	23
b) Externe Abrechnung	11	III. Betriebliche Mitbestimmung ...	25
c) Abrechnung durch konzern-eigene Shared Service Center	12	1. Beteiligungsrechte	25
d) Abrechnung im Ausland ..	13	a) Sinn und Zweck	25
3. Zugriff auf elektronische Abrechnungsdokumente	16	b) Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG	25
4. Elektronische Meldeverfahren im Rahmen der Entgeltabrechnung	17	c) Überwachungsrecht des Betriebsrats	26
a) Lohnsteuer	17	2. Zuständiges Gremium	27
b) Sozialversicherungsbeiträge und Umlagen	18	3. Regelung durch Betriebsvereinbarung	29
5. Übermittlung personenbezogener Entgeltdaten an Belegschaftsvertretungen	18	a) Bedeutung und Grenzen ..	29
6. Übermittlung personenbezogener Entgeltdaten bei Unternehmensverkäufen	19	b) Systematischer Aufbau ...	29
a) Problem	19	IV. Weitere Pflichten des Verantwortlichen	30
b) Due Dilligence	20	1. Wer ist Verantwortlicher? ...	30
c) Vollzug der Unternehmenstransaktion	21	2. Zweckbindung	31
d) Transparenzgebot	22	3. Verantwortlichkeitsgrundsatz	31
		4. Transparenz	32
		V. Rechte des Betroffenen	33
		1. Primäransprüche	33
		2. Sekundäransprüche	34

I. Allgemeines

1. Überblick

Personenbezogene Daten, die für das Entgelt relevant sind, gehören zu den wichtigsten Informationen im Personalbereich. Sie werden nicht nur für die **Abrechnung** benötigt, sondern stellen auch die **Grundlage für monetäre Anreizsysteme** dar. Darüber hinaus müssen **Kerndaten** auf elektronischem Wege an Finanzämter und Einzugsstellen für den Gesamtsozialversicherungsbeitrag **übermittelt werden**. Außerdem sind den Beschäftigten **Entgeltabrechnungen** und **Lohnsteuerbescheinigungen** mit detaillierten Informationen ihrer Vergütungsbestandteile und Abzüge zu erstellen. Bei **Unternehmenstransaktionen** haben potenzielle Erwerber großes Interesse an den Entgeltdaten der zu übernehmenden Mitarbeiter, weil sich daraus die künftigen Personalkosten ergeben. Zu **Controllingzwecken** werden Entgeltdaten von Revisionsabteilungen geprüft, **Complianceabteilungen** überwachen Entgeltbewegungen auf Rechtmäßigkeit und Transparenz. **Big-Data-Analysen**, die sich auf das Entgelt beziehen, machen

bislang unentdeckte Verhaltensmuster sichtbar, um Anreizsysteme stärker evidenzbasiert auszugestalten. Für den sicheren Umgang mit diesen Informationen sorgt das Datenschutzrecht, bei dessen Missachtung **Bußgelder in Millionenhöhe** drohen. In mitbestimmten Betrieben wird es durch die Beteiligungsrechte der Belegschaftsvertretungen auch verfahrensmäßig abgesichert. Vor diesem Hintergrund skizziert der folgende Beitrag den Anwendungsbereich des Datenschutzrechts (s. Rn. 2–4), geht auf die notwendigen Verarbeitungsgrundlagen ein (s. Rn. 6–10) und gibt einen Überblick über weitere Verhaltenspflichten des Verantwortlichen (s. Rn. 62–73). Im Mittelpunkt steht die datenschutzrechtliche Zulässigkeit praktisch besonders relevanter Verarbeitungen von Beschäftigten-daten mit Entgeltrelevanz (s. Rn. 11–50). Die Darstellung wird abgerundet durch eine Übersicht über die Beteiligungsrechte der Belegschaftsvertretungen (s. Rn. 51–58) und gibt Hinweise für die Gestaltung von Betriebsvereinbarungen in diesem Bereich (s. Rn. 59–61).

2. Geltungsbereich des Datenschutzrechts

- 2 Die Zulässigkeit der Erhebung, Verarbeitung, Übermittlung und Nutzung personenbezogener Daten von Beschäftigten richtet sich seit dem 25.5.2018 nach der **Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO)** der Europäischen Union.¹ und dem durch das „Datenschutz-Anpassungs- und Umsetzungsgesetz EU“ (DS-AnpUG-EU)² vollständig neu gefasste **Bundesdatenschutzgesetz (BDSG)**, das allerdings nur für Verarbeitung personenbezogener Daten durch öffentliche Stellen des Bundes i. S. d. § 2 Abs. 1 BDSG sowie für nicht öffentliche Stellen, d. h. für natürliche Personen sowie für juristische Personen und Personenvereinigungen des privaten Rechts (§ 2 Abs. 4 BDSG) gilt, wenn diese Daten automatisiert i. S. d. § 1 Abs. 1 S. 2 BDSG verarbeiten. Dazu genügt es, wenn die **personenbezogene Daten im Rahmen der Tätigkeit einer inländischen Niederlassung** des Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiters verarbeitet werden (Art. 3 Abs. 1, 2 DS-GVO, § 1 Abs. 4 S. 2 Nr. 2 BDSG).³ Der Ort, an dem das tatsächlich geschieht, ist unerheblich. Ob sich das Rechenzentrum, das das Entgelt elektronisch abrechnet, in Deutschland, Tschechien oder den USA befindet, spielt deshalb keine Rolle. Für den **Begriff der Niederlassung** bestimmt EG 22 DS-GVO gewisse Mindestanforderungen. Danach muss es sich bei einer Niederlassung um eine „**feste Einrichtung**“ (engl. „stable arrangement“) handeln, von der aus eine **Tätigkeit „effektiv und tatsächlich“** ausgeübt wird. Ob eine solche

1 Verordnung [EU] 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27.4.2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG, ABl. L EU 119 vom 4.5.2016, S. 1.

2 V. 30.6.2017, BGBl. I S. 2097.

3 Ausf. Schröder/von Alten/Weinhold, ZD 2018, 746.

„feste Einrichtung“ vorliegt, ist anhand der tatsächlichen Umstände zu ermitteln. Auf die Rechtsform kommt es ausweislich EG 22 DS-GVO ebenso wenig an, wie auf den Umstand, ob die Einrichtung eine Zweigstelle oder eine Tochtergesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit darstellt. Erforderlich ist vielmehr ein Zusammenwirken von persönlichen und sachlichen Mitteln, das für die Durchführung der Tätigkeit der Einrichtung erforderlich ist, sowie ein gewisser Grad an Beständigkeit. Niederlassungen können daher auch interne Abteilungen wie die Buchhaltung oder Rechenzentren sein.⁴

Der Begriff „**personenbezogene Daten**“ ist in **Art. 4 Nr. 1 DS-GVO legaldefiniert**. Darunter sind alle Informationen zu verstehen, die sich auf eine „identifizierte oder identifizierbare natürliche Person beziehen“. Identifizierbar ist eine natürliche Personen, die direkt oder indirekt aufgrund gewisser Merkmale bestimmt werden kann insbesondere „mittels Zuordnung zu einer Kennung wie einem Namen, zu einer Kennnummer, zu Standortdaten oder zu einer Online-Kennung“.

Beispiele für personenbezogene Daten mit Entgeltrelevanz: neben den Stammdaten (s. Rn. 10), und den elektronisch abgerufenen Lohnsteuerabzugsmerkmalen (s. Rn. 36), die Art und Höhe des gezahlten Arbeitslohns samt Zulagen und Zuschlägen, die einbehaltene Lohnsteuer, den Solidaritätszuschlag und die Kirchensteuer, das Kurzarbeitergeld, den Zuschuss zum Mutterschaftsgeld nach dem Mutterschutzgesetz, Beiträge zur gesetzlichen Kranken-, Pflege-, Renten- Arbeitslosen- und Unfallversicherung, Informationen über die Arbeitsleistung bei Leistungslöhnen und Zielvereinbarungen.

Der Begriff „**Verarbeitung**“ ist in **Art. 4 Nr. 2 DS-GVO** geregelt. Das Unionsrecht versteht darunter „jeden Vorgang im Zusammenhang mit personenbezogenen Daten“, wie etwa „das Erheben, das Erfassen, die Organisation, das Ordnen, die Speicherung, die Anpassung oder Veränderung, das Auslesen, das Abfragen, die Verwendung, die Offenlegung durch Übermittlung, Verbreitung oder eine andere Form der Bereitstellung, den Abgleich oder die Verknüpfung, die Einschränkung, das Löschen oder die Vernichtung“. Während die DS-GVO nur für die ganz oder teilweise automatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten Anwendung findet (Art. 2 Abs. 1 DS-GVO), geht das **deutsche Beschäftigendatenschutzrecht** des § 26 BDSG – schon wie bisher – darüber hinaus. Es gilt gemäß § 26 Abs. 7 BDSG selbst dann, wenn **personenbezogene Daten nicht automatisiert verarbeitet werden**⁵ wie z.B. bei persönlichen Befragungen von Bewerbern und Beschäftigten.

4 Kühling/Buchner-Klar, Art. 3 DS-GVO Rn. 43.

5 Ebenso Kort, ZD 2017, 319, 323; Wybitul, NZA 2017, 413, 418.

3. Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung

a) Notwendigkeit einer Verarbeitungsgrundlage

- 6 Die Verarbeitung von personenbezogenen Daten ist nur dann zulässig, wenn dies ausdrücklich gestattet ist. Art. 6 Abs. 1 DS-GVO enthält insoweit ein **„Verbot mit Erlaubnisvorbehalt“**. Rechtmäßig ist die Verarbeitung nur dann, wenn sie von einer **Erlaubnisnorm** gedeckt ist. Als Verarbeitungsgrundlage nach Art. 6 Abs. 1 DS-GVO kommen in Betracht:
- die Einwilligung des Betroffenen (Art. 6 Abs. 1 lit. a, Art. 4 Nr. 11, Art. 7 DS-GVO)
 - die Generalklausel des § 26 Abs. 1 BDSG i.V.m. Art. 88 Abs. 1 DS-GVO
 - Kollektivvereinbarungen nach Maßgabe von § 26 Abs. 4 i.V.m. Art. 88 Abs. 2 DS-GVO
 - die Generalklausel des Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO.

b) Einwilligung

- 7 Sie **scheidet aus praktischen Erwägungen regelmäßig aus**.⁶ Zum einen dürfte es wegen der persönlichen und wirtschaftlichen Abhängigkeit des Arbeitnehmers vom Arbeitgeber zumeist an der für die Einwilligung erforderlichen **Freiwilligkeit** ihrer Erteilung (vgl. Art. 4 Nr. 11 DS-GVO) scheitern. Zum anderen kann sie **nicht** in „Bausch und Bogen“ **als Generaleinwilligung** für jede wie auch immer geartete Übermittlung erklärt werden, sondern nur für den Einzelfall nach entsprechender Information über den jeweiligen Verarbeitungszweck. Schließlich kommt sie auch deshalb als Verarbeitungsgrundlage kaum in Betracht, weil sie der Betroffene **jederzeit widerrufen** kann (Art. 7 Abs. 3 DS-GVO). Anders mag es liegen, wenn mit der Datenverarbeitung lediglich Vorteile für den Mitarbeiter verbunden sind, wie z. B. die Gewährung von Stock Options im Rahmen von Bonusprogrammen. Doch selbst dann muss für den Betroffenen transparent sein, an wen die Daten zu welchem Zweck übermittelt werden. Freiwilligkeit kann auch bestehen, wenn der Mitarbeiter bei elektronischen „Self-Service-Portalen“ der Personalabteilung selbst entscheiden kann, welche Daten er in das System eingeben möchte.

6 So bereits zum alten Recht zutreffend *Däubler*, Gläserne Belegschaften Rn. 452; *Nink/Müller*, ZD 2012, 505, 507; *Schmidl*, DuD 2009, 365, 367; *Simitis-Simitis*, § 2 BDSG Rn. 159.

c) Generalklausel des § 26 Abs. 1 BDSG i.V.m. Art. 88 Abs. 1 DS-GVO

Auf die Generalklausel des § 26 Abs. 1 BDSG lässt sich die **Verarbeitung** von Beschäftigtendaten⁷ stützen, wenn sie der Entscheidung über die Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses dient oder danach für dessen Durchführung bzw. Beendigung **erforderlich** ist oder der Verantwortliche damit seine Pflichten gegenüber der Belegschaftsvertretung erfüllen will. Beispiele hierfür sind die Erstellung der Entgeltabrechnung (s. Rn. 17), die Zugänglichmachung der Abrechnung auf elektronischem Wege (s. Rn. 33) und die Weiterleitung von Entgeltdaten nach einer Unternehmenstransaktion (s. Rn. 41). 8

d) Kollektivvereinbarungen nach Maßgabe von § 26 Abs. 4 i.V.m. Art. 88 Abs. 2 DS-GVO

§ 26 Abs. 4 BDSG gestattet die Verarbeitung von Beschäftigtendaten auch auf der Grundlage von Kollektivvereinbarungen (**Betriebs-, Sprecher- und Dienstvereinbarungen**).⁸ Allerdings sind die Parteien solcher Vereinbarungen an die Direktiven des Art. 88 Abs. 2 DS-GVO gebunden. Darauf weist § 26 Abs. 4 S. 2 BDSG ausdrücklich hin. Notwendig sind danach „angemessene und besondere Maßnahmen zur Wahrung der menschlichen Würde sowie der berechtigten Interessen und der Grundrechte der betroffenen Person, insbesondere im Hinblick auf die **Transparenz** der Verarbeitung. Auch die kraft Kollektivvereinbarung zugelassenen **Verarbeitungen müssen erforderlich** sein. Außerdem ist den schutzwürdigen Interessen der Beschäftigten hinreichend Rechnung zu tragen. Das ist in jedem Einzelfall zu überprüfen.⁹ Eine **Absenkung des Schutzniveaus** unter den Standard der DS-GVO wäre **unzulässig**.¹⁰ Zu Einzelheiten s. Rn. 58 ff. 9

e) Generalklausel des Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO

Scheidet § 26 Abs. 1 BDSG i.V.m. Art. 88 Abs. 1 DS-GVO als Verarbeitungsgrundlage aus, weil die Datenübermittlung nicht vorrangig aus Gründen des Beschäftigungsverhältnisses geschieht, kommt Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO als Befugnisnorm in Betracht. Beispiele sind Übermittlung von Beschäftigtendaten im Rahmen von „**Due-Diligence-Prüfungen**“¹¹ beim **Kauf von Betrieben** oder 10

⁷ Entsprechendes gilt wegen des weiten Begriffs der „Offenlegung durch Übermittlung“ auch für die Weiterleitung an andere Betriebe und Betriebsteile sowie an die dort Beschäftigten und deren Belegschaftsvertretungen.

⁸ *Däubler*, Gläserne Belegschaften Rn. 453; *Fischer/Trittin*, NZA 2009, 343, 344; *Gola/Pötters/Wronka*, Arbeitnehmerdatenschutz-Hdb Rn. 947 f.; *Schmidl*, DuD 2009, 364, 369; *Simitis-Simitis*, § 2 BDSG Rn. 160; angedeutet auch von BAG 20.12.1995, 7 ABR 8/95, DB 1996, 1985.

⁹ *Gola/Pötters/Wronka*, Arbeitnehmerdatenschutz-Hdb Rn. 950 f.

¹⁰ *Klösel/Mahnhold*, NZA 2017, 1428, 1430; *Wybitul*, ZD 2016, 203, 208.

¹¹ *Grau*, FS Willemsen, 2018, S. 147, 149.

Unternehmen (s. Rn. 42), für **Big Data Analysen** (s. Rn. 47 ff.) oder für die Konzernrevision.¹² Zu prüfen ist dann, ob berechtigte Interessen des verantwortlichen Arbeitgebers oder eines Dritten eine Verarbeitung rechtfertigen. Notwendig ist ferner eine Abwägung zwischen den Interessen des Arbeitgebers und den Grundrechten und Grundfreiheiten der betroffenen Person, die nicht überwiegen dürfen.

II. Zulässigkeit von Datenverarbeitungen mit Entgeltrelevanz

1. Personalstammdatenbank

a) Grundsätze

- 11 Für die Durchführung des Beschäftigungsverhältnisses benötigt der Arbeitgeber gewisse Stammdaten. Dazu gehören neben Angaben zur Identifizierung des Arbeitnehmers (Name, Wohnsitz, Personalnummer) auch weitere Informationen, wie etwa Alter, Geschlecht, Familienstand, Schule, Ausbildung in Lehr- und anderen Berufen, Fachschulausbildung/Fachrichtung/Abschluss, Sprachkenntnisse.¹³ In deren anlassloser Verwahrung liegt dann **keine unzulässige Vorratsdatenspeicherung**, wenn sie für ständig wiederkehrende Aufgaben bereitgehalten werden und bei einer Güterabwägung das Interesse des Arbeitgebers an der mit dem Einsatz von DV-Anlagen bezweckten Verwaltungsvereinfachung das Lösungsinteresse des Arbeitnehmers überwiegt.¹⁴ Das ist für den jeweiligen Verarbeitungszweck am Maßstab der Erforderlichkeit und der Verhältnismäßigkeit zu beurteilen. Entscheidend ist dabei zum einen, ob sich das Arbeitsverhältnis auch ohne die Speicherung der Personaldaten genauso leicht und einfach durchführen ließe, zum anderen, wie sehr die Speicherung die Persönlichkeitsrechte des Arbeitnehmers beeinträchtigt. Bei **Daten, die für die Erstellung der Entgeltabrechnung** (s. Rn. 17 ff. und Kap. ■) benötigt werden, ist eine **dauerhafte Speicherung** schon deshalb **notwendig**, weil diese Abrechnungen permanent, im Regelfall monatlich, zu erstellen sind. Entsprechendes gilt für die Meldungen zur Abführung von Lohnsteuer und Sozialversicherungsbeiträgen (s. Rn. 36 ff.) Selbst wo bestimmte Entgeltbestandteile (Boni, Gratifikationen) nur jährlich oder nach noch längeren Zeiträumen gewährt werden, ist eine dauerhafte Speicherung erforderlich, weil nur so der Arbeitgeber seinen Zahlungspflichten gewissenhaft nachkommen kann. Außerdem ist eine Zugriffs- und Weitergabekontrolle notwendig (s. Rn. 34 f.).

¹² Dazu ausf. *Ringel/von Busekist*, CCZ 2017, 31.

¹³ BAG 22.10.1986, 5 AZR 660/85, NZA 1987, 415, 417.

¹⁴ BAG 22.10.1986, 5 AZR 660/85, NZA 1987, 415, 417.

b) Sensible Daten

Für die Verarbeitung **sensibler Daten i.S.v. Art. 9 Abs. 1 DS-GVO** trifft § 26 Abs. 3 BDSG eine Sonderregelung. Sie ist, soweit sie für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses geschieht, nur dann zulässig, wenn sie zur Ausübung von Rechten oder zur Erfüllung rechtlicher Pflichten aus dem Arbeitsrecht, dem Recht der sozialen Sicherheit und des Sozialschutzes erforderlich ist und kein Grund zu der Annahme besteht, dass das schutzwürdige Interesse der betroffenen Person an dem Ausschluss der Verarbeitung überwiegt. Wegen des Verweises in § 26 Abs. 3 S. 3 BDSG auf § 22 Abs. 2 BDSG sind zur Wahrung der Interessen einer Person, deren sensible Daten verarbeitet werden, „angemessene und spezifische Maßnahmen“ vorzusehen, die § 22 Abs. 2 S. 2 BDSG beispielhaft aufzählt. Dazu können **technische Vorkehrungen** gehören, mit denen sich feststellen lässt, von wem sensible Daten eingegeben, verändert oder entfernt wurden, aber auch die **Sensibilisierung des Personals** und die **Beschränkung des zugangsbefugten** Personenkreises, die Bestellung eines Datenschutzbeauftragten oder die **Anonymisierung oder Pseudonymisierung** der sensiblen Daten. 12

Sensible Daten i.S.v. Art. 9 Abs. 1 DS-GVO mit Relevanz für das Entgelt sind die Merkmale Religions- und Gewerkschaftszugehörigkeit. Die Kenntnis, welcher **Konfession** der Arbeitnehmer angehört, kann erforderlich sein, um die ggf. anfallende Kirchensteuer abzuführen. Im übrigen hat der Arbeitgeber diesen Umstand vertraulich zu behandeln. Der Arbeitnehmer kann verlangen, dass Entgeltbescheinigungen keine Aussagen zur Religionszugehörigkeit enthalten. Die **Gewerkschaftszugehörigkeit** darf grundsätzlich weder erhoben noch gespeichert noch offengelegt werden.¹⁵ Anderes kann gelten, wenn der Arbeitgeber in einem tarifpluralen Betrieb den für den Arbeitnehmer einschlägigen Tariflohn bezahlen will (s. Kap. 17 Rn. 22 ff.). Allerdings schützt Art. 9 Abs. 3 GG auch in diesem Fall den Arbeitnehmer davor, seine Gewerkschaftszugehörigkeit während laufender Tarifvertragsverhandlungen offenlegen zu müssen, weil der Arbeitgeber daraus Rückschlüsse über den Organisationsgrad und damit über die Kampfkraft einer Gewerkschaft ziehen kann.¹⁶ Soll der Arbeitgeber **Gewerkschaftsbeiträge** seiner organisierten Arbeitnehmer vom Entgelt **einbehalten** und unmittelbar an die **Gewerkschaft abführen**, benötigt er hierfür auch deren datenschutzrechtliche Einwilligung. Dass sich der Arbeitgeber gegenüber der Gewerkschaft zur Beitragsabführung verpflichtet hat – etwa durch einen Tarifvertrag –, genügt datenschutzrechtlich nicht.¹⁷ Der Arbeitnehmer kann jedoch kraft Gewerkschaftssatzung verpflichtet sein, der Beitragsabführung und der damit verbundenen Speicherung seiner Gewerkschaftszugehörigkeit zuzustimmen. Da sich der Gewerkschaftsbeitrag regelmäßig nach der Höhe des vom Arbeit-

¹⁵ Gola/Pöters/Wronka, Arbeitnehmerdatenschutz-Hdb Rn. 862.

¹⁶ BAG 18.11.2014, 1 AZR 257/13, NZA 2015, 306.

¹⁷ Ebenso Gola/Pöters/Wronka, Arbeitnehmerdatenschutz-Hdb Rn. 863.

geber bezogenen Entgelts richtet, wird auch dieses personenbezogene Datum mit übermittelt. Das ist von der erteilten Einwilligung erfasst. Unzulässig ist jedoch die Übermittlung der Entgeltdaten an die Gewerkschaft, um auf diese Weise die Beitragsehrlichkeit ihrer Mitglieder zu überwachen.¹⁸

c) Ausgeschiedene Beschäftigte

- 14 Personenbezogene Daten ausgeschiedener Beschäftigter** dürfen nach Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses so lange gespeichert werden, wie es für die Zwecke, für die sie verarbeitet werden, erforderlich ist (Art. 5 Abs. 1 lit. e DS-GVO). Danach sind sie zu löschen (§ 17 Abs. 1 lit. a DS-GVO). Sie sind dann so unkenntlich zu machen, dass es ohne verhältnismäßigen Aufwand unmöglich ist, die betreffende Information wahrzunehmen.¹⁹ Ab wann Beschäftigtenaten zu löschen sind, lässt sich nicht pauschal sagen, sondern erfordert eine Prüfung im jeweiligen Einzelfall.²⁰ Eine Notwendigkeit zur Weiterverarbeitung der gespeicherten Daten kann **zur Erfüllung mit der Beendigung entstandener Vertragspflichten bestehen**, wie z.B. die Erstellung eines Zeugnisses.²¹ Ferner erlaubt Art. 17 Abs. 3 lit. e DS-GVO die Weiterverarbeitung, wenn sie zur Geltendmachung, Ausübung oder **Verteidigung von Rechtsansprüchen** erforderlich ist. Das ist zu bejahen, wenn eine gerichtliche oder außergerichtliche Auseinandersetzung bereits stattfindet oder sicher bevorsteht. Ob die bloß abstrakte Möglichkeit einer rechtlichen Auseinandersetzung genügt, erscheint zweifelhaft. Bei Unsicherheit hinsichtlich einer künftigen Rechtsstreitigkeit ist eine Interessenabwägung erforderlich. Abzustellen ist dabei einerseits auf die Wahrscheinlichkeit der Geltendmachung und das Gewicht dieser Ansprüche, andererseits auf das Ausmaß der Beeinträchtigung der Belange des Betroffenen durch eine weitere Speicherung.²²
- 15** Nach EG 39 DS-GVO muss die **Speicherfrist auf das unbedingt erforderliche Mindestmaß beschränkt bleiben**. Der Verantwortliche sollte Fristen für die Löschung oder die regelmäßige Überprüfung der personenbezogenen Daten vorsehen, um zu gewährleisten, dass die Daten nicht länger als nötig gespeichert werden.²³ Im Rahmen der **allgemeinen Informationspflicht** nach Art. 13 Abs. 2a, 14 Abs. 2a DS-GVO hat der Arbeitgeber den Arbeitnehmer auch darüber zu unterrichten, **wie lange seine personenbezogenen Daten gespeichert werden**. Selbständig daneben steht dem Arbeitnehmer ein **Auskunftsanspruch** zu, der sich auch auf die geplante Dauer der vom Arbeitgeber gespeicherten per-

18 Gola/Pötters/Wronka, Arbeitnehmerdatenschutz-Hdb Rn. 865.

19 Jacobi/Jantz, ArbR 2017, 22, 23.

20 Kühling/Buchner-Herbst, Art. 17 DS-GVO Rn. 17.

21 Gola/Schomerus, § 32 BDSG Rn. 36.

22 Kühling/Buchner-Herbst, Art. 17 DS-GVO Rn. 19.

23 Jacobi/Jantz, ArbR 2017, 22, 24.

sonenbezogenen Daten bezieht, oder, falls dies nicht möglich ist, auf die Kriterien für die Festlegung dieser Dauer (Art. 15 Abs. 1d DS-GVO).

Soweit in **Spezialnormen besondere Aufbewahrungspflichten und -fristen** 16 angeordnet sind, gehen diese § 26 BDSG vor. Das entspricht dem Unionsrecht, da Art. 17 Abs. 3 lit. b DS-GVO ausdrücklich die Weiterverarbeitung erlaubt, wenn dies zur Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung, die die Verarbeitung nach dem Unionsrecht oder dem Recht des Mitgliedstaats, dem der Verantwortliche unterliegt, erforderlich ist. Aus diesem Grund sind z.B. Unterlagen, die steuerlich relevant sein können, sechs Jahre (§ 147 Abs. 3 AO), solche für den Jahresabschluss sogar zehn Jahre (§ 257 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 4, 147 AO) aufzubewahren.²⁴ Besteht der Zweck der Speicherung allein in der Erfüllung einer Aufbewahrungspflicht, sind die Daten in eingeschränkter Form (vgl. Art. 4 Nr. 3 DS-GVO) zu speichern (Art. 17 Abs. 1 lit. a DS-GVO, Art. 18 Abs. 1 lit. c HS 2 DS-GVO).

2. Abrechnung

a) Interne Abrechnung

Der Arbeitgeber ist nicht nur zur Zahlung des versprochenen **Arbeitsentgelts** 17 verpflichtet (§ 611a Abs. 2 BGB), sondern muss dieses auch (korrekt) **berechnen** und dem Arbeitnehmer eine **Abrechnung in Textform erteilen** (§ 108 Abs. 1 S. 1 GewO), die den gesetzlichen Anforderungen des § 108 GewO zu genügen hat (s. Kap. 37). Für diesen Zweck dürfen personenbezogene Daten von Beschäftigten nach § 26 Abs. 1 S. 1 BDSG grundsätzlich erhoben, gespeichert, verarbeitet und genutzt werden, da dies der Durchführung des Beschäftigungsverhältnisses dient.

Um das Entgelt zu berechnen, müssen **personenbezogene Daten** nicht selten an eine Abrechnungsabteilung innerhalb des Unternehmens **weitergeleitet** werden. Eine solche **Übermittlung** gilt als **erlaubnispflichtige Offenlegung personenbezogener Daten**. Darunter versteht die DS-GVO alle Vorgänge, durch die der Verantwortliche die Daten einem Empfänger so zugänglich macht, dass dieser Kenntnis von ihrem Informationsgehalt erlangen kann.²⁵ Anders als für das frühere deutsche Recht spielt es für das jetzige Unionsrecht **keine Rolle mehr**, ob es sich bei dem **Empfänger** um einen „Dritten“ i. S. d. Art. 4 Nr. 9 S. 1 DS-GVO handelt. Danach gilt als „**Dritter**“ zwar – vergleichbar dem früheren deutschen Recht – jeder, der nicht betroffene Person, Verantwortlicher, Auftragsverarbeiter oder deren weisungsgebundener (Art. 29 DS-GVO) Mitarbeiter ist (vgl. Art. 4 Nr. 10 DS-GVO). Diese Unterscheidung spielt aber für die Frage der Erlaubnis-

²⁴ Gola/Schomerus, § 32 BDSG Rn. 36; Jacobi/Jantz, ArbR 2017, 22, 24.

²⁵ Kühling/Buchner-Klar, Art. 4 Nr. 2 DS-GVO Rn. 29.

pflicht einer Übermittlung keine Rolle (mehr). Wegen des sehr weiten Begriffs der Offenlegung ist eine nach Art. 6 Abs. 1 DS-GVO **rechtfertigungsbedürftige Verarbeitung** auch dann gegeben, wenn personenbezogene Daten **innerhalb des Organisations- und Zuständigkeitsbereichs ein und desselben Verantwortlichen weitergeleitet werden**, etwa an Personen, die unter der unmittelbaren Verantwortung des Verantwortlichen befugt sind, die Daten zu verarbeiten (Art. 29 DS-GVO).²⁶ Der früher als „Nutzung“ i. S. v. § 3 Abs. 5 BDSG rechtfertigungsbedürftige Datenumgang gilt nun als Datenverarbeitung i. S. v. Art. 4 Nr. 2 DS-GVO.²⁷

- 19 Da als Verantwortlicher das Unternehmen als Rechtsträger gilt, ist – ebenfalls anders als bisher – auch die Übermittlung personenbezogener Daten zwischen unselbstständigen Organisationseinheiten desselben Rechtsträgers – also z. B. von einem Betrieb zu einem anderen – gleichfalls rechtfertigungsbedürftig.²⁸ Erst recht gilt dies, wenn Daten an andere Unternehmen übermittelt werden, und zwar selbst dann, wenn diese mit dem Verantwortlichen konzernrechtlich verbunden sind. Ob Art. 88 DS-GVO **ein Privileg für Konzernunternehmen enthält, ist zweifelhaft**.²⁹ Immerhin bestimmt EG 48 DS-GVO, der auf Initiative Deutschlands aufgenommen wurde, dass Verantwortliche, die Teil einer Unternehmensgruppe (Art. 4 Abs. 16 DS-GVO) sind oder einer Gruppe von Einrichtungen angehören, die einer zentralen Stelle zugeordnet sind, ein berechtigtes Interesse daran haben können, personenbezogene Daten innerhalb der Unternehmensgruppe für interne Verwaltungszwecke zu übermitteln.³⁰ Dabei ist die Verarbeitung von Beschäftigendaten ausdrücklich erwähnt. Prima facie könnte das für die Zulässigkeit entsprechender Weiterleitungen sprechen.³¹ Allerdings darf das Interesse an einer arbeitsteiligen Zusammenarbeit der Konzernunternehmen nicht per se schwerer wiegen als die Belange der betroffenen Arbeitnehmer, dass

26 Kühling/Buchner-Klar, Art. 4 Nr. 2 DS-GVO Rn. 29; BeckOK DatenschutzR-Schild, Art. 4 DS-GVO Rn. 102; aA Gola-Gola, Art. 4 DS-GVO Rn. 63, demzufolge Personen, die „unterhalb des Verantwortlichen“ mit personenbezogenen Daten arbeiten, also die dort beschäftigten Mitarbeiter, nicht als Empfänger gelten.

27 Ebenso BeckOK DatenschutzR-Schild, Art. 4 DS-GVO Rn. 102; aA Paal/Pauly-Ernst, Art. 4 DS-GVO Rn. 57, demzufolge der Wortlaut der Definition wohl vermuten lässt, dass eine gewisse Eigenständigkeit verlangt wird, um von einem Empfänger sprechen zu können; so auch Sydow/Ziebarth, Art. 4 DS-GVO Rn. 156.

28 AA Plath-Schreiber Art. 4 DS-GVO Rn. 29.

29 Offen Kort, DB 2016, 711, 715; Paal/Pauly-Pauly, Art. 88 DS-GVO Rn. 12; mit Recht verneinend Voigt, CR 2017, 428 (429).

30 Die Umschreibung in EG 48 entspricht dabei nicht Konzerndefinition des § 18 AktG, Kort, DB 2016, 711, 715.

31 Paal/Pauly-Pauly, Art. 88 DS-GVO Rn. 12; Sydow-Tiedemann Art. 88 DS-GVO Rn. 21; Traut, RDV 2016, 312, 313; Schantz/Wolff-Wolff, Das neue Datenschutzrecht Rn. 1340.

ihre Daten bei ihrem Vertragsarbeitgeber verbleiben.³² Umgekehrt stehen die schutzwürdigen Belange der Arbeitnehmer auch nicht stets einer Übermittlung entgegen. Welche **Maßnahmen** die Konzernunternehmen zugunsten der Betroffenen ergreifen müssen, um deren berechtigte Interessen Rechnung zu tragen, kann nur im Einzelfall entschieden werden. Bleibt es nicht bei der Übermittlung konkreter Beschäftigtendaten an bestimmte Konzernunternehmen oder die Konzernobergesellschaft zu einem ganz bestimmten, von vornherein festgelegten Zweck,³³ sondern kommt es zu einem größeren **konzerninternen Datenaustausch**, ist ein **konzernweites Datenschutzkonzept** erforderlich.³⁴ Dieses müsste einheitliche Standards zur Gewährleistung und Durchsetzung der Datenschutzrechte der Betroffenen und koordinierte Sicherheitsmaßnahmen verbindlich festschreiben. Aus Gründen der Transparenz wäre dabei auch der Verarbeitungsverlauf für die Betroffenen offenzulegen. Außerdem müsste die durch den konzernweiten Datenfluss verursachte „Diversifizierung der Verantwortlichkeiten“ kompensiert werden. Das verlangt, dass der Vertragsarbeitgeber umfassend Ansprechpartner für den Arbeitnehmer bleibt, gegen den er auch seine Rechte auf Auskunft, Löschung, Berichtigung, Sperrung und Schadensersatz geltend machen kann, und zwar zusätzlich zu den Konzernunternehmen, an die die Daten übermittelt wurden.³⁵ Entsprechende Regelungen müssten zwischen den beteiligten Konzernunternehmen verbindlich getroffen werden, etwa durch Konzernbetriebsvereinbarungen,³⁶ durch Verträge zwischen den Konzernunternehmen oder in Form sonstiger verbindlicher Unternehmensregelungen.³⁷

b) Externe Abrechnung

Erfolgt die Abrechnung durch einen externen Dienstleister, bedarf die Übermittlung personenbezogener Daten an diesen dann keiner eigenen Verarbeitungsgrundlage i. S. v. Art. 6 Abs. 1 DS-GVO, wenn er als „**Auftragsverarbeiter**“ fungiert.³⁸ Darunter versteht Art. 4 Nr. 8 DS-GVO „eine natürliche oder juris-

20

32 Nach *Gola/Pöiters/Wronka*, Arbeitnehmerdatenschutz-Hdb Rn. 951, sollen „spezielle Konzerninteressen“ aber in der Abwägung mit den schutzwürdigen Interessen der Beschäftigten „ein besonderes Gewicht“ haben können; ähnlich *Ringel/von Busekist*, CCZ 2017, 31, 36; anders *Voigt*, CR 2017, 428, 421, nach dem rein wirtschaftliche Erwägungen für sich allein im Grundsatz nicht genügen, um gegenläufige Beschäftigteninteressen zu verdrängen.

33 Dieses dürfte idR zulässig sein, vgl. *Simitis-Simitis*, § 2 BDSG Rn. 158; *Voigt*, CR 2017, 428, 431.

34 Das entspricht auch der Meinung der Aufsichtsbehörden, vgl. *Voigt*, CR 2017, 428, 431.

35 *Schmidl*, DuD 2009, 364, 369.

36 Dazu *Trittin/Fischer*, NZA 2009, 343; *Schmidl*, DuD 2009, 364, 369.

37 Ebenso *Voigt*, CR 2017, 428, 429; vgl. auch *Ruppmann*, S. 116.

38 *Gola-Gola*, Art. 4 DS-GVO Rn. 58; *Kühling/Buchner-Hartung*, Art. 28 DS-GVO Rn. 15; *Hartung/Büttgen*, DuD 2017, 549, 551; *Plath-Plath*, Art. 28 DS-GVO Rn. 3;

tische Person, Behörde, Einrichtung oder andere Stelle, die personenbezogene Daten im Auftrag des Verantwortlichen verarbeitet“. Kern dieses Auftragsverhältnisses ist, dass der Beauftragte die Daten **nicht selbständig verarbeitet**, sondern nach Weisung des Verantwortlichen, der über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung von personenbezogenen Daten entscheidet (Art. 4 Nr. 7 DS-GVO). „Herr der Datenverarbeitung“ bleibt bei einer Auftragsverarbeitung der Verantwortliche. Der Auftragnehmer tritt gleichsam nur als dessen **„verlängerter Arm“** auf, der gegenüber den von einer Datenverarbeitung Betroffenen keine eigenen Geschäftszwecke verfolgt. Dass ihm zur Erfüllung seines Auftrags hinsichtlich der technischen und organisatorischen Mittel ein gewisser Spielraum gewährt wird, schadet deshalb nicht.³⁹ Notwendig ist aber, dass Verantwortlicher und Auftragsverarbeiter einen **schriftlichen Vertrag** schließen (Art. 28 Abs. 9 DS-GVO), in dem Gegenstand und Dauer der Verarbeitung, Art und Zwecke der Verarbeitung, die Art der personenbezogenen Daten und die Kategorien von betroffenen Personen sowie die Rechte und Pflichten des Verantwortlichen zu regeln sind (Art. 28 Abs. 3 S. 1 DS-GVO).⁴⁰

- 21** Der Verantwortliche hat den **Auftragsverarbeiter sorgfältig auszuwählen**. Beauftragt werden dürfen nur Personen, die hinsichtlich ihres Fachwissen, ihrer Zuverlässigkeit und der ihnen zur Verfügung stehenden Ressourcen die Gewähr dafür bieten, dass ihre Datenverarbeitung in technischer und organisatorischer Hinsicht den Anforderungen der DS-GVO genügt und die Betroffenenrechte gewahrt sind (Art. 28 Abs. 1 DS-GVO, EG 81 S. 1 DS-GVO). Sodann muss sich der Verantwortliche davon **überzeugen, dass der Auftragnehmer die vereinbarten technischen und organisatorischen Maßnahmen einhält**. Dazu sind stichprobenartige **Kontrollen** notwendig. Diese Verpflichtung war vor Inkrafttreten der DS-GVO ausdrücklich in § 11 Abs. 2 S. 4 BDSG aF bestimmt, gilt aber auch im neuen Recht. Sie ergibt sich aus dem allgemeinen Verantwortlichkeitsprinzip des Art. 5 Abs. 2 i.V.m. Art. 24 DS-GVO.⁴¹
- 22** Auch an den **Auftragsverarbeiter** stellt die DS-GVO bestimmte **Verhaltensanforderungen**. Dazu gehören die **Pflicht zur Bestellung eines „Vertreters“** unter den in Art. 27 DS-GVO geregelten Bedingungen, die Pflicht zur Führung eines **Verfahrensverzeichnisses** (Art. 30 Abs. 2 DSVGO), die Pflicht zur **Zu-**

Voigt, CR 2017, 428, 430; *von Holleben/Knaut*, CR 2017, 299, 301; aA *Härting*, ITRB 2016, 137, 139; *Koos/Englisch*, ZD 2014, 276, 284; *Roßnagel/Kroschwald*, ZD 2014, 495, 497.

39 Art. 29 Datenschutzgruppe, WP 169 S. 40; Kühling/Buchner-Hartung, Art. 28 DS-GVO Rn. 30.

40 Dazu können sie Standardvertragsklauseln verwenden (Art. 28 Abs. 6 DS-GVO), die entweder unmittelbar von der Kommission erlassen werden (Art. 28 Abs. 7 DS-GVO) oder von der Aufsichtsbehörde, die das Kohärenzverfahrens nach den Art. 63 ff. DS-GVO einzuhalten hat.

41 Kühling/Buchner-Hartung, Art. 26 DS-GVO Rn. 60; Mithlein, RDV 2016, 74, 77.

sammenarbeit mit der Aufsichtsbehörde (Art. 31 DS-GVO), die Pflicht zur **Meldung von Datenschutzverletzungen** nach Art. 33 Abs. 2 DS-GVO sowie die Pflicht zur **Bestellung eines Datenschutzbeauftragten** unter den Voraussetzungen des Art. 37 DS-GVO. Da der Auftragsdatenverarbeiter zudem als „Empfänger“ von Daten i. S. d. Art. 4 Abs. 9 DS-GVO gilt, hat er ferner alle Pflichten zu beachten, die für die Weitergabe von Daten an solche „Empfänger“ gelten, wie z. B. die Pflicht zur Benachrichtigung der betroffenen Person (Art. 13 Abs. 1 lit. e, Art. 14 Abs. 1 lit. e und Art. 15 Abs. 1 lit. c). Wegen der für die Auftragsverarbeitung typischen Weisungsgebundenheit trifft die **Haftung** für die Verletzung der DS-GVO in erster Linie den Auftraggeber als Verantwortlichen und nicht den Auftragnehmer (vgl. Art. 82 Abs. 2 S. 1 DS-GVO). Dieser haftet nur dann, wenn er seine speziellen Pflichten als Auftragsverarbeiter verletzt oder Anweisungen des Verantwortlichen nicht befolgt (vgl. Art. 82 Abs. 2 S. 2).⁴²

c) Abrechnung durch konzerneigene Shared Service Center

Innerhalb eines Konzerns erfolgt die Abrechnung nicht selten durch „**Shared Service Center**“ (SSC). Diese bilden im Regelfall **organisatorisch selbständige Einheiten**, die zuweilen sogar rechtlich verselbständigt sind, ihre Dienste aber nur den zum Konzern gehörenden Gesellschaften anbieten. Im Unterschied zum Outsourcing, bei dem externe Dienstleister bestimmte Unternehmensfunktionen erfüllen, handelt es sich bei der Shared-Service-Konstruktion um eine Art „**internes Outsourcing**“. Erbringt das SSC seine Abrechnungsdienste zentral für alle Konzerngesellschaften, liegt die Annahme einer datenschutzrechtlich privilegierten **Auftragsverarbeitung** (Art. 28 DS-GVO) nahe.

Für eine solche Auftragsverarbeitung spricht, dass das **SCC mit der Abrechnung im Wesentlichen reine Servicefunktionen** erfüllt und nicht selbst über die Zwecke der von ihm erhobenen, gespeicherten oder genutzten Daten entscheidet. Denn diese werden von den Geschäftsführungen der Konzerngesellschaften oder der Konzernleitung vorgegeben und sind dann vom SCC schlicht umzusetzen. Dass dem SCC hinsichtlich der technischen und organisatorischen Mittel zur Erbringung der Serviceleistungen ein gewisser Spielraum zusteht, schadet nicht,⁴³ solange es die Konzerngesellschaften sind, die letztlich über die wesentlichen Fragen entscheiden, die die Rechtmäßigkeit der Verarbeitung ausmachen.

Gehen die vom SCC **geleisteten Dienste aber über bloße Hilfs- und Unterstützungsfunktionen hinaus**, die zudem auch nicht mit den übernommenen Aufgaben im Zusammenhang stehen, können diese nicht mehr als Auftragsda-

⁴² Plath-Plath, Art. 28 DS-GVO Rn. 6.

⁴³ Art. 29 Datenschutzgruppe, WP 169 S. 40; Kühling/Buchner-Hartung, Art. 28 DS-GVO Rn. 30.

tenverarbeitung qualifiziert werden.⁴⁴ Vielmehr ist eine **erlaubnispflichtige „Übermittlung“** gegeben. Unter diesen Umständen ist zu prüfen, ob die Voraussetzungen des § 26 Abs. 1 BDSG bzw. Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO erfüllt sind. Auf die Generalklausel des § 26 Abs. 1 BDSG lässt sich die Übermittlung nur dann stützen, wenn der Datentransfer an das SCC vorrangig aus Gründen des Beschäftigungsverhältnisses erfolgt, er also für die Begründung, Durchführung oder Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses erforderlich ist. Das verlangt einen gewissen **Konzernbezug des Arbeitsverhältnisses**.⁴⁵ Ferner muss in jedem Einzelfall geprüft werden, ob und inwieweit die **Übermittlung** personenbezogener Daten **tatsächlich erforderlich** ist, um den damit erstrebten Verarbeitungszweck zu erfüllen. Das ist bei der Übermittlung gewisser Stammdaten der von einem SCC betreuten Mitarbeiter üblicherweise der Fall. Angaben zu seiner Identifizierung (Name, Wohnsitz, Personalnummer) sowie weitere Informationen, wie etwa Alter, Geschlecht, Familienstand, Schule, Ausbildung in Lehr- und anderen Berufen, Fachschulausbildung/Fachrichtung/Abschluss, Sprachkenntnisse werden im Regelfall nämlich zur Durchführung des Beschäftigungsverhältnisses ebenso benötigt wie diverse Entgeltdaten.⁴⁶ Außerdem sind die unter Rn. 19 erwähnten technischen und organisatorischen Maßnahmen nötig.

- 26 Dient der **Datentransfer** an das SCC **nicht vorrangig der Durchführung** eines konkreten **Beschäftigungsverhältnisses**, sondern anderen Zwecken (z.B. der Führung des Konzerns oder statistischen Auswertungen), ist eine Abwägung nach Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO notwendig. Dabei ist zu prüfen, ob berechnigte Interessen des verantwortlichen Arbeitgebers oder eines Dritten einen konzern-internen Datenfluss rechtfertigen. Das lässt sich gerade nicht pauschal beantworten. Maßgeblich sind der Umfang und die Art der personenbezogenen Daten, auf die das SCC Zugriff hat.

d) Abrechnung im Ausland

- 27 Erfolgt die Abrechnung außerhalb der EU⁴⁷ oder des Europäischen Wirtschaftsraums (EWR),⁴⁸ sind nach Art. 44 S. 1 DS-GVO **zwei Voraussetzungen** zu erfüllen. Der Datentransfer muss zunächst den Bedingungen für eine Übermittlung an einen Empfänger innerhalb der EU genügen („**1. Stufe**“). Sodann muss er

44 Kühling/Buchner-Hartung, Art. 28 DS-GVO Rn. 47 ff.

45 Däubler, Gläserne Belegschaften Rn. 454; Gola/Pötters/Wronka, Arbeitnehmerdatenschutz-Hdb Rn. 936; Nink/Müller, ZD 2012, 505, 506; Ruppmann, S. 59 ff.

46 BAG 22.10.1986, 5 AZR 660/85, NZA 1987, 415, 417.

47 Für den Datentransfer innerhalb der EU schafft die DS-GVO eine einheitliche Verarbeitungsgrundlage. Ausweislich Art. 1 Abs. 1 DS-GVO soll sie – auch – den freien Verkehr personenbezogener Daten gewährleisten. Vgl. dazu auch EG 13 S. 1 DS-GVO.

48 Der EWR umfasst die Mitgliedstaaten der Europäischen Union, ferner Island, Liechtenstein und Norwegen. Die Schweiz ist zwar Mitglied der Europäischen Freihandelszone (EFTA), gehört aber nicht zum EWR.

den besonderen Anforderungen des Kapitels V der DS-GVO (Art. 44–50 DS-GVO) gerecht werden („**2. Stufe**“).⁴⁹ Das Ziel dieser zweiten Stufe beschreibt Art. 44 S. 2 DS-GVO wie folgt: „Alle Bestimmungen dieses Kapitels sind anzuwenden, um sicherzustellen, dass das durch diese Verordnung gewährleistete Schutzniveau für natürliche Personen nicht untergraben wird.“⁴⁹ Dazu dient die Unterscheidung in „sichere“ und „unsichere“ Drittländer.⁵⁰

Ein **sicheres Drittland** ist ein Staat außerhalb der EU/des EWIR, der über ein von der Europäischen Kommission als angemessen anerkanntes Schutzniveau verfügt. Der Datentransfer in ein solches Drittland bedarf keiner besonderen Genehmigung (Art. 45 Abs. 1 S. 2 DS-GVO). Die materiellen Anforderungen sowie das Verfahren zur Feststellung der Angemessenheit regelt Art. 45 Abs. 2 bis 8 DS-GVO. Die Bestimmungen entsprechen im Wesentlichen den Anforderungen, die der EuGH in seiner Safe-Harbor-Entscheidung⁵¹ aufgestellt hat. Danach muss in einem sicheren Drittstaat zwar kein identischer, wohl aber ein zumindest **im Wesentlichen gleichwertiger Schutz** geboten werden. Das setzt voraus, dass Eingriffe in das Grundrecht auf Datenschutz (Art. 8 GRCh) nur nach klaren und präzisen Regeln erfolgen dürfen und sich auf das absolut Notwendige beschränken müssen. Von der Europäischen Kommission als sichere Drittländer anerkannte Staaten werden im Amtsblatt der EU veröffentlicht (Art. 45 Abs. 8 DS-GVO). Drittländer, die die Kommission bereits vor Inkrafttreten der DS-GVO nach Art. 25 Abs. 6 DSRL als sicher eingestuft hatte, gelten bis auf weiteres⁵² als sicher (Art. 45 Abs. 9 DS-GVO).⁵³

Sollen Daten in ein „**unsicheres**“ **Drittland** übermittelt werden, d. h. in einen Staat, für den ein Angemessenheitsbeschluss nach Art. 45 DS-GVO fehlt, ist das nur dann erlaubt, wenn der Verantwortliche oder der Auftragsverarbeiter geeignete Garantien zur Gewährleistung eines angemessenen Schutzniveaus vorgesehen hat und den Betroffenen durchsetzbare Rechte und wirksame Rechtsbe-

49 Das gilt auch für den Datentransfer für eine Auftragsverarbeitung, von *Holleben/Knaut*, CR 2017, 299, 304.

50 Kühling/Buchner-Schröder, Art. 44 DS-GVO Rn. 7 f.

51 EuGH 6.10.2015, C-362/14, EuZW 2015, 881, 882 – Schrems.

52 Die Kommission hat am 16.12.2016 (ABl. 2016 L 344/83) beschlossen, sämtliche bisher ergangenen Angemessenheitsentscheidungen zu prüfen und zu ergänzen, um zumindest die in der Safe-Harbor-Entscheidung vom EuGH kritisierte Beschränkung der Befugnisse der mitgliedstaatlichen Aufsichtsbehörden zur Prüfung der Kommissionsentscheidung aufzuheben; s. a. *Schröder/von Alten/Weinhold*, ZD 2018, 746, 749.

53 Dazu gehören: Andorra, Argentinien, Australien, Färöer, Guernsey, Isle of Man, Israel, Jersey, Kanada, Neuseeland, Schweiz, Uruguay. Daten an Unternehmen in den USA können seit dem 18.8.2016 übermittelt werden, wenn sie dem EU/US Privacy Shield beitreten, sich freiwillig verpflichten, die dort enthaltenen Bestimmungen einzuhalten, und sich entsprechend zertifizieren lassen.

helfe zur Verfügung stehen (Art. 46 Abs. 1 DS-GVO). Folgende Garantien sind denkbar:

aa) Binding Corporate Rules (Art. 46 Abs. 2 lit. b, Art. 47 DS-GVO)

- 30 Bei international tätigen Konzernen kommen vor allem „verbindliche interne Datenschutzvorschriften“ – sog. Binding Corporate Rules (BCR) – nach Art. 47 DS-GVO in Betracht. Sie waren schon vor Inkrafttreten des DS-GVO anerkannt⁵⁴ und werden nun in Art. 46 Abs. 2 lit. b DS-GVO ausdrücklich als Grundlage für den internationalen Datentransfer genannt. Art. 4 Nr. 20 DS-GVO enthält sogar eine Legaldefinition.⁵⁵ In ihnen kann der Konzern, genauer: die Unternehmensgruppe i. S. d. Art. 4 Nr. 19 DS-GVO die **Bedingungen für die Verarbeitung von Beschäftigendaten auch in den unsicheren Drittländern regeln**. Diese müssen von ihrem Standard her auf einem Niveau liegen, der dem der DS-GVO entspricht. Der Mindestinhalt ist in Art. 47 Abs. 2 DS-GVO vorgegeben.⁵⁶ Die BCR müssen **für alle Mitglieder der Unternehmensgruppe rechtlich verbindlich** sein⁵⁷ und den betroffenen Personen durchsetzbare Rechte gewähren (Art. 47 Abs. 1 lit. a und b DS-GVO). Sie werden sodann von den Datenschutzaufsichtsbehörden in einem koordinierten Verfahren – dem sog. Kohärenzverfahren nach den Art. 63 ff. DS-GVO – **gemeinsam überprüft**. Bei ihm übernimmt die nach Art. 47 Abs. 1 DS-GVO zuständige Aufsichtsbehörde die Federführung⁵⁸ und beteiligt zwei weitere Aufsichtsbehörden aus anderen Mitgliedstaaten der EU als Mitprüfer. Kommen die Behörden zu dem Ergebnis,

54 Vgl. § 4c Abs. 2 S. 2 Hs. 2 Alt. 2 BDSG aF: dort als „verbindliche Unternehmensregelungen“ genannt; dazu *Filip*, ZD 2013, 51.

55 Als verbindliche interne Datenschutzvorschriften gelten danach „Maßnahmen zum Schutz personenbezogener Daten, zu deren Einhaltung sich ein im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats niedergelassener Verantwortlicher oder Auftragsverarbeiter verpflichtet im Hinblick auf Datenübermittlungen oder eine Kategorie von Datenübermittlungen personenbezogener Daten an einen Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiter derselben Unternehmensgruppe oder derselben Gruppe von Unternehmen, die eine gemeinsame Wirtschaftstätigkeit ausüben, in einem oder mehreren Drittländern“.

56 Dazu im Einzelnen Kühling/Buchner-Schröder, Art. 47 DS-GVO Rn. 26 ff.

57 Nach Art. 47 Abs. 2 lit. c DS-GVO ist dabei die sowohl die interne als auch die externe Verbindlichkeit der BCR zu gewährleisten. Unter interner Verbindlichkeit wird die praktische Wirksamkeit und die Verbindlichkeit für das Verhalten der Gruppenmitglieder und ihrer Mitarbeiter verstanden, unter externer die rechtliche Durchsetzbarkeit der BCR durch Dritte, namentlich durch die betroffenen Personen und die Datenschutzbehörden, vgl. Kühling/Buchner-Schröder, Art. 47 DS-GVO Rn. 18 f.

58 Welche Datenschutzbehörde die Federführung übernimmt, hängt davon ab, wo der europäische Hauptsitz der Unternehmensgruppe liegt. Fehlt es daran, kann auch der Sitz des Unternehmens maßgeblich sein, das innerhalb der Gruppe die delegierten Datenschutzverantwortlichkeiten wahrnimmt, aber auch der Ort, an dem die meisten Entscheidungen in Bezug auf die Zwecke und Mittel der Verarbeitung getroffen werden oder das EU-Land, von dem aus die meisten Transfers außerhalb des EWR erfolgen.

dass die BCR dem geltenden europäischen Datenschutzrecht entsprechen und bei ihrer Beachtung ausreichende Datenschutzgarantien beim Datentransfer in unsichere Drittstaaten vorhanden sind, müssen die dann erfolgenden Datenübermittlungen nicht mehr einzeln genehmigt werden.⁵⁹ Unternehmen, die über genehmigte BCR verfügen, werden auf einer Webseite der Europäischen Kommission veröffentlicht.⁶⁰ In Deutschland haben inzwischen zehn Unternehmensgruppen BCR erstellt, die von den Datenschutzaufsichtsbehörden geprüft und als ausreichende Datenschutzgarantien anerkannt wurden, u. a. BMW, Continental, DHL, Deutsche Telekom, Siemens, OSRAM. Die Art. 29 Datenschutz-Gruppe hat für die Einzelheiten des Verfahrens hilfreiche Arbeitspapiere erstellt, an denen sich die Aufsichtsbehörden orientieren, zuletzt im Februar 2018 (WP 256 und WP 257).

bb) Standarddatenschutzklauseln der Kommission oder einer Aufsichtsbehörde (Art. 46 Abs. 2 lit. c und d DS-GVO)

Eine zweite Möglichkeit für einen Datentransfer in ein unsicheres Drittland ist die Vereinbarung von Standarddatenschutzklauseln zwischen dem Datenexporteur und dem Datenimporteur. Schließen beide einen Vertrag unter Verwendung solcher Klauseln, ist der darauf basierende Datentransfer ohne weitere Genehmigung durch die Aufsichtsbehörde zulässig, wenn die allgemeinen Voraussetzungen der DS-GVO nach der „1. Stufe“ erfüllt sind. Neben der EU-Kommission können auch die nationalen Aufsichtsbehörden Standarddatenschutzklauseln erlassen. Diese bedürfen der Abstimmung im Kohärenzverfahren und sind anschließend von der Kommission förmlich zu genehmigen. Bereits unter Geltung der DSRL hatte die EU-Kommission Standardvertragsklauseln erlassen. Diese gelten gemäß Art. 46 Abs. 5 S. 2 DS-GVO ausdrücklich fort. **Werden die Standarddatenschutzklauseln so verwendet**, wie sie von der Kommission oder der nationalen Aufsichtsbehörde erlassen wurden, ist der **Datentransfer genehmigungsfrei**.⁶¹ Allerdings hindert Art. 46 Abs. 2 lit. c und d DS-GVO die Beteiligten nicht, die Standardklauseln auch in umfangreicheren Verträgen (z. B. in international-multilateralen Abkommen zum konzerninternen Datenaustausch) zu verwenden. Erlaubt ist ferner, den Standardmustern weitere Klauseln oder zusätzliche Garantien hinzuzufügen. Allerdings dürfen diese weder mittelbar noch unmittelbar im Widerspruch zu den von der Kommission oder einer Aufsichtsbehörde erlassenen Standarddatenschutzklauseln stehen oder die Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Personen beschneiden (EG 109 DS-GVO). 31

59 Kühling/Buchner-Schröder, Art. 46 DS-GVO Rn. 24.

60 Internet-Adresse: https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/data-transfers-outside-eu/binding-corporate-rules_en.

61 Kühling/Buchner-Schröder, Art. 46 DS-GVO Rn. 33.

cc) Genehmigte Verhaltensregeln und genehmigter
Zertifizierungsmechanismus (Art. 46 Abs. 2 lit. e und f DS-GVO)

- 32 Eine dritte Möglichkeit ist der Datentransfer auf Grundlage von branchenspezifischen Verhaltensregeln gemäß Art. 40 DS-GVO. Diese müssen rechtsverbindliche und durchsetzbare Verpflichtungen des Verantwortlichen bzw. des Auftragsverarbeiters im Drittland enthalten und von der zuständigen Aufsichtsbehörde genehmigt sein. Entsprechendes gilt für Zertifizierungen nach Art. 42 DS-GVO, wenn der Zertifizierungsmechanismus zuvor genehmigt wurde. Wie alle anderen Garantien i. S. v. Art. 46 DS-GVO müssen auch diese rechtsverbindliche und durchsetzbare Verpflichtungen des Verantwortlichen oder des Auftragsverarbeiters aufweisen.

3. Zugriff auf elektronische Abrechnungsdokumente

- 33 Der Arbeitgeber ist verpflichtet, dem Arbeitnehmer eine Abrechnung in Textform zu erteilen (§ 108 Abs. 1 S. 1 GewO). Da es für das **Textformerfordernis nach § 126 b BGB** genügt, dass die Abrechnung auf einem **dauerhaften Datenträger** gespeichert wird, der es dem Empfänger ermöglicht, die Abrechnung so aufzubewahren, dass sie ihm während angemessener Zeit unverändert zugänglich ist, werden die Entgeltdokumente regelmäßig elektronisch zur Verfügung gestellt. Das kann auf unterschiedlichen Wegen geschehen. Manche Arbeitgeber versenden die **Abrechnung in Form einer pdf-Datei** als Anhang zu einer an den Arbeitnehmer gerichteten Email. Andere ermöglichen den Abruf (**Download**) der elektronischen Abrechnung von einer Homepage im Intranet des Unternehmens oder im Internet. Da in beiden Fällen personenbezogene Entgeltdaten automatisiert übermittelt werden, ist eine Verarbeitungsgrundlage erforderlich. Dafür kommt § 26 Abs. 1 S. 1 BDSG grundsätzlich in Betracht, weil die Übermittlung zur Durchführung des Beschäftigungsverhältnisses und der Erfüllung der damit zusammenhängenden Nebenpflichten erforderlich ist.
- 34 Den mit der elektronischen Form der Abrechnung verbundenen **Risiken** muss der Arbeitgeber durch **technische und organisatorische Maßnahmen** begegnen (Art. 32 Abs. 1 DS-GVO). Insbesondere müssen die Daten vor Vernichtung, Verlust, Veränderung, unbefugte Offenlegung und unrechtmäßigen Zugang geschützt werden (Art. 32 Abs. 2 DS-GVO). Das verlangt zunächst eine angemessene **Zugriffskontrolle**. Diese muss gewährleisten, dass der Arbeitnehmer ausschließlich auf seine eigenen Abrechnungsdokumente zugreifen kann und dass die darin enthaltenen Daten nicht unbefugt kopiert, verändert oder entfernt werden können. Der Zugriff sollte deshalb **nur über eine verschlüsselte Seite des Intranets** möglich sein, der zudem über ein zweistufiges Berechtigungssystem abzusichern ist. Bei diesem muss sich der Arbeitnehmer zunächst im Intranet autorisieren und kann erst danach mit seinen Benutzerdaten auf die Abrechnung

zugreifen. Verwechslungen (z.B. bei Arbeitnehmern mit gleichem Vor- und/oder Nachnamen) sind dabei möglichst auszuschließen. Außerdem sollte der Nutzer bei jedem erneuten Aufruf seinen Benutzernamen und sein Passwort eingeben müssen. Die Speicherung dieser Daten im Browser sollte ausgeschlossen werden. Zugriffe auf die Abrechnungsdaten sollten protokolliert werden. Dabei sollten Beginn und Ende des Zugriffs, der Benutzername sowie die jeweiligen Aktionen festgehalten werden. Die Protokolldatei selbst sollte vor unerlaubtem Zugriff und Manipulationen geschützt werden. Die herunterladbaren Dokumente sollten sowohl digital signiert als auch gegen Veränderungen geschützt sein. **Nicht zu empfehlen** ist der **Versand der Abrechnung per E-Mail** als Dateianhang, erst recht nicht, wenn dies unverschlüsselt geschieht. Bereits kleinste Rechtsschreibfehler in der E-Mail-Adresse können dazu führen, dass der Empfänger eine fremde Gehaltsabrechnung erhält.

Darüber hinaus ist eine ausreichende **Weitergabekontrolle** erforderlich. Diese hat dafür zu sorgen, dass die Entgeltdaten bei der elektronischen Übertragung oder während ihres Transports oder ihrer Speicherung auf Datenträger nicht unbefugt gelesen, kopiert, verändert oder entfernt werden können. Wollen sich Arbeitnehmer ihre elektronische Entgeltabrechnung ausdrucken, sollte hierzu ausschließlich ein direkt am Arbeitsplatz zur Verfügung stehender Drucker oder ein Netzwerkdrucker mit einer PIN-Funktion ausgewählt werden können, bei dem der Arbeitnehmer vor Ausdruck der Abrechnung eine zuvor festgelegte PIN-Nummer eingeben muss. **35**

4. Elektronische Meldeverfahren im Rahmen der Entgeltabrechnung

Im Bereich der Entgeltabrechnung beruhen zahlreiche Datenerhebungs-, Datenaustausch- und Datenweiterleitungsverfahren auf **spezialgesetzlichen Grundlagen**. Aus diesem Grund ist weder die Einwilligung des Arbeitnehmers erforderlich, noch bedarf es eines Rückgriffs auf das BDSG. Vielmehr hat das BDSG den Charakter eines „Auffanggesetzes“. ⁶² Bereichsspezifisches Datenschutzrecht des Bundes genießt gegenüber den Vorschriften des BDSG grundsätzlich den Vorrang (§ 1 Abs. 2 S. 1 BDSG). ⁶³ Die beiden für die Praxis bedeutendsten Verfahren betreffen die vom Arbeitgeber abzuführende **Lohnsteuer** und den **Gesamtsozialversicherungsbeitrag**. **36**

⁶² Kühling, NJW 2017, 1985, 1987.

⁶³ Der Vorrang der spezielleren datenschutzrechtlichen Vorschrift gilt jedoch nur, soweit sie einen Sachverhalt, für den an sich das BDSG gilt, abschließend regelt. Ist das nicht der Fall, übernimmt das BDSG seine lückenfüllende Auffangfunktion.

a) Lohnsteuer

- 37 Der Arbeitgeber hat dem für seinen Betrieb zuständigen Finanzamt die von ihm einzubehaltende und zu übernehmende **Lohnsteuer anzumelden** (§ 41a Abs. 1 Nr. 1 EStG; LStR 41a.1 Abs. 2 Satz 2). Das hat nach amtlich vorgeschriebenem Datensatz durch Datenfernübertragung zu geschehen (§ 41a Abs 1 Satz 2 EStG). Ebenfalls auf elektronischem Wege hat er dem Arbeitnehmer am Ende eines jeden Kalenderjahrs oder bei Beendigung des Dienstverhältnisses eine **Lohnsteuerbescheinigung** zu übermitteln (§ 41b Abs 1 EStG i.V.m. § 93c AO), aus der sich die Eintragungen in dem für ihn geführten Lohnkonto ergeben. Beides hat nach Maßgabe der SteuerdatenübermittlungsVO⁶⁴ zu erfolgen. Für die Berechnung der Lohnsteuer sind neben dem steuerpflichtigen Entgelt die sog. **Lohnsteuerabzugsmerkmale** relevant, zu denen neben der Steuerklasse (§ 38b Abs. 1 EStG) und dem Faktor (§ 39f EStG) sowie den Freibeträgen auch die Zugehörigkeit zu einer steuererhebenden Religionsgemeinschaft, der melderechtliche Familienstand und die Zahl der für den entsprechenden Freibetrag maßgeblichen Kinder gehören. Diese werden vom Bundeszentralamt für Steuern (BZSt) unter der Identifikationsnummer des Arbeitnehmers (§ 139b EStG) zusammen mit dessen Vor- und Familiennamen, frühere sowie Ordens- und Künstlernamen, Titel, Tag und Ort der Geburt, Geschlecht, aktuelle bzw. letzte bekannte Anschrift, zuständige Finanzbehörde und Übermittlungssperren als **elektronische Lohnsteuerabzugsmerkmale (ELStAM)** gespeichert. Sie sind vom Arbeitgeber zu Beginn des Dienstverhältnisses für den Arbeitnehmer beim BZSt elektronisch abzurufen und ins Lohnkonto des Arbeitnehmers zu übernehmen (§ 41 Abs. 1 S. 2 EStG). Die Speicherung der Daten ist verfassungsgemäß.⁶⁵ Zum Abruf berechtigt ist allerdings nur, für wen bei der Finanzverwaltung ein „Arbeitgebersignal“ gespeichert ist. Mit diesem ist zugleich die Notwendigkeit verbunden, die steuerrechtlichen Arbeitgeberpflichten zu erfüllen. Die ELStAM dürfen nur für die Einbehaltung der Lohn- und Kirchensteuer verwendet werden. Ihre unzulässige Offenbarung kann als Ordnungswidrigkeit mit einer Geldbuße von bis zu 10.000 € geahndet werden (§§ 39 Abs. 8 und 9, 39e Abs. 4 S. 7 EStG). Zivilrechtlich kann sich der Arbeitgeber wegen einer Verletzung der Pflichten aus dem Arbeitsvertrag schadensersatzpflichtig machen (§§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB). Darüber hinaus kommt auch eine deliktsrechtliche Haftung in Betracht (§ 823 Abs 2 BGB i.V.m. § 39 Abs 8 EStG).⁶⁶ Die abgerufenen ELStAM sind so lange zu verwenden, bis das BZSt geänderte ELStAM bereitstellt oder der Ar-

64 BGBl I 2003, 139; BStBl. I 2003, 162, zuletzt geändert am 1.11.2011, BGBl I 2011, 2131; BStBl. I, 986 i.V.m. BMF 16.11.2011, BStBl. I, 1063, Anhang 13a und b LStR.

65 BFH 18.1.2012 – II R 49/10, BStBl. II 2012, 168.

66 Schmidt-Krüger, § 39b EStG Rn. 1, s. auch BMF 7.8.2013, BStBl. I, 951, Tz III 10, Rz 107 ■ f.

beitgeber dem BZSt die Beendigung des Arbeitsverhältnisses mitgeteilt hat (§ 39e Abs. 5 S. 1 Nr. 1 und 2; Abs. 4 S. 5 EStG).

b) Sozialversicherungsbeiträge und Umlagen

Für sozialversicherungspflichtig Beschäftigte hat der Arbeitgeber Beiträge und Umlagen abzuführen (s. Kap. 40). Dazu hat er der **Einzugsstelle** die in § 28a Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 SGB IV erwähnten **Daten zu übermitteln**. Dazu gehören u. a. Versicherungsnummer, Familien- und Vornamen, Geburtsdatum, Staatsangehörigkeit, Angaben über seine Tätigkeit nach dem Schlüsselverzeichnis der Bundesagentur für Arbeit, die Betriebsnummer seines Beschäftigungsbetriebes, die Beitragsgruppen und die zuständige Einzugsstelle. Bei der Anmeldung sind anzugeben die Anschrift, der Beginn der Beschäftigung, sonstige für die Vergabe der Versicherungsnummer erforderliche Angaben, die Angabe, ob zum Arbeitgeber eine Beziehung als Ehegatte, Lebenspartner oder Abkömmling besteht, die Angabe, ob es sich um eine Tätigkeit als geschäftsführender Gesellschafter einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung handelt und die Angabe der Staatsangehörigkeit. Bei allen Entgeltmeldungen sind u. a. anzugeben das in der Rentenversicherung oder nach dem Recht der Arbeitsförderung beitragspflichtige Arbeitsentgelt in Euro, der Zeitraum, in dem das angegebene Arbeitsentgelt erzielt wurde, sowie Wertguthaben, die auf die Zeit nach Eintritt der Erwerbsminderung entfallen. Die Erhebung, Speicherung und Verarbeitung dieser Daten beruhen auf **§ 28a SGB IV**, der als Befugnisnorm der Regelung des § 26 BDSG als *lex specialis* vorgeht. Die Daten sind der Einzugsstelle für den Gesamtsozialversicherungsbeitrag grundsätzlich auf elektronischem Wege zu übermitteln (§ 28a Abs. 1 Satz 3 SGB IV). Dabei sind Datenschutz und Datensicherheit nach dem jeweiligen Stand der Technik sicherzustellen und bei Nutzung allgemein zugänglicher Netze Verschlüsselungsverfahren zu verwenden (§ 28a Abs. 1 Satz 2, HS 2 SGB IV). Die Einzelheiten sind in der Datenerfassungs- und -übermittlungsverordnung (**DEÜV**)⁶⁷ geregelt. Ähnliche Meldepflichten enthält § 28a Abs. 2a, Abs. 3 SGB IV gegenüber dem zuständigen Unfallversicherungsträger. Außerdem hat der Arbeitgeber für jeden Beschäftigten, getrennt nach Kalenderjahren, Entgeltunterlagen in deutscher Sprache zu führen und bis zum Ablauf des auf die letzte Prüfung (§ 28p SGB IV) folgenden Kalenderjahres geordnet aufzubewahren (§ 28f Abs. 1 Satz 1 SGB IV).

67 Verordnung über die Erfassung und Übermittlung von Daten für die Träger der Sozialversicherung vom 23.1.2006, BGBl. I, S. 152, zuletzt geändert durch Art. 3 der Verordnung vom 7.12.2017, BGBl. I, S. 3906.

5. Übermittlung personenbezogener Entgeltdaten an Belegschaftsvertretungen

- 39 Nicht selten verlangen mitbestimmungsrechtliche Vorschriften in Gesetzen oder Kollektivvereinbarungen (Tarifverträgen, Betriebs-, Sprecher- und Dienstvereinbarung), dass den Belegschaftsvertretungen personenbezogene Entgeltdaten der von ihnen vertretenen Beschäftigten zu übermitteln sind, um die nach dem Betriebsverfassungs- und Personalvertretungsrecht vorgesehenen Beteiligungsrechte wahrzunehmen. **Welche Daten** in welcher Weise zur Verfügung zu stellen sind, **bestimmen die einschlägigen Vorschriften des Mitbestimmungsrechts**, nicht jedoch § 26 BDSG.⁶⁸ Sie sind es auch, die den notwendigen Erlaubnistatbestand für eine zulässige Datenverarbeitung i. S. d. Art. 6 Abs. 1 lit. c DS-GVO bilden. § 26 Abs. 1 S. 1 letzter Hs. BDSG, der gegenüber der Fassung in § 32 Abs. 1 BDSG aF neu in das Gesetz eingefügt wurde, will die bisherige Rechtslage klarstellen,⁶⁹ aber nicht verändern. Die Klarstellung wurde durch den ersatzlosen Wegfall von § 4 Abs. 1 BDSG aF notwendig, der die Datenverarbeitung aufgrund einer gegenüber dem BDSG vorrangigen Erlaubnisnorm vorsah. Dazu gehörten außer den Mitbestimmungsgesetzen auch die in Kollektivverträgen enthaltenen Regelungen über die Verarbeitung von Beschäftigtendaten.⁷⁰
- 40 Grenzen für die Übermittlung von personenbezogenen Entgeltdaten an die Belegschaftsvertretungen ziehen Art. 88 Abs. 2 DS-GVO und § 26 Abs. 1 BDSG. Zentral ist das in § 26 Abs. 1 BDSG ausdrücklich erwähnte **Erforderlichkeitsprinzip**. Entgeltdaten dürfen dem Betriebs- oder Personalrat bzw. Sprecherausschuss nur insoweit zur Verfügung gestellt werden, wie dies zur ordnungsgemäßen Wahrnehmung seiner Aufgaben notwendig ist.⁷¹ Der Erforderlichkeitsbegriff ist primär durch datenschutzrechtliche Vorgaben geprägt, nicht durch mitbestimmungsrechtliche.⁷² § 26 Abs. 1 BDSG bindet sowohl den Arbeitgeber bei der Zusammenstellung und Weitergabe von Beschäftigtendaten an die Belegschaftsvertretung als auch diese selbst bei der weiteren Verarbeitung der überlassenen personenbezogenen Daten.⁷³ Die Vorschrift ist **zwingend**. Abreden zwischen den Betriebsparteien über die Weiterleitung von Beschäftigtendaten, die über das nach § 26 Abs. 1 BDSG notwendige Maß hinausgehen, sind unzulässig.⁷⁴ Sie lassen sich auch nicht auf § 26 Abs. 4 BDSG stützen. Insbesondere darf dem Betriebsrat **kein lesender Zugriff auf das automatische Perso-**

68 Ebenso Gola, BB 2017, 1462, 1464 f.

69 Begr. RegE, vgl. Drucks. 18/11325, 96.

70 Statt aller Gola/Schomerus, § 4 BDSG Rn. 10.

71 Gola/Pöters/Wronka, Arbeitnehmerdatenschutz-Hdb Rn. 2139.

72 Ebenso Wybitul, NZA 2017, 413, 416.

73 Ebenso Gola, BB 2017, 1462, 1466.

74 Gola/Pöters/Wronka, Arbeitnehmerdatenschutz-Hdb Rn. 2137; Kort, NZA 2010, 1038; ders., RDV 2012, 8, 10.

naldatenverarbeitungssystem des Arbeitgebers eingeräumt werden.⁷⁵ Maßgebend für den Umfang der verarbeiteten Beschäftigtendaten und die Dauer ihrer Speicherung ist der damit im jeweiligen Einzelfall verbundene Zweck. Dieser wird durch das jeweilige Beteiligungsrecht zwingend vorgegeben. Eine Verarbeitung kommt nur dann und nur solange in Betracht, wie Unterlagen der Belegschaftsvertretung im Rahmen ihrer mitbestimmungsrechtlich begründeten Informationsansprüche überlassen werden dürfen. Daten, die die Belegschaftsvertretung zur Wahrnehmung ihrer Beteiligungsrechte immer wieder benötigt und ihr deshalb in Kopie auf Dauer überlassen werden dürfen, können von ihr auch automatisiert gespeichert werden.⁷⁶

6. Übermittlung personenbezogener Entgeltdaten bei Unternehmensverkäufen

a) Problem

Vor dem Erwerb eines Betriebes, Betriebsteiles, Unternehmens oder von Unternehmensanteilen wird der Käufer die wirtschaftliche, finanzielle, organisatorische und rechtliche Situation des Kaufobjekts sorgfältig prüfen wollen. Dazu dient die sog. **Due Diligence**, bei der der Veräußerer die aus seiner Sicht für die Transaktion notwendigen Informationen zur Verfügung stellt.⁷⁷ Das geschieht durch **Überlassung der Daten in einem realen oder virtuellen Datenraum**. Personenbezogene Entgeltdaten der im Betrieb oder Unternehmen des Veräußerers Beschäftigten spielen dabei eine wichtige Rolle. Denn aus ihnen ergibt sich die zukünftige Belastung mit **Personalkosten**. Nicht selten lassen sich Führungskräfte nur dann für einen Betriebsübergang gewinnen, wenn ihnen der Erwerber auch vergütungsmäßig „entgegenkommt“. Zu diesem Zweck benötigt der Erwerber genaue **Kenntnis über die Entgelthöhe und Entgeltstruktur von „Key Playern“**, wovon diese – jedenfalls in einem frühen Stadium der Verhandlung – jedoch nichts erfahren dürfen. Kommt es tatsächlich zum Verkauf, benötigt der Erwerber weitere Entgeltdaten, um die organisatorische Eingliederung der übernommenen Einheit vorzubereiten und nach dem Vollzug der **Transaktion auch ordnungsgemäß durchzuführen**. 41

75 BAG 16.8.2011, 1 ABR 22/10, NZA 2012, 342; LAG Nürnberg 4.8.2004 – 4 TaBV 49/03, BeckRS 2010, 71976; *Gola*, BB 2017, 1462, 1464 f.; *Kort*, NZA 2010, 1038.

76 Zu Vorstehendem *Gola*, BB 2017, 1462, 1466.

77 Eine Checkliste der für Unternehmenstransaktionen relevanten Personaldaten findet sich bei *Grimm/Böcker*, NZA 2002, 193.

b) Due Dilligence

- 42 Die in einen Datenraum eingestellten Entgeltdaten unterfallen dem Schutz der DS-GVO und des BDSG, wenn es sich um personenbezogene Daten i.S.d. Art. 4 Nr. 1 DS-GVO handelt. Das ist der Fall, wenn sie mit dem Namen einer bestimmten Person übermittelt werden oder wenn statt des Namens die Sozialversicherungsnummer, Steueridentifikationsnummer oder Personalnummer verwendet wird.⁷⁸ Ist dagegen der Erwerber **außerstande**, einen **Personenbezug** zu den ihm offengelegten **Entgeltdaten herzustellen, gilt weder die DS-GVO noch das BDSG**.⁷⁹ So liegt es, wenn dem Erwerber nur allgemeine Informationen über das Entgeltsystem mitgeteilt werden.⁸⁰ Angaben über Bonusregelungen, Mitarbeiterbeteiligungsprogramm („Stock Option Pläne“), Dienstwagenregelungen, betriebliche Altersversorgung usw. unterfallen nicht dem Datenschutz. Entsprechendes gilt, wenn bestimmte Entgeltdaten zwar an sich einen konkreten Personenbezug aufweisen, jedoch **anonymisiert** wurden. Das verlangt, dass die Entgeltangabe nicht mehr oder nur noch mit einem unverhältnismäßig großen Aufwand an Zeit, Kosten und Arbeitskraft einer bestimmten Person zugeordnet werden kann („faktische Anonymisierung“).⁸¹ Beispiele sind das Schwärzen von Dokumenten oder die Mitteilung rein abstrakt-statistischer Daten, wie etwa die durchschnittliche Höhe der Gehälter verschiedener Arbeitnehmergruppen. Lassen sich die an sich „anonymisierten“ Entgeltdaten vergleichsweise leicht wieder „re-individualisieren“, also konkreten Personen zuordnen, findet auch das Datenschutzrecht wieder Anwendung. Diese Gefahr besteht vor allem bei kleinen Unternehmen mit nur wenigen Mitarbeitern, aber auch bei Führungskräften, wenn deren Stellenbezeichnung oder Tätigkeitsbeschreibung Rückschlüsse auf konkrete Arbeitnehmer zulässt.
- 43 Allerdings wird der Erwerber gerade bei Führungskräften regelmäßig darauf bestehen, deren **personenbezogene Daten unverschlüsselt im Klartext** zu erhalten, da sie für ihn als Funktionsträger unverzichtbar sind und er sich deshalb auch mit Blick auf das Entgelt ein zutreffendes Bild von ihnen können machen muss.⁸² Dass die Offenlegung ihrer Entgeltdaten eine nach Art. 6 Abs. 1 DSGVO erlaubnispflichtige Datenverarbeitung darstellt, ist evident. **§ 26 BDSG scheidet als Verarbeitungsgrundlage aus**, weil die Übermittlung nicht der Durchfüh-

78 Sander/Schumacher/Kühne, ZD 2017, 105, 106.

79 Grau, FS Willemsen, S. 147, 148; Hofmann/Johannes, ZD 2017, 221, 223; Plath-Schreiber, Art. 4 DS-GVO Rn. 11.

80 Allerdings können Namensnennungen in der Unterschriftenzeile oder sonstige Angaben zum Urheber Hinweise auf Einzelpersonen enthalten, die geschwärzt werden sollten, wenn sie nicht ohnehin „betriebsöffentlich“ sind, Grau, FS Willemsen, S. 147, 153.

81 Grau, FS Willemsen, S. 147, 148; Sander/Schumacher/Kühne, ZD 2017, 105, 106.

82 Göpfert/Meyer, NZA 2011, 486, 489.

nung des Beschäftigungsverhältnisses mit der Führungskraft dient.⁸³ Will man – schon aus Gründen der Geheimhaltung der Transaktion – nicht auf ihre Einwilligung angewiesen sein, kommt nur **Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO** als Rechtfertigungsnorm in Betracht.⁸⁴ Zu prüfen ist dann, ob die Offenlegung zur Wahrung der berechtigten Interessen des Veräußerers bzw. des Erwerbers erforderlich ist und die Interessen der Führungskraft gewahrt sind. Allgemein hat der für die Datenverarbeitung Verantwortliche ein **berechtigtes Interesse an einer Offenlegung**, wenn er ein vernünftiges ideelles oder wirtschaftliches Ziel verfolgt, zu dessen Erreichung er auf die Übermittlung der Daten angewiesen ist.⁸⁵ Das ist **bei einer Due Dilligence grundsätzlich zu bejahen**. Ohne die Übermittlung der relevanten Informationen, zu denen auch die Entgeltdaten der Führungskräfte gehören, müsste der Unternehmensverkauf unterbleiben oder wäre jedenfalls erheblich erschwert.⁸⁶ Allerdings ist bei der Offenlegung der Entgeltdaten der **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit** zu wahren. Danach dürfen nur solche Klardaten übermittelt werden, die ein sorgfältig handelnder Erwerber für eine angemessene Prüfung der wirtschaftlichen Verhältnisse des angebotenen Unternehmens wirklich benötigt. **In einer frühen Phase einer solchen Transaktion**, bei der oft mehrere Bieter beteiligt sind, müssen **Entgeltdaten** im größtmöglichen Umfang **anonymisiert** werden, zumal das Zustandekommen eines Kaufvertrages noch vollkommen ungewiss ist.⁸⁷ Später, wenn sich ein konkreter Kaufinteressent gefunden hat, hat der Veräußerer angemessene Maßnahmen zu ergreifen, um die Geheimhaltung und Sicherheit der Daten zu gewährleisten. Notwendig sind **Vertraulichkeitsvereinbarungen**,⁸⁸ die u. a. sicherstellen, dass nur wenige Personen auf Seiten des Erwerbers Zugang zu den Daten erhalten. Erforderlich sind ferner Regelungen zur Datensicherheit, zur Separierung der Daten, zu Zweck- und Weitergabebeschränkungen sowie zur Rückgabe von Unterlagen bzw. zur Vernichtung von Daten nach (erfolgloser) Beendigung der Due Diligence.⁸⁹

c) Vollzug der Unternehmenstransaktion

Kommt es nach einem erfolgreichen Vertragsschluss zum Vollzug der Unternehmenstransaktion, müssen sämtliche Entgeltdaten an den Erwerber übermittelt **44**

83 Göpfert/Meyer, NZA 2011, 486, 488; Grau, FS Willemsen, S. 147, 148; Sander/Schumacher/Kühne, ZD 2017, 105, 108.

84 Grau, FS Willemsen, S. 147, 149.

85 HaKo-DS-GVO-Reimer, Art. 6 Rn. 54; Schaffland/Wiltfang/Schaffland/Holthaus, Art. 6 DS-GVORn. 285.

86 Göpfert/Meyer, NZA 2011, 486, 488.

87 Grau, FS Willemsen, S. 147, 150.

88 Göpfert/Meyer, NZA 2011, 486, 489; Grau, FS Willemsen, S. 147, 150.

89 Zur Problematik der Zweckänderung der Entgeltdaten s. Grau, FS Willemsen, S. 147, 150 f.

werden: sei es, um der **Unterrichtungspflicht nach § 613a Abs. 5 BGB** zu genügen, sei es zum Zweck der „**post merger integration**“, also der organisatorischen Einbindung des erworbenen Betriebs oder Unternehmens in die Unternehmensstruktur des Erwerbers. Die Offenlegung der Daten durch Übermittlung stellt dabei stets eine nach Art. 6 Abs. 1 DS-GVO erlaubnispflichtige Datenverarbeitung i. S. d. Art. 4 Nr. 2 DSGVO dar,⁹⁰ und zwar unabhängig davon, ob der Erwerber als Dritter i. S. d. Art. 4 Nr. 10 DS-GVO anzusehen ist; für den Begriff der Offenlegung spielt das keine Rolle.⁹¹

- 45 Rechtsgrundlage für die Übermittlung ist § 26 Abs. 1 BDSG.** Sie dient der Durchführung des Beschäftigungsverhältnisses, das wegen § 613a Abs. 1 BGB von Gesetzes wegen auf den Erwerber übergeht. Eine wegen Art. 5 Abs. 1 lit. b DSGVO grundsätzlich verbotene **Änderung des Verarbeitungszwecks** der übermittelten Daten ist nicht gegeben, sofern die Daten wie bisher für die Durchführung des Arbeitsverhältnisses genutzt werden sollen.⁹² Daher ist eine (erneute) Erhebung der vom Erwerber benötigten Entgeltdaten unmittelbar bei den Beschäftigten nicht erforderlich, zumal das bislang geltende Gebot der Direkterhebung der Daten beim Betroffenen (§ 4 Abs. 2 Abs. 1 BDSG aF) nach hM keinen Eingang in die DS-GVO gefunden hat, dort jedenfalls nicht ausdrücklich erwähnt ist.⁹³

d) Transparenzgebot

- 46** Veräußerer und Erwerber haben ein großes **Interesse** daran, dass ihre **Verhandlungen geheim bleiben**. Das gilt vor allem bei der Due Diligence, jedenfalls solange der Veräußerer noch mit mehreren Kaufinteressenten verhandelt. Eine **Informationspflicht** des Arbeitgebers über die Weitergabe personenbezogener Daten oder ein **Auskunftsrecht** des Arbeitnehmers **würde dem ersichtlich im Wege stehen**. Genau dazu ist der bisherige Arbeitgeber aber an sich verpflichtet. Denn Art. 13 Abs. 3 DS-GVO verlangt vom Verantwortlichen, der betroffenen Person vor einer zweckändernden Weiterverarbeitung ihrer Daten Angaben über den geänderten Verarbeitungszweck zusammen mit weiteren Informationen nach Art. 13 Abs. 2 DS-GVO zur Verfügung zu stellen. In einer Due Diligence liegt eine solche Zweckänderung, weil die an den Kaufinteressenten übermittelten Entgeltdaten nicht mehr der Durchführung des Beschäftigungsverhältnisses dienen, für die sie ursprünglich erhoben wurden. Freilich bestimmt die Vorschrift für diese Unterrichtung keinen genauen Zeitpunkt. Nicht ausgeschlossen

⁹⁰ Wegen des gesetzl. angeordneten Arbeitgeberwechsels wird zuweilen bezweifelt, dass es sich dabei um eine rechtfertigungsbedürftige Datenübermittlung an einen Dritten handelt, vgl. *Krohm*, Unternehmenstransaktionen, S. 142.

⁹¹ Ausf. Maschmann/Fritz-Maschmann, Matrixorganisationen, Kap. 5 Rn. 43.

⁹² *Grau*, FS Willemssen, S. 147, 155; *Sander/Schumacher/Kühne*, ZD 2017, 105, 109.

⁹³ *Kühling/Buchner-Bäcker*, Art. 13 DS-GVO Rn. 3.

scheint es daher, dem **Arbeitnehmer** bereits bei der Einstellung oder jedenfalls **unabhängig von einer konkreten Transaktion „abstrakt“ mitzuteilen**, dass seine Beschäftigtendaten zum Zwecke einer Due Dilligence Dritten **mitgeteilt werden**,⁹⁴ wenngleich eine solche Information reichlich nebulös bleibt und daher dem Transparenzgebot an sich zuwiderläuft. Das gilt um so mehr, als § 15 DS-GVO spiegelbildlich zu § 13 DS-GVO ein Auskunftsrecht des Betroffenen vorsieht, das ebenfalls sicherstellen soll, dass der Betroffene von einer Zweckänderung erfährt.⁹⁵ Deshalb fruchtet es letztlich nicht, wenn in der Literatur⁹⁶ der Versuch unternommen wird, Art. 14 Abs. 5 lit. b S. 1 Hs. 2 DS-GVO ins Spiel zu bringen, der die Pflicht zur Information der betroffenen Person ausschließt, wenn „dies die Ziele der Verarbeitung ernsthaft gefährden würde.“ Gerade letzteres wird zwar bei einem Unternehmenskauf anzunehmen sein, solange sich die geplante Transaktion noch in einer vertraulichen Phase befindet. Allerdings gilt Art. 14 DS-GVO nur für den Erwerber, wenn ihm als Verantwortlicher Daten übermittelt werden, die er nicht selbst beim Betroffenen erhoben hat, nicht jedoch für den bisherigen Arbeitgeber als Veräußerer. Da die Übermittlung der Daten durch den Veräußerer und deren Kenntnisnahme durch den Erwerber einen einheitlichen Vorgang bilden, wäre es in der Tat widersprüchlich, Art. 14 Abs. 5 lit. b S. 1 Hs. 2 DS-GVO nur beim Erwerber, nicht aber beim Veräußerer anzuwenden. Von daher spricht einiges dafür, die Unterrichtungspflicht nach § 13 Abs. 3 DS-GVO entsprechend einzuschränken.

7. Big Data Auswertungen („People Analytics“)

a) Begriff und Bedeutung

Unter Big Data versteht man die **strategische Analyse** und Auswertung **großer Datenmengen** aus einer Vielzahl unterschiedlicher Quellen und Dateisystemen. Mit Hilfe von **Algorithmen** und **künstlicher Intelligenz (KI)** sollen aus den an sich zusammenhangslos erscheinenden Daten Korrelationen und Kausalitäten erkennbar werden. „Unsichtbares“ will man auf diese Weise sichtbar machen. Das strategische Ziel ist anspruchsvoll: **Unternehmerische Entscheidungen** sollen nicht länger vom Bauchgefühl der Verantwortlichen abhängen, sondern eine stärker **evidenzbasierte Grundlage erhalten**. Dazu bedarf es als ersten Schritt der „**Descriptive Analytics**“. Sie beschreibt Unternehmensprozesse und visualisiert Vorgänge, die sonst unbeachtet geblieben wären. „**Diagnostic Analytics**“ baut darauf auf und versucht, die maßgeblichen Gründe für bestimmte Ereignisse zu finden. Mit „**Predictive Analytics**“ ist das Endziel erreicht. Künftige Ereignisse sollen sich aufgrund analysierter Daten aus der Vergangen-

94 *Grau*, FS Willemsen, S. 147, 158.

95 *Sander/Schumacher/Kühne*, ZD 2017, 105, 109.

96 *Grau*, FS Willemsen, S. 147, 157.

heit vorhersagen lassen. Im Kern geht es darum, bestimmte **Trends, Verhaltensmuster und „Einflussfaktoren“ zu erkennen**. Freilich hat es solche Datenanalysen schon immer gegeben. Neu ist jedoch die Menge der untersuchten Daten und die Geschwindigkeit, mit der dies geschieht.

- 48 Mustererkennungen im Personalwesen nennt man „**People Analytics**“.⁹⁷ Die Einsatzmöglichkeiten sind vielfältig. Verbreitet sind sie vor allem im **Rekrutierungsprozess**. Hier können Big Data und KI nicht nur bei der Erstellung von **Anforderungsprofilen** helfen, indem Persönlichkeitsmerkmale erfolgreicher Mitarbeiter zusammengetragen und miteinander verglichen werden, sondern auch bei der **Bewerberauswahl**, etwa indem Informationen aus sozialen Medien ausgewertet werden. Mit People Analytics lassen sich auch **Leistung und Verhalten der Mitarbeiter evidenzbasiert messen und bewerten**.⁹⁸ „**Likely-Leaver-Profile**“ versprechen zudem, unzufriedene, aber qualifizierte Mitarbeiter so früh wie möglich zu erkennen, um sie mit den richtigen Fördermaßnahmen vom Verlassen des Unternehmens abzuhalten.⁹⁹ Auch bei der **Entgeltfindung** kommen verstärkte People Analytics Verfahren zum Einsatz. Im Mittelpunkt steht die evidenzbasierte Gestaltung von Anreizmechanismen. So konnte mit Hilfe eines Datenanalyseverfahrens in einer **Bäckereikette** nachgewiesen werden, dass mit der Einführung eines Teambonus in bestimmten Filialen Umsatz und Gewinn signifikant stiegen, weil die Kunden dort schneller als bisher bedient wurden. Bei einem **Reparaturunternehmen** für Windschutzscheiben führte der durch People Analytics angestoßene Wechsel von einem Zeitlohn- zu einem Stücklohnsystem zu einem Produktivitätsgewinn von über 44 %.¹⁰⁰ Ein **HR-Dienstleister**, der über eine hohe Fluktuation seiner Mitarbeiter klagte, entdeckte mittels „**Conjoint Analyse**“, dass Kündigungen weniger wahrscheinlich waren, wenn die Mitarbeiter – bei gleichbleibendem Gesamtbetrag – keine jährlichen, sondern halbjährliche Gehaltserhöhungen erhielten.¹⁰¹ People Analytics verspricht Arbeitgebern, die Leistungslöhne zahlen, außerdem, das Engagement der Mitarbeiter „richtig“ (d. h. datenbasiert) und permanent zu messen, um so zu einer gerechteren, weil besser nachvollziehbaren Vergütung zu gelangen.¹⁰²

b) Datenschutzrechtliche Beurteilung

- 49 Für die Anwendbarkeit des Datenschutzrechts ist entscheidend, ob es sich bei den beschriebenen Datenanalysen um eine Verarbeitung personenbezogener

97 Synonyme Bezeichnungen lauten: „HR Analytics“, „Talent Analytics“, „Workforce Analytics“.

98 Kunze, PERSONALquarterly 1/19, S. 46.

99 Dzida, NZA 2017, 541, 544; Holthaus/Park/Stock-Homburg, DuD 2015, 676, 678.

100 Biemann/Englmaier/Sliwka/Weller, PERSONALquarterly 3/17, S. 3, 11.

101 Lohaus/Müller/Wallemann/Graumann, PERSONALquarterly 4/17, S. 34.

102 Kunze, PERSONALquarterly 1/19, S. 46.

Daten i. S. v. Art. 4 Nr. 1 und 2 DSGVO handelt.¹⁰³ Das ist **nicht** der Fall, wenn **ausschließlich anonymisierte Daten** analysiert werden, die eine Re-Identifizierung der betroffenen Person ausschließen (EG 26 DS-GVO). Davon ist auszugehen, wenn die **Daten hinreichend aggregiert** sind.¹⁰⁴ Lassen sich die anonymisierten Entgeltaten vergleichsweise leicht „re-individualisieren“, findet das Datenschutzrecht Anwendung. Dann bedarf die Analyse wegen Art. 6 Abs. 1 DS-GVO einer Verarbeitungsgrundlage. Dient die Analyse der **Durchführung eines konkreten Beschäftigungsverhältnisses**, kann sich die Erlaubnis aus § 26 Abs. 1 BDSG ergeben. Das kommt z. B. in Betracht, wenn das Entgelt eines bestimmten Mitarbeiters aufgrund datenanalytisch unterstützter Leistungsbeurteilung ermittelt werden soll. Dient sie der vorrangig der **Optimierung von Personalkosten**, ist Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO einschlägig. In beiden Fällen muss die Analyse erforderlich sein. Außerdem bedarf es einer Abwägung zwischen dem berechtigten Interesse des Arbeitgebers an einer evidenzbasierten Grundlage für seine Entgeltfindung und den Persönlichkeitsrechten des Mitarbeiters. **Verboten ist die Totalüberwachung.**¹⁰⁵ Sie droht bei einem Vergütungssystem, das Leistung und Verhalten permanent aufzeichnet. Überdies ist auch die **Persönlichkeitsausleuchtung** nicht erlaubt.¹⁰⁶ Der Arbeitgeber hat in aller Regel kein berechtigtes Interesse an der Kenntnis von höchstpersönlichen Beschäftigendaten, wie innere Einstellungen, Gemütslagen und persönlichen Präferenzen seiner Mitarbeiter, selbst wenn diese für die Entgeltfindung relevant sein könnten.¹⁰⁷

People Analytics kollidiert darüber hinaus mit dem **Zweckbindungsgrundsatz**.¹⁰⁸ Dieser schreibt vor, dass personenbezogene Daten nur für festgelegte, eindeutige und legitime Zwecke erhoben und nicht auch für andere Zwecke weiterverarbeitet werden dürfen (Art. 5 Abs. 1 lit. b DS-GVO).¹⁰⁹ Die Big-Data-Analyse erfolgt aber gerade zu solchen anderen Zwecken. Das ist nur dann zulässig, wenn die Weiterverarbeitung mit den Zwecken, zu den die Daten ursprünglich erhoben wurden, vereinbar ist. Dazu ist ein „**Kompatibilitätstest**“ nach Maßgabe von Art. 6 Abs. 4 DSGVO erforderlich. Für die Vereinbarkeit spielt u. a. eine Rolle, ob es eine Verbindung zwischen den verschiedenen Zwecken gibt, ob für die Weiterverarbeitung dieselbe Person verantwortlich ist, ferner die Art der Daten, die möglichen Folgen der beabsichtigten Weiterverarbeitung für

103 Bissels/Mayer-Michaelis/Schiller, DB 2016, 3042; Dzida, NZA 2017, 541.

104 Ausf. zu Anonymisierungstechniken Art.-29-Datenschutzgruppe, WP 216 v. 10.4. 2014; vgl. weiter EuGH 19.10.2016, C-582/14 – Breyer, m. Anm. Kühling/Klar, ZD 2017, 24.

105 BAG 27.3.2003, 2 AZR 51/02, NZA 2003, 1193.

106 Dzida, NZA 2017, 541, 545; Däubler, Gläserne Belegschaften Rn. 428.

107 Däubler, Gläserne Belegschaften Rn. 26, 35.

108 Culik/Döpke, ZD 2017, 226.

109 Kühling/Buchner-Herbst, Art. 5 DS-GVO Rn. 22; Paal/Pauly-Frenzel, Art. 5 DS-GVO Rn. 24; Däubler, Gläserne Belegschaften Rn. 389.

den Betroffenen sowie schließlich das Vorhandensein geeigneter Garantien, wie z. B. Verschlüsselung oder Pseudonymisierung. Probleme bereitet auch die Anwendung des **Transparenzprinzips** (Art. 5 Abs. 1 lit. a DS-GVO). Hier ist bislang **ungeklärt**, ob und wie genau der Verantwortliche über den **Inhalt und die Funktionsweise der von ihm eingesetzten Analysesoftware aufzuklären hat**. Grundsätzlich **verboten** sind überdies **Entscheidungen, die ausschließlich auf automatisierten Verarbeitungen beruhen**, wenn sie für den Betroffenen rechtliche Wirkungen entfalten oder seine rechtlich geschützten Interessen erheblich beeinträchtigen (Art. 22 DS-GVO). Fraglich ist in diesem Zusammenhang, ob eine Entscheidung im Bereich der Entgeltfindung auch dann **ausschließlich** auf einer automatisierten Verarbeitung beruht, wenn das Ergebnis einer Big Data Analyse nur als evidenzbasierte Grundlage einer sodann vom Arbeitgeber persönlich getroffenen Entscheidung dient. Offen ist auch, ob Arbeitnehmerbeurteilungen (z. B. „Scores“) bereits „rechtliche Wirkungen“ oder „erhebliche Beeinträchtigungen“ enthalten.

III. Betriebliche Mitbestimmung

1. Beteiligungsrechte

a) Sinn und Zweck

- 51 In mitbestimmten Betrieben sind bei der Verarbeitung von Beschäftigendaten die **Beteiligungsrechte** der Belegschaftsvertretung **zu beachten**. Sie verfolgen zwar dasselbe **Ziel** wie das gesetzliche Datenschutzrecht, nämlich den **Arbeitnehmer vor einer Verletzung seiner Persönlichkeitsrechte zu bewahren**, bedienen sich hierzu jedoch eines anderen Instruments. Während das Datenschutzrecht diese Persönlichkeitsrechte durch bestimmte *inhaltliche* Verarbeitungsgrenzen zu gewährleisten sucht, sichert die präventive Einschaltung des Betriebsrats sie *verfahrensmäßig* ab. Die Beteiligungsrechte sind dabei als „kollektivrechtliche Ergänzung des individuellen Persönlichkeitsschutzes“ zu verstehen.¹¹⁰ Sie schützen die Individualinteressen der Betroffenen, indem sie dem **Betriebsrat** als demokratisch legitimiertem Organ der Betriebsverfassung das Recht einräumen, **über alle Verfahren**, mit denen der Arbeitgeber Beschäftigendaten zu verarbeiten beabsichtigt, **informiert zu werden und sie auch inhaltlich mitzugestalten**.

b) Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG

- 52 Dreh- und Angelpunkt der betrieblichen Mitbestimmung bei der Verarbeitung von Beschäftigendaten ist § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG. Er sieht ein erzwingbares

¹¹⁰ Däubler, Gläserne Belegschaften Rn. 666; GK-BetrVG/Wiese § 87 Rn. 485.

Mitbestimmungsrecht für den Fall vor, dass der Arbeitgeber **technische Einrichtungen** einführt oder anwendet, die dazu **bestimmt** sind, das **Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen**. Das Mitbestimmungsrecht soll die Arbeitnehmer davor bewahren, durch den Einsatz von technischen Überwachungseinrichtungen in ihren Persönlichkeitsrechten verletzt zu werden.¹¹¹ Bei solchen Einrichtungen droht stets die Gefahr, dass Arbeitnehmer zum Objekt einer Überwachungstechnik gemacht werden, die anonym personen- oder leistungsbezogene Informationen erhebt, speichert, verknüpft und sichtbar macht. Den davon ausgehenden Gefährdungen des Persönlichkeitsrechts soll das Mitbestimmungsrecht entgegenwirken.¹¹² Nach Ansicht des BAG **reicht es aus**, wenn ein Teil des Überwachungsvorgangs mittels einer technischen Einrichtung erfolgt. Danach ist sowohl die bloße Erhebung verhaltens- und leistungsbezogener Daten durch eine technische Einrichtung mitbestimmungspflichtig¹¹³ als auch die bloße Auswertung manuell erhobener Daten durch automatische Datenverarbeitung.¹¹⁴ Nicht erforderlich ist, dass das Programm die Überwachung der Arbeitnehmer bezweckt. Es genügt, dass es **zur Überwachung geeignet ist**; es kommt nicht darauf an, ob der Arbeitgeber von der Möglichkeit Gebrauch macht. Nicht einmal die Erklärung des Arbeitgebers, er wolle die Überwachungsmöglichkeit nicht nutzen, schließt das Mitbestimmungsrecht aus.¹¹⁵ Daraus folgt: Nicht mitbestimmungspflichtig nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG sind die Installation von Anlagen zur automatisierten Datenverarbeitung an sich.¹¹⁶ Hier hat der Betriebsrat allenfalls Mitwirkungsrechte nach anderen Vorschriften (v.a. nach § 90 BetrVG). Die Mitbestimmungspflicht wird erst ausgelöst durch die Verwendung von Programmen, die eine Verhaltens- oder Leistungsüberwachung zulassen.¹¹⁷ Das können sowohl Anwendungs- als auch Betriebsprogramme sein.¹¹⁸ Gerade Betriebsprogramme werden häufig schon im Interesse der Fehlersuche so gestaltet sein, dass sie Rückschlüsse auf die Leistung der Arbeitnehmer gestatten. Werden nur **anonymisierte oder pseudonymisierte Daten** verarbeitet, greift das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG regelmäßig nicht.¹¹⁹ Die **Speicherung von reinen Statusdaten**, wie z. B. Name, Anschrift, Geschlecht, Geburtsdatum, Familienstand, Kinderzahl, unterliegt an

111 BAG 13.12.2016, 1 ABR 7/15, NZA 2017, 657.

112 BAG 10.12.2013, 1 ABR 43/12, NZA 2014, 439 Rn. 27.

113 BAG 6.12.1983, 1 ABR 43/81, AP BetrVG 1972 § 87 Überwachung Nr. 7.

114 BAG 14.9.1984, 1 ABR 17/54, 1 ABR 23/82, AP BetrVG 1972 § 87 Überwachung Nr. 1, 9.

115 BAG 23.4.1985, 1 ABR 39/81, AP BetrVG 1972 § 87 Überwachung Nr. 11.

116 LAG Schleswig-Holstein 9.6.1982, 5 TaBV 4/82, DB 1983, 995; LAG Niedersachsen 25.3.1982, 11 TaBV 7/81, DB 1982, 2039.

117 BAG 25.9.2012, 1 ABR 45/11, NZA 2013, 275.

118 *Fitting*, § 87 BetrVG Rn. 233.

119 *Beckschulze/Fackeldey*, RDV 2013, 109, 117; *Gebhardt/Annuf*, NZA 1995, 105; GK-BetrVG/*Wiese/Gutzeit* § 87 Rn. 572.

sich nicht der Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG, weil diese als solche weder das Verhalten noch die Leistung der Mitarbeiter betreffen.¹²⁰ Das Mitbestimmungsrecht greift jedoch dann, wenn durch eine Verknüpfung von reinen Statusdaten mit sonstigen „neutralen“ Daten (z. B. Uhrzeit, Entfernung, Kunden- oder Auftragsnummer) Aussagen über das Verhalten oder die Leistung von Mitarbeitern ermöglicht werden.¹²¹

- 53 Der Betriebsrat hat mitzubestimmen bei der **Einführung** von Kontrolleinrichtungen und bei der **Anwendung**,¹²² wobei die Einführung das „Ob“ und die Anwendung das „Wie“ betrifft.¹²³ Bei seinen Überlegungen hat er die berechtigten Belange des Arbeitgebers, wie Abwehr von Gefahren, Sicherung des Eigentums, rationelle Arbeitsgestaltung oder Kosten gegen das Interesse der Arbeitnehmer auf Schutz ihrer Persönlichkeit abzuwägen.¹²⁴ Die **Mitbestimmung** bezieht sich auf den **Aufbau des Systems, die erfassten Daten und die zulässigen Auswertungen**.¹²⁵ Bei der Speicherung von leistungs- oder verhaltensrelevanten Beschäftigtendaten unterliegt die inhaltliche Gestaltung des Speicherungs- und Verarbeitungsprogramms zur mitbestimmungspflichtigen Anwendung der technischen Überwachungseinrichtung. Damit hat der Betriebsrat auch das Recht, bei der Bestimmung der **Verwendungszwecke** gespeicherter Leistungs- und Verhaltensdaten mitzubestimmen.¹²⁶

c) Überwachungsrecht des Betriebsrats

- 54 Unabhängig davon hat der Betriebsrat nach § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG die Aufgabe, die ordnungsgemäße Durchführung aller zugunsten von Arbeitnehmern geltenden Gesetze und Betriebsvereinbarungen **zu überwachen**. Für das BDSG a. F. wurde der arbeitnehmerschützende Charakter der Vorschrift allgemein bejaht, jedenfalls soweit es um Arbeitnehmerdaten ging.¹²⁷ Nichts anderes gilt für die Regelungen der DS-GVO und des BDSG 2018, da auch sie vor allem dem Schutz der Persönlichkeitsrechte der Betroffenen dienen. Nach der Rechtsprechung¹²⁸ hat der Arbeitgeber deshalb den Betriebsrat umfassend über alle For-

120 BAG 22.10.1986, 5 AZR 660/85, NZA 1987, 415.

121 BAG 11.3.1986, 1 ABR 12/84, NZA 1986, 526; GK-BetrVG/*Wiese/Gutzeit* § 87 Rn. 566.

122 BAG 21.4.2004, 1 ABR 7/03, NZA 2004, 556.

123 *Däubler*, Gläserne Belegschaften Rn. 768.

124 Vgl. BAG 11.3.1986, 1 ABR 48/84, AP BetrVG 1972 § 87 Überwachung 15.

125 *Däubler*, Gläserne Belegschaften Rn. 769.

126 *Fitting*, § 87 BetrVG Rn. 249; *DKKW-Klebe*, § 87 BetrVG Rn. 189; vgl. BAG 11.3.1986, 1 ABR 12/84, NZA 1986, 526.

127 BAG 17.3.1987, 1 ABR 59/85, NZA 1987, 747; LAG Niedersachsen 28.9.1979, EzA § 37 BetrVG 1972 Nr. 64; *Däubler*, Gläserne Belegschaften Rn. 630; *Gola/Pötters/Wronka*, Arbeitnehmerdatenschutz-Hdb Rn. 1804.

128 BAG 17.3.1987, 1 ABR 59/85, NZA 1987, 747.

men der (elektronischen) Verarbeitung personenbezogener Daten der Arbeitnehmer zu unterrichten. Mitzuteilen ist, welche personenbezogenen Daten der Arbeitnehmer gespeichert und zu welchen Zwecken sie verarbeitet werden. Werden die **Daten an externe Dritte** (Abrechnungszentren, Steuerbüros usw.) **weitergeleitet**, muss der **Betriebsrat auch darüber unterrichtet werden**, welche Daten welcher Stelle zu welchen Zwecken übermittelt werden. Ferner muss er über alle Maßnahmen informiert werden, die der Arbeitgeber zum Schutz der Beschäftigten ergriffen hat. Das hat so ausführlich zu geschehen, dass der Betriebsrat selbst beurteilen kann, ob diese genügen, um eine rechts- und zweckwidrige Datenverarbeitung zu verhindern. Dass die Datenverarbeitung nicht im Betrieb selbst, sondern bei einem anderen Unternehmen einer Unternehmensgruppe oder im Wege der Auftragsdatenverarbeitung erfolgt, steht dem nicht entgegen. Der Arbeitgeber kann sich seinen Informationspflichten nicht dadurch entziehen, dass er einen Dritten mit der Datenverarbeitung beauftragt.¹²⁹

Der Betriebsrat hat vielmehr das Recht, auch das **Verarbeitungsverzeichnis** **55** **(Art. 30 DS-GVO) einzusehen**,¹³⁰ und kann überdies verlangen, dass ihm der Datenflussplan, der Pflichtenkatalog und das Organisationsschema des Verarbeitungssystems zugänglich gemacht werden.¹³¹ Außerdem kann er durch gelegentliche **Stichproben** die Einhaltung aller datenschutzrechtlichen Normen überprüfen.¹³² Ein lesender online-Zugriff auf das Datenverarbeitungssystem des Arbeitgebers steht ihm dagegen nicht zu.¹³³

Der Arbeitgeber hat den **Betriebsrat so zu unterrichten, dass er die erhaltenen Informationen auch tatsächlich verstehen kann**.¹³⁴ **56** Angesichts der Schwierigkeit und Komplexität der Materie kann das einen größeren Zeitaufwand, Wiederholungen und Einzelerklärungen erforderlich machen. Soweit notwendig, kann der Betriebsrat darüber hinaus verlangen, dass ihm der Arbeitgeber **sachkundige Arbeitnehmer** als Auskunftspersonen zur Verfügung stellt (§ 80 Abs. 2 S. 3 BetrVG). Zu diesen internen Unterrichtungsmöglichkeiten gehört auch die Befragung des **betrieblichen Datenschutzbeauftragten**.¹³⁵ Bleiben nach Ausschöpfung aller internen Informationswege noch Fragen offen, hat

129 BAG 17.3.1987, 1 ABR 59/85, NZA 1987, 747, 749; Gola/Pötte/Wronka, Arbeitnehmerdatenschutz-Hdb Rn. 1813 ff.

130 Zu Vorstehendem BAG 17.3.1987, 1 ABR 59/85, NZA 1987, 747, 749.

131 LAG Hamburg 20.6.1985, 7 TaBV 10/84, CR 1986, 476, 479.

132 LAG Hessen 18.3.1993, 12 TaBV 106/93, LAGE § 80 BetrVG 1972 Nr. 9; DKKW-Buschmann, § 80 BetrVG Rn. 12 ff.; Fitting, § 80 BetrVG Rn. 37.

133 BAG 16.8.2011, 1 ABR 22/10, NZA 2012, 342; LAG Nürnberg 2.12.2009 – 4 TaBV 61/07.

134 BAG 17.3.1987, 1 ABR 59/85, NZA 1987, 747, 750.

135 LAG Berlin 30.7.1985, 3 TaBV 6/85, LAGE § 80 BetrVG 1972 Nr. 4; LAG Hessen 11.1.1985, 13 Sa 515/85, ARSt 1986, 35; Gola/Pötte/Wronka, Arbeitnehmerdatenschutz-Hdb Rn. 1852.

der Betriebsrat das Recht, auch einen **externen Sachverständigen** hinzuziehen.¹³⁶ Dazu bedarf es einer vorherigen Vereinbarung mit dem Arbeitgeber (§ 80 Abs. 3 BetrVG). In ihr sind das Thema, zu dessen Klärung der Sachverständige hinzugezogen werden soll, die voraussichtlichen Kosten seiner Hinzuziehung und die Person des Sachverständigen festzulegen. Können sich die Betriebsparteien nicht einigen, entscheidet auf Antrag des Betriebsrats das Gericht.¹³⁷

2. Zuständiges Gremium

- 57 Zuständig für die Wahrnehmung der Mitbestimmungsrechte ist grundsätzlich der für den jeweiligen Betrieb gewählte Betriebsrat. Als Interessenvertretung vor Ort agiert er näher am Geschehen und kann daher besser als die Gremien, deren Mitglieder nur entsandt, aber nicht gewählt sind, die Interessen der Belegschaft vertreten.¹³⁸ Der Gesamtbetriebsrat bzw. der Konzernbetriebsrat ist lediglich dann zuständig, wenn die zu regelnde Angelegenheit nicht auf den einzelnen Betrieb oder ein einzelnes konzernangehöriges Unternehmen beschränkt ist und eine **zwingende sachliche Notwendigkeit für eine unternehmenseinheitliche oder zumindest betriebsübergreifende Regelung** besteht.¹³⁹ Dass der Arbeitgeber auf allen Rechnern in sämtlichen Betrieben dieselbe Programme, Eingabemasken und Formate für die Entgeltabrechnung verwendet, um durch diese **Standardisierung** Kosten zu sparen, **genügt nicht**, um die Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats zu begründen.¹⁴⁰ Eine technische Notwendigkeit zu einer betriebsübergreifenden Regelung kann sich aber daraus ergeben, dass **Daten erhoben** und verarbeitet werden, die auch zur **Weiterverwendung in anderen Betrieben bestimmt** sind.¹⁴¹ Da die **Datenweiterleitung** von einem Betrieb zum nächsten einen **einheitlichen, untrennbaren Vorgang** bildet, kann sie auch nur durch einheitliche Bestimmung geregelt werden, an die sowohl der die Daten übermittelnde als auch der sie empfangende Betrieb gebunden sind.¹⁴² Eine solche Regelung sorgt dafür, dass die in den Betrieben erhobenen und verarbeiteten Daten exportiert und importiert und sodann in anderen Betrieben ohne zusätzlichen technischen Aufwand genutzt werden können. Dies gilt nach der Rechtsprechung sogar dann, wenn die Betriebe nicht unmittelbar miteinander vernetzt

136 Vgl. OVG NRW 8.11.2000, 1 A 5943/98.PVL, RDV 2001, 239.

137 BAG 19.4.1989, 7 ABR 87/87, NZA 1989, 936.

138 BAG 26.1.2016, 1 ABR 68/13, NZA 2016, 498 Rn. 24

139 BAG 15.1.2002, 1 ABR 13/01, EzA § 50 BetrVG 1972 Nr. 19; LAG Berlin-Brandenburg 8.8.2013 – 26 Sa 61/13.

140 BAG 11.11.1998, 7 ABR 47/97, NZA 1999, 947, 948; LAG Niedersachsen 24.5.2011, 1 TaBV 55/09, ZD 2011, 84.

141 BAG 14.11.2006, 1 ABR 4/06, NZA 2007, 399 Rn. 30 mwN; BAG 25.9.2012, 1 ABR 45/11, NZA 2013, 275 Rn. 26 f.; s. im Einzelnen *Bachner/Rupp*, NZA 2016, 207 m. Bsp.

142 BAG 20.12.1995, 7 ABR 8/95, NZA 1996, 945, 947.

sind, sondern der Datentransfer über einen gemeinsamen Server stattfindet. In einem solchen Fall ist eine unterschiedliche Ausgestaltung des elektronischen Datenverarbeitungssystems in den einzelnen Betrieben mit dessen einheitlicher Funktion nicht vereinbar.¹⁴³

Entsprechendes gilt, wenn ein Personalverwaltungssystem so angelegt ist, dass es einen **unternehmens- oder konzernweiten Zugriff auf die im System gespeicherten Beschäftigtendaten** gewährt, der eine **zentrale Nutzungs- und Überwachungsmöglichkeit erlaubt**. Das hat die Rechtsprechung¹⁴⁴ z. B. für das System SAP ERP angenommen, das in einem Konzern von der jeweils personalverwaltenden Konzerngesellschaft im „Einmandantenmodell“ genutzt wurde. Dort konnten die verarbeiteten Daten auf Grund einheitlicher Formate miteinander verknüpft, exportiert, importiert und für die Konzernunternehmen ohne zusätzlichen technischen Aufwand genutzt werden. Das betraf z. B. das Einlesen von Stundenkonten, den datenmäßigen Versand von Entgelt- oder Zeitrachweisen, die Erstellung der DEÜV-Meldungen sowie der Lohnsteuerbescheinigungen. Außerdem konnten durch benutzerdefinierte Datenbankfelder die von den Arbeitnehmern erhobenen Leistungs- und Verhaltensdaten konzernweit eingegeben, gefiltert und sortiert werden. Mit der eingebauten Protokollierungsfunktion konnten überdies sämtliche Zugriffe auf das System konzerneinheitlich festgehalten und überwacht werden. Ob das System tatsächlich konzernweit genutzt wurde, spielte für die Zuständigkeit des Konzernbetriebsrats keine Rolle,¹⁴⁵ weil das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG bereits dann greift, wenn die Möglichkeit zur Mitarbeiterkontrolle besteht. Allerdings muss die Entscheidung, ob ein DV-System betriebs-, unternehmens- oder konzernweit eingeführt wird, schon aus verfassungsrechtlichen Gründen (Art. 14 GG) in der Hand des Arbeitgebers bleiben. Sie ist von der Belegschaftsvertretung bis zur Willkürgrenze zu respektieren¹⁴⁶ und steht auch nicht zur Disposition der Einigungsstelle.

143 BAG 14.11.2006, 1 ABR 4/06, NZA 2007, 399 Rn. 30 f.

144 BAG 25.9.2012, 1 ABR 45/11, NZA 2013, 275, 277.

145 So BAG 25.9.2012, 1 ABR 45/11, NZA 2013, 275, 277; aA LAG Niedersachsen 24.5.2011, 1 TaBV 55/09, ZD 2011, 84; *Fischer/Trittin*, NZA 2009, 343. Gleichgültig ist deshalb, ob alle Betriebe bzw. Konzerngesellschaften denselben „Mandanten“ von SAP nutzen oder auf verschiedene Mandanten aufgeteilt sind. Stets gelangt dieselbe Software zum Einsatz, weshalb bei einem Update alle angeschlossenen Nutzer betroffen sind, vgl. *Bachner/Rupp*, NZA 2016, 207, 209.

146 LAG Niedersachsen 24.5.2011, 1 TaBV 55/09, ZD 2011, 84, 86; zustimmend *Beckschulze/Fackeldey*, RDV 2013, 109, 112.

3. Regelung durch Betriebsvereinbarung

a) Bedeutung und Grenzen

- 59** Der Abschluss einer Betriebsvereinbarung zur Verarbeitung von Beschäftigten-daten bietet sich aus zwei Gründen an. Zum einen ist eine Datenverarbeitung, die ohne Beachtung der einschlägigen Beteiligungsrechte erfolgt, nicht nur mitbestimmungswidrig, sondern führt nach der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung auch zu Unzulässigkeit gegenüber dem betroffenen Mitarbeiter.¹⁴⁷ Zum anderen gilt eine als Ergebnis der Beteiligung zustandegekommene Vereinbarung als Erlaubnisnorm für die Datenverarbeitung nach § 26 Abs. 4 BDSG, Art. 6 Abs. 1, Art. 88 Abs. 1 und 2 DS-GVO. Allerdings sind die Parteien solcher Vereinbarungen an die Direktiven des Art. 88 Abs. 2 DS-GVO gebunden. Darauf weist § 26 Abs. 4 S. 2 BDSG ausdrücklich hin. Notwendig sind danach „angemessene und besondere Maßnahmen zur Wahrung der menschlichen Würde sowie der berechtigten Interessen und der Grundrechte der betroffenen Person, insbesondere im Hinblick auf die Transparenz der Verarbeitung“. Dazu ist eine **Güterabwägung** zwischen den Persönlichkeitsrechten des Arbeitnehmers und dem schutzwürdigen Interesse des Arbeitgebers unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls **erforderlich**.¹⁴⁸ Sind sich die Betriebsparteien darin einig, dass ihre Betriebsvereinbarung den Umgang mit personenbezogenen Beschäftigtendaten erlauben bzw. datenschutzrechtlich legitimieren soll, sollten sie dies ausdrücklich regeln. Aus Gründen der Transparenz empfiehlt sich die Klarstellung, dass sich der Arbeitgeber die Verarbeitung von Beschäftigtendaten auch auf der Grundlage gesetzlicher Vorschriften vorbehält, d.h. nach § 26 BDSG bzw. Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO.

b) Systematischer Aufbau

- 60** In der Praxis hat es sich bewährt, die Regelungsmaterie „Datenschutz“ auf verschiedene Betriebsvereinbarungen aufzuteilen. In **IT-Rahmenvereinbarungen** werden die für sämtliche Verarbeitungsverfahren geltenden allgemeinen Grundsätze niedergelegt. Geregelt werden z. B. Fragen zum Geltungsbereich der IT-Regelungen, zur Prozess- und Projektgestaltung, zum Umgang mit Beschäftigtendaten, zu Zugriffs- und Kontrollrechten, zu Rechten der Arbeitnehmervertretungen sowie zur Entwicklung bestehender IT-Vereinbarungen samt Konfliktlösemechanismen. In **Einzel- bzw. „Detail“-Vereinbarungen** erfolgen dann die spezifischen Bestimmungen für das jeweilige Verarbeitungsverfahren. In ihnen werden die konkreten Zwecke des jeweiligen Verfahrens genannt, die dafür ver-

147 Vgl. BAG 22.10.1986, 5 AZR 660/85, NZA 1987, 415; Gola/Pötters/Wronka, Arbeitnehmerdatenschutz-Hdb Rn. 2058.

148 BAG 27.3.2003, 2 AZR 51/02, NZA 2003, 1193.

arbeiteten Beschäftigten Daten erwähnt sowie die technischen und organisatorischen Maßnahmen aufgeführt, die der Verantwortliche zum Schutz von Beschäftigten Daten zu ergreifen verspricht. Sie enthalten wiederum Anlagen, in der einzelne detaillierte Verfahrensschritte und Datenverarbeitungssysteme genau beschrieben werden. Die Vorteile eines solchermaßen gestuften Verfahrens liegen auf der Hand.¹⁴⁹ Zu allgemeinen Fragen müssen sich die Beteiligten nur einmal Gedanken machen. Haben sie hierzu für alle Seiten akzeptable Lösungen gefunden und die datenschutzrechtlichen Standards definiert, bleiben diese auch dann bestehen, wenn neue Verarbeitungsverfahren eingeführt oder vorhandene geändert werden sollen. Die Parteien können sich dann auf die Regelung von konkreten Einzelfragen in den Detail-Vereinbarungen konzentrieren. Im Idealfall ergibt sich auf diese Weise eine Vereinbarungshierarchie mit aufeinander abgestimmten Einzelregelungen. Je präziser die Rahmen- und Detailvereinbarungen die einzelnen Datenverarbeitungen regeln, desto eher werden Gerichte und Aufsichtsbehörden diese als gerechtfertigt ansehen.

Der Abschluss von IT-Rahmenbetriebsvereinbarungen unterliegt nicht der zwingenden betrieblichen Mitbestimmung,¹⁵⁰ weil sie noch keine konkreten Regelungen zur Mitarbeiterkontrolle enthalten. Sie können also nicht im Wege eines Einigungsstellenverfahrens erzwungen werden. Gleichwohl haben beide Parteien Interesse an einem freiwilligen Abschluss. Der Arbeitgeber benötigt sie als datenschutzrechtliche Erlaubnisnorm i. S. d. § 26 Abs. 4 BDSG, Art. 88 Abs. 2 DS-GVO, die Belegschaftsvertretung, um bestimmte Verarbeitungsgrundsätze allgemeinverbindlich durchzusetzen, wie z. B. den Ausschluss von Leistungs- und Verhaltenskontrollen. In Konzernunternehmen besteht momentan die Tendenz, den Aufwand und die Anzahl der Vereinbarungen zu verringern, um so die Wirtschaftlichkeit von Verhandlungs- und Regelungsprozessen zu erhöhen.¹⁵¹ Allerdings erweisen sich die derzeit gängigen IT-Systeme als derart komplex, dass sachgerechte Lösungen der datenschutzrechtlichen Probleme nur bei einer wirklich vertrauensvollen Zusammenarbeit der Betriebsparteien realistisch sind. Ziel ist es dann, den Einsatz der modernen IT-Technik mitzugestalten, statt ihn bloß zu kontrollieren oder gar zu beherrschen.¹⁵² Vertrauen muss aber auch zu den Systemadministratoren bestehen, denen durch Rahmenvereinbarungen möglichst klare, eindeutige und angemessene Arbeitsanweisungen zu erteilen sind.

149 *Beckschulze/Fackeldey*, RDV 2013, 109, 111.

150 Ebenso *Däubler*, Gläserne Belegschaften Rn. 817; *Wybitul*, NZA 2017, 1488, 1491.

151 *Böker/Demuth*, IKT-Rahmenvereinbarungen, S. 126.

152 *Böker/Demuth*, IKT-Rahmenvereinbarungen, S. 126.

IV. Weitere Pflichten des Verantwortlichen

1. Wer ist Verantwortlicher?

- 62 Verantwortlicher Adressat der datenschutzrechtlichen Verhaltenspflichten ist der **Arbeitgeber**, wenn und soweit er über das „Ob“ und das „Wie“ der Verarbeitung von Beschäftigtendaten entscheidet.¹⁵³ Abgestellt wird dabei auf das **Unternehmen**, d. h. auf den jeweils rechtlich selbständigen Rechtsträger, nicht auf den Betrieb oder Betriebsteil, auch nicht auf den Konzern als wirtschaftlicher Einheit.¹⁵⁴ Handeln für ihn natürliche Personen, bleibt der Arbeitgeber Verantwortlicher, wenn ihm deren Handeln zuzurechnen ist. Das ist zu bejahen, wenn sie nicht für eigene Zwecke, sondern für die des Arbeitgebers tätig werden.¹⁵⁵ Der Arbeitgeber hat als Verantwortlicher durch organisatorische Maßnahmen dafür zu sorgen, dass Personal, das Zugang zu personenbezogenen Daten hat, diese nur auf seine Weisung hin verarbeitet (Art. 32 Abs. 4 DS-GVO, Art. 29 DS-GVO). Da sich das Personal nicht selbst auf Art. 6 DS-GVO als Befugnisgrundlage für eine Datenverarbeitung berufen kann, schafft die Weisung insoweit eine abgeleitete Rechtfertigung.¹⁵⁶
- 63 Der **Betriebsrat** gilt trotz seiner datenschutzrechtlichen Eigenverantwortung¹⁵⁷ – etwa bei der Datensicherung (Art. 5 Abs. 1 lit. f und Art. 32 DS-GVO) – als Teil des Unternehmens des Verantwortlichen und nicht als Dritter i. S. d. Art. 4 Nr. 10 DS-GVO.¹⁵⁸ Die Datenverarbeitung durch den Betriebsrat ist deshalb keine Auftragsdatenverarbeitung i. S. d. Art. 28 DS-GVO. Für die Übermittlung von Beschäftigtendaten innerhalb des Unternehmens an den Betriebsrat enthält § 26 Abs. 1 S. 1 letzter Hs. eine spezielle Befugnis. Sie ist erlaubt, soweit sie zur Ausübung oder zur Erfüllung der sich aus einem Gesetz (z. B. BetrVG, TVG, KSchG, SGB IX) oder einem Tarifvertrag oder einer Betriebsvereinbarung ergebenden Rechte und Pflichten der Interessenvertretung der Beschäftigten erforderlich ist. Ausdrücklich klargestellt wird, dass das **BDSG** die **Beteiligungsrechte des Betriebsrats** – insbesondere die Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG.¹⁵⁹ – **unberührt** lässt (§ 26 Abs. 6 BDSG).

153 Kühling/Buchner-Hartung, Art. 4 Nr. 7 DS-GVO Rn. 13.

154 Vgl. Plath-Schreiber, § 3 BDSG Rn. 57.

155 Monreal, ZD 2014, 611, 613; Mithlein, RDV 2016, 74, 75.

156 Paal/Pauly-Martini, Art. 29 DS-GVO Rn. 7.

157 Gola, BB 2017, 1462, 1466; Kort, ZD 2017, 319, 323.

158 Kühling/Buchner-Hartung, Art. 4 Nr. 7 DS-GVO Rn. 11.

159 S. im Einzelnen Richardi-Maschmann, § 87 BetrVG Rn. 475 ff.; Wisskirchen/Schiller/Schwindling, BB 2017, 2105.

2. Zweckbindung**64**

Der Grundsatz der **strengen Zweckbindung** (Art. 5 Abs. 1 lit. b DS-GVO) verlangt, dass die Daten nur für Zwecke verarbeitet werden dürfen, die bereits vor der Erhebung eindeutig festgelegt sind. Eine Weiterverarbeitung zu anderen Zwecken, die mit den ursprünglichen nicht vereinbar sind, ist verboten. **Die Verarbeitungszwecke** müssen der betroffenen Person zum Zeitpunkt der Datenerhebung nach Maßgabe von Art. 13 Abs. 1 DS-GVO **mitgeteilt werden**. Sollen sie für einen anderen als für den ursprünglichen Zweck weiterarbeitet werden, ist die betroffene Person vorher zu informieren (§ 13 Abs. 3 DS-GVO). Ferner sind die Zwecke in einem **Verzeichnis der Verarbeitungstätigkeiten** festzuhalten (Art. 30 Abs. 1 S. 2 lit. b DS-GVO). Darin hat der Verantwortliche anzugeben, welche technischen und organisatorischen Maßnahmen er getroffen hat, um ein angemessenes Datenschutzniveau zu gewährleisten (Art. 30 Abs. 1 S. 2 lit. g i.V.m. Art. 32 Abs. 1 DS-GVO). Ohne diesen Nachweis ist die Verarbeitung rechtswidrig (Art. 24 Abs. 1 S. 1 DS-GVO). Das Verarbeitungsverzeichnis ist grundsätzlich **schriftlich** zu führen, was auch in einem elektronischen Format erfolgen kann (Art. 30 Abs. 3 DS-GVO). **Befreit** von dieser Verpflichtung sind zwar Unternehmen oder Einrichtungen, die weniger als 250 Mitarbeiter beschäftigen. Das gilt allerdings dann nicht, wenn die konkrete Verarbeitung nicht nur gelegentlich erfolgt oder wenn sensitive Daten i. S. d. Art. 9 DS-GVO verarbeitet werden (Art. 30 Abs. 5 DS-GVO).

3. Verantwortlichkeitsgrundsatz**65**

§ 26 Abs. 5 BDSG ordnet ferner ausdrücklich an, dass der Verantwortliche geeignete technische und organisatorische Maßnahmen ergreifen muss, um die Einhaltung der insbesondere in Art. 5 DS-GVO dargelegten Grundsätze für die Verarbeitung von Beschäftigtendaten sicherzustellen. Die dort in Abs. 1 lit. a–f genannten **sechs Prinzipien** sind bereits aus der DSRL und dem BDSG aF bekannt: **Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung, Zweckbindung, Datenminimierung, Richtigkeit, Speicherbegrenzung, Integrität und Vertraulichkeit**. Die Datenverarbeitung muss nicht nur auf rechtmäßige Weise, nach Treu und Glauben und in einer für den Beschäftigten nachvollziehbaren Weise erfolgen, sondern muss sich auf das für die Zweckerreichung **Notwendige beschränken**. Lässt sich der Zweck auch ohne Beschäftigtendaten erreichen – etwa durch entsprechende Technikgestaltung oder **Pseudonymisierung** (Art. 25 Abs. 1 DS-GVO) –, ist die Verarbeitung unzulässig. Ferner müssen Beschäftigtendaten **unverzüglich berichtigt oder gelöscht werden**, falls diese fehlerhaft oder unzulässig verarbeitet wurden (Art. 17 Abs. 1 lit. d DS-GVO). Ob damit eine ständige Prüfungspflicht gemeint ist, ist streitig. Es dürfte wohl genügen, eine Pflicht zur Einleitung eines Korrekturprozesses nur dann anzunehmen, wenn eine Da-

tenunrichtigkeit bekannt wird.¹⁶⁰ Beschäftigtendaten, die die Identifizierung des Betroffenen erlauben, dürfen überdies **nur so lange gespeichert werden**, wie dies zur Erreichung der vereinbarten Zwecke erforderlich ist (Art. 5 Abs. 1 lit. e DS-GVO). Außerdem müssen sie **vor unbefugtem Zugriff geschützt werden**. Dabei hat der Arbeitgeber sicherzustellen, dass Personal, das Zugang zu personenbezogenen Daten hat, diese nur nach seinen Anweisungen verarbeitet.¹⁶¹ Ferner sind die Vorschriften der Art. 32 ff. DS-GVO über Datensicherheit zu beachten, und es ist der betriebliche Datenschutzbeauftragte (Art. 37 DS-GVO) rechtzeitig vor der Verarbeitung zwecks Folgenabschätzung (Art. 35 DS-GVO) einzubinden.

4. Transparenz

- 66** Sollen Beschäftigtendaten **weitergeleitet** werden, so hat der Verantwortliche der betroffenen Person neben **dem Namen des Verantwortlichen und den Verarbeitungszwecken auch den vorgesehenen Empfänger mitzuteilen**, der die übermittelten Daten erhalten soll. Das ergibt sich aus Art. 13 Abs. 1 lit. e DS-GVO, wenn die Daten beim Betroffenen erhoben werden, und aus Art. 14 Abs. 1 lit. e DS-GVO, falls dies bei einem Dritten geschieht.
- 67** **Empfänger** i. S. d. DS-GVO ist jede Stelle, der personenbezogene Daten offenlegt werden (Art. 4 Nr. 9 S. 1 DS-GVO). Da der Empfänger kein Dritter i. S. v. Art. 4 Nr. 10 DS-GVO zu sein braucht, besteht eine Informationspflicht auch hinsichtlich von Datenflüssen zwischen verschiedenen Untereinheiten des Verantwortlichen¹⁶² und erst recht bei Übermittlungen an andere Unternehmen des Konzerns. Das gilt selbst dann, wenn die Voraussetzung einer privilegierten Auftragsverarbeitung i. S. d. Art. 4 Nr. 8, Art. 28 DS-GVO vorliegen. Denn auch Auftragsverarbeiter sind als Empfänger anzusehen.¹⁶³
- 68** Der Verantwortliche muss dem Betroffenen die **absehbaren Empfänger¹⁶⁴ oder Kategorien von Empfängern** mitteilen.¹⁶⁵ Der Begriff „Kategorien von Empfängern“ meint dabei die Zusammenfassung von Empfängern, die auf Grund eines ähnlichen Sachverhalts die Daten erhalten (z. B. alle Abteilungsleiter eines

160 Ebenso *Wybitul/Sürup/Pöppers*, ZD 2015, 559, 562.

161 BT-Drucks. 18/11325, 98.

162 Kühling/Buchner-Bäcker, Art. 13 DS-GVO Rn. 28.

163 Kühling/Buchner-Bäcker, Art. 13 DS-GVO Rn. 28; Gola-Franck, Art. 14 DS-GVO Rn. 15; Sydow-Ingold, Art. 13 DS-GVO Rn. 19.

164 Im Gesetzgebungsverfahren wurden Bedenken geäußert, ob die Formulierung zu vage sei und deshalb etwa auch Mitarbeiter des Verantwortlichen erfasst sein können (s. Rat, 7978/1/15 REV 1, S. 23 Fn. 77). Das ist nicht von der Hand zu weisen.

165 Kühling/Buchner-Bäcker, Art. 13 DS-GVO Rn. 30; Paal-Pauly, Art. 13 DS-GVO Rn. 18.

Unternehmens, Auftragsdatenverarbeiter).¹⁶⁶ Dabei sind die Empfänger nicht namentlich zu erwähnen, sondern abstrakt: Personalabteilung, Abteilungsleiter, Konzernleitung usw.¹⁶⁷ Sind bei der Datenerhebung bereits konkrete Empfänger bekannt, sind sie zu benennen. Ist das nicht der Fall, muss der Verantwortliche den geplanten Datentransfer so genau beschreiben, dass der Betroffene möglicherweise damit verbundene Risiken abschätzen kann.¹⁶⁸

Zur **Form** macht Art. 13 DS-GVO keine Angaben. Deshalb ist auf Art. 12 DS-GVO zurückzugreifen.¹⁶⁹ Die Vorschrift enthält kein spezielles Formerfordernis, sondern überlässt es dem Verantwortlichen, in welcher Art und Weise er den Betroffenen informiert.¹⁷⁰ Da die Vorschrift technikneutral gestaltet ist, kann die Unterrichtung **schriftlich oder elektronisch** – z. B. durch E-Mail – geschehen (Art. 12 Abs. 1 S. 2 DS-GVO). Allerdings muss sie individuell und gezielt erfolgen und kann daher nicht durch Hinweise in allgemeinen Geschäftsbedingungen ersetzt werden.¹⁷¹

Im Gegensatz zum früheren Recht spielt es unter der Geltung der DS-GVO keine Rolle mehr, **ob der Betroffene mit dem Datentransfer rechnen musste**.¹⁷² Die Einschränkung des § 4 Abs. 3 S. BDSG aF fehlt im neuen Recht.¹⁷³ Die Hinweispflicht entfällt allerdings dann, wenn der Betroffene bereits über die notwendigen Informationen verfügt (Art. 13 Abs. 4 DS-GVO). Dazu genügt es jedoch nicht, dass der Betroffene, wenn er sich nur vage vorstellen kann, wer seine Daten erhält, mit etwas Zusatzwissen auf die an sich exakt mitzuteilende Information schließen könnte. Im Anwendungsbereich von Art. 13 DS-GVO werden ihm solche Schlussfolgerungen gerade nicht zugemutet. Erst recht nicht muss er sich fehlende Informationen auf eigene Faust beschaffen.¹⁷⁴ Der Ausnahmetatbestand des Art. 13 Abs. 4 DS-GVO greift nur bei positiver Kenntnis; bloßes Kennenmüssen genügt nicht.

Teilt der Verantwortliche dem Betroffenen die für die Übermittlung relevanten Informationen nicht, unvollständig oder fehlerhaft mit, kann dies eine **Geldbuße** nach sich ziehen (Art. 83 Abs. 5 lit. b DS-GVO).¹⁷⁵ Eine andere Frage ist, ob auch

166 Vgl. Simitis-Dammann, Art. 19 EG-DatSchRL Rn. 6.

167 Gola-Franck, Art. 13 DS-GVO Rn. 16; BeckOK DatenschutzR-Schild, Art. 4 DS-GVO Rn. 104; aA Härting, DS-GVO, Rn. 59, der die Angabe der Kategorie nur genügen lassen will, sofern die Empfänger noch nicht genau feststehen.

168 Kühling/Buchner-Bäcker, Art. 13 DS-GVO Rn. 30.

169 Gola-Franck, Art. 13 DS-GVO Rn. 34; Sydow-Ingold, Art. 13 DSGVO Rn. 14.

170 Sydow-Ingold, Art. 12 DSGVO Rn. 16.

171 Sydow-Ingold, Art. 12 DSGVO Rn. 17.

172 Kühling/Buchner-Bäcker, Art. 13 DS-GVO Rn. 31.

173 Gola-Franck, Art. 14 DS-GVO Rn. 14.

174 Kühling/Buchner-Bäcker, Art. 13 DS-GVO Rn. 84.

175 Gola-Franck, Art. 14 DS-GVO Rn. 36; Ehmann/Selmayr-Knyrim, Art. 13 DS-GVO Rn. 65.

die Datenübermittlung wegen des Verstoßes rechtswidrig wird. Das ist zu verneinen. War die betroffene Person **verpflichtet, die Datenübermittlung zu dulden**, so hätte der Verantwortliche die Daten letztlich auch bei ordnungsgemäßer Information weiterleiten dürfen. Die Informationspflicht dient dann nur dazu, dass der Betroffene Kenntnis über den Übermittlungsempfänger sowie über den Zweck und das Ausmaß der Verarbeitung erlangt, um seine Rechte geltend zu machen. Diese Funktion kann auch eine nachgeholte Information erfüllen. Folglich berührt der Pflichtverstoß die Rechtmäßigkeit der Datenübermittlung nicht.¹⁷⁶

V. Rechte des Betroffenen

1. Primäransprüche

- 72 Die Art. 12 ff. DS-GVO gewähren der von der Verarbeitung ihrer Daten betroffenen Person eine Reihe weiterer individueller Rechte. Zunächst kann sie vom Verantwortlichen **Auskunft** darüber verlangen, ob sie betreffende personenbezogene Daten verarbeitet werden (Art. 15 DS-GVO). Ist das der Fall, hat sie der Verantwortliche zu unterrichten, und zwar über die Verarbeitungszwecke, die Kategorien der verarbeiteten Daten (z. B. Name, Wohnort, Betriebsabteilung, Alter, Personalnummer), die Empfänger und Zugriffsberechtigten der Daten, die Speicherdauer, das Recht auf Berichtigung, Löschung, Widerspruch und Beschwerde bei der Aufsichtsbehörde sowie über die Herkunft der Daten, falls diese nicht bei der betroffenen Person erhoben wurden. Werden personenbezogene Daten an einen Empfänger in einem „Drittland“ außerhalb der EU übermittelt, kann die betroffene Person Auskunft über die hierfür nach Art. 46 DS-GVO erforderlichen **Garantien** verlangen (Art. 15 Abs. 2 DS-GVO). Überdies hat der Verantwortliche eine **kostenlose Kopie der personenbezogenen Daten**, die Gegenstand der Verarbeitung sind, **zur Verfügung zu stellen** (Art. 15 Abs. 3 DS-GVO). Sodann kann die betroffene Person die unverzügliche **Berichtigung** unrichtiger bzw. die **Vervollständigung unvollständiger Daten** verlangen, indem sie z. B. ergänzende Erklärungen abgibt. Ferner kann sie die unverzügliche **Löschung** ihrer Daten fordern, etwa wenn deren Speicherung für das Erreichen des damit verfolgten Verarbeitungszwecks nicht mehr erforderlich ist, wenn die betroffene Person ihre Einwilligung widerrufen oder Widerspruch gegen die Verarbeitung eingelegt hat oder wenn Daten unrechtmäßig verarbeitet wurden (Art. 17 Abs. 1 DS-GVO). Der Verantwortliche kann dem entgegen, dass er die Daten zur Ausübung oder zur Verteidigung von Rechtsansprüchen weiter benötigt (Art. 17 Abs. 3 lit. e DS-GVO). Nach Maßgabe von Art. 18 DS-GVO kann die betroffene Person auch die **Einschränkung der Verarbeitung** fordern, was zur Folge hat, dass die Daten – von ihrer Speicherung abgesehen – nur mit ihrer

176 Kühling/Buchner-Bäcker, Art. 13 DS-GVO Rn. 64.

Einwilligung oder zur Ausübung bzw. zur Verteidigung von Rechtsansprüchen des Verantwortlichen weiter verarbeitet werden dürfen. Hat die betroffene Person in die Datenverarbeitung eingewilligt, steht ihr ein **Recht auf Datenübertragbarkeit** nach Maßgabe von Art. 20 DS-GVO zu. Selbst wenn die Daten rechtmäßig verarbeitet werden, kann die betroffene Person jederzeit **Widerspruch** einlegen, wenn sich Gründe aus ihrer besonderen Situation ergeben. In diesem Fall muss der Verantwortliche nachweisen, dass zwingende Gründe für die Verarbeitung bestehen, die die Interessen, Rechte und Freiheiten der betroffenen Person überwiegen (Art. 21 Abs. 1 DS-GVO). Außerdem kann die betroffene Person fordern, keiner Entscheidung unterworfen zu werden, wenn diese ausschließlich auf einer **automatisierten Verarbeitung** beruht und ihr gegenüber rechtliche Wirkung entfaltet oder sie in ähnlicher Weise erheblich beeinträchtigt (Art. 22 Abs. 1 DS-GVO), es sei denn, dass eine solche Entscheidung mit ihrer ausdrücklichen Einwilligung geschieht oder für den Abschluss oder die Erfüllung eines Vertrags zwischen dem Verantwortlichen und der betroffenen Person erforderlich ist (Art. 22 Abs. 2 DS-GVO). Die Vorgaben der DS-GVO sind für das deutsche Recht – soweit es die Öffnungsklauseln in den Art. 13 ff. DS-GVO erlauben – durch die §§ 32 ff. BDSG eingeschränkt worden. Ob das erlaubt ist, wird die Rechtsprechung des EuGH klären müssen.

2. Sekundäransprüche

Ist einem Beschäftigten wegen eines Verstoßes gegen die DS-GVO ein materieller oder immaterieller Schaden entstanden, hat er Anspruch auf **Schadenersatz** gegen den Verantwortlichen (Art. 82 Abs. 1 DS-GVO). Der **Verantwortliche** wird von seiner **Haftung nur dann befreit**, wenn er nachweist, dass er **in keinerlei Hinsicht** für den Umstand, durch den der Schaden eingetreten ist, **verantwortlich** ist (Art. 82 Abs. 3 DS-GVO). Das ist der Fall, wenn er sämtliche Sorgfaltsanforderungen erfüllt hat und ihm nicht die geringste Fahrlässigkeit vorzuwerfen ist oder wenn der Schaden ausschließlich auf dem Verhalten der betroffenen Person oder höherer Gewalt beruht.¹⁷⁷ Dabei haftet der Verantwortliche auch für das Handeln seiner Mitarbeiter, ohne sich entlasten zu können. Eine unmittelbare Haftung trifft auch den Auftragsverarbeiter i. S. d. Art. 28 DS-GVO.

¹⁷⁷ Kühling/Buchner-Bergt, Art. 82 DS-GVO Rn. 54.

Kapitel 17

Vergütungssysteme in tarifpluralen Betrieben

Schrifttum: *F. Bayreuther*, Tarif- und Arbeitskampfrecht in der Neuorientierung, NZA 2008, 12; *W. Bayreuther*, Tarifeinheit und Gewerkschaftspluralität – Die Lösung der Deutschen Bahn, in: Maschmann (Hrsg.), FS Hromadka, 2008, S. 1; *Bepler*, Gewillkürte „kollidierende“ Tarifpluralität und Tarifeinheitgesetz, RdA 2015, 194; *Brecht-Heitzmann*, Das Kombinationsprinzip als Lösung der Tarifpluralität, in: Dieterich/Le Friant/Nogler/Kezuka/Pfarr (Hrsg.), GS Zachert, 2010, S. 502; *Buchner*, Turbulenzen im Arbeitskampfrecht, BB 2008, 106; *Däubler/Bepler*, Das neue Tarifeinheitsrecht, 2016; *Forst*, Tarifpluralität und die Frage nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, ZTR 2011, 587; *Franzen*, Das Ende der Tarifeinheit und die Folgen, RdA 2008, 193; *ders.*, Das Bundesverfassungsgericht und das Tarifeinheitgesetz, ZTR 2017, 571; *Freckmann/Müller*, BAG kippt Grundsatz der Tarifeinheit – was nun?, BB 2010, 1981; *Greiner*, Das Tarifeinheitgesetz – Dogmatik und Praxis der gesetzlichen Tarifeinheit, NZA 2015, 769; *Hanau*, Der Kampf um die Tarifeinheit, DB 2010, 2107; *Heisig*, Arbeitsentgelt- und Arbeitszeitregelungen im Spannungsfeld zwischen tariflicher und betriebsvereinbarungsrechtlicher Normsetzungsbefugnis, 1991; *Jacobs*, Tarifpluralität statt Tarifeinheit – Aufgeschoben ist nicht aufgehoben, NZA 2008, 325; *Kamanabrou*, Der Streik durch Spartengewerkschaften – Zulässigkeit und Grenzen, ZfA 2008, 241; *Krebbber*, Tarifrechtliche Probleme unter der Herrschaft der Tarifpluralität, RdA 2011, 23; *Löwisch*, Reparatur der Tarifeinheit als Sache des Gesetzgebers, NZA 2017, 1423; *Melot de Beauregard*, Das neue Gesetz zur Tarifeinheit, DB 2015, 1527; *Meyer*, Abstimmungspflichten in multilateralen Tarifvertragssystemen, NZA 2009, 993; *ders.*, Betriebsverfassungsrechtliche Zuordnungstarifverträge bei Tarifpluralität, SAE 2010, 27; *ders.*, Fragerecht nach der Gewerkschaftsmitgliedschaft bei Arbeitsbeginn?, BB 2011, 2362; *ders.*, Rechtliche wie praktische Unzulänglichkeiten einer Tarifpluralität, NZA 2006, 1387; *ders.*, Rücksichtnahme als Nebenpflicht auch konkurrierender Tarifvertragsparteien, in: Henssler/Joussen/Maties/Preis (Hrsg.), FS Wank, 2014, S. 351; *ders.*, Beschäftigungssichernde Tarifverträge, ZTR 2005, 394; *ders.*, Zum Kooperationsgebot konkurrierender Gewerkschaften – Erste Lehren aus dem Tarifkonflikt im Bahnkonzern, in: Bauer/Kort/Möllers/Sandmann (Hrsg.), FS Buchner, 2009, S. 628; *ders.*, Zur Kontrolle der Tariffähigkeit neu gegründeter Gewerkschaften, DB 2011, 1920; *Michel/Möller/Peter*, Tarifpluralität und die Frage nach der Zugehörigkeit zu einer Gewerkschaft, AuR 2008, 36; *Preis/Bender*, Recht und Zwang zur Lüge – Zwischen List, Tücke und Wohlwollen im Arbeitsleben, NZA 2005, 1321; *Richardi*, Systemwidrigkeit des Tarifeinheitgesetzes als Quelle der Rechtsunsicherheit, NZA 2015, 915; *Rieble*, Tarifeinheit nach Karlsruhe, NZA 2017, 1157; *Rolfs*, Erstreikbarkeit firmenbezogener Verbandstarifverträge?, DB 2003, 1678; *Schliemann*, Zur Inbezugnahme des Minderheitstarifvertrags, NZA 2015, 1298; *Sprenger*, Tarifpluralität und die Frage nach der Gewerkschaftszugehörigkeit – Die unliebsame Kehrseite der Medaille, NZA 2015, 719; v. *Steinau-Steinrück/Gooren*, Steine statt Brot vom BVerfG in Sachen Tarifeinheit?, NZA 2017, 1149; *Thüsing/Braun* (Hrsg.), Tarifrecht, 2. Aufl. 2016.

Kap. 17 Vergütungssysteme in tarifpluralen Betrieben

Übersicht

	Rn.		Rn.
I. Konfliktlage in tarifpluralen Betrieben	1	a) 3-G-Prinzip	60
II. Die Ermittlung der Gewerkschaftszugehörigkeit als zentrales Problem der Praxis	8	b) Tarifführerschaft	61
1. Aspekte des Individualschutzes	9	c) Spannen-Modelle	62
2. Aspekte des Koalitionsschutzes	14	d) Bewertung	64
3. Aspekte des gewerkschaftlichen Wettbewerbs	18	V. Lösung von Tarifpluralitäten über das BetrVG?	65
4. Ansätze für eine Gestaltung?	21	1. Tarifvorrang und Tarifsperre aus § 87 Abs. 1 ES und § 77 Abs. 3 BetrVG	65
a) Sicherung des Individualschutzes	22	2. Öffnungsklauseln im Tarifvertrag	67
b) Sicherung des Koalitionsschutzes	25	a) Alte Rechtslage	69
c) Schutz über das Notarverfahren im TEG	27	b) Neue Rechtslage	71
d) Bewertung	28	c) Bewertung unter dem Tarifeinheitsgesetz	74
5. Gestaltungen	29	VI. Lösung von Tarifpluralität durch die Arbeitsvertragsparteien	77
a) Offenbarungsrecht der Arbeitnehmer	29	1. Bezugnahmen unter dem Tarifeinheitsgesetz	77
b) Tarifierung	30	2. Die üblichen Formen einer Bezugnahme	79
c) Änderung des Arbeitsvertrages	31	3. Regelungslücke durch § 4a TVG?	81
III. Lösung der Tarifpluralität durch § 4a TVG?	32	a) Tarifwechselklausel	83
1. Zielsetzung und Anwendungsbereich	33	b) Klein-dynamische Bezugnahme-klausel	85
2. Kollisionsfragen	36	c) Statische Bezugnahme-klausel	87
3. Lösung der Kollision im Betrieb	41	4. AGB-Kontrolle	88
4. Gestaltungen der Tarifvertragsparteien	44	a) Überraschende Klausel?	90
5. Abdingbarkeit des § 4a TVG?	46	b) Unklare Klausel?	93
IV. Lösung von Tarifpluralität durch die Tarifvertragsparteien?	48	5. Gestaltungen	95
1. Gebot der Rücksichtnahme	48	a) Mehrheitstarifvertrag	96
2. Erwartung des TEG an eine Kooperation der Gewerkschaften	52	b) Tarifvertrag einer Gewerkschaft	97
3. Anforderungen an ein kooperatives Modell	55	c) Wahlrecht des Arbeitnehmers bzw. Arbeitgebers	98
4. Gestaltungs-Modelle	59	d) Anrechnungsklausel	100
		e) Auflösende Bedingung	101
		f) Bewertung	102
		VII. Ausblick	100

I. Konfliktlage in tarifpluralen Betrieben

Die Freigabe von Tarifmehrheit durch das BAG¹ hat die Diskussion darüber be- 1
 fördert, ob überhaupt und in welchem Umfang auch miteinander konkurrierende
 Tarifvertragsparteien auf Gewerkschafts- oder Arbeitgeberseite die Belange des
 anderen Sozialpartners bei der Verhandlung und der Umsetzung eines Tarifver-
 trags mit zu berücksichtigen haben.² Diese Konstellationen einer Konkurrenz
 von Tarifvertragsparteien sind strukturell sowohl auf der Gewerkschafts- als
 auch der Arbeitgeberseite – etwa im Baubereich – zu beobachten.³ Im Gewerk-
 schaftslager hat dabei in letzter Zeit das Phänomen konkurrierender DGB- und –
 kleinerer – Sparten-Gewerkschaften des DBB die Diskussion geprägt.⁴

In der Vergangenheit wurden solche – auch organisationspolitischen – Konkur- 2
 renzen häufig durch freiwillige Abreden der gewerkschaftlichen Konkurrenten
 „kanalisiert“. Diese Abreden regelten dabei etwa die gewerkschaftsseitige Ab-
 stimmung im Stadium der Vorbereitung und Verhandlung von Tarifverträgen so-
 wie deren Abschluss⁵ und konnten noch weitergehend bis in sanierungsbedingte
 Bündnis- und sogar selbst Arbeitskampf-Situationen hineinreichen. Oftmals
 schlossen sich gerade auch organisationspolitisch miteinander konkurrierende
 Gewerkschaften zu einer Tarifgemeinschaft als GbR nach § 705 BGB zusam-
 men, welche dann einheitlich für beide Organisationen die Tarifverhandlungen
 führte.⁶

Indessen scheint es insbesondere im Spannungsfeld von DGB- und DBB-Ge- 3
 werkschaften an der Bereitschaft zu solchen freiwilligen Abreden tendenziell zu
 fehlen, die gemeinsame Konkurrenz zugunsten einheitlicher Tariflösungen in
 den Betrieben abzumildern. Hintergrund hierfür dürfte auch das Fehlen eines
 Konfliktlösungs-Mechanismus wie etwa dem DGB-internen Schiedsgericht
 sein.⁷ Im Gegenteil ist zu beobachten, dass die organisationspolitische Front-
 Stellung weiter ausgebaut wird, wie etwa die Gründung einer Gewerkschaft
 NahVG belegt, die sich als Joint Venture von GDL und Komba um die Belange

1 BAG 7.7.2010, 4 AZR 549/08, NZA 2010, 1068 ff.

2 Meyer, FS Buchner, S. 628 ff. zum Kooperationsgebot konkurrierender Gewerkschaften.

3 Vgl. die Beispiele bei Meyer, NZA 2009, 993.

4 Meyer, DB 2011, 1920.

5 Vgl. aktuell etwa die für den Bereich der Bühne oder des Busverkehrs von der ver.di mit den dort konkurrierenden Gewerkschaften jeweils abgeschlossenen Kooperationsabkommen.

6 Hierfür im Bereich von Zuordnungtarifverträgen nach § 3 BetrVG etwa *Fitting*, § 3 BetrVG Rn. 16.

7 Vgl. hierzu BAG 27.9.2005, 1 ABR 41/04, NZA 2006, 273.

Kap. 17 Vergütungssysteme in tarifpluralen Betrieben

der Arbeitnehmer im gesamten Nahverkehr kümmern will⁸ und die damit in Konkurrenz nicht zuletzt zu ver.di treten wird.

- 4 Eine sich indessen stärker auf organisationspolitische Auseinandersetzungen verlegende Tarifpolitik konkurrierender Gewerkschaften⁹ wirft dabei die Frage auf, inwieweit hierbei noch angemessen Rücksicht auf die Interessen des Arbeitgebers, der Betriebsräte und nicht zuletzt der nicht oder anders organisierten Arbeitnehmer als Teil der Betriebs- und Arbeitsgemeinschaft genommen wird. Dies betrifft nicht zuletzt den Bereich der Vergütungssysteme in tarifpluralen Betrieben, weil auch hier nach Vorstellung des BAG die Gewerkschaften um den besten Tarifvertrag – und damit um Mitglieder – im Wettbewerb stehen. Diese Konkurrenzsituation wird auch durch die Rechtsprechung zu – einfachen – Differenzierungsklauseln weiter befördert.¹⁰
- 5 Mit Blick auf das im Tarifeinheitsgesetz geregelte Mehrheitsprinzip werden nicht nur zur Steigerung der Mitgliederzahl ein exzessiver Einsatz von Differenzierungsklauseln, sondern auch beitragsfreie Kurz-Mitgliedschaften oder sogar „Handgelder“ befürchtet, falls Arbeitnehmer einer Gewerkschaft zum „Zähltag“ beitreten.¹¹
- 6 Trotz dieser erkennbaren Spannungslagen hat die Rechtsprechung bislang keine Antworten zur Bewältigung der Folgen von Tarifmehrheit angeboten. Im Gegenteil wurde eine – inhaltliche und themenbezogene – Abstimmung gerade dort als eine unzulässige „Zwangstarifgemeinschaft“ vom BAG verworfen,¹² wo sie kraft Natur der Sache besonders nahegelegen hätte: Nämlich bei der Gestaltung eines einheitlich alle Betriebsangehörigen umfassenden Betriebes durch einen Zuordnungstarifvertrag nach § 3 BetrVG.¹³
- 7 Indessen versteht sich auch das am 3.7.2015 in Kraft getretene Tarifeinheitsgesetz nur als eine subsidiäre Auffanglösung. Dies hat auch das BVerfG betont, als es das Tarifeinheitsgesetz in weiten Teilen als verfassungskonform erachtet und den Gesetzgeber im Übrigen zu Nachbesserungen aufgerufen hat.¹⁴ Denn Vorrang vor der gesetzlichen Auflösung einer Tarifpluralität im Betrieb nach § 4a TVG sollen tarifautonome Lösungen der Tarifvertragsparteien selbst genießen. Der nachfolgende Beitrag untersucht daher Reaktionsmöglichkeiten der Tarifvertrags-, Betriebs- und Arbeitsvertragsparteien, ob und wie den durch konkur-

8 ÖPNV Aktuell Nr. 6/2013 vom 22.1.2013.

9 Meyer, FS Buchner, S. 628, 629 ff.

10 BAG 18.3.2009, 4 AZR 64/08, NZA 2009, 1028; LAG Mecklenburg-Vorpommern 30.10.2014, 5 Sa 237/13, NZA-RR 2015, 363.

11 Greiner, NZA 2015, 769, 773.

12 BAG 29.7.2009, 7 ABR 27/08, NZA 2009, 1424.

13 Kritisch daher die Anmerkung von Meyer zu BAG 29.7.2009, 7 ABR 27/08, SAE 2010, 27.

14 BVerfG 11.7.2017, 1 BvR 1571/15 u. a.

rierende Vergütungssysteme im tarifpluralen Betrieb hervorgerufenen Problemen begegnet werden kann. Die hier diskutierten Gestaltungen verstehen sich als erste Ansätze, auch wenn das BVerfG in weiten Teilen bereits über die Wirksamkeit des Tarifeinheitsgesetzes befunden hat. Denn die bis Ende 2018 vom BVerfG eingeforderten Nachbesserungen des Gesetzgebers beschränken sich auf eine Berücksichtigung der Interessen der Minderheiten in den Tarifverhandlungen der Mehrheitsgewerkschaft.¹⁵

II. Die Ermittlung der Gewerkschaftszugehörigkeit als zentrales Problem der Praxis

Die Umsetzung von Vergütungssystemen in tarifpluralen Betrieben sollte eigentlich die Kenntnis der jeweiligen Gewerkschaftsmitgliedschaft voraussetzen, um so normativ nach §§ 3 Abs. 1 und 4 Abs. 1 TVG geltende Tarifregeln im Arbeitsverhältnis umsetzen zu können.¹⁶ Indessen ist nach der bisherigen Rechtsprechung und wohl überwiegenden Rechtsmeinung davon auszugehen, dass der Arbeitgeber nicht von sich aus ohne Weiteres nach der Gewerkschaftszugehörigkeit fragen darf. 8

1. Aspekte des Individualschutzes

In der Vergangenheit hat die Rechtsprechung besonders schützenswerte Arbeitnehmer-Gruppen insbesondere in Einstellungsgesprächen vor der Frage eines Arbeitgebers etwa nach der Schwangerschaft dadurch geschützt, dass den Frauen ein Recht zur Lüge eingeräumt wurde.¹⁷ Denn auf eine nach dem § 1 AGG unzulässige Frage brauche eine Schwangere nicht wahrheitsgemäß zu antworten,¹⁸ um nicht zu riskieren, als Bewerberin um einen Arbeitsplatz abgelehnt zu werden. 9

Ähnliche Überlegungen bewegen die Rechtsprechung bei der Frage nach einer Mitgliedschaft in einer Gewerkschaft, weil insoweit – faktisch – eine Diskriminierung durch den Arbeitgeber befürchtet wird. Eine solche Diskriminierung wäre zwar sowohl nach Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG als auch § 612a BGB – rechtlich – unbeachtlich.¹⁹ Allerdings traut die Rechtsprechung dem Arbeitnehmer nicht 10

15 Dazu *Thüsing*, NZA-Editorial Heft 24/2018; zum Streit über die Wirksamkeit des TEG ab dem 1.1.2019 vgl. bejahend von *Steinau-Steinrück/Gooren*, NZA 2017, 1156 und *Rieble*, NZA 2017, 1161 einerseits sowie verneinend *Löwisch*, NZA 2017, 1426 andererseits.

16 *Sprenger*, NZA 2015, 719 f.

17 Vgl. *Schaub-Linck*, § 26 Rn. 16, 32.

18 *Schaub-Linck*, § 26 Rn. 32.

19 In letzte Richtung auch etwa LAG Hessen 7.12.2012, 12 Sa 654/11 als Vorinstanz zu BAG 18.11.2014, 1 AZR 257/13, NZA 2015, 306.

Kap. 17 Vergütungssysteme in tarifpluralen Betrieben

zu, sein Recht auch einzuklagen, und trachtet daher, das Arbeitsverhältnis von etwaigen Streitigkeiten und Sanktionen des Arbeitgebers frei zu halten.

- 11 Insbesondere im Arbeitskampfrecht braucht nach der Rechtsprechung weder die Gewerkschaft noch ein Arbeitnehmer seine Gewerkschaftsmitgliedschaft nicht offenzulegen.²⁰ Das BAG begründet dies damit, dass der Arbeitgeber z. B. nicht gezielt nur Mitglieder einer Gewerkschaft aussperren dürfe. Insoweit hält das BAG an dem Gedanken der Einheit der Belegschaft fest, weil sich alle Arbeitnehmer am Arbeitskampf jeder Gewerkschaft beteiligen können. Umgekehrt müsse etwa der Arbeitgeber alle Arbeitnehmer – theoretisch – aussperren, auch wenn nur eine der im Betrieb vertretenen Gewerkschaften streikt.
- 12 Obwohl gerade in tarifpluralen Vergütungssystemen eine Kenntnis der jeweiligen Gewerkschaftsmitgliedschaft unverzichtbar erscheint,²¹ hat die Rechtsprechung bislang nicht zu erkennen gegeben, ob sie sich in diese Richtung fortentwickeln könnte.²² Dabei könnte etwa § 32 BDSG für ein solches Fragerecht des Arbeitgebers im laufenden Arbeitsverhältnis ebenso wie § 2 Abs. 1 Satz 1 NachwG sprechen,²³ wonach der Arbeitgeber spätestens einen Monat nach Arbeitsbeginn die wesentlichen Vertragsbedingungen schriftlich niederzulegen hat. Dabei besteht auch die Möglichkeit, auf den einschlägigen Tarifvertrag zu verweisen.
- 13 Ohne ein solches Fragerecht besteht das Risiko, dass der Arbeitgeber möglicherweise über die Bezugnahmeklausel im Arbeitsvertrag einen Tarifvertrag anwendet, obwohl dieser gegen das Günstigkeitsprinzip aus § 4 Abs. 3 TVG verstößt, weil der Arbeitnehmer normativ als Gewerkschaftsmitglied nach §§ 3 Abs. 1 und 4 Abs. 1 TVG an einen anderen – für ihn günstigeren – Tarifvertrag gebunden ist.²⁴

2. Aspekte des Koalitionsschutzes

- 14 In seiner jüngsten Rechtsprechung hat das BAG²⁵ ein Fragerecht in einem tarifpluralen Betrieb nach der Gewerkschaftsmitgliedschaft abgelehnt, sofern sich Gewerkschaften in aktuellen Tarifverhandlungen befinden. Das BAG recurriert hier auf eine Verletzung der Koalitionsbetätigungsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG, falls sich der Arbeitgeber durch die Frage Kenntnis von der Mitglie-

20 LAG Niedersachsen 1.2.1980, 10 Sa 110/79, NJW 1980, 2487 zu Art. 9 GG Arbeitskampf sowie BAG 12.11.1996, 1 AZR 364/96, NZA 1997, 393 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

21 *Freckmann/Müller*, BB 2010, 1981, 1987.

22 Vgl. *Melot de Beauregard*, DB 2015, 1527, 1529; *Richardi*, NZA 2015, 915, 916.

23 Vgl. hierzu *Meyer*, BB 2011, 2362.

24 *Meyer*, BB 2011, 2362.

25 BAG 18.11.2014, 1 AZR 257/13, NZA 2015, 306.

deranzahl und damit der Kampfstärke einer Gewerkschaft verschaffen könne. Im konkreten Fall wollte der fragende Arbeitgeber auch eine – gezielte – Aussperrung gegen Mitglieder der GDL vorbereiten.

Hintergrund waren indessen Tarifverhandlungen mit ver.di, sodass das BAG einen weiteren Verstoß gegen die Koalitionsbestandsfreiheit nach Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG darin sah, dass durch die Frage ein Anreiz zum Wechsel von der GDL zu ver.di gesetzt werde.²⁶ Diese Betrachtung überrascht allerdings, weil das Wesen der Tarifpluralität in den Augen des 4. Senats am BAG gerade der Wettbewerb der Gewerkschaften um Gewerkschaftsmitglieder ist, welcher vor allem durch den Wettbewerb um den „besten“ TV ausgetragen werde.²⁷ **15**

Die Entscheidung des 4. Senates wirft zum einen die Frage auf, ob etwa nach Abschluss des Tarifvertrages mit der Gewerkschaft ver.di nach dieser Mitgliedschaft hätte gefragt werden können. Denn immerhin ist der an Tarifverträge von ver.di gebundene Arbeitgeber nach § 3 Abs. 1 TVG auch zum Normvollzug verpflichtet. Fraglich erscheint, ob eine solche Frage auch für Mitglieder von ver.di einen Anreiz setzen könnte, in die GDL zu wechseln, oder ob es sich dabei nicht um einen von der Rechtsprechung gewünschten Wettbewerb konkurrierender Gewerkschaften im tarifpluralen Betrieb handelt. **16**

Zum anderen stellt sich die Frage, ob nicht der Arbeitnehmer jedenfalls nach Abschluss eines Tarifvertrags seiner Gewerkschaft verpflichtet ist, seine Mitgliedschaft in der Gewerkschaft offenzulegen, weil diese von ihm eine Umsetzung des Tarifvertrags schon nach vereinsrechtlichen Grundsätzen verlangen könnte. **17**

3. Aspekte des gewerkschaftlichen Wettbewerbs

Der vom 1. Senat am BAG bemühte Koalitionsschutz gerät indessen auch in Konflikt mit der Tendenz der Rechtsprechung, in immer größerem Umfang – einfache – Differenzierungsklauseln zu akzeptieren,²⁸ welche Rechte aus einem Tarifvertrag ausdrücklich nur den Mitgliedern der vertragsschließenden Gewerkschaft vorbehalten. Auch insoweit setzt die Kenntnis von der Gewerkschaftsmitgliedschaft eine Umsetzung des Tarifvertrages durch den Arbeitgeber voraus. **18**

Verschärft wird dieser Aspekt bei tarifpluralen Vergütungsstrukturen grundsätzlich dadurch, dass konkurrierende Gewerkschaften hier auch durch einen Wettbewerb um Differenzierungsklauseln für ihre jeweiligen Mitglieder im Betrieb auftreten könnten.²⁹ **19**

²⁶ BAG 18.11.2014, 1 AZR 257/13, NZA 2015, 306.

²⁷ BAG 7.7.2010, 4 AZR 549/08, NZA 2010, 1068.

²⁸ BAG 18.3.2009, 4 AZR 64/08, NZA 2009, 1028.

²⁹ Greiner, NZA 2015, 769, 773.

- 20 Bedenklich erscheint, dass das BAG solche differenzierenden Klauseln auch bei Abschluss von Sanierungstarifverträgen toleriert,³⁰ wenn eine an sich alle dem Betrieb angehörenden Arbeitnehmer einheitlich anbelangende Betriebsänderung des Arbeitgebers nach § 111 BetrVG vorliegt. Umgekehrt würde eine geplante Betriebsänderung, die gezielt auf Mitglieder einer Gewerkschaft abzielt, schon an Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG scheitern. Schließlich reiben sich Stichtagsklauseln auch am betriebsverfassungsrechtlichen Verbot der Bevorzugung von Arbeitnehmern aufgrund der Gewerkschaftsmitgliedschaft nach § 75 BetrVG.³¹

4. Ansätze für eine Gestaltung?

- 21 Aus heutiger Sicht kommen verschiedene Lösungsansätze in Betracht:

a) Sicherung des Individualschutzes

- 22 Im Bereich des Individualschutzes wird schon seit längerem eine situative Zulässigkeit eines arbeitgeberseitigen Fragerechts diskutiert.³² Vorstellbar erscheint etwa, dem Arbeitgeber nach Arbeitsbeginn die Frage nach der Gewerkschaftsmitgliedschaft zu erlauben. Denn diese Frage dient nicht nur der ordnungsgemäßen Umsetzung eines Tarifvertrags nach §§ 3 Abs. 1 und 4 Abs. 1 TVG, sondern auch der Erfüllung lohnsteuer- und sozialversicherungsrechtlicher Vorschriften.³³
- 23 Sozialversicherungsrechtlich muss der Arbeitgeber die Gewerkschaftszugehörigkeit erfahren, weil die Höhe der Sozialabgaben sich nach dem geschuldeten Lohn richtet, der sich seinerseits nach dem Vergütungstarifvertrag bemisst. Ohne dessen Kenntnis kann der Arbeitgeber die Sozialabgaben nicht richtig berechnen. Damit läuft er Gefahr, entweder zu hohe Abgaben zu leisten oder Säumniszuschläge nach den §§ 24, 28e Abs. 4 SGB IV entrichten zu müssen.³⁴
- 24 Allerdings würde sich ein solches Vorgehen auch im tarifpluralen Betrieb dem Vorwurf der wohl überwiegenden Meinung aussetzen, den Arbeitnehmer in die Gefahr von Sanktionen bzw. Repressalien zu bringen.³⁵ Deshalb bliebe zu überlegen, ob nicht anstelle des Fragerechts eines Arbeitgebers von einer Offenbarungsobliegenheit des Arbeitnehmers auszugehen ist, wenn er Rechte aus einem Tarifvertrag geltend machen will, die seine Gewerkschaft für ihn abgeschlossen hat.

30 BAG 15.4.2015, 4 AZR 796/13, NZA 2015, 1388 zu § 3 TVG.

31 Vgl. Greiner, NZA 2016, 10, 13.

32 Preis/Bender, NZA 2005, 1321.

33 Meyer, BB 2011, 2362.

34 Forst, ZTR 2011, 587 f.

35 ErfK-Preis, § 611 BGB Rn. 278; LAG Niedersachsen 1.2.1980, 10 Sa 110/79, NJW 1980, 2487 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

b) Sicherung des Koalitionsschutzes

Während ein Fragerecht in laufenden Tarifverhandlungen nach BAG abzulehnen ist, käme ein solches Fragerecht gleichwohl nach Abschluss eines Tarifvertrags in Betracht, um diesen ordnungsgemäß gegenüber den Mitgliedern der vertrags-schließenden Gewerkschaft umzusetzen. Insoweit käme zwar grundsätzlich auch eine Mitteilung der Gewerkschaft in Betracht, welche Arbeitnehmer an ihren Tarifvertrag gebunden sind. **25**

Indessen dürfte es aus Sicht der überwiegenden Meinung im Interesse eines Schutzes vor befürchteten Repressalien allein in der Entscheidung des Arbeitnehmers liegen, ob er seine Rechte aus dem Tarifvertrag beansprucht oder nicht. Sofern nämlich der Arbeitnehmer für sich das Risiko von Sanktionen nicht ausschließt, kann auch die Gewerkschaft kaum nach vereinsrechtlichen Grundsätzen ein Interesse daran haben, dass eine Mitgliedschaft zwingend offenbart wird. **26**

c) Schutz über das Notar-Verfahren im TEG

Fraglich erscheint, ob das Notar-Verfahren nach § 58 Abs. 3 ArbGG eine Lösung bietet, die jeweilige gewerkschaftliche Mitgliedschaft im tarifpluralen Betrieb zu ermitteln.³⁶ Hiervon ist indessen nicht auszugehen, weil dadurch allein die Frage der Mehrheitsgewerkschaft im Betrieb nach § 4a Abs. 2 Satz 2 TVG zu klären ist. Damit ist also nicht die Aufklärung der individuellen Mitgliedschaften in den konkurrierenden Gewerkschaften verbunden. **27**

d) Bewertung

Aus heutiger Sicht dürfte ein Fragerecht des Arbeitgebers nach der Mitgliedschaft in einer Gewerkschaft zumindest nicht durchsetzbar sein, weil nach überwiegender Meinung dem Arbeitnehmer ein Recht zur Lüge zuzubilligen wäre. Stattdessen ist der Arbeitnehmer selbst zur Offenlegung seiner Gewerkschaftsmitgliedschaft berechtigt, aber nicht verpflichtet. So kann etwa der Arbeitgeber nach Abschluss eines Tarifvertrags mit einer der im Betrieb konkurrierenden Gewerkschaften seine Arbeitnehmer fragen, wer Mitglied in dieser den Tarifvertrag abschließenden Gewerkschaft ist. Mangels konkreter Arbeitskampsituation würde so auch nicht die Kampfstärke einer Gewerkschaft ausgeforscht. **28**

³⁶ Melot de Beauregard, DB 2015, 1527, 1528.

5. Gestaltungen

a) Offenbarungsrecht der Arbeitnehmer

- 29 Nach Abschluss eines Tarifvertrags kann der Arbeitgeber in einem tarifpluralen Betrieb fragen, ob Arbeitnehmer an diesen Tarifvertrag gebunden sind. Diese Frage läuft aus Sicht der Arbeitnehmer auf ein Wahlrecht hinaus, ob sie ihre Rechte als Gewerkschaftsmitglieder beanspruchen wollen oder nicht. Insoweit wird dann ein Recht zum Schweigen ausgeübt.

b) Tarifierung

- 30 Eine Regelung zum Offenbarungsrecht der Mitgliedschaft im Tarifvertrag böte zwei Vorzüge: Zum einen könnte sich eine Gewerkschaft nicht auf eine Verletzung ihrer Rechte aus Art. 9 Abs. 3 GG berufen. Zum anderen würde auch das Gewerkschaftsmitglied vom Tarifvertrag erfasst. So könnte etwa geregelt werden, ab wann und in welcher Form ein Arbeitgeber nach der Gewerkschaftsmitgliedschaft fragen darf, und dass diese Frage ohne Sanktionen für den Arbeitnehmer bleibt, wenn er seine Mitgliedschaft verschweigt.

c) Änderung des Arbeitsvertrags

- 31 Derjenige Arbeitnehmer, der sich auf eine Mitgliedschaft in einer Gewerkschaft beruft, gibt damit regelmäßig ein Angebot ab, den Arbeitsvertrag ebenfalls an diese Mitgliedschaft auszurichten. Dieses Angebot kann daher der Arbeitgeber annehmen.

III. Lösung der Tarifpluralität durch § 4a TVG?

- 32 Zu untersuchen ist, wie sich das neue Tarifeinheitsgesetz auf Vergütungssysteme im tarifpluralen Betrieb auswirkt:

1. Zielsetzung und Anwendungsbereich

- 33 § 4a TVG will insbesondere eine Tarifpluralität bei Inhaltsnormen nach § 1 TVG vermeiden. Auch Vergütungssysteme stellen regelmäßig solche Inhaltsnormen in einem Tarifvertrag dar, weil sie das Synallagma des Arbeitsvertrags regeln. Im Interesse der mit Blick auf die Vergütung wesentlichen Verteilungs- und Ordnungsfunktion des Tarifvertrags stellt der Gesetzgeber auf den Vorrang des Mehrheitstarifvertrags im Betrieb ab. Ziel ist es dabei, eine parallele Geltung von Tarifverträgen konkurrierender Gewerkschaften im Betrieb zu vermeiden.³⁷

37 Däubler/Bepler, Rn. 38.

Aus Sicht des Gesetzgebers ist insbesondere die Kohärenz der Entgeltsysteme in Gefahr, wenn die Tarifverträge unterschiedlicher Gewerkschaften nicht aufeinander abgestimmte Bewertungen von Arbeitsleistungen vornehmen. Auch werde die Verteilungsfunktion des Tarifvertrags gestört, wenn die konkurrierenden Tarifabschlüsse nicht Ausdruck des Werts der Arbeitsleistung, sondern vor allem Ausdruck von Schlüsselpositionen unterschiedlicher Arbeitnehmergruppen seien. Tarifkollisionen würden auch dem Ziel einer innerbetrieblichen Lohngerechtigkeit zuwiderlaufen.³⁸ Insbesondere finde eine betriebliche Lohnpolitik, die besonders Schlüsselpositionen prämiere, nur eine geringe Akzeptanz.³⁹ **34**

Hiergegen werden neben empirischen Defiziten insbesondere Einwendungen erhoben, weil auch starke Mehrheitsgewerkschaften häufig nur durch ihre Schlüsselkräfte zu Tarifierfolgen gelangen.⁴⁰ **35**

2. Kollisionsfragen

Das Tarifeinheitsgesetz befasst sich allein mit der Kollision von Tarifverträgen, an die der Arbeitgeber nach § 3 Abs. 1 TVG gebunden ist.⁴¹ Mithin kann es sich um Vergütungsregelungen in einem Verbands- oder Haustarifvertrag handeln. Eine Kollision mit einem nach § 5 TVG für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag erfasst § 4a TVG hingegen nicht. **36**

Im Sinne von § 4a Abs. 2 Satz 2 TVG können nur „nicht inhaltsgleiche Tarifverträge“ verschiedener Gewerkschaften kollidieren. Auf eine Überschneidung oder gar Deckung der Regelungsgegenstände der kollidierenden Tarifverträge kommt es nicht an. Vielmehr greift § 4a Abs. 2 Satz 2 TVG auch dann, wenn die Tarifverträge unterschiedliche Gegenstände regeln.⁴² **37**

Es ist daher nicht erforderlich, dass sich die Tarifverträge inhaltlich vom Regelungsgegenstand her überschneiden.⁴³ Nach dem Willen des Gesetzgebers sollte der Grundsatz der Tarifeinheit auch dann gelten, wenn die Tarifverträge unterschiedliche Regelungsgegenstände setzen, sofern es nicht dem Willen der Parteien des Mehrheitstarifvertrags entspricht, eine Ergänzung ihrer Regelungen durch Vereinbarungen mit konkurrierenden Gewerkschaften zuzulassen.⁴⁴ Hierin kann vielleicht eine Missbrauchsgefahr liegen, falls Gewerkschaften beginnen, lediglich aus organisationspolitischen Gründen nur „Regelungssplitter“ im **38**

³⁸ Däubler/Bepler, Rn. 39.

³⁹ Däubler/Bepler, Rn. 40.

⁴⁰ Däubler/Bepler, Rn. 39.

⁴¹ Schliemann, NZA 2015, 1298.

⁴² Schliemann, NZA 2015, 1298.

⁴³ ErfK-Franzen, § 4a TVG Rn. 12.

⁴⁴ BT-Drs. 18/4062, S. 13.

Kap. 17 Vergütungssysteme in tarifpluralen Betrieben

Geltungsbereich des Tarifvertrages einer konkurrierenden Gewerkschaft zu regeln.⁴⁵

- 39 Nach Ansicht des BVerfG sind die Arbeitsgerichte gehalten, die sich im Geltungsbereich überschneidenden Tarifverträge möglichst schonend auszulegen, um so auf die von einer Verdrängung beeinträchtigten Interessen einer Minderheitsgewerkschaft Rücksicht zu nehmen.⁴⁶ So werden etwa kollidierende Regelungen dann nicht verdrängt, wenn und soweit es dem Willen der Tarifvertragsparteien des Mehrheitstarifvertrages entspricht, eine Ergänzung durch konkurrierende Tarifverträge zuzulassen. Dies kann etwa der Fall sein, wenn Tarifleistungen nicht erkennbar untereinander verknüpft sind, weil sie zu verschiedenen Regelungskomplexen gehören.
- 40 Hingegen liegt keine Kollision vor, wenn die unterschiedlichen Tarifvertragsparteien vor allem ihre persönlichen Geltungsbereiche abgrenzen.⁴⁷ So spielt das Tarifeinheitsgesetz aktuell etwa bei der Deutschen Lufthansa noch keine Rolle, weil sich dort die Gewerkschaften gegeneinander in ihrem Vertretungsanspruch abgegrenzt haben.⁴⁸ Auch soll im Krankenhausbereich eine Kollision nur hinsichtlich angestellter Ärzte in Betracht kommen, weil ver.di darüber hinaus auch weitere Beschäftigtengruppen tarifiert.⁴⁹

3. Lösung der Kollision im Betrieb

- 41 Kommt es zu einer Kollision im Betrieb, so soll sich nach § 4a Abs. 2 Satz 2 TVG der Tarifvertrag der Mehrheitsgewerkschaft durchsetzen. Hierdurch wird indessen der verdrängte Tarifvertrag nicht unwirksam, sondern nur temporär verdrängt. Dies bedeutet, dass z. B. schuldrechtliche Verpflichtungen weiter umzusetzen sind, was insbesondere für die Friedenspflicht gilt. Die Minderheitsgewerkschaft darf daher für die Laufzeit ihres verdrängten Tarifvertrags nicht zum Streik aufrufen.⁵⁰
- 42 Allerdings wird bezweifelt, dass sich die normative Geltung des Mehrheitstarifvertrags auf nicht oder andersorganisierte Arbeitnehmer erstrecken könne, nur, weil dieser Tarifvertrag nach § 4a TVG anwendbar ist. Denn entscheidend bleibe die jeweilige Tarifbindung nach §§ 3 Abs. 1 und 4 Abs. 1 TVG.⁵¹

45 ErfK-Franzen, § 4a TVG Rn. 13.

46 BVerfG 11.7.2017, 1 BvR 1571/15 Rn. 186.

47 Schliemann, NZA 2015, 1298.

48 Tagungsbericht, NZA 2016, IX.

49 Schliemann, NZA 2015, 1298.

50 ErfK-Franzen, § 4a TVG Rn. 17.

51 Schliemann, NZA 2015, 1298, 1299.

Entscheidend ist daher, welche Gewerkschaft im – jeweiligen – Betrieb die Mehrzahl der Mitglieder organisiert. Kritiker werfen dem Gesetz an dieser Stelle eine gewisse Beliebigkeit vor, weil der Arbeitgeber den Zuschnitt von Betrieben ändern könne.⁵² Bei näherem Hinsehen ist jedoch zum einen zu bedenken, dass einseitige Änderungen durch den Arbeitgeber durch die Mitwirkung der Betriebsräte bei Betriebsänderungen nach §§ 111 ff. BetrVG reguliert werden. Tendenziell erfordere ein solches Vorgehen einen zu hohen Aufwand für den Arbeitgeber.⁵³ Zum anderen ist bei der Gestaltung neuer Betriebsstrukturen nach § 3 BetrVG beachtlich, dass jede im Betrieb vertretene Gewerkschaft einen eigenen Zuordnungstarifvertrag nicht nur verlangen, sondern auch durch einen Streik erzwingen kann,⁵⁴ ohne dass das BAG zu erkennen gäbe, wie deren Kollision aufzulösen wäre.⁵⁵ **43**

4. Gestaltungen der Tarifvertragsparteien

Abgesehen davon, dass der Gesetzgeber vorrangig einvernehmliche Regelungen der Tarifvertragsparteien zur Abwendung von Tarifkollisionen erwartet, sieht auch § 4a TVG selbst Verfahrensrechte der Minderheitsgewerkschaft vor: Zum einen soll die Minderheitsgewerkschaft bei Aufnahme von Tarifverhandlungen mit der Mehrheitsgewerkschaft nach § 4a Abs. 5 TVG angehört werden. Zum anderen steht ihr nach § 4a Abs. 4 TVG das Recht zu, den Mehrheitstarifvertrag nachzuzeichnen, um so eine normative Bindung für ihre Mitglieder zu bewirken. **44**

Indessen hat das BVerfG die Vorgaben aus § 4a TVG zum Schutz der Minderheitsgewerkschaften noch einmal verschärft: Über § 4 Abs. 4 Satz 2 TVG hinaus besteht zum einen ein solches Nachzeichnungsrecht nicht nur im Überschneidungsbereich, sondern erstreckt sich vielmehr auf den gesamten Tarifvertrag der Mehrheitsgewerkschaft.⁵⁶ Zum anderen könne es nur dann zu einer Verdrängung kommen, wenn die Mehrheitsgewerkschaft vor Abschluss ihres Tarifvertrages die Minderheitsgewerkschaft tatsächlich effektiv nach den Vorgaben des § 4 Abs. 5 TVG beteiligt hat.⁵⁷ Überdies verlangt das BVerfG, dass die von der Minderheitsgewerkschaft vertretenen Berufsgruppen – strukturell – auch von der Mehrheitsgewerkschaft bei dem Abschluss ihrer Tarifverträge mit berücksichtigt werden.⁵⁸ Dies erscheint nur dann möglich, wenn die Mehrheitsgewerkschaft nicht nur qua Satzung, sondern auch tatsächlich für eigene Mitglieder in der Berufsgruppe tarifpolitisch tätig wird. **45**

52 Schliemann, NZA 2015, 1298, 1299; Däubler/Bepler, Rn. 92.

53 Greiner, NZA 2015, 769, 772.

54 BAG 29.7.2009, 7 ABR 27/08, NZA 2009, 1424.

55 Anmerkung Meyer zu BAG 29.7.2009, 7 ABR 27/08, SAE 2010, 27.

56 BVerfG 11.7.2017, 1 BvR 1571/15, Rn. 190 ff.

57 BVerfG 11.7.2017, 1 BvR 1571/15, Rn. 195 ff.

58 BVerfG 11.7.2017, 1 BvR 1571/15, Rn. 201.

5. Abdingbarkeit des § 4a TVG?

- 46 Vor dem Hintergrund in der Praxis geschaffener Modelle, die eine Anwendung des Tarifeinheitsgesetzes ausschließen, wird die Frage diskutiert, ob § 4a TVG von den Tarifvertragsparteien abbedungen werden kann. Während teilweise eine solche Abdingbarkeit verneint wird, weil das Tarifeinheitsgesetz ein übergreifendes „Gemeinwohl“ schütze,⁵⁹ wird an anderer Stelle vertreten, dass eine Anwendung des § 4a TVG ausgeschlossen werden könne. Als Voraussetzung hierfür werden in der Literatur insbesondere dreiseitige Vereinbarungen der Tarifvertragsparteien diskutiert, um keine Verträge zulasten Dritter zu schaffen.⁶⁰ Diese Ansicht ist vom BVerfG aufgegriffen worden.⁶¹
- 47 Vor dem Hintergrund der vom Gesetzgeber erwarteten vorrangigen Lösungen der Tarifvertragsparteien zur Vermeidung von Tarifikollisionen⁶² wird man eine Kompetenz der Tarifvertragsparteien anerkennen können, eine Anwendung des Tarifeinheitsgesetzes ganz oder teilweise auszuschließen oder zu modifizieren. Dabei können die Lösungen der Tarifvertragsparteien nicht von vornherein auf trilaterale Abreden aller Tarifvertragsparteien beschränkt werden, weil konkurrierende Gewerkschaften nicht selten eine Unterschrift auf derselben Urkunde scheuen. Vorstellbar sind daher zumindest auch „doppelt bilaterale“ Abreden der Arbeitgeberseite mit beiden Gewerkschaftslagern, welche dann inhaltsgleich alle Tarifpartner binden können. Eine solche Bindung scheint jedenfalls auch dann vorstellbar, wenn der Ausschluss des Tarifeinheitsgesetzes sowohl auf einer – unilateralen – Abrede mit einer Gewerkschaft als auch deren Billigung durch die Konkurrenzgewerkschaft beruht.⁶³ Selbst eine Billigung erscheint aber obsolet, da § 4a TVG einer Mehrheitsgewerkschaft keine über § 4 Abs. 1 TVG hinausgehenden Rechte einräume.⁶⁴

IV. Lösung von Tarifpluralität durch die Tarifvertragsparteien?

1. Gebot der Rücksichtnahme

- 48 Umstritten ist derzeit, ob Tarifvertragsparteien von Rechts wegen angehalten sind, trotz ihrer organisationspolitischen Konkurrenz im Betrieb noch Rücksicht

59 So Greiner, NZA 2015, 769, 775.

60 Bepler, RdA 2015, 194, 197; Däubler/Bepler, Rn. 265 f., und im Ansatz ebenso Greiner, NZA 2015, 769, 775.

61 BVerfG 11.7.2017, 1 BvR 1571/15, Rn. 178.

62 BT-Drs. 18/4062, S. 9.

63 In diese Richtung schon Bepler, RdA 2015, 194, 198.

64 Däubler/Bepler, Rn. 297.

auf die Ordnungs- und Verteilungsfunktion ihrer Vergütungssysteme im tarifpluralen Betrieb zu nehmen.

Rechtliche Aspekte für eine Rücksichtnahme der Tarifvertragsparteien insbesondere auf die Verhältnisse in den Betrieben finden sich z.B. in § 3 Abs. 2 TVG, weil alle Arbeitnehmer im Betrieb von betriebs- und betriebsverfassungsrechtlichen Normen erfasst werden.⁶⁵ Ebenso erwartet § 2 Abs. 1 BetrVG eine vertrauensvolle Zusammenarbeit des Arbeitgebers mit den Gewerkschaften.⁶⁶ Auch das BAG hat schließlich diskutiert, ob und in welchem Umfang eine „Minderheiten-Gewerkschaft“ eine Regelungsgewalt besitzen kann, die sich etwa bei Zuordnungstarifverträgen nach § 3 TVG auch auf Außenseiter erstreckt.⁶⁷ **49**

Indessen lehnt das BAG eine solche „Gemeinwohlverpflichtung“ der Tarifvertragsparteien ab.⁶⁸ Denn Tarifaufonomie im Rahmen des Art. 9 Abs. 3 GG sei als Ausfluss kollektiv ausgeübter Tarifaufonomie zu verstehen, sodass ganz zentral die Verfolgung der – jeweiligen – Mitgliederinteressen im Vordergrund stehe. Eine Gewerkschaft sei daher den Interessen ihrer Mitglieder verpflichtet und erfülle keinen übergeordneten Regelungsauftrag. Ein solcher folge auch nicht aus den zahlreichen gesetzlichen Öffnungsklauseln oder der Möglichkeit zur Allgemeinverbindlichkeit nach § 5 TVG.⁶⁹ Mithin wird dem Wettbewerb der Gewerkschaften ein freier Raum gelassen, weil die Qualität ihrer Tarifverträge die Attraktivität einer Gewerkschaft bei den – potenziellen – Mitgliedern ausmache.⁷⁰ **50**

Allerdings hat das BVerfG durchaus strukturelle Gefahren für die Tarifaufonomie – gerade mit Blick auf die Verteilungsgerechtigkeit in den Betrieben – gesehen.⁷¹ Denn zum einen könne der Gesetzgeber handeln, wenn der Wettbewerb zwischen den Gewerkschaften dazu führe, dass solche Arbeitnehmergruppen benachteiligt werden, die keine Schlüsselposition in den Betrieben und deshalb keine Blockademacht innehaben.⁷² Zum anderen betont das BVerfG strukturelle Vorkehrungen, damit die Mehrheitsgewerkschaft beim Abschluss ihrer Tarifverträge auch die Interessen der Berufsgruppen mit berücksichtigt, deren Tarifvertrag nach § 4a TVG verdrängt werde.⁷³ **51**

⁶⁵ Meyer, FS Wank, S. 351, 355.

⁶⁶ Meyer, FS Wank, S. 351, 362.

⁶⁷ Meyer, FS Wank, S. 351, 361.

⁶⁸ BAG 7.7.2010, 4 AZR 549/08, NZA 2010, 1068.

⁶⁹ BAG 18.3.2009, 4 AZR 64/08, NZA 2009, 1028.

⁷⁰ BAG 7.7.2010, 4 AZR 549/08, NZA 2010, 1068.

⁷¹ Vgl. Franzen, ZTR 2017, 571, 572.

⁷² BVerfG 11.7.2017, 1 BvR 1571/15, Rn. 157.

⁷³ BVerfG 11.7.2017, 1 BvR 1571/15, Rn. 203.

2. Erwartung des TEG an eine Kooperation der Gewerkschaften

- 52** Entgegen der Ansicht des BAG erwartet das Tarifeinheitsgesetz eine vorrangige Kooperation der konkurrierenden Gewerkschaften, um die Folgen von Tarifpluralität in den Betrieben selbst zu regeln.⁷⁴ Das BVerfG betont, das Tarifeinheitsgesetz wolle Prozesse des Verhandelns, Abstimmens und Koordinierens zwischen den Beteiligten anstoßen.⁷⁵ Autonome Auflösungs- oder Vermeidungsmechanismen einer Tarifpluralität haben daher Vorrang vor einer Anwendung des Gesetzes.⁷⁶ § 4a Abs. 1 TVG verbindet damit nicht zuletzt auch im Bereich der Vergütungssysteme die Erwartung, dass einvernehmliche Regelungen der Tarifvertragsparteien dafürsprechen, dass die Verteilungsaufgabe der Tarifverträge im Betrieb besser funktioniert.
- 53** Zu diesen Kooperationsmöglichkeiten zählen nach der Gesetzesbegründung insbesondere Regelungen zur Abgrenzung von Zuständigkeiten unter den Gewerkschaften, der Abschluss von Anschlussstarifverträgen sowie eine Gestattung an eine andere Gewerkschaft, Tarifverträge zu ergänzen. Ebenso zählt das DGB-interne Schiedsgerichtsverfahren hierzu.⁷⁷
- 54** Der eigentliche Anreiz für konkurrierende Gewerkschaften, sich auf solche Kooperationen einzulassen, liegt wohl in dem auf den Betrieb bezogenen Mehrheitsprinzip des § 4a Abs. 2 Satz 2 TVG. Denn insoweit müssen die Gewerkschaften fürchten, nicht in jedem Betrieb mit einer Mehrheit vertreten zu sein.⁷⁸ Die Gefahr indessen, auch einmal in die Minderheiten-Stellung zu geraten, kann solche Kooperationen befördern.⁷⁹ Denn in einem solchen Fall eines Unternehmens mit mehreren Betrieben könnte das dazu führen, dass verschiedene Tarifverträge gelten – je nachdem, welche Gewerkschaft in welchem Betrieb die meisten Mitglieder hat. Als zusätzliches Problem ist dabei zu bedenken, dass Mehrheiten in den Betrieben auch wechseln können. Überdies potenziert sich für den Arbeitgeber das Risiko, einen falschen Tarifvertrag anzuwenden.⁸⁰ Hierdurch leiden dann Verteilungsgerechtigkeit und Befriedungsfunktion der Tarifverträge.⁸¹ Letztlich spricht auch die Vermeidung des zudem zeitlich aufwendigen Verfahrens zur Feststellung der Mehrheit im Betrieb nach § 58 Abs. 3 ArbGG für eine Kooperationsbereitschaft.⁸²

⁷⁴ Greiner, NZA 2015, 769, 770.

⁷⁵ BVerfG 11.7.2011, 1 BvR 1571/15, Rn. 155.

⁷⁶ ErfK-Franzen, § 4a TVG Rn. 10.

⁷⁷ BT-Drs. 18/4062, S. 9.

⁷⁸ Greiner, NZA 2015, 769, 770, und ebenso BVerfG 11.7.2011, 1 BvR 1571/15, Rn. 169.

⁷⁹ Greiner, NZA 2015, 769, 775; Hanau, DB 2010, 2107.

⁸⁰ Melot de Beauregard, DB 2015, 1527, 1530.

⁸¹ Däubler/Bepler, Rn. 285.

⁸² Däubler/Bepler, Rn. 287.

3. Anforderungen an ein kooperatives Modell

Zur Schaffung einer sinnvollen Arbeitsordnung in einem Unternehmen, das mit mehreren Gewerkschaften verhandelt, kann sich der Abschluss einer obligatorischen Kooperationsabrede empfehlen. In dieser konstitutiven Kooperationsabrede sollten die Tarifvertragsparteien insbesondere die Laufzeit,⁸³ die – gemeinschaftliche oder getrennte – Beendigung und die Geltungsbereiche der Tarifverträge sowie etwaige Verhandlungsführerschaften in – einzelnen – Tarifthemen und die damit zusammenhängende wechselseitige Anerkennung regeln, um eine inhaltliche Widerspruchsfreiheit zu erreichen. Zur Konfliktfreiheit gehört es, wenn etwa in einem Schiedsverfahren nach § 101 ArbGG verbindlich über streitige Themen verhandelt werden kann. Schließlich sollte vor der Einleitung von Arbeitsk Kampfmaßnahmen eine Schlichtung unter Einbindung aller Tarifvertragsparteien selbstverständlich sein. Die Folgen einer – faktischen – Tarifpluralität können ebenfalls in einer Abrede zur Kooperation angesprochen werden, um so den vielen praktischen Schwierigkeiten entgegen zu wirken. Eine solche Kooperationsabrede kann auch die Frage nach der Gewerkschaftsmitgliedschaft entbehrlich machen, da z. B. im Modell einer auf Berufsgruppen bezogenen Tarifführerschaft mit wechselseitiger Übernahme der Tarifverträge nicht die Mitgliedschaft zu einer Gewerkschaft, sondern die Zugehörigkeit zu einer Berufsgruppe über eine Anwendung der Tarifverträge entscheidet. Hierdurch bräuchten Arbeitnehmer also auch keine Sanktionen befürchten, falls sie ihre Mitgliedschaft in einer Gewerkschaft nicht offenlegen.⁸⁴ **55**

In einer Kooperationsabrede ließe sich neben der Koordination der Tarifforderungen – bei ansonsten ggf. eigenen Tarifverhandlungen⁸⁵ – ggf. auch an die Bildung einer Tarifgemeinschaft nach § 2 Abs. 2 TVG zwischen den Tarifvertragsparteien bis hin zum Abschluss eines Einheitstarifvertrags denken. In allen Fällen wären die beteiligten Gewerkschaften aus der Kooperationsabrede als Gesamtschuldner nach § 431 BGB gegenüber dem Unternehmen verpflichtet. Zur inhaltlichen Ausgestaltung einer Kooperationsabrede können auch gesellschaftsrechtliche Beziehungen wie etwa die in einer GbR nach § 705 BGB dienen.⁸⁶ Denn diese bestimmen im Zweifel auch das Innenverhältnis in einer Tarifgemeinschaft nach § 2 Abs. 2 bis 4 TVG. Die an der Kooperation beteiligten Gewerkschaften wären dabei als Gesamthänder die Träger sowohl der kooperativen Rechte als auch Pflichten. **56**

83 Vgl. auch den Vorschlag von *Franzen*, RdA 2008, 193, 204, bzgl. der Harmonisierung von Laufzeiten befristeter Tarifverträge.

84 *Michel/Möller/Peter*, AuR 2008, 36.

85 Für parallele Tarifverhandlungen etwa *Kamanabrou*, ZfA 2008, 241, 271 f.

86 *Gamillscheg*, KollArbR I, S. 397; *Löwisch/Rieble*, § 2 TVG Rn. 166 für den Fall einer Tarifgemeinschaft.

- 57 Während des abgestimmten Verhandlungsprozesses über eine Kooperation sollte überdies nach § 242 BGB eine Friedenspflicht unter den Tarifvertragsparteien bestehen. Eine Lösung könnte ggf. darin zu sehen sein, dass ein Arbeitskampf zumindest solange unzulässig ist, als der Arbeitgeber noch zu Verhandlungen über die inmitten stehenden Tarifmaterien bereit ist.⁸⁷ Eine zeitliche Grenze dieser Friedenspflicht könnte hier ggf. in Analogie zu § 77 Abs. 5 BetrVG abgeleitet werden.⁸⁸ Allerdings kann eine Gewerkschaft keinen Arbeitskampf einleiten, falls sie entweder eine Abstimmung ganz ablehnt oder nicht ernsthaft betreibt. Auch in diesem Fall sollte ebenso wie bei einer fehlenden Verständigung eine Schlichtung einen Vorschlag zur Beseitigung einer Blockade unterbreiten, bevor ein Arbeitskampf eingeleitet werden kann. Schlichtungsabreden lassen sich ggf. auch noch nach Beginn des Streiks einsetzen.⁸⁹ Schließlich lassen sich auch arbeitskampfrechtliche Folgen bewältigen, falls in der Kooperationsabrede etwa Mindestankündigungsfristen für einen Streik geregelt würden.⁹⁰ Im Vergleich zu dem gesetzlichen Modell in Großbritannien und den USA, wo nur eine Gewerkschaft im Unternehmen verhandeln kann,⁹¹ nimmt eine kooperative Abrede auf die Koalitionsfreiheit der Tarifvertragsparteien besser Rücksicht. Dies gilt auch im Vergleich zu dem Vorschlag, eine der konkurrierenden Gewerkschaften mit der Führung von Tarifverhandlungen kraft Votum der Belegschaft zu mandatieren.⁹²
- 58 Insoweit erscheint unbestritten, dass die Gewerkschaften auch einzelne ihnen zustehende Rechte „vergemeinschaften“ können.⁹³ Eine solche im Wege der Auslegung zu bestimmende „Vergemeinschaftung“, etwa kraft einer kooperativen Abrede mehrerer Gewerkschaften, kann – sich in ihrer Intensität steigernd – von der inhaltlichen Abstimmung der Tarifforderungen⁹⁴ über deren gemeinsamer Verhandlung mit dem Tarifpartner⁹⁵ bis hin zum Abschluss eines gemeinsam mit allen Gewerkschaften abgeschlossenen Einheitstarifvertrags⁹⁶ erstrecken. Eine ganz andere Frage stellt es indessen dar, ob dem Arbeitgeber im Falle einer nicht auflösbaren Tarifblockade – etwa mit Blick auf einen betriebsverfassungsrecht-

87 Meyer, ZTR 2005, 394, 403; ähnlich Rolfs, DB 2003, 1678, 1681 für den Fall bereits aufgenommener Tarifverhandlungen.

88 Meyer, NZA 2006, 1387, 1390; hingegen ablehnend zu diesem Ansatz Jacobs, NZA 2008, 325, 330.

89 Bayreuther, NZA 2008, 12, 16.

90 Bayreuther, NZA 2008, 12, 17.

91 Hromadka, NJW Editorial zu Heft 45/2007.

92 Buchner, BB 2008, 106, 108.

93 Wiedemann-Thüsing, § 1 TVG Rn. 212.

94 So etwa Franzen, RdA 2008, 193, 204 bzgl. abgestimmter Laufzeiten von befristeten Tarifverträgen.

95 Gemeinsame Verhandlungen fordert Kamanabrou, ZfA 2008, 241, 271 f.

96 Wiedemann-Thüsing, § 1 TVG Rn. 212.

lichen Tarifvertrag nach § 3 BetrVG – ein außerordentliches Kündigungsrecht zusteht.⁹⁷

4. Gestaltungs-Modelle

Tarifpluralität führt nicht zwingend zu einer Kollision von Tarifverträgen, sofern diese aufgrund Abreden mit den konkurrierenden Gewerkschaften⁹⁸ auch im Bereich der Vergütungssysteme vermieden werden kann: **59**

a) 3-G-Prinzip

Im öffentlichen Dienst werden traditionell die Tarifverhandlungen nach dem sog. „3-G-Prinzip“ geführt. Dies bedeutet, dass sich alle Tarifvertragsparteien einschließlich der konkurrierenden Gewerkschaften zur gleichen Zeit am gleichen Ort aufhalten, um dieselben Themen zu verhandeln. Hierbei handelt es sich um eine informelle Vorstufe einer Kooperation, die durch gemeinsame Arbeitsgruppen oder gemeinsame Tarifkommissionen weiter ausgebaut werden kann. **60**

b) Tarifführerschaft

Das Modell der Tarifführerschaft wurde von 2008 bis 2014 erfolgreich im DB Konzern praktiziert.⁹⁹ Dabei wurden zum einen die persönlichen Geltungsbereiche gegeneinander abgegrenzt und zum anderen die Tarifführerschaft einer der konkurrierenden Gewerkschaften geregelt. Dies bedeutete, dass etwa die GDL die Vergütungstarifverträge einheitlich für die Lokführer im DB Konzern als Tarifführer verhandelte und die konkurrierende EVG das verhandelte Tarifergebnis für die Lokführer unter ihren Mitgliedern übernahm. Durch solche Modelle lassen sich Konkurrenzen zu Berufsgruppengewerkschaften kanalisieren, solange sich die Berufsgruppen auf relativ überschaubare Teile der Belegschaft beschränken. **61**

c) Spannen-Modelle

Eine Konkurrenz der Gewerkschaften im Bereich der Vergütungssysteme lässt sich ggf. besser bewältigen, wenn mit einer Gewerkschaft der Abschluss von „Spannen-Tarifverträgen“ gelingt, die ein flexibles Reagieren auf die Abschlüsse der Konkurrenz-Gewerkschaft erlauben. Bausteine hierfür können z. B. Wahlrechte für die Arbeitgeber- wie für die Arbeitnehmerseite sein, um eine inhaltli- **62**

⁹⁷ So der Vorschlag von *Jacobs*, NZA 2008, 325, 330, zur Harmonisierung der Laufzeit konkurrierender Tarifverträge.

⁹⁸ Vgl. zu den diskutierten Modellen auch *Däubler/Bepler*, Rn. 61.

⁹⁹ *Bayreuther*, FS Hromadka, S. 1.

Kap. 17 Vergütungssysteme in tarifpluralen Betrieben

che Kohärenz zwischen den unterschiedlichen Vergütungssystemen zu bewahren.

- 63 Vorstellbar sind daher „Cafeteria-Systeme“, in denen etwa der Arbeitnehmer für sich unterschiedliche Auszahlungsformen wählen kann. An die Stelle eines Urlaubs- oder Weihnachtsgelds kann so etwa eine gleichmäßige Verteilung dieser Sonderzahlungen auf das monatliche Entgelt erfolgen.

d) Bewertung

- 64 Die Umsetzbarkeit von Kooperations-Modellen setzt die Einsicht aller Tarifvertragsparteien voraus, dass ein Tarifvertrag über die eigenen Mitglieder hinaus auch Wirkungen gegenüber den anders und nicht organisierten Arbeitnehmern erzeugen kann. Deshalb kann eine Lösung daran scheitern, wenn sich eine Gewerkschaft als Mehrheit sieht oder die konkurrierende Gewerkschaft um eine künftige Mehrheit der Mitglieder in den Betrieben kämpfen will. Hierin wird eine Schwäche des Tarifeinheitsgesetzes gesehen, weil es den Wettbewerb der Gewerkschaften um neue Mitglieder anheize.¹⁰⁰ Denn die Frage der Mehrheit werde zur Existenzfrage der Akteure.¹⁰¹ Die Schaffung von Kooperations-Modellen ist dort besonders schwierig, wo Berufsgruppengewerkschaften über eine besonders hohe Kampfkraft verfügen und sich daher einvernehmlichen Modellen tendenziell eher verschließen dürften.

V. Lösung von Tarifpluralitäten über das BetrVG?

1. Tarifvorrang und Tarifsperrung aus § 87 Abs. 1 ES und § 77 Abs. 3 BetrVG

- 65 Die Höhe der Vergütung ist üblicherweise einer Gestaltung durch die Betriebsparteien entzogen, weil sie entweder durchgehend oder aber üblicherweise im Tarifvertrag selbst geregelt ist.
- 66 Während die Höhe der Monatsvergütung thematisch durch jede konkurrierende Gewerkschaft geregelt sein dürfte, kann es im Bereich der Einmal-Zahlungen zu Abweichungen kommen, falls sich etwa eine Gewerkschaft auf ein Weihnachtsgeld und eine andere Gewerkschaft auf ein Urlaubsgeld verlegt. Insoweit ist zu bedenken, dass sich die normative Bindung der Tarifverträge auf die jeweiligen Mitglieder der Gewerkschaften beschränkt. Hierdurch kann es also im Bereich der Mitbestimmung zu gespaltenen Lösungen kommen, falls etwa der Arbeitgeber den Mitgliedern der Gewerkschaft, die kein Weihnachtsgeld tarifiert hat, eine solche Zahlung freiwillig einräumen will.

100 So etwa *Däubler/Bepler*, Rn. 62.

101 *Greiner*, NZA 2015, 769, 770.

2. Öffnungsklauseln im Tarifvertrag

In Randbereichen der Vergütung kann es Öffnungsklauseln in den Tarifverträgen geben, die den Betriebsparteien etwa bei Boni oder Prämien aus einem Ideen-Management auch Entscheidungen über die Höhe der Sonderleistung ermöglichen. **67**

Fraglich ist, ob diese Öffnungsklauseln nur gegenüber den Mitgliedern der den öffnenden Tarifvertrag schließenden Gewerkschaft oder aber gegenüber allen Arbeitnehmern im Betrieb wirken. **68**

a) Alte Rechtslage

Nach überkommener Rechtslage wurde eine Öffnungsklausel in einem Tarifvertrag nach § 77 Abs. 3 Satz 2 BetrVG als betriebsverfassungsrechtliche Norm eingeordnet, die nach § 3 Abs. 2 TVG schon bei alleiniger Tarifbindung des Arbeitgebers im Betrieb normativ und zwingend galt und demzufolge alle Arbeitsverhältnisse unabhängig von einer gewerkschaftlichen Bindung erfassen soll.¹⁰² Teilweise wird von einer Art von „Allgemeinverbindlicherklärung“ ausgegangen, die zur Voraussetzung habe, dass eine Regelung zwingend einheitlich für alle oder wenigstens eine Gruppe von Arbeitnehmern erfolgen müsse und dabei Einzelregelungen nicht zweckmäßig wären.¹⁰³ Eine solche Erstreckung insbesondere auf Außenseiter ist jedoch nicht unproblematisch, da sich die Regelungsgewalt der Tarifvertragsparteien an sich auf ihre jeweiligen Mitglieder beschränkt.¹⁰⁴ Unter der Ägide von Tarifeinheit – bzw. von Einheitsgewerkschaften – und einer überwiegend praktizierten Gleichstellung der Außenseiter mit den Gewerkschaftsmitgliedern waren diese Bedenken indessen eher dogmatischer Natur. Das BAG vertrat hingegen mit Blick auf eine Öffnungsklausel nach § 77 Abs. 3 Satz 2 BetrVG die Ansicht, dass die Außenseiter nicht von den Normen eines Tarifvertrages gemäß § 4 Abs. 1 TVG, sondern denen einer Betriebsvereinbarung gemäß § 77 Abs. 4 Satz 1 BetrVG erfasst würden.¹⁰⁵ **69**

Unter der Ägide von Tarifeinheit konnte eine Mehrheit von Tarifverträgen im Betrieb nach dem Spezialitätsprinzip geordnet werden, wobei sich der Vorrang eines Tarifvertrags sowohl auf die Inhalts-, Abschluss- und Beendigungsnormen gemäß § 1 Abs. 1 TVG als auch eine diese variierende Öffnungsklausel nach § 77 Abs. 3 Satz 2 BetrVG als betriebsverfassungsrechtliche Norm gemäß § 1 Abs. 1 TVG bezog. Von dieser Auflösung der Tarifmehrheit konnten dann – im Zweifel im Wege einer ergänzenden Vertragsauslegung – auch klein-dynamische bzw. noch klarer groß-dynamische Wechselklauseln erfasst werden, sodass **70**

¹⁰² Heisig, S. 349 ff.

¹⁰³ Däubler-Lorenz, § 3 TVG Rn. 60, 61.

¹⁰⁴ Vgl. Wiedemann-Wank, § 4 TVG Rn. 592.

¹⁰⁵ BAG 18.8.1987, 1 ABR 30/86, NZA 1987, 779 zu § 77 BetrVG 1972.

Kap. 17 Vergütungssysteme in tarifpluralen Betrieben

auch insoweit eine einheitliche Behandlung aller Mitarbeiter im Betrieb möglich war.¹⁰⁶

b) Neue Rechtslage

- 71 Unter der Ägide von Tarifpluralität sind nunmehr die Inhalts-, Abschluss- und Beendigungsnormen verschiedener Tarifverträge im Betrieb nebeneinander in Abhängigkeit von der Mitgliedschaft in einer Gewerkschaft anwendbar.¹⁰⁷ Allerdings verbleibt es mit Blick auf Betriebs- und betriebsverfassungsrechtliche Normen gemäß § 1 Abs. 1 TVG beim Grundsatz der Tarifeinheit, weil diese unabhängig von der Tarifbindung der Arbeitnehmer im Betrieb nach § 3 Abs. 2 TVG von Gesetzes wegen normativ und zwingend gelten und daher zu einer Situation einer Tarifkonkurrenz im Arbeitsverhältnis führen können. Dies bedeutet, dass sich im Falle miteinander konkurrierender Öffnungsklauseln grundsätzlich nur eine von beiden durchsetzen kann. Diese Auflösung von Tarifpluralität ist schon deshalb nicht unproblematisch, wenn man sich vor Augen führt, dass in der Tarifpraxis Inhalts- und Betriebsnormen – tarifpolitisch wie rechtlich – miteinander verknüpft sein können,¹⁰⁸ sodass sich die Frage stellt, ob es trotz verdrängter Betriebsnorm – infolge der Grundsätze zur Tarifeinheit – bei einer Fortgeltung der Inhaltsnorm verbleiben kann.¹⁰⁹ Dieses Problem verschärft sich, falls man sogar Tarifnormen einen Doppel-Charakter einer Inhalts- und zugleich einer Betriebsnorm zuschreibt.¹¹⁰ In der Tendenz ist daher nicht auszuschließen, dass der zwingend kollektive und betriebsseinheitliche Regelungsbezug in § 3 Abs. 2 TVG enger ausgelegt wird, um so den Anwendungsbereich von Inhaltsnormen zu bewahren und eine Lösung über Tarifkonkurrenz zu vermeiden.
- 72 In diesem Zusammenhang ist auf eine Entscheidung des BAG hinzuweisen, wonach die Tarifvertragsparteien einen betriebsverfassungsrechtlichen Zuordnungstarifvertrag gemäß § 3 BetrVG auch ohne inhaltliche Abstimmung verlangen und notfalls erzwingen können.¹¹¹ Obwohl gerade mit Blick auf die Struktur von Betrieben nach § 1 BetrVG und die daran anknüpfenden Betriebsratswahlen nach § 1 Abs. 1 Satz 1 BetrVG ggf. sich inhaltlich widersprechende Tarifinhalte – jedenfalls aus Sicht der Praxis – nur schwer vorstellbar erscheinen,¹¹² hat das BAG insoweit eine „Zwangstarifgemeinschaft“ der beteiligten Gewerkschaften abgelehnt. Leider hat das BAG auch in diesem Zusammenhang noch nicht ent-

106 Jacobs, NZA 2008, 325, 332 f.

107 BAG 7.7.2010, 4 AZR 549/08, NZA 2010, 1068, 1071.

108 Hierzu Krebber, RdA 2010, 23, 27.

109 Dafür Franzen, RdA 2008, 193, 198.

110 Vgl. die Nachweise bei BAG 9.12.2009, 4 AZR 190/08, NZA 2010, 712 zu § 3 TVG.

111 BAG 29.7.2009, 7 ABR 27/08, NZA 2009, 1424 zu § 3 BetrVG 1972.

112 So die Anmerkung von Meyer in SAE 2010, 27 f. zu BAG 29.7.2009, 7 ABR 27/08, NZA 2009, 1424.

schieden, nach welchen Prinzipien eine etwaige Tarifmehrheit betriebsverfassungsrechtlicher Zuordnungstarifverträge nach § 3 BetrVG aufzulösen wäre,¹¹³ obwohl hierzu eine Vielzahl von Vorschlägen besteht.¹¹⁴ Allerdings hat das BAG auch bei der Konkurrenz von Betriebsnormen offengelassen, ob noch an dem überkommenen Spezialitätsprinzip festzuhalten ist,¹¹⁵ weil hier ebenfalls Probleme mit Blick auf die innerbetriebliche Legitimation bestehen.

Eine Übertragung dieser Grundsätze auf das Themenfeld in § 77 Abs. 3 Satz 2 BetrVG bedeutet daher, dass die Gewerkschaften zwar jede für sich eine solche Öffnungsklausel fordern können, ohne diese aber inhaltlich abstimmen zu müssen. Ferner ist höchststrichterlich noch nicht geklärt, wie eine Tarifmehrheit dieser betriebsverfassungsrechtlichen Normen (unter Anwendung des Gedankens der Tarifeinheit) aufzulösen ist. Indessen zeigt die Tätigkeit des Gesetzgebers, dass sich etwa im Bereich der Mindestarbeitsbedingungen der Mehrheitsgedanke durchsetzt, wie etwa die Regelung in § 7 Abs. 2 AEntG zur Feststellung des repräsentativen Tarifvertrags belegt, falls in einer Branche eine Tarifmehrheit besteht. Für ein solches Mehrheitsprinzip votiert daher eine breite Strömung im Schrifttum.¹¹⁶

c) Bewertung unter dem Tarifeinheitsgesetz

Unter der Geltung des Tarifeinheitsgesetzes sollte sich eigentlich die Tariföffnungsklausel in dem Mehrheitstarifvertrag durchsetzen.¹¹⁷ Denn die Rechtsnormen des Minderheitentarifvertrages werden verdrängt.¹¹⁸ Zu diesen zählt aber auch eine als betriebsverfassungsrechtliche Norm nach § 1 Abs. 1 TVG einzuordnende Öffnungsklausel.

Dies bedeutet, dass für alle anders oder nicht organisierte Arbeitnehmer z. B. ein freiwilliges Weihnachtsgeld gezahlt werden kann, auch wenn eine Gewerkschaft auf eine Tarifierung verzichtet hat. Eine solche Betrachtung ist auch vertretbar, weil der Betriebsrat nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG bei der Verteilung des Weihnachtsgeldes ein Mitbestimmungsrecht und dabei auch nach § 75 BetrVG darauf zu achten hat, dass nicht die Mitglieder einer Gewerkschaft benachteiligt werden.

Das Problem dürfte indessen in der Praxis darin bestehen, dass die Mehrheitsgewerkschaft nicht unbedingt alle Geltungsbereiche von Tarifverträgen der Minderheitsgewerkschaft „abgeregelt“ hat. Insoweit bleibt dann eine Spaltung von Öffnungsklauseln auf Teile der Belegschaft vorstellbar, die als Mitglieder der jeweiligen Gewerkschaft angehören.

113 BAG 29.7.2009, 7 ABR 27/08, NZA 2009, 1424 zu § 3 BetrVG 1972.

114 Vgl. die Übersicht bei *Brecht-Heitzmann*, GS Zachert, S. 502, 510 ff.

115 BAG 9.12.2009, 4 AZR 190/08, NZA 2010, 712 zu § 3 TVG.

116 DKKW-Berg, § 77 BetrVG Rn. 145.

117 A. A. wohl *Schliemann*, NZA 2015, 1298, 1299.

118 *ErfK-Franzen*, § 4a TVG Rn. 17.

VI. Lösung von Tarifpluralität durch die Arbeitsvertragsparteien

1. Bezugnahmen unter dem Tarifeinheitsgesetz

- 77 Obwohl § 4a TVG einen Minderheitstarifvertrag durch die Anwendung des Mehrheitstarifvertrages – temporär – verdrängen kann, verbleibt die Möglichkeit der Parteien des Arbeitsvertrages, auch einen solchen Minderheitstarifvertrag im Arbeitsvertrag in Bezug zu nehmen.¹¹⁹ Eine solche Bezugnahme ist auch deswegen möglich, weil das Tarifeinheitsgesetz nicht in die Gestaltungsfreiheit der Parteien des Arbeitsvertrages eingreifen kann.¹²⁰ Sofern ein Arbeitnehmer also nach § 4a TVG als Mitglied der Minderheitengewerkschaft nicht in den Genuss der normativen Geltung ihrer Tarifverträge nach §§ 3 Abs. 1 und 4 Abs. 1 TVG gelangen kann, so erreicht diese Wirkung indessen die vertragliche Bezugnahme auf den Minderheitentarifvertrag.
- 78 Allerdings führt eine solche Bezugnahme im Arbeitsvertrag dazu, dass zwischen der Anwendung des Mehrheitstarifvertrages auf die Mitglieder dieser Gewerkschaft nach §§ 3 Abs. 1 und 4 Abs. 1 TVG und der Bezugnahme im Arbeitsvertrag auf den Minderheitentarifvertrag ein Günstigkeitsvergleich nach § 4 Abs. 3 TVG anzustellen ist. Hierbei sind in einem Sachgruppenvergleich die in einem inneren sachlichen Zusammenhang stehenden Teilkomplexe der unterschiedlichen Regelungen im Tarifvertrag einerseits und im Arbeitsvertrag andererseits zu vergleichen. Ist nicht zweifelsfrei feststellbar, dass die einzelvertragliche Regelung für den Arbeitnehmer günstiger ist, sollte es bei der Geltung des Mehrheitstarifvertrages bleiben.¹²¹

2. Die üblichen Formen einer Bezugnahme

- 79 Im Rahmen der Vertragsfreiheit können die Parteien des Arbeitsvertrages auch auf Tarifverträge Bezug nehmen, nach denen sich die Arbeitsbedingungen richten sollen. Üblicherweise wird danach unterschieden, ob die Bezugnahme
- statisch auf einen bestimmten Tarifvertrag,
 - dynamisch auf die jeweiligen Tarifverträge einer Branche bzw. Arbeitgebers oder
 - generell auf die jeweils in Betrieb oder Unternehmen geltenden Tarifverträge verweist.

119 Schliemann, NZA 2015, 1298, 1300.

120 Richardi, NZA 2015, 915, 916.

121 BAG 10.12.2014, 4 AZR 503/12, NZA 2015, 946.

Unverkennbar ist die Tendenz der Rechtsprechung, solche Klauseln zum Schutz der Arbeitnehmer im Zweifel streng am Wortlaut auszulegen. So versteht das BAG etwa nach dem 1.1.2002 verwendete klein-dynamische Bezugnahmen auf den jeweiligen Branchentarifvertrag regelmäßig nicht als eine Gleichstellungsabrede,¹²² sodass etwa nach einem Betriebsübergang nicht die nach § 613a Abs. 1 Satz 3 BGB für die Gewerkschaftsmitglieder vorrangigen Tarifverträge des neuen Inhabers, sondern im Zweifel weiterhin die bisherigen Tarifverträge des alten Arbeitgebers anzuwenden sind. Dies gilt auch für Gewerkschaftsmitglieder, bei denen ebenfalls eine Bezugnahme im Arbeitsvertrag konstitutiv gilt und daher zu einem Günstigkeits-Vergleich nach § 4 Abs. 3 TVG führt.

3. Regelungslücke durch § 4a TVG?

Durch das Inkrafttreten des Tarifeinheitsgesetzes kann es grundsätzlich zu einer Lücke im Arbeitsvertrag kommen, da regelmäßig nicht davon auszugehen ist, dass sich die Parteien eines Arbeitsvertrages bislang schon an einem Mehrheits-tarifvertrag orientiert haben. **81**

Eine solche Regelungslücke kann jedoch ggf. über die Grundsätze der ergänzenden Vertragsauslegung geschlossen werden,¹²³ indem zunächst unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände bei Abschluss des Arbeitsvertrags entweder ein etwaiger übereinstimmender Wille oder anderenfalls zu ermitteln ist, wie der Arbeitnehmer als verständiger und redlicher Vertragspartner die Klausel verstehen musste. **82**

a) Tarifwechselklausel

Bei einer Tarifwechselklausel, die auf die im Betrieb jeweils geltenden Tarifverträge abstellt, führt schon eine erläuternde Auslegung dazu, dass der Mehrheits-tarifvertrag nach § 4a Abs. 2 Satz 2 TVG anzuwenden ist. Denn nur dieser Tarifvertrag ist nach §§ 3 Abs. 1 und 4 Abs. 1 TVG normativ anwendbar und gilt daher im Betrieb. **83**

Gleiches ist anzunehmen, wenn die Bezugnahmeklausel auf die jeweils im Unternehmen geltenden Tarifverträge verweist.¹²⁴ Zwar wird hier nicht auf den Betrieb als den nach § 4a Abs. 2 Satz 2 TVG maßgebenden Vergleichsmaßstab abgestellt. Allerdings ist hier regelmäßig im Wege einer ergänzenden Vertragsauslegung¹²⁵ davon auszugehen, dass die Parteien des Arbeitsvertrags auf die Gel-

122 BAG 24.9.2008, 6 AZR 76/07, NZA 2009, 154.

123 *Sprenger*, NZA 2015, 719; BAG 16.5.2013, 4 AZR 445/11, NZA 2014, 392.

124 *Hromadka/Maschmann*, § 16 Rn. 259; *Däubler/Bepler*, Rn. 173.

125 Vgl. *Sprenger*, NZA 2015, 719.

Kap. 17 Vergütungssysteme in tarifpluralen Betrieben

tung von Tarifverträgen im jeweiligen Betrieb abstellen wollten. Denn auch aus Sicht des Arbeitnehmers ist es wichtig, dass die in seinem Beschäftigungsbetrieb geltenden Tarifverträge zur Anwendung kommen. Dies kann etwa bei Zahlung einer tariflichen Schmutzzulage relevant werden, die in den Verwaltungsbetrieben eines Unternehmens nicht gewährt wird.

b) Klein-dynamische Bezugnahmeklausel

- 85** Bei der klein-dynamischen Bezugnahmeklausel auf die jeweils geltenden Tarifverträge einer Branche kommt es hingegen zu Schwierigkeiten mit Blick auf die von § 4a Abs. 2 Satz 2 TVG angeordnete Anwendung des Mehrheitstarifvertrages, wenn dieser von einer anderen als der bisherigen Branchengewerkschaft abgeschlossen wurde. Hier lässt sich kaum – entgegen dem Wortlaut – im Wege einer ergänzenden Vertragsauslegung klären, welchen Tarifvertrag welcher Gewerkschaft die Arbeitsvertragsparteien bei verständiger Würdigung in Bezug nehmen wollten. Im Ergebnis kann es dann regelmäßig zu einem Günstigkeitsvergleich zwischen der gesetzlichen Anordnung eines Mehrheitstarifvertrags und der Bezugnahme auf einen Minderheitentarifvertrag nach § 4 Abs. 3 TVG kommen.¹²⁶
- 86** Eine Ausnahme ist vielleicht dort angebracht, wo die Parteien des Arbeitsvertrags schon in der Vergangenheit sich in der Umsetzung ihres Vertrags an dem bisher geltenden Grundsatz der Tarifeinheit ausgerichtet haben. Sofern danach die bisher über den Grundsatz der Spezialität angewandten Tarifverträge von derselben Gewerkschaft wie der „neue“ Mehrheitstarifvertrag abgeschlossen wurden, kann es zu identischen Anwendungs- und Auslegungsergebnissen kommen. Denn im Zweifel wurde von der Rechtsprechung auch schon in der Vergangenheit auf die Mehrheit im Betrieb rekurriert, um den insoweit spezielleren Tarifvertrag zu ermitteln.

c) Statische Bezugnahmeklausel

- 87** Wird in einer Bezugnahmeklausel ein Tarifvertrag ausdrücklich benannt, so hat es hierbei grundsätzlich sein Bewenden.¹²⁷ Eine statische Bezugnahmeklausel führt entgegen ihrem Wortlaut nur dann zu einer Anwendung des Mehrheitstarifvertrags, wenn dieselbe Gewerkschaft denselben Tarifvertrag abgeschlossen hat. Insoweit bleibt also der für den Arbeitnehmer günstigere Tarifvertrag anwendbar.¹²⁸

¹²⁶ Melot de Beauregard, DB 2015, 1527, 1530.

¹²⁷ Hromadka/Maschmann, § 16 Rn. 259.

¹²⁸ Hierfür Däubler/Bepler, Rn. 173.

4. AGB-Kontrolle

Zwar unterfällt der Inhalt von Tarifverträgen keiner AGB-Kontrolle nach § 310 Abs. 4 Satz 1 BGB. Hingegen unterliegen Bezugnahmeklauseln einer AGB-Kontrolle nach § 305 f. BGB, wenn sie vom Arbeitgeber als vorformulierte Vertragsbedingung bei Abschluss des Arbeitsvertrags verwendet werden. **88**

Fraglich ist, ob eine – sich ggf. auch erst im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung ergebende – Bezugnahme auf den Mehrheitstarifvertrag als überraschende¹²⁹ oder intransparente¹³⁰ Klausel zu bewerten ist. **89**

a) Überraschende Klausel?

Nach § 305c Abs. 1 BGB werden „überraschende“ Klauseln nicht zum Bestandteil des Arbeitsvertrags. Voraussetzung ist, dass die Klausel nach den Umständen – insbesondere nach dem äußeren Erscheinungsbild – so ungewöhnlich ist, dass der Arbeitnehmer nicht mit ihr zu rechnen braucht. Eine Bezugnahme auf den nach § 4a Abs. 2 Satz 2 TVG einschlägigen Tarifvertrag erscheint indessen nicht ungewöhnlich. Dies umso mehr, als die Klausel der gesetzlichen Anordnung aus § 4a TVG entspricht. **90**

Wesentlich kann aber die Frage sein, welche Ziele bei Abschluss des Arbeitsvertrags verfolgt wurden. Jedenfalls dann, wenn der Arbeitgeber bei schon in der Vergangenheit bestehender Tarifpluralität eine Anwendung des Grundsatzes der Tarifeinheit praktizierte, kann von keiner überraschenden Klausel gesprochen werden. Denn bei einer Konkurrenz etwa mit Tarifverträgen einer Sparten-gewerkschaft wurde auch schon in der Vergangenheit auf ein Mehrheitsprinzip abgestellt, um bei Zweifeln den sach nächsten Tarifvertrag zu ermitteln.¹³¹ **91**

Schließlich ist zu beachten, dass sich die Anwendung eines bislang schon gelten-den Mehrheitstarifvertrags auf die Grundsätze einer betrieblichen Übung stützen kann. **92**

b) Unklare Klausel?

Bestimmungen in AGB können nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB unwirksam sein, wenn sich eine unangemessene Benachteiligung daraus ergibt, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist. **93**

Eine solche Intransparenz sollte indessen nicht vorliegen, wenn die Bezugnahmeklausel sich eindeutig auf den Mehrheitstarifvertrag nach § 4a TVG bezieht. Dies ist jedenfalls bei einer Tarifwechselklausel der Fall, weil diese sogar an- **94**

¹²⁹ Greiner, NZA 2015, 769, 776.

¹³⁰ Däubler/Bepler, Rn. 173.

¹³¹ BAG 14.6.1989, 4 AZR 200/89, NZA 1990, 325 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz.

Kap. 17 Vergütungssysteme in tarifpluralen Betrieben

wendbar bleibt, wenn der Mehrheitstarifvertrag hinter den Tarifvertrag der Minderheitengewerkschaft wieder zurücktritt.

5. Gestaltungen

- 95 Zu untersuchen bleibt, ob sich unter der Geltung des Tarifeinheitgesetzes neue Anhaltspunkte für die Formulierung von Bezugnahme Klauseln ableiten lassen:

a) Mehrheitstarifvertrag

- 96 Fraglich ist, ob die Bezugnahme auf den Mehrheitstarifvertrag zu einer größeren Rechtssicherheit führen könnte. Hierfür spricht auf den ersten Blick zwar die gesetzliche Anordnung aus § 4a Abs. 2 Satz 2 TVG. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass sich dessen Anwendung nach § 4a TVG nur dann einstellt, wenn der Arbeitnehmer selbst nach §§ 3 Abs. 1 und 4 Abs. 1 TVG tarifgebunden ist. Durch einen Wechsel in die Minderheitengewerkschaft kann der Arbeitnehmer wiederum einen Günstigkeitsvergleich nach § 4 Abs. 3 TVG auslösen, falls dieser zunächst verdrängte Minderheitentarifvertrag wiederauflebt und normativ nach § 4 Abs. 1 TVG anzuwenden ist.

b) Tarifvertrag einer Gewerkschaft

- 97 Vorstellbar ist, den Tarifvertrag einer bestimmten Gewerkschaft in Bezug zu nehmen. Dies kann z. B. in der Erwartung geschehen, dass es sich hierbei um die Mehrheitsgewerkschaft handelt. Indessen bleibt auch hier ein Wechsel in die Minderheitengewerkschaft möglich, sodass sich ein Günstigkeitsvergleich nach § 4 Abs. 3 TVG einstellen kann, wenn der bisherige nach § 4a Abs. 2 Satz 2 TVG vorrangige Mehrheitstarifvertrag nicht länger anwendbar ist und daher der bis dahin verdrängte Minderheitentarifvertrag wieder normativ nach § 4 Abs. 1 TVG auflebt.

c) Wahlrecht des Arbeitnehmers bzw. Arbeitgebers

- 98 Fraglich ist, ob und wenn ja, zu welchem Zeitpunkt ein Wahlrecht zwischen verschiedenen Tarifverträgen vereinbart werden könnte. Vorstellbar ist z. B., dass sich der Arbeitnehmer bei Arbeitsbeginn zwischen zwei Tarifwerken entscheiden soll. Zwar kann auf diese Weise eine Bindung an eines der konkurrierenden Tarifwerke bewirkt werden. Allerdings kann hierdurch mit Blick auf das Grundrecht der individuellen positiven Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG nicht verhindert werden, dass der Arbeitnehmer in die konkurrierende Gewerkschaft entweder eintritt oder in diese als Gewerkschaftsmitglied wechselt und damit einen Günstigkeitsvergleich nach § 4 Abs. 3 TVG auslöst.

Ein Wahlrecht des Arbeitgebers würde überdies Bedenken mit Blick auf § 316 BGB begegnen, weil im Zweifel der Arbeitnehmer zur Bestimmung der Gegenleistung aufgerufen ist. Indessen ist bei einem Wahlrecht zwischen unterschiedlichen – kompletten – Tarifwerken zu bedenken, dass hier eine Richtigkeitsgewähr für die Inhalte des jeweiligen Tarifwerkes spräche. Dies kommt auch in der Diskussion zur Bereichsausnahme in § 310 Abs. 4 BGB zum Ausdruck, die bei der arbeitsvertraglichen Bezugnahme eines kompletten in der Branche anwendbaren Tarifwerkes eine inhaltliche AGB-Kontrolle ablehnt.¹³² **99**

d) Anrechnungsklausel

Um einen Günstigkeitsvergleich nach § 4 Abs. 3 TVG einzugrenzen, kommt die Aufnahme einer Anrechnungsklausel in Betracht. Hierdurch sollen Leistungen aus dem Arbeitsvertrag auf Leistungen aus normativer Bindung an einen Tarifvertrag angerechnet werden. Sind hingegen die Leistungen aus den im Arbeitsvertrag in Bezug genommenen Tarifvertrag höher, so verbleibt es insoweit bei einem normativen Anspruch aus §§ 3 Abs. 1 und 4 Abs. 1 TVG. **100**

e) Auflösende Bedingung

Eine mögliche Gestaltung könnte darin liegen, die Anwendung eines Tarifvertrags nur solange zu vereinbaren, als der Arbeitnehmer nicht nach § 4 Abs. 1 TVG als Mitglied normativ an den Tarifvertrag einer anderen Gewerkschaft gebunden ist. Hierbei handelt es sich um eine auflösende Bedingung nach § 158 Abs. 2 BGB, deren Zulässigkeit zum einen bereits mit Blick auf § 21 TzBfG besteht. Denn nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 TzBfG liegt ein sachlicher Grund für die auflösende Bedingung vor, weil in der Person des Arbeitnehmers liegende Gründe diese rechtfertigen. Denn der Wechsel in eine andere Gewerkschaft respektiert zum anderen die durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützte positive Koalitionsfreiheit des Arbeitnehmers, einer – anderen – Gewerkschaft als Mitglied beizutreten. **101**

f) Bewertung

Aus heutiger Sicht sollte weiterhin eine auf den Betrieb bezogene Tarifwechselklausel verwendet werden, weil sich diese auch auf den Mehrheitstarifvertrag im Betrieb beziehen würde. Hierdurch könnte auch der Wechsel zwischen einem Mehrheits- und einem Minderheitstarifvertrag ggf. sogar von Betrieb zu Betrieb erfasst werden. Ergänzt werden könnte diese Bezugnahmeklausel – jedenfalls aus Arbeitgebersicht – indessen um eine Anrechnungsklausel, um insoweit die **102**

¹³² Thüsing/Braun-Reufels, 8. Kap. Rn. 20 f.

Kap. 17 Vergütungssysteme in tarifpluralen Betrieben

Folgen einer normativen Bindung an den – jeweils – konkurrierenden Tarifvertrag einzugrenzen.

VII. Ausblick

- 103** Die hier vorgestellten Aspekte der Vergütung in tarifpluralen Betrieben werden auf absehbare Zeit noch weiter die Wissenschaft und Praxis beschäftigen. Denn die aktuelle Rechtsprechung des BAG verfestigt weiter die Konkurrenz unter den Gewerkschaften und damit die Pluralität auch der tariflich vereinbarten Vergütungssysteme, indem etwa bei der Beurteilung von Differenzierungsklauseln immer großzügiger zu Gunsten der handelnden Gewerkschaften und ihrer Mitglieder verfahren wird.¹³³
- 104** Die hiesigen Ausführungen und Gestaltungsmöglichkeiten stehen zwar unter dem Vorbehalt der ab dem 1.1.2019 durch den Gesetzgeber in Teilen noch näher auszuformenden Verfassungsmäßigkeit des durch das Tarifeinheitsgesetz geschaffenen § 4a TVG. Die hier unterbreiteten Gestaltungsvorschläge können sich jedoch umgekehrt auch in einem System von Tarifpluralität als tauglich erweisen, falls etwa die Mitgliedschaft in den konkurrierenden Gewerkschaften wechselt.

133 Vgl. Meyer, Anm. zu BAG 15.4.2015, 4 AZR 796/13, AP Nr. 57 zu § 3 TVG.

Kapitel 18

Risikomanagement und Vergütungspolitik – Institutsvergütungsverordnung als Modell

Schrifttum: *Annuß*, Risikomanagement und Vergütungspolitik – Die Institutsvergütungsverordnung aus arbeitsrechtlicher Sicht, NZA-Beil. 2014, 121; *Annuß*, Abfindungsvereinbarungen unter der Institutsvergütungsverordnung, BKR 2016, 102; *Bauer/Schuster* (Hrsg.), Nachhaltigkeit im Bankensektor, 2016; *Becker/Schulte-Mattler*, Finanzkrise 2.0 und Risikomanagement von Banken, Regulatorische Entwicklungen – Konzepte für die Umsetzung, 2012; *Boos/Fischer/Schulte-Mattler* (Hrsg.), KWG, CRR-VO, 5. Aufl. 2016; *Bosse*, Handbuch Vorstandsvergütung, 2. Aufl. 2015; *Buscher/Hannemann/Wagner/Weigl*, Verordnung über die aufsichtsrechtlichen Anforderungen an Vergütungssysteme von Instituten (Institutsvergütungsverordnung – InstitutsVergV), 2014; *Christoffer*, Der Vergütungsbeauftragte in bedeutenden Instituten – eine Bestandsaufnahme, BKR 2015, 14; *de Raet/Dörfler*, Besonderheiten bei der Festlegung der Vergütung von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern von Versicherungsunternehmen, CCZ 2017, 253; *Diller/Arnold*, Vergütungsverordnungen für Banken und Versicherungen: Pflicht zum Mobbing?, ZIP 2011, 837; *Dzida/Naber*, Risikosteuerung durch variable Vergütung, BB 2011, 2613; *Freihube/Christoffer*, Die neue Institutsvergütungsverordnung – Veränderte Spielregeln für Abfindungszahlungen in der Finanzbranche, DB 2018, 827; *Fuhlrott/Burkhard*, Das Schicksal arbeitsgebundener Rechtspositionen beim Betriebsübergang, BB 2013, 1592; *Groeger*, Begrenzung der Managervergütungen bei Banken durch staatliche Regulierung?, RdA 2011, 287; *Groeger*, Erfolgsbeteiligung Carried Interest Plan, ArbRB 2006, 227; *Hannemann/Schneider/Weigl*, Mindestanforderungen an das Risikomanagement, 2013; *Herz*, Aufsichtsrechtliche Vorgaben für die Vergütung der Geschäftsleiter von Banken und Finanzdienstleistern, NZG 2018, 1050; *Heuchemer/Kloft*, Neue Verordnung über die aufsichtsrechtlichen Anforderungen an Vergütungssysteme von Instituten (Instituts-Vergütungsverordnung), WM 2010, 2241; *Hohenstatt/Stamer*, „Carried Interest“ im Arbeitsrecht, BB 2006, 2413; *Insam/Hinrichs/Hörtz*, Vergütungssysteme nach der Institutsvergütungsverordnung – Aktuelle ungeklärte und geklärte Rechtsfragen, DB 2012, 1568; *Insam/Hinrichs/Hörtz*, InstitutsVergV 2014: Alte und neue Fallstricke in der Ausgestaltung der Vergütung von Kredit- und Finanzdienstleistungsunternehmen, WM 2014, 1415; *Jensen*, Jahresverlust und variable Vergütung – Banken im Spannungsfeld zwischen Institutsvergütungsordnung und Arbeitsrecht, BB 2014, 2869; *Lingemann/Pfister/Otte*, Ermessen bei Gratifikation und Vergütung als Alternative zum Freiwilligkeitsvorbehalt, NZA 2015, 65; *Löw/Gluck*, Vergütung bei Banken im Spannungsfeld von Arbeits- und Aufsichtsrecht, NZA 2015, 137; *Löw/Gluck*, Sound Remuneration Policies – Die neuen EBA-Guidelines und ihre Konsequenzen für die Vergütungssysteme bei Banken, BKR 2016, 265; *Löw/Gluck*, Anforderungen an die variable Vergütung nach der Institutsvergütungsverordnung, BKR 2015, 186; *Merkelbach*, Neue Vergütungsregeln für Banken – Institutsvergütungsverordnung 2.0, WM 2014, 1990; *Moritz/Klebeck/Jesch* (Hrsg.), Kapitalanlagegesetzbuch, Bd. 1, Kommentar, 2016; *Müller-Bonanni/Mehrens*, Neue Vergütungsregeln für Banken – Entwurf der Instituts-Vergütungsverordnung, NZA 2010, 792; *Nguyen/Posch/Kusnezow*, Veränderung der Vergütungspolitik in der Finanzbranche – eine Studie am Beispiel der Deutschen Bank, ZfgK 2014, 128; *Patzner/Döser/Kempf* (Hrsg.), Investmentrecht (Kapitalanlagegesetzbuch/Investmentsteuergesetz), 2. Aufl. 2015; *Rieble/Schmittlein*, Vergü-

Kap. 18 Risikomanagement und Vergütungspolitik

tung von Vorständen und Führungskräften, 2011; *Rieble/Junker/Giesen* (Hrsg.), Finanzkriseninduzierte Vergütungsregulierung und arbeitsrechtliche Entgeltsysteme, 2011; *Schneider/Schneider*, Der Aufsichtsrat der Kreditinstitute zwischen gesellschaftsrechtlichen Vorgaben und aufsichtsrechtlichen Anforderungen – Ein Beitrag zur aufsichtsrechtlichen Corporate Governance der Kreditinstitute, NZG 2016, 41; *Schuster*, Clawback-Klauseln – probates Mittel zukunftsgerichteter Gestaltung von Bonus-Vereinbarungen, in: Baeck/Hauck/Preis/Rieble/Röder/Schunder (Hrsg.), Festschrift für Jobst-Hubertus Bauer, 2010, S. 973; *Simon/Koschker*, Vergütungssysteme auf dem Prüfstand – Neue aufsichtsrechtliche Anforderungen für Banken und Versicherungen, BB 2011, 120; *Thum*, Die Zulässigkeit von Claw-Back-Regelungen im Lichte der Institutsvergütungsverordnung, NZA 2017, 1577; *Velte*, „Nachhaltige“ Vorstandsvergütung bei börsennotierten Aktiengesellschaften, NZG 2016, 294; *Volhard/Kruschke*, Zur geplanten Regulierung der Vergütungsstrukturen bei Private Equity Fonds durch die AIFM-RL, DB 2011, 2645; *Weitnauer/Boxberger/Anders* (Hrsg.), Kapitalanlagegesetzbuch, Kommentar, 2014; *Weitnauer/Grob*, Bindung von geschäftsführenden Gesellschaftern durch Leaver- bzw. Vesting-Regelungen, GWR 2015, 353; *Zürn/Böhm*, Neue Regeln für die Vergütung in Banken – Arbeitsrechtliche Umsetzung der Änderung der Instituts-Vergütungsverordnung, BB 2014, 1269.

Übersicht

Rn.	Rn.
I. Interessenlage 1	1. Nachhaltigkeitskomponente
II. Historische Entwicklung 3	I: Vergütungsparameter 15
III. Anwendungsbereich der InstitutsVergV 4	2. Nachhaltigkeitskomponente
IV. Grundsatz der Proportionalität . . . 7	II: Begrenzung der Höhe der variablen Vergütung und Poolvorbehalt 19
IV. Der Vergütungsbegriff der InstitutsVergV 9	3. Nachhaltigkeitskomponente III:
1. Grundsätze 9	Mehrfährige Bemessungs- grundlage und Bonus-/ Malussysteme 22
2. Vergütung durch Dritte 10	4. Nachhaltigkeitskomponente IV:
3. Garantierte variable Vergütung 11	Ex-post-Risiko-Adjustierung . 29
4. Abfindungen 12	
V. Das Gebot der Nachhaltigkeit der variablen Vergütung 13	

I. Interessenlage

- 1 Seit der Banken- und Finanzmarktkrise ist die Regulierung der Vergütung von Geschäftsleitern und Mitarbeitern in der Finanzindustrie in den Fokus gesetzgeberischer Regulierung gerückt. Insbesondere Fehlanreize bei der Ausgestaltung der Vergütungssysteme durch die (vermeintliche) Ausrichtung auf kurzfristige Ziele,¹ die Anreize zur Eingehung von (unvertretbaren) Risiken zur Erzielung kurzfristiger Gewinne und der Generierung höherer Boni, wurden als

¹ Rieble/Junker/Giesen-Lindemayer, S. 16; Nguyen/Posch/Kusnezow, ZfGK 2014, 128 ff.

Hauptverursacher der Banken- und Finanzmarktkrise ausgemacht.² Die Institutvergütungsverordnung (InstitutsVergV) soll aus regulatorischer, d. h. bankaufsichtsrechtlicher Sicht diesen Fehlentwicklungen entgegenwirken und ein effektives Risikomanagement durch eine nachhaltige Vergütungsstrategie sicherstellen.

Ein effektives Risikomanagement erfordert eine nachhaltige Vergütungsstrategie. Zentrales Kriterium einer nachhaltigen Vergütungsstrategie ist ein risikoorientiertes Leistungs- und Verhaltensmanagement, das den „langfristigen Erfolg“ im Sinne einer nachhaltigen Steigerung des Unternehmenswertes des Finanzinstituts unter gleichzeitiger Einhaltung von Compliance-Anforderungen (etwa Kartell-, Wettbewerbs- und Steuer-Compliance und regulatorische Compliance) sicherstellt.³ Es geht um eine Fokussierung des Verhaltens des Beschäftigten auf „gewollte“ (unternehmenswertsteigernde) Ziele. Eine Vergütungspolitik, die auf kurzfristige Parameter ausgerichtet ist und einseitig Erfolg belohnt, ohne Misserfolg ausreichend zu sanktionieren, kann dazu verleiten, den langfristigen und nachhaltigen Unternehmenserfolg aus dem Blick zu verlieren. „Gewollte“ (unternehmenswertsteigernde) Ziele sind nicht rein bilanziell- und ergebnisbezogen zu verstehen. Es geht um „rechtskonformes“ Auftreten, nicht zuletzt vor dem Hintergrund, dass Rechtsverstöße nicht nur erhebliche finanzielle Folgen nach sich ziehen können (z. B. Geldbußen, Gewinnabschöpfung, erhebliche Kosten für langwierige Prozesse), sondern Reputationsrisiken Entscheidungen von Verbrauchern sowie die Entwicklung von Aktienkursen und die Stabilität des Finanz- und Kapitalmarkts erheblich beeinflussen können. Das Kernelement dieser Risikosteuer ist die „richtige“, da nachhaltige Ausgestaltung der variablen Vergütungssysteme.

II. Historische Entwicklung

Vor der Banken- und Finanzmarktkrise existierten für Finanzinstitute keine Vorgaben zur Ausgestaltung ihrer Vergütungssysteme.⁴ Erst seit 2009 entwickelte sich auf nationaler wie auch internationaler Ebene ein zunehmend dichter werdendes Netz an vergütungsrechtlichen Vorgaben. Das Financial Stability Forum (FSF) veröffentlichte im Anschluss an den sog. „**Draghi-Report**“ Prinzipien für solide Vergütungspraktiken (FSF Principles for Sound Compensation Practices).⁵ Detailliertere Vergütungsvorgaben finden sich in den vom Financial

2 Vgl. etwa *Jaques de Larosièrè*, The High-Level Group on Financial Supervision in the EU, Chaired v. 25.2.2009 (sog. De-Larosièrè-Bericht).

3 *Dzida/Naber*, BB 2011, 2613 ff.; *Velte*, NZG 2016, 294, 296 f.

4 *Rieble/Schmittlein*, Rn. 421.

5 Financial Stability Forum, FSF Principles for Sound Compensation Practices, 2.4.2009; diese wurden durch die sog. „zweite MaRisk-Novelle“ v. 14.8.2009 in Deutschland umgesetzt, vgl. *Buscher/Hannemann/Wagner/Weigl*, S. 5.

Stability Board (FSB) – der Nachfolgeorganisation des FSF – veröffentlichten Implementierungsstandards, insbesondere Vorgaben, die variable Vergütung des Instituts verstärkt auf den langfristigen Erfolg auszurichten, Regelungen zu Auszahlungsmechanismen, insbesondere zu Zurückbehaltungszeiträumen, das Verbot garantierter variabler Vergütung und Offenlegungspflichten.⁶ Die EU-Kommission veröffentlichte im Anschluss an den sog. De-Larosièr-Bericht⁷ im April 2009 (rechtlich unverbindliche) Empfehlungen zur Vergütungspolitik im Finanzdienstleistungssektor und zur Vergütung von Mitgliedern der Unternehmensleitung börsennotierter Gesellschaften, die sich inhaltlich an den Prinzipien und Standards des FSB orientierten. Auf europäischer Ebene wurden erstmals durch die Richtlinie 2010/76/EU v. 24.11.2010 (**Capital Requirement Directive III; CRD III**) rechtlich verbindliche Vorgaben für die Ausgestaltung der Vergütungssysteme der Banken gemacht, wobei jedoch die Wahl der Form und Mittel den nationalen Gesetzgebern vorbehalten blieb. Die CRD III enthielt u. a. die Verpflichtung für die Institute, ein angemessenes Verhältnis zwischen fester und variabler Vergütung sowie detaillierte Anforderungen für die Bemessung des Erfolgs, insbesondere Vergütungsparameter für variable Vergütungssysteme, festzulegen.⁸ Zeitgleich veröffentlichte die Europäische Bankenaufsichtsbehörde (Committee of European Banking Supervisors, CEBS) – die Vorgängerin der heutigen European Banking Authority (EBA) – im Dezember 2010 **Leitlinien zur Vergütungspolitik und -praxis**, die zahlreiche Vorschläge zur angemessenen Ausgestaltung von Vergütungssystemen enthielten, z. B. die Einführung von Staffelungen der Bonuszahlungen über längere Zeiträume sowie Malus- und Rückforderungsregelungen.⁹ Nochmals verschärft wurden die Vergütungsregelungen durch das im Juni 2013 veröffentlichte **CRD IV-Paket** (Capital Requirement Directive IV).¹⁰ Darin wird erstmalig eine Obergrenze für das Verhältnis zwischen variabler und fixer Vergütung festgelegt (grunds. 1:1 oder bis zu 1:2 bei einem entsprechenden Beschluss der Anteilseigner). Die Umsetzung der internationalen und europäischen Initiativen und Regelungen erfolgte im Juli 2010 durch das Gesetz über aufsichtsrechtliche Anforderungen an Vergütungssysteme von Instituten und Versicherungsunternehmen (Vergütungsgesetz) sowie das zum 1.1.2014 in Kraft getretene CRD IV-Umsetzungsgesetz. Das Vergütungsge-

6 Financial Stability Board, Principles for Sound Compensation Practices – Implementation Standards, 25.9.2009; zur Umsetzung in Deutschland: *Rieble/Schmittlein*, Rn. 430.

7 *Jaques de Larosièr*, The High-Level Group on Financial Supervision in the EU v. 25.2.2009.

8 Ausf. *Buscher/Hannemann/Wagner/Weigl*, S. 8 f.

9 Committee of European Banking Supervisors, Guidelines on Remuneration Policies and Practices v. 10.12.2010; im April 2009 hatte die CEBS bereits eine Zusammenstellung von Prinzipien zum Thema Vergütung veröffentlicht, Committee of European Banking Supervisors, High Level Principles for Remuneration Policies.

10 VO (EU) Nr. 575/2013 und die Richtlinie 2013/36/EU v. 26.6.2013.

setz setzte die internationalen Prinzipien und Standards des FSB sowie die vergütungsbezogenen Vorgaben der CRD III und der CEBS-Leitlinien in deutsches Recht um. Mit dem Vergütungsgesetz wurde darüber hinaus in **§ 25a Abs. 6 KWG** die Ermächtigungsgrundlage für die InstitutsVergV geschaffen, die neben § 25a Abs. 5 KWG das Kernelement der für Finanzinstitute geltenden Vergütungsregelungen ist. Am 10.8.2016 wurde zur Umsetzung der **EBA Guidelines on sound remuneration policies and disclosures (EBA/GL/2015/22)**, die die bisherigen CEBS Guidelines ablösen und am 1.1.2017 in Kraft traten, und mit der InstitutsVergV vom 4.8.2017 in deutsches Recht umgesetzt.

III. Anwendungsbereich der InstitutsVergV

Die InstitutsVergV erfasst Kredit- und Finanzdienstleistungsinstituten i. S. d. §§ 1 Abs. 1b, 53 Abs. 1 KWG. Dies sind neben Instituten mit Sitz in Deutschland auch rechtlich unselbstständige Zweigniederlassungen von deutschen Instituten im Ausland, von Tochterinstituten und rechtlich unselbstständige Zweigniederlassungen von Unternehmen mit Sitz im Ausland.¹¹ Nicht erfasst sind hingegen Zweigniederlassungen von Unternehmen mit Sitz in einem Staat des Europäischen Wirtschaftsraums (EWR). Solche Zweigniederlassungen besitzen einen sog. **Europäischen Pass** (§ 53b KWG; **EU passport**) und unterliegen der Finanzaufsicht ihres jeweiligen Heimatlandes (§ 1 Abs. 1 Satz 2 InstitutsVergV). Der Gesetzgeber geht insoweit von einem gleichwertigen Aufsichtsrecht in den Mitgliedstaaten aus.¹²

Die InstitutsVergV geht ihrem persönlichen Anwendungsbereich nach über die aktienrechtliche Vorschrift in § 87 AktG – ebenfalls eine „Kernvorschrift“ nachhaltiger Ausgestaltung der variablen Vergütung – hinaus: Die InstitutsVergV gilt „rechtsformunabhängig“ für sämtliche **Geschäftsleiter** und **Mitarbeiter** und nicht ausschließlich für Vorstände von Finanzinstituten in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft.¹³ Während § 87 AktG den Schutz der Anteilseigner der Aktiengesellschaft, der Gesellschaft selbst sowie deren Gläubigern bezweckt, dient die InstitutsVergV vordringlich dem öffentlichen Interesse an einem funktionie-

11 Praktische Hilfestellung bietet die bei der BaFin geführte Liste der zugelassenen Kreditinstitute, der entnommen werden kann, ob das Institut eine deutsche Banklizenz besitzt, eine Zweigniederlassung eines ausländischen Instituts ist oder es sich um einen grenzüberschreitenden Dienstleister (cross-border service provider) handelt.

12 Boos/Fischer/Schulte-Mattler-Braun/Wolfgarten, § 25a KWG Rn. 654.

13 Im Übrigen finden sich besondere Vorgaben in der Wohnimmobilienkreditrichtlinie für Personen, die in die Kreditvergabe und die Kreditvermittlung involviert sind, sowie in den „Mindestanforderungen an die Compliance-Funktion und die weiteren Verhaltens-, Organisations- und Transparenzpflichten nach §§ 31 ff. WpHG für Wertpapierhandelsunternehmen (MaComp)“ für Mitarbeiter in Wertpapierdienstleistungsunternehmen, die im Vertrieb tätig sind (§ 5 Abs. 1 MaComp).

renden Finanzmarkt. Über die rein „summenmäßige“ Begrenzung der variablen Vergütung gem. § 25a Abs. 5 KWG setzt die InstitutsVergV vor dem Hintergrund zwischen den Instituten und der Aufsichtsbehörde regelmäßig bestehende Informationsasymmetrie unmittelbar – und unter Berücksichtigung des Angemessenheitsgrundsatzes (oder in der Terminologie der InstitutsVergV: Grundsatz der Proportionalität) an den Anreizen insbesondere der „risikorelevanten“ Mitarbeiter der Institute an.¹⁴

- 6 Um eine Umgehung der Vorgaben der InstitutsVergV zu verhindern (etwa durch „Auslagerung“ der Tätigkeit auf institutsfremde Dritte) und eine Regulierung des Verhaltens aller „risikorelevanten“ Mitarbeiter zu erzielen, ist der Begriff des „Mitarbeiters“ bewusst weit gefasst: Mitarbeiter eines Instituts ist, wer bei wirtschaftlicher und risikoseitiger Betrachtung dem Institut zuzurechnen ist.¹⁵ Dies hat zweierlei Konsequenzen: Zum einen ist es unerheblich, ob der Mitarbeiter einen Arbeitsvertrag mit dem Institut geschlossen hat. Erfasst sind vielmehr nicht nur Arbeitnehmer des Instituts, sondern auch Leiharbeitnehmer („Zeitarbeitnehmer“) und regelmäßig auch freie Mitarbeiter.¹⁶ Zum anderen ist der Begriff „beim Betreiben von Bankgeschäften oder bei der Erbringung von Finanzdienstleistungen bedient“ weit auszulegen. Er bezieht sich nicht nur auf Mitarbeiter, die unmittelbar (operativ am Markt) Bank- oder Finanzgeschäfte betreiben. Gemeint sind auch Mitarbeiter in den Bereichen Recht, Finanzen, Informationstechnologie und Wirtschaftsanalysen. Auch diese Personen können das „Risikoprofil“ des Instituts beeinflussen, denn sie sind nicht selten an organisatorischen Maßnahmen beteiligt, aufgrund derer Bank- und Finanzgeschäfte getätigt oder abgewickelt werden.¹⁷

IV. Grundsatz der Proportionalität

- 7 Ein effektives Risikomanagement erfordert nicht, die variable Vergütung aller Mitarbeiter jeglicher Institute in der gleichen Strenge zu regulieren. Die Institute und Mitarbeiter sollen verhältnismäßig mit einer für sie jeweils angemessenen Vergütungsregulierung belastet sein (Grundsatz der Proportionalität). Die InstitutsVergV unterscheidet folglich (institutsbezogen) nach der Größe des Instituts,

14 Bauer/Schuster-Glasow, S. 132 f.; allg. zur Risikosteuerung durch variable Vergütung Dzida/Naber, BB 2011, 2613 ff.

15 Müller-Bonanni/Mehrens, NZA 2010, 792, 793; Simon/Koschker, BB 2011, 120, 121.

16 Buscher/Hannemann/Wagner/Weigl, S. 55 ff.

17 Annuß, NZA-Beil. 2014, 121, 123; freie Handelsvertreter i. S. d. § 84 Abs. 1 HGB (im Regelfall Abschluss- und Anlagevertreter) sind gem. § 2 Abs. 6 Satz 2 InstitutsVergV keine Mitarbeiter des Instituts. Nach der Auslegungshilfe zur InstitutsVergV müssen sich die Institute dennoch mit den Besonderheiten dieses Vertriebswegs insbesondere auch unter dem Gesichtspunkt des Reputations- und Haftungsrisikos befassen und geeignete Kontrollstrukturen implementieren.

seiner Vergütungsstruktur sowie Art, Umfang, Komplexität, Risikogehalt und Internationalität der betriebenen Geschäftsaktivitäten („heterogene Institutsstruktur“) einerseits sowie (personenbezogen) nach den Tätigkeiten der Mitarbeiter andererseits. **Institutsbezogen** („erste Stufe der Proportionalität“) unterteilt die InstitutsVergV in allg. für die Geschäftsleiter und Mitarbeiter aller Institute geltenden Vorschriften (§§ 1 bis 16) sowie in solche (restriktiveren) Vorschriften, die (zusätzlich) ausschließlich für bedeutende Institute i. S. d. § 17 InstitutsVergV gelten (§§ 17 bis 26). Bedeutende Institute sind insbesondere Institute, deren Bilanzsumme im Durchschnitt der letzten abgeschlossenen drei Geschäftsjahre 15 Milliarden Euro erreicht oder überschritten hatte (allerdings ist der Nachweis möglich, dass das Institut dennoch nicht bedeutend ist) sowie Institute, die als potenziell systemgefährdend i. S. d. § 47 Abs. 1 KWG eingestuft sind (§ 17 Abs. 2 Nr. 2 InstitutsVergV) und Finanzhandelsinstitute i. S. d. § 25f Abs. 1 KWG (§ 17 Abs. 2 Nr. 3 InstitutsVergV).

In personaler Hinsicht („zweite Stufe der Proportionalität“) differenziert die InstitutsVergV zwischen „allgemeinen“ Mitarbeitern, Mitarbeitern in Kontroll-einheiten auf der einen Seite und Geschäftsleitern sowie Risikoträgern (Risk Taker) auf der anderen Seite.¹⁸ Für die „allgemeinen“ Mitarbeiter belässt es die InstitutsVergV grunds. bei einer „summenmäßigen“ Begrenzung der Höhe der variablen Vergütung (vgl. § 25a Abs. 5 KWG: grundsätzlich 1:1; Erhöhung auf 1:2 bei entsprechendem Beschluss der Anteilseigner; s. Rn. 19), einen Bonus-poolvorbehalt (s. Rn. 20) sowie Vorgaben für die „richtige“, d. h. eine risiko-orientierte und auf die konkrete Funktion des Mitarbeiters zugeschnittene Aus-gestaltung der variablen Vergütung. Eine darüber hinausgehende langfristige Ausgestaltung der variablen Vergütung im Sinne einer mehrjährigen Erfolgsbe-messung, einer (zukunftsbezogenen) Steuerungswirkung und einer „mehrjähri-gen Sanktionierung“ für Fehlverhalten durch eine Kürzung der variablen Vergü-tung (auf Null) verlangt die InstitutsVergV in § 10 Abs. 2 für die Geschäftsleiter aller Institute sowie gem. §§ 19 ff. für die Risikoträger bedeutender Institute. **Ri-sikoträger** sind Mitarbeiter, deren Tätigkeit einen wesentlichen Einfluss auf das Gesamtrisikoprofil des Instituts hat (§ 18 Abs. 1 InstitutsVergV), z. B. Risiko-käufer im Bereich des Investmentbanking.¹⁹ Im Kern geht es darum, die variable

¹⁸ Buscher/Hannemann/Wagner/Weigl, S. 42.

¹⁹ Müller-Bonanni/Mehrens, NZA 2010, 792, 793. Die Institute haben gem. § 18 Abs. 2 InstitutsVergV eigenverantwortlich eine Risikoanalyse durchzuführen, auf deren Grundlage die Risikoträger zu identifizieren sind. Zur Durchführung der Risikoanalyse und den anzuwendenden Kriterien vgl. DelegiertenVO (EU) Nr. 604/2014 der Kommission v. 4.3.2014 zur Ergänzung der Richtlinie 2013/36/EU des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf technische Regulierungsstandards in Bezug auf qualitative und angemessen quantitative Kriterien zur Ermittlung der Mitarbeiterkategorien, deren berufliche Tätigkeit sich wesentlich auf das Risikoprofil eines Instituts auswirkt, ABl 167/30 v. 6.6.2014.

Vergütung dieser Personen im Wege einer angemessenen Beteiligung am Gesamterfolg des Instituts, dem Erfolg der jeweiligen Organisationseinheit und entsprechend ihrem individuellen Erfolgsbeitrag (insbesondere durch mittel- bzw. langfristige Betrachtungs- und Zurückbehaltungszeiträume) zu steuern (vgl. Rn. 22 ff.).²⁰ Sondervorschriften (§§ 5 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 4, 9 InstitutsVergV) gelten zudem für die **Mitarbeiter von Kontrolleinheiten**. Zu den Kontrolleinheiten gehören gem. § 2 Abs. 9 InstitutsVergV sämtliche Organisationseinheiten eines Instituts, die überwachende Funktionen ausüben, d.h. insbesondere die Funktionen, die den geschäftsinitiiierenden „Markt und Handel“ überwachen, also die Bereiche Marktfolge und Risikocontrolling.²¹ Erfasst sind darüber hinaus auch Einheiten mit Compliance-Funktion, die Interne Revision, der Personalbereich sowie der für die Erstellung des Jahresabschlusses verantwortliche Finanzbereich.²² Die Vergütung von Mitarbeitern von Kontrolleinheiten darf diese nicht dazu verleiten, ihre Überwachungsfunktion (vgl. § 3 Abs. 3 InstitutsVergV) zugunsten einer höheren variablen Vergütung zu vernachlässigen.²³

IV. Der Vergütungs-begriff der InstitutsVergV

1. Grundsätze

- 9 Eine effektive Um- und Durchsetzung der Vergütungsregulierung (und insbesondere der Begrenzung der Höhe der variablen Vergütung gem. § 25a Abs. 5 KWG sowie der Vorgaben zur langfristigen Ausgestaltung der variablen Vergütung für Geschäftsleiter und Risikoträger) bedarf einer trennscharfen Abgrenzung zwischen fixer und variabler Vergütung. Variable Vergütung ist gem. § 2 Abs. 3 InstitutsVergV derjenige Teil der Vergütung, dessen Gewährung oder Höhe im Ermessen des Instituts steht oder vom Eintritt vereinbarter Bedingungen abhängt (oder schlagwortartig: „Variable Vergütung ist derjenige Teil der Vergütung, der nicht fixe Vergütung ist“). Dies sind etwa die bekannten Prämien- und Bonussysteme, die an die Erreichung von quantitativen (wirtschaftlichen) und qualitativen (persönlichen) Zielen anknüpfen. **Fixe Vergütung** ist hingegen gem. § 2 Abs. 6 InstitutsVergV derjenige Teil der Vergütung, bei dem die Voraussetzungen für eine Gewährung dem Grunde und der Höhe nach sowie nach Art der Gewährung (i) keinem Ermessen unterliegen, (ii) dem Mitarbeiter keine Anreize für eine Risikoübernahme bieten, (iii) vorher festgelegt wurden, (iv) transparent für den Mitarbeiter sind, (v) dauerhaft sind, (vi) nicht einseitig aufhebbar sind, (vii) nicht leistungsabhängig oder sonst vom Eintritt vereinbarter Bedingungen abhängig sind und (viii) bei dem die Zahlungen nicht einseitig

20 Buscher/Hannemann/Wagner/Weigl, S. 42.

21 Buscher/Hannemann/Wagner/Weigl, S. 60f.

22 Annuß, NZA-Beil. 2014, 121, 124.

23 Vgl. allg. Löw/Glück, BKR 2015, 186, 188.

vom Institut verringert, ausgesetzt oder rückgängig gemacht werden können. Die fixe Vergütung soll das Ausbildungsniveau, die Seniorität, die Kompetenz, die Fähigkeiten und die Arbeitsplatz Erfahrung des Mitarbeiters widerspiegeln sowie einschränkenden Rahmenbedingungen (z. B. soziale, wirtschaftliche, kulturelle oder andere relevante Faktoren) und einschlägiger Unternehmenstätigkeit und dem Vergütungsniveau des jeweiligen geographischen Standorts Rechnung (vgl. auch Art. 92 Abs. 2 lit. g CRD-IV-Richtlinie) tragen.²⁴

2. Vergütung durch Dritte

Um eine Umgehung der Vergütungsregulierung zu verhindern,²⁵ sind auch Leistungen von Dritten, die ein Geschäftsleiter oder Mitarbeiter im Hinblick auf seine oder ihre berufliche Tätigkeit bei dem Institut erhält, Vergütung i. S. d. InstitutsVergV (vgl. § 2 Abs. 1 Nr. 3). Die Berücksichtigung der Drittvergütung für die Zwecke der Vergütungsregulierung durch die InstitutsVergV ist von der Frage zu trennen, wer gesellschaftsrechtlich über die Gewährung der Drittvergütung zu beschließen hat, z. B. der Aufsichtsrat der Anstellungsgesellschaft bei einer Drittvergütung in Form von Aktienoptionen, die das Vorstandsmitglied etwa von einer ausländischen Muttergesellschaft des deutschen Instituts erhalten soll (s. Kap. 14). Musterbeispiel für eine Drittvergütung i. S. d. § 2 Abs. 1 Nr. 3 InstitutsVergV sind **Carried-Interest-Modelle**, die typischerweise im Private-Equity-Bereich anzutreffen sind.²⁶ Bei Carried-Interest-Modellen werden dem Geschäftsleiter oder Mitarbeiter i. R. e. Carried-Interest Plans über eine Beteiligungsgesellschaft, an der er als Gesellschafter beteiligt ist, Erträge ausgeschüttet, die Fonds erwirtschaften.²⁷ Der Ausschüttungsanspruch besteht im Regelfall aus-

24 Allg. gilt, dass bei Instituten in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft neben der InstitutsVergV auch die vergütungsrechtlichen Vorgaben in § 87 AktG zu beachten sind. Die InstitutsVergV verfolgt jedoch eine andere Schutzrichtung als § 87 AktG. Die InstitutsVergV dient dem öffentlichen Interesse an einem funktionierenden Finanzmarkt, während § 87 AktG dem Schutz der Gesellschaft selbst vor Fehlanreizen in der Vorstandsvergütung dient; vgl. auch *Rieble/Schmittlein*, S. 130. § 87 Abs. 1 AktG (nicht aber die Eingriffsbefugnis gem. § 87 Abs. 2 AktG) gilt gem. § 10 Abs. 1 InstitutsVergV rechtsformunabhängig für die Vergütung von Geschäftsleitern aller Institute.

25 Abweichender Regelungszweck wohl *Buscher/Hannemann/Wagner/Weigl*, S. 51: „Die Ausweitung des Vergütungsbegriffs ist darauf zurückzuführen, dass auch Leistungen Dritter mit dazu beitragen können, dass der Begünstigte seine Arbeitskraft dem Institut zur Verfügung stellt.“

26 *Vollhard/Kruschke*, DB 2011, 2645, 2646.

27 *Hohenstatt/Stamer*, BB 2006, 2413; solche Modelle dienen regelmäßig auch als Anreiz für besondere Anstrengungen, sich mit entwicklungsfähigen Unternehmen zu identifizieren und sie nach der Akquisition in ihrer strategischen Weiterentwicklung so zu unterstützen, dass sie später mit möglichst hohem Gewinn veräußert werden können. Der Carried-Interest-Plan gleicht insofern dem Aktienoptionsplan als Anreiz, den Wert der Aktie zu steigern; *Groeger*, *ArbRB* 2006, 227.

schließlich gegen die Beteiligungsgesellschaft. Die Anstellungsgesellschaft verschafft dem Geschäftsleiter oder Mitarbeiter ausschließlich die Gesellschafterstellung an der Beteiligungsgesellschaft, ist darüber hinaus jedoch nicht in die Durchführung des Carried-Interest-Modells involviert und damit insbesondere auch nicht zur Zahlung etwaiger Ausschüttungen verpflichtet.²⁸ Das Institut trifft selbst dann keine Haftung für enttäuschte Carried-Interest-Erwartungen (z.B. die Fonds erwirtschaften nicht die erhofften Ausschüttungen), wenn der Anstellungsvertrag des Mitarbeiters eine Klausel enthält, nach der der freiwillige Bonusanspruch gegen den Arbeitgeber durch die Beteiligung an dem Drittunternehmen i. R. d. Carried Interests-Plans zu ersetzen ist.²⁹ Der Ausschüttungsanspruch kann aus regulatorischen Gründen grundsätzlich erst dann realisiert werden, wenn eine bestimmte Basisverzinsung für das eingesetzte Kapital der Investoren der Fonds realisiert ist (sog. hurdle rates).³⁰ Als (variable) Drittvergütung i. S. d. § 2 Abs. 1 Nr. 3 InstitutsVergV sind jedoch nur diejenigen Zahlungen aus dem Carried-Interest-Modell anzusehen, die über die anteilige Anlagenrendite für die von dem Geschäftsleiter oder Mitarbeiter getätigten Anlagen hinausgehen.³¹ Nicht als Vergütung i. S. d. InstitutsVergV gelten hingegen Leistungen, welche Mitarbeiter, die gleichzeitig auch Anteilsinhaber des Instituts sind, für die Überlassung ihres Kapitals erhalten (Dividenden), soweit diese Leistungen keine Umgehung der Verhaltensregeln darstellen. Eine Umgehung kann z.B. vorliegen, wenn ein Geschäftsleitungsorgan z.T. aus Mitgliedern besteht, die zugleich Anteilseigner sind, und diese im Gegensatz zu den übrigen Geschäftsleitern keine fixe Vergütung erhalten, sondern allein durch Ausschüttungen vergütet werden.

3. Garantierte variable Vergütung

- 11 Der Sicherstellung der Risikoorientierung der (variablen) Vergütung dient auch das **Verbot garantierter variabler Vergütung** gem. § 5 Abs. 5 InstitutsVergV.³²

28 Vgl. zur vergleichbaren Lage bei Aktienoptionen der Muttergesellschaft, die Arbeitnehmern der Tochtergesellschaft gewährt werden, BAG 16.1.2008, 7 AZR 887/06, NZA 2008, 836, 837 f.; *Fuhlrott/Burkhard*, BB 2013, 1592, 1594.

29 BAG 3.5.2006, 10 AZR 310/05; als Zahlung durch einen Dritten sind Ausschüttungen aus dem Carried-Interest weder bei der Abfindungshöhe i. S. d. § 10 KSchG, beim Schadensersatz gem. § 628 Abs. 2 BGB noch bei der Karenzentschädigung i. R. e. nachvertraglichen Wettbewerbsverbots gem. § 74 Abs. 2 HGB zu berücksichtigen, vgl. *Hohenstatt/Stamer*, BB 2006, 2413.

30 Weitnauer/Boxberger/Anders-Boxberger, § 37 KAGB Rn. 21 ff.

31 Gem. § 1 Abs. 19 Nr. 7 KAGB fällt unter Carried Interest i. S. d. KAGB nur der (im Vergleich zur Beteiligungshöhe überproportionale) Anteil der AIF-Verwaltungsgesellschaft an den erwirtschafteten Gewinnen des Investmentvermögens, den die Gesellschaft als gewinnabhängige Vergütung für die Verwaltung des Fonds erhält, vgl. Patzner/Döser/Kempff-Patzner/Schneider-Deters, § 1 KAGB Rn. 75.

32 Garantierte variable Vergütungen sind Zahlungen, bei denen die wesentlichen Merkmale variabler Vergütung nicht erfüllt sind, nämlich, dass die Dauer des Beschäfti-

Hierunter fallen z. B. Welcome Boni oder Sign-on Boni, d. h. Zahlungen, die regelmäßig nur vom Verbleib des Mitarbeiters im Institut bis zu einem gewissen Zeitpunkt nach Vertragsbeginn abhängen. Gem. § 5 Abs. 5 InstitutsVergV ist eine solche garantierte variable Vergütung nur i. R. d. Aufnahme eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses unmittelbar bei dem Institut und längstens für ein Jahr zulässig, und auch nur dann, wenn die unmittelbar vorangegangene Tätigkeit des Begünstigten nicht innerhalb derselben Gruppe ausgeübt wurde. Zudem müssen sowohl zum Zeitpunkt der Gewährung als auch der Auszahlung die Anforderungen des § 7 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 bis 3 InstitutsVergV erfüllt sein. Garantierte variable Vergütungen sind, trotz ihres vordringlichen (arbeitsrechtlichen) Charakters als Fixvergütung,³³ variable Vergütung i. S. d. InstitutsVergV und sind grunds. bei der Berechnung der Begrenzung der variablen Vergütung gem. § 25a Abs. 5 KWG (s. Rn. 19) zu berücksichtigen. Sie können i. R. d. § 25a Abs. 5 KWG ausnahmsweise nur dann unberücksichtigt bleiben, wenn sie vor Beginn der Tätigkeit zugesagt wurden. Für Risikoträger bedeutender Institute sind die Anforderungen an die Ex-post-Risikoadjustierung gem. § 20 InstitutsVergV anzuwenden.³⁴ Dies gilt grunds. auch für sog. Buy-out Boni. Hierunter sind Zahlungen zu verstehen, die von dem neuen Arbeitgeber des Mitarbeiters als Ausgleich gezahlt werden, dass infolge der Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses mit dem Vorarbeitgeber (zurückbehaltene) variable Vergütung nicht mehr zur Auszahlung gelangt, z. B. aufgrund einer Bad-Leaver-Regelung.³⁵ Bei Zahlungen von Buy-out Boni an Risikoträger bedeutender Institute sind gem. § 21 InstitutsVergV die Vorgaben von §§ 19 Abs. 2, 20 InstitutsVergV zu beachten. Daher ist zwischen Mitarbeiter und Institut eine Zielvereinbarung hinsichtlich der Auszahlung zu treffen und es sind entsprechende Ex-post-Risikoadjustierungsinstrumente (s. Rn. 28 ff.) zu implementieren. Offen ist, ob Buy-out Boni i. R. d. § 25a Abs. 5 KWG unberücksichtigt bleiben können.³⁶ **Halteprämien (Retentionboni)** – also der Höhe nach fixierte Zahlungen, die regelmäßig in Krisenzeiten unter der Bedingung zugesagt werden, dass der Mitarbeiter zu einem bestimmten Zeitpunkt noch in einem (ungekündigten) Arbeitsverhältnis

ungsverhältnisses des berechtigten Mitarbeiters und der Zeitraum, auf den sich die Gewährung des Vergütungsbestandteils bezieht, nicht deckungsgleich sind, vgl. Boos/Fischer/Schulte-Mattler-Wolfgang, § 5 InstitutsVergV Rn. 18, zu § 5 der Auslegungshilfe zur InstitutsVergV.

33 *Hannemann/Schneider/Weigl*, S. 1151.

34 Entgegen EBA-Guidelines, S. 53 (Rn. 141): „As part of the arrangements guaranteeing this part of variable remuneration, institutions may not apply the requirements on malus and clawback arrangements to guaranteed variable remuneration. Institutions may pay out the full amount in non-deferred cash.“

35 *Merkelbach*, WM 2014, 1990, 1997; allg. zu Leaver-Regelungen (auch als Retentionelement) *Weitnauer/Grob*, GWR 2015, 353 ff.

36 Zweifelnd *Löw/Glück*, BKR 2016, 265, 267, unter Verweis auf EBA-Guidelines, S. 53 (Rn. 142, 143).

mit dem Arbeitgeber steht – waren als garantierte variable Vergütung bisher grunds. unzulässig.³⁷ § 5 Abs. 7 InstitutsVergV eröffnet künftig zumindest gewisse Spielräume für die Institute. Halteprämien sollen ausnahmsweise zulässig sein, z. B. in Restrukturierungssituationen, bei Abwicklungen oder im Falle von Kontrollwechseln oder aber auch in Situationen, in denen das Institut begründen kann, warum ein bestimmter Mitarbeiter gehalten werden soll.³⁸

4. Abfindungen

- 12 Um das Gebot der angemessenen Ausgestaltung von Vergütungssystemen nicht durch Zahlungen bei oder anlässlich der Beendigung des Dienst- oder Arbeitsverhältnisses zu umgehen („golden handshake“), begrenzt die InstitutsVergV auch die Ausgestaltung von **Abfindungszahlungen**. Die InstitutsVergV unterscheidet zwei Formen von Zahlungen im Zusammenhang mit der Beendigung von Dienst- bzw. Arbeitsverhältnissen. Gem. § 5 Abs. 3 Nr. 2 InstitutsVergV, der Regelungen außerhalb einer konkreten Beendigung betrifft, sind Anreize, unverhältnismäßig hohe Risiken einzugehen, u. a. dann gegeben, wenn einzelvertraglich für den Fall der Beendigung der Tätigkeit Ansprüche auf Leistungen begründet werden und diese Ansprüche selbst bei negativen individuellen Erfolgsbeiträgen der Höhe nach unverändert bleiben. § 5 Abs. 3 Nr. 2 InstitutsVergV betrifft insbesondere bei Abschluss des Dienst- oder Arbeitsvertrags vereinbarte Abfindungen, Überbrückungsgelder oder Sachleistungen (z. B. die Weiternutzung des Dienstwagens).³⁹ § 5 Abs. 6 InstitutsVergV betrifft die „echten“ Abfindungen, die anlässlich der konkreten Beendigung des Dienst- oder Arbeitsverhältnisses vereinbart werden. „Echte Abfindungen“ müssen die bis dahin erbrachte Leistung des Betroffenen berücksichtigen und dürfen negative Erfolgsbeiträge oder Fehlverhalten nicht belohnen. Abfindungen sind variable Vergütung i. S. d. InstitutsVergV und sind i. R. d. Begrenzung der variablen Vergütung gem. § 25a Abs. 5 KWG sowie bei der Ex-post-Risikoadjustierung gem. § 20 InstitutsVergV zu berücksichtigen, es sei denn, ein in § 5 Abs. 6 InstitutsVergV definierter Ausnahmetatbestand liegt vor, d. h. eine „privilegierte“ Abfindung (z. B. Abfindungen aufgrund eines Sozialplans i. S. d. § 112 BetrVG oder Abfindungen, die aufgrund eines rechtskräftigen Urteils zu leisten sind).

V. Das Gebot der Nachhaltigkeit der variablen Vergütung

- 13 Kernelement der Verhaltenssteuerung durch die InstitutsVergV ist das Gebot der nachhaltigen Ausgestaltung der variablen Vergütung. Nachhaltigkeit hat dabei

37 Insam/Hinrichs/Hörtz, DB 2012, 1568, 1569; Löw/Glück, NZA 2015, 137, 139.

38 Vgl. Zu § 5 der Auslegungshilfe zur InstitutsVergV.

39 Annuß, BRK 2016, 102, 103; vgl. im Übrigen allg. Freihube/Christoffer, DB 2018, 827 ff.

einen zeitliche (langfristige) als auch eine inhaltliche (strukturbezogene) Komponente. Die zeitliche Komponente zielt auf die Mehrjährigkeit von variablen Vergütungsbestandteilen, insbesondere dass diese dem Mitarbeiter nicht lediglich auf Grundlage einer kurzfristigen Erfolgsbemessung zugeteilt werden. Eine gleichsam wirksame Steuerung des Verhaltens der Mitarbeiter – und damit ein wirksames Risikomanagement – lässt sich über Vorgaben für die inhaltlichen Komponenten der variablen Vergütung erreichen. Der Begriff inhaltliche Komponente zielt auf die Einführung von „Auszahlungshürden“ für die variable Vergütung.⁴⁰ Elemente sind hier (1) eine angemessene Mischung aus fixen und variablen Vergütungsbestandteilen (zur Vermeidung einer entsprechenden Abhängigkeit des Mitarbeiters von der variablen Vergütung und der Sicherstellung einer „flexiblen Vergütungspolitik“), (2) die Einführung von „summenmäßigen“ Höchstgrenzen für die variable Vergütung (Caps), (3) die Beziehung der variablen Vergütung auf „anspruchsvolle und relevante“ Erfolgsparameter (die die Geschäftsstrategie und das Risikoprofil der jeweiligen Tätigkeit des Mitarbeiters berücksichtigen), (4) die Berücksichtigung von positiven und negativen Entwicklungen bei der Ausgestaltung der variablen Vergütung (Bonus-/Malussysteme sowie Vorbehalt der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Instituts), (5) eine Ausrichtung der variablen Vergütung an der langfristigen wirtschaftlichen Entwicklung des Instituts (z. B. durch Auszahlung eines Teils der variablen Vergütung in Instrumenten, die mit entsprechenden Sperrfristen versehen sind) sowie (6) die Möglichkeit einer nachträglichen Anpassung und Reduzierung der variablen Vergütungsbestandteile (u. a. Rückzahlungsklauseln oder in der Terminologie der Vergütungsregulierung: „Clawback“).⁴¹ Die Umsetzung dieser einzelnen Instrumente durch die InstitutsVergV soll nachfolgend näher dargestellt werden.

Die mit der „richtigen“ Ausgestaltung der variablen Vergütung einhergehende Möglichkeit der Flexibilisierung geht über die Möglichkeiten der „klassischen“ arbeitsvertraglichen Flexibilisierungsinstrumente (etwa Widerrufs- und Freiwilligkeitsvorbehalte) hinaus. Eine risikoorientierte Ausgestaltung der variablen Vergütung ist nicht nur reaktiv – im Sinne einer Sanktionierung von Fehlverhalten in der Vergangenheit – sondern insbesondere auch eine (zukunftsbezogene) Steuerung des Verhaltens des Mitarbeiters hin zu den „gewollten“ (unternehmenswertsteigernden) Zielen. Ein Widerrufsvorbehalt beispielsweise mag – bei Erfüllung der strengen AGB-rechtlichen Voraussetzungen, die die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung an seiner Formulierung stellt – ein Wegfallen von Vergütungsbestandteilen bei Fehlverhalten eines Arbeitnehmers (z. B. im Fall einer Beteiligung an steuerwidrigen Geschäftsmodellen oder Kartellrechtsverstößen) rechtfertigen. Eine zukunftsbezogene Verhaltenssteuerung wird sich hie-

40 Vgl. *Dzida/Naber*, BB 2011, 2613, 2615 ff.

41 Vgl. *Velte*, NZG 2016, 294, 297 ff.

rüber nur schwer erzielen lassen, handelt es sich mehr oder minder ausschließlich um eine „einmalige Reaktion“ des Arbeitgebers.⁴²

1. Nachhaltigkeitskomponente I: Vergütungsparameter

- 15 Die Vergütungssysteme sind nach § 4 InstitutsVergV allg. auf die Erreichung der Ziele auszurichten, die in den Geschäfts- und Risikostrategien des Instituts niedergelegt sind. Dies beinhaltet, dass sich die Vergütungsparameter, d.h. die Bemessungsfaktoren für die variable Vergütung, an den Geschäfts- und Risikostrategien ausrichten und das Erreichen der strategischen Ziele unterstützen.
- 16 Vergütungsparameter sind die maßgeblichen Bestimmungsfaktoren, mit denen die Leistung und der Erfolg von Geschäftsleitern und Mitarbeitern gemessen werden kann (§ 2 Abs. 7 InstitutsVergV). Auf Grundlage der Vergütungsparameter werden die Erfolgsbeiträge der Geschäftsleiter und Mitarbeiter bestimmt, die bei der Festlegung der Höhe der variablen Vergütung zu berücksichtigen sind (§ 2 Abs. 8 InstitutsVergV). Die Vergütungsparameter können quantitative (wirtschaftliche) und qualitative (individuelle) Ziele sein. Die Vergütungsparameter sind auf eine nachhaltige Entwicklung des Instituts (insbesondere, wenn der vergütungsrelevante Erfolg mit denen eingegangenen Risiken ins Verhältnis gesetzt wird) auszurichten. Dies wird i. S. e. nachhaltigen Vergütungspolitik in den §§ 19, 20 InstitutsVergV im Wege der Ex-ante- sowie der Ex-post-Risikoadjustierung gewährleistet. **Ex-ante-Risikoadjustierung** (§ 19 InstitutsVergV) meint, dass mögliche Risiken bereits bei der Festsetzung der Vergütungsparameter und der Ermittlung der variablen Vergütung anhand der erzielten Erfolgsbeiträge einzuschätzen sind. I. R. d. **Ex-post-Risikoadjustierung** (§§ 20 ff. InstitutsVergV) wird bei der Auszahlung der variablen Vergütung, also im Nachhinein, überprüft, ob und ggf. welche Risiken sich verwirklicht haben.
- 17 Gem. § 19 Abs. 1 InstitutsVergV hat sich die Ermittlung der variablen Vergütung der Risikoträger bedeutender Institute am Gesamterfolg des Instituts bzw. der Gruppe, dem Erfolgsbeitrag der Organisationseinheiten und dem individuellen Erfolgsbeitrag des Risikoträgers zu orientieren („Mehrebenenbetrachtung“). Durch diese Verknüpfung dreier verschiedener Parameter soll verhindert werden, dass die individuelle Vergütung vom Erfolg des Instituts bzw. der jeweiligen Organisationseinheit entkoppelt wird. Sind die Ergebnisse eines Instituts bzw. eines bestimmten Geschäftsbereichs schlecht, soll sich dies auch in der Bemessung der variablen Vergütung niederschlagen.⁴³ Grundlage für die Ermittlung des Gesamterfolgs bzw. des Erfolgsbeitrags sind die jeweils nach § 19 Abs. 1 und Abs. 2 InstitutsVergV festzulegenden Vergütungsparameter, die (i) sowohl quantitativ als auch qualitativ ausgestaltet sind, (ii) den Grad der Zielerreichung

⁴² Vgl. *Dzida/Naber*, BB 2011, 2613, 2614 f.

⁴³ *Schuster/Bauer-Glasnow*, S. 124.

erkennen lassen, (iii) dem Ziel des nachhaltigen Erfolgs Rechnung tragen und (iv) eingegangene Risiken, deren Laufzeiten sowie die Kapital- und Liquiditätskosten angemessen berücksichtigen.⁴⁴ Welche qualitativen und quantitativen Ziele konkret als Vergütungsparameter festgelegt werden, hängt letztlich vom jeweiligen Verantwortungsbereich und der Tätigkeit der Geschäftsleiter und Risikoträger ab.⁴⁵ Das bloße Abstellen auf betriebswirtschaftliche Kennziffern (z. B. Umsatz, Gewinn oder den Aktienkurs zu einem bestimmten Stichtag) ist aufgrund deren Kurzfristigkeit nicht ausreichend. Es sind vielmehr quantitative Kennzahlen zu verwenden, die auch die bei der Generierung des Umsatzes oder Gewinns eingegangenen Risiken ausreichend berücksichtigen, etwa **Risk-Adjusted Return On Capital (RAROC)** oder **Return On Risk-Adjusted Capital (RORAC)**.⁴⁶ Qualitative Parameter sind etwa Qualität der Arbeit, Stornierungsquoten sowie die Einhaltung institutsinterner Regelungen, Wohlverhaltensregelungen und Strategien. Die Institute sollen formelbasierte Methoden (etwa durch Scorecards) und wertende Ansätze kombinieren. Beispiele für qualitative Kriterien sind etwa die Einhaltung rechtlicher Vorschriften, Wohlverhaltensregeln und interner Verhaltensregeln, eine faire Kundenbehandlung sowie Kundenzufriedenheit. Solche nicht-finanziellen Kriterien sind zwar einerseits nur schwer zu quantifizieren, sie können aber andererseits wertvolle Anreize zu einer nachhaltigen Unternehmensführung vermitteln.⁴⁷ Formeln sind transparenter und führen zu klaren Anreizen, da der Mitarbeiter alle Faktoren kennt, anhand derer die variable Vergütung festgelegt wird. Gleichwohl können Formeln nicht alle Ziele erfassen, insbesondere nicht die qualitativen, die besser mittels eines wertenden Ansatzes erfasst werden können. Der wertende Ansatz räumt dem Management mehr Flexibilität ein und kann daher den risikoorientierten Anreizeffekt der leistungs- bzw. erfolgsabhängigen variablen Vergütung abschwächen. Er sollte daher mit angemessenen Kontrollen sowie einem transparenten und entsprechenden Prozess umgesetzt werden.⁴⁸ Die Risikoorientierung der Vergütung darf dabei gem. § 8 InstitutsVergV nicht durch Absicherungs- oder sonstige Gegenmaßnahmen (sog. **Hedging**) eingeschränkt werden. Erhält z. B. ein Risikoträger einen Teil seiner Vergütung in Form von Aktienoptionen, deren Wert von der wirtschaftlichen Entwicklung des Unternehmens abhängt, darf diese Wertentwicklung nicht durch gegenläufige Options- oder Termingeschäfte abgesichert werden (externes Hedging).⁴⁹

44 Vgl. Committee of European Banking Supervisors, Guidelines on Remuneration Policies, 10.12.2010, S. 2 f.

45 Boos/Fischer/Schulte-Mattler-Wolfgarten, § 19 InstitutsVergV Rn. 6.

46 Schuster/Bauer-Glasnow, S. 126; weiterführend auch Boos/Fischer/Schulte-Mattler-Wolfgarten, § 19 InstitutsVergV Rn. 7 ff.

47 Schuster/Bauer-Glasnow, S. 124 f.

48 Zu § 7 der Auslegungshilfe zur InstitutsVergV.

49 Boos/Fischer/Schulte-Mattler-Wolfgarten, § 8 InstitutsVergV Rn. 2.

- 18 Für Geschäftsleiter aller Institute verlangt § 10 Abs. 1 InstitutsVergV, dass die Vergütung in einem jeweils angemessenen Verhältnis zu den Aufgaben und Leistungen des Geschäftsleiters oder der Geschäftsleiterin sowie zur Lage des Instituts steht und die übliche Vergütung nicht ohne besondere Gründe übersteigt. Die Vorschrift ist § 87 Abs. 1 AktG nachgebildet, sodass auf die hierzu ergangene Rechtsprechung und Literatur verwiesen werden kann.

2. Nachhaltigkeitskomponente II: Begrenzung der Höhe der variablen Vergütung und Poolvorbehalt

- 19 § 6 Abs. 1 InstitutsVergV verlangt, dass die variable und fixe Vergütung **in einem angemessenen Verhältnis** zueinander stehen. Die bedeutet zwar zum einen, dass keine signifikante Abhängigkeit von der variablen Vergütung bestehen darf; andererseits ist die variable Vergütung nur dann angemessen, wenn sie auch einen wirksamen Verhaltensanreiz setzen kann.⁵⁰ Es besteht keine gefestigte Verwaltungspraxis, unter welchen Voraussetzungen eine signifikante Abhängigkeit von der variablen Vergütung besteht. Sie wird jedenfalls dann nicht bestehen, wenn der Anteil der fixen Vergütung so hoch ist, dass das Institut eine in jeder Hinsicht flexible Vergütungspolitik betreiben kann und die variable Vergütung auch vollständig abschmelzen kann.⁵¹ Die fixe Vergütung des Mitarbeiters muss so hoch sein, dass dieser auch ohne variablen Vergütungsbestandteil dazu bereit ist, seine Arbeitsleistung zur Verfügung zu stellen („fully-flexible policy on variable remuneration“). Teilweise wird vorgeschlagen, die Höhe des angemessenen Fixums durch Abstellen auf den durchschnittlichen Verdienst von Arbeitnehmern in Deutschland (bzw. dem Land der Niederlassung) zu bestimmen.⁵² Für Risikoträger bedeutender Institute muss ein angemessen hoher Anteil an der Gesamtvergütung aus variablen Vergütungsbestandteilen bestehen, um die Funktion als Verhaltenssteuerungsinstrument zu gewährleisten (s. Rn. 9). Die InstitutsVergV nennt als variable Vergütungsbestandteile für Risikoträger bedeutender Institute beispielhaft die variable Vergütung in Form von Aktien, aktienbasierten oder gleichwertigen Instrumenten (etwa virtuelle Beteiligungsprogramme) oder bail-in fähigen anderen, vom Institut ausgegebenen Instrumenten.⁵³

50 Um Interessenkonflikte zu vermeiden, gilt für Mitarbeiter der Kontrolleinheiten gem. § 9 Abs. 2 InstitutsVergV, dass der Schwerpunkt der Gesamtvergütung auf der fixen Vergütung liegen soll. Gleiches gilt für die Mitglieder des Aufsichtsorgans (etwa des Aufsichtsrats), die nach Auffassung der CEBS ausschließlich aus einer fixen Vergütung bestehen soll, vgl. Committee of European Banking Supervisors, Guidelines on Remuneration Policies, 10.12.2010, S. 30 (Rn. 47).

51 Zu § 5 Auslegungshilfe zur InstitutsVergV.

52 Buscher/Hannemann/Wagner/Weigl, S. 91.

53 Zu § 6 der Auslegungshilfe zur InstitutsVergV.

Die Ausgestaltung der variablen Vergütung wird zudem durch § 25a Abs. 5 KWG sowie § 6 Abs. 2 InstitutsVergV weiter eingeschränkt. Gem. § 25a Abs. 5 KWG darf die variable Vergütung nicht mehr als 100% bzw. auf Grundlage eines entsprechenden Beschlusses der Anteilseigner 200% der fixen Vergütung überschreiten (Cap). Folge dieser summenmäßigen (jedoch nicht absoluten) Begrenzung der Höhe der variablen Vergütung ist, dass sich mit Erreichen des maßgeblichen **Caps** die weitere Eingehung von Risiken durch einen Geschäftsleiter oder Mitarbeiter nicht mehr vergütungserhöhend auswirkt. Letztlich wird die Begrenzung der variablen Vergütung jedoch auch zur Folge haben, dass die variable Vergütung ab Erreichen des Caps regelmäßig zumindest einen Teil ihrer Steuerungswirkung einbüßen wird.⁵⁴ Gem. § 6 Abs. 2 InstitutsVergV hat das Institut unter Beachtung von § 25a Abs. 5 KWG eine **angemessene Obergrenze** für das Verhältnis zwischen variabler und fixer Vergütung festzulegen.⁵⁵ Bei der Festlegung der angemessenen Obergrenze sind neben dem § 25a Abs. 5 KWG auch die Geschäftsaktivitäten, Risiken sowie ggf. die Auswirkungen zu berücksichtigen, die verschiedene Risikoträgerkategorien auf das Gesamtprofil des Instituts haben. Die Institute dürfen dabei unterschiedliche Obergrenzen für verschiedene Rechtsordnungen, geographische Standorte, Organisationseinheiten, Unternehmens- und Kontrollfunktionen sowie verschiedene Risikoträgerkategorien festlegen.⁵⁶ Unter der Obergrenze i. S. d. § 25a Abs. 5 KWG ist die Summe aller variablen Vergütungskomponenten zu verstehen, die in einem bestimmten Leistungsjahr höchstens erzielt werden kann (einschließlich des für einen Retentionsbonus (Halteprämie) zu berücksichtigenden Betrags), geteilt durch die Summe aller fixen Vergütungselemente, die für das Leistungsjahr aufgewendet werden.⁵⁷ Ein Verstoß gegen § 25a Abs. 5 KWG, § 6 InstitutsVergV hat als Verstoß gegen eine ordnungsgemäße Geschäftsorganisation i. S. d. § 25a Abs. 1 KWG ausschließlich aufsichtsrechtliche Folgen; die einzelvertragliche Vereinbarung zwischen dem Institut und dem Geschäftsleiter oder Mitarbeiter ist nicht nichtig.⁵⁸ Das Institut trifft jedoch gem. § 14 InstitutsVergV die Pflicht, auf eine Anpassung der einzelvertraglichen Pflicht hinzuwirken.⁵⁹ Eine einseitige Anpassung durch das Institut wird regelmäßig ausgeschlossen sein.⁶⁰ Die arbeitsrechtlichen Grundsätze (etwa zur Anpassung von Verträgen im Wege der Änderungs-

54 Bauer/Schuster-Glasnow, S. 121 f.

55 Zur Möglichkeit der Diskontierung bei Verwendung von Instrumenten vgl. EBA Guidelines on the applicable notional discount rate for variable remuneration v. 27.3.2014.

56 Zu § 6 Auslegungshilfe zur InstitutsVergV.

57 Zu § 6 Auslegungshilfe zur InstitutsVergV m. w. N.

58 Buscher/Hannemann/Wagner/Weigl, S. 104 f.

59 A. A. wohl Buscher/Hannemann/Wagner/Weigl, S. 104.

60 Allg. zur Anpassung bei Verstößen gegen aufsichtsrechtliche Bestimmungen Zürn/Böhm, BB 2014, 1269, 1271 ff.

kündigung) gelten auch im Anwendungsbereich des Bankaufsichtsrechts als Gefahrenabwehrrecht und werden hiervon nicht verdrängt.⁶¹

- 21 Aus regulatorischer Sicht ist Voraussetzung für die Gewährung einer variablen Vergütung, dass gem. § 7 InstitutsVergV überhaupt ein „Gesamtbetrag der variablen Vergütung“ gebildet werden darf. Zudem ist es Voraussetzung der Bonusauszahlung, dass die BaFin keine Beschränkung oder Streichung des **Gesamtbetrags der variablen Vergütung** i. S. d. § 45 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5a KWG angeordnet hat.⁶² § 7 InstitutsVergV ist „der zentrale Anknüpfungspunkt“ für die Anforderungen an die Ermittlung des Gesamtbetrags der variablen Vergütungen, der für einen bestimmten Bezugszeitraum an die Mitarbeiter verteilt werden darf (**Bonuspool** bzw. **Poolvorbehalt**).⁶³ Hierdurch soll sichergestellt werden, dass Finanzinstitute in extremen wirtschaftlichen Lagen nicht durch die Auszahlung von variabler Vergütung bilanziell belastet werden. Bislang hat die BaFin vertreten, dass die Festsetzung eines Gesamtbetrags der variablen Vergütungen im Falle eines negativen Gesamterfolgs des Instituts, insbesondere wenn dieser mit einem Verzehr des Unternehmenswerts einhergeht, i. d. R. nicht zulässig ist und folglich kein Gesamtbetrag ermittelt werden darf und auch keine für eine Zuteilung vorgesehene Mittel bereitstehen dürfen.⁶⁴ Die Auffassung der BaFin ist mit Blick auf die Rechtsprechung des BAG zur Kürzung/Streichung von Sonderzahlungen im Fall negativer Unternehmensergebnisse zweifelhaft.⁶⁵ Das BAG geht vielmehr davon aus, dass der vollständige Wegfall eines Bonus trotz Erreichung der vereinbarten qualitativen (persönlichen) Ziele bereits billigem Ermessen widersprechen könne.⁶⁶ Entsprechend hat die BaFin ihre zuvor zitierte Auffassung in der „neuen“ InstitutsVergV (vgl. dort zu § 7) dahingehend eingeschränkt, dass jedenfalls soweit die Kriterien für die Eingriffsschwelle der BaFin gem. § 45 KWG (insbesondere Abs. 2 Nr. 5a und 6) eingreifen, kein Gesamtbetrag ermittelt wird und demzufolge auch keine für eine Zuteilung vorgesehenen Mittel bereitgestellt werden dürfen. Ferner können z. B. in besonderen Krisensituationen bei einem sich unmittelbar und konkret abzeichnenden Umschwung Ausnahmen gelten. Eine einzelvertragliche Regelung, die als Schwelle für die Bonuskürzung auf die Eingriffsschwelle abstellt, dürfte den §§ 305 ff. BGB standhalten. In jedem Fall ist in praktischer Hinsicht ratsam, dass die Klausel möglichst nah den

61 A. A. Becker/Schulte-Mattler-Buscher, S. 279 f.

62 Buscher/Hannemann/Wagner/Weigl, S. 88; solche Anordnungen der BaFin ergehen als Verwaltungsakt, Groeger, RdA 2011, 287, 290; Merkelbach, WM 2014, 1990, 1991 f.

63 Zu § 7 der Auslegungshilfe zur InstitutsVergV.

64 Zu § 7 Auslegungshilfe zur InstitutsVergV.

65 Ausf. hierzu Jensen, BB 2014, 2869 ff.

66 Vgl. BAG 19.3.2014, 10 AZR 622/13, BAGE 147, 322; BAG 3.8.2016, 10 AZR 710/14, NJW 2016, 3470; LAG München 19.5.2016, 3 Sa 977/15; allg. zu Ermessensboni Lingemann/Pfister/Otte, NZA 2015, 65 ff.

Wortlaut von § 45 KWG abbildet, um dem AGB-rechtlichen Verbot der unangemessenen Benachteiligung und dem Transparenzgebot zu genügen.⁶⁷

3. Nachhaltigkeitskomponente III: Mehrjährige Bemessungsgrundlage und Bonus-/Malussysteme

Gemäß § 10 Abs. 2 InstitutsVergV muss die variable Vergütung der Geschäftsleiter auf der Grundlage eines mehrjährigen Bemessungszeitraums – d.h. der Zeitraum, auf dessen Grundlage die Performance des Geschäftsleiters für ein Vergütungsjahr zu ermitteln ist – zu bestimmen sein. Gleichsam heißt es in § 18 Abs. 4 InstitutsVergV für Risikoträger bedeutender Institute, dass das Institut den Zeitrahmen der Risiko- und Erfolgsmessung über mehrere Jahre anlegen und an seinem Geschäftszyklus ausrichten muss. Ergänzt wird diese Vorschrift durch § 19 Abs. 1 Satz 2 InstitutsVergV, wonach bei der Ausgestaltung der variablen Vergütung ein angemessener Betrachtungszeitraum für die Bemessung der Zielerreichung zugrunde zu legen, der mindestens ein Jahr betragen muss (Bemessungszeitraum) bzw. für Geschäftsleiter, die zugleich Risikoträger sind, mindestens drei Jahre. Bei Risikoträgern, die Geschäftsleiter sind, beträgt der Bemessungszeitraum mindestens drei Jahre. 22

Mit einer solchen mehrjährigen Grundlage der variablen Vergütung soll erreicht werden, dass die Höhe der variablen Vergütung von Geschäftsleitern und Risikoträgern nicht auf Grundlage von „Einmaleffekten“, sondern „nachhaltiger Erfolgsbeiträge“ ermittelt wird. Erforderlich hierfür ist nicht nur, die Fälligkeit zumindest von Teilen der variablen Vergütung zeitlich hinauszuschieben, sondern entsprechende Regelungen oder Vergütungsformen (z. B. Instrumente) vorzusehen, sodass sich negative Entwicklungen in dem maßgeblichen Bemessungszeitraum auf die Höhe der variablen Vergütung auswirken. Die variable Vergütung darf erst nach dem Ablauf des Bemessungszeitraums „rechtssicher“ und „endgültig“ fest- und zustehen. Grundsätzlich sollte der Bemessungszeitraum – entsprechend der für börsennotierte Aktiengesellschaften geltenden Empfehlung in Ziffer 4.3.2 Abs. 2 des Deutschen Corporate Governance Kodex – vom Vergütungsjahr aus zumindest „im Wesentlichen“ in die Zukunft bezogen sein. Eine ausschließlich in die Vergangenheit gerichteter Bemessungszeitraum – etwa bei der „Neueinstellung“ eines Geschäftsleiters oder Risikoträgers, der bisher weder für das anstellende Institut noch die Gruppe tätig geworden ist – ist nicht (mehr) zulässig. Die früher noch gängige Praxis, eine rein in die Vergangenheit gerichtete Erfolgsmessung zuzulassen ist durch die letzte Novelle der InstitutsVergV aufgehoben.⁶⁸ 23

⁶⁷ Hierzu *Jensen*, BB 2014, 2869, 2872 f.

⁶⁸ *Herz*, NZG 2018, 1050, 1053 f.

- 24 Um eine mehrjährige Bemessungsgrundlage umzusetzen, stehen mehrere „Plan-typen“ zur Verfügung. „Typisch“ ist ein Plan mit einer mehrjährigen Performance Periode mit mehreren Erfolgszielen. Die Erfolgsziele werden nach dem Ablauf der Performance-Periode gemessen und der sich ergebende Betrag der variablen Vergütung wird ausgezahlt oder – entsprechend der Vorgaben der ex-post Risikoadjustierung – zurückbehalten. Zumindest außerhalb der bedeutenden Institute besteht hier Freiheit, ob der mehrjährige Plan rein „cash-basiert“, „aktienbasiert“ (ggf. in Kombination mit einem „cash-basierten jährlichen „Short-term“ Bonus) oder in einer Mischform aufgelegt wird.

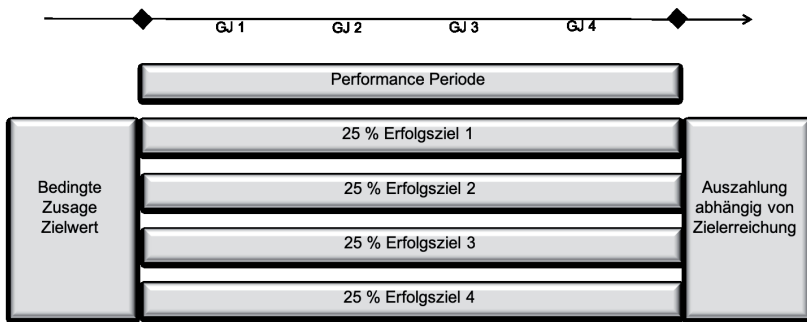


Abb. 1: Mehrjährige Performance-Periode mit verschiedenen Erfolgszielen

- 25 In der Auslegungshilfe zur InstitutsVergV ausdrücklich erwähnt wird zudem das Modell einer Bonusbank. Die Bonusbank ist kein Bankkonto oder eine „echte“ Bank, sondern letztlich eine Art „Performancegedächtnis“. Bei einer Bonusbank nach Abschluss einer jeden Performance Periode (zumeist jährlich) die Zielerreichung ermittelt und ein entsprechender Betrag auf die persönliche Bonusbank eingezahlt. Dem Mitarbeiter wird in den Folgejahren von seinem Guthaben auf der Bonusbank ein festgesetzter Prozentsatz ausbezahlt. Der verbleibende Teil des Guthabens (einschließlich der neuen Einzahlung in den Folgejahren) wird vorgetragen, d. h. verbleibt als Rechnungsposten zur Berücksichtigung negativer Entwicklungen in den Folgejahren. Dadurch erhält das Vergütungssystem eine nachhaltige Komponente, da die Beibehaltung als Rechnungsposten die Zuweisung negativer Boni in Folgejahren ermöglicht. Denn bei negativen Entwicklungen in den Folgejahren kann die noch nicht ausgezahlte variable Vergütung teilweise oder auf Null reduziert werden. Um den Vorgaben der InstitutsVergV an die Nachhaltigkeit eines solchen Modells zu genügen, muss eine solche Reduzierung des Bonusbank-Guthabens jedenfalls dann erfolgen (und entsprechende Regelungen müssen in den Planbedingungen vorgesehen sein), wenn sich die wirtschaftliche Lage des Instituts im Zeitpunkt der Zuteilung des Bankguthabens i. S. d. § 7 Abs. 2 InstitutsVergV verschlechtert hat. Weitere Reduzierungssachverhalte sind jedenfalls negative Erfolgsbeiträge des Mitarbeiters (§ 2

Abs. 10 InstitutsVergV) und sitten- und pflichtwidriges Verhalten i.S.d. § 19 Abs. 2 Satz 2 InstitutsVergV.⁶⁹

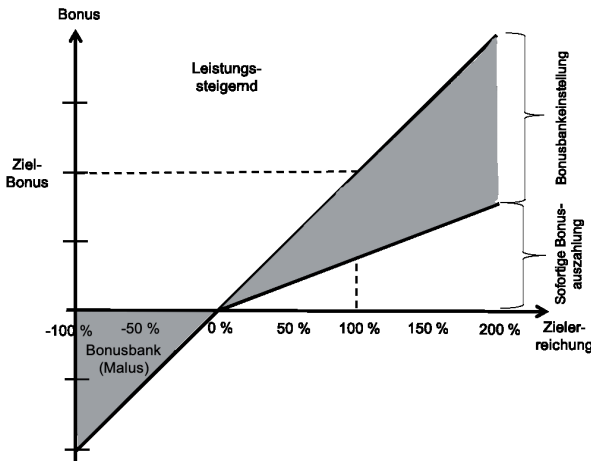


Abb. 2: Bonusbank-Modell

Besondere Herausforderung an die Her- und Sicherstellung einer mehrjährigen Bemessungsgrundlage der variablen Vergütung stellen sich bei neu bestellten Geschäftsleitern, die bisher nicht für das Institut oder die Gruppe tätig geworden sind. Ein Zuwarten auf das Ablaufen der mehrjährigen Bemessungsgrundlage bringt den Nachteil mit sich, dass die Geschäftsleiter die variable Vergütung für das erste Jahr der Beschäftigung erst wesentlich später erhalten. Bei bedeutenden Instituten besteht die Möglichkeit, die Höhe der variablen Vergütung bereits nach dem ersten Jahr der Beschäftigung zu ermitteln (also eine Verkürzung des Bemessungszeitraums), wenn zugleich der Zurückbehaltungszeitraum von fünf Jahren auf mindestens sieben Jahre verlängert wird. Mit anderen Worten: Der Geschäftsleiter erhält 40% der variablen Vergütung direkt ausgezahlt (§ 20 Abs. 2 InstitutsVergV); die übrigen 60% der variablen Vergütung müssen mindestens für sieben Jahre zurückbehalten werden. 50% des direkt ausgezahlten Betrags sowie des zurückbehaltenen Teils müssen in Instrumenten (z. B. Aktien des Instituts) ausgezahlt werden. Bei nicht-bedeutenden Instituten dürften weitergehende Gestaltungsmöglichkeiten bestehen, beispielsweise die Auszahlung einer Abschlagszahlung auf der Grundlage der Erfolgsbemessung nach Ablauf des ersten Jahrs der Beschäftigung. Die Abschlagszahlung ist unter den Vorbehalt der Rückzahlung zu stellen, wenn sich nach Ablauf des mehrjährigen Bemessungs-

⁶⁹ Vgl. etwa auch Herz, NZG 2018, 1050, 1054.

zeitraums eine geringere variable Vergütung (etwa aufgrund nachträglicher negativer Erfolgsbeiträge des Geschäftsleiters) ergibt.⁷⁰

- 27 Die Risikoorientierung der Vergütung kann ggf. auch die Vereinbarung sog. **Modifizier** erfordern, also ermessensabhängigen Anpassungsklauseln (§ 315 BGB), um auf den Eintritt außergewöhnlicher Umstände zu reagieren (z. B. zur Vermeidung von Windfall profits bei Hebung bilanzieller Gewinne oder infolge von M&A-Transaktionen). Jedenfalls Risikoträger und Geschäftsleiter (vgl. § 10 Abs. 2 Halbsatz 2 InstitutsVergV) sollen nicht davon profitieren, wenn trotz negativer Erfolgsbeiträge aufgrund von außerhalb ihres Einflussbereichs liegenden außergewöhnlichen Ereignissen die für den Bemessungszeitraum gesetzten oder vereinbarten Ziele erreicht werden. Umgekehrt kann die Anwendung eines Modifiziers auch dazu führen, dass sich die variable Vergütung erhöht, wenn die Ziele ohne Verschulden des Geschäftsleiters oder Risikoträgers verfehlt werden (etwa aufgrund einer unerwarteten Wirtschafts- oder Finanzkrise). Im Regelfall kann eine Ergebniskorrektur der quantitativen Leistungsziele von +/– 20 % erfolgen.
- 28 Wenn die variable Vergütung der „Hebel“ zur Herstellung von Nachhaltigkeit ist, stellt sich die Frage, ob die InstitutsVergV eine reine Fixvergütung zulässt. Vor dem Hintergrund der Verwirklichung der Risikosteuerung über den variablen Vergütungsbestandteil ist dies zumindest für die Vergütung von Risikoträgern bedeutender Instituten zu verneinen. Denn den §§ 19 ff. InstitutsVergV liegt der Gedanke einer positiven Steuerungsfunktion der variablen Vergütung zugrunde. Für die Geschäftsleiter und Mitarbeiter von Instituten, die keine bedeutenden Institute sind, wird es hingegen regelmäßig zulässig sein, auf einen variablen Vergütungsbestandteil zu verzichten. Dies lässt sich § 6 Abs. 1 InstitutsVergV entnehmen, der davon ausgeht, dass fixe und variable Vergütung in einem angemessenen Verhältnis stehen müssen, soweit die Vergütung aus beiden Vergütungselementen besteht. Allerdings sollte insofern im konkreten Einzelfall geprüft werden, ob es tatsächlich ausreichend ist, das Verhalten des Geschäftsleiters oder Mitarbeiters etwa allein über die intrinsische Motivation des Mitarbeiters zu steuern.⁷¹

4. Nachhaltigkeitskomponente IV: Ex-post-Risikoadjustierung

- 29 § 20 InstitutsVergV legt i. S. e. Ex-post-Risikoadjustierung Grundsätze für die Entstehung/Zuteilung, Gewährung sowie die Auszahlung des Anspruchs auf variable Vergütung fest. Unter „Zuteilung“ ist zu verstehen, dass die variable Vergütung dem Mitarbeiter i. S. e. Rechnungspostens zugewiesen wird (vgl. § 20 Abs. 3 InstitutsVergV), aber noch kein Anspruch hierauf besteht (**Zurückbehaltung** oder **Deferral**). „Gewährung“ meint, dass die variable Vergütung (ggf.

⁷⁰ Herz, NZG 2018, 1050, 1053 f.

⁷¹ Zu § 7 der Auslegungshilfe.

nach Ablauf des Zurückbehaltungszeitraums) zu einem Anspruch erstarkt ist, der Mitarbeiter über die variable Vergütung noch nicht verfügen darf (Sperrfrist oder Retention).⁷² Der Zurückbehaltungszeitraum dient vorrangig der nachträglichen Anpassung der variablen Vergütung. Die **Sperrfrist** soll hingegen die Erreichung der langfristigen Interessen des Instituts sicherstellen.⁷³ Eine „Auszahlung“ liegt erst dann vor, wenn dem Mitarbeiter die variable Vergütung (ggf. nach Ablauf eines Zurückbehaltungszeitraums und ggf. nach Ablauf der Sperrfrist) gutgeschrieben wird und er über diese frei verfügen kann. Der Ex-post-Risikoadjustierung dienen neben der Zurückbehaltung und Sperrfrist zudem (i) die Pflicht zur „Begebung“ von Instrumenten, die von einer nachhaltigen Wertentwicklung des Instituts abhängen (§ 20 Abs. 5 InstitutsVergV), (ii) die Berücksichtigung eines Malus (§ 20 Abs. 4 InstitutsVergV) sowie (iii) „neuerdings“ auch eines Rückzahlungsanspruchs bereits ausgezahlter variabler Vergütung (**Clawback**, § 20 Abs. 6 InstitutsVergV). Zweck der Ex-post-Risikoadjustierung ist es, die variable Vergütung nachträglich einem sog. **Backtesting** zu unterziehen, d. h. festzustellen, ob die Erfolgsbeiträge des Mitarbeiters tatsächlich nachhaltig waren und die variable Vergütung ggf. nachträglich zu reduzieren ist.⁷⁴

Gem. § 20 Abs. 1, 2 InstitutsVergV müssen mind. 40 % der variablen Vergütung eines Mitarbeiters bzw. mind. 60 % bei Geschäftsleitern sowie bei Mitarbeitern in nachgelagerten Führungsebenen über einen **Zurückbehaltungszeitraum von mindestens drei Jahren** gestreckt werden. Abhängig von der Stellung, den Aufgaben und den Tätigkeiten sowie der Höhe der variablen Vergütung und der Risiken, die ein Mitarbeiter begründen kann, erhöhen sich die Untergrenze des Zurückbehaltungszeitraums auf bis zu fünf Jahre und die Untergrenze des zurückbehaltenen Anteils der variablen Vergütung. Leitlinie ist, dass sich die Länge des Zurückbehaltungszeitraums bestenfalls nach dem Zeitraum richtet, in dem sich die vom Risikoträger eingegangenen Risiken verwirklichen können. Die Zurückbehaltung variabler Vergütung ist eine wesentliche Voraussetzung für eine nachträgliche Bereinigung der Risikoergebnisse.⁷⁵ Entsprechende Klauseln in den Vergütungsordnungen und/oder Verträgen der Risikoträger müssen jedenfalls dem Transparenzgebot genügen. Die Reichweite der AGB-rechtlichen

72 Die Zurückbehaltung und die Sperrfrist bleiben grunds. von einem vorzeitigen Ausscheiden des Mitarbeiters unberührt, vgl. *Buscher/Hannemann/Wagner/Weigl*, S. 226 f.

73 Boos/Fischer/Schulte-Mattler-Wolfgarten, § 20 InstitutsVergV Rn. 9. Zurückbehaltungszeitraum und Sperrfrist sind nicht mit der (mehrjährigen) Bemessungsgrundlage zu verwechseln. Auch bei einer mehrjährigen Bemessungsgrundlage, wie sie § 10 Abs. 2 InstitutsVergV für Geschäftsleiter verlangt, kann nicht auf einen Zurückbehaltungszeitraum verzichtet werden.

74 *Buscher/Hannemann/Wagner/Weigl*, S. 217.

75 Schuster/Bauer-Glasnow, S. 127.

Prüfung hängt darüber hinaus davon ab, ob § 20 Abs. 1 InstitutsVergV als „wesentliche[r] Grundgedanke der gesetzlichen Regelung“ i. S. d. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB angesehen wird.⁷⁶ Während des Zurückbehaltungszeitraums ist dem Mitarbeiter die variable Vergütung zwar zugeteilt; er hat jedoch noch keinen Anspruch hierauf, sondern gem. § 20 Abs. 4 Nr. 2 InstitutsVergV lediglich einen Anspruch auf fehlerfreie Ermittlung bezüglich des noch nicht zu einer Anwartschaft oder Anspruch erwachsenen Teils der variablen Vergütung. Die variable Vergütung ist, zumindest aus regulatorischer Sicht, nur ein **Rechnungsposten**. Gem. § 20 Abs. 4 Nr. 1 InstitutsVergV darf während des Zurückbehaltungszeitraums der Anspruch oder die Anwartschaft auf den zurückbehaltenen Vergütungsanteil nicht schneller als zeitanteilig entstehen (sog. **Pro-Rata-Vesting**). Zumindest aufsichtsrechtlich zulässig ist auch, dass die gesamte zurückbehaltene variable Vergütung vollständig am Ende des Zurückbehaltungszeitraums erdient wird (sog. **Cliff-Vesting**). Die Effektivität der Ex-ante- wie auch der Ex-post-Risikoadjustierung hängt in hohem Maße davon ab, ob die eingegangenen Risiken erkannt und auch korrekt bemessen werden. Zudem darf nicht außer Betracht bleiben, dass die Länge des Zeitraums der Ex-post-Risikoadjustierung unmittelbare Auswirkungen auf die Effektivität der Risiko- und Verhaltenssteuerung hat. Ist dieser zu kurz bemessen, ermöglicht er keine ausreichende Abbildung und Berücksichtigung der eingegangenen Risiken und eine effektive Bewertung der Erfolgsbeiträge des Mitarbeiters. Allerdings gilt auch, dass ein weit in der Zukunft liegender Zeitpunkt der Auszahlung der variablen Vergütung eine Verminderung der Risiko- und Verhaltenssteuerung bewirkt. Ungewollte Nebenfolge ist erfahrungsgemäß eine Anhebung der (fixen) Vergütung, die psychologisch die Unsicherheit der Auszahlung der (gesamten) variablen Vergütung ausgleichen soll.⁷⁷

- 31 Abhängig von den Aufgaben sowie der Tätigkeit und der Stellung eines Geschäftsleiters oder Mitarbeiters müssen gem. § 20 Abs. 5 InstitutsVergV (i) mind. 50% der zurückbehaltenen variablen Vergütung und (ii) mind. 50% der nicht-zurückbehaltenen (**upfront payment**) variablen Vergütung von einer nachhaltigen Wertentwicklung des Instituts abhängen (z. B. in Aktien oder aktienbasierten [virtuellen] Instrumenten) und jeweils mit einer angemessenen Frist versehen werden, nach deren Ablauf frühestens über den jeweiligen Anteil der variablen Vergütung verfügt werden darf (sog. **Sperrfrist** bzw. **Retention Period**). Das Erfordernis der **Auszahlung in Instrumenten** erklärt sich einerseits vor dem Hintergrund der fehlenden Nachhaltigkeit bei reinen Cash-Boni

⁷⁶ Bejahend Müller-Bonanni/Mehrens, NZA 2010, 792, 796, sodass zumindest bei einer dreijährigen Bindung keine unangemessene Benachteiligung vorliegen soll. Hieran kann mit Blick darauf, dass die InstitutsVergV ausschließlich Pflichten für die Institute regelt, durchaus gezweifelt werden.

⁷⁷ Bauer/Schuster-Glasnow, S. 132 f.; vgl. allg. auch Nguyen/Posch/Kusnezow, ZfgK 2014, 128 ff.

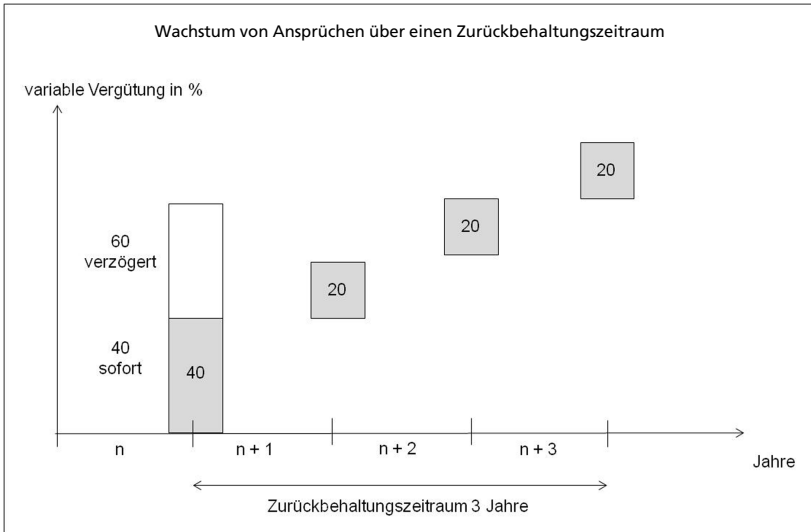


Abb. 3: Wirkweise eines Zurückbehaltungszeitraums

und soll eine implizite Risikoadjustierung ermöglichen. Die Kopplung eines Teils der variablen Vergütung an die Entwicklung des Unternehmenswerts sowie das Vorsehen einer Sperrfrist für einen Teil dieser Vergütung, wonach der Mitarbeiter die variable Vergütung noch für einen bestimmten Zeitraum zu halten hat (d.h. nicht über diese verfügen darf), soll Nachhaltigkeit vor allem dadurch erreichen, dass ein fallender Aktienkurs (etwa infolge des Eintritts von Risiken) auch die variable Vergütung in ihrem Wert nachträglich mindert. Gleichzeitig bewirkt eine aktienbasierte Vergütungsform, dass der Begünstigte eine „eigentümerähnliche Position“ einnimmt, seine persönlichen Anreize also mit denen der Aktionäre gleichgerichtet auf eine Steigerung des Unternehmenswerts ausgerichtet werden. Die bezweckte Zurückdrängung von Cash-Bonuszahlungen zeigt folgende Modellrechnung: Werden 40% der variablen Vergütung zurückbehalten, unterliegen nur 60% der sofortigen Auszahlung als Jahresbonus. Da das Institut mind. die Hälfte dieser variablen Vergütung in Form von Instrumenten zu leisten hat, werden nur 30% der variablen Vergütung unmittelbar (d.h. upfront, also Sofortzahlung) als Cash-Bonus ausgezahlt (bei Geschäftsleitern aufgrund des höheren Anteils an zurückbehaltener variabler Vergütung sogar nur max. 20%).⁷⁸

⁷⁸ Bauer/Schuster-Glasnow, S. 128.

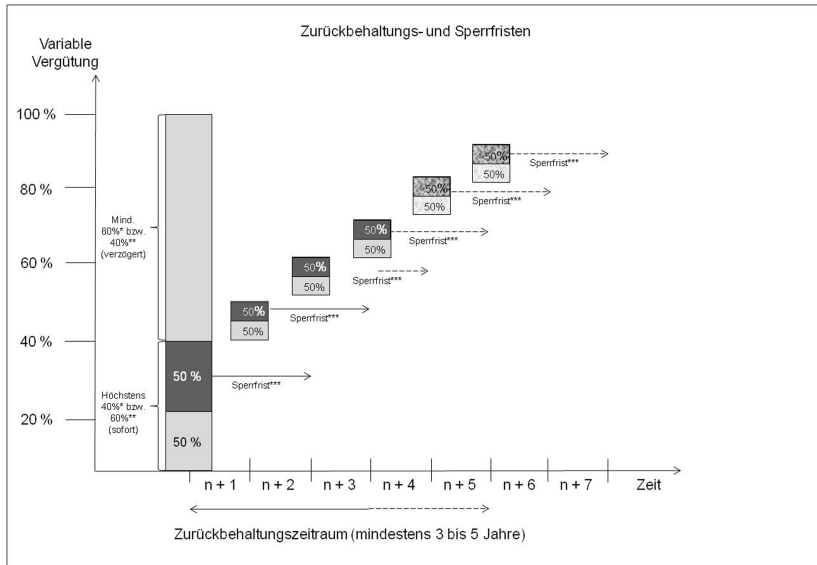


Abb. 4: Zusammenwirken von Zurückbehaltung und Ausgabe von Instrumenten

- 32 § 20 Abs. 4 InstitutsVergV ist „Herzstück“ der Ex-post-Risikoadjustierung und betrifft die sog. „explizite“ Ex-post-Risikoadjustierung (explicit ex-post risk adjustment).⁷⁹ Hiernach müssen negative Erfolgsbeiträge des Geschäftsleiters bzw. Mitarbeiters sowie seiner Organisationseinheit und ein negativer Gesamterfolg des Instituts oder der Gruppe die Höhe der variablen Vergütung einschließlich der zurückbehaltenen Beträge verringern oder auch vollständig entfallen (Betrücksichtigung eines Malus). Der zurückbehaltene Teil der variablen Vergütung ist bis zum Ablauf des Zurückbehaltungszeitraums lediglich eine Art Rechnungsposten und steht damit „im Risiko“. Sie kann daher mit Ablauf des Zurückbehaltungszeitraums daraufhin überprüft werden, ob der zunächst zugrunde gelegte Erfolgsbeitrag des Mitarbeiters tatsächlich nachhaltig war (Backtesting). Mit anderen Worten: I. R. d. Backtesting wird rückblickend geprüft, ob die variable Vergütung „tatsächlich verdient ist“.⁸⁰ Das Modell der InstitutsVergV ähnelt den bisweilen bei Vorständen in der Privatwirtschaft anzutreffenden Bonusbank-Modellen.⁸¹ Ein solcher Malus kann z. B. dadurch ausgelöst werden, dass

79 Vgl. Committee of European Banking Supervisors, Guidelines on Remuneration Policies and Practices, 10.12.2010, S. 66 ff.

80 Bauer/Schuster-Glasow, S. 129.

81 Allg. zum Bonusbank-Modell Bosse, Rn. 162 ff.

individuelle Ziele verfehlt wurden, dem Mitarbeiter ein individuelles Fehlverhalten oder schwere Fehler nachgewiesen werden, bei signifikanten Veränderungen in der ökonomischen oder regulatorischen Kapitalausstattung des Instituts, bei einem signifikanten Versagen des Risikomanagements auf Ebene des Instituts und/oder der jeweiligen Organisationseinheit oder auch ein signifikanter Rückgang der finanziellen Leistungsfähigkeit des Instituts bzw. der jeweiligen Organisationseinheit.⁸² Ein solcher Malus dürfte AGB-rechtlich grunds. zulässig sein. In jedem Fall sind die den Malus auslösenden Ereignisse aus Gründen hinreichender Transparenz entsprechend bestimmt und deutlich zu formulieren.⁸³

Gem. § 20 Abs. 6 InstitutsVergV sollen Institute künftig auch verpflichtet sein, bereits ausgezahlte variable Vergütung von den Risikoträgern zurückzufordern (sog. Clawback), wenn der Risikoträger (i) an einem Verhalten, das für das Institut zu erheblichen Verlusten oder einer regulatorischen Sanktion geführt hat, beteiligt oder dafür verantwortlich war oder (ii) relevante externe oder interne Regelungen in Bezug auf Eignung und Verhalten in schwerwiegendem Maß verletzt hat. Dies soll zumindest für einen Zeitraum gelten, der mit der Auszahlung des nicht nach § 20 Abs. 1, 2 InstitutsVergV zurückbehaltenen Anteils der variablen Vergütung beginnt und mit Ablauf der Sperrfrist für den zuletzt gem. § 20 Abs. 4 InstitutsVergV verdienten Vergütungsbestandteil endet. Die arbeitsrechtliche Zulässigkeit von Clawback-Vereinbarungen wird krit. gesehen.⁸⁴ Offen ist, ob sich an der arbeitsrechtlichen bzw. AGB-rechtlichen Wertung dadurch etwas ändert, dass der Clawback nun ausdrücklich in die InstitutsVergV aufgenommen ist. **33**

82 Boos/Fischer/Schulte-Mattler-Wolfgarten, § 20 InstitutsVergV Rn. 25 m. w. N.

83 Heuchemer/Kloft, WM 2010, 2241, 2245; Insam/Hinrichs/Hörtz, WM 2014, 1415, 1421; Löw/Glück, NZA 2015, 137, 140 f.

84 Dzida/Naber, BB 2011, 2613, 2615 f.; Löw/Glück, NZA 2015, 137, 140 unter Verweis auf BAG 13.11.2013, 10 AZR 848/12, BAGE 146, 284; BAG 14.11.2012, 10 AZR 783/11, BAGE 143, 292; BAG 12.4.2011, 1 AZR 412/09, BAGE 137, 300; Schuster, FS Bauer, S. 973, 980 ff.; Thum, NZA 2017, 1577 ff.

Kapitel 19

Entgeltgestaltung und „Low Performance“

Schrifttum: *Friemel/Walk*, Die Kündigung wegen Schlecht- und Minderleistung, NJW 2005, 3669; *Glanz*, Kündigung von leistungsschwachen Mitarbeitern („Low Performer“), NJW-Spezial 2008, 82; *Greiner*, Störungen des Austausch- und Äquivalenzverhältnisses als Kündigungstatbestand, RdA 2007, 22; *Grobys/Panzer*, StichwortKommentar Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2018; *Hoffmann-Remy*, Die Korrekturvereinbarung, 2012; *Hromadka*, Möglichkeiten und Grenzen der Änderungskündigung, NZA 1996, 1; *Hunold*, Unzureichende Arbeitsleistung als Abmahn- und Kündigungsgrund, BB 2003, 2345; *Hunold/Wetzling*, Umgang mit leistungsschwachen Mitarbeitern, 2. Aufl. 2011; *Lansnicker*, Prozesse in Arbeitssachen, 3. Aufl. 2013; *Löwl/Glück*, Incentivepläne und ihre Terms & Conditions – AGB-Kontrolle bei Bonuszahlungen, DB 2015, 187; *Maschmann*, Die mangelhafte Arbeitsleistung, NZA-Beil. 2006, 13; *Richardi*, Leistungsstörungen und Haftung im Arbeitsverhältnis nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, NZA 2002, 1004; *Stück*, Low Performer in Recht und Praxis, ArbRAktuell 2011, 641; *Tschöpe*, „Low Performer“ im Arbeitsrecht, BB 2006, 213; *Verstege*, Die Kündigung wegen geminderter Leistung des Arbeitnehmers, 2008; *Weber*, Zum (richtigen) Umgang mit Low-Performern, DB 2015, 1899; *Wisskirchen/Jordan*, Der Umgang mit Low-Performern, 2007; *Zaumseil*, Die Minderleistung als Kündigungsgrund, 2010.

Übersicht

	Rn.		Rn.
I. „Low Performance“	1	2. Einvernehmliche Regelungen. . .	38
1. Dogmatische Abgrenzung	2	a) Korrekturvereinbarungen. . .	41
2. Maßstab für unzureichende Arbeitsleistung	9	b) Sonstige einvernehmliche Lösungen	47
3. Praktischer Nachweis unzurei- chender Arbeitsleistung	10	3. Kollektives Arbeitsrecht.	49
4. Prozessuales	21	III. Proaktive Gestaltung von Ver- gütungssystemen	50
II. Reaktive Gestaltungsmöglich- keiten	24	1. Leistungsentgelte	51
1. Individuelle Gestaltungs- rechte	25	2. Vergütungsbestandteile mit Änderungsvorbehalten	52
a) Minderung der Vergütung . . .	26	a) Einseitiger Widerruf von Vergütungsbestandteilen . . .	53
b) Entgeltreduzierung durch Änderungskündigung.	27	b) Freiwilligkeitsvorbehalte; Befristung von Arbeits- bedingungen.	59
c) Druckkündigung?	33	3. Bonussysteme.	60
d) Aufrechnung mit Schadens- ersatzansprüchen wegen „Low Performance“	34	a) Klassische Zielbonus- systeme	61
e) Vertragsstrafen bei „Low Performance“	35	b) Belohnungssysteme statt Zielbonussystemen?	63

I. „Low Performance“

- 1 Eine Entgeltgestaltung, die (zulässigerweise¹) an die Arbeitsleistung, deren positive Qualität und Quantität anknüpft, muss sich notwendigerweise auch mit der Frage beschäftigen, wie nicht zufriedenstellende Leistung vergütungstechnisch abgebildet werden kann. Zentrale Bedeutung hierbei nimmt – auch viele Jahre nach seiner Begründung durch *Jack Welsh* – der Begriff der „Low Performance“ ein.² Dieser vereinfacht sprachlich vieles. Wer ihn verwendet, sollte sich jedoch immer darüber im Klaren sein, dass die begriffliche Vereinheitlichung auch Gefahren birgt, da sie völlig unterschiedliche Fallkonstellationen (Nichtleistung, verspätete Leistung, mangelbehaftete Leistung unterschiedlichster Art) bezeichnen kann. Wer nur von „Low Performance“ spricht, läuft zum einen Gefahr, die teils erheblich unterschiedlichen Rechtsfolgen dieser Fallgruppen auszublenden. Zum anderen gilt: Auch wenn in vielen „Low Performance“-Fällen der Arbeitnehmer tatsächlich der (alleinige) Verursacher sein mag, fokussiert der Begriff den Blick ausschließlich auf diesen Aspekt. Mögliche andere Ursachen werden ausgeblendet, was kritisch sein kann, wenn auf dieser Grundlage über arbeitsrechtliche Maßnahmen entschieden werden soll. Wichtig ist daher, sich zu vergegenwärtigen: Wann immer die Rede von „Low Performance“ ist, erübrigt dies nicht die genaue Prüfung, welche Form von – so dogmatisch richtiger – „unzureichender Arbeitsleistung“³ vorliegt.

1. Dogmatische Abgrenzung

- 2 Je nach Ursache der unzureichenden Arbeitsleistung im Einzelfall hat der Arbeitgeber andere Einflussmöglichkeiten und kann möglicherweise in anderer Weise arbeitsrechtlich anknüpfen. Erster Schritt einer jeden Maßnahmenplanung muss daher sein, Klarheit über die Art und Ursache des Problems zu gewinnen.
- 3 Fälle **unzureichender Arbeitsleistung** sind abzugrenzen von Fällen der **Nichtleistung** sowie der **verspäteten Arbeitsleistung**.⁴

1 BAG 18.1.2012, 10 AZR 612/10, NZA 2012, 561; BAG 7.6.2011, 1 AZR 807/09, NZA 2011, 1234; BAG 12.4.2011, 1 AZR 412/09, NZA 2011, 989; BAG 10.12.2008, 10 AZR 889/07, NZA 2009, 256; BAG 12.12.2007, 10 AZR 97/07, NZA 2008, 409; ebenso *ErfK-Preis*, § 611a BGB Rn. 598; *MüArbR-Krause*, § 64 Rn. 6 ff.

2 Statt vieler beispielhaft *Grobys/Panzer-Schöder*, Low Performance, Rn. 1 ff.; *Weber*, DB 2015, 1899; *Stück*, ArbRAktuell 2011, 651; *MüArbR-Reichold*, § 43 Rn. 27; *MüArbR-Berkowsky*, § 115 Rn. 129; *Glanz*, NJW-Spezial 2008, 82; *Tschöpe*, BB 2006, 213.

3 Zur Terminologie bereits *Hoffmann-Remy*, S. 39, 67 f.

4 In diese Richtung auch *Richardi*, NZA 2002, 1004, 1011, der jedoch den Begriff der „Schlechtleistung“ statt dem der unzureichenden Arbeitsleistung gebraucht.

Die (Überhaupt-) **Nichtleistung** als vertrags- und pflichtwidrige Nichterfüllung der Arbeit⁵ bereitet insoweit kaum Abgrenzungsprobleme. Beispiele sind schnell gebildet:

- Der Arbeitnehmer legt zusätzliche Raucherpausen ein, ohne hierfür im Zeiterfassungssystem auszustempeln⁶ oder überzieht Pausen im Allgemeinen;
- der Arbeitnehmer kommt zu spät zur Arbeit oder verlässt den Arbeitsplatz zu früh;
- der Arbeitnehmer nutzt die dienstlichen EDV-Einrichtungen zum privaten Internetsurfen⁷ bzw. führt Privattelefonate⁸ in erheblichem zeitlichen Umfang oder
- der Fall des schlichten „Blaumachens“.⁹

Komplexer ist schon die Unterscheidung von Fällen der vollständigen oder teilweisen Nichterfüllung und der **verspäteten Leistung**. Eine verspätete Leistung liegt regelmäßig dann vor, wenn der Arbeitnehmer die von ihm geschuldete Leistung nicht pünktlich, also nach dem vereinbarten oder übereinstimmend vorausgesetzten Zeitpunkt, erbringt. Aufgrund des Fixschuldcharakters der Arbeitspflicht kann eine stark verspätet erbrachte Leistung unmöglich werden. Im Regelfall ist dann von einer Nichterfüllung der Arbeitspflicht auszugehen; nur bei abweichenden Gestaltungen, die die Arbeitspflicht nicht als Fixschuld darstellen,¹⁰ wird man über eine verspätete Leistung nachdenken können.

Eine **unzureichende Arbeitsleistung** liegt demgegenüber vor, wenn der Arbeitnehmer die geschuldeten Dienste zwar **erbringt, aber mangelbehaftet leistet**.¹¹ Mängel in diesem Zusammenhang können sowohl die Qualität als auch die Quantität der Arbeitsleistung betreffen. Die folgenden Typologien haben sich etabliert:

Genügt die erbrachte Menge der Arbeit nicht den Anforderungen, spricht man von sogenannten **Minderleistungen**. Einige praxisrelevante Beispiele:¹²

- Ein Elektriker benötigt auf Projekteinsatz erheblich länger, als von Arbeitgeberseite in der Kalkulation berücksichtigt worden ist;¹³
- ein in der Produktion eingesetzter Arbeitnehmer erbringt lediglich 50 % der Stückzahl vergleichbarer Kollegen;¹⁴

5 Schaub-Linck, § 51 Rn. 1; ähnlich *Stück*, ArbRAktuell 2011, 651.

6 LAG Rheinland-Pfalz 6.5.2010, 10 Sa 712/09, BB 2010, 2248.

7 LAG Niedersachsen 31.5.2010, 12 Sa 875/09, NZA-RR 2010, 406.

8 LAG Rheinland-Pfalz, 21.2.2018, 7 Sa 406/17, *juris*.

9 *Stück*, ArbRAktuell 2011, 651.

10 Schaub-Linck, § 49 Rn. 6 mit Beispielen.

11 *Verstege*, S. 33.

12 Weitere Beispiele bei BDDH-Kerwer, § 1 KSchG Rn. 1009, 4862.

13 ArbG Frankfurt 20.1.2004, 4 Ca 4332/03, *juris*.

14 BAG 11.12.2003, 2 AZR 667/02, NZA 2004, 784.

Kap. 19 Entgeltgestaltung und „Low Performance“

- ein medizinischer Gutachter erbringt nur 50 % der Leistung vergleichbarer Gutachter¹⁵ oder
 - ein Verkäufer erzielt signifikant weniger Abschlüsse bei gleichzeitig höherer Stornorate als seine Kollegen.¹⁶
- 8 Bestehen Mängel hinsichtlich der Güte/Qualität der Arbeit, handelt es sich um eine sogenannte **Schlechtleistung**. Die gelegentliche Bezeichnung als Fehlleistung in Fällen, in denen der Arbeitnehmer etwas vollständig Anderes leistet als das, was geschuldet ist, ist wenig hilfreich – auch hierbei handelt es sich letztendlich nur um eine qualitative Schlechtleistung. Beispiele¹⁷ sind etwa:
- Eine Kassiererin im Supermarkt kontrolliert entgegen der wiederholten Anweisung nicht die Einkaufskörbe der Kunden;¹⁸
 - ein Sekretär fügt in die zu tippenden Diktate unaufhörlich Schreibfehler ein;
 - ein Mitarbeiter an der CNC-Fräsmaschine stellt diese falsch ein und fertigt daher Stücke mit falschen Maßen¹⁹ oder
 - ein Kundenservicemitarbeiter berät an der Technikhotline inhaltlich falsch, weil er das von dem Kunden geschilderte Problem verkannt hat.

2. Maßstab für unzureichende Arbeitsleistung

- 9 Wann ist eine Arbeitsleistung aber unzureichend? Für die Praxis hat sich die von der Rechtsprechung geprägte,²⁰ jedoch zu Recht kritisierte²¹ gemischt objektiv-subjektive Bestimmung der Leistungspflicht durchgesetzt. Sofern aus der Vereinbarung der Parteien nicht unmittelbar ein Leistungsmaßstab zu entnehmen ist,²² richtet sich der Inhalt des Leistungsversprechens nach den objektiven **Anforderungen der Stelle**,²³ dem durch Ausübung des Direktionsrechts festzulegenden **Arbeitsinhalt** und dem **persönlichen, subjektiven Leistungsvermögen** des Arbeitnehmers.²⁴ Die Leistungspflicht ist dynamisch zu bestimmen und

15 BAG 21.5.1992, 2 AZR 551/91, NZA 1992, 1028.

16 BAG 3.6.2004, 2 AZR 577/03, NZA 2005, 175.

17 Weitere Beispiele bei BDDH-Kerwer, § 1 KSchG, Rn. 1009, 4862.

18 LAG Berlin-Brandenburg 18.1.2008, 13 Sa 1916/07, AuA 2008, 698.

19 LAG Schleswig-Holstein, 27.5.2008, 5 Sa 398/07, NZA-RR 2008, 573.

20 Statt vieler BAG 11.12.2003, 2 AZR 667/02, NZA 2004, 784.

21 Siehe etwa v. Hoyningen-Huene/Linck, § 1 KSchG Rn. 451; Hoffmann-Remy, S. 42 ff., 45; Zaumseil, S. 27; Greiner, RdA 2007, 22, 27; Hunold, BB 2003, 2345, 2346.

22 So bereits BAG 20.3.1969, 2 AZR 283/68, BB 1969, 796; bestätigt durch BAG 11.12.2003, 2 AZR 667/02, NZA 2004, 784; aus der Literatur beispielhaft KR-Kittner, § 1 KSchG Rn. 143; Friemel/Walk, NJW 2005, 3669.

23 Weber, DB 2015, 1899, 1900 m. w. N.

24 BAG 11.12.2003, 2 AZR 667/02, NZA 2004, 784.; aus der Literatur jeweils m. w. N. Weber, DB 2015, 1899, 1901; Lansnicker-Wörle, § 7 Rn. 88; HaKo-Zimmermann, § 1 KSchG Rn. 389; MüArbR-Reichold, § 40 Rn. 44; Wisskirchen/Jordan, S. 13; Maschmann, NZA-Beil. 2006, 13, 15.

orientiert sich unmittelbar an der Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers.²⁵ Zwar hat der Arbeitnehmer seine Leistungspflicht nicht selbst zu bestimmen, er muss jedoch unter angemessener Ausschöpfung seiner persönlichen Leistungsfähigkeit arbeiten.²⁶ Mit der bekannten Faustformel des BAG gesprochen bedeutet dies, der Arbeitnehmer muss „tun, was er soll, so gut, wie er kann“.²⁷ Dies schränkt die Möglichkeiten des Arbeitgebers, auf unzureichende Arbeitsleistungen zu reagieren, drastisch ein. Mag er auch „berechtigte“²⁸ Erwartungen haben, dass Leistung und Gegenleistung gleichwertig sind – werden diese Erwartungen enttäuscht, muss er dies nach dem BAG im Grundsatz schlicht akzeptieren, solange nicht erhebliche Störungen des Äquivalenzverhältnisses vorliegen.

3. Praktischer Nachweis unzureichender Arbeitsleistung

Die Gerichte geben dem Arbeitgeber einen Satz an Werkzeugen an die Hand, mit dem dieser den Nachweis unzureichender Arbeitsleistung erbringen soll. Die Kenntnis der Feinheiten der etablierten Rechtsprechung ist daher unabdingbar. **10**

Der Arbeitgeber hat regelmäßig keine Erkenntnisse dazu, ob der Arbeitnehmer nicht besser oder mehr leistet, weil er dazu nicht in der Lage ist, oder weil er es nicht will und die Leistung verweigert. Das sieht auch die Rechtsprechung und billigt dem Arbeitgeber zunächst einen **objektiven Vergleichsmaßstab** zu: die Leistung des in Rede stehenden Arbeitnehmers soll mit der Leistung „vergleichbarer“ Arbeitnehmer verglichen werden, um herauszufinden, ob die Abweichung so erheblich ist, dass der Arbeitgeber mit rechtlichen Mitteln reagieren darf. **11**

Was genau „**vergleichbar**“ in diesem Sinne bedeutet, ist Gegenstand heftiger Diskussionen. In der Praxis hat sich die Bildung von sogenannten Vergleichsgruppen bewährt, die als solche von der Rechtsprechung anerkannt werden.²⁹ In diese darf der Arbeitgeber nur Arbeitnehmer einbeziehen, die gleiche (d.h. gleichartige) oder wenigstens gleichwertige Aufgaben verrichten. Hierbei muss der Arbeitgeber auf tatsächlich erhobene Daten zurückgreifen. Existieren diese im Team, der Abteilung oder gar dem Unternehmen nicht (mangels vergleichbarer Arbeitnehmer), ist jedoch auch zulässig, die Leistung von Arbeitnehmern an- **12**

25 BAG 11.12.2003, 2 AZR 667/02, NZA 2004, 784, 786.

26 BAG 11.12.2003, 2 AZR 667/02, NZA 2004, 784, B. I. 2) c) d.Gr.

27 BAG 11.12.2003, 2 AZR 667/02, NZA 2004, 784, B. I. 2) b) d.Gr.

28 So ausdrücklich sogar das BAG, s. nur 3.6.2004, 2 AZR 386/03, NZA 2004, 1380; 2 AZR 667/02, NZA 2004, 784.

29 BAG 17.1.2008, 2 AZR 536/06, NZA 2008, 693; *Wisskirchen/Jordan*, S. 29.

Kap. 19 Entgeltgestaltung und „Low Performance“

derer Arbeitgeber innerhalb der gleichen Branche heranzuziehen.³⁰ Die Unschärfen an der Vergleichbarkeit nehmen bei einem solchen Quervergleich naturgemäß zu – ob in den Konkurrenzunternehmen die Arbeit schon absolut identisch organisiert ist und die Zuschnitte der einzelnen Aufgaben exakt gleich sind, wird dann zum Risiko des Arbeitgebers. Wo kein anderer Weg gangbar ist, kann notfalls auch ein Sachverständiger herangezogen werden.

- 13 Vergleichsgruppen müssen **ausgewogen** gestaltet werden, d. h. der Arbeitgeber darf nicht künstlich ein Team aus besonders leistungsstarken Kräften mit einem deutlich weniger leistenden Arbeitnehmer ergänzen.
- 14 Tauglichster Anknüpfungspunkt wird in der Regel aber neben dem Quervergleich die **vorherige Arbeitsleistung des Arbeitnehmers** sein. Diese muss über einen signifikanten Zeitraum erhoben worden sein.³¹ Nicht zulässig sind hingegen reine Schätzungen des Arbeitgebers zum Zeitaufwand für einzelne zu erledigende Arbeitsaufgaben.³²
- 15 Besonderes Augenmerk ist darauf zu legen, dass die **Anforderungen** an die Aufgabenerfüllung vergleichbar sein müssen. Klassische „warnende“ Beispiele hierfür sind insbesondere im Vertriebsbereich zu finden: Kritisch ist etwa eine unterschiedliche oder über die Zeit gewandelte Kundenstruktur in verschiedenen Vertriebsgebieten³³ mit unterschiedlicher wirtschaftlicher Leistungskraft oder aber ein Vergleich von Vertrieblern, die maßgeblich Bestandskunden betreuen, mit solchen, die Neukundenakquise betreiben sollen und damit inhaltlich andere Aufgabenschwerpunkte haben.
- 16 Ist eine Vergleichsgruppe derart gebildet, muss der Arbeitgeber sämtliche Faktoren aus der Betrachtung eliminieren, die nichts mit dem Arbeitnehmer und seiner Leistung im engeren Sinne zu tun haben, also etwa mangelhaftes Rohmaterial oder fehlerhafte Werkzeuge, technische Defekte an Maschinen, unterbrochene Lieferketten, höhere Gewalt, Verursachungsbeiträge von anderen Arbeitnehmern oder – nicht zuletzt – fehlende oder unpräzise Arbeitsanweisungen durch Vorgesetzte.³⁴ Vergleicht der Arbeitgeber sodann die Arbeitsleistung und kommt zum Schluss, dass grundsätzlich eine unzureichende Arbeitsleistung zu bejahen ist, muss diese nach Ansicht der Rechtsprechung weiterhin eine Erheblichkeitsschwelle überschreiten, die je nach Art des Leistungsdefizits – qualitativer oder quantitativer Art – unterschiedlich anzusetzen ist.³⁵

30 *Zaumseil*, S. 73 m. w. N.; ArbG Celle 14.5.2001, 2 Ca 73/01, NZA-RR 2001, 478; *Wisskirchen/Jordan*, S. 29.

31 *Tschöpe*, BB 2006, 213, 215.

32 LAG Nürnberg 25.8.2015, 6 Sa 109/15, n. v.

33 BAG 27.11.2008, 2 AZR 675/07, NZA 2009, 842.

34 *Wisskirchen/Jordan*, S. 34; LAG Hessen 26.4.1989, 10 Sa 1278/88, AiB 2001, 42.

35 BAG 17.1.2008, 2 AZR 536/06, NZA 2008, 693.

Im Falle einer **quantitativ unzureichenden Arbeitsleistung** müssen die objektiv messbaren Arbeitsergebnisse des Arbeitnehmers in erheblicher Weise hinter den Leistungen vergleichbarer Arbeitnehmer zurückbleiben.³⁶ Mit dieser interpretationsoffenen Definition wird der Arbeitgeber weitestgehend alleingelassen. Nur vereinzelt helfen Urteile, eine Orientierung zu geben:

- Ein Leistungsdefizit von 50 % kann eine kündigungsrelevante unzureichende Arbeitsleistung darstellen.³⁷
- Die Produktion von 25 % mehr „Ausschussware“ als vergleichbare Kollegen kann ebenfalls genügen, wenn jedenfalls vorher eine Abmahnung ausgesprochen worden ist.³⁸
- Auch wenn das Minusstundenkonto des Arbeitnehmers an das maximal zulässige Maß herangeführt worden ist (im Fall: 230 % mehr Minusstunden als vergleichbare Kollegen), wurde die unzureichende Arbeitsleistung in der Instanzrechtsprechung bereits bejaht.³⁹

Das BAG orientiert sich regelmäßig an der Unterschreitung eines Vergleichswertes von 66 % (d. h. einer „Minderleistung“ um mehr als ein Drittel⁴⁰), bezeichnet diesen Wert jedoch nur als „deutlichen Anhaltspunkt“ für ein pflichtwidriges Verhalten (und hält sich damit im Einzelfall die Tür für eine abweichende Bewertung offen). Das erschwert der Praxis die Bewertung eines Sachverhaltes enorm.

Demgegenüber wird bei **qualitativ unzureichender Leistung** die allgemeine Fehlerquote bzw. Fehlerhäufigkeit betrachtet, die nach Ansicht des BAG nicht abstrakt betrachtet werden kann. Vielmehr kommt es darauf an, ob das Verhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung in erheblicher Weise gestört ist. Insoweit muss der Arbeitsplatz mit seinen Anforderungen, die konkret geschuldete Arbeitsleistung, die dem Stelleninhaber übertragene Verantwortung und die Verkehrsanschauung mit in eine Abwägung der Interessen einbezogen werden.⁴¹ Angesichts derart „konkreter“ Kriterien ist eine seriöse Abschätzung der Erfolgsaussichten im Einzelfall durchaus herausfordernd.

Die weitgehend ausdiskutierte Abgrenzung zwischen **vorwerfbaren und nicht vorwerfbaren** Arten unzureichender Arbeitsleistung über den vorhandenen (oder fehlenden) Leistungswillen ist prima facie (nur) kündigungsschutzrecht-

36 BAG 27.11.2008, 2 AZR 675/07, NZA 2009, 842.

37 LAG Hamm 13.4.1983, 12 Sa 95/83, DB 1983, 1930.

38 LAG Hessen 26.4.1989, 10 Sa 1278/88, AiB 2001, 42.

39 LAG Mecklenburg-Vorpommern 15.1.2015, 5 Sa 219/14, NZA 2015, 350.

40 BAG 11.12.2003, 2 AZR 667/02, NZA 2004, 784; HaKo-Zimmermann, § 1 KSchG Rn. 389.

41 BAG 17.1.2008, 2 AZR 536/06, NZA 2008, 693.

lich von Relevanz.⁴² Hier steht regelmäßig die Frage im Raum, ob eine erfolglose, einschlägige Abmahnung erfolgt ist, die dem Arbeitnehmer Gelegenheit gegeben hat, das missbilligte Leistungsverhalten abzustellen und zu korrigieren. Für einfache Leistungs- und Arbeitsmängel sollen hierbei teilweise sechs bis neun Tage Besserungsfrist genügen,⁴³ während drei Wochen bei einem Angestellten bereits für zu kurz erachtet wurden.⁴⁴ Maßgeblich ist der konkrete Einzelfall. Auch im Hinblick auf die Entgeltgestaltung ist aber entscheidend, ob Ursache einer (zu vermeidenden) unzureichenden Arbeitsleistung der fehlende Leistungswille (bei gegebener Eignung) oder aber eine fehlende Eignung (bei vorhandenem Leistungswillen) wäre, da sich jeweils unterschiedliche Ansatzpunkte für die Gestaltungspraxis bieten. Besonders problematisch sind insoweit die sogenannten „Mischtatbestände“, in denen Aspekte beider Fallgruppen eine Rolle spielen; in diesen Fällen helfen zumeist nur maßgeschneiderte Lösungen.

4. Prozessuales

- 21 Im Prozess folgt die Darlegung der Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers einer **abgestuften Systematik**.⁴⁵
- 22 Der Arbeitgeber muss im Fall von **quantitativen** Minderleistungen zunächst nur darlegen, dass der Arbeitnehmer die durchschnittliche Arbeitsleistung innerhalb einer Vergleichsgruppe über einen erheblichen Zeitraum in deutlichem Maße unterschritten hat.⁴⁶ Neben der oben dargestellten Erheblichkeitsschwelle hinsichtlich der Intensität der Pflichtverletzung muss diese auch eine gewisse Dauer aufweisen; welche genau, ist eine Frage des Einzelfalles.⁴⁷ Trägt der Arbeitgeber hierzu schlüssig vor und erwidert der Arbeitnehmer nicht in adäquater Weise, kann schon aufgrund zugestandenen Vorbringens (§ 138 Abs. 3 ZPO) die unzureichende Arbeitsleistung unterstellt werden.⁴⁸ Gelingt es dem Arbeitnehmer, das Zahlenwerk oder dessen Aussagefähigkeit im Detail zu bestreiten bzw. darzulegen, weshalb er auch mit einer unterdurchschnittlichen Leistung seine per-

42 *Weber*, DB 2015, 1899, 1902; *HaKo-Zimmermann*, § 1 KSchG Rn. 388.

43 LAG Hamm 15.3.1983, 11 (10) Sa 904/82, DB 1983, 19 zu industriellen Anlern Tätigkeiten.

44 LAG Hamm 15.1.2004, 8 Sa 907/03, n. v.

45 *Weber*, DB 2015, 1899, 1902; *Lansnicker-Wörle*, § 7 Rn. 88; *HaKo-Zimmermann*, § 1 KSchG Rn. 389.

46 BAG 11.12.2003, 2 AZR 667/02, NZA 2004, 784; *Weber*, DB 2015, 1899, 1902; *HaKo-Zimmermann*, § 1 KSchG Rn. 389; *Lansnicker-Wörle*, § 7 Rn. 88.

47 BAG 11.12.2003, 2 AZR 667/02, NZA 2004, 784; LAG Baden-Württemberg 6.9.2006, 13 Sa 84/05, BB 2007, 1228.

48 BAG 17.1.2008, 2 AZR 536/06, NZA 2008, 3019; *HaKo-Zimmermann*, § 1 KSchG Rn. 389.

sönliche Leistungsfähigkeit vollständig ausschöpft, muss der Arbeitgeber diese Darstellung positiv widerlegen.

Stehen **qualitative** Leistungsmängel in Rede, ist die Darlegungslast des Arbeitgebers erweitert: Er muss über die „reinen“ Leistungsdefizite hinaus seine Kenntnisse dazu offenlegen, welche Anzahl an Fehlern der Arbeitnehmer begangen hat, welcher Art diese waren und wie erheblich – insbesondere mit Blick auf die Fehlerfolgen. Die Darlegung, dass ein Arbeitnehmer über einen längeren Zeitraum die durchschnittliche Fehlerhäufigkeit einer zutreffend gebildeten Vergleichsgruppe überschreitet, kann ausreichen, um eine vorwerfbare Pflichtverletzung darzutun.⁴⁹ Sodann obliegt es dem Arbeitnehmer, wie oben geschildert Gegenvortrag zu leisten. Gelingt ihm dies, muss der Arbeitgeber diese Darstellung wiederum positiv widerlegen. **23**

II. Reaktive Gestaltungsmöglichkeiten

Wenn eine unzureichende Arbeitsleistung im vorstehenden Sinne gegeben ist, bieten sich dem Arbeitgeber zahlreiche Handlungsmöglichkeiten auf individual- oder kollektivrechtlicher Basis. In der Praxis liegt der Fokus häufig (ausschließlich) auf der Frage, ob und wenn ja, wie schnell das Arbeitsverhältnis beendet werden kann.⁵⁰ Hiervon losgelöst bieten sich aber auch Möglichkeiten, über eine Umgestaltung des Entgelts das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung wiederherzustellen. Da in der Praxis erfahrungsgemäß noch immer die Fälle überwiegen, in denen unzureichende Arbeitsleistungen nicht von vorneherein in der Vergütungsgestaltung berücksichtigt worden sind, sollen zunächst die rein reaktiven Gestaltungsmittel des Arbeitgebers aufgezeigt werden. **24**

1. Individuelle Gestaltungsrechte

Dem Arbeitgeber stehen individualarbeitsrechtlich auf den ersten Blick vielfältige Reaktionsmöglichkeiten offen. Bei näherer Betrachtung sind die meisten jedoch nur wenig tauglich, um rechtssicher zu agieren, da rechtliche oder strategische Gründe entgegenstehen. Praktische Relevanz hat vor diesem Hintergrund hauptsächlich die Möglichkeit der Änderungskündigung zur Entgeltabsenkung. **25**

a) Minderung der Vergütung

Der naheliegende Gedanke, nämlich im Fall unzureichender Arbeitsleistung auch nur einen geminderten oder „gekürzten“ Entgeltanspruch zuzugestehen, ist **26**

49 BAG 17.1.2008, 2 AZR 536/06, NZA 2008, 3019; LAG Schleswig-Holstein 24.2.2010, 6 Sa 399/09, NZA-RR 2010, 466.

50 Hierzu im Detail etwa Grobys/Panzer-Schöder, Low Performance, Rn. 27 ff.; Hoffmann-Remy, S. 186 ff.; Zaumseil, S. 103 ff.

als Automatismus kraft Gesetzes nicht vorgesehen.⁵¹ Dies ist unmittelbare Konsequenz des Zusammenspiels von gesetzlichen Rahmenbedingungen und subjektivem Leistungsbegriff, wie ihn das BAG anwendet: Zwar ist das Äquivalenzverhältnis von Leistung und Gegenleistung gestört, doch schuldet der Arbeitnehmer nach h. M. nur das (pflichtgemäße) **Tätigwerden**, nicht einen Leistungserfolg.⁵² Aufgrund des Fixschuldcharakters der Arbeitspflicht wird die Arbeitsleistung unmöglich.⁵³ Nach dem Grundsatz „ohne Arbeit kein Lohn“ entfällt in Fällen der Nichtleistung der Anspruch auf die Vergütung (§ 326 Abs. 1 Satz 1 BGB);⁵⁴ im Streitfall muss der Arbeitgeber die Nichtleistung darlegen und beweisen.⁵⁵ In den übrigen Fällen der unzureichenden Arbeitsleistung erhält § 326 Abs. 1 Satz 2 BGB dem Arbeitnehmer grundsätzlich den Anspruch auf die Gegenleistung.⁵⁶ Ein Gewährleistungsrecht wie etwa das Minderungsrecht des Arbeitgebers im Falle von mangelhaft erbrachter Arbeitsleistung, das kreative Köpfe analog zum Kaufvertrag (§ 441 BGB) angedacht haben, ist im Gesetz nicht vorgesehen; eine Analogie scheidet aus.⁵⁷

b) Entgeltreduzierung durch Änderungskündigung

- 27 Daher existiert von Arbeitgeberseite häufig der Wunsch nach einer einseitigen **Anpassung** des Verhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung durch Änderungskündigung. Dies kann die Form annehmen, den Arbeitnehmer auf eine andere (geringer vergütete) Position überführen zu wollen, was insbesondere dort relevant ist, wo der Arbeitnehmer in einer strategisch wichtigen Position tätig ist, wo der Stelleninhaber schlicht „funktionieren“ muss. Alternativ dazu kann der Wunsch bestehen, den Arbeitnehmer auf der gleichen Stelle zu belassen, jedoch das Entgelt der unzureichenden Arbeitsleistung anzupassen. Das Mittel zur Realisierung dieser Ziele kann die personen- bzw. verhaltensbedingte Änderungskündigung sein – jedenfalls dort, wo tarifliche Regelungen die Mitarbeiter nicht gegen eine Tätigkeitsänderung oder Herabgruppierung schützen oder eine bestimmte Vergütung garantieren (allgemein zur Änderungskündigung zum Zweck der Entgeltabsenkung s. Kap. 18).

51 BAG 18.7.2007, 5 AZN 610/07, NZA 2007, 1015; zuvor schon BAG 6.6.1972, 1 AZR 438/71, NJW 1972, 2016.

52 BAG 17.1.2008, 2 AZR 536/06, AP Nr. 87 zu § 1 KSchG 1969 m. Anm. *Verstege*.

53 *ErfK-Preis*, § 615 BGB Rn. 4; *Wisskirchen/Jordan*, S. 51; *Maschmann*, NZA-Beil. 2006, 13, 17.

54 BAG 18.7.2007, 5 AZN 610/07, NZA 2007, 1015.

55 LAG Berlin-Brandenburg 28.2.2007, 4 Sa 1919/06, n. v.

56 Beispielhaft für den Fall der Schlechtleistung unter früherer Rechtslage LAG Köln 3.5.1996, 11 Sa 42/96, *juris*.

57 BAG 18.7.2007, 5 AZN 610/07, NZA 2007, 1015; *Maschmann*, NZA-Beil. 2006, 13, 17.

Die überwiegende Meinung in Literatur und Rechtsprechung steht solchen Kündigungen allgemein sehr **skeptisch** gegenüber (s. Kap. 18 Rn. 27 ff., 31),⁵⁸ wobei in den meisten Fällen nur die betriebsbedingte Änderungskündigung als scheinbar einzig praxisrelevanter Fall thematisiert wird. Wo eine Änderungskündigung zur Entgeltabsenkung überhaupt für möglich gehalten wird, weisen die Verfechter dieser Ansicht darauf hin, dass eine Änderungskündigung (regelmäßig) nur bei gleichzeitiger Anpassung der Tätigkeit und Vergütung, nicht aber isoliert der Vergütung, statthaft sein soll.⁵⁹ Wo diese Ansicht in **nicht betriebsbedingten** Konstellationen überhaupt begründet wird, findet man zumeist nur das Argument, der Arbeitnehmer schulde ein Tätigwerden, keinen Erfolg.⁶⁰ Sollen einzelne Arbeitnehmer zwecks Entgeltabsenkung eine Änderungskündigung erhalten (ohne dass die Belegschaft im Kollektiv Vergütungsänderungen erfahren sollte), winken andere Stimmen in der Literatur ab: Das BAG⁶¹ erkenne in kollektiv gelagerten Fällen das für die soziale Rechtfertigung der Vertragsänderung (§ 2 KSchG) erforderliche dringende betriebliche Erfordernis nur an, wenn die Entgeltänderung nicht durch bloße wirtschaftliche Gründe veranlasst sei, sondern die Arbeitsplätze insgesamt gefährdet seien. Wenn schon dort die Anforderungen so hoch seien, so könne auch im Einzelfall eine Änderungskündigung gegenüber einem sogenannten „Low-Performer“ kaum durchsetzbar sein.⁶²

Keines der oben genannten Argumente ist wirklich überzeugend. Der Rückschluss von kollektiven Änderungen der Arbeitsbedingungen überzeugt schon deshalb nicht, da die dortige Rechtsprechung ausschließlich betriebsbedingte Kündigungen betrifft, nicht aber personen- oder verhaltensbedingte Änderungskündigungen.⁶³ Das BAG selbst hat bereits angemerkt, dass im Rahmen der Prüfung milderer Mittel gegenüber einer Beendigungskündigung auch zu prüfen ist, ob eine zumutbare Beschäftigung zu geänderten Vertragsbedingungen, „u. U.“ auch eine **Vergütungsreduzierung**, in Betracht kommt.⁶⁴ Wenn eine unzurei-

58 Statt vieler v. *Hoyningen-Huene/Linck*, § 2 KSchG Rn. 138.

59 *APS-Künzl*, § 2 KSchG Rn. 243a; *BDDH-Nübold*, § 2 KSchG Rn. 88; differenzierender *SPV-Preis*, § 3 Rn. 1330: Entgeltkürzung, wenn Minderleistung dazu führt, dass der Arbeitnehmer nur die Merkmale einer niedrigeren Entgeltgruppe erfüllt; einschränkend *Hromadka*, NZA 1996, 1, 11 („bloße Entgeltänderung ist zwar nicht ausgeschlossen“).

60 v. *Hoyningen-Huene/Linck*, § 2 KSchG Rn. 138 m. w. N.

61 BAG 20.6.2013, 2 AZR 396/12, NZA 2013, 1409; BAG 1.3.2007, 2 AZR 580/05, NZA 2007, 1445; *SPV-Preis*, § 3 Rn. 1310a; *Lansnicker-Schwirtzek/Wiedebusch*, § 7 Rn. 238.

62 *Grobys/Panzer-Schöder*, Low Performance, Rn. 17; *DHSW-Manske*, § 2 KSchG Rn. 75 f.; *Hunold/Wetzling*, S. 234 ff.; *Wisskirchen/Jordan*, S. 56.

63 Ähnlich *Zaumseil*, S. 187; BAG 2.7.2003, 2 AZR 617/02, AP Nr. 73 zu § 2 KSchG 1969, Anm. *Bengelsdorf*.

64 BAG 11.12.2003, 2 AZR 667/02, NZA 2004, 784 (worauf v. *Hoyningen-Huene/Linck*, § 2 KSchG Rn. 278, wiederum zutreffend hinweist); ebenso LAG Sachsen 7.4.2006, 3

Kap. 19 Entgeltgestaltung und „Low Performance“

chende Arbeitsleistung (= Störung der Vertragsäquivalenz) in einem Maße vorliegt, die den Arbeitgeber potenziell sogar zu einer Beendigung des Vertrages berechtigen würde, dann muss es ihm mit oder ohne Änderung der vertraglichen Tätigkeit möglich sein, das Leistungs-Gegenleistungs-Verhältnis auf ein angemessenes Niveau zurückzuführen.⁶⁵ Ob der Arbeitnehmer ein Tätigwerden oder einen Erfolg schuldet, ist für diese Frage irrelevant.⁶⁶ Schließlich sieht das BAG auch Nebenleistungspflichten ausdrücklich als im Wege der Änderungskündigung modifizierbar an.⁶⁷

- 30** Wird eine formal wirksame Änderungskündigung ausgesprochen, ist also nach allgemeinen Grundsätzen zu prüfen:⁶⁸ Ist der Ausspruch einer Änderungskündigung erforderlich, weil personen- oder verhaltensbedingte Gründe im Sinne des § 1 Abs. 2 KSchG einer Weiterbeschäftigung zu unveränderten Bedingungen entgegenstehen (s. Kap. 18 Rn. 7 ff.)?⁶⁹ Insoweit ist auch die ausdifferenzierte Rechtsprechung des BAG zu den Anforderungen an solche Kündigungsgründe selbstverständlich zu beachten.⁷⁰ Eine Änderungskündigung in diesem Bereich ist daher kein Allheilmittel, sie ist aber auch **keinesfalls unmöglich**.
- 31** Ist die Änderungskündigung nach den oben dargestellten Grundsätzen erforderlich, ist auf einer zweiten Stufe zu prüfen, ob das Änderungsangebot für den Arbeitnehmer im Sinne des Verhältnismäßigkeitsprinzips sich auf die zumutbaren Änderungen des Arbeitsverhältnisses beschränkt hat. Die Änderungen dürfen sich nicht weiter von dem bisherigen Arbeitsverhältnis entfernen, als dies zur Erreichung des angestrebten Ziels (Geeignetheit)⁷¹ erforderlich ist (Erforderlichkeit i. e. S.) (s. Kap. 18 Rn. 22).⁷² Bei einer reinen Entgeltreduzierung wird sich die Frage ohnehin darauf beschränken, welche Entgeltbestandteile in welcher Weise angepasst werden sollen. Bei „Low Performern“ wird man insoweit vorrangig an die Kürzung von **leistungsorientierter** Vergütung denken können,

Sa 425/05, AuA 2007, 56; LAG Nürnberg, 12.6.2007, 6 Sa 37/07, NZR-RR 2008, 178; *Friemel/Walk*, NJW 2005, 2669, 3672; wohl auch *Glanz*, NJW-Spezial 2008, 82.

65 In diese Richtung auch BDDH-Nübold, § 2 KSchG Rn. 67: „Im Prinzip können (⋯) alle Sachverhalte, die (⋯) eine ordentliche Beendigungskünd(igung) sozial (⋯) rechtfertigen, eine Änderungs-Künd(igung) als insofern milderes Mittel begründen.“

66 So auch *Zaumseil*, S. 189; *Tschöpe*, BB 2006, 213, 216.

67 BAG 27.3.2003, 2 AZR 74/02, DB 2003, 1962; *MüArbR-Boewer*, § 46 Rn. 140 ff. m. w. N.

68 Zu den Voraussetzungen allgemein BDDH-Nübold, § 2 KSchG Rn. 119.

69 Zutreffend *Zaumseil*, S. 187, 188.

70 Für krankheitsbedingte Leistungsminderung exemplarisch BAG, 22.10.2015, 2 AZR 550/14, NZA-RR 2016, 243.

71 BAG 8.10.2009, 2 AZR 235/08, NZA 2010, 465; BAG 10.9.2009, 2 AZR 822/07, NZA 2010, 333.

72 BAG 29.11.2007, 2 AZR 388/06, NZA 208, 523; BAG 2.3.2006, 2 AZR 64/05, NZA 2006, 985; BAG 17.3.2005, 2 ABR 2/05, NZA 2005, 949; *Zaumseil*, S. 193.

wie etwa die Streichung von Leistungszulagen⁷³ oder die Reduzierung oder den Neuzuschnitt variabler Vergütungsansprüche. Wenn solche Vergütungssysteme aber nicht existieren, kann auch die Grundvergütung nicht änderungsfest sein, da ein (geringer, aber immer noch adäquat) vergütetes Arbeitsverhältnis denknotwendig der geringere Einschnitt für den Arbeitnehmer ist als die (ebenfalls im Raum stehende) Beendigungskündigung.

Die Darlegungslast im Änderungsschutzprozess schließlich folgt der allgemeinen kündigungsschutzrechtlichen Darlegungslast.⁷⁴ **32**

c) Druckkündigung?

Wenig Argumentationsspielraum bietet hingegen der von Kollegen oder Kunden ausgeübte Druck auf den Arbeitgeber, wenn nämlich die weitere Zusammenarbeit mit einem „Low Performer“ verweigert wird. Aufgrund der Rechtsprechung des BAG zur sogenannten „Druckkündigung“ müssen sich Arbeitgeber gerade bei angeblich unzureichender Arbeitsleistung zunächst schützend vor den ins Visier genommenen Arbeitnehmer stellen und versuchen, die Dritten von ihrer Drohung abzubringen und eine Kündigung zu vermeiden.⁷⁵ Eine zumeist doch eher spontan entstehende Drucksituation steht regelmäßig diametral entgegengesetzt zu der Pflicht des Arbeitgebers, sorgfältig zu prüfen, welche Ursache eine „Low Performance“ hat und wie ihr ggf. arbeitsorganisatorisch entgegenge wirkt werden könnte. **33**

d) Aufrechnung mit Schadensersatzansprüchen wegen „Low Performance“

Der Arbeitgeber hat weiter die Möglichkeit, gegen den Entgeltanspruch des nicht adäquat leistenden Arbeitnehmers mit Schadensersatzansprüchen aufzurechnen, die aufgrund von schuldhafter Verletzung der Pflicht zur Arbeitsleistung bestehen könnten.⁷⁶ Abstrakt ist dies denkbar, z. B. in Form von Mehrkosten für Nacharbeiten, die zumindest anteilig von den verursachenden Arbeitnehmern zurückgefordert werden könnten. Praktisch betrachtet hat dieser Ansatz **nur in Einzelfällen** Relevanz. Die Gründe hierfür sind vielfältig: Zunächst muss es dem Arbeitgeber überhaupt einmal gelingen, eine schuldhafte Verletzung der Arbeitspflichten sowie einen daraus folgenden Schaden darzulegen. Haben mehrere Mitarbeiter einen Schaden verursacht, so darf der Arbeitgeber nicht ohne Weiteres nur einen auf den gesamten Schaden in Anspruch nehmen, son- **34**

⁷³ v. Hoyningen-Huene/Linck, § 2 KSchG Rn. 138; KPK-Bengelsdorf, § 2 Rn. 113.

⁷⁴ ErfK-Oetker, § 2 KSchG Rn. 72; APS-Künzl, § 2 KSchG Rn. 331; KR-Rost/Kreft, § 2 Rn. 160 f.; BDDH-Nübold, § 2 KSchG Rn. 136.

⁷⁵ Aus der jüngeren Rechtsprechung s. nur LAG Hamm, 16.10.2015, 17 Sa 696/15, AuA 2016, 314; BAG 18.7.2013, 6 AZR 420/12, NZA 2014, 109.

⁷⁶ Stück, ArbRAktuell 2011, 651, 652; Maschmann, NZA-Beil. 2006, 13, 17.

Kap. 19 Entgeltgestaltung und „Low Performance“

dem muss die jeweiligen Verursachungsbeiträge der verschiedenen Beteiligten berücksichtigt.⁷⁷ Während ein Schadensersatzanspruch und eine entsprechende Aufrechnung grundsätzlich in Betracht kommen, unterliegt diese den geltenden Pfändungsfreigrenzen.⁷⁸ Der Arbeitnehmer haftet nach den arbeitsrechtlichen Grundsätzen zur Haftungsprivilegierung ohnehin so gut wie nie voll;⁷⁹ selbst bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit ist seine Haftung zur Vermeidung einer Existenzgefährdung regelmäßig auf drei bis sechs Monatsgehälter beschränkt,⁸⁰ während es bei „einfacher“ Fahrlässigkeit zu einer Schadensteilung, bei leichter Fahrlässigkeit zu gar keiner Haftung des Arbeitnehmers kommt.

e) Vertragsstrafen bei „Low Performance“

- 35** Möglich ist weiterhin die Vereinbarung von Vertragsstrafen für den Fall einer unzureichenden Arbeitsleistung, d.h. den Fall, dass der Arbeitnehmer als Schuldner seine Verbindlichkeit nicht oder nicht in gehöriger Weise erfüllt (§ 339 Satz 1 BGB). Keine Bedenken bestehen hinsichtlich der Vereinbarung einer solchen Abrede in Arbeitsverträgen: § 309 Nr. 6 BGB steht dem nicht entgegen; im Gegenteil erfordern die Besonderheiten des Arbeitsrechts nach § 310 Abs. 4 Satz 2 BGB gerade die Möglichkeit, für den Fall des verschuldeten Vertragsbruchs Vertragsstrafen wirksam vereinbaren zu können. Es gelten jedoch die allgemeinen Grundsätze der Kontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen: Die in Formulararbeitsverträgen vereinbarten Vertragsstrafen müssen der Kontrolle nach § 305c Abs. 1 und § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB standhalten. Sie dürfen nicht an versteckter Stelle stehen und müssen **klar und verständlich** formuliert sein.
- 36** Aus der Abrede muss klar sein, welche Strafe für welche Pflichtverletzung geschuldet ist, sodass sich der Verpflichtete darauf einstellen kann. Das BAG legt insbesondere auf diese Anforderung einen gesteigerten Wert; es hat etwa „schuldhaftes Pflichtverstöße“ oder „gravierende Vertragsverstöße“ als nicht hinreichend bestimmt angesehen.⁸¹ Auch der bloße Hinweis auf eine „Low Performance“ kann nach diesen Maßstäben nicht ausreichen. Der Arbeitgeber kann aber durch die beispielhafte Nennung von Pflichtverletzungen dafür sorgen, dass die Rechtsrisiken insoweit überschaubar bleiben.⁸² Hier stellt sich das gleiche Prob-

77 LAG München 22.5.2006, 2 Sa 1110/05, AuA 2006, 615.

78 St. Rspr. seit BGH 22.4.1959, IV ZR 255/58, BB 1959, 574; aus der Literatur jeweils m. w. N. Lansnicker-Schwirtzek/Schwirtzek-Schoedon, § 6 Rn. 467; Stück, ArbRAktuell 2011, 651, 652; Maschmann, NZA-Beil. 2006, 13, 17; HR-Borgmann, § 1 Rn. 2703.

79 BAG 18.4.2002, 8 AZR 348/01, NZA 2003, 37; Stück, ArbRAktuell 2011, 651, 652.

80 BAG 18.4.2002, 8 AZR 348/01, NZA 2003, 37.

81 BAG 18.8.2005, 8 AZR 65/05, BB 2006, 720.

82 BAG 18.8.2005, 8 AZR 65/05, BB 2006, 720.

lem wie bei der Geltendmachung von Schadenersatz: auch solche Beispiele müssten konkret bezeichnen, ab welchem Grad der unzureichenden Arbeitsleistung die Vertragsstrafe fällig wird.

Herauszustellen ist jedoch, dass der Arbeitgeber zur Vermeidung einer **unangemessenen Benachteiligung** des Arbeitnehmers (§ 307 Abs. 1 BGB) ein berechtigtes Interesse an der Vertragsstrafe besitzen (und dieses im Zweifelsfall auch gerichtsfest nachweisen können) muss. Insoweit stellen sich zwei Fragen: Ist ein berechtigtes Interesse des Arbeitgebers anzuerkennen, wenn der Arbeitnehmer seine individuelle Leistungsfähigkeit ausschöpft und somit (nach dem Leistungsmaßstab des BAG) seine Arbeitsleistung fehlerfrei erbringt? Und ist die Abrede auch so ausgestaltet, dass keine unzulässige Übersicherung des Arbeitgebers eintritt? Eine Vertragsstrafe kann daher nur in der Höhe vereinbart werden, die dem Leistungsdefizit entspricht. Die Herabsetzung einer unverhältnismäßigen Vertragsstrafe (§ 343 Abs. 1 Satz 1 BGB) in Formulararbeitsverträgen ist nicht möglich; es kommt zu keiner geltungserhaltenden Reduktion.⁸³

2. Einvernehmliche Regelungen

Große praktische Relevanz im individualrechtlichen Bereich haben einvernehmliche Regelungen. Diese bieten (in den Grenzen tariflicher und betriebsverfassungsrechtlicher Regelungen, z. B. beim Verzicht auf Gehaltsbestandteile) typischerweise eine große Flexibilität. Sie erfordern jedoch auch ein großes Maß an Überzeugungsarbeit. Der Arbeitnehmer, der einer Entgeltanpassung zustimmen soll, muss verstehen, weshalb dies der Fall ist. Gerade bei Leistungsdefiziten sind die Ansichten der Arbeitsvertragsparteien oftmals diametral entgegengesetzt. Um sicherzustellen, dass der Vorschlag einer einvernehmlichen Regelung daher nicht im Sande verläuft, sollte der gut beratene Arbeitgeber schon im Eigeninteresse andere Ursachen für schlechte Leistungen als den Arbeitnehmer, seinen Leistungswillen und seine Leistungsfähigkeit ausschließen. Scheitert nämlich der Versuch einer Einigung, kann der Arbeitgeber nur noch einseitig vorgehen – und spätestens dann entscheidet der **ultima-ratio-Grundsatz** über den Erfolg oder Misserfolg einer (Änderungs- oder Beendigungs-)Kündigung.

Daher ist eine **abgestufte Prüfung** anzuraten. Zunächst sollte geprüft werden, ob der Arbeitnehmer alle benötigten Ressourcen zur Verfügung hat, um seine Arbeitsleistung adäquat zu erbringen. Dies schließt sowohl Betriebsmittel ein als auch geeignete Ansprechpartner und Führungskräfte. Falls nein, ist dies zu korrigieren. Kann dies als Ursache ausgeschlossen werden, ist ein etwaiges Qualifikationsdefizit zu prüfen: Machen Veränderungen in der Arbeitswelt oder der Person des Arbeitnehmers Fort- oder Weiterbildungsmaßnahmen erforderlich, etwa um mit technologischem Wandel Schritt zu halten? Ist auch dies nicht kau-

83 BAG 4.3.2004, 8 AZR 196/03, NZA 2004, 727.

Kap. 19 Entgeltgestaltung und „Low Performance“

sal für die „Low Performance“, sollte geprüft werden, ob organisatorische Änderungen für die konkrete Tätigkeit des Arbeitnehmers denkbar sind, deren Implementierung das Problem beheben kann. Geprüft werden sollte schließlich, ob eine Zuweisung anderer Aufgaben das Problem lösen kann. Wenn ja, ist zu verifizieren, wie diese arbeitsrechtlich umgesetzt werden kann, etwa durch Versetzung oder Änderungskündigung.

- 40 Wenn sich nach „Abarbeiten“ dieser Liste der Fokus nach wie vor auf den Arbeitnehmer richtet, stellt sich die Frage nach dem optimalen Gestaltungsmittel. Handelt es sich um einen Einzelfall unzureichender Arbeitsleistung, kann eine Korrekturvereinbarung das Mittel der Wahl darstellen. Geht es um ein abteilungs- oder betriebsweites Leistungsdefizit, sind massenhafte Änderungsvereinbarungen vorzugswürdig; die eigentliche Überzeugungsarbeit muss in solchen Sachverhalten regelmäßig nicht gegenüber dem Arbeitnehmer selbst, sondern anderweitig (nämlich gegenüber dem Betriebsrat oder einer im Betrieb vertretenen Gewerkschaft) geleistet werden.

a) Korrekturvereinbarungen

- 41 Korrekturvereinbarungen⁸⁴ sind eine Sonderform von Zielvereinbarungen. Sie dienen dem Ziel, einerseits die tatsächlichen Grundlagen eines Leistungsdefizites einvernehmlich festzustellen, andererseits durch konkret anknüpfende Maßnahmen- und Reaktionspakete eine einvernehmliche Lösung für die Zukunft zu finden, sollte das **Äquivalenzverhältnis** von Leistung und Gegenleistung weiterhin gestört bleiben. Konkret werden also Ziele und Zielerreichungszeiträume sowie flankierende Maßnahmen festgelegt sowie die Konsequenzen einer Zielerreichung und Zielverfehlung. Die vereinbarten Korrekturmaßnahmen sind hierbei das Ergebnis von freien Verhandlungen, in deren Rahmen die Interessen beider Seiten gleichberechtigt berücksichtigt werden konnten.⁸⁵ Werden die vereinbarten Korrekturziele erreicht, ist das Äquivalenzverhältnis von Leistung und Gegenleistung im Idealfall erfolgreich wiederhergestellt und jedenfalls wieder dem Normalmaß angenähert; verfehlt der Arbeitnehmer aber (realistische) Korrekturziele, können hieran anknüpfende Maßnahmen eingeleitet werden.
- 42 Die Möglichkeiten in diesem Bereich sind vielfältig. Denkbar ist im Falle eines so genannten „Low Performers“ beispielsweise ein **einvernehmlicher Verzicht** auf (betriebsverfassungsrechtlich oder tariflich verzichtsoffene) Gehaltsbestandteile, wenn innerhalb einer bestimmten Zeit, in der der Arbeitgeber durch Feedbackgespräche oder Shadowing unterstützt, die Arbeitsleistung nicht auf das

84 Zu Korrekturvereinbarungen im Detail *Hoffmann-Remy*, S. 24 ff.; *ErfK-Müller-Glöge*, § 626 BGB Rn. 29a; *BDDH-Kerwer*, § 1 KSchG Rn. 807; *MASIG-Maschmann*, A Rn. 35; *KR-Fischermeier*, § 626 BGB Rn. 273.

85 Näher zur Herleitung und Definition *Hoffmann-Remy*, S. 28.

Normalmaß geführt werden kann. Hierzu wären konkrete, messbare Ziele zu vereinbaren und ein Prozess zu definieren, wie diese Ziele erreicht werden können.

Abzugrenzen sind Korrekturvereinbarungen von den bloßen Korrekturvorgaben, also einseitigen Maßnahmen des Arbeitgebers, denen bloß der Schein der Zweiseitigkeit verliehen werden soll – mithin eine etwas anders „verpackte“ Abmahnung oder Anweisung im Rahmen des Direktionsrechts. **43**

Drei rechtliche Problemkreise sind im Zusammenhang mit dem Abschluss einer Korrekturvereinbarung zu beachten: die AGB-Kontrolle der Vereinbarung, die betriebliche Mitbestimmung sowie die prozessualen Folgen einer solchen Vereinbarung im Streitfall. Die Korrekturvereinbarung ist der „Inbegriff“ einer Individualvereinbarung im Sinne des § 305b BGB und damit rechtsdogmatisch keiner Inhaltskontrolle unterworfen.⁸⁶ Rechtspraktisch betrachtet aber wird ein Arbeitsgericht im Streitfall die Vereinbarung – zumindest als Kontrollüberlegung – immer einer Kontrolle nach den §§ 305 ff. BGB unterwerfen, um ein gefühltes oder tatsächliches strukturelles Machtgefälle zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer auszugleichen. Um an dieser Stelle Überraschungen zu vermeiden, kann eine **vorsorgliche Prüfung** der Regelungen auf Konformität mit dem AGB-Recht nur empfohlen werden. Praktisch betrachtet stellt dies keine allzu große Einschränkung dar; größte Risiken an dieser Stelle resultieren aus dem Verbot überraschender Klauseln, § 305c BGB, sowie dem Verbot überfordernder Klauseln im Sinne des § 307 Abs. 1 BGB. Ersteres kann durch die insoweit üblichen Mittel der Vertragsgestaltung vermieden werden (Zwischenüberschriften, drucktechnische Hervorhebungen etc.). Bezüglich § 307 Abs. 1 BGB kommt es vornehmlich darauf an, realistische Ziele und adäquate Zielerreichungsfristen zu vereinbaren. **44**

Betriebliche Mitbestimmung hat bei der Einführung von Korrekturvereinbarungen nur eingeschränkte Bedeutung. Das „Ob“ der Einführung ist dem Arbeitgeber überlassen. Eine verfahrensmäßige Mitbestimmung kann im Einzelfall aus § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG folgen, insbesondere, wenn der Arbeitgeber das zugehörige Gespräch etwa mit formalisierten Krankenrückkehrgesprächen verbindet.⁸⁷ Ansonsten kann eine Mitbestimmung hinsichtlich einzelner Regelungsgegenstände und Maßnahmen im Einzelfall nach §§ 87, 94 Abs. 2 BetrVG in Betracht kommen. **45**

Große Bedeutung hat die Korrekturvereinbarung schließlich, sollten alle Versuche nichts nützen und die Arbeitsvertragsparteien sich vor Gericht über die durchgeführten Maßnahmen (z. B. Entgeltanpassung) streiten. Soweit die Parteien tatsachenfeststellende Vereinbarungen getroffen haben, handelt es sich inso- **46**

⁸⁶ Im Detail *Hoffmann-Remy*, S. 104 ff.

⁸⁷ BAG 8.11.1994, 1 ABR 22/94, DB 1995, 1132.

Kap. 19 Entgeltgestaltung und „Low Performance“

weit um einen **Tatsachenvergleich**. Im Prozess muss die Partei, die sich auf einen abweichenden Lebenssachverhalt berufen will, daher die volle Darlegungs- und Beweislast gewärtigen.⁸⁸

b) Sonstige einvernehmliche Lösungen

- 47 Resultiert der Wunsch zur Vergütungsanpassung hingegen aus einem Sachverhalt, der kollektive Bezüge hat, ist die Korrekturvereinbarung regelmäßig nicht das passende Gestaltungsinstrument. Befindet sich das Unternehmen in einer Krise, werden häufig Versuche unternommen, z. B. Bereiche mit nicht „performenden“ Arbeitnehmern anzugehen, deren Leistungsniveau über längere Zeiträume hingenommen wurde. Auch in Umstrukturierungsszenarien entsteht des Öfteren der Wunsch, die Vergütungsstruktur eines nicht wettbewerbsfähigen, hinzugekauften Betriebes anzupassen. Aufgrund der hohen Voraussetzungen, die die Rechtsprechung an eine Änderungskündigung in kollektiv gelagerten betriebsbedingten Fällen stellt, bleiben dem Arbeitgeber in Ermangelung anderer Mittel häufig nur individuelle Änderungsvereinbarungen.
- 48 Um die erforderliche Zustimmung zu erreichen, muss den betroffenen Mitarbeitern die wirtschaftliche Lage und ihre eigene Betroffenheit eindringlich vor Augen geführt werden. Die wahrscheinlichsten Szenarien sollten klar umrissen werden, einschließlich der Konsequenzen einer fehlenden Wettbewerbsfähigkeit. Gleichzeitig sollte der Versuch unternommen werden, den von einer Entgeltanpassung Betroffenen eine mittel- bis langfristige Perspektive zu bieten, etwa in Form zukünftiger Vergütungserhöhungen. Befindet sich das Unternehmen, der betroffene Betrieb oder die Business Unit in einer Krisensituation, bietet sich die (ohnehin nahezu zwingende) Darstellung eines **Gesamtsanierungskonzeptes** an, mit dem nicht nur die individuelle Vergütung, sondern auch sonstige „geldwerte“ Leistungen (z. B. Sozialeinrichtungen, Betriebsrente) angepasst werden. Eine gerechte Lastenverteilung wirkt oftmals als das überzeugendste Argument überhaupt.

3. Kollektives Arbeitsrecht

- 49 Da es sich bei unzureichender Arbeitsleistung um einen individuellen Tatbestand handelt, bestehen auf den ersten Blick keine kollektivarbeitsrechtlichen Bezüge. Mittelbar sind kollektivrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten aber dennoch mit diesem Thema verwoben. So kommt es etwa häufig dazu, dass im Zuge von Unternehmenskäufen oder Betriebsübergängen Vergütungsordnungen aufeinandertreffen, von denen eine leistungsbezogene Anreize bietet, die andere starr und nicht leistungsbezogen ausgestaltet ist. Dann stellt sich die Frage nach

88 Hoffmann-Remy, S. 76 ff. sowie S. 216 ff.

der Möglichkeit zur **Ablösung** des nicht mehr zeitgemäßen Alt-Vergütungssystems (hierzu im Detail Kap. 19). Wenn es keinen Ansatzpunkt gibt, die Leistung der betroffenen Arbeitnehmer zu verbessern, kann häufig „wenigstens“ bei der Neugestaltung das Verhältnis zwischen Leistung und Vergütung mit Blick auf die Zukunft angepasst werden, wenn tarifliche (oder sonstige kollektivbezogene) Gehaltserhöhungen im Raum stehen. Dann kann der Arbeitgeber darüber nachdenken, bisherige freiwillige (nicht-leistungsbezogene) Vergütungsbestandteile auf zukünftige (Tarif-)Lohnerhöhungen in Anrechnung zu bringen, um keine Fehlanreize zu setzen.

III. Proaktive Gestaltung von Vergütungssystemen

Die oben beschriebenen praktischen Schwierigkeiten (s. Rn. 23 ff.) erklären, weshalb der Fokus der Praxis weniger darauf liegt, einen einmal entstandenen „Scherbenhaufen“ wieder zu kitten. Vielmehr sollen Probleme durch geeignete Vergütungsgestaltung von vornherein ausgeschlossen werden. Anreize im Rahmen der Vergütung sollen helfen, proaktiv eine „Low Performance“ möglichst **zu vermeiden**. Problematisch ist insoweit regelmäßig, dass die Vorgaben der Rechtsprechung und die Gestaltungswünsche der Praxis miteinander kollidieren. **50**

1. Leistungsentgelte

Hierzu gehört etwa die Schaffung von „klassischen“ Leistungsentgeltsystemen, etwa in Form des **Akkord- oder Prämienlohns**.⁸⁹ Diese Vergütungssysteme erhöhen (aufgrund der Anknüpfung an arbeitswissenschaftlich messbare Normalleistungen) für den Arbeitgeber die Berechenbarkeit und knüpfen die Vergütung unmittelbar an die Arbeitsleistung. Es besteht jedoch keine 1:1-Korrelation zwischen dem Vergütungsmaßstab einer Mindestleistung sowie der arbeitsvertraglich geschuldeten Leistung.⁹⁰ Grenzen werden derartigen Systemen häufig durch tarifvertragliche Höchststrafen gesetzt. **51**

2. Vergütungsbestandteile mit Änderungsvorbehalten

Der Einsatz von Vergütungssystemen, die bereits als Teil ihrer „DNA“ angelegte Vorbehalte etwa für den Fall einer unzureichenden Arbeitsleistung beinhalten, kann regelmäßig helfen, „Low Performance“ entweder ganz zu vermeiden oder das Unternehmen jedenfalls gegen ihre negativen Folgen zu schützen. **52**

⁸⁹ Grobys/Panzer-Schöder, Low Performance, Rn. 19.

⁹⁰ MüArbR-Reichold, § 40 Rn. 46.

a) Einseitiger Widerruf von Vergütungsbestandteilen

- 53 Bei unzureichender Arbeitsleistung können Vergütungsbestandteile grundsätzlich einseitig mit Wirkung für die Zukunft widerrufen werden. Voraussetzung hierfür ist ein wirksam vereinbarter **Widerrufsvorbehalt**, d. h. die Möglichkeit für den Arbeitgeber, unter bestimmten näher definierten Voraussetzungen die Auszahlung von einzelnen Vergütungsbestandteilen mit Wirkung für die Zukunft einzustellen. Dieser kann denkbare nicht mit einem Freiwilligkeitsvorbehalt kombiniert werden (s. Kap. 17 Rn. 52 f. m. w. N.). Ein wirksamer Widerruf setzt neben der wirksamen Vereinbarung voraus, dass das Recht im konkreten Fall in billiger Weise ausgeübt wird (**Ausübungskontrolle**).⁹¹
- 54 Praktische Evidenz zeigt, dass die meisten Rechtsprobleme im Zusammenhang mit unsorgfältiger Vertragsgestaltung, d. h. auf der Vereinbarungsebene, entstehen. Viele ältere oder auf Grundlage schlechter Mustervereinbarungen entworfene Widerrufsvorbehalte genügen den (strengen) Anforderungen der Rechtsprechung nicht: Ein Widerruf darf zunächst **nicht sachgrundlos** erfolgen.⁹² Die Widerrufsgründe müssen sich transparent auch aus dem Vorbehalt selbst ergeben, damit der Arbeitnehmer erkennen kann, wann welche erwarteten Vergütungsbestandteile wieder entfallen können.⁹³ Auch wenn es hierbei nach dem BAG ausreichend ist, die Widerrufsgründe nicht exakt zu beschreiben, sondern nur nach ihrer Art zu umschreiben,⁹⁴ finden sich in der Praxis in den seltensten Fällen überhaupt Widerrufsvorbehalte, die an eine unzureichende Arbeitsleistung anknüpfen. Typisch sind vielmehr (rein) wirtschaftliche Parameter.
- 55 Selbst wenn eine solche Anknüpfung aber existiert, sind zahlreiche Unwägbarkeiten vorherzusehen und durch **transparente Formulierungen** abzudecken (s. Kap. 17 Rn. 51): Sind nur personenbedingte oder auch verhaltensbedingte Gründe erfasst? Ist zumindest in abstrahierter Weise der Grad der Schlechtleistung angegeben, ab welchem ein Widerruf der Vergütungsbestandteile erfolgen kann,⁹⁵ und ist der angegebene Grad des Leistungsdefizits tauglich für einen Widerruf im Sinne einer Erheblichkeitsschwelle? Der Aufwand, der hier auf Vereinbarungsebene zu betreiben ist, führt häufig in der Praxis dazu, dass Arbeitgeber der Einfachheit halber mit „Standardklauseln“ zweifelhafter Wirksamkeit agieren. Das ist risikobehaftet, aber nicht ganz unverständlich, steht der Auf-

91 BAG 12.1.2005, 5 AZR 364/04, NZA 2005, 465, 469; APS-Künzl, § 2 KSchG Rn. 110 m. w. N.; Zaumseil, S. 178.

92 Zaumseil, S. 180 m. w. N.

93 BAG 11.10.2006, 5 AZR 721/05, NZA 2007, 87; BAG 12.1.2005, 5 AZR 364/04, NZA 2005, 465; LAG Berlin-Brandenburg 24.11.2008, 2 Sa 1462/08, BB 2009, 493; APS-Künzl, § 2 KSchG Rn. 111; BDDH-Elz, § 315 BGB Rn. 53 f.

94 BAG 25.4.2007, 5 AZR 627/06, NZA 2007, 853.

95 Maschmann, NZA-Beil. 2006, 13, 17; Wisskirchen/Jordan, S. 58.

wand doch häufig in keinem Verhältnis zu der Höhe der im Einzelfall widerruflich auszugestaltenden Vergütung.

Selbst eine im vorgenannten Sinne transparente Klausel muss sich innerhalb der Grenzen zur Vermeidung einer unangemessenen Benachteiligung bewegen. Der widerrufliche Vergütungsbestandteil darf höchstens **25 bis 31 % der Gesamtvergütung** des Arbeitnehmers einschließlich variabler Bestandteile wie Provisionen oder Zielvereinbarungsprämien ausmachen.⁹⁶ Der Kernbereich des Arbeitsverhältnisses soll einem Widerruf nicht zugänglich sein.⁹⁷ Widerrufsfest sind auch einmal verdiente Bestandteile, z. B. ein unterjährig bereits erreichtes Ziel mit korrespondierendem Zielbonus. Diese können nicht nachträglich zur Disposition gestellt werden.⁹⁸ **56**

Eine ordnungsgemäß vereinbarte Klausel, die betätigt werden soll, erspart dem Arbeitgeber noch nicht die Schwierigkeit, im Streitfall die Voraussetzungen des Widerrufsgrundes darzulegen und zu beweisen, um den Widerruf auch faktisch durchsetzen zu können. Der Arbeitgeber trägt insoweit nämlich die **Darlegungs- und Beweislast**.⁹⁹ Insoweit muss der Arbeitgeber hier dezidiert dokumentieren, woraus er die unzureichende Arbeitsleistung hergeleitet hat. **57**

Auf der Ebene der Ausübungskontrolle kommt es maßgeblich darauf an, ob der Arbeitgeber die Besonderheiten des Einzelfalles sowie die beiderseitigen Interessen angemessen berücksichtigt und gegeneinander abgewogen hat, als er das Widerrufsrecht ausgeübt hat.¹⁰⁰ **58**

b) Freiwilligkeitsvorbehalte; Befristung von Arbeitsbedingungen

Nur geringe praktische Relevanz in „Low Performance“-Fällen haben die weiteren Gestaltungsinstrumente des Freiwilligkeitsvorbehalts (s. Kap. 17)¹⁰¹ sowie der Befristung einzelner Arbeitsbedingungen.¹⁰² Diese können dazu beitragen, im Rahmen der Gestaltung von Vergütungssystemen „Low Performance“ vorzubeugen; als alleinige Instrumente sind sie jedoch – auch aufgrund der zahlreichen Umsetzungsschwierigkeiten – zumeist ungeeignet.¹⁰³ **59**

96 BAG 11.10.2006, 5 AZR 721/05, BB 2007, 109; BAG 13.5.1987, 5 AZR 125/86, NZA 1988, 95; BDDH-Elz, § 315 BGB Rn. 50; Zaumseil, S. 179.

97 BAG 11.10.2006, 5 AZR 721/05, BB 2007, 109; APS-Künzl, § 2 KSchG Rn. 111.

98 Küttner-Griese, Zielvereinbarung, Rn. 18; Grobys/Panzer-Juli, Variable Vergütung, Rn. 28.

99 BAG 11.10.1995, 5 AZR 1009/94, NZA 1997, 623; APS-Künzl, § 2 KSchG Rn. 113 m. w. N.

100 APS-Künzl, § 2 KSchG Rn. 110; aus der Rechtsprechung nur BAG 13.5.1987, 5 AZR 125/86, DB 1988, 183.

101 Zaumseil, S. 181.

102 Siehe für einen Überblick ErfK-Preis, § 310 BGB Rn. 74 ff.

103 Zu den rechtlichen Hürden statt vieler ErfK-Preis, § 310 BGB Rn. 75.

3. Bonussysteme

- 60** Große praktische Bedeutung hat schließlich die **anreizbezogene variable Vergütung**. Es existiert eine Vielzahl von Ansätzen, um insoweit sicherzustellen, dass Leistung und Vergütung sich in adäquater Weise gegenüberstehen. Teilweise befinden sich die Vertreter unterschiedlicher Ansätze schon fast in einer Art Glaubenskrieg darüber, welche Methodik die sinnvollste ist.

a) Klassische Zielbonussysteme

- 61** Etabliert hat sich die Prämierung von Arbeitnehmern im Fall der Erreichung individueller Ziele. Die „klassische“ Zielvereinbarung knüpfte an individuelle und regelmäßig kurzfristige Zielerreichung des Arbeitnehmers an (z. B. der Vertriebs Erfolg für das laufende Jahr, die Steigerung der individuellen Kundenzufriedenheit um einen bestimmten Prozentsatz oder die Durchführung einer bestimmten Anzahl von Projekten). Später wurde dies zunehmend ergänzt durch unternehmensbezogene Ziele. Dieser Trend setzt sich aktuell weiter fort: individuelle Ziele kommen immer stärker aus der Mode. Stattdessen erfolgt eine immer höher gewichtete Anknüpfung der Vergütung an **unternehmensbezogene Ziele** oder zumindest Ziele übergeordneter Organisationseinheiten (Team-, Abteilungs- oder Bereichsziele). Soweit Zielbonussysteme nach wie vor individuelle Leistungen prämiieren, werden diese zunehmend mit nichtlinearen Belohnungskurven, Unter- und Obergrenzen ausgestaltet, um genau den „Idealbereich“ der Leistung zu honorieren, der unternehmensseitig gewünscht ist.
- 62** Variable Vergütungssysteme knüpfen insbesondere seit der weltweiten Finanzkrise der Jahre 2007 und 2008 sowie entsprechenden Regulierungsbemühungen insbesondere im Bankbereich¹⁰⁴ zunehmend an mittel- bis langfristige Zielerreichung an. Auf diese Weise werden „längerfristige“ unzureichende Arbeitsleistungen adäquat erfasst. Dem gegenüber steht die immer stärkere Fokussierung des BAG auf den **leistungsbelohnenden** Charakter von Entgelten und dem nahezu vollständigen Abrücken von der Rechtsprechung zu sogenannten „Mischprämien“ (s. Kap. 20 Rn. 11),¹⁰⁵ was die Gestaltung von längeren Bindungsfristen zum argumentativen Drahtseilakt werden lässt. Aus eben diesem Grund geht ein starker Trend auch zur **Virtualisierung** von Vergütungsbestandteilen. Anstelle verdienter Boni mit entsprechenden Haltefristen treten zunehmend virtuelle „Credits“, „Shadow Units“ oder „Bausteine“, die für sich selbst betrachtet noch keinen Vergütungsgegenwert haben, sondern erst nach Ablauf bestimmter Fristen nach einer dann zu bestimmenden Formel in reale Vergütung umgewandelt werden. Insoweit verbleiben dem Unternehmen zumeist gewisse Ermessensspielräume, um auf Fehlentwicklungen adäquat zu reagieren. Schließlich sind

¹⁰⁴ Siehe nur § 10 Abs. 2 InstVGv.

¹⁰⁵ BAG 12.4.2011, 1 AZR 412/09, BB 2011, 2811; Löw/Gluck, DB 2015, 187.

auch in variablen Vergütungssystemen zunehmend Widerrufsvorbehalte enthalten, die etwa an bestimmte wirtschaftliche Unternehmensentwicklungen anknüpfen. Nur selten wird dies aber konsequent umgesetzt: Während der Fall wirtschaftlicher Fehlentwicklungen auf Unternehmensebene zumeist gut abgebildet werden kann, fehlt in den meisten Fällen nach wie vor eine Anknüpfung eines Widerrufsrechts an unzureichende Leistungserbringung.

b) Belohnungssysteme statt Zielbonussystemen?

Seit einiger Zeit wird unter der Überschrift „Schaffung zeitgemäßer Entgeltsysteme“ im Zusammenhang mit der „**Arbeitswelt 4.0**“ häufig über eine grundsätzliche Neujustierung der Gesamtvergütung nachgedacht. So soll die Grundvergütung – vereinfacht dargestellt – nicht länger (nur) der Sicherstellung des Lebensunterhaltes und der gerechten Teilnahme am Wohlstand und der Wohlstandsentwicklung dienen; vielmehr soll der Stellenwert der Arbeit sich nicht länger über die Vergütungskomponente definieren. Vergütung soll vielmehr dort erfolgen, wo besondere Leistungen, Beiträge oder Anstrengungen geeignet sind, den Unternehmenserfolg nachhaltig zu befördern. Gleichzeitig gerät der „Dreiklang“ aus Jahresgespräch, Zielsetzung und individueller Bonifizierung verstärkt in die Kritik. Jahresgespräche werden teilweise als überflüssig und nicht mehr mit den gewünschten flachen Hierarchien und agilen Unternehmensstrukturen vereinbar angesehen. Das Setzen individueller Ziele wird hinterfragt, da kein notwendiger Zusammenhang zwischen einem erfolgreichen Mitarbeiter (in seinem Bereich) und einer erfolgreichen Positionierung des Unternehmens am Markt im selben Zeitraum bestehen muss. Schließlich wird die Bonifizierungspraxis kritisiert, da selbst exzellente Mitarbeiter häufig geringere Boni erhalten, als ihnen eigentlich nach dem gelebten System zustehen sollten. Gründe hierfür sind häufig unternehmenspolitischer Natur und manifestieren sich z. B. in sogenannten **Rationalisierungskurven**. 63

Als Alternative zur „klassischen“ Bonifizierung verbreiten sich daher in jüngerer Zeit zunehmend so genannte „**on the spot**“-Boni. Bei diesen wird – vereinfacht dargestellt – den zuständigen Führungskräften jeweils für ihre Organisationseinheit ein jährlicher Bonustopf zugeteilt, den sie nach freiem Ermessen für besondere Arbeitsleistungen an ihre Mitarbeiter verteilen dürfen. Häufig werden derartige Systeme mit einem Vorschlagsprozess kombiniert. So sollen insbesondere gute Ideen einer Person oder eines Teams, projektbezogene Leistungen und „Meilensteine“ oder Durchbrüche im Rahmen der Entwicklung eines Produktes angemessen honoriert werden können. Ziel dieses Ansatzes ist es, wie in einem klassischen Bonussystem Wertschätzung gegenüber den Arbeitnehmern zu demonstrieren, gleichzeitig aber ein zeitnahes Feedback zur Arbeitsleistung abzugeben. 64

- 65** Auch die Handhabung von „on the spot“-Awards bedarf aber klarer Regeln. Dies beginnt bei der Budgetierung und entsprechenden Kompetenzen, setzt sich fort in der Frage, wer über die Verteilung entscheidet, und ist insbesondere dort entscheidend, wo ein klares gemeinsames Leistungsverständnis im Unternehmen herrschen muss: Wenn nicht klar ist, welche Leistungen von welcher Rolle erwartet werden können und dürfen, welche Maßstäbe an „besondere“ Leistungen zu setzen sind und in welche Richtung eine Entwicklung des Unternehmens besonders unterstützt werden soll, wird die Gewährung von „on the spot“-Boni zu einem Problem der Verteilungsgerechtigkeit. Insoweit ist zu sehen, dass unter Compliance-Gesichtspunkten ein stärker ermessensabhängiges System auch einer größeren **Kontrolle** bedarf (s. Kap. 20 Rn. 53 ff., 61 ff.). Das gilt insbesondere auch mit Blick auf eine Bonifizierung gegenüber – vermeintlichen oder tatsächlichen – „Low Performern“.

Kapitel 20

Änderungsvorbehalte zur Flexibilisierung von Sonderzuwendungen

Schrifttum: *Annuß*, Grundstruktur der AGB-Kontrolle von Arbeitsverträgen, BB 2006, 1333; *Bauer/Heimann*, Flexibel, motivierend und „all-inclusive“ – Rechtssichere Vergütung von Führungskräften, NZA-Beil. 2014, 114; *Bayreuther*, Freiwilligkeitsvorbehalte: Zulässig, aber überflüssig?, BB 2009, 102; *Günther/Biedrzyńska*, Nach dem Fest der Streit? – Die jüngste Entwicklung der Rechtsprechung zu Stichtagsklauseln bei Weihnachtsgeld und sonstigen Sonderzahlungen, ArbRAktuell 2014, 66; *Hanau/Hromadka*, Richterliche Kontrolle flexibler Entgeltregelungen in Allgemeinen Arbeitsbedingungen, NZA 2005, 73; *Heiden*, Neue Entwicklungen im Recht der Sonderzahlungen, RdA 2012, 225; *Heins/Leder*, Stichtagsklauseln und Bonuszusagen – unvereinbar?, NZA 2014, 520; *Hromadka/Schmitt-Rolfes*, Die AGB-Rechtsprechung des BAG zu Tätigkeit, Entgelt und Arbeitszeit, NJW 2007, 1777; *Lakies*, Neue Rechtsprechung zu Flexibilisierungsvarianten bei Sonderzuwendungen, ArbRAktuell 2013, 251; *Leder*, Aktuelles zur Flexibilisierung von Arbeitsbedingungen, RdA 2010, 93; *Lembke*, Die Gestaltung von Vergütungsvereinbarungen, NJW 2010, 257 und NJW 2010, 321; *Lunk/Leder*, Der Arbeitsvertrag – Einzelne Vertragsklauseln, NJW 2015, 3766 und NJW 2016, 1292; *Preis*, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht. Buchbesprechung NZA 2016, 153; *Preis*, Der langsame Tod der Freiwilligkeitsvorbehalte und die Grenzen betrieblicher Übung, NZA 2009, 281; *Preis/Sagan*, Der Freiwilligkeitsvorbehalt im Fadenkreuz der Rechtsgeschäftslehre, NZA 2012, 697; *Reisener*, Flexible Vergütungsmodelle AGB-Kontrolle, Gestaltungsvarianten, NZA 2007, 1249; *Reinecke*, Neue Regeln für Sonderzahlungen, BB 2013, 437; *Roggel/Neumann*, Sonderzahlungen mit Stichtagsklauseln – Grenzen der Rechtsprechung und Gestaltungsmöglichkeiten, BB 2014, 1909; *Schneider*, Betriebliche Übung und konkludente Vertragsanpassung, NZA 2016, 590; *Stoffels*, Neues zu Widerrufsvorbehalten in Arbeitsverträgen, NZA 2017, 1217; *Wank*, Änderung von Arbeitsbedingungen, NZA-Beil. 2012, 41; *Willemsen/Jansen*, Die Befristung von Entgeltbestandteilen als Alternative zu Widerrufs- und Freiwilligkeitsvorbehalten, RdA 2010, 1; *Willemsen/Grau*, Alternative Instrumente zur Entgeltflexibilisierung im Standardarbeitsvertrag, NZA 2005, 1137.

Übersicht

	Rn.		Rn.
I. Fragestellung	1	7. Arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz	18
II. Begriff der Sonderzuwendung	3	IV. Freiwilligkeitsvorbehalt	19
III. Rechtsgrundlagen	6	1. Zweck der Sonderzuwendung	20
1. Tarifvertrag	7	a) Entwicklung der Rechtsprechung	20
2. Betriebsvereinbarung	10	b) Rechtsprechung seit dem 18.1.2012	22
3. Arbeitsvertrag	11	c) Ermittlung des Zwecks durch Auslegung	24
4. Gesamtzusage	13		
5. Betriebliche Übung	14		
6. Schlüssiges Verhalten gegenüber einem Arbeitnehmer	17		

Kap. 20 Änderungsvorbehalte zur Flexibilisierung von Sonderzuwendungen

2. Entgeltcharakter bei Überschreitung des „üblichen Rahmens“	27	a) Verstoß gegen § 308 Nr. 4 BGB	47
a) Angleichung von Widerrufsvorbehalt und Freiwilligkeitsvorbehalt?	28	b) Ausübungskontrolle	52
b) Engere Grenze für Freiwilligkeitsvorbehalte	31	c) Formulierungsvorschlag	53
c) Schlussfolgerungen	32	2. Kombination von Freiwilligkeits- und Widerrufsvorbehalt	57
3. Pauschaler Vorbehalt	33	3. Summierung von (Änderungs-)Vorbehalten	59
4. Konkreter Vorbehalt	36	a) Fragestellung	59
a) Verstoß gegen das Transparenzgebot	36	b) Stellungnahme	60
b) Wirkungskdauer von Freiwilligkeitsvorbehalten	40	4. Anrechnungsvorbehalt	64
c) Formulierungsvorschlag	41	a) Zulässigkeit	65
5. Freiwilligkeitserklärung bei Auszahlung	43	b) Formulierungsvorschlag	69
a) Konkreter Hinweis bei Zahlung	43	5. Stichtagsregelung – Bindungsklausel – Rückzahlungsklausel	72
b) Formulierungsvorschlag	44	a) Inhaltskontrolle	74
V. Änderungsvorbehalte	45	b) Zulässigkeit bei betriebsbedingten Kündigungen	77
1. Widerrufsvorbehalt	46	c) Formulierungsvorschlag	78
		VI. Auswirkungen für die Praxis	81

I. Fragestellung

- 1 Inwieweit kann der Arbeitgeber noch „frei“ darüber entscheiden, ob und in welcher Höhe er seinen Arbeitnehmern Sonderzuwendungen, wie Weihnachtsgeld, zahlt? Diese Frage war vor der Schuldrechtsreform von der Rechtsprechung geklärt. Seitdem hat sich an der Interessenlage nichts geändert: Arbeitgeber wollen Leistungsanreize für Arbeitnehmer durch Zusatzleistungen gewähren, aber auf Veränderungen der wirtschaftlichen Lage ihres Unternehmens oder eine veränderte Marktlage möglichst flexibel reagieren und Zusatzleistungen auch wieder entziehen können. Arbeitnehmer wollen für ihre Leistung angemessen bezahlt werden und einen Anspruch auf versprochene und verdiente Leistungen haben.
- 2 Die Rechtsprechung erkennt ein Flexibilisierungsinteresse an, weist aber darauf hin, dass der einzelne Arbeitnehmer sich beim Abschluss von Arbeitsverträgen typischerweise in einer Situation struktureller Unterlegenheit befindet, da er in der Regel ungleich stärker auf sein Arbeitsverhältnis angewiesen ist, als der Arbeitgeber auf den einzelnen Arbeitnehmer.¹ Der Vertragsparität sei mit den Mitteln des Zivilrechts Geltung zu verschaffen. Die Zivilgerichte müssten bei der

¹ Hanau/Hromadka, NZA 2005, 73, 77, sehen die Flexibilität gar als „Besonderheit des Arbeitsrechts“.

Inhaltskontrolle und der Anwendung von Generalklauseln die grundrechtliche Gewährleistung der Privatautonomie beachten.² Ausgehend von diesen Grundsätzen hat das Bundesarbeitsgericht in den letzten Jahren die zulässigen vertraglichen Grenzen der Flexibilisierung zunehmend eingeengt und ein Ende ist noch nicht absehbar. Diese Rechtsprechung hat zur Folge, dass einzelvertragliche Regelungen wie Freiwilligkeits- und Widerrufsvorbehalte, die sich auch heute noch in vielen Arbeitsverträgen finden, oftmals unwirksam sind.³

II. Begriff der Sonderzuwendung

Der Begriff der Sonderzuwendung⁴ wird im Entgeltfortzahlungsgesetz legal definiert als „Leistungen, die der Arbeitgeber zusätzlich zum laufenden Arbeitsentgelt erbringt“.⁵ Diese Definition entsprach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts vor der Schuldrechtsreform, an der der 10. Senat des Bundesarbeitsgerichts lange festgehalten hat.⁶ Anders formuliert kann man unter Sonderzuwendung jede Zahlung verstehen, die über das Grundentgelt – sei es der vereinbarte Stundenlohn oder das Festgehalt – hinausgeht. Darunter fallen Zahlungen, die zu bestimmten Anlässen oder Terminen gezahlt werden (meist als **Gratifikation** bezeichnet), wie Weihnachts- und Urlaubsgeld, 13. Monatsgehalt, Jahressonderzahlung oder Jubiläumsgelder, Prämien wie Anwesenheits- oder Halteprämien (s. Kap. 21), Zielerreichungs- und Bonuszahlungen (s. Kap. 20) und betriebliche Sozialleistungen, wie Sachbezüge (s. Kap. 24). Für dieses Kapitel soll der Begriff der Sonderzuwendungen eng verstanden werden und nur die (reinen) Gratifikationen oder Zahlungen, die zu bestimmten Anlässen oder Terminen geleistet werden, umfassen.⁷

Im Einzelfall kann sich die Abgrenzung zwischen laufendem Entgelt und Sonderzuwendung schwierig gestalten, da auch Sonderzuwendungen monatlich oder mehrmals im Kalenderjahr geleistet werden können. Man kann sich auch die Frage stellen, weshalb hier überhaupt differenziert werden soll, da es schließ-

2 BAG 25.4.2007, 5 AZR 627/06, BB 2007, 1900.

3 So auch *Bauer/Heimann*, NZA-Beil. 2014, 114, 114 und *Willemsen/Jansen*, RdA 2010, 1, 1.

4 Hierfür werden synonym gebraucht auch die Begriffe: Sonderzahlung, Sondervergütung.

5 § 4a Satz 1 EfzG.

6 Zuletzt BAG 30.7.2008, 10 AZR 606/07, BB 2008, 2465, Rn. 38; BAG 21.1.2009, 10 AZR 219/08, NZA 2009, 310; BAG 14.9.2011, 10 AZR 526/10, NZA 2012, 81.

7 Der Begriff Sonderzuwendung wird nicht einheitlich gebraucht, so werden darunter zum Teil wie hier vertreten alle zusätzlichen Entgelte verstanden (Schaub-Linck, § 78 Rn. 1), teilweise lediglich Gratifikationen (ErfK-Preis § 611a BGB Rn. 527; *Lakies*, ArbRAktuell 2013, 251, 251), teilweise wird unter Gratifikationen nicht das 13. Monatsgehalt verstanden, sondern nur Weihnachts-, Urlaubs- und Jubiläumsgeld (Schaub-Linck, § 78 Rn. 2).

lich für den Arbeitnehmer keinen wesentlichen Unterschied macht, ob er einmal im Jahr eine Zuwendung in Höhe von 2.400 € oder jeden Monat eine Zulage in Höhe von 200 € erhält.⁸ Das Bundesarbeitsgericht hält dementsprechend auch eine allgemein gültige Abgrenzung der beiden Begriffe laufendes Entgelt und Sonderzahlung „wegen der Vielzahl denkbarer Fallgestaltungen“ nicht für möglich.⁹ In der Literatur wird zum Teil vorgeschlagen, diese Differenzierung ganz aufzugeben.¹⁰

- 5 Das Bundesarbeitsgericht ist von dieser Definition scheinbar abgerückt.¹¹ Jedenfalls finden sich in neueren Entscheidungen des 10. Senats (der für Gratifikationen und Sondervergütungen nach der Geschäftsverteilung zuständig ist) die Begriffspaare Sonderzuwendung – laufendes Arbeitsentgelt nicht mehr, vielmehr wird die Abgrenzung nur noch hinsichtlich des Zwecks der Zahlung getroffen.¹²

III. Rechtsgrundlagen

- 6 Es gibt keinen gesetzlichen Anspruch auf Zahlung von Sonderzuwendungen, sodass es einer eigenen Rechtsgrundlage bedarf. Mögliche Rechtsgrundlagen werden im Folgenden kurz dargestellt, weil Änderungsvorbehalte je nach Rechtsgrundlage und hierfür maßgebliche Auslegungsregeln hinsichtlich ihrer Zulässigkeit unterschiedlich zu beurteilen sind.

1. Tarifvertrag

- 7 Soweit ein Tarifvertrag anwendbar ist – sei es, weil er allgemeinverbindlich ist (§ 5 Abs. 4 TVG) oder weil Arbeitgeber und Arbeitnehmer tarifgebunden sind (§ 3 Abs. 1 TVG) – und dieser Sonderzuwendungen gewährt, richtet sich der Anspruch auf die Zahlung allein nach den tarifvertraglichen Regelungen. Diese sind wie ein Gesetz auszulegen, die Regelungen über die Inhaltskontrolle finden gem. § 310 Abs. 4 Satz 3 BGB keine Anwendung.^{13,14} Das gilt auch, wenn ein-

8 Ähnlich auch *Preis*, NZA 2009, 281, 282.

9 BAG 30.7.2008, 10 AZR 606/07, BB 2008, 2465, Rn. 38.

10 *Heiden*, RdA 2012, 225, 227; *Bauer/Heimann*, NZA-Beil. 2014, 114, 116 m. w. N.

11 So auch *Preis*, NZA 2016, 153.

12 BAG 18.1.2012, 10 AZR 612/10, BB 2012, 2250; BAG 18.1.2012, 10 AZR 667/10, NZA 2012, 620; BAG 13.5.2015, 10 AZR 266/14, NZA 2015, 992.

13 Vgl. nur: BAG 23.9.2004, 6 AZR 442/03, NZA 2005, 475. Auf den größeren Spielraum der Tarifvertragsparteien im Hinblick auf Sonderzuwendungen verweist BAG 13.11.2013, 10 AZR 848/12, BB 2014, 1020, Rn. 35.

14 Tarifverträge werden gerichtlich nur hinsichtlich der Übereinstimmung mit Verfassung, Gesetzesrecht und guten Sitten überprüft, vgl. nur BAG 6.9.1995, 5 AZR 174/94, BB 1996, 959, BAG 27.6.2018, 10 AZR 290/17, DB 2018, 2311.

zelne tarifvertragliche Regelungen wörtlich in den Arbeitsvertrag übernommen werden.

Anders ist es, wenn ein Tarifvertrag nur deshalb anwendbar ist, weil im Arbeitsvertrag auf ihn Bezug genommen wird. Dann gilt das oben Gesagte nur, **8**

- wenn der Tarifvertrag als Ganzes in Bezug genommen wird (Globalverweisung) und
- es sich um einen Tarifvertrag handelt, der – läge eine Tarifbindung vor – zeitlich, fachlich und räumlich anwendbar ist.¹⁵

Denn Tarifverträge sind wegen der Tarifautonomie der Tarifvertragsparteien **9** (Art. 9 Abs. 3 GG) von der Anwendbarkeit der §§ 307 ff. BGB ausgenommen, um den Tarifvertrag als Gesamtwerk zu sichern und ausgewogene Bestimmungen nicht durch punktuelle Eingriffe auszuhebeln. Anderes muss gelten, wenn nur einzelne Regelungen des Tarifvertrags einbezogen werden, da diese dann u. U. nicht mehr ausgewogen sind. Inwieweit es ausreicht, dass wenigstens auf selbstständige Teilkomplexe verwiesen wird (Teilverweisung), ist streitig.¹⁶ Nimmt ein Arbeitgeber nur für ihn vorteilhafte einzelne Regelungen eines Tarifvertrags in Bezug, dann sind diese – wie jede andere vertragliche Regelung auch – der Inhaltskontrolle unterworfen. Gleiches gilt für die Inbezugnahme Klausel selbst.¹⁷

2. Betriebsvereinbarung

Haben Arbeitgeber und Betriebsrat eine Betriebsvereinbarung über die Zahlung **10** einer Sonderzuwendung geschlossen, richtet sich auch hier der Anspruch nach den dort geregelten Voraussetzungen. Betriebsvereinbarungen sind wegen ihres normativen Charakters wie Tarifverträge und Gesetze auszulegen, auch für diese gilt die Ausnahme des § 310 Abs. 4 Satz 3 BGB.¹⁸

¹⁵ BAG 6.5.2009, 10 AZR 390/08, NZA-RR 2009, 593, Rn. 28 ff.; *ErfK-Preis*, §§ 305–310 BGB Rn. 12 ff.

¹⁶ BAG 6.5.2009, 10 AZR 390/08, NZA-RR 2009, 593, Rn. 29

¹⁷ Vgl. nur BAG 22.7.2010, 6 AZR 170/08, BB 2011, 186, Rn. 38.

¹⁸ Betriebsvereinbarungen sind wie Tarifverträge überprüfbar (s. Rn. 13), vgl. z. B. BAG 7.6.2011, 1 AZR 807/09 NZA 2011, 1234; BAG 12.4.2011, 1 AZR 412/09, BB 2011, 2811. Zu beachten sind die Grenzen für die Betriebsparteien, durch Betriebsvereinbarungen Regelungen in Arbeitsverträgen aufzuheben (vgl. nur zur Ablösung von AGB durch Betriebsvereinbarungen BAG 17.7.2012, 1 AZR 476/11, NZA 2013, 338) oder über Stichtagsregelungen Entgelt zu entziehen (zur Auslegung von Bezugnahme Klauseln BAG 12.4.2011, 1 AZR 412/09, BB 2011, 2811).

3. Arbeitsvertrag

- 11** Seit Inkrafttreten der Schuldrechtsreform¹⁹ ist zu prüfen, ob Arbeitsverträge allgemeine Geschäftsbedingungen i.S.d. §§ 307 ff. BGB enthalten. Das ist nur zu verneinen, wenn es sich um eine ausgehandelte Individualabrede handelt. Das kommt im Arbeitsrecht eher selten vor, da Arbeitgeber fast immer vorgedruckte Arbeitsverträge verwenden, in die nur noch persönliche Daten eingesetzt werden.²⁰ Damit sind Arbeitsverträge regelmäßig der AGB-Kontrolle unterworfen.²¹
- 12** Aus dem AGB-Recht ergibt sich ein objektiver Auslegungsmaßstab, das heißt, es ist zu überprüfen, wie ein durchschnittlicher Arbeitnehmer die Regelung verstehen würde.²² Auszulegen ist der Vertragswortlaut, die Auslegung ist nicht am Willen der jeweiligen Vertragspartner zu orientieren.²³ Ergibt die objektive Auslegung des Vertragswortlauts, dass dieser unklar ist, weil mehrere Deutungen möglich sind, ist er an der Unklarheitenregel zu messen (§ 305c Abs. 2 BGB), mit der Folge, dass die für den Arbeitnehmer günstigere Auslegung anzuwenden ist.²⁴ Das gilt aber nur, wenn mindestens zwei Ergebnisse als vertretbar anzusehen sind, von denen keines den klaren Vorzug verdient. Widersprechen sich die Klauseln inhaltlich, ist § 305c Abs. 2 BGB unanwendbar und das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB greift.

4. Gesamtzusage

- 13** Anspruchsgrundlage kann auch eine Erklärung des Arbeitgebers gegenüber seinen Arbeitnehmern sein, dass er eine Leistung gewährt, wenn diese von ihm festgelegte Voraussetzungen erfüllen. Dies wird als Gesamtzusage bezeichnet. Der Arbeitnehmer erwirbt einen einzelvertraglichen Anspruch auf diese Leistung,

19 Das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts ist (auch) für Dauerschuldverhältnisse am 1.1.2002, für Verträge, die vor diesem Datum geschlossen wurden, am 1.1.2003 in Kraft getreten, Art. 229 § 5 EGBGB.

20 Die weitere Voraussetzung, dass es sich um mehrmals verwendete Verträge handeln muss, ist nach der Rechtsprechung entbehrlich, da Arbeitnehmer als Verbraucher anzusehen sind, sodass § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB anzuwenden ist, mit der Folge, dass es genügt, wenn ein vorformulierter Arbeitsvertrag einmal verwendet wird, vgl. nur BAG 25.5.2005, 5 AZR 572/04, BB 2005, 2131, Rn. 38 ff. Die weiteren Voraussetzungen von § 305 Abs. 2 und 3 BGB sind wegen § 310 Abs. 4 Satz 2 BGB ebenfalls für Arbeitsverträge nicht zu beachten.

21 So auch *ErfK-Preis*, §§ 305–310 BGB Rn.23; *Wank*, NZA-Beil. 2012, 41; *Lembke*, NJW 2010, 257, 257.

22 BAG 10.12.2008, 10 AZR 1/08, NZA-RR 2009, 576.

23 BAG 14.9.2011, 10 AZR 526/10, NZA 2012, 81; BAG 10.7.2013, 10 AZR 898/11, Rn. 17, AP Nr. 16 zu § 305c BGB.

24 BAG 19.3.2008, 5 AZR 429/07, NZA 2008, 757; BAG 20.1.2010, 10 AZR 914/08, NZA 2010, 445; BAG 17.4.2013, 10 AZR 281/12, NZA 2013, 787.

wenn er die vom Arbeitgeber genannten Anspruchsvoraussetzungen erfüllt, ohne dass es einer gesonderten Erklärung bedarf. Anspruchsvoraussetzungen können z. B. eine bestimmte Dauer der Betriebszugehörigkeit und der ungekündigte Bestand des Arbeitsverhältnisses zum Auszahlungszeitpunkt sein. Gesamtzusagen werden als Vertragsangebot i. S. d. § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB angesehen und unterliegen damit auch den für Allgemeine Geschäftsbedingungen geltenden Regeln.²⁵

5. Betriebliche Übung

Gewährt der Arbeitgeber zusätzlich zu dem vereinbarten monatlichen Gehalt eine Leistung, ohne hierzu durch Gesetz, Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung oder Arbeitsvertrag verpflichtet zu sein, ist zunächst durch Auslegung (§§ 133, 157 BGB) zu ermitteln, ob er sich nur zu der konkreten Leistung oder darüber hinaus auch für die Zukunft verpflichtet hat. Hat der Arbeitgeber mehrmals an alle (vergleichbaren) Arbeitnehmer geleistet und nicht erkennbar nach außen zum Ausdruck gebracht, dass er sich hieran nicht binden will, kann hierin ein Anspruch aus betrieblicher Übung liegen. Es kommt nicht darauf an, ob der Arbeitgeber sich verpflichten will, sondern ob die Arbeitnehmer aus der regelmäßigen Wiederholung schließen können, dass diese Leistungen auf Dauer gewährt werden. Diese werden von den Arbeitnehmern stillschweigend angenommen (§ 151 BGB) und daraus erwachsen dann vertragliche Ansprüche auf die üblich gewordenen Vergünstigungen.²⁶

Diese (kritisierte²⁷) Konstruktion der Rechtsprechung wurde für jährlich gezahlte Sonderzuwendungen dahingehend weiterentwickelt, dass eine betriebliche Übung entsteht, wenn über mindestens 3 Jahre eine Zahlung in gleicher Höhe geleistet wurde.²⁸ Nach neuerer Rechtsprechung kann die Zahlung auch in unterschiedlicher Höhe erfolgen.²⁹ Für seltener gezahlte Leistungen, wie Jubiläumsgelder, stellt das Bundesarbeitsgericht darauf ab, wie häufig die Leistungen erbracht worden sind und setzt dies in Relation zur Mitarbeiterzahl. Auch die Höhe der Leistungen spielt eine Rolle. Bei einer Zahlung von 250 € zum 10-jährigen Betriebsjubiläum über einen Zeitraum von 10 Jahren an alle betroffenen Mitarbeiter, von denen in diesem Zeitraum 10 Prozent der Mitarbeiter profitierten, sah es eine betriebliche Übung als entstanden an.³⁰

25 Ständige Rechtsprechung, vgl. nur BAG 13.11.2013, 10 AZR 848/12, BB 2014, 1020.

26 BAG 28.2.1996, 10 AZR 516/95, BB 1996, 1387.

27 Vgl. nur *Preis/Sagan*, NZA 2012, 697, 703, und *Schneider*, NZA 2016, 590 ff.

28 BAG 28.2.1996, 10 AZR 516/95, BB 1996, 1387.

29 BAG 13.5.2015, 10 AZR 266/14, NZA 2015, 992, Rn. 19 unter ausdrücklicher Aufgabe der bisherigen Rechtsprechung für die betriebliche Übung.

30 BAG 28.5.2008, 10 AZR 274/07, BB 2008, 1847, Rn. 18.

- 16 Das Entstehen einer betrieblichen Übung kann nicht durch eine (qualifizierte) Schriftformklausel verhindert werden. Da gemäß § 305b BGB individuelle Vertragsabreden Vorrang vor Allgemeinen Geschäftsbedingungen haben, ist eine solche Klausel irreführend und benachteiligt den Vertragspartner deshalb unangemessen i. S. v. § 307 Abs. 1 BGB.³¹ Eine Schriftformklausel, die nur auf die Verhinderung des Entstehens einer betrieblichen Übung gerichtet ist, ist jedoch nach der Rechtsprechung zulässig.³²

6. Schlüssiges Verhalten gegenüber einem Arbeitnehmer

- 17 Das Bundesarbeitsgericht erkennt nunmehr auch einen Anspruch auf Zahlung einer Sonderzuwendung an, wenn sich die dreimalige Gewährung einer Zahlung nur auf einen Arbeitnehmer bezieht. Anspruchsgrundlage ist die individuelle konkludente Abrede. Einen solchen Anspruch hat das Bundesarbeitsgericht – soweit ersichtlich – erstmals im Zusammenhang mit einer jährlichen Bonuszahlung bejaht, die mehrmals in unterschiedlicher Höhe ausgezahlt wurde. Der Arbeitgeber hatte jeweils mitgeteilt, dass die Arbeitnehmerin einen Jahresbonus in bestimmter Höhe erhalten werde, den die Arbeitnehmerin angenommen hat.³³ In einer weiteren Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts wurde ein Anspruch eines einzelnen Arbeitnehmers bejaht, nachdem der Arbeitgeber diesem jährlich drei Jahre lang eine „Sonderzahlung“ (zusätzlich zu einer jährlichen Weihnachtsgeldzahlung) in unterschiedlicher Höhe gewährt hatte.³⁴

7. Arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz

- 18 Auch aus dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz kann ein Anspruch auf Zahlung einer Sonderzuwendung beruhen (s. Kap. 11).

IV. Freiwilligkeitsvorbehalt

- 19 Nach der neueren Rechtsprechung sind Freiwilligkeitsvorbehalte in arbeitsvertraglichen Regelungen bei Sonderzuwendungen nur zulässig,
- wenn mit der Zahlung nur die Betriebstreue (oder andere vergleichbare Zwecke) honoriert werden soll (Rn. 20 ff.),
 - sich die Höhe der Zahlung im üblichen Rahmen reiner Treue- und Weihnachtsgratifikationen bewegt (Rn. 27) und
 - der Freiwilligkeitsvorbehalt der Inhaltskontrolle standhält (Rn. 34 ff.).

31 BAG 20.5.2008, 9 AZR 382/07 BB 2008, 2242, Rn. 39.

32 BAG 20.5.2008, 9 AZR 382/07, BB 2008, 2242, Rn. 34; a. A.: DBD-Däubler, § 305b BGB Rn. 14 m. w. N.

33 BAG 21.4.2010, 10 AZR 163/09, NZA 2010, 808.

34 BAG 13.5.2015, 10 AZR 266/14, NZA 2015, 992.

1. Zweck der Sonderzuwendung*a) Entwicklung der Rechtsprechung*

Vor der Schuldrechtsreform nahm die Rechtsprechung folgende Dreiteilung vor: **20**

- Zahlungen, die nur geleistete Dienste entlohnen sollen – sogenannte „**Sonderzuwendung mit reinem Entgeltcharakter**“ oder auch „Arbeitsentgelt im engeren Sinne“
- Zahlungen, mit denen nur die **Betriebstreue (reine Gratifikationen)** entlohnt werden soll und
- Zahlungen, mit denen sowohl Leistung als auch Treue belohnt werden soll, sogenannte „**Sonderzuwendung mit Mischcharakter**“ oder „Arbeitsentgelt im weiteren Sinne“.³⁵

Hieran hielt der 10. Senat auch nach Inkrafttreten der Schuldrechtsreform zunächst fest.³⁶ 2008 rückte er dann von dieser Unterscheidung ab und formulierte ausdrücklich, dass es auf den Zweck der Sonderzahlung nicht ankomme.³⁷ In einer weiteren Entscheidung aus dem Jahr 2009 setzte er diesen Weg fort, mit der Begründung, dass der Arbeitgeber „... in aller Regel jede Sondervergütung im Hinblick auf das Arbeitsverhältnis und die Verpflichtung des Arbeitnehmers zur Leistung der versprochenen Dienste“ erbringe.³⁸ Seit den Entscheidungen vom 18.1.2012 hat der 10. Senat die oben dargestellte Dreiteilung wieder eingeführt.³⁹ Der 9. Senat hat sich dieser Rechtsprechung angeschlossen.⁴⁰ **21**

b) Rechtsprechung seit dem 18.1.2012

Seitdem gilt, dass **nur Sonderzuwendungen**, deren **ausschließlicher Zweck** die Belohnung der **Betriebstreue** ist (oder andere vergleichbare Zwecke, die keine Vergütung der Arbeitsleistung darstellen, wie erhöhte Aufwendungen an Weihnachten oder im Urlaub), einem Freiwilligkeitsvorbehalt unterworfen werden können, da diese nicht im Synallagma zur erbrachten Arbeitsleistung stehen und deshalb grundsätzlich an den Eintritt weiterer Bedingungen geknüpft werden können.⁴¹ **22**

Freiwilligkeitsvorbehalte für **Sonderzuwendungen mit reinem Entgeltcharakter** stehen im Widerspruch zum Grundgedanken des § 611 Abs. 1 BGB, in- **23**

35 BAG 16.3.1994, 10 AZR 669/92, BB 1994, 1636, Rn. 20.

36 BAG 21.5.2003, 10 AZR 408/02, BAGE 106, 159, Rn. 23 ff.

37 BAG 30.7.2008, 10 AZR 606/07, BB 2008, 2465, Rn. 34.

38 BAG 1.4.2009, 10 AZR 393/08, AP Nr. 84 zu § 242 BGB Betriebliche Übung, Rn. 19.

39 BAG 18.1.2012, 10 AZR 612/10, BB 2012, 2250; BAG 18.1.2012, 10 AZR 667/10, NZA 2012, 620; BAG 13.5.2015, 10 AZR 266/14, NZA 2015, 992.

40 BAG 22.7.2014, 9 AZR 981/12, NZA 2014, 1136, Rn. 19.

41 BAG 18.1.2012, 10 AZR 612/10, BB 2012, 2250, Rn. 28.

dem sie dem Arbeitnehmer bereits erarbeiteten Lohn entziehen. Sie verkürzen außerdem in nicht zu rechtfertigender Weise die nach Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsfreiheit des Arbeitnehmers, weil sie die Ausübung seines Kündigungsrechts unzulässig erschweren. Ein berechtigtes Interesse des Arbeitgebers, dem Arbeitnehmer Lohn für geleistete Arbeit gegebenenfalls vorenthalten zu können, sei nicht ersichtlich.⁴² Sonderzuwendungen, die zumindest **auch** die Betriebstreue honorieren (**Sonderzuwendung mit Mischcharakter**), werden wie Sonderzuwendungen mit reinem Entgeltcharakter behandelt, da auch damit bereits erarbeitete Leistungen entzogen werden.⁴³

c) Ermittlung des Zwecks durch Auslegung

- 24** Welchen Zweck die Sonderzuwendung hat, ist durch Auslegung der vertraglichen Bestimmungen zu ermitteln. Hierbei kommt es nach der Rechtsprechung nicht darauf an, welchen Begriff der Arbeitgeber der Sonderzuwendung gibt.⁴⁴ Entscheidend ist allein der Inhalt der vertraglichen Regelung. Der Zweck einer Sonderzahlung soll sich danach „aus den tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen, von deren Vorliegen und Erfüllung die Leistung abhängig gemacht wird“, ergeben.⁴⁵ Das Bundesarbeitsgericht geht vom Entgeltcharakter aus, wenn keine weiteren Anspruchsvoraussetzungen vereinbart sind oder wenn die Sonderzahlung an das Erreichen quantitativer oder qualitativer Ziele geknüpft ist. „Will der Arbeitgeber andere Zwecke verfolgen, so muss sich dies deutlich aus der zugrundeliegenden Vereinbarung ergeben.“⁴⁶ Es ist also genau auf die Formulierung der Bestimmung zu achten. Jede Regelung, die an die Quantität oder Qualität der persönlichen Arbeit anknüpft, kann als Indiz für den Vergütungscharakter angesehen werden. Das kann zum Beispiel die Berücksichtigung der Arbeitsunfähigkeitszeiten oder von unfallfreiem Fahren beinhalten.⁴⁷
- 25** Beim **Weihnachtsgeld** sieht das Bundesarbeitsgericht einen (arbeitsleistungsunabhängigen) Zweck darin, dass die üblicherweise erhöhten Ausgaben in der Weihnachtszeit ermöglicht werden sollen. Der Begriff „Weihnachtsgeld“ kann sowohl als Fälligkeitsbestimmung für die Zahlung gesehen werden als auch als Anspruchsvoraussetzung, dass das Arbeitsverhältnis zu Weihnachten noch besteht. Voraussetzungen, die für einen leistungsunabhängigen Zweck sprechen können, sind die Vereinbarung einer Wartezeit, des (ungekündigten) Bestands zum Auszahlungszeitpunkt (Stichtagsregelung) oder einer Rückzahlungsklau-

42 BAG 18.1.2012, 10 AZR 612/10, BB 2012, 2250, Rn. 22; BAG 13.11.2013, 10 AZR 848/12, BB 2014, 1020, Rn. 23.

43 BAG 18.1.2012, 10 AZR 612/10, BB 2012, 2250, Rn. 28.

44 BAG 11.4.2009, 9 AZR 225/99, BB 2001, 152, Rn. 41 ff.

45 BAG 22.10.2003, 10 AZR 152/03, BB 2004, 494, Rn. 33.

46 BAG 18.1.2012, 10 AZR 667/10, NZA 2012, 620, Rn. 15.

47 Darauf weist *Reinecke*, BB 2013, 437, 439, hin.

sel.⁴⁸ Auch die systematische Stellung der Klausel im Vertrag im Anschluss an die sonstige Vergütung kann für den Entgeltcharakter sprechen.⁴⁹ Die anteilige Zahlung im Eintrittsjahr kann ebenso auf den Entgeltcharakter hindeuten. Es kann damit aber auch bezweckt werden, dass sich die Höhe des Beitrags zum Weihnachtsfest im Eintrittsjahr an der Dauer des Arbeitsverhältnisses orientiert. Wird neben der anteiligen Zahlung geregelt, dass der ungekündigte Bestand zum Auszahlungstag Voraussetzung für die Gewährung der Sonderzuwendung ist, ist vom Gratifikationscharakter auszugehen.⁵⁰ Hieran zeigt sich deutlich, dass immer alle Umstände miteinzubeziehen sind und eine Gesamtbewertung erfolgt, die dazu führen kann, dass einzelne Tatsachen unterschiedlich gewertet werden. Dazu folgendes Beispiel: Dankt der Arbeitgeber für den „persönlichen Einsatz“ bei Zahlung und gewährt er diese bei unbezahlten Arbeitsbefreiungen nur zeitanteilig, spricht dies für den Gegenleistungscharakter. Soll daneben ausdrücklich die Betriebstreue belohnt werden und die Zahlung von einem Bestand ab 1.1. des Jahres und einer ungekündigten Stellung abhängen sein, ist dies unbeachtlich.⁵¹

Wenn das Entstehen des **Urlaubsgeldanspruchs** an das Entstehen des Anspruchs auf bezahlten Erholungsurlaub geknüpft wird und das Urlaubsgeld pro genommenen Urlaubstag gezahlt wird, legt das nahe, dass „das Urlaubsgeld dem Erholungszweck des Urlaubs und nicht der Vergütung einer Arbeitsleistung dienen soll“.⁵² Anhaltspunkte für den Zweck ergeben sich nicht schon aus der Festlegung einer sechsmonatigen Wartefrist.⁵³ Gegen eine Akzessorietät von Urlaubsgeld und Urlaubsnahme sprechen aber eine feststehende Bemessungshöhe, eine fehlende Verbindung zum erzielten Urlaubsentgelt und die Festlegung von unterschiedlichen Fälligkeiten für beide Leistungen.⁵⁴ Wenn dann keine weiteren Voraussetzungen wie Bestand oder Rückzahlung vereinbart sind, ist vom Entgeltcharakter der Regelung auszugehen.

2. Entgeltcharakter bei Überschreitung des „üblichen Rahmens“

Darüber hinaus sieht das Bundesarbeitsgericht auch eine Sonderzuwendung, die „einen **wesentlichen Anteil der Gesamtvergütung**“ des Arbeitnehmers ausmacht, als zusätzliche Vergütung für geleistete Arbeit an. Gratifikationscharakter könnten nur die Sonderzuwendungen haben, die sich im „üblichen Rahmen reiner

48 BAG 21.5.2003, 10 AZR 408/02, EzA § 611 BGB 2002 Gratifikation, Prämie Nr. 8.

49 BAG 21.5.2003, 10 AZR 408/02, EzA § 611 BGB 2002 Gratifikation, Prämie Nr. 8.

50 BAG 18.1.2012, 10 AZR 667/10, NZA 2012, 620, Rn. 18.

51 BAG 13.11.2013, 10 AZR 848/12, BB 2014, 1020, Rn. 20.

52 Vgl. nur BAG 22.7.2014, 9 AZR 981/12, NZA 2014, 1136.

53 BAG 12.10.2010, 9 AZR 522/09, NZA 2011, 695, Rn. 24.

54 BAG 12.10.2010, 9 AZR 522/09, NZA 2011, 695, Rn. 24.

Treue- und Weihnachtsgratifikationen“ bewegen.⁵⁵ Das Bundesarbeitsgericht beurteilt den Zweck der Zahlung damit auch aufgrund der Höhe der Zahlung. Ist der „übliche Rahmen“ überschritten, wird damit quasi unterstellt, dass eine Sonderzuwendung mit Mischcharakter vorliegt, mit der Folge, dass sie Entgeltcharakter hat und keinem Freiwilligkeitsvorbehalt unterstellt werden kann. Wann ein wesentlicher Anteil erreicht oder der übliche Rahmen überschritten ist, ist von der Rechtsprechung bislang noch nicht genau fixiert.⁵⁶ In der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts wurde die Grenze nicht überschritten, die Zahlung lag 200 € unter dem durchschnittlichen Bruttomonatsgehalt der Klägerin.^{57,58}

a) Angleichung von Widerrufsvorbehalt und Freiwilligkeitsvorbehalt?

- 28 Diskutiert wurde schon vor dieser Entscheidung, dass die Freiwilligkeitsvorbehalte entsprechend den Widerrufsvorbehalten einer Grenze unterworfen werden sollten.⁵⁹ Ein Widerrufsvorbehalt ist nach ständiger Rechtsprechung (schon vor Inkrafttreten der Schuldrechtsreform) nur zulässig, soweit der im Gegenseitigkeitsverhältnis stehende widerrufliche Teil des Gesamtverdienstes unter 25% liegt und der Tariflohn nicht unterschritten wird. Anderenfalls liegt ein **Eingriff in den Kernbereich des Arbeitsvertrags** vor, der nach der Wertung des § 307 Abs. 2 BGB nicht zulässig sei. Der Arbeitgeber dürfe das Wirtschaftsrisiko nicht auf den Arbeitnehmer verlagern. Als Maßstab diene der Vertragsinhaltsschutz gem. § 2 KSchG.⁶⁰
- 29 Fraglich ist also, ob unter „wesentlichem Anteil der Gesamtvergütung“ und „Eingriff in den Kern des Arbeitsvertrags“ das Gleiche verstanden werden kann. Dagegen spricht die Wortwahl des Bundesarbeitsgerichts, aber auch die unterschiedliche Folge der Einordnungen. Während aus der Vereinbarung eines Freiwilligkeitsvorbehalts die Möglichkeit folgt, die Zahlung ohne Begründung einzustellen, ist Folge eines Widerrufsvorbehalts, dass in begründeten Fällen widerrufen werden kann und die Ausübung des Widerrufs kontrollierbar ist.⁶¹
- 29a Hätte der Senat die gleiche Grenze einführen wollen, hätte es nahegelegen, sich auf die Rechtsprechung zu den Widerrufsvorbehalten zu stützen und diese auf Freiwilligkeitsvorbehalte zu übertragen. Da der 5. Senat für laufendes Entgelt

55 BAG 18.1.2012, 10 AZR 667/10, NZA 2012, 620, Rn. 15.

56 So auch Reinecke, BB 2013, 437, 439, anders Günther/Biedrzyńska, ArbRAktuell 2014, 66, die von der 25%-Grenze ausgehen (vom BAG angedeutet in der Entscheidung vom 24.10.2007, 10 AZR 825/06, BB 2008, 166, Rn. 28).

57 BAG 18.1.2012, 10 AZR 667/10, NZA 2012, 620.

58 Die Höhe der Zahlung ist nur aus der Entscheidung der Vorinstanz ersichtlich (LAG Hamm 16.9.2010, 15 Sa 812/10, LAGE § 611 BGB 2002 Gratifikation Nr. 18).

59 Bayreuther, BB 2009, 102, 103; Heiden, RdA 2012, 225, 235.

60 BAG 11.10.2006, 5 AZR 721/05, BB 2007, 109 m. w. N.

61 Näher hierzu unter Rn. 50 ff.

bereits Freiwilligkeitsvorbehalte in Widerrufsvorbehalte umgedeutet hat, hätte dies nunmehr auch für Sonderzuwendungen durchgeführt werden können.⁶² Dazu war der Weg auch schon bereitet, da der 10. Senat schon 2007 angedeutet hatte, dass die 25 %-Grenze möglicherweise bei Freiwilligkeitsvorbehalten relevant sein könnte.⁶³

b) Engere Grenze für Freiwilligkeitsvorbehalte⁶⁴

In seiner Entscheidung von 2015 hat der Senat nun angedeutet, was er unter einem „wesentlichen Anteil der Gesamtvergütung“ im Zusammenhang mit Sonderzuwendungen versteht. Dort betraf die streitige Zahlung rund 15 % der Gesamtvergütung und wurde mit einer weiteren Sonderzahlung in Höhe von einem Bruttomonatsgehalt zusammengerechnet. In der Summe der beiden Zahlungen sah das Bundesarbeitsgericht die Grenze als überschritten an, mit der Folge, dass die Zahlungen als Gegenleistung für die erbrachte Arbeitsleistung angesehen wurden.⁶⁵ Er zieht also eine engere Grenze als bei Widerrufsvorbehalten, wenn man davon ausgeht, dass die zweite Zahlung ca. 5,1 % ausmacht, sodass insgesamt ca. 20 % betroffen waren.⁶⁶ 15 % scheinen also noch nicht auszureichen, 20 % sind aber bereits zu viel.

c) Schlussfolgerungen

Folge hiervon ist, dass auch Sonderzuwendungen mit Gratifikationscharakter nach den genannten Entscheidungen nicht wirksam unter einen Freiwilligkeitsvorbehalt gestellt werden können, wenn sie den – bislang nicht konkret festgelegten – Rahmen sprengen. Die Eingrenzung des zulässigen Spielraums ist aufgrund der wenigen Einzelfälle schwierig. Setzt man bei der Bezeichnung „üblicher Rahmen“ an, wäre dieser in der Praxis derzeit wohl bei einem halben bis zwei Bruttomonatsgehältern anzusetzen – das wären dann maximal 16,66 % der Gesamtvergütung. Meine Empfehlung wäre daher, um das Risiko einer unzulässigen Regelung zu vermeiden, maximal zwei Bruttomonatsgehälter als Treuebonus unter Freiwilligkeitsvorbehalt zu stellen.

62 Vgl. nur BAG 25.4.2007, 5 AZR 627/06, BB 2007, 1900, Rn. 23.

63 BAG 24.10.2007, 10 AZR 825/06, BB 2008, 166, Rn. 28.

64 So auch *Reinecke*, BB 2013, 437, 439.

65 BAG 13.5.2015, 10 AZR 266/14, NZA 2015, 992, Rn. 25. (Die Berechnung der 15 % ist nach den angegebenen Zahlen nicht nachvollziehbar; es müssten 18,25 % sein, allerdings mögen noch andere Zahlungen mit einberechnet worden sein, die sich aus dem Sachverhalt nicht ergeben und die Gesamtvergütung erhöht haben).

66 Nach den Angaben im Sachverhalt betrug die Sonderzuwendung 12.500 € und das Weihnachtsgeld 5.300 € für 2009. Ich bin bei der Berechnung von den 15 % ausgegangen und habe damit die Gesamtvergütung hochgerechnet und daraus den Prozentsatz des Bruttomonatslohns.

3. Pauschaler Vorbehalt

- 32 Der 10. Senat des Bundesarbeitsgerichts hatte folgende Regelung zu prüfen:
- 33 „Sonstige, in diesem Vertrag nicht vereinbarte Leistungen des Arbeitgebers an den Arbeitnehmer sind freiwillig und jederzeit widerruflich. Auch wenn der Arbeitgeber sie mehrmals und regelmäßig erbringen sollte, erwirbt der Arbeitnehmer dadurch keinen Rechtsanspruch für die Zukunft.“⁶⁷
- 34 Das Bundesarbeitsgericht hielt diese Regelung für unzulässig, weil der Freiwilligkeitsvorbehalt **alle zukünftigen Leistungen** unabhängig von ihrer Art und ihrem Entstehungsgrund erfassen sollte. Außerdem nahm es einen Verstoß gegen den in § 305b BGB bestimmten Vorrang der Individualabrede und den allgemeinen Rechtsgrundsatz, dass vertragliche Regelungen einzuhalten sind, an.⁶⁸ Denn es würden mit dieser Formulierung alle nachträglich ausdrücklich oder konkludent geschlossenen Vereinbarungen für unwirksam erklärt.⁶⁹
- 35 Ein pauschaler Vorbehalt ist damit, weil er unweigerlich auch Leistungen mitumfasst, die dem Synallagma unterliegen, nicht zulässig.⁷⁰ Formulierungsbeispiele erübrigen sich daher.

4. Konkreter Vorbehalt

a) Verstoß gegen das Transparenzgebot

- 36 Das Bundesarbeitsgericht hat in einer Reihe von Entscheidungen Freiwilligkeitsvorbehalte für unzulässig erklärt, weil sie nicht klar und verständlich waren (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB – Transparenzgebot).⁷¹ Exemplarisch hierzu folgende Entscheidung:
- 37 Im Arbeitsvertrag war geregelt:
- „Freiwillige soziale Leistungen richten sich nach dem betriebsüblichen Rahmen. Zurzeit werden gewährt:
- Urlaubsgeld in Höhe von 18,40 € pro Urlaubstag.
- Weihnachtsgeld in Höhe von ...

67 BAG 14.9.2011, 10 AZR 526/10, NZA 2012, 81.

68 BAG 14.9.2011, 10 AZR 526/10, NZA 2012, 81, Rn. 32.

69 Noch 2009 hatte das BAG das Gegenteil vertreten: BAG 21.1.2009, 10 AZR 219/08, NZA 2009, 907.

70 So auch *ErfK-Preis*, §§ 305–310 BGB Rn. 71; *MASIG-Maaß*, 360 Rn. 3; *Lakies*, *ArbRAktuell* 2013, 251, 252.

71 BAG 14.9.2011, 10 AZR 526/10, NZA 2012, 81; BAG 13.11.2013, 10 AZR 848/12, BB 2014, 1020; BAG 10.12.2008, 10 AZR 1/08, NZA-RR 2009, 576.

Die Zahlung der betrieblichen Sondervergütungen (Weihnachtsgratifikation, Urlaubsgeld, vermögenswirksame Leistungen) erfolgt in jedem Einzelfall freiwillig und ohne Begründung eines Rechtsanspruchs für die Zukunft.⁷²

Das Bundesarbeitsgericht stellte fest, dass die Formulierung des ersten Satzes nur so verstanden werden kann, dass damit bereits ein Anspruch auf die Zahlungen entsteht, dies ergebe sich aus dem Wort „gewährt“ und auch daraus, dass die Höhe der Leistung präzise festgelegt werde. Da helfe es nichts mehr, dass das Weihnachtsgeld als „freiwillige soziale Leistung“ bezeichnet werde. Denn die Bezeichnung als freiwillig könne auch zum Ausdruck bringen, dass der Arbeitgeber nicht durch Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung oder Gesetz zu dieser Leistung verpflichtet sei. Da der letzte Satz, der für sich zwar eindeutig sei und einen Rechtsanspruch auf eine Weihnachtsgratifikation ausschließe, im Widerspruch zu dem oben gewährten Anspruch auf ein Weihnachtsgeld stehe, sei er nicht klar und verständlich gem. § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB.⁷³

b) Wirkungskdauer von Freiwilligkeitsvorbehalten

Das Bundesarbeitsgericht hat „Bedenken“ geäußert, ob (zulässige) Freiwilligkeitsvorbehalte in langjährigen Arbeitsverhältnissen auf Dauer wirksam sein können. Im entschiedenen Fall war der Kläger mehr als 20 Jahre beschäftigt, das Bundesarbeitsgericht hielt die Zulässigkeit des Freiwilligkeitsvorbehalts für „zweifelhaft“, wenn nicht regelmäßig auf den vertraglichen Vorbehalt hingewiesen wird.⁷⁴ Auch dies sollten Arbeitgeber berücksichtigen und auf den vertraglichen Vorbehalt jeweils bei der Auszahlung – zum Beispiel auf der Lohnabrechnung oder am Schwarzen Brett – hinweisen.

c) Formulierungsvorschlag

„Sofern der Arbeitgeber Weihnachtsgeld zahlt, sollen damit nur die üblicherweise erhöhten Aufwendungen des Arbeitnehmers in der Weihnachtszeit ermöglicht werden. Die Zahlungen erfolgen mit der Maßgabe, dass auch bei wiederholter Zahlung kein Anspruch des Arbeitnehmers auf weitere Weihnachtsgeldzahlungen in der Zukunft entsteht. Das gilt nicht für mit dem Arbeitnehmer ausdrücklich individuell vereinbarte Zahlungen. Das Weihnachtsgeld wird mit dem Novembergehalt ausbezahlt und setzt voraus, dass der Arbeitnehmer zu diesem Zeitpunkt in einem ungekündigten Arbeitsverhältnis mit dem Arbeitgeber steht. Es beträgt maximal zwei Bruttomonatsgehälter oder 15 % der Gesamtvergütung.“

72 BAG 20.2.2013, 10 AZR 177/12, AP Nr. 299 zu § 611 BGB Gratifikation.

73 Zur Kritik an dieser „haarspalterischen“ Kontrolle *Bauer/Heimann*, NZA-Beil. 2014, 114, 115; *Leder*, RdA 2010, 93, 94; *Lembke*, NJW 2010, 257, 262.

74 BAG 14.9.2011, 10 AZR 526/10, NZA 2012, 81, Rn. 31.

- 40** Vergleichbare Regelungen sind auch denkbar für die Zahlung von Urlaubsgeld, Jubiläumsgeld und ein 13. Monatsgehalt oder eine Jahressonderzahlung. Zusätzlich kann auch ein Stichtag oder eine Rückzahlungsregelung vereinbart werden (s. Rn. 66 ff.).

5. Freiwilligkeitserklärung bei Auszahlung⁷⁵

a) Konkreter Hinweis bei Zahlung

- 41** Der Arbeitgeber kann bei der Auszahlung einer Zuwendung – soweit sie nicht vertraglich zugesagt ist – darauf hinweisen, dass die Leistung einmalig sein soll und keine Ansprüche für die Zukunft begründet.⁷⁶ In der Praxis kann dies entweder durch ein Schreiben an die Arbeitnehmer (begleitend zur Abrechnung) oder auch durch einen entsprechenden Aufdruck auf der Gehaltsabrechnung erfolgen. Der Vorteil ist, dass dieser eindeutigen Erklärung keine andere Bedeutung zugemessen werden kann, das Entstehen einer betrieblichen Übung damit also verhindert werden kann. Nachteilig ist, dass der oft beabsichtigte Zweck der Treuegeldzahlung, einen Mitarbeiter jedenfalls bis zu einem bestimmten Stichtag zu „halten“, damit nicht erreichbar ist. Insofern empfiehlt sich eine Kombination eines Freiwilligkeitsvorbehalts mit der Erklärung bei der Auszahlung. Damit ist zugleich die Problematik der Wirkungskdauer von Freiwilligkeitsvorbehalten gelöst.⁷⁷

b) Formulierungsvorschlag

- 42** „Mit der Novemberabrechnung erhalten Sie (als Dank für Ihre Treue zum Unternehmen) ein Weihnachtsgeld in Höhe von ... Hierbei handelt es sich (wie im Arbeitsvertrag vereinbart) um eine freiwillige Leistung des Arbeitgebers. Der Arbeitgeber behält sich vor, jedes Jahr neu zu entscheiden, ob und in welcher Höhe er ein Weihnachtsgeld zahlen kann. Ein Rechtsanspruch auf die wiederholte oder dauerhafte Gewährung eines Weihnachtsgeldes entsteht hiermit nicht.“⁷⁸

V. Änderungsvorbehalte

- 43** Verspricht ein Arbeitgeber eine arbeitsvertragliche Leistung und behält er sich vor, diese einseitig zu ändern, liegt ein Änderungsvorbehalt vor. Ein solcher kann nach der Rechtsprechung auch bei der Inbezugnahme auf eine interne Re-

⁷⁵ Preis/Sagan, NZA 2012, 697, sprechen von Einmalzahlung mit Freiwilligkeitshinweis.

⁷⁶ BAG 14.9.2011, 10 AZR 526/10, NZA 2012, 81; BAG 18.3.2009, 10 AZR 289/08, BB 2009, 1366.

⁷⁷ So auch MASIG-Maaß, 360 Rn. 4a; Lunk/Leder, NJW 2015, 3766, 3767.

⁷⁸ Angelehnt an MASIG-Maaß, 360 Rn. 4a.

gelung – wie eine Arbeits- und Betriebsordnung – vorliegen. Ist diese vom Arbeitgeber einseitig änderbar und soll sie in ihrer „jeweiligen“ Form gelten, verfolgt sie das gleiche Ziel wie andere Änderungsvorbehalte.⁷⁹

1. Widerrufsvorbehalt

In vielen Arbeitsverträgen findet sich die Formulierung, dass die Zahlung einer Sonderzuwendung gewährt wird, unter dem Vorbehalt, dass diese „**jederzeit widerruflich**“ sein soll. Auch diese Formulierung hält der Inhaltskontrolle nicht Stand. **44**

a) Verstoß gegen § 308 Nr. 4 BGB

Die Vereinbarung eines Widerrufsvorbehalts stellt eine von Rechtsvorschriften abweichende Regelung gem. § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB dar, da nach dem Vertragsrecht eine bindende Zusage nicht einseitig aufgehoben werden kann („pacta sunt servanda“) und unterliegt damit der Inhaltskontrolle. **45**

Nach § 308 Nr. 4 BGB ist die Vereinbarung eines Änderungsvorbehalts unwirksam, wenn sie nicht unter Berücksichtigung der Interessen des Arbeitgebers für den Arbeitnehmer zumutbar ist. Zumutbar ist sie nur, soweit der widerrufliche Teil des Gesamtverdienstes unter 25 % liegt und der Tariflohn nicht unterschritten wird, und damit der „**Kernbereich des Arbeitsverhältnisses**“ unangetastet bleibt. Sind Zahlungen des Arbeitgebers widerruflich, die keine unmittelbare Gegenleistung für die Arbeitsleistung darstellen, sondern Ersatz für Aufwendungen, die an sich der Arbeitnehmer selbst tragen muss, erhöht sich der widerrufliche Teil der Arbeitsvergütung auf bis zu 30 % des Gesamtverdienstes.⁸⁰ Das können zum Beispiel die kostenlose Beförderung zum Betrieb sowie Fahrtkosten- und Mietzuschüsse sein. Das wird damit begründet, dass dem Arbeitnehmer hier zu seinem Vorteil eine Leistung zusätzlich zum üblichen Entgelt gewährt werde. Der Arbeitgeber sei dann bis zur Grenze der Willkür frei, die Voraussetzungen des Anspruchs festzulegen und dementsprechend auch den Widerruf zu erklären.⁸¹ **46**

Weitere Voraussetzung für die Wirksamkeit ist, dass ein **Grund für den Widerruf** angegeben wird. Der Grund muss sich aus der Regelung selbst ergeben, der Arbeitnehmer muss erkennen können, was ggf. „auf ihn zukommt“. ⁸² Kontrollmaßstab für die Interessen des Arbeitgebers und die Zumutbarkeit sind dabei **47**

⁷⁹ BAG 11.2.2009, 10 AZR 222/08, NZA 2009, 428, Rn. 23.

⁸⁰ BAG 7.12.2005, 5 AZR 535/04, AP TzBfG § 12 Nr. 4.

⁸¹ BAG 11.10.2006, 5 AZR 721/05, BB 2007, 109; BAG 8.12.2010, 10 AZR 671/09, NZA 2012, 81.

⁸² BAG 12.1.2005, 5 AZR 364/04, BB 2005, 833.

auch die Art und Höhe der Leistung, die widerrufen werden soll, die Höhe des verbleibenden Verdienstes und die Stellung des Arbeitnehmers im Unternehmen.⁸³

- 48 Wie **konkret** dieser **Widerrufsgrund** zu bezeichnen ist, wird von den Senaten des Bundesarbeitsgerichts unterschiedlich beantwortet. Der 5. Senat vertritt, dass zumindest die Richtung angegeben werden muss, aus der der Widerruf möglich sein soll (wirtschaftliche Gründe, Leistung oder Verhalten des Arbeitnehmers). Auch der Grad der Störung (wirtschaftliche Notlage des Unternehmens, negatives wirtschaftliches Ergebnis der Betriebsabteilung, nicht ausreichender Gewinn, Rückgang bzw. Nichterreichen der erwarteten wirtschaftlichen Entwicklung, unterdurchschnittliche Leistungen des Arbeitnehmers, schwerwiegende Pflichtverletzungen) soll konkretisiert werden.⁸⁴ Der 9. Senat lässt die Angabe eines „anzuerkennenden“ Sachgrunds genügen.⁸⁵ Der 10. Senat spricht unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des 5. Senats von einem „triftigen“ Grund.⁸⁶ Der 1. Senat schließt sich ebenfalls der Rechtsprechung des 5. Senats an und lässt die Angabe der Richtung, aus der der Widerruf möglich sein soll, genügen.^{87,88} In der Literatur wird darüber hinaus empfohlen, auch für den Fall einer nötigen Umgestaltung des Entgeltsystems einen Widerrufsvorbehalt zu formulieren, da dieser unter die bereits genannten sachlichen Gründe nicht fällt, die Notwendigkeit eines Widerrufs zur Vereinheitlichung eines Entgeltsystems aber unter Umständen notwendig wird.⁸⁹
- 49 Im Übrigen ist die Widerrufsklausel aus Gründen des **Transparenzgebots** nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB so präzise zu fassen, dass der Arbeitnehmer weiß, in welchen Fällen er mit der Ausübung des Widerrufs rechnen muss.^{90,91}

83 BAG 12.1.2005, 5 AZR 364/04, BB 2005, 833, Rn. 22.

84 BAG 11.10.2006, 5 AZR 721/05, BB 2007, 109; BAG 20.4.2011, 5 AZR 191/10, BB 2011, 2034.

85 BAG 19.12.2006, 9 AZR 294/06, BB 2007, 1624; BAG 13.4.2010, 9 AZR 113/09, NZA-RR 2010, 457.

86 BAG 11.2.2009, 10 AZR 222/08, NZA 2009, 428.

87 BAG 24.1.2017, 1 AZR 774/14, NZA 2017, 777, Rn. 19

88 *Stoffels*, NZA 2017, 1218 problematisiert, ob unter Berücksichtigung dieser Entscheidung die Formulierung „wirtschaftlicher Gründe“ noch genügt. M. E. ist die Entscheidung aber so zu verstehen, dass das BAG den Widerrufsvorbehalt nur deshalb für unwirksam hält, da er auch ohne das Vorliegen eines sachlichen Grundes ausgesprochen werden kann, da die Formulierung sehr weit gefasst war.

89 Hierzu *Stoffels*, NZA 2017, 1219 m. w. N.

90 BAG 19.12.2006, 9 AZR 294/06, BB 2007, 1624, Rn. 30.

91 Die Prüfung durch das BAG ist uneinheitlich, z. T. wird alles unter § 308 Nr. 4 BGB geprüft, auch die Transparenz (BAG 21.3.2012, 5 AZR 651/10, NZA 2012, 616, Rn. 16), z. T. separat (BAG 19.12.2006, 9 AZR 294/06, BB 2007, 1624, Rn. 30).

b) Ausübungskontrolle

Ist der Widerrufsvorbehalt zulässig, ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob der Widerruf im Einzelfall billigem Ermessen entspricht, denn die Erklärung des Widerrufs stellt eine Bestimmung der Leistung durch den Arbeitgeber nach § 315 Abs. 1 BGB dar. Geprüft wird das tatsächliche Vorliegen des Widerrufsgrunds, die Verhältnismäßigkeit der Ausübung (z. B. Einhaltung einer Ankündigungsfrist) und ob der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz eingehalten wurde (s. Kap. 11).⁹² Bei dieser Prüfung erfolgt im Ergebnis die Annäherung der Senate zur Ausgestaltung des Widerrufsgrunds. Werden die Gründe in der Vertragsregelung konkret benannt, orientiert sich die Ermessensprüfung hieran, sind sie eher vage, gerät die Ausübungskontrolle intensiver.⁹³

50*c) Formulierungsvorschlag*

„Der Arbeitnehmer erhält mit der Novemberabrechnung eine Sonderzuwendung in Höhe von ... EUR brutto. Der Arbeitgeber behält sich vor, diese Zahlung mit einer Frist von einem Monat zum Monatsende aus sachlichem Grund durch schriftliche Erklärung zu widerrufen.“

51

Ein sachlicher Grund liegt vor:

- aus betriebsbedingten Gründen, insbesondere bei einer wirtschaftlichen Notlage des Unternehmens (Rückgang der Umsatzentwicklung von mehr als ... %, Gewinnrückgang in Höhe von ... %), oder einer Massenentlassung i. S. d. § 17 KSchG,
- aus personenbedingten Gründen, insbesondere bei einer um mindestens ... % unterdurchschnittlichen Arbeitsleistung des Arbeitnehmers über einen Zeitraum von ... Monaten oder bei Arbeitsunfähigkeit in Höhe von 1/4 des jahresdurchschnittlichen Arbeitsentgelts gem. § 4a EfzG und
- aus verhaltensbedingten Gründen, insbesondere bei einer schwerwiegenden Pflichtverletzung des Arbeitnehmers, die vom Arbeitgeber schriftlich abgemahnt wurde.

Ein Widerruf wird darüber hinaus vorbehalten bei einer Umgestaltung des Entgeltsystems.

Der Widerruf wird in der Höhe begrenzt auf maximal 24,5 % der Gesamtvergütung.“⁹⁴

⁹² Vgl. nur BAG 21.3.2012, 5 AZR 651/10, NZA 2012, 616.

⁹³ So auch *Hromadka/Schmitt-Rolfes*, NJW 2007, 1777, 1801.

⁹⁴ Nach MASIG-Maaß, 600 Rn. 3 und *Stoffels*, NZA 2017, 1224.

2. Kombination von Freiwilligkeits- und Widerrufsvorbehalt

- 52** Eine vertragliche Formulierung wie „Die Zahlung eines Weihnachtsgelds ist freiwillig. Hierauf besteht kein Rechtsanspruch und sie kann jederzeit widerrufen werden“, findet sich (noch) in vielen Arbeitsverträgen. Diese Kombination von Freiwilligkeitsvorbehalt und Widerrufsvorbehalt ist nach der Rechtsprechung **immer unzulässig**. Es sei ein Widerspruch, einerseits einen Anspruch auszuschließen (Freiwilligkeitsvorbehalt) und andererseits einen Widerruf vorzubehalten, der das Bestehen eines Anspruchs voraussetzt (Widerrufsvorbehalt).⁹⁵
- 53** Der Arbeitgeber muss sich daher entscheiden, ob er einen Anspruch gewähren will und diesen unter einen Widerrufsvorbehalt stellt, oder erst gar keinen Anspruch gewähren will und einen Freiwilligkeitsvorbehalt formuliert. Beides zusammen kann für eine Leistung nicht vorbehalten werden.

3. Summierung von (Änderungs-)Vorbehalten

a) Fragestellung

- 54** Teilweise wird in der Literatur die Frage aufgeworfen, ob es nicht auch unzulässig sein muss, unterschiedliche Leistungen unter Vorbehalt zu stellen (seien es – mehrere – Freiwilligkeitsvorbehalte oder/und – mehrere – Widerrufsvorbehalte), wenn diese **in der Summe die 25 %-Grenze überschreiten**, also den Kern des Arbeitsverhältnisses betreffen.⁹⁶ Für **Freiwilligkeitsvorbehalte** hat das Bundesarbeitsgericht diese Frage in seiner Entscheidung vom 13.5.2015 konkludent **bejaht**, da es dort berücksichtigt hat, dass zwei unterschiedliche Sonderzuwendungen gezahlt wurden und erst die Summe der Zahlungen dazu führte, dass diese als wesentlicher Anteil an der Gesamtvergütung angesehen und damit die Grenze überschritten wurde.⁹⁷ Für **Widerrufsvorbehalte** gibt es als Anhaltspunkt nur die Formulierung, dass sich die Grenze „erhöht“, wenn Aufwendungen erstattet werden, die der Arbeitnehmer sonst selbst zu tragen hätte. Daraus kann der Schluss gezogen werden, dass die unterschiedlichen Grenzen für verschiedene Leistungen bedeuten, dass diese nicht summiert werden dürfen, da sie nicht im sachlichen Zusammenhang stehen, sodass je nach Zweck der Leistung die Grenze jeweils ausgeschöpft werden kann.⁹⁸ Denkbar wäre es auch, nach dem inhaltlichen Zusammenhang zu fragen und auf den jeweiligen Grund für den Widerruf abzustellen.⁹⁹

⁹⁵ BAG 30.7.2008, 10 AZR 606/07, BB 2008, 2465.

⁹⁶ Bayreuther, BB 2009, 102, 103; Annuß, BB 2006, 1333, 1338.

⁹⁷ BAG 13.5.2015, 10 AZR 266/14, NZA 2015, 992.

⁹⁸ So Willemsen/Grau, NZA 2005, 1137, 1139.

⁹⁹ So Annuß, BB 2006, 1333, 1338.

b) Stellungnahme

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, vor allem in Mietsachen, liegt ein Summierungseffekt vor, „wenn jeweils für sich unbedenkliche, aber inhaltlich zusammengehörige Klauseln in ihrer Gesamtwirkung zu einer unangemessenen Benachteiligung des Vertragspartners des Verwenders führen“. Da der gesamte Vertragsinhalt einschließlich seiner Individualteile zu würdigen sei, gelte das auch, wenn die zu prüfende Formulklausel mit einer Individualvereinbarung zusammentreffe.¹⁰⁰ Legt man diese Rechtsprechung für die **Widerrufsvorbehalte** zugrunde, dann ist zu fragen, welche Klauseln inhaltlich zusammengehören und so zu einer unangemessenen Benachteiligung führen können. M. E. gehören im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses **alle Regelungen, die widerruflich zusätzliche Leistungen zum Grundgehalt zusagen**, inhaltlich zusammen. Diese zugesagten Leistungen führen zu der Gesamtvergütung, mit der der Arbeitnehmer rechnet und die er seiner Lebensführung zugrunde legt. Insofern überzeugen mich die oben dargestellten Ansätze nicht, soweit der Kern des Arbeitsverhältnisses betroffen ist. Werden verschiedene Leistungen unter Widerrufsvorbehalt gestellt und überschreiten diese in der Summe die 25%- bzw. 30%-Grenze, so verbleibt dem Arbeitnehmer bei einem Widerruf aller Leistungen weniger als 70%–75% seiner Gesamtvergütung. Die grundsätzliche Entscheidung, dass für Aufwendungen, die der Arbeitnehmer sonst selber tragen müsste, eine höhere Grenze gilt, hat die Rechtsprechung ja bereits getroffen; an dieser inhaltlichen Aufteilung soll nicht gerüttelt werden. Im Ergebnis spielt es aber für den Arbeitnehmer keine Rolle, wofür die Zahlung geleistet wird, sondern dass er mit der Höhe der vereinbarten Zahlungen rechnen kann.

Zumindest dann, wenn damit auch die **tarifliche Grenze** unterschritten wird, ist dieser Entzug von Leistungen für den Arbeitnehmer nicht mehr zumutbar und die Interessen des Arbeitgebers müssen zurückstehen. Eindeutig ist das, wenn damit zugleich die Mindestlohngrenze unterschritten wird, da dann ein Verstoß gegen § 3 MiLoG vorliegt. Im Übrigen können zur Feststellung der tariflichen Grenze die Maßstäbe herangezogen werden, die bei der Rechtsprechung zum sittenwidrigen Lohn angewendet werden. Danach müssen den Arbeitnehmern 2/3 des in dem Wirtschaftszweig üblicherweise gezahlten Tarifentgelts oder, wenn es ein solches nicht gibt, des Lohnniveaus, das sich für die ausübende Tätigkeit in der Wirtschaftsregion gebildet hat, gezahlt werden.¹⁰¹

Werden diese Grenzen nicht tangiert, so können die vom Bundesarbeitsgericht aufgestellten Kriterien „Höhe des verbleibenden Verdienstes“ und „Stellung des Arbeitnehmers im Unternehmen“ mit herangezogen werden, um zu prüfen, ob dem Arbeitnehmer die Summe der widerrufenen Anteile unter Berücksichtigung

100 BGH 5.4.2006, VIII ZR 163/05, NJW 2006, 2116, Rn. 16.

101 BAG 18.11.2015, 5 AZR 814/14, NZA 2016, 494.

der Interessen des Arbeitgebers noch zumutbar ist. Die Angemessenheitskontrolle wird also auch hinsichtlich des Summierungseffekts durchgeführt. Bei der zu treffenden Einzelfallentscheidung muss gegebenenfalls auch berücksichtigt werden, inwieweit die widerrufenen Leistungen durch die Gewährung anderer Leistungen kompensiert werden.

58 Rechtsfolge der Überschreitung der zulässigen Grenze in der Summe ist die **Unwirksamkeit beider Klauseln**. Dies hat der Bundesgerichtshof in einem Mietrechtsfall für zwei Klauseln entschieden, die wegen des Summierungseffekts beide unwirksam waren.¹⁰² Entscheidend war hierfür, dass die beiden – sprachlich getrennten – Regelungen in einem inhaltlichen Zusammenhang standen. Der Bundesgerichtshof befand, dass sich „der Verwender einer aus zwei Teilen bestehenden Klausel, deren einer Teil nur Bestand haben kann, wenn der andere Teil unwirksam ist,“ wegen des Transparenzgebots nicht auf die blue-pencil-Regelung berufen könne.¹⁰³ Im Arbeitsrecht kann nichts anderes gelten, wobei man hier sicherlich trefflich darüber streiten kann, ob der vom Bundesgerichtshof geforderte inhaltliche Zusammenhang besteht, der aus zwei Klauseln zwei zusammengehörige Teile macht. Wenn man aber meiner oben dargestellten Auffassung folgt, dass der inhaltliche Zusammenhang darin besteht, dass beide Regelungen zusammen den Kern des Arbeitsverhältnisses tangieren, so könnte man diese Voraussetzung durchaus bejahen. Aber auch Praktikabilitätsgründe sprechen für diese Lösung: Wonach sollte man sonst entscheiden, welche der beiden Regelungen unwirksam ist, vielleicht die belastendere – und nach welchen Kriterien entscheide ich, was objektiv belastender ist? Im Übrigen kann der Arbeitgeber auch bei Stellung des Arbeitsvertrages errechnen, in welchem Umfang er Leistungen einem Widerruf unterstellt und muss darauf achten, den Kern des Arbeitsverhältnisses damit nicht anzutasten.

59 Treffen Widerrufsvorbehalte und Freiwilligkeitsvorbehalte zusammen, so ist dies differenziert zu sehen. Wenn der Arbeitgeber frei ist, über die Zahlung der Sonderzuwendung zu entscheiden, können diese Zahlungen nicht mit widerrufbaren Zahlungen summiert werden. Anderenfalls wäre der Freiwilligkeitsvorbehalt sinnentleert. Da dieser nach der neueren Rechtsprechung in der Höhe begrenzt ist, ergeben sich auch keine Wertungswidersprüche.¹⁰⁴ Denn damit ist sichergestellt, dass zumindest der Kern des Arbeitsverhältnisses durch die in Summe unter Freiwilligkeitsvorbehalt gestellten Leistungen nicht tangiert werden darf.

102 Nach Ansicht des BGH war es dabei unerheblich, dass eine der beiden Klauseln für sich bereits unwirksam war, dennoch kam es auf den Summierungseffekt an, mit dem auch die zweite Klausel unwirksam wurde (BGH 14.5.2003, VIII ZR 308/02, NJW 2003, 2234, Rn. 21).

103 BGH 14.5.2003, VIII ZR 308/02, NJW 2003, 2234, Rn. 21.

104 Diese Bedenken von *Bayreuther* sind somit ausgeräumt, es können dann nicht über 50% der Gesamtvergütung flexibilisiert werden, *Bayreuther*, BB 2009, 102, 103.

4. Anrechnungsvorbehalt

In Arbeitsverhältnissen, auf die Tarifverträge angewendet werden, können **über-tarifliche Zahlungen** unter einen Anrechnungsvorbehalt gestellt werden. **60**

a) Zulässigkeit

Das Bundesarbeitsgericht entschied über die Zulässigkeit einer Klausel, die eine „anrechenbare betriebliche Ausgleichszulage“ gewährte.¹⁰⁵ Dieser Anrechnungsvorbehalt sei dem Arbeitnehmer zumutbar, denn es ändere sich nichts an der Gesamtvergütung. Wenn der Arbeitgeber im Vorgriff bereits höhere als die tariflich geschuldeten Löhne oder Sonderzuwendungen zahlt, darf er selber entscheiden, ob er bei einer tariflichen Erhöhung weiterhin mehr zahlen will oder zunächst mal „nur“ das tariflich geschuldete Entgelt weiterzahlt.¹⁰⁶ Eine Unterlegenheit des Arbeitnehmers wie beim frei ausgehandelten Arbeitsvertrag ist hier nicht zu befürchten, soweit der Tarifvertrag als Ganzes anwendbar ist, er erhält jedenfalls das tarifliche Entgelt. Auch das Transparenzgebot nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB ist eingehalten. Der Arbeitnehmer kann erkennen, dass die Zulage nicht ohne Kürzungsmöglichkeit gewährt wird. Die Formulierung ist klar und verständlich. Das Bundesarbeitsgericht verweist hier zudem darauf, dass Anrechnungsvorbehalte in arbeitsvertraglichen Vergütungsabreden seit Jahrzehnten gang und gäbe sind und eine Besonderheit des Arbeitsrechts darstellen, die gem. § 310 Abs. 4 Satz 2 BGB angemessen zu berücksichtigen sind.¹⁰⁷ **61**

Das gilt unabhängig davon, wie die tarifliche Erhöhung gestaltet ist, auch Einmalzahlungen sind grundsätzlich anrechenbar.¹⁰⁸ Es muss aber immer geprüft werden, inwieweit der Tarifvertrag eigene Anrechnungsbestimmungen enthält; diese sind zu berücksichtigen. So kann zum Beispiel eine vom Arbeitgeber übertariflich gezahlte monatliche Anwesenheitsprämie nicht auf eine tarifliche Sonderzuwendung angerechnet werden, wenn der Manteltarifvertrag nur die Anrechenbarkeit bezüglich anderer Sonderzuwendungen gestattet, was durch Auslegung zu ermitteln ist.¹⁰⁹ **62**

Die Rechtsprechung erkennt zwar eine Anrechenbarkeit von übertariflichen Zulagen auch an, wenn dies nicht ausdrücklich vereinbart worden ist.¹¹⁰ Zu empfehlen ist aber dennoch, zur Klarstellung einen Vorbehalt vertraglich festzulegen, **63**

¹⁰⁵ BAG 1.3.2006, 5 AZR 363/05, BB 2006, 1282.

¹⁰⁶ Ähnlich MASIG-Maaß, 50 Rn. 11.

¹⁰⁷ BAG 1.3.2006, 5 AZR 363/05, BB 2006, 1282.

¹⁰⁸ BAG 27.8.2008, 5 AZR 820/07, NZA 2009, 49; anders der 1. Senat, der nach dem Zweck der Einmalzahlung differenziert: BAG 14.8.2001, 1 AZR 744/00, NZA 2002, 342.

¹⁰⁹ BAG 21.1.2009, 10 AZR 216/08, AP Nr. 283 zu § 611 BGB Gratifikation.

¹¹⁰ BAG 23.9.2009, 5 AZR 973/08, DB 2009, 2787.

Kap. 20 Änderungsvorbehalte zur Flexibilisierung von Sonderzuwendungen

auch weil ein solcher sogar eine Anrechnung gegenüber tarifbeständigen Zulagen ermöglicht.¹¹¹

- 64 Die Prüfung unterliegt der Ausübungskontrolle, die tatsächliche Anrechnung muss daher billigem Ermessen entsprechen, davon ist aber in der Regel auszugehen, da diese nicht zu einer Änderung des Gesamtbruttoverdienstes führt, sondern nur zu einer Verschiebung des Verhältnisses der tariflichen zu den übertariflichen Entgeltbestandteilen. Auch der Gleichbehandlungsgrundsatz ist zu beachten.

b) Formulierungsvorschlag

- 65 „Über den in Ziff. ... vorgesehenen Tariflohn hinaus erhält der Arbeitnehmer eine übertarifliche Zulage in Höhe von ... EUR brutto. Die übertarifliche Zulage kann ganz oder teilweise auf eine Erhöhung des Tariflohns oder/und eine Verkürzung der tariflichen Arbeitszeit angerechnet werden. Anrechenbar sind auch Tarifloohnerhöhungen, die aufgrund von Alterssprüngen oder Umgruppierungen entstehen.“¹¹²

Für Sonderzuwendungen empfiehlt sich, falls diese neben tariflichen Ansprüchen gewährt werden sollen oder solche derzeit noch nicht bestehen, folgende Formulierung:

„Sollte durch Tarifvertrag ein Anspruch auf Sonderzuwendungen begründet sein oder werden, werden die arbeitsvertraglichen Sonderzuwendungen auf die kollektivrechtlichen Ansprüche angerechnet.“¹¹³

5. Stichtagsregelung – Bindungsklausel – Rückzahlungsklausel

- 66 Wenn der Anspruch auf die Zahlung der Sonderzuwendung vom Bestehen des Arbeitsverhältnisses zum Zeitpunkt der Auszahlung, zum Ende des Bezugsraums oder zu einem Zeitpunkt danach abhängig gemacht wird, spricht man von Stichtagsregelungen oder auch Bindungsklauseln. Eine Rückzahlungsklausel legt fest, dass die Zahlung zurückzuzahlen ist, wenn das Arbeitsverhältnis vor einem festgelegten Stichtag außerhalb des Bezugsraums endet. Das Bundesarbeitsgericht hat, nach seiner Kehrtwende zur Relevanz des Zwecks der Sonderzuwendung konsequent, **Stichtagsklauseln grundsätzlich für unzulässig** erklärt, die Vergütung für bereits erbrachte Arbeitsleistung vom ungekündigten Bestand des Arbeitsverhältnisses abhängig machen. In diesen Fällen besteht daher ein zeitanteiliger Zahlungsanspruch, wenn das Arbeitsverhältnis innerhalb des Bezugszeitraums endet¹¹⁴ und ein Anspruch auf die gesamte Zahlung, wenn

111 BAG 23.3.1993, 1 AZR 520/92, BB 1993, 2088.

112 Angelehnt an MASIG-Maaß, 50 Rn. 4.

113 Angelehnt an Reiserer, NZA 2007, 1249, 1251.

114 BAG 18.1.2012, 10 AZR 612/10, BB 2012, 2250.

der Stichtag außerhalb des Bezugsraums liegt.¹¹⁵ Dies gilt entsprechend der Ausführungen unter III 1 nicht für tarifvertragliche Stichtagsregelungen, wenn die dort dargestellten Voraussetzungen eingehalten werden (s. Rn. 7 ff.).¹¹⁶

Damit sind Stichtagsregelungen und Rückzahlungsklauseln in der Regel nur zulässig, wenn die Sonderzuwendung ausschließlich Gratifikationscharakter hat.¹¹⁷ Das Bundesarbeitsgericht hat **Ausnahmen** aufgezeigt, bei denen im Einzelfall eine Stichtagsregelung auch für Sonderzuwendungen mit Entgeltcharakter zulässig sein kann: Wenn die Erbringung der Arbeitsleistung gerade in einem bestimmten Zeitraum vor dem Stichtag besonderen Wert hat, wie in Saisonbetrieben oder bei anderen branchen- oder betriebsbezogenen Besonderheiten¹¹⁸ und wenn die Sonderzahlung an bis zu bestimmten Zeitpunkten eintretende Unternehmenserfolge anknüpft.¹¹⁹ Ob eine solche Regelung dann im Einzelfall der Rechtsprechung standhält, bleibt abzuwarten.¹²⁰ **67**

a) Inhaltskontrolle

Problematisch im Rahmen der Angemessenheitskontrolle ist insbesondere die **Länge der Bindungsfrist**. Hier muss unterschieden werden zwischen Stichtags- und Rückzahlungsklauseln. An der Zulässigkeit von **Stichtagsklauseln**, die innerhalb des Bezugszeitraums liegen, bestehen keine Bedenken. Es könnte also beispielsweise festgelegt werden, dass die Zahlung der Sonderzuwendung voraussetzt, dass das Arbeitsverhältnis am 30.11. eines Jahres ungekündigt fortbesteht. Zu beachten ist aber, dass eine Klausel, die die Zahlung von der ungekündigten Stellung abhängig macht, die Bindungsfristen um die Dauer der Kündigungsfrist verlängert und damit ebenfalls über den Bezugszeitraum hinauswirken kann, im obigen Beispiel also bereits bei einer zweimonatigen Kündigungsfrist. **68**

Für Stichtagsklauseln, die außerhalb des Bezugsraums liegen, ist entscheidend, wann eine die Berufsfreiheit einschränkende und damit unangemessene Dauer der Bindungsfrist vorliegt. In einer zu einer Bonuszahlung ergangenen Entscheidung wurde eine bis zum 30.9. des Folgejahres reichende Bindungsfrist als unan- **69**

¹¹⁵ BAG 13.11.2013, 10 AZR 848/12, BB 2014, 1020.

¹¹⁶ Ausführlich dargelegt und bestätigt von BAG 27.6.2018, 10 AZR 290/17, DB 2018, 2311

¹¹⁷ BAG 18.1.2012, 10 AZR 667/10, NZA 2012, 620; BAG 22.7.2014, 9 AZR 981/12, NZA 2014, 1136.

¹¹⁸ BAG 13.11.2013, 10 AZR 848/12, BB 2014, 1020, Rn. 32.

¹¹⁹ BAG 13.11.2013, 10 AZR 848/12, BB 2014, 1020, Rn. 32; BAG 6.5.2009, 10 AZR 443/08, Rn. 15.

¹²⁰ Roggel/Neumann, BB 2014, 1909 ff., und Heins/Leder, NZA 2014, 520 ff., loten die Grenzen dieser möglichen Ausnahmen aus.

gemessen benachteiligend angesehen.¹²¹ In einer älteren Entscheidung bezüglich einer Gratifikation hatte das Bundesarbeitsgericht eine dreimonatige Bindungsfrist für zulässig erachtet.¹²² Feststehende Grundätze gibt es nicht. Im Grunde handelt es sich dabei um eine „verdeckte Rückzahlungsklausel“,¹²³ da der begünstigte Arbeitnehmer dem Unternehmen bis zum Ablauf der Bindungsfrist angehören muss, um in den Genuss der Zahlung zu kommen. Damit ist die Situation mit einem Arbeitnehmer, der bis zum Ablauf der Rückzahlungsfrist im Unternehmen bleiben muss, vergleichbar. Vorgeschlagen wird daher in der Literatur, die gleichen Kriterien wie bei Rückzahlungsklauseln anzuwenden, was m. E. zu sinnvollen Ergebnissen führen würde.¹²⁴

- 70** Für **Rückzahlungsklauseln** hat die Rechtsprechung folgende Grenzwerte entwickelt: Bei Sonderzuwendungen bis zu einem Betrag von 100 € ist eine Rückzahlungsklausel unwirksam.¹²⁵ Bei Werten zwischen 100 € und einem Bruttomonatsverdienst kann eine Rückzahlungsklausel bis zum 31.3. des Folgejahres vereinbart werden.¹²⁶ Zwischen einem und zwei Bruttomonatsgehältern kann die Frist bis zum 30.6. reichen. Längere Fristen sind nur in Ausnahmefällen zulässig.¹²⁷

b) Zulässigkeit bei betriebsbedingten Kündigungen

- 71** Fraglich ist, ob die Stichtagsregel auch dann zulässig ist, wenn es der Arbeitnehmer gar nicht in der Hand hat, die Voraussetzungen zu erfüllen, weil der Arbeitgeber eine betriebsbedingte Kündigung ausgesprochen hat.¹²⁸ Das Bundesarbeitsgericht hält dies auch nach der Schuldrechtsreform für zulässig; der Grund für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses müsse nicht in der Sphäre des Arbeitnehmers liegen. Begründet wird das damit, dass eine Sonderzahlung ihren Zweck, künftige Betriebstreue zu belohnen und den Arbeitnehmer zu reger und engagierter Mitarbeit zu motivieren, bei bereits ausgeschiedenen oder alsbald ausscheidenden Arbeitnehmern nicht erfüllen könne.¹²⁹

121 BAG 24.10.2007, 10 AZR 825/06, BB 2008, 166.

122 BAG 30.11.1989, 6 AZR 21/88, BeckRS 2008, 50724.

123 MASIG-Reiserer, 402 Rn. 20.

124 Roggel/Neumann, BB 2014, 1909, 1911 m. w. N.; MASIG-Reiserer, 402 Rn. 20.

125 BAG 17.3.1982, 5 AZR 1250/79, BB 1982, 1666.

126 Vgl. nur BAG 28.3.2007, 10 AZR 261/06, NZA 2007, 687.

127 BAG 10.5.1962, 5 AZR 452/61, AP BGB § 611 Gratifikation Nr. 22; BAG 9.6.1993, 10 AZR 529/92, BB 1993, 1809.

128 Gegen die Zulässigkeit *Lembke*, NJW 2010, 321, 324, und *Heiden*, RdA 2012, 225.

129 BAG 28.3.2007, 10 AZR 261/06, NZA 2007, 687, Rn. 18, bestätigt durch BAG 18.1.2012, 10 AZR 667/10, NZA 2012, 620, Rn. 14.

c) Formulierungsvorschlag

„Der Arbeitgeber gewährt dem Arbeitnehmer eine Sonderzuwendung in Höhe von ..., wenn der Arbeitnehmer am Stichtag 31.12. noch in einem Arbeitsverhältnis zum Arbeitgeber steht, anteilige Zahlungen erfolgen nicht. Mit der Sonderzuwendung soll ausschließlich die vom Arbeitnehmer erbrachte und zukünftige Betriebstreue belohnt werden.“

72

Eine Auszahlung ist ausgeschlossen, wenn sich das Arbeitsverhältnis am Stichtag in gekündigtem Zustand befindet. Diese Regelung gilt sinngemäß für Aufhebungsvereinbarungen.

Die Sonderzuwendung ist zurückzuzahlen, wenn der Arbeitnehmer vor dem 31.3. des auf den Stichtag folgenden Kalenderjahres aus dem Arbeitsverhältnis ausscheidet. Diese Regelung gilt sinngemäß auch für Aufhebungsvereinbarungen.¹³⁰

VI. Auswirkungen für die Praxis

Die eingangs gestellte Frage, inwieweit eine „freie“ Entscheidung des Arbeitgebers bei der Zahlung von Sonderzuwendungen noch möglich ist, muss wohl so beantwortet werden: Änderungsvorbehalte zur Flexibilisierung von Sonderzuwendungen haben ausgedient – jedenfalls in der Form, wie sie jahrzehntelang im Arbeitsrecht üblich waren. Freiwilligkeitsvorbehalte sind nur noch bei Sonderzuwendungen mit reinem Gratifikationscharakter zulässig. Widerrufsvorbehalte sind ebenfalls problematisch, da die zulässigen Widerrufsgründe noch nicht im Einzelnen judiziert sind; inwieweit Summierungseffekte zum Tragen kommen ist noch nicht entschieden. Auch Stichtagsregelungen sind regelmäßig nur für Sonderzuwendungen mit Gratifikationscharakter wirksam. Nur Anrechnungsvorbehalte sind unproblematisch, setzen aber die Anwendbarkeit eines Tarifvertrags voraus. Auch bei Beachtung der beschriebenen Grenzen bleibt die Gestaltung von Vergütungsabreden damit wohl weiter eine „gefahrgeleitete Tätigkeit“.¹³¹

73

130 Nach Günther/Biedrzyńska, ArbRAktuell 2014, 66, 68 und MASIG-Reiserer, 402 Rn. 13a.

131 Lembke, NJW 2010, 321, 326.

Kapitel 21

Änderungskündigung zur Entgeltsenkung

Schrifttum: *Annuß*, Betriebsbedingte Kündigung und arbeitsvertragliche Bindung, 2004; *Annuß/Bartz*, Änderungskündigung schwer gemacht, NJW 2006, 2153; *Betz*, Die betriebsbedingte Änderungskündigung – Mittel oder Hindernis bei der Umsetzung freier unternehmerischer Entscheidungen, Dissertation, 2007; *Betz*, Urteilsanmerkung zu BAG v. 26.6.2008 – 2 AZR 147/07, BB 2009, 110; *Berkowsky*, Die betriebsbedingte Änderungskündigung, Dissertation, 1999; *Berkowsky*, Der Arbeitsrichter in der Flugsicherung – Überlegungen zur Sozialauswahl bei betriebsbedingten Änderungskündigungen, DB 1990, 834; *Berkowsky*, Die betriebsbedingte Änderungskündigung und ihr Streitgegenstand, NZA 2000, 1129; *Berkowsky*, Änderungskündigung zur Änderung von Nebenabreden, NZA 2003, 1130; *Berkowsky*, Möglichkeiten und Grenzen der Änderungskündigung, NZA-Beil. 2010, 50; *Boecken*, Entgeltreduzierung infolge Umstrukturierung, AnwBl 2006, 681; *Boewer*, Streitgegenstand und Prüfungsmaßstab bei der Änderungsschutzklage, BB 1996, 2618; *Breuckmann*, Entgeltreduzierung unter besonderer Berücksichtigung der Änderungskündigung, Dissertation, 2003; *Caspers*, Rechtsfolgen des Formverstößes bei § 623 BGB, RdA 2001, 28; *Däubler*, Obligatorische Schriftform für Kündigungen, Aufhebungsverträge und Befristungen, AiB 2000, 188; *Herbert/Oberrath*, Die soziale Rechtfertigung der betriebsbedingten Änderungskündigung, NJW 2008, 3177; *Hromadka*, Möglichkeiten und Grenzen der Änderungskündigung, NZA 1996, 1; *Kittner*, Leichter kündigen als änderungskündigen?, NZA 1997, 968; *Kleinebrink*, Folgen einer fehlerhaften Eingruppierung in der Privatwirtschaft, NZA-RR 2014, 113; *Krois*, Die Änderungskündigung zum Zweck der Entgeltsenkung, ZfA 2009, 575; *Löwisch*, Die Änderung von Arbeitsbedingungen auf individualrechtlichem Wege, insbesondere durch Änderungskündigung, NZA 1988, 633; *Maschmann* (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Hromadka, 2008; *Maurer*, Eingruppierungskorrektur nur durch Änderungskündigung?, NZA 1993, 721; *Reiserer*, Atmendes Entgelt, atmende Arbeitszeit, NZA-Beil. 2010, 39; *Reiserer/Powietzka*, Änderungskündigung zur Entgeltsenkung, BB 2006, 1109; *Rücker*, Die betriebsbedingte Änderungskündigung zur isolierten Entgeltreduktion, Dissertation, 2003; *Schwerdtner*, Lernen auf Vorrat als Risiko, NJW 1987, 1607; *Seel*, Fehlerhafte Eingruppierung – Welchen Voraussetzungen unterliegt eine Eingruppierungskorrektur?, öAT 2011, 97; *Sievers*, Individualrechtliche Möglichkeiten und Grenzen einer Entgeltreduzierung, NZA 2002, 1182; *Stoffels*, Die Abänderung mehrerer Arbeitsbedingungen durch Änderungskündigung, NZA 2016, 581; *Wallner*, Die ordentliche Änderungskündigung des Arbeitgebers, Dissertation, 2001.

Übersicht

	Rn.		Rn.
I. Einführung	1	IV. Änderungskündigung zur Reduzierung der Vergütung im Kontext einer Änderung der Hauptleistungspflicht des Arbeitnehmers	11
II. Begriff der Änderungskündigung	4	1. Kündigungselement	12
III. Der allgemeine Prüfungsmaßstab der sozialen Rechtfertigung einer Änderungskündigung	7		

Kap. 21 Änderungskündigung zur Entgeltsenkung

a) Wegfall des bisherigen Arbeitsplatzes	13	1. Reduzierung der im Gegenseitigkeitsverhältnis stehenden Vergütung	28
b) Sozialauswahl	14	a) Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts	29
c) Kündigungsfrist	18	b) Abweichende Auffassungen im juristischen Schrifttum	30
2. Änderungsangebot	19	c) Stellungnahme	31
a) Zeitpunkt der Vertragsänderung	19	2. Änderung sogenannter Nebenabreden	33
b) Schriftform des Änderungsangebots	21	3. Rückgruppierung mittels Änderungskündigung	35
c) Reichweite der zulässigen Änderungen	22	VI. Die Beteiligung des Betriebsrats	36
V. Änderungskündigung zur isolierten Entgeltreduzierung	27	VII. Zusammenfassung	39

I. Einführung

- 1 Flexiblen Arbeitsbedingungen kommt aus Sicht von Arbeitgebern und Arbeitnehmern eine stetig wachsende Bedeutung zu. Allerdings streben die Arbeitsvertragsparteien hinsichtlich unterschiedlicher Arbeitsbedingungen nach Flexibilität. Arbeitnehmern ist zunehmend an einer nach ihren Bedürfnissen variabel ausgestalteten Lage der Arbeitszeit gelegen, um Beruf und Privatleben miteinander vereinbaren zu können, wohingegen Arbeitgeber in Zeiten eines globalen Wettbewerbs mit häufig schwer vorhersehbaren konjunkturellen Entwicklungen eine flexible Vergütung für die wirtschaftliche Prosperität eines Unternehmens für unabdingbar und teilweise sogar für „überlebensnotwendig“ halten. Passend hierzu wird in diesem Zusammenhang mitunter auch – etwas pathetisch – von einer „atmenden Vergütung“¹ gesprochen.
- 2 Das Bedürfnis der Arbeitgeber an einer flexiblen Vergütung kollidiert jedoch typischerweise mit dem Interesse der Arbeitnehmer an finanzieller Planungssicherheit. In Ansehung dieses Interessenwiderspruchs sind dem Wunsch des Arbeitgebers nach Vereinbarung einer veränderlichen Vergütung im Arbeitsvertrag durch das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen Grenzen gesetzt (s. Kap. 20 und 24 bis 26). Erweist sich die arbeitsvertraglich zulässig vorgesehene Flexibilität der Vergütung aus Sicht des Arbeitgebers zu einem späteren Zeitpunkt als ungenügend oder sieht der Arbeitsvertrag eine solche nicht vor, weil der Arbeitgeber dies bei Vertragsschluss entweder nicht bedacht hat oder gegenüber dem Arbeitnehmer nicht durchsetzen konnte, ist der Arbeitgeber, der eine Entgeltsenkung anstrebt, auf eine nachträgliche Änderung des Arbeitsvertrages verwiesen. Gelingt es dem Arbeitgeber nicht, den Arbeitnehmer hiervon zu

1 Reiserer, NZA-Beil. 2010, 39.

überzeugen, kommt allenfalls eine einseitige Modifikation der Vergütung mithilfe einer Änderungskündigung in Betracht.

Genießt der Arbeitnehmer Kündigungsschutz nach dem Kündigungsschutzgesetz, bedarf eine solche Änderungskündigung der sozialen Rechtfertigung. Grundlegend zu unterscheiden sind hierbei die Fälle, in denen die Änderung der Vergütung im Kontext einer Änderung der Verpflichtung des Arbeitnehmers zur Erbringung der Arbeitsleistung mithilfe einer Änderungskündigung durchgesetzt werden soll (s. Rn. 11 ff.), von den Fällen, in denen ohne Veränderung der Hauptleistungspflicht des Arbeitnehmers auf eine Reduktion entgeltrelevanter Nebenabreden oder der im Synallagma stehenden Vergütung abgezielt wird (s. Rn. 27 ff.). 3

II. Begriff der Änderungskündigung

Zunächst enthielt das Kündigungsschutzgesetz vom 10.8.1951 keine Vorschrift, die sich ausdrücklich mit der Änderungskündigung befasste. Erst mit dem ersten Arbeitsrechtsbereinigungsgesetz vom 14.8.1969 fand der Begriff „Änderungskündigung“ durch die Einfügung der heutigen §§ 2, 4 Satz 2 und 8 in das Kündigungsschutzgesetz Eingang.² Seither trägt § 2 KSchG die amtliche Überschrift Änderungskündigung. Nach § 2 Satz 1 KSchG kann ein Arbeitnehmer, dem der Arbeitgeber im Zusammenhang mit der Kündigung die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu geänderten Bedingungen anbietet, dieses Angebot unter dem Vorbehalt annehmen, dass die Änderung der Arbeitsbedingungen nicht sozial ungerechtfertigt ist. Ein Zusammenhang zwischen Kündigung und Änderungsangebot i. S. v. § 2 Satz 1 KSchG erfordert eine zeitliche und eine sachliche Verknüpfung dieser beiden Rechtsgeschäfte.³ 4

Der notwendige sachliche Konnex kann in unterschiedlicher Weise hergestellt werden. So kann der Arbeitgeber eine unbedingte Kündigung aussprechen und daneben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses anbieten.⁴ Alternativ kann die Kündigung unter einer auch bei einseitigen Rechtsgeschäften zulässigen sog. Potestativbedingung erfolgen, deren Eintritt nur vom Willen des Arbeitnehmers als Erklärungsempfänger abhängt.⁵ Hierzu kann der Arbeitgeber entweder die Kündigung unter der aufschiebenden Bedingung erklären, dass der Arbeitnehmer das Änderungsangebot ablehnt oder unter der auflösenden Bedingung, dass der Arbeitnehmer das Angebot zur Weiterarbeit unter geänderten Bedingungen 5

2 Zur Entstehungsgeschichte des § 2 KSchG vgl. APS-Künzl, § 2 KSchG Rn. 1 f.; KR-Rost/Kreft, § 2 KSchG Rn. 1 ff.

3 Krois, ZfA 2009, 575, 588.

4 SPV-Preis, Rn. 1288.

5 v. Hoyningen-Huene-Linck, § 2 KSchG Rn. 7; KR-Rost/Kreft, § 2 KSchG Rn. 15.

Kap. 21 Änderungskündigung zur Entgeltsenkung

annimmt.⁶ Typischerweise wird ein Arbeitgeber in einer Kündigungserklärung allerdings nicht zum Ausdruck bringen, ob die Kündigung unter einer aufschiebenden oder unter einer auflösenden Bedingung steht, was mangels praktischer Relevanz⁷ für die Bejahung des sachlichen Zusammenhangs auch unschädlich ist, solange aus Sicht des Arbeitnehmers erkennbar ist, dass der Wille des Arbeitgebers nicht vorrangig auf die Beendigung des Arbeitsverhältnisses, sondern auf dessen Fortsetzung zu anderen Bedingungen abzielt.⁸

- 6 Der notwendige zeitliche Zusammenhang lag nach der früher vom Bundesarbeitsgericht vertretenen Auffassung nur vor, wenn die Kündigungserklärung und das Änderungsangebot dem Arbeitnehmer gleichzeitig zugehen.⁹ Zwischenzeitlich nimmt jedoch das Bundesarbeitsgericht¹⁰ in Übereinstimmung mit der ganz herrschenden Auffassung im Schrifttum zu Recht an, dass sich im Wege der Auslegung auch dann eine ausreichende zeitliche Verknüpfung ergeben kann, wenn die Kündigungserklärung dem Änderungsangebot nachfolgt.¹¹ Schließlich verbleibt dem Arbeitnehmer auch in diesem Fall die durch § 2 Satz 2 KSchG vorgesehene Bedenkzeit, um die Annahme des Änderungsangebots unter Vorbehalt erklären zu können, solange für ihn erkennbar ist, dass zwischen Kündigung und Änderungsangebot der zuvor beschriebene sachliche Zusammenhang besteht. Gerade diese Bedenkzeit zur Annahme des Änderungsangebots unter Vorbehalt würde dem Arbeitnehmer jedoch (zumindest teilweise) genommen, wenn man annehmen würde, der nach § 2 Satz 1 KSchG notwendige temporäre Zusammenhang ließe sich auch noch durch ein nach Ausspruch der Kündigung erklärtes Änderungsangebot herstellen, weswegen bei dieser Reihenfolge keine Änderungskündigung i. S. v. § 2 Satz 1 KSchG vorliegt.¹²

III. Der allgemeine Prüfungsmaßstab der sozialen Rechtfertigung einer Änderungskündigung

- 7 Obwohl eine Änderungskündigung bereits vor Geltung des § 2 KSchG für grundsätzlich zulässig erachtet wurde und obwohl es auch damals nahezu einhelliger Auffassung entsprach, dass bei einer Änderungskündigung das Kündi-

6 HaKo-Pfeiffer, § 2 KSchG Rn. 10.

7 HaKo-Pfeiffer, § 2 KSchG Rn. 10.

8 KR-Rost/Kreft, § 2 KSchG Rn. 16.

9 BAG 10.12.1975, 4 AZR 41/75, AP Nr. 90 zu §§ 22, 23 BAT.

10 BAG 17.5.2001, 2 AZR 460/00, EzA § 620 BGB Kündigung Nr. 3.

11 APS-Künzl, § 2 KSchG Rn. 30; ErfK-Oetker, § 2 KSchG Rn. 11; v. Hoyningen-Huene-Linck, § 2 KSchG Rn. 27.

12 APS-Künzl, § 2 KSchG Rn. 25 ff.; ErfK-Oetker, § 2 KSchG Rn. 12; KR-Rost/Kreft, § 2 KSchG Rn. 20 ff.; MüKoBGB-Hergenröder, § 2 KSchG Rn. 19; SPV-Preis, Rn. 1288; a. A. Löwisch, NZA 1988, 633, 634.

gungsschutzgesetz Anwendung findet,¹³ wird seit der normativen Verankerung des Begriffs der Änderungskündigung in § 2 KSchG in Rechtsprechung und Literatur weithin angenommen, § 2 KSchG enthalte den Prüfungsmaßstab der sozialen Rechtfertigung einer Änderungskündigung. Zumindest begrifflich steht nach dieser sog. Änderungstheorie das Änderungsangebot im Mittelpunkt der Prüfung der sozialen Rechtfertigung einer Änderungskündigung. Entscheidend ist danach, ob die Änderung der Arbeitsbedingungen sozial gerechtfertigt ist.¹⁴ Abweichend hiervon wird im juristischen Schrifttum mitunter vertreten, § 2 KSchG sei der Prüfungsmaßstab der sozialen Rechtfertigung einer Änderungskündigung nicht zu entnehmen. Vielmehr enthalte diese Vorschrift nur die Modalitäten einer Annahme des Änderungsangebots unter Vorbehalt. Nach Auffassung der Vertreter dieser sog. Beendigungstheorie bestimmt sich die soziale Rechtfertigung einer Änderungskündigung daher primär nach § 1 KSchG.¹⁵

Trotz dieses im Ausgangspunkt unterschiedlichen Prüfungsmaßstabs der sozialen Rechtfertigung einer Änderungskündigung kommen die Vertreter beider Theorien zwischenzeitlich in der Regel zu übereinstimmenden Ergebnissen bei der konkreten Überprüfung der sozialen Rechtfertigung einer Änderungskündigung.¹⁶ Das liegt daran, dass die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts und die herrschende Lehre zwar sprachlich noch immer das Änderungsangebot in das Zentrum der Überprüfung der sozialen Rechtfertigung einer Änderungskündigung stellen, inhaltlich jedoch weitgehend den Prüfungsmaßstab der Beendigungstheorie übernommen haben. Denn während das Bundesarbeitsgericht früher die soziale Rechtfertigung einer Änderungskündigung daran maß, ob die erstrebte Änderung der Arbeitsbedingungen unter Abwägung der Interessen des Arbeitgebers gegenüber dem Interesse des Arbeitnehmers an der Beibehaltung seiner gegenwärtigen Arbeitsbedingungen es als billigenswert und angemessen erscheinen lässt, um dieser Änderung willen das Mittel der Kündigung zu gebrauchen,¹⁷ ist das Bundesarbeitsgericht in einer Entscheidung vom 6.3.1986 von der bis dahin vorgenommenen Interessenabwägung abgerückt. Seither prüft das Bundesarbeitsgericht in ständiger Rechtsprechung auf einer ersten Prüfungsstufe, ob ein Erfordernis nach § 1 Abs. 2 KSchG das Änderungsangebot bedingt und sodann auf einer zweiten Prüfungsstufe, ob sich der Arbeitgeber bei einem an sich anerkennenswerten Anlass darauf beschränkt hat, die Arbeitsbedingungen vorzuschlagen, die der Arbeitnehmer billigerweise hinnehmen muss.¹⁸

13 KR-Rost/Kreft, § 2 KSchG Rn. 3.

14 BAG 3.11.1977, 2 AZR 277/76, AP BPersVG § 75 Nr. 1; ErfK-Oetker, § 2 KSchG Rn. 39; HaKo-Pfeiffer, § 2 KSchG Rn. 38.

15 Berkowsky, NZA 2000, 1129, 1133; Boewer, BB 1996, 2618, 2619 ff.

16 Herbert/Oberrath, NJW 2008, 3177, 3178.

17 BAG 12.1.1961, 2 AZR 171/59, NJW 1961, 939.

18 BAG 6.3.1986, 2 ABR 15/85, NZA 1987, 102.

Kap. 21 Änderungskündigung zur Entgeltsenkung

- 9 Der Umstand, dass auf der ersten Prüfungsstufe weiterhin auf die soziale Rechtfertigung des Änderungsangebots und nicht auf die soziale Rechtfertigung der in der Änderungskündigung enthaltenen Kündigung abgestellt wird, ist dabei m. E. eher als sprachliche Reminiszenz an den früheren Prüfungsmaßstab zu werten denn als inhaltlich zutreffende Beschreibung der zwischenzeitlich als maßgeblich erachteten Voraussetzungen. Schließlich beurteilt das Bundesarbeitsgericht die soziale Rechtfertigung einer Änderungskündigung nunmehr auf der ersten Stufe grundsätzlich nach denselben Kriterien wie eine Beendigungskündigung.¹⁹ Und auch die Formulierung, mit welcher der zweite Prüfungsschritt gemeinhin abstrakt beschrieben wird, stimmt mit der anschließend durchgeführten Subsumtion nicht exakt überein. Denn die Frage, ob der Arbeitnehmer die Änderung billigerweise hinnehmen muss, lässt eigentlich eine Interessenabwägung im Rahmen einer Billigkeitskontrolle erwarten. Tatsächlich wird eine solche jedoch nicht vorgenommen.²⁰ Vielmehr soll durch die Beschreibung des zweiten Prüfungsschritts lediglich die Geltung des Erforderlichkeitsgrundsatzes zum Ausdruck gebracht werden.²¹ Diesem werden zwei Komponenten beigemessen. Zum einen wird untersucht, ob die Änderung der Arbeitsbedingungen überhaupt im Wege der Änderungskündigung herbeigeführt werden kann. Insoweit wird etwa die Ausübung eines bestehenden Direktionsrechts als milderes Mittel erachtet, das vorrangig einzusetzen ist. Zum anderen dürfen sich nach Auffassung der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts die angebotenen Änderungen nicht weiter vom Vertragsinhalt entfernen, als es zur Erreichung des angestrebten Ziels notwendig ist.²²
- 10 Zusammenfassend gilt daher, dass im Allgemeinen die soziale Rechtfertigung einer Änderungskündigung nach ganz herrschender Auffassung in zwei Prüfungsschritten geprüft wird. Inhaltlich wird dabei auf der ersten Stufe die soziale Rechtfertigung der in der Änderungskündigung enthaltenen Kündigung untersucht. Hierbei gilt – mit Ausnahme der Sozialauswahl bei einer betriebsbedingten Änderungskündigung (s. Rn. 14 ff.) – grundsätzlich derselbe Prüfungsmaßstab wie bei einer Beendigungskündigung.²³ Lediglich die bei einer Beendigungskündigung zu stellende Frage nach einer anderweitigen Beschäftigungsmöglichkeit wird im ersten Prüfungsschritt ausgeklammert, da sie im zweiten Prüfungsschritt Eingang findet. In diesem wird primär das Änderungsangebot untersucht, indem danach gefragt wird, ob die mithilfe der Kündigung angestrebte Änderung des Arbeitsvertragsinhalts erforderlich ist.

19 *Annuß*, S. 257; *Kittner*, NZA 1997, 968, 969.

20 *KR-Rost/Kreft*, § 2 KSchG Rn. 98.

21 *KR-Rost/Kreft*, § 2 KSchG Rn. 98.

22 BAG 19.5.1993, NZA 1993, 1075.

23 *Herbert/Oberrath*, NJW 2008, 3177, 3178.

IV. Änderungskündigung zur Reduzierung der Vergütung im Kontext einer Änderung der Hauptleistungspflicht des Arbeitnehmers

Der vorstehend beschriebene Prüfungsmaßstab der sozialen Rechtfertigung einer Änderungskündigung findet vom Bundesarbeitsgericht und der herrschenden Auffassung in der Literatur strikte Beachtung bei einer Änderungskündigung, im Rahmen derer dem Arbeitnehmer im Zusammenhang mit dem Anspruch einer Kündigung nicht nur eine reduzierte Vergütung, sondern auch eine Veränderung der Hauptleistungspflicht des Arbeitnehmers angeboten wird. Denkbar ist hierbei ein Angebot des Arbeitgebers an den Arbeitnehmer auf Reduzierung der Arbeitszeit bei unveränderter Tätigkeit oder das Angebot einer geänderten Tätigkeit mit oder ohne Reduzierung der Arbeitszeit. **11**

1. Kündigungselement

Grundsätzlich kommen sowohl eine personen- als auch eine verhaltens- als auch eine betriebsbedingte Änderungskündigung als Mittel zur einseitigen Reduzierung der Arbeitszeit bzw. zur Änderung der vertraglich geschuldeten Arbeitsleistung in Betracht. Eine hohe praktische Relevanz hat hierbei nur die ordentliche betriebsbedingte Änderungskündigung,²⁴ weswegen sich die nachfolgende Darstellung hierauf beschränkt. **12**

a) Wegfall des bisherigen Arbeitsplatzes

Die soziale Rechtfertigung einer betriebsbedingten Änderungskündigung, die auf eine geänderte Tätigkeit und damit einhergehend auf eine geänderte Vergütung abzielt, setzt voraus, dass der bisherige Arbeitsplatz des Arbeitnehmers weggefallen ist. Hierbei ergeben sich keine Besonderheiten gegenüber einer ordentlichen betriebsbedingten Beendigungskündigung. Entscheidend ist danach, ob unter Respektierung einer freien unternehmerischen Entscheidung inner- oder außerbetriebliche Gründe dazu führen, dass jedenfalls mit Ablauf der Kündigungsfrist mit einem geringeren oder veränderten Arbeitsanfall auch das Bedürfnis zur vertragsgemäßen Weiterbeschäftigung für den gekündigten Arbeitnehmer entfallen oder innerhalb einer Gruppe vergleichbarer Arbeitnehmer gesunken ist. **13**

b) Sozialauswahl

Rechtfertigt ein verringerter Beschäftigungsbedarf die Beendigungskündigung eines oder mehrerer, jedoch nicht aller betroffener Arbeitnehmer, so ist im Rah- **14**

²⁴ Krois, ZfA 2009, 575, 599.

Kap. 21 Änderungskündigung zur Entgeltsenkung

men einer Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG zu ermitteln, gegenüber welchem konkreten Arbeitnehmer der Ausspruch einer Kündigung sozial gerechtfertigt ist. Einzubeziehende in die Sozialauswahl sind alle vergleichbaren Arbeitnehmer eines Betriebes. Die Vergleichbarkeit richtet sich nach dem bisherigen Arbeitsvertragsinhalt. Als vergleichbar gelten diejenigen Mitarbeiter, die austauschbar sind.²⁵ Eine derartige Austauschbarkeit liegt bei einer Beendigungskündigung vor, wenn Mitarbeiter kraft Direktionsrechts auf den Arbeitsplatz eines anderen Arbeitnehmers versetzt werden könnten und zur Ausübung dieser Tätigkeit fachlich in der Lage wären.²⁶ Ist nach diesen Kriterien der auswahlrelevante Personenkreis definiert, findet sodann eine Sozialauswahl nach den in § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG normierten Kriterien statt.

- 15 Besteht dagegen für einen oder mehrere Arbeitnehmer, die vom reduzierten Beschäftigungsbedarf betroffen sind, die Möglichkeit der Weiterbeschäftigung auf einem anderen freien Arbeitsplatz im Unternehmen unter geänderten Vertragsbedingungen, kommt es nach Ansicht des Bundesarbeitsgerichts²⁷ und nach verbreiteter Auffassung in der Literatur²⁸ im Rahmen einer Sozialauswahl nicht alleine darauf an, ob die Arbeitnehmer nach ihrer bisherigen Tätigkeit miteinander verglichen werden können und hinsichtlich ihrer Arbeitsplätze austauschbar sind. In den Auswahlkreis werden vielmehr nur diejenigen Arbeitnehmer einbezogen, die auch in der Lage sind, die Tätigkeit auf dem freien Arbeitsplatz im Unternehmen auszuüben. Ferner wird die sodann vorzunehmende Sozialauswahl nicht auf einen Vergleich des Lebensalters, der Dauer der Betriebszugehörigkeit und der Unterhaltspflichten beschränkt. Vielmehr wird auch danach gefragt, welchem Arbeitnehmer eine Umstellung auf die neue Tätigkeit nach seiner Vorbildung und seinen persönlichen Eigenschaften leichter oder schwerer fällt. Hierbei werden Eigenschaften wie Wendigkeit, schnelle Auffassungsgabe, Anpassungsfähigkeit und der Gesundheitszustand als relevant erachtet.²⁹
- 16 An dieser Sichtweise wird m. E. zu Recht Kritik geübt.³⁰ Zwar erscheint es konsequent, darauf abzustellen, wem die geänderten Arbeitsbedingungen am ehesten zumutbar sind, wenn man davon ausgeht, es komme für die soziale Rechtfertigung einer Änderungskündigung nicht darauf an, ob die Beendigung des Arbeitsverhältnisses sozial gerechtfertigt ist, sondern ob die geänderten Arbeitsbedingungen sozial gerechtfertigt sind. Jedoch wurde bereits zuvor dargestellt, dass auch die herrschende Lehre und die Rechtsprechung des Bundesarbeitsge-

25 BAG 20.6.2013, 2 AZR 271/12, NZA 2013, 837.

26 BAG 17.2.2000, 2 AZR 142/99, NZA 2000, 822.

27 BAG 13.6.1986, 7 AZR 623/84, NJW 1987, 1662; BAG 18.1.2007, 2 AZR 796/05, NJOZ 2008, 4233.

28 HaKo-Pfeiffer, § 2 KSchG Rn. 51.

29 BAG 18.1.2007, 2 AZR 796/05, NJOZ 2008, 4233.

30 Vgl. etwa Berkowsky, DB 1990, 834, 835; Boewer, BB 1996, 2618, 2621; Schwerdtner, NJW 1987, 1607, 1608.

richts zwar sprachlich noch immer dieser sog. Änderungstheorie folgen, inhaltlich aber auf der ersten Prüfungsstufe der sozialen Rechtfertigung einer Änderungskündigung mittlerweile grundsätzlich den Prüfungsmaßstab der Beendigungskündigung anlegen. Die gegenüber einer Beendigungskündigung geänderte Sozialauswahl im Rahmen einer Änderungskündigung lässt sich daher gerade nicht mit einer einheitlichen Sichtweise der Anforderungen an die soziale Rechtfertigung einer Änderungskündigung begründen.

Hintergrund dürfte vielmehr eine auf Gerechtigkeitserwägungen beruhende Heranziehung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes sein. In der Tat hat der Gesetzgeber durch die Verwendung des Wortes „bedingt“ in § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG zum Ausdruck gebracht, dass eine Kündigung nur dann sozial gerechtfertigt ist, wenn sie erforderlich ist;³¹ das heißt, wenn kein milderes Mittel existiert, mit dem der Arbeitgeber ebenfalls den angestrebten Zweck erreichen kann.³² Jedoch gilt der Erforderlichkeitsgrundsatz nach § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG nur innerhalb der Beziehung der Arbeitsvertragsparteien und nicht im Verhältnis der Arbeitnehmer untereinander.³³ Dieser Sichtweise folgt im Grunde auch die Rechtsprechung. So hat das Bundesarbeitsgericht in einer Entscheidung vom 19.5.1993 wörtlich ausgeführt: „Das Kündigungsschutzgesetz stellt für die Beurteilung der Kündigung auf die zweiseitige Rechtsbeziehung ab. Nur die spezifischen, aus Sinn und Zweck des Vertrages und des Gesetzes herleitbaren Interessen der Vertragsparteien spielen für die Frage nach der Rechtfertigung der Kündigung eine Rolle. Aus dieser strikt arbeitsvertragsbezogenen Konzeption des Kündigungsschutzes ergibt sich, dass sich der Katalog milderer Maßnahmen regelmäßig auf die Rechtsbeziehung der streitenden Vertragsparteien beschränken muss.“³⁴ Im Widerspruch zu dieser bilateralen Geltung des Erforderlichkeitsgrundsatzes beruht die Beschränkung des auswahlrelevanten Personenkreises im Rahmen der Sozialauswahl bei einer Änderungskündigung letztlich auf der Annahme, die Änderungskündigung gegenüber einem Arbeitnehmer sei ein milderer Mittel gegenüber der Beendigungskündigung eines anderen Arbeitnehmers. Diese Sichtweise beinhaltet jedoch nicht nur die gezeigte Inkonsistenz, sondern ist auch bei einer wertenden Betrachtung kritikwürdig. Die These, eine Änderungskündigung würde einen Arbeitnehmer weniger hart treffen als eine Beendigungskündigung einen anderen Arbeitnehmer, ist m. E. jedenfalls in dieser Allgemeinheit nicht richtig. Man stelle sich etwa vor, dass in der Verwaltung eines Sicherheitsunternehmens ein Arbeitsplatz wegfällt und ein anderer Arbeitsplatz im Bereich des Wachpersonals im Schichtdienst mit wechselnden Einsatzorten frei ist. Bezieht man vorliegend nur Arbeitnehmer in die Sozialauswahl

31 Betz, Die betriebsbedingte Änderungskündigung, S. 51 ff.

32 MüArbR-Berkowsky, § 110 Rn. 58.

33 Boewer, BB 1996, 2618, 2620.

34 BAG 19.5.1993, 2 AZR 584/92, BB 1993, 2020.

Kap. 21 Änderungskündigung zur Entgeltsenkung

mit ein, die als Wachpersonal arbeiten können, hätte dies beispielsweise zur Folge, dass eine alleinerziehende, langjährig beschäftigte Mitarbeiterin deshalb eine sozial gerechtfertigte Änderungskündigung mit dem Angebot der Weiterbeschäftigung im Schichtdienst an wechselnden Einsatzorten erhält, weil sie vor ihrer kaufmännischen Ausbildung als Wachfrau gearbeitet hat, wohingegen ihr seit einem halben Jahr beschäftigter Kollege in der Verwaltung, der keine Unterhaltspflichten hat, seinen Arbeitsplatz behalten kann, weil er über keine Zusatzqualifikation als Wachmann verfügt.

c) Kündigungsfrist

- 18 Bei einer ordentlichen Beendigungskündigung resultiert allein aus der Angabe einer zu kurz bemessenen Kündigungsfrist im Kündigungsschreiben grundsätzlich nicht der Erfolg einer fristgemäß erhobenen Kündigungsschutzklage des Arbeitnehmers. Kann dem Kündigungsschreiben im Wege der Auslegung das richtige Kündigungsdatum entnommen werden, stellt bereits die konkrete Kündigung trotz Nennung des falschen Beendigungstermins eine ordentliche Kündigung zum rechtlich zutreffenden Termin dar. Lässt sich dagegen dem Kündigungsschreiben das richtige Beendigungsdatum nicht im Wege der Auslegung entnehmen, so ist die konkrete Kündigung regelmäßig in eine andere Kündigung mit richtigem Beendigungsdatum nach § 140 BGB umzudeuten.³⁵ Diese Grundsätze hinsichtlich der Kündigungsfrist gelten auch für die ordentliche Änderungskündigung.³⁶ Eine ordentliche Änderungskündigung, die eine Beendigung des bisherigen Arbeitsverhältnisses und das Angebot der Weiterbeschäftigung zu geänderten Bedingungen zu einem einheitlichen Termin vor Ablauf der maßgeblichen Kündigungsfrist vorsieht, kann daher zumeist als Kündigung zum rechtlich zulässigen Termin, verbunden mit dem Angebot der Weiterbeschäftigung zu geänderten Bedingungen nach Ablauf der zutreffenden Kündigungsfrist, ausgelegt werden. Ist eine Auslegung in vorgenanntem Sinne nicht möglich, ist sie regelmäßig in eine solche Änderungskündigung umzudeuten.

2. Änderungsangebot

a) Zeitpunkt der Vertragsänderung

- 19 Im Zusammenhang mit der Einhaltung der maßgeblichen Kündigungsfrist ergibt sich jedoch ein Sonderproblem bei der ordentlichen Änderungskündigung, wenn diese im Kündigungsschreiben zwar hinsichtlich der Beendigung des Arbeitsverhältnisses die zutreffende ordentliche Kündigungsfrist nennt, hiermit aber das Angebot auf Weiterbeschäftigung zu geänderten Bedingungen zu einem

35 BAG 15.5.2013, 5 AZR 130/12, NZA 2013, 1076.

36 Moll-Boewer, § 46 Rn. 40.

Zeitpunkt verbindet, der vor Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist liegt. Nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichts ist in diesem Fall das Angebot, die Arbeitsbedingungen bereits vor Ablauf der Kündigungsfrist zu ändern, sozialwidrig, mit der Folge, dass die Kündigung insgesamt unwirksam ist. Schließlich könne das Angebot auf Änderung der Vertragsbedingungen zu einem Termin vor Ablauf der im Kündigungsschreiben genannten Kündigungsfrist entgegen seinem Wortlaut in der Regel auch nicht als Angebot auf Weiterbeschäftigung zu anderen Konditionen erst nach Ablauf der benannten Kündigungsfrist ausgelegt werden.³⁷ Dieser Rechtsprechung ist im Ergebnis zuzustimmen. Bietet der Arbeitgeber die Änderung der Arbeitsbedingungen zu einem Datum an, welches vor dem des erklärten Beendigungsdatums liegt, ist aus Sicht des Arbeitnehmers (§ 133 BGB) davon auszugehen, dass der Arbeitgeber die Vertragsänderung bereits vor Ablauf der Kündigungsfrist wünscht. Eine Auslegung in ein Angebot auf Beendigung der Arbeitsbedingungen erst nach Ablauf der Kündigungsfrist scheidet daher in der Regel hier aus. Damit liegt m. E. in diesem Fall bereits begrifflich keine Änderungskündigung mangels eines ausreichenden Zusammenhangs zwischen Änderungsangebot und Kündigungserklärung vor, da die Kündigung des Arbeitsverhältnisses zu einem späteren Datum nicht darauf abzielen kann, die Änderung der Vertragsbedingungen zu einem hiervon abweichenden früheren Datum herbeizuführen. Konsequenz hieraus ist, dass die Kündigung, die zu einem Datum erklärt wurde, welches nach dem Zeitpunkt liegt, zu dem die geänderten Arbeitsbedingungen gelten sollen, letztlich eine Beendigungskündigung darstellt. Nach dem von der ganz herrschenden Meinung angenommenen Vorrang der Änderungskündigung vor der Beendigungskündigung ist diese Beendigungskündigung unwirksam, weil dem gekündigten Arbeitnehmer zum Beendigungsdatum die Weiterarbeit zu geänderten Bedingungen anzubieten gewesen wäre.

Ist dagegen nicht das Angebot auf Änderung der Arbeitsbedingungen zu einem Zeitpunkt vor Ablauf der maßgeblichen Kündigungsfrist gerichtet, sondern ist lediglich die Frist zur Annahme, der zum richtigen Zeitpunkt angebotenen Vertragsänderung, zu kurz bemessen, führt dies nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts nicht zur Unwirksamkeit der Änderungskündigung. Vielmehr gilt in diesem Fall die gesetzliche Frist zur Erklärung des Vorbehalts nach § 2 Satz 2 KSchG. **20**

b) Schriftform des Änderungsangebots

Aufgrund der Regelung des § 623 BGB, wonach die Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Kündigung zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform bedarf, ist selbstverständlich, dass die im Rahmen einer Änderungskündigung enthaltene **21**

³⁷ BAG 21.9.2006, 2 AZR 120/06, BB 2007, 891.

Kap. 21 Änderungskündigung zur Entgeltsenkung

Kündigungserklärung vom Aussteller der Kündigung eigenhändig unterschrieben sein muss (§ 126 Abs. 1 BGB). Dagegen folgt aus dem Wortlaut des § 623 BGB nicht, dass auch das in einer Änderungskündigung enthaltene Änderungsangebot der Schriftform genügen muss. Ferner bedarf die wirksame Begründung eines Arbeitsverhältnisses nicht der Schriftform, was dafür spricht, dass das Änderungsangebot im Rahmen einer Änderungskündigung ebenfalls nicht der Schriftform unterliegt.³⁸ Ungeachtet dessen entspricht es nahezu einhelliger Auffassung, dass aufgrund der Einheitlichkeit von Kündigung und Änderungsangebot³⁹ bzw. aus Gründen der Rechtsklarheit⁴⁰ auch das Änderungsangebot der Schriftform unterliegt und eine rechtswirksame Änderungskündigung daher voraussetzt, dass der Inhalt der angesonnenen Änderungen zumindest ausreichend schriftlich angedeutet wird.⁴¹

c) Reichweite der zulässigen Änderungen

- 22** Sind die Rechtmäßigkeitsanforderungen an das Kündigungselement erfüllt, darf sich der Arbeitgeber mithilfe einer danach an sich zulässigen Änderungskündigung nach ganz überwiegender Auffassung nicht weiter vom bisherigen Vertragsinhalt entfernen, als es zur Erreichung des angestrebten Zwecks notwendig ist.⁴² Das bedeutet zunächst, dass jede einzelne der angesonnenen Vertragsänderungen am Erforderlichkeitsgrundsatz zu messen ist. Ferner bedarf nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts bei einem Änderungsangebot, welches mehrere Änderungen umfasst, jede einzelne Änderung der sozialen Rechtfertigung.⁴³ Entgegen dieser Terminologie folgt aus Letzterem jedoch nicht, dass im Hinblick auf jede einzelne Änderung die zuvor beschriebene zweistufige Prüfung der sozialen Rechtfertigung einer Änderungskündigung vorzunehmen ist. Vielmehr soll damit zum Ausdruck gebracht werden, dass sich jede einzelne der angebotenen Änderungen nicht weiter vom Inhalt des bisherigen Arbeitsvertrages entfernen darf, als es zur Anpassung an die geänderten Arbeitsbedingungen erforderlich ist.⁴⁴

38 *Annuß*, S. 269; *Caspers*, RdA 2001, 28, 30; *Wallner*, S. 114 ff.

39 BAG 16.9.2004, 2 AZR 628/03, BB 2005, 946; BDDH-Nübold, § 2 KSchG Rn. 37; Grobys/Panzer-Heemeier-Juli, Änderungskündigung, Rn. 3; MüKoBGB-Henssler, § 623 BGB Rn. 30a.

40 Däubler, AiB 2000, 188, 190.

41 BAG 17.2.2016, 2 AZR 613/14, AP KSchG 1969, § 2 Nr. 168; BAG 26.1.17, 2 AZR 68/16, NZA 2017, 499.

42 BAG 3.7.2003, 2 AZR 617/02, BB 2004, 1006; BAG 23.6.2005, 2 AZR 95/05, NJOZ 2006, 1601; APS-Künzl, § 2 KSchG Rn. 121.

43 BAG 6.3.1986, 2 ABR 15/85, NZA 1987, 102; BAG 3.7.2003, 2 AZR 617/02, BB 2004, 1006; BAG 18.5.2017, 2 AZR 606/16, BeckRS 2017, 118085; APS-Künzl, § 2 KSchG Rn. 121.

44 BAG 26.6.2008, 2 AZR 147/07, BB 2009 108.

Diese Ansicht ist vereinzelt auf Kritik gestoßen. Ihr wird insbesondere vorge- **23**
 worfen, dass durch das Kündigungsschutzgesetz nur der konkrete Arbeitsvertrag
 geschützt werde. Gäbe es einen vom Kündigungsschutzgesetz anerkannten
 Grund zur Kündigung dieses konkreten Arbeitsvertrages, sei der gesamte Ver-
 tragsinhalt grundsätzlich nicht mehr geschützt.⁴⁵ Bei Vorliegen eines Kündi-
 gungsgrundes wird von den Vertretern dieser Auffassung daher teilweise ange-
 nommen, dass trotz bestehender Weiterbeschäftigungsmöglichkeit auf einem
 anderen Arbeitsplatz keine Obliegenheit des Arbeitgebers existiere, anstelle
 einer Beendigungskündigung eine Änderungskündigung auszusprechen. Wenn
 sich der Arbeitgeber dennoch, ohne gesetzlich dazu verpflichtet zu sein, dazu
 entschließt, mit der Kündigung ein Änderungsangebot zu verbinden, so sei er
 hinsichtlich des Inhalts dieses Änderungsangebots frei.⁴⁶ Andere erkennen dage-
 gen – ebenso wie das Bundesarbeitsgericht – bei Bestehen einer Weiterbeschäf-
 tigungsmöglichkeit auf einem freien anderen Arbeitsplatz einen Vorrang der Än-
 derungskündigung vor der Beendigungskündigung grundsätzlich an und erlegen
 dem Arbeitgeber Schranken hinsichtlich des Inhalts des Änderungsangebots
 auf. Insoweit wird angenommen, der Arbeitgeber müsse dem Arbeitnehmer eine
 Weiterbeschäftigung zu einer üblichen Vergütung i. S. v. § 612 Abs. 2 BGB an-
 bieten⁴⁷ bzw. zu den Bedingungen, zu denen er einen externen Bewerber neu ein-
 stellen könnte.⁴⁸

Jedoch berücksichtigen auch diese zuletzt genannten Anforderungen an den **24**
 Mindestinhalt des Änderungsangebots nach Ansicht des Bundesarbeitsgerichts
 nicht ausreichend, dass der Arbeitnehmer in der Vergangenheit nicht nur einen
 Bestands-, sondern auch einen Inhaltsschutz erworben habe.⁴⁹ Nach ganz herr-
 schender Auffassung folgt daher alleine aus der sozialen Rechtfertigung einer
 Veränderung der Hauptleistungspflicht – sprich der Tätigkeit des Arbeitnehmers –
 im Wege der Änderungskündigung nicht zwangsläufig, dass zugleich auch die
 Vergütung des Arbeitnehmers im Wege dieser Änderungskündigung ebenfalls
 zulässigerweise modifiziert werden kann. Eine Ausnahme hiervon wird aller-
 dings gemacht, wenn im Betrieb ein einheitliches Vergütungssystem angewandt
 wird und für die neue Tätigkeit nach diesem System eine niedrigere Vergütung
 vorgesehen ist als für die bisherige Tätigkeit. In diesen Fällen bedarf die dem

45 *Annuß/Bartz*, NJW 2006, 2153, 2156; *Betz*, BB 2009, 110, 111; *Boecken*, AnwBl
 2006, 681, 687; *Sievers*, NZA 2002, 1182.

46 *Annuß/Bartz*, NJW 2006, 2153, 2156.

47 *Sievers*, NZA 2002, 1182, 1188.

48 *Betz*, BB 2009, 110, 111.

49 BAG 23.6.2005, 2 AZR 642/04, BB 2006, 159.

Kap. 21 Änderungskündigung zur Entgeltsenkung

betrieblichen Vergütungssystem entsprechende Vergütungsänderung keiner besonderen Rechtfertigung (sog. Tarifautomatik).⁵⁰

- 25 Ergibt sich die Höhe der Vergütung dagegen für die geänderte Tätigkeit nicht automatisch aus einem Tarifvertrag oder aus einer vom Arbeitgeber aufgestellten Vergütungsordnung, sondern hat der Arbeitgeber die Gehälter aller vergleichbaren Arbeitnehmer frei ausgehandelt, so ist nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts nach den Grundsätzen der abgestuften Darlegungs- und Beweislast zu prüfen, ob die dem Arbeitnehmer konkret angebotene Vergütung den Änderungsschutz des Arbeitnehmers hinreichend berücksichtigt. Hierbei ist der Arbeitgeber nicht verpflichtet, dem betroffenen Arbeitnehmer im Wege der Änderungskündigung die höchste für vergleichbare Tätigkeiten gezahlte Vergütung anzubieten. Er hat vielmehr lediglich den Arbeitnehmer, dem gegenüber er eine Änderungskündigung ausspricht, unter Berücksichtigung seines Änderungsschutzes in das frei ausgehandelte Vergütungsgefüge einzuordnen. Bietet er dabei dem Arbeitnehmer eine Vergütung an, welche die durchschnittlich gezahlte Vergütung deutlich unterschreitet, so muss er darlegen, welche weiteren Gesichtspunkte ihn zu dieser niedrigen Vergütungsfestsetzung bewogen haben und inwiefern dabei der bestehende Änderungsschutz hinreichend berücksichtigt wurde. Bewegt sich demgegenüber die angebotene Vergütung, verglichen mit der der anderen Arbeitnehmer, im oberen Bereich, so spricht zunächst eine Vermutung dafür, dass die angebotene Vergütung vom Arbeitnehmer billigerweise hinzunehmen ist. In diesem Fall muss der Arbeitnehmer im Rahmen der abgestuften Darlegungslast weitere Gesichtspunkte vortragen, die es gerade bei ihm, unter Berücksichtigung seines Änderungsschutzes, erfordern, dass seine geänderte Tätigkeit noch höher vergütet wird.⁵¹
- 26 Diese Rechtsprechung bedeutet für den Arbeitgeber bei Fehlen einer sogenannten Tarifautomatik eine gewisse Rechtsunsicherheit, weil sich die Untergrenze einer zulässigen Vergütungsreduktion bei einer veränderten Tätigkeit nur schwer bestimmen lässt. Da bei einer Änderungskündigung, die eine Änderung in mehreren Punkten vorsieht, die Unwirksamkeit einer einzelnen der angesonnenen Änderungen zur Unwirksamkeit der gesamten Änderungskündigung führt,⁵² ist dem Arbeitgeber aus praktischer Sicht in diesen Fällen zu raten, im Rahmen des Änderungsangebots nur eine zurückhaltende Vergütungsreduktion anzutragen.

50 BAG 23.6.2005, 2 AZR 642/04, BB 2006, 159; BAG 27.11.2008, 2 AZR 757/07, NZA 2009, 481; BAG 28.10.2010, 2 AZR 688/09, NZA-RR 2011, 167; APS-Künzl, § 2 KSchG Rn. 121.

51 BAG 3.4.2008, 2 AZR 500/06, NZA 2008, 812; KR-Rost/Kreft, § 2 KSchG Rn. 106e.

52 BAG 23.6.2005, 2 AZR 642/04, BB 2006, 159; APS-Künzl, § 2 KSchG Rn. 121; a. A. etwa Berkowsky, NZA-Beil. 2010, 50, 54; Stoffels, NZA 2016, 581 ff.

V. Änderungskündigung zur isolierten Entgeltreduzierung

Grundlegend zu unterscheiden von der soeben dargestellten Konstellation, in der eine Änderungskündigung sowohl auf eine geänderte Tätigkeit als auch auf eine geänderte Vergütung abzielt, sind die Fälle, in denen der Arbeitgeber eine Änderungskündigung ausspricht, die bei gleichbleibender Tätigkeit eine geringere Vergütung vorsieht. Mitunter wird ausgehend von der rechtspolitischen Erwägung, eine solche Änderungskündigung sei geeignet, Arbeitsplätze zu erhalten, weil die Stilllegung eines unrentablen Unternehmens so vermieden werden könne, dafür plädiert, die Rechtmäßigkeit des Einsatzes dieses Instrumentariums seitens der Rechtsprechung nicht zu restriktiv zu beurteilen.⁵³ Ob diese unternehmerische Sichtweise zutrifft, bedarf vorliegend keiner Bewertung, da es der Rechtsprechung nach dem Gewaltenteilungsgrundsatz ohnehin nicht gestattet ist, sich von rechtspolitischen Erwägungen leiten zu lassen, die nicht normativ begründet sind. Entscheidend ist vielmehr, inwieweit dem Arbeitgeber nach Maßgabe des Kündigungsschutzgesetzes die Möglichkeit eröffnet ist, mittels einer Änderungskündigung die Vergütung bei gleichbleibender Tätigkeit zu reduzieren. Hierbei wird vielfach danach differenziert, ob die Änderungskündigung auf eine Reduzierung der im Gegenseitigkeitsverhältnis stehenden Vergütung (s. Rn. 28 ff.) oder auf sogenannte entgeltrelevante Nebenabreden (s. Rn. 33 f.) abzielt. Einen Sonderfall stellt die sogenannte korrigierende Rückgruppierung dar (s. Rn. 35).

1. Reduzierung der im Gegenseitigkeitsverhältnis stehenden Vergütung

Werden auch – trotz eines formal unterschiedlichen Prüfungsmaßstabs im Ansatzpunkt – bei der Überprüfung der sozialen Rechtfertigung einer Änderungskündigung im Allgemeinen von der ganz herrschenden Auffassung im juristischen Schrifttum und von der Rechtsprechung weitgehend übereinstimmende Ergebnisse gefunden (s. Rn. 7 ff.), so gilt dies nicht für den Fall, in dem mithilfe einer Änderungskündigung lediglich die im Synallagma stehende Vergütung reduziert werden soll.⁵⁴

a) Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts

Das Bundesarbeitsgericht nimmt an, dringende betriebliche Erfordernisse i. S. v. §§ 1 Abs. 2 Satz 1, 2 KSchG, die eine solche Änderungskündigung rechtfertigen können, liegen nur vor, wenn durch die Senkung der Personalkosten die Stille-

⁵³ Reiserer/Powietzka, BB 2006, 1109, 1109; Stoffels, FS Hromadka, S. 463, 472; ähnlich Löwisch, NZA 1988, 633, 637.

⁵⁴ Krois, ZfA 2009, 575, 606.

Kap. 21 Änderungskündigung zur Entgeltsenkung

gung des Betriebes oder die Reduzierung der Belegschaft verhindert werden kann und die Kosten durch andere Maßnahmen nicht zu senken sind.⁵⁵ Hierfür sei zwar nicht erforderlich, dass ohne den Ausspruch einer Änderungskündigung der Ruin des Arbeitgebers unmittelbar bevorstehe. Jedoch müsse im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung feststehen, dass bei einer Aufrechterhaltung der bisherigen Personalkostenstruktur weitere, betrieblich nicht mehr auffangbare Verluste entstehen, die absehbar zu einer Reduzierung der Belegschaft oder sogar zu einer Schließung des Betriebes führen. Regelmäßig setze deshalb eine solche Situation einen umfassenden Sanierungsplan voraus, der alle gegenüber der beabsichtigten Änderungskündigung milderen Mittel ausschöpft. Eine bestimmte Frist, die der Arbeitgeber einhalten müsse, bevor er zu einschneidenden Maßnahmen wie dem Ausspruch von Änderungskündigungen zum Zwecke der Entgeltreduzierung greifen darf, existiere nicht. Erforderlich, aber auch ausreichend, sei, dass die vom Arbeitgeber angeführte konkrete Gefährdungssituation ein solches Ausmaß angenommen hat, dass auch unter Ausschöpfung sämtlicher milderer Mittel eine Sanierung des Betriebes zur Abwendung der konkret bedrohlichen Lage nur durch die arbeitsvertraglichen Änderungen möglich ist.⁵⁶ Liegt ein solcher Fall vor, habe der Arbeitgeber den Verhältnismäßigkeits- und den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz beim Ausspruch seiner Änderungskündigungen zu beachten. Dies bedeute, dass die angebotene Vergütungsreduktion nicht weiter gehen darf als zur Verhinderung der Betriebsstilllegung bzw. zur Vermeidung des Arbeitsplatzabbaus nötig.⁵⁷ Ferner sei der von den Arbeitnehmern zu erbringende Beitrag auf alle Arbeitnehmer des Betriebes gleichmäßig zu verteilen.⁵⁸

b) Abweichende Ansichten im juristischen Schrifttum

- 30** Vereinzelt wird im juristischen Schrifttum die Auffassung vertreten, eine betriebsbedingte Änderungskündigung, die lediglich darauf abzielt, die Vergütung bei unveränderter Tätigkeit zu reduzieren, sei mangels gesetzlicher Grundlage generell unzulässig.⁵⁹ Andere Autoren stimmen mit dieser Ansicht insoweit überein, als sie ebenfalls davon ausgehen, mithilfe von § 2 KSchG könne die Änderungskündigung zur isolierten Entgeltsenkung nicht legitimiert werden.⁶⁰ Dennoch wird eine Änderungskündigung, welche lediglich auf eine Reduktion

55 BAG 12.1.2006, 2 AZR 126/05, BB 2006, 1115; BAG 29.11.2007, 2 AZR 789/06, BeckRS 2011, 74166; BAG 26.6.2008, 2 AZR 139/07, AP KSchG 1969 § 2 Nr. 138.

56 BAG 29.11.2007, 2 AZR 789/06, BeckRS 2011, 74166; BAG 20.10.2017, 2 AZR 783/16 (F), NZA 2018, 440.

57 BAG 29.11.2007, 2 AZR 789/06, BeckRS 2011, 74166.

58 BAG 26.6.2008, 2 AZR 139/07, AP KSchG 1969 § 2 Nr. 138.

59 *Berkowsky*, Die betriebsbedingte Änderungskündigung, 1999, S. 109 ff.; *Breuckmann*, S. 265 ff.; *Kittner*, NZA 1997, 968, 971 ff.

60 *Wallner*, S. 239.

der Vergütung bei unveränderter Tätigkeit abzielt, unter bestimmten Voraussetzungen für zulässig erachtet. Dogmatisch wird dies damit begründet, dass eine Änderungskündigung in diesem Fall als milderes Mittel gegenüber einer ansonsten notwendig werdenden Beendigungskündigung zulässig sein könne.⁶¹ Letztlich liegt dieser Gedanke – entgegen der sprachlichen Anknüpfung an das Erfordernis eines betriebsbedingten Kündigungsgrundes i. S. v. §§ 1 Abs. 2, 2 KSchG – auch der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zugrunde. Denn auch das Bundesarbeitsgericht hält eine derartige Änderungskündigung aufgrund des damit einhergehenden Eingriffs in das Verhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung nur dann für zulässig, wenn hierdurch eine ansonsten notwendige Beendigungskündigung vermieden werden kann.⁶² Soweit im juristischen Schrifttum eine Änderungskündigung zur isolierten Reduzierung der im Gegenseitigkeitsverhältnis stehenden Vergütung aus Gründen der Verhältnismäßigkeit für zulässig erachtet wird, werden vielfach die hierfür vom Bundesarbeitsgericht aufgestellten strengen Voraussetzungen weitgehend übernommen und lediglich im Detail etwas weniger restriktive Anforderungen an den Kündigungsgrund gestellt. So wird vertreten, dass auch Verluste in einzelnen Abteilungen, die in absehbarer Zeit, worunter ein Zeitraum von ca. einem Jahr verstanden wird, einen Arbeitsplatzwegfall befürchten lassen, als Kündigungsgrund selbst dann ausreichen, wenn der Betrieb in seinem Bestand insgesamt nicht betroffen ist.⁶³ Andere Autoren sprechen sich im Hinblick auf die unternehmerische Entscheidungsfreiheit für eine arbeitgeberfreundlichere Sichtweise aus und plädieren für niedrigere Anforderungen an den Kündigungsgrund. Ausreichend soll danach etwa sein, dass der Betrieb fortlaufend rote Zahlen schreibt⁶⁴ bzw. das Streben des Arbeitgebers nach einem Mindestgewinn oder einer Mindestrentabilität.⁶⁵ Schließlich wird in der Literatur unter Berufung auf praktische Bedürfnisse ein flexibles sog. „Drei-Stufen-Modell“ vorgeschlagen, bei dem die Anforderungen an den Kündigungsgrund bei einer Änderungskündigung, die isoliert auf eine Reduktion der Vergütung abzielt, unterschiedlich streng sind, je nachdem, inwieweit die Arbeitnehmer auf die Beibehaltung ihrer bisherigen Vergütung vertrauen dürfen.⁶⁶

61 Wallner, S. 244.

62 BAG 12.1.2006, 2 AZR 126/05, BB 2006, 1115.

63 Krois, ZfA 2009, 575, 610 ff.; APS-Künzl, § 2 KSchG Rn. 261; ähnlich Hromadka, NZA 1996, 1, 10.

64 Stoffels, FS Hromadka, S. 463, 473.

65 Rücker, S. 115.

66 Reiserer/Powietzka, BB 2006, 1109, 1112 ff.

Kap. 21 Änderungskündigung zur Entgeltsenkung

c) Stellungnahme

- 31** Zunächst gilt es sich vor Augen zu führen, dass der Gesetzgeber die soziale Rechtfertigung einer Änderungskündigung, mithilfe derer die Vergütung bei unveränderter Tätigkeit reduziert werden soll, nicht gesondert geregelt hat. Die soziale Rechtfertigung einer solchen Änderungskündigung kann daher auch unter Berufung auf vermeintliche Bedürfnisse der Praxis nicht anhand abweichender Maßstäbe erfolgen als eine Änderungskündigung, deren Änderungsangebot einen anderen Inhalt hat. Diese Feststellung führt im nächsten Schritt zu dem Ergebnis, dass sich die soziale Rechtfertigung einer Änderungskündigung, die isoliert auf eine Entgeltsenkung abzielt, weder nach der Beendigungs- noch nach der Änderungstheorie rechtfertigen lässt. Denn unabhängig davon, ob man annimmt, die Anforderungen an das in einer Änderungskündigung enthaltene Kündigungselement ergeben sich aus § 1 Abs. 2 KSchG oder aus § 2 Satz 1 KSchG, ist beiden Auffassungen gemeinsam, dass eine Änderungskündigung nur bei Vorliegen betriebs-, personen- oder verhaltensbedingter Gründe sozial gerechtfertigt ist. Einen derartigen Kündigungsgrund – und insbesondere einen betriebsbedingten Kündigungsgrund – stellen die unterschiedlichen diskutierten Wirtschaftlichkeitserwägungen nicht dar. Dies wird auch von denjenigen so erkannt, welche die soziale Rechtfertigung der Änderungskündigung zur isolierten Entgeltreduktion im Einzelfall aus Gründen der Verhältnismäßigkeit bejahen.
- 32** M.E. sind die von der Rechtsprechung und Teilen des Schrifttums genannten Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen jedoch auch unter Berufung auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht geeignet, eine derartige Änderungskündigung zu rechtfertigen. Im Hinblick auf dessen bilaterale Geltung (s. Rn. 14 ff.) stellt der Ausspruch einer Änderungskündigung gegenüber sämtlichen Mitarbeitern eines Betriebs bzw. einer Abteilung, die auf eine Reduktion der Vergütung bei unveränderter Tätigkeit abzielt, kein milderer Mittel als der Ausspruch von Beendigungskündigungen gegenüber einzelnen Mitarbeitern des Betriebs bzw. einer Abteilung dar. Vom Verhältnismäßigkeitsgrundsatz erfasst kann eine Änderungskündigung daher bereits dem Grunde nach ohnehin nur dann sein, wenn diese anstelle einer gegenüber dem konkreten Arbeitnehmer ansonsten auszusprechenden Beendigungskündigung erfolgt. Liegen bereits die Voraussetzungen für eine betriebsbedingte Beendigungskündigung vor, stellt sich die hier diskutierte Problematik nicht, weil ein Arbeitgeber, der berechtigt wäre, eine Kündigung ohne Änderungsangebot auszusprechen, selbstverständlich auch berechtigt ist, mit dem Ausspruch einer Kündigung ein Änderungsangebot zu verbinden. Problematisch ist jedoch, ob unter Berufung auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bei Fehlen eines aktuellen Kündigungsgrundes der Ausspruch einer Änderungskündigung mit der Begründung gerechtfertigt werden kann, andernfalls läge in absehbarer Zeit (beispielsweise in einem Jahr) voraussichtlich ein Grund für eine Beendigungskündigung vor. Stellt also die Vermeidung eines

zukünftigen Grundes für eine Beendigungskündigung tatsächlich einen Grund für eine Änderungskündigung dar?⁶⁷ Auch wenn die Beantwortung dieser Frage anhand der einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen zu erfolgen hat, erscheint vorab doch bemerkenswert, dass gerade diejenigen, die für eine möglichst hohe Flexibilität des Arbeitgebers wegen der Unvorhersehbarkeit künftiger Entwicklungen plädieren, die Auffassung vertreten, dass der Zeitraum, zu dem andernfalls voraussichtlich ein betriebsbedingter Kündigungsgrund vorliegt, möglichst großzügig bemessen werden sollte und die Anforderungen an die Ausschöpfung alternativer Maßnahmen und an ein Sanierungskonzept nicht zu hoch gestellt werden sollten. Diese Argumentation erfolgt m. E. mit zweierlei Maß. Sind künftige Entwicklungen für den Arbeitgeber schwer vorherzusehen, gilt dies doch für positive wie auch für negative Entwicklungen gleichermaßen. Es stellt sich daher die Frage, woher der Arbeitgeber, der nicht zuverlässig beurteilen kann, ob es ihm in einem Jahr „wirtschaftlich gut geht“, wissen kann, ob es ihm in einem Jahr „wirtschaftlich schlecht geht“. Bei einer rein dogmatischen Betrachtung lässt sich dem Kündigungsschutzgesetz nicht entnehmen, dass die Vermeidung einer künftigen betriebsbedingten Kündigung einen eigenständigen Grund für eine Änderungskündigung zur isolierten Entgeltreduzierung darstellen kann. Zwar hat der Gesetzgeber den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz mithilfe des Wortes „bedingt“ in § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG im Kündigungsschutzgesetz verankert, jedoch nur in der Weise, dass gerade und ausschließlich personen-, verhaltens- und betriebsbedingte Gründe eine (Änderungs-)Kündigung rechtfertigen können. Ein solcher Grund liegt in den hier diskutierten Fällen jedoch gerade nicht vor. Angesichts der – mitunter unter Verweis auf das Sozialstaatsprinzip – häufig vertretenen Auffassung, wonach das gesamte Kündigungsrecht durch das ultima-ratio-Prinzip überlagert werde,⁶⁸ ließe sich schließlich noch daran denken, die Rechtmäßigkeit einer Änderungskündigung zur Vermeidung einer künftigen Beendigungskündigung mithilfe dieses allgemeinen Grundsatzes zu rechtfertigen. Hiergegen spricht aber, dass das im Sozialstaatsprinzip verankerte ultima-ratio-Prinzip im Hinblick auf das Kündigungsrecht gerade im Kündigungsschutzgesetz seine konkrete Ausgestaltung gefunden hat. Eine nach dem Kündigungsschutzgesetz sozial nicht gerechtfertigte Änderungskündigung lässt sich daher m. E. nicht mithilfe des Sozialstaatsprinzips bzw. des „allgemeinen ultima-ratio-Prinzips“ im Widerspruch zu den Bestimmungen des Kündigungsschutzgesetzes begründen.

67 *Annuß*, S. 282.

68 BAG 23.9.1976, 2 AZR 309/75, AP KSchG 1969 § 1 Wartezeit Nr. 1.

2. Änderung sogenannter Nebenabreden

- 33 Während sich das Bundesarbeitsgericht im Rahmen der zuvor dargestellten Überprüfung der sozialen Rechtfertigung einer Änderungskündigung, die auf eine Reduktion der im Synallagma stehenden Vergütung bei unveränderter Tätigkeit abzielt, jedenfalls nicht ausdrücklich zu einem gegenüber sonstigen Änderungskündigungen abweichenden Prüfungsmaßstab bekennt, werden bei einer Änderungskündigung, mit der lediglich sog. Nebenabreden modifiziert werden sollen, auch wenn diese Entgeltcharakter haben, *expressis verbis* weniger strenge Maßstäbe angelegt.⁶⁹ Als derartige Nebenabreden gelten arbeitsvertragliche Vereinbarungen, die an Umstände anknüpfen, die erkennbar nicht während der gesamten Dauer des Arbeitsverhältnisses gleich bleiben müssen. Angenommen wurde dies bislang etwa für Abreden, die eine pauschale Vergütung für Überstunden,⁷⁰ pauschale Fahrt- oder Mietkostenzuschüsse oder einen kostenlosen Bustransfer vom Wohnort zur Arbeitsstätte⁷¹ vorsahen. Es wird argumentiert, der Arbeitgeber hätte sich in diesem Fall den Widerruf der versprochenen Leistung vorbehalten können. Sei dies unterblieben, könne bei einer wesentlichen Veränderung der für die jeweilige Abrede maßgeblichen Umstände eine Änderung der Nebenabrede mithilfe einer Änderungskündigung gerechtfertigt sein.⁷² Ein Arbeitgeber stütze sich hierbei auf Umstände, die außerhalb von §§ 1, 2 KSchG als möglicher Wegfall oder als mögliche Störung der Geschäftsgrundlage geprüft würden. Derartige Umstände können das Beharren auf der vereinbarten Leistung als unbillig und unberechtigt erscheinen lassen und daher geeignet sein, eine Änderungskündigung sozial zu rechtfertigen.⁷³
- 34 Diese Auffassung wird zu Recht kritisiert.⁷⁴ Bereits die rechtssichere Beurteilung dessen, was als Nebenabrede einzustufen ist, dürfte in der Praxis im Einzelfall erhebliche Schwierigkeiten bereiten.⁷⁵ Noch schwerer wiegen jedoch die dogmatischen Bedenken. Ganz unabhängig davon, ob in den von der Rechtsprechung entschiedenen Fällen die Voraussetzungen einer Vertragsanpassung wegen Störung der Geschäftsgrundlage wirklich vorgelegen hätten, überzeugt es m. E. nicht, einerseits zu argumentieren, die Vorschriften zur sozialen Rechtfertigung einer Änderungskündigung nach §§ 1, 2 KSchG seien Sondervorschriften gegenüber den allgemeinen schuldrechtlichen Bestimmungen betreffend die

69 BAG 27.3.2003, 2 AZR 74/02, NZA 2003, 1029.

70 BAG 23.11.2000, 2 AZR 547/99, BB 2001, 940.

71 BAG 27.3.2003, 2 AZR 74/02, NZA 2003, 1029.

72 BAG 23.11.2000, 2 AZR 547/99, BB 2001, 940; BAG 27.3.2003, 2 AZR 74/02, NZA 2003, 1029.

73 BAG 20.6.2013, 2 AZR 396/12, NZA 2013, 1409.

74 Ausführlich etwa: *Berkowsky*, NZA 2003, 1130 ff.

75 *APS-Künzl*, § 2 KSchG Rn. 266a; *Moll-Boewer*, § 46 Rn. 143; *Herbert/Oberrath*, NJW 2008, 3177, 3180.

Störung der Geschäftsgrundlage i. S. v. § 313 BGB,⁷⁶ um dann andererseits unter Verweis auf die allgemeinen Bestimmungen zur Störung der Geschäftsgrundlage die soziale Rechtfertigung einer Änderungskündigung zu bejahen, obwohl sie nach dem gewöhnlichen Prüfungsmaßstab nach §§ 1, 2 KSchG gerade nicht sozial gerechtfertigt wäre. Nach dem Grundsatz *lex specialis derogat legi generali* verdrängt die Sondervorschrift die allgemeine Bestimmung und nicht umgekehrt.⁷⁷ Ferner sprechen auch die angeführten Billigkeitserwägungen m. E. nicht dafür, an die Prüfung der sozialen Rechtfertigung einer Änderungskündigung, welche die Modifikation sog. Nebenabreden zum Ziel hat, erleichterte Anforderungen zu stellen. Schließlich ist dem Arbeitgeber, für den erkennbar war, dass die Umstände, unter denen die Abrede getroffen wurde, nicht während der gesamten Dauer des Arbeitsverhältnisses gleich bleiben müssen, zuzumuten, einen zulässigen Widerrufsvorbehalt zu vereinbaren.⁷⁸ Vergisst er dies oder kann er die Regelung über einen Widerrufsvorbehalt gegenüber dem Arbeitnehmer bei Vertragsschluss nicht durchsetzen, erscheint es mir im Gegenteil unbillig, dem Arbeitgeber nachträglich ein Mittel an die Hand zu geben, mit dessen Hilfe er unter Gefährdung des Fortbestands des Arbeitsverhältnisses eine Vertragsanpassung herbeiführen kann. Schließlich darf nicht übersehen werden, dass bei einer Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 Abs. 1 BGB grunds. lediglich eine Vertragsanpassung erfolgt, wohingegen ein Arbeitnehmer, welcher ein derartiges im Zusammenhang mit einer Kündigung erklärtes Änderungsangebot nicht (zumindest unter Vorbehalt nach § 2 Satz 2 KSchG) annimmt, seinen Arbeitsplatz verliert, wenn man eine solche Änderungskündigung für sozial gerechtfertigt erachtet.

3. Rückgruppierung mittels Änderungskündigung

Für zahlreiche Arbeitsverhältnisse richtet sich die Höhe der Vergütung des Arbeitnehmers nach tarifvertraglichen Bestimmungen. Wird der Arbeitnehmer in diesen Fällen nach einer Entgeltgruppe bezahlt, obwohl die Voraussetzungen hierfür nicht oder jedenfalls nicht mehr erfüllt sind, kommt es für eine seitens des Arbeitgebers begehrte Herabsetzung der Vergütung nach Maßgabe einer niedrigeren Entgeltgruppe darauf an, ob im Arbeitsvertrag die Bezahlung der Vergütung nach der bisherigen konkreten Entgeltgruppe konstitutiv vereinbart war oder ob die Höhe der Vergütung von der Erfüllung der tarifvertraglichen Voraussetzungen abhängen sollte. Wurde im Arbeitsvertrag der Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers nicht konstitutiv auf Basis einer bestimmten Entgeltgruppe vereinbart, bedarf es keiner Vertragsänderung, wenn sich im Nachhinein herausstellt, dass die Voraussetzungen der Entgeltgruppe, nach der sich

⁷⁶ BAG 8.10.2009, 2 AZR 235/08, NZA 2010, 465.

⁷⁷ Ähnlich: *Berkowsky*, NZA 2003, 1130, 1132.

⁷⁸ APS-Künzl, § 2 KSchG Rn. 266a.

Kap. 21 Änderungskündigung zur Entgeltsenkung

die bisherige Vergütung gerichtet hat, nicht erfüllt sind. In dieser Fallgestaltung ist der Arbeitgeber aufgrund der sog. Tarifaufstieg daher individualrechtlich grds. ohne Weiteres berechtigt, die Vergütung nur mehr nach der zutreffenden niedrigeren Entgeltgruppe zu leisten.⁷⁹ Im Einzelfall kann jedoch eine derartige Rückgruppierung aus Gründen des Vertrauensschutzes unzulässig sein.⁸⁰ Haben sich die Parteien hingegen konstitutiv auf einen Vergütungsanspruch nach Maßgabe einer bestimmten Entgeltgruppe geeinigt, kann hiervon lediglich im Falle einer Änderung des Arbeitsvertrages abgewichen werden. Gelingt es dem Arbeitgeber nicht, den Arbeitnehmer von einer einvernehmlichen Vertragsänderung zu überzeugen, wird im Schrifttum vielfach, ohne weitergehende Problematisierung, auf das Instrumentarium der Änderungskündigung zur Vertragsanpassung verwiesen. Dieser pauschale Hinweis ist zumindest deswegen irreführend, weil eine Änderungskündigung auch in diesem Fall nicht unter erleichterten Voraussetzungen zulässig ist.⁸¹ Zwar wird dies vereinzelt vertreten und beispielsweise argumentiert, bei beiderseitiger Tarifbindung könne eine übertarifliche Bezahlung zur Missstimmung bei anderen Mitarbeitern führen, was einen betriebsbedingten Grund für eine Änderungskündigung darstellen könne.⁸² Solange jedoch nicht ausnahmsweise die Voraussetzungen einer zulässigen sog. Druckkündigung vorliegen, gilt allerdings, dass eine Entgeltreduzierung allein zum Zwecke der Herstellung der Gleichbehandlung der Mitarbeiter nicht mithilfe einer Änderungskündigung erfolgen kann.⁸³ Mithin handelt es sich schlichtweg um den unter Ziffer V.1. dargestellten Fall der Änderungskündigung mit dem Ziel der Reduzierung der im Gegenseitigkeitsverhältnis stehenden Vergütung bei unveränderter Tätigkeit. Wie gezeigt, ist eine solche Änderungskündigung – wenn man sie überhaupt für zulässig hält – aufgrund der strengen Anforderungen der Rechtsprechung in der Praxis nahezu ausgeschlossen. Mithin entscheidet in aller Regel die häufig im Wege der Auslegung (nur schwer) zu ermittelnde Frage, ob die Vergütung nach einer bestimmten Entgeltgruppe konstitutiv vereinbart wurde, darüber, ob eine nachträgliche Korrektur der Vergütung nach Maßgabe eines Tarifvertrages möglich ist oder nicht.⁸⁴ Den Vertragsparteien ist daher zu raten, diesen Umstand bei Vertragsschluss stärker als bisher zu bedenken und auf eine eindeutige Formulierung im Arbeitsvertrag zu achten.

79 BAG 16.2.2000, 4 AZR 62/99, BB 2001, 476; BAG 24.9.2008, 4 AZR 685/07, NZA 2009, 499; APS-Künzl, § 2 KSchG Rn. 268; ErfK-Koch, § 46 ArbGG Rn. 35; KR-Rost/Kreft, § 2 KSchG Rn. 108; *Kleinebrink*, NZA-RR 2014, 113, 114 ff.; *Mauwer*, NZA 1993, 721, 722 ff.; *Seel*, öAT 2011, 97, 98; einschränkend: *Küttner-Griese*, Eingruppierung, Rn. 21 f.

80 Vgl. etwa BAG 13.12.2017, 4 AZR 576, 16, NZA 2018, 601.

81 APS-Künzl, § 2 KSchG Rn. 270; *Kleinebrink*, NZA-RR 2014, 113, 118.

82 DHSW-Manske, § 2 KSchG Rn. 80.

83 BAG 1.7.1999, 2 AZR 826/98, NZA 2000, 592.

84 Vgl. hierzu ausführlich: *Kleinebrink*, NZA-RR 2014, 113, 116 ff.

VI. Die Beteiligung des Betriebsrats

In Betrieben, in denen ein Betriebsrat existiert, ist dieser vor Ausspruch einer Änderungskündigung nach § 102 BetrVG zu beteiligen. Eine ordnungsgemäße Betriebsratsanhörung setzt hierbei neben der Mitteilung des aus Sicht des Arbeitgebers relevanten Kündigungssachverhalts voraus, dass der Betriebsrat über den Inhalt des Änderungsangebots informiert wird.⁸⁵ Bei einer Änderungskündigung, die jedenfalls auch auf eine Reduzierung der Vergütung abzielt, sind dem Betriebsrat daher die Kündigungsfrist,⁸⁶ die Gründe für die beabsichtigte Vergütungsreduktion⁸⁷ und der konkrete Inhalt der angestrebten künftigen Vergütungsabrede mitzuteilen. Erfolgte die Betriebsratsanhörung fehlerhaft, wirkt sich dies nur bei einer vorbehaltlosen Annahme des Änderungsangebots nicht aus, da die Unwirksamkeit der Kündigungserklärung nach § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG nicht zur Unwirksamkeit des Änderungsangebots führt.⁸⁸ **36**

Zielt die Änderungskündigung zumindest auch auf eine Veränderung der betrieblichen Lohngestaltung ab, unterliegt dies der Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG.⁸⁹ Ein solcher Fall liegt etwa dann vor, wenn eine vertragliche Einheitsregelung zur Vergütung, wie etwa die Gewährung einer Auslöse bei auswärtiger Tätigkeit, mithilfe einer Änderungskündigung modifiziert werden soll. Verletzt der Arbeitgeber dieses Mitbestimmungsrecht bei Ausspruch der Änderungskündigung, folgt hieraus nicht die Unwirksamkeit der Änderungskündigung, da die sog. Theorie der Wirksamkeit im Kündigungsrecht nach neuerer Auffassung des Bundesarbeitsgerichts keine Anwendung findet. Ist die Änderungskündigung sozial gerechtfertigt, ist es dem Arbeitgeber daher lediglich verwehrt, die Änderung durchzusetzen, ehe die erforderliche Zustimmung des Betriebsrats vorliegt bzw. durch den Spruch einer Einigungsstelle ersetzt wurde.⁹⁰ **37**

85 BAG 10.3.1982, 4 AZR 158/79, NJW 1982, 2839; BAG 12.8.2010, 2 AZR 104/09, BeckRS 2011, 67804; APS-Künzl, § 2 KSchG Rn. 131; BDDH-Nübold, § 102 BetrVG Rn. 153; DHSW-Manske, § 2 KSchG Rn. 59; GK-BetrVG-Raab, § 102 Rn. 99; Richardi-Thüsing, § 102 BetrVG Rn. 60.

86 BAG 29.3.1990, 2 AZR 420/89, AP BetrVG 1972 § 102 Nr. 56; APS-Künzl, § 2 KSchG Rn. 129; GK-BetrVG-Raab, § 102 Rn. 99; MüKoBGB-Hergenröder, § 2 KSchG Rn. 88.

87 LAG Niedersachsen 21.2.2011, 6 Sa 1570/00, BeckRS 2014, 67716.

88 APS-Künzl, § 2 KSchG Rn. 137; ErfK-Oetker, § 2 KSchG Rn. 19.

89 BAG 17.6.1998, 2 AZR 336/97, BB 1998, 2320; ErfK-Oetker, § 2 KSchG Rn. 23.

90 BAG 17.6.1998, 2 AZR 336/97, BB 1998, 2320; BAG 23.11.2000, 2 AZR 690/99, BeckRS 2000, 30788293; APS-Künzl, § 2 KSchG Rn. 171; BDDH-Nübold, § 2 KSchG Rn. 165; ErfK-Oetker, § 2 KSchG Rn. 23; KR-Rost/Kreft, § 2 KSchG Rn. 145; a. A. BAG 31.1.1984, 1 AZR 174/81, NZA 1984, 167; v. Hoyningen-Huene-Linck, § 2 KSchG Rn. 205.

- 38 Schließlich ist bei einer Änderungskündigung, deren Änderungsangebot (auch) eine Versetzung i. S. v. § 95 Abs. 3 BetrVG oder eine Umgruppierung zum Gegenstand hat, in Betrieben mit in der Regel mehr als zwanzig wahlberechtigten Arbeitnehmern der Betriebsrat zusätzlich nach § 99 BetrVG zu beteiligen. Hierbei können aus Gründen der Vereinfachung die Verfahren der Beteiligung nach § 99 BetrVG und nach § 102 BetrVG miteinander verbunden werden. Erforderlich ist allerdings, dass der Arbeitgeber dem Betriebsrat zu erkennen gibt, dass er mit dem Antrag auf Zustimmung zur Umgruppierung zugleich das Mitwirkungsverfahren für die beabsichtigte Änderungskündigung einleiten will.⁹¹ Auch insoweit gilt, dass die Wirksamkeit einer Änderungskündigung jedoch nicht davon abhängt, dass der Betriebsrat zuvor der Versetzung bzw. der Umgruppierung zugestimmt hat bzw. die Zustimmung durch das Gericht ersetzt worden ist.⁹² Der Arbeitgeber darf jedoch eine Versetzung nicht tatsächlich vornehmen, ehe nicht die Zustimmung des Betriebsrats hierzu erteilt bzw. ersetzt wurde.⁹³ Wird ein Zustimmungsersetzungsverfahren hinsichtlich einer aus Anlass einer Änderungskündigung begehrten Umgruppierung vorgenommen, wird angenommen, dass dieser gerichtlichen Entscheidung eine gewisse Bindungswirkung auch für das Individualrechtsverhältnis zwischen dem Arbeitgeber und dem betroffenen Arbeitnehmer zukommt.⁹⁴ Wird die Zustimmung zu einer vom Arbeitgeber begehrten Umgruppierung in einem Beschlussverfahren nicht ersetzt, weil eine andere als die dem Arbeitnehmer angebotene Vergütungsgruppe zutreffend ist, ist eine Änderungskündigung nach Ansicht des Bundesarbeitsgerichts und verbreiteter Auffassung im Schrifttum nicht sozial gerechtfertigt.⁹⁵

VII. Zusammenfassung

- 39 Die vorstehenden Ausführungen zeigen, dass die Änderungskündigung ein wenig geeignetes Mittel ist, um die arbeitsvertraglich vereinbarte Vergütung nachträglich einseitig zu reduzieren. Denkbar ist dies nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zwar in den Fällen, in denen mithilfe einer Änderungskündigung auch die Hauptleistungspflicht des Arbeitnehmers verändert werden soll. Jedoch kann eine Änderungskündigung auch hier nicht als strategisches

91 BAG 3.11.1977, 2 AZR 277/76, AP BPersVG § 75 Nr. 1; MüKoBGB-Hergenröder, § 2 KSchG Rn. 94.

92 BAG 30.9.1993, 2 AZR 283/93, NZA 1994, 615; BAG 12.8.2010, 2 AZR 945/08, NZA 2011, 460; KR-Rost/Kreft, § 2 KSchG Rn. 136 ff.

93 APS-Künzl, § 2 KSchG Rn. 163; KR-Rost/Kreft, § 2 KSchG Rn. 137; zu den Folgen einer dauerhaften Unmöglichkeit der Realisierung der Änderungskündigung wegen rechtskräftiger Abweisung eines Antrags auf Zustimmungsersetzung vgl. KR-Rost/Kreft, § 2 KSchG Rn. 141b.

94 KR-Rost/Kreft, § 2 KSchG Rn. 142a.

95 BAG 28.8.2008, 2 AZR 967/06, NZA 2009, 505; APS-Künzl, § 2 KSchG Rn. 160; BDDH-Nübold, § 2 KSchG Rn. 163; Berkowsky, NZA 2010, 250, 252.

Mittel des Arbeitgebers zur Senkung der Personalkosten eingesetzt werden, weil es ihm jedenfalls nach ganz herrschender Meinung verwehrt ist, hierdurch sein Vergütungsniveau abzusenken.⁹⁶ Zielt die Änderungskündigung darauf ab, dass bei unveränderter Hauptleistungspflicht des Arbeitnehmers lediglich dessen Vergütung reduziert wird, sprechen m.E. gute Gründe dafür, eine Änderungskündigung, die der sozialen Rechtfertigung nach dem Kündigungsschutzgesetz bedarf, generell für sozialwidrig zu erachten. Abweichend hiervon hält die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts in diesen Fällen die soziale Rechtfertigung einer Änderungskündigung für grundsätzlich möglich. Sofern es sich dabei jedoch nicht ausnahmsweise um eine – schwer identifizierbare – sog. Nebenabrede handelt, sind die vom Bundesarbeitsgericht geforderten Voraussetzungen für die Rechtmäßigkeit einer solchen Änderungskündigung derart hoch, dass deren soziale Rechtfertigung nur im Ausnahmefall in Betracht kommt. Angesichts dessen ist der nach einer flexiblen Vergütung strebende Arbeitgeber gehalten, bereits bei Begründung eines Arbeitsverhältnisses vorausschauend zu agieren und – soweit rechtlich zulässig – zu versuchen, vergütungswirksame Anpassungsmöglichkeiten im Arbeitsvertrag mit dem Arbeitnehmer zu vereinbaren (s. insbesondere Kap. 20 und 24 bis 26).

⁹⁶ Krois, ZfA 2009, 575, 585.

Kapitel 22

Vergütungsordnungen beim Betriebsübergang

Schrifttum: *Bachner*, Fortgeltung von Gesamt- und Einzelbetriebsvereinbarungen nach Betriebsübergang, NJW 2003, 2861; *Bachner/Gerhardt/Matthießen*, Arbeitsrecht bei der Umstrukturierung von Unternehmen und Betrieben, 5. Aufl. 2018 (BGM); *Bayreuther*, Vorbehaltlose dynamische Bezugnahmeklauseln nach einem Betriebsübergang – Neues vom EuGH, NJW 2017, 2158; *Brune/Schmitz-Scholemann*, Die Fortgeltung einer Gesamtbetriebsvereinbarung als Einzelbetriebsvereinbarung nach einem Betriebsübergang – Überlegungen zum Beschluss des Bundesarbeitsgerichts vom 24. Januar 2017, FS Willemssen, 2018, S. 65; *Busch/Gerlach*, Dynamische Verweisung auf Tarifverträge vs. unternehmerische Freiheit nach Betriebsübergang, BB 2017, 2356; *dies.*, Anpassungsmöglichkeiten bei dynamischer Verweisung auf Tarifvertrag, BB 2018, 1780; *Eylert/Schinz*, Dynamische Bezugnahmeklauseln beim Betriebsübergang im Spannungsfeld zwischen nationalen und europäischen Regelungen, RdA 2017, 140; *Gaul/Naumann*, Rechtsfolgen eines Betriebsübergangs für unternehmens- und konzernspezifische Sonderleistungen, NZA 2011, 121; *Gräff*, Tarifpluralität und Tarifeinheit nach Betriebs(teil)übergang, NZA 2016, 327; *Hartmann*, Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu dynamischen Bezugnahmeklauseln im Betriebsübergang, EuZA 2015, 203; *Henssler*, Unternehmensumstrukturierung durch Tarifrecht, FS Schaub, 1998, S. 311; *Hohenstatt*, Nach „Asklepios“: Sechs Thesen zum Schicksal von Bezugnahmeklauseln beim Betriebsübergang, FS Willemssen, 2018, S. 187; *Hromadka/Maschmann/Wallner*, Der Tarifwechsel, 1999; *Jacobs*, Gesamtbetriebsvereinbarung und Betriebsübergang, FS Konzen, 2006, S. 345; *Jacobs/Frieling*, Keine dynamische Weitergeltung von kleinen dynamischen Bezugnahmeklauseln nach Betriebsübergängen, EuZW 2013, 737; *Klein*, Das Schicksal dynamischer Bezugnahmeklauseln bei Betriebsübergang – Korrekturmöglichkeit durch EuGH, NZA 2016, 410; *Kreft*, Normative Fortgeltung von Betriebsvereinbarungen nach einem Betriebsübergang, FS Wißmann, 2005, S. 347; *R. Lange*, Die Fortgeltung von Betriebsvereinbarungen bei Umstrukturierung, NZA 2017, 288; *Latzel*, Unternehmerische Freiheit als Grenze des Arbeitnehmerschutzes – vom Ende dynamischer Bezugnahmen nach Betriebsübergang, RdA 2014, 110; *C. Meyer*, Kollektiv- und individualrechtliche Überleitungsverträge bei Betriebsübergang, DB 2009, 1350; *ders.*, Normative Fortgeltung einer Gesamtbetriebsvereinbarung bei Betriebsübergang, NZA 2016, 749; *Mückl/Fuhrott/Niklas/Otto/Schwab*, Arbeitsrecht in der Umstrukturierung, 4. Aufl. 2016 (MFNOS); *Müller-Bonanni/Mehrens*, Ablösung der tariflichen Vergütungsordnung nach Betriebsübergang auf einen nicht tarifgebundenen Erwerber, NZA 2012, 1194; *Mues*, Bestandsschutz und Änderbarkeit von Betriebsvereinbarungen nach Betriebsübergang und Betriebsteilübergang, DB 2003, 1273; *Naber/Krois*, EuGH zum Schicksal von Bezugnahmeklauseln bei Betriebsübergang – Anpassungsbedarf im deutschen Recht?, ZESAR 2014, 121; *Neufeld/Flockenhäus*, Ablösung individualrechtlicher Zusagen betrieblicher Altersversorgung im Lichte der neuen Rechtsprechung, BB 2016, 2357; *Preis/Richter*, Grenzen der normativen Fortgeltung von Betriebsvereinbarungen beim Betriebsübergang, ZIP 2004, 925; *Reichold*, Entgeltanspruch aufgrund Vergütungsordnung trotz fehlender Nachwirkung, RdA 2011, 311; *Rieble*, Betriebsverfassungsrechtliche Folgen der Betriebs- und Unternehmensumstrukturierung, NZA 2003, Beilage zu Heft 16, 62; *Rieble/Gutzeit*, Betriebsvereinbarungen nach Unternehmensumstrukturierung, NZA 2003, 233; *Sagan*, Die kollektive Fortgeltung von Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen nach § 613a Abs. 1 Sätze 2–4 BGB, RdA

Kap. 22 Vergütungsordnungen beim Betriebsübergang

2011, 163; *ders.*, Das Verschlechterungsverbot bei der Ablösung von Kollektivverträgen nach einem Betriebsübergang, EuZA 2012, 247; *ders.*, Die Vorlage des BAG in Asklepios: Eine späte Antwort auf Werhof und Alemo-Herron, ZESAR 2016, 116; *Salamon*, Die Fortgeltung von Gesamtbetriebsvereinbarungen beim Betriebsübergang, RdA 2007, 103; *ders.*, Die kollektivrechtliche Geltung von Betriebsvereinbarungen beim Betriebsübergang unter Berücksichtigung der neueren BAG-Rechtsprechung, RdA 2007, 153; *ders.*, Die Konzernbetriebsvereinbarung beim Betriebsübergang, NZA 2009, 471; *ders.*, § 87 BetrVG als Geltungsgrund tariflicher Vergütungsordnungen für Außenseiter?, NZA 2012, 899; *Sieg/Maschmann*, Unternehmensumstrukturierung aus arbeitsrechtlicher Sicht, 2. Aufl. 2010; *Sittard/Flockenhaus*, „Scattolon“ und die Folgen für die Ablösung von Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen nach einem Betriebsübergang, NZA 2013, 652; *Steffan*, Neues vom EuGH zum Betriebsübergang: Was folgt aus „Scattolon“?, NZA 2012, 473; *Thüsing*, Folgen einer Umstrukturierung für Betriebsrat und Betriebsvereinbarung, DB 2004, 2474; *Ubber/Massig*, Die Betriebsvereinbarungsoffenheit Allgemeiner Geschäftsbedingungen – ein Ausweg aus der „Ewigkeitsbindung“ durch Bezugnahmeklauseln?, BB 2017, 2230; *Völksen*, Beendigung fortgeltender freiwilliger Betriebsvereinbarungen nach einem Betriebsübergang, NZA 2013, 1182; *Wahlig/Brune*, Entdynamisierung von Bezugnahmeklauseln nach Betriebsübergang, NZA 2018, 221; *Willemsen*, Aktuelle Rechtsprechung des EuGH zum Arbeits- und Sozialrecht, RdA 2012, 291; *Willemsen/Grau*, Zurück in die Zukunft – Das europäische Aus für dynamische Bezugnahmen nach Betriebsübergang?, NJW 2014, 12; *Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt*, Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, 5. Aufl. 2016; *E. Willemsen*, Bezugnahmeklauseln bei Betriebsübergang – neue Signale aus Luxemburg?, FS Willemsen, 2018, S. 619; *Winter*, Betriebsübergang und Tarifvertragsersetzung – was ergibt sich aus dem Urteil Scattolon?, RdA 2013, 36; *Wißmann/Niklas*, Asklepios – Der Vorhang zu und neue Fragen offen, NZA 2017, 697; *Witschen*, Ablösung von Kollektivverträgen nach einem Betriebsübergang – Die Befristung des Verschlechterungsverbots, EuZA 2017, 534

Übersicht

Rn.	Rn.
I. Einführung	1
1. Begriff des Betriebsübergangs (= Betriebsinhaberwechsels) . .	1
2. Übergang des Arbeitsverhältnisses nach § 613a BGB	2
3. Fortwirkung bisheriger Vergütungsordnungen	3
4. Änderung von Vergütungsordnungen	4
II. Fortwirkung arbeitsvertraglicher Vergütungspflichten	5
1. Eintritt des Erwerbers in die arbeitsvertraglichen Pflichten des Veräußerers	5
a) Grundsatz	5
b) Folgen für die Vergütungspflicht	6
c) Gewährung sonstiger Leistungen	11
2. Änderung der fortwirkenden Vergütungspflichten	13
a) Änderung durch den Veräußerer	13
b) Änderung durch den Erwerber	15
c) Anspruch auf Gleichbehandlung?	16
3. Rechtsstellung des bisherigen Arbeitgebers	17

III. Fortwirkung tarifvertraglicher Vergütungsordnungen	18	c) Bezugnahmeklausel beim Betriebsübergang	47
1. Überblick	20	d) Änderung einer Bezugnahmeklausel nach dem Betriebsübergang	51
2. Normative Fortwirkung	21	IV. Fortwirkung betrieblicher Vergütungsordnungen	56
a) Bedeutung	21	1. Überblick	56
b) Verbandstarifvertrag	22	2. Fortwirkung von (Einzel-) Betriebsvereinbarungen	57
c) Firmentarifvertrag	23	a) Normative Fortwirkung	57
3. Überführung von Tarifnormen in das Arbeitsverhältnis	26	b) Transformation nach § 613a Abs. 1 S. 2 BGB.	61
a) Grundsätze des § 613a Abs. 1 S. 2 BGB.	26	3. Fortwirkung von Gesamtbetriebsvereinbarungen	62
b) Änderung der überführten Tarifnormen	32	a) Normative Fortwirkung	62
4. Kraft Bezugnahmeklausel geltende Tarifnormen	41	b) Transformation nach § 613a Abs. 1 S. 2 BGB.	67
a) Funktion und Wirkung	41		
b) Statische und dynamische Bezugnahme	44		

I. Einführung

1. Begriff des Betriebsübergangs (= Betriebsinhaberwechsels)

In einer dynamischen Wirtschaft wechseln jedes Jahr tausende Betriebe ihren Inhaber. Inhaberwechsel meint dabei etwas anderes als Gesellschafterwechsel. Scheidet bei einer Personengesellschaft (z. B. OHG, KG), die einen Betrieb führt, einer der Gesellschafter aus und tritt ein neuer ein, ändert sich der Betriebsinhaber nicht; der Arbeitgeber (OHG, KG) bleibt derselbe.¹ Entsprechendes gilt, wenn die Anteile („shares“) an einer juristischen Person als Rechtsträger eines Betriebs übertragen werden, wie etwa die Aktien einer AG oder die Gesellschaftsanteile an einer GmbH. Auch hier bleibt der Rechtsträger und damit der Betriebsinhaber und der Arbeitgeber derselbe, nur der hinter dem Arbeitgeber stehende Anteilsinhaber wechselt.² Das unterscheidet den „**share deal**“ von einem „**asset deal**“. Bei ihm werden nicht die Anteile an einem Rechtsträger übertragen, sondern materielle und immaterielle Vermögensgegenstände („assets“), wie Grundstücke, Gebäude, Maschinen, Patente und Lizenzen, die erst in ihrer organisatorischen Verbindung einen Betrieb (z. B. Fabrik, Kaufhaus, Gaststätte) oder einen Betriebsteil (z. B. Forschungslabor, Kantine, Auslieferungslager) ausmachen. Führt der Erwerber mit den übernommenen Vermögensgegenständen den Betrieb oder Betriebsteil fort, kommt es zu einem Betriebsinhaberwechsel.³

1 BAG 14.8.2007, 8 AZR 803/06, NZA 2007, 1428.

2 BAG 23.3.2017, 8 AZR 91/15; AP BGB § 613a Nr. 468; BAG 27.4.2017, 8 AZR 859/15, AP BGB § 613a Nr. 469.

3 BAG 13.10.2011, 8 AZR 455/10, NZA 2012, 504; BAG 25.1.2018, 8 AZR 309/16, NZA 2018, 933.

2. Übergang des Arbeitsverhältnisses nach § 613a BGB

- 2 § 613a BGB regelt, was dann mit den im Betrieb bestehenden Arbeitsverhältnissen geschieht: Sie gehen auf den neuen Inhaber über. Der **Betriebsinhaberwechsel** führt folglich zu einem **Arbeitgeberwechsel**. Dieser wird nach dem Vorbild des § 566 BGB („Kauf bricht nicht Miete“) kraft Gesetzes angeordnet. § 613a BGB schützt dabei nicht nur den Bestand, sondern auch den Inhalt des Arbeitsverhältnisses. Dieses soll unverändert fortbestehen, wenn zwar der Inhaber des Betriebs oder Betriebsteils wechselt, aber der Arbeitsplatz, d. h. die konkrete Arbeitsaufgabe innerhalb der vom bisherigen Inhaber geschaffenen und vom neuen Inhaber übernommenen Arbeitsorganisation, erhalten bleibt.⁴ Macht sich der **Erwerber** die vorgefundene und noch funktionsfähige Organisation des alten Inhabers zur Verfolgung eigener Zwecke zunutze, so **tritt er** von Gesetzes wegen **in die Rechte und Pflichten aus den Arbeitsverhältnissen ein**, die zu dieser Organisation gehören.⁵

3. Fortwirkung bisheriger Vergütungsordnungen

- 3 Für die Art und Weise, wie eine beim Veräußerer bestehende Vergütungsordnung nach einem Betriebsübergang beim Erwerber fortwirkt, kommt es auf ihren **Geltungsgrund** an. An Vergütungsordnungen, die auf dem **Arbeitsvertrag** beruhen, ist der Erwerber gebunden, weil er wegen § 613a Abs. 1 S. 1 BGB als neuer Arbeitgeber in die Pflichten des im Zeitpunkt des Betriebsübergangs bestehenden Arbeitsvertrags eintritt (s. Rn. 5 ff.). Für die Fortwirkung **tariflicher Vergütungsordnungen** ist maßgeblich, ob diese beim Veräußerer bisher normativ galten und der Erwerber nach dem Betriebsübergang ebenfalls tarifgebunden ist (s. Rn. 21 ff.), oder ob die Tarifnormen durch eine **Verweisungsklausel** im Arbeitsvertrag in Bezug genommen wurden (s. Rn. 41 ff.). Ist der Erwerber an keinen oder an einen anderen Tarifvertrag als der Veräußerer gebunden, sorgt § 613a Abs. 1 S. 2 BGB als Auffangnorm dafür, dass beim Veräußerer normativ geltende Vergütungsordnungen zunächst erhalten bleiben (s. Rn. 26 ff.). **Betriebsvereinbarung** wirken normativ fort, wenn der Betrieb bei der rechtsgeschäftlichen Übernahme oder dem gesetzlichen Übergang seine Identität bewahrt (s. Rn. 56 ff.). Ist das nicht der Fall, kommt es zur Fortgeltung nach § 613a Abs. 1 S. 2 BGB (s. Rn. 61). Die Fortwirkung von Einzel- und Gesamtbetriebsvereinbarungen kann Probleme bereiten, wenn diese mit beim Erwerber geltenden Kollektivvereinbarungen kollidieren (s. Rn. 69 ff.).

4 BAG 10.11.2011, 8 AZR 546/10, NZA 2012, 509.

5 St. Rspr., vgl. BAG 21.6.2012, 8 AZR 181/11, NZA-RR 2013, 6.

4. Änderung von Vergütungsordnungen

Unterscheidet sich die Vergütungsordnung eines übernommenen von dem eines vorhandenen Betriebs, steht der Erwerber vor der schwierigen Entscheidung, alles beim Alten zu belassen oder die Bedingungen aneinander anzupassen. Das **personalwirtschaftliche Kalkül wird meist auf Anpassung** gerichtet sein. Die Erfahrung lehrt, dass einheitliche Belegschaften nicht auf Dauer ungleich behandelt werden können. Trotz aller technischen Möglichkeiten, die die moderne EDV mittlerweile bietet, lassen sich **gespaltene Belegschaften** nur mit großem personellen und organisatorischen Aufwand betreuen, der sich allenfalls bei erheblichen Unterschieden im Vergütungsniveau rechnet. Hinzukommt eine zumindest latente **Störung des Betriebsfriedens**. Zu sehr hängen die Arbeitnehmer dem Gedanken an, dass innerhalb derselben Belegschaft, in der „jeder jeden kennt“, für gleiche, zumindest für vergleichbare Arbeit auch das gleiche Entgelt zu zahlen ist. Freilich heißt das nicht, dass nicht auch Ausnahmen von der Anpassungsregel und damit Gründe für „gespaltene Belegschaften“ bestehen könnten. Manchmal liegen sie schlicht in der Schwierigkeit, die verschiedenen Arbeitsbedingungen nach einer Zusammenlegung aneinander anzupassen. Scheitern die Bemühungen, bleibt es bei der durch § 613a Abs. 1 BGB bewirkten Wahrung des Besitzstandes. Damit verbindet sich die richtige Erkenntnis, dass Besitzstandswahrung als solche bereits einen Grund für die Ungleichbehandlung liefert.⁶ Schlichtes „Nichtstun“ führt also gerade nicht zu einem Anspruch auf Anpassung.⁷

II. Fortwirkung arbeitsvertraglicher Vergütungspflichten**1. Eintritt des Erwerbers in die arbeitsvertraglichen Pflichten des Veräußerers***a) Grundsatz*

Liegen die Voraussetzungen des § 613a BGB vor, kommt es zu einem kraft Gesetzes angeordneten **Vertragspartnerwechsel** auf Arbeitgeberseite,⁸ wenn der Arbeitnehmer dem nicht nach § 613a Abs. 6 BGB widerspricht. Einer **Zustimmung** zu diesem Gläubigerwechsel **bedarf es nicht**. Der Erwerber tritt als neuer Arbeitgeber in die Rechte und die Pflichten des im Zeitpunkt des Betriebsübergangs bestehenden Arbeitsvertrags ein (§ 613a Abs. 1 Satz 1 BGB). Der Veräußerer scheidet aus dem Arbeitsverhältnis aus, bleibt aber nach Maßgabe des § 613a Abs. 2 BGB Haftungsschuldner (s. Rn. 17).

⁶ So zutreffend BAG 29. 8. 2001, 4 AZR 352/00, NZA 2002, 863.

⁷ BAG 31.8.2005, 5 AZR 517/04, NZA 2006, 265.

⁸ ErfK-Preis, § 613a BGB Rn. 66.

b) Folgen für die Vergütungspflicht

- 6 Der Erwerber tritt so in die **Haupt- und Nebenpflichten ein**, wie sie **vor dem Betriebsübergang bestanden**. Das betrifft vor allem die Erfüllung von Ansprüchen auf Löhne und Gehälter, soweit sie auf arbeitsvertraglicher Grundlage beruhen, Lohnersatzleistungen (Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall usw.), Nebenleistungen (Gratifikationen, Sonderzuwendungen usw.) und rückständigen Lohn.⁹ Hat der Arbeitnehmer seine Leistung vor dem Betriebsübergang erbracht, für die die Vergütung erst nach dem Betriebsübergang fällig wird, muss sie der Erwerber erfüllen. Dabei ist jedoch die Mithaftung des Veräußerers nach § 613a Abs. 2 BGB zu beachten (s. Rn. 17).
- 7 Der vollständige Eintritt des Erwerbers in die Rechte und Pflichten des Veräußerers bedeutet nicht nur eine Nachfolge in die rechtlichen Beziehungen. Der **Erwerber muss sich auch** Gegebenheiten zurechnen lassen, die als Tatbestandsmerkmale für spätere Rechtsfolgen von Bedeutung sind. Der Arbeitnehmer soll einen Anspruch oder ein Recht nicht deshalb verlieren, weil der Betrieb übergeht, obwohl der Arbeitnehmer beim Veräußerer zuvor alle Voraussetzungen für die Entstehung des Anspruchs oder des Rechts geschaffen hatte.¹⁰ Bei Rechten, zu deren Verwirklichung es auf die Dauer der Betriebszugehörigkeit ankommt, muss der Erwerber **Zeiten vor dem Betriebsübergang berücksichtigen**.¹¹ Das gilt vor allem für die Gewährung zusätzlicher sozialer Leistungen des Arbeitgebers, die von der **Dauer der Betriebszugehörigkeit** abhängen, wie etwa Gratifikationen, Treueprämien oder Jubiläumsgelder.¹² Hat der Veräußerer kein Jubiläumsgeld zugesagt, ist der Erwerber nicht verpflichtet, die vor dem Betriebsübergang zurückgelegte Beschäftigungszeit auf die Dienstzeit anzurechnen, die für das von ihm gewährte Jubiläumsgeld erforderlich ist. Aus § 613a BGB ergibt sich nicht, dass durch den Betriebsübergang neue Ansprüche der übernommenen Arbeitnehmer begründet werden.¹³
- 8 Zuweilen wird versucht, die „**Betriebskontinuität**“ der übernommenen Arbeitnehmer zu **unterbrechen**. Mit den Betroffenen werden dazu **Aufhebungsverträge** geschlossen, wobei ihnen **zugleich neue Arbeitsverträge** mit dem Betriebserwerber angeboten oder verbindlich in Aussicht gestellt werden. Das BAG hat dieser Praxis eine Absage erteilt.¹⁴ Solange Aufhebungsverträge nicht auf das endgültige Ausscheiden des Arbeitnehmers aus dem Betrieb gerichtet

9 BAG 18.8.1976, 5 AZR 95/75, AP Nr. 4 zu § 613a BGB.

10 BAG 21.3.1991, 2 AZR 577/90, NZA 1991, 726.

11 EuGH 14.9.2000, C-343/98, NZA 2000, 1279; EuGH 6.9.2011, C-108/10, NZA 2011, 1077; EuGH 6.4.2017, C-336/15, NZA 2017, 585.

12 MünchKomm/Müller-Glöge, § 613a BGB Rn. 97.

13 BAG 26.9.2007, 10 AZR 657/06, NZA 2007, 1426.

14 BAG 10.12.1998, 8 AZR 324/97, NZA 1999, 422.

sind, sind sie unwirksam, wenn sie lediglich die Kontinuität des Arbeitsverhältnisses beseitigen sollen, der Arbeitsplatz aber erhalten bleibt.¹⁵

Ein vom Veräußerer gesetzter Tatbestand, der zur **Entstehung einer betrieblichen Übung** führen kann, wird dem Erwerber zugerechnet. Das gilt sogar dann, wenn er diesen nicht kennt. Er kann die Entstehung einer betrieblichen Übung aber unter denselben Voraussetzungen verhindern wie der Veräußerer.¹⁶ Vergütungsansprüche aus betrieblicher Übung stehen **nicht** unter dem **stillschweigenden Vorbehalt einer ablösenden Betriebsvereinbarung**.¹⁷ Anderes nimmt die Rechtsprechung für betriebliche Einheitsregelungen an, die in Abstimmung mit der zuständigen Arbeitnehmervertretung zustande gekommen oder geändert worden sind. Hier könne der Arbeitnehmer erkennen, dass die Leistung einer kollektivrechtlichen, möglicherweise auch verschlechternden Änderung zugänglich sein soll.¹⁸

Ausschlussfristen zur Geltendmachung von Vergütungsansprüchen **laufen nach dem Betriebsübergang grundsätzlich so weiter**, als ob das Arbeitsverhältnis zur selben Partei fortbestünde.¹⁹ Ist eine Ausschlussfrist gegenüber dem Veräußerer gewahrt, wirkt dies auch gegenüber dem Erwerber.²⁰ Bei einer **zweistufigen Ausschlussfrist** muss eine Klage gegen den Erwerber gerichtet werden, wenn der Übergang während des Laufs der zweiten Stufe erfolgt.²¹ Auf den Ablauf einer Ausschlussfrist kann sich der Erwerber dann nicht berufen, wenn weder er noch der Veräußerer der Unterrichtungspflicht nach § 613 a Abs. 5 BGB nachgekommen ist und ein innerer Zusammenhang zwischen dieser Versäumnis und der Fristversäumung besteht.²²

c) Gewährung sonstiger Leistungen

Ob der Erwerber Leistungen wie Personaleinkauf, Aktienoptionen, Gestattung der Privatnutzung eines Dienstfahrzeugs, Stellung einer Werkmietwohnung fortzugewähren hat, hängt davon ab, ob sie beim Veräußerer als **Teil des Arbeitsvertrags** vereinbart waren, weil nur diese nach § 613a Abs. 1 BGB auf den Erwerber übergehen.²³ Das ist bei **Sachleistungen**, die der Arbeitgeber **als Gegenleistung für die vom Arbeitnehmer erbrachten Dienste gewährt, regelmäßig anzu-**

15 S. ausf. *Sieg/Maschmann*, Umstrukturierung Rn. 244 ff.

16 BAG 18.3.2009, 10 AZR 289/08, NZA 2009, 535.

17 BAG 5.8.2009, 10 AZR 483/08, NZA 2009, 1105.

18 St. Rspr., vgl. nur BAG 17.7.2012, 1 AZR 476/11, DB 2012, 2873.

19 BAG 22.8.2012, 5 AZR 526/11, NZA 2013, 376.

20 BAG 21.3.1991, 2 AZR 577/90, NZA 1991, 726.

21 BAG 21.3.1991, 2 AZR 577/90, NZA 1991, 726.

22 BAG 22.8.2012, 5 AZR 526/11, AP BGB § 613a Nr. 435.

23 AR-Bayreuther, § 613a BGB Rn. 47 ff.; *Gaul/Naumann*, NZA 2011, 121.

nehmen (z. B. Deputate, verbilligte Mittagsverpflegung, Job-Ticket).²⁴ Für nicht kraft Arbeitsvertrags gewährte Ansprüche muss sich der Arbeitnehmer an seinen bisherigen Vertragspartner halten, jedenfalls soweit nichts anderes vereinbart ist. Ansprüche auf unternehmensbezogene Leistungen (Jahreswagen bei den Automobilunternehmen, Freiflüge, Freifahrten) stehen, selbst wenn sie zur arbeitsvertraglich geschuldeten Vergütung zählen, unter dem (stillschweigenden) Vorbehalt, dass sie der Arbeitgeber selbst erbringt.²⁵ **Bei der Überlassung einer Werkswohnung** kommt es darauf an, ob es sich um eine Werksdienstwohnung (§ 576b BGB) oder eine Werksmietwohnung (§§ 576, 576a BGB) handelt. Im ersten Fall gehört das Wohnrecht zum Inhalt des Arbeitsvertrags und ist daher vom Erwerber nach § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB auch nach dem Übergang zu gewähren. Im zweiten Fall ist die Wohnung zwar mit Rücksicht auf das bestehende Arbeitsverhältnis vermietet, jedoch besteht neben diesem ein eigenständiges Mietverhältnis, für das § 613a BGB nicht gilt.²⁶ War der Veräußerer arbeitsvertraglich zur Stellung einer Wohnung verpflichtet, geht diese Verpflichtung auf den Erwerber über.²⁷

- 12 Der Erwerber tritt grundsätzlich auch in die **bestehenden Versorgungsanswartschaften** der übernommenen Arbeitnehmer ein.²⁸ Es wäre mit dem Schutzzweck des § 613a BGB nicht zu vereinbaren, den Erwerber von der Erfüllung von Ansprüchen auf Leistungen aus der betrieblichen Altersversorgung gänzlich freizustellen.²⁹ Das gilt für **Direktzusagen** des Veräußerers, für Zusagen über die **Versorgung aus einer Unterstützungskasse**³⁰ und für eine Versorgung durch eine **Lebensversicherung**.³¹ Das gilt auch und gerade dann, wenn die alte Unterstützungskasse³² oder die Lebensversicherungsgesellschaft³³ nicht zahlen. Der Übergang der Anwartschaften kann nicht durch den Übernahmevertrag zwischen dem Veräußerer und dem Erwerber ausgeschlossen werden,³⁴ auch nicht zum Zwecke der Sanierung. Möglich ist aber ein Verzicht der Arbeitnehmer auf diese Rechte.³⁵ Entsprechende Verträge unterliegen jedoch einer gerichtlichen Inhaltskontrolle.³⁶ Soweit die Höhe oder die Unverfallbarkeit von Ansprüchen

24 S. im Einzelnen Kap. 29 und MaSiG-Maschmann, A 16 ff.

25 BAG 7.9.2004, 9 AZR 631/03, NZA 2005, 941; BAG 13.12.2006, 10 AZR 792/05, NZA 2007, 325.

26 ErfK-Preis, § 613a BGB Rn. 77.

27 Staudinger-Annuß, § 613a BGB Rn. 188.

28 BAG 12.5.1992, 3 AZR 247/91, NZA 1992, 1080.

29 BAG 29.10.1985, 3 AZR 485/83, EzA § 613a BGB Nr. 52.

30 BAG 28.1.1989, 3 AZR 29/88, NZA 1989, 681.

31 BAG 8.11.1988, 3 AZR 85/87, NZA 1989, 679.

32 BAG 28.1.1989, 3 AZR 29/88, NZA 1989, 681.

33 BAG 8.11.1988, 3 AZR 85/87, NZA 1989, 679.

34 BAG 14.7.1981, 3 AZR 517/80, EzA § 613a BGB Nr. 31.

35 BAG 12.5.1992, 3 AZR 247/91, NZA 1992, 1080.

36 BAG 12.5.1992, 3 AZR 247/91, NZA 1992, 1080.

von der Dauer der Betriebszugehörigkeit abhängen, sind **Beschäftigungszeiten** beim alten und beim neuen Arbeitgeber **zu addieren**.³⁷ Dagegen gehen bereits entstandene Versorgungsansprüche oder unverfallbare Anwartschaften ausgedehnter Arbeitnehmer nicht auf den Erwerber über.³⁸

2. Änderung der fortwirkenden Vergütungspflichten

a) Änderung durch den Veräußerer

Änderungsvereinbarungen, die zwischen dem Veräußerer und seinen Arbeitnehmern vor einem Betriebsübergang geschlossen werden, sind **unwirksam**, wenn damit die zwingenden Rechtsfolgen des § 613a Abs. 1 BGB umgangen werden.³⁹ Nach Ansicht der Rechtsprechung bestimme das Gesetz nicht nur, dass der Erwerber „an sich“ neuer Arbeitgeber werde, sondern lege zugleich fest, dass dieser in die Rechte und Pflichten aus den im Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsverhältnissen eintrete. Folglich werde der Inhalt eines Arbeitsverhältnisses genauso geschützt wie sein Bestand. Durch § 613a Abs. 1 BGB solle insbesondere verhindert werden, dass ein Betriebsübergang zum Anlass genommen werde, die erworbenen Besitzstände der Arbeitnehmer abzubauen. Dies sei unzulässig.⁴⁰ Der Betriebsübergang dürfe sich nicht nachteilig auf den Inhalt des Arbeitsverhältnisses auswirken.

Nicht verpönt sind benachteiligende Änderungsverträge, wenn für ihren Abschluss ein **sachlicher Grund** besteht.⁴¹ Welche Umstände eine Benachteiligung rechtfertigen, ist erst ansatzweise geklärt. Insbesondere ist offen, ob der **Erhalt von Arbeitsplätzen** einen tauglichen Sachgrund liefert. Einen solchen hat die Rechtsprechung jedenfalls in der Vergangenheit angenommen.⁴² Seit einiger Zeit steht das BAG solchen als „neutral“ zu bezeichnenden Regelungen eher reserviert gegenüber,⁴³ weil damit das Verschlechterungsverbot leerläuft. Die Literatur erkennt den Erhalt von Arbeitsplätzen als Sachgrund an.⁴⁴ Bei geringfügigen Änderungen sind die Anforderungen geringer.⁴⁵ Auf **Versorgungsanwartschaften** kann nach h. M. nur dann verzichtet werden, wenn auch eine Unterstützungskasse ihre Leistungen widerrufen könnte.⁴⁶

37 BAG 8.2.1984, 3 AZR 229/81, EzA § 613a BGB Nr. 37.

38 Allgem. M. BAG 11.11.1986, 3 AZR 194/85, NZA 1987, 559; BGM/Matthießen, § 7 Rn. 89.

39 BAG 19.3.2009, 8 AZR 722/07, NZA 2009, 1091 m. w. N.; BGM/Gerhardt, § 6 Rn. 207.

40 BAG 21.2.2006, 3 AZR 216/05, NZA 2007, 931.

41 BAG 21.5.2008, 8 AZR 481/07, NZA 2009, 144.

42 BAG 26.1.1977, 5 AZR 302/75, NJW 1977, 1470.

43 Vgl. BAG 20.4.1999, 1 ABR 72/98, NZA 1999, 887.

44 Z. B. ErfK-Preis, § 613a BGB Rn. 83; C. Meyer, DB 2009, 1350, 1352.

45 BAG 17.1.1980, 3 AZR 160/79, NJW 1980, 1124.

46 BAG 29.10.1985, 3 AZR 485/83, AP BetrAVG § 1 Betriebsveräußerung Nr. 4.

Kap. 22 Vergütungsordnungen beim Betriebsübergang

b) Änderung durch den Erwerber

- 15 Nach dem Betriebsübergang kann der Erwerber die einzelvertraglich geregelten Arbeitsbedingungen **so ändern, wie es der Veräußerer vermocht hätte**.⁴⁷ Die **Zeitschranke** des § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB gilt hierfür nicht. Eines sachlichen Grundes bedürfen allerdings auch beim Erwerber Vereinbarungen, mit denen auf rückständigen Lohn verzichtet wird oder die Ansprüche auf betriebliche Altersversorgung verschlechtern.⁴⁸ Änderungskündigungen sind zulässig, wenn und soweit sie das Kündigungsverbot des § 613a Abs. 4 BGB beachten. Eine Verschlechterung individualrechtlich begründeter Arbeitsbedingungen **durch Betriebsvereinbarung** ist grundsätzlich unzulässig, selbst wenn die Arbeitsbedingungen – wie etwa bei Ansprüchen aus einer betrieblichen Übung – einen kollektiven Bezug aufweisen.⁴⁹ Vergütungsansprüche aus betrieblicher Übung stehen auch **nicht** unter dem **stillschweigenden Vorbehalt einer ablösenden Betriebsvereinbarung**.⁵⁰ Zwischen dem (Individual-)Arbeitsvertrag und der Betriebsvereinbarung gilt das Günstigkeitsprinzip und nicht das Ordnungsprinzip.⁵¹ Bei Sozialleistungen mit kollektivem Bezug sind lediglich umstrukturierende Betriebsvereinbarungen zulässig; diese müssen aber dem kollektiven Günstigkeitsprinzip genügen.⁵²

c) Anspruch auf Gleichbehandlung?

- 16 Führt der Erwerber neben dem übernommenen einen bereits bei ihm bestehenden Betrieb fort, ist er **nicht verpflichtet** – auch nicht nach längerer Zeit –, die bei ihm geltenden Arbeitsbedingungen **anzupassen**.⁵³ Der **Gleichbehandlungsgrundsatz** gilt nur dann, wenn der Arbeitgeber **eine eigene Regel aufstellt**.⁵⁴ Erst wenn der Erwerber neue Vergütungsstrukturen schafft, ist er an den Gleichbehandlungsgrundsatz gebunden.⁵⁵ Unterschiedliche Arbeitsvertrags- und Vergütungssysteme bei der bisherigen und der übernommenen Belegschaft rechtfertigen für sich allein noch keine unterschiedliche Gehaltserhöhung, wohl aber die Herstellung einheitlicher Arbeitsbedingungen durch den Ausgleich von Nach-

47 EuGH 6.11.2003, C-4/01, NZA 2003, 1325 – Martin.

48 BAG 18.8.2005, 8 AZR 523/04, NZA 2006, 145.

49 BAG 5.8.2009, 10 AZR 483/08, NZA 2009, 1105.

50 BAG 5.8.2009, 10 AZR 483/08, NZA 2009, 1105.

51 BAG 5.8.2009, 10 AZR 483/08, NZA 2009, 1105.

52 BAG GS 16.9.1986, GS 1/82, AP Nr. 17 zu § 77 BetrVG 1972.

53 BAG 31.8.2005, 5 AZR 517/04, NZA 2006, 265, 266; BAG 19.1.2010, 3 ABR 19/08, NZA-RR 2010, 356.

54 BAG 13.2.2002, 5 AZR 713/00, NZA 2003, 215; BAG 21.3.2002, 6 AZR 144/01, NZA 2002, 1304.

55 BAG 31.8.2005, 5 AZR 517/04, NZA 2006, 265, 266 = AP Nr. 288 zu § 613a BGB m. Anm. Maschmann.

teilen der Stammebelegschaft.⁵⁶ Allerdings muss der Erwerber die Gründe für die Differenzierung offenlegen, sonst kann die benachteiligte Gruppe Gleichbehandlung mit der begünstigten verlangen.⁵⁷

3. Rechtsstellung des bisherigen Arbeitgebers

Mit dem Übergang des Arbeitsverhältnisses auf den Erwerber endet das Arbeitsverhältnis zu dem bisherigen Arbeitgeber; etwaige tarifliche Ausschlussfristen für Ansprüche gegen den Veräußerer beginnen ab diesem Zeitpunkt zu laufen.⁵⁸ Der **Veräußerer haftet** dem Arbeitnehmer neben dem Erwerber als Gesamtschuldner für Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis, soweit sie **vor dem Zeitpunkt des Betriebsübergangs entstanden sind und vor Ablauf von einem Jahr nach diesem Zeitpunkt fällig werden** (§ 613a Abs. 2 S. 1 BGB). Werden Ansprüche erst nach dem Betriebsübergang fällig, so haftet der Veräußerer nur in dem Umfang, der dem im Zeitpunkt des Betriebsübergangs abgelaufenen Teil ihres Bemessungszeitraums entspricht (§ 613a Abs. 2 S. 2 BGB). 17

Beispiel: Im Arbeitsvertrag ist ein 13. Monatsgehalt vereinbart, das im Dezember fällig wird. Der Betrieb geht am 1.5. über. Der Erwerber haftet nach § 613a Abs. 1 S. 1 BGB für das volle 13. Gehalt, der Veräußerer daneben für den in der Zeit vom 1.1. bis 30.4. verdienten Anteil. 18

Wer im **Innenverhältnis** die Schuld zu tragen hat, hängt von den Vereinbarungen im Übernahmevertrag ab. Ist nichts vereinbart, gilt § 426 Abs. 1 S. 1 BGB.⁵⁹ 19

III. Fortwirkung tariflicher Vergütungsordnungen

1. Überblick

Für die Art und Weise der Fortwirkung kommt es darauf an, ob die **tariflichen Arbeitsbedingungen** beim Veräußerer **normativ** gelten, weil der Veräußerer einen Firmentarifvertrag geschlossen hat oder im zuständigen Arbeitgeberverband organisiert ist und er ein Gewerkschaftsmitglied beschäftigt (s. Rn. 22 ff.), oder ob die Tarifnormen durch eine **arbeitsvertragliche Verweisungsklausel in Bezug genommen** wurden (s. Rn. 41 ff.). Je nachdem können die Tarifbedingungen auch beim Erwerber normativ oder individualrechtlich weitergelten. Ist der Erwerber an keinen Tarifvertrag gebunden, sorgt § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB als Auffangnorm dafür, dass beim Veräußerer tariflich geregelte Arbeitsbedingungen zunächst erhalten bleiben (s. Rn. 26). 20

⁵⁶ BAG 14.3.2007, 5 AZR 420/06, NZA 2007, 862.

⁵⁷ BAG 15.7.2009, 5 AZR 486/08, NZA 2009, 1202.

⁵⁸ BAG 10.8.1994, 10 AZR 937/93, AP Nr. 126 zu § 4 TVG Ausschlussfristen.

⁵⁹ BGH 4.7.1985, IX ZR 172/84, AP Nr. 50 zu § 613a BGB.

2. Normative Fortwirkung

a) Bedeutung

- 21** Normative Fortwirkung bedeutet, dass die beim **Veräußerer unmittelbar und (einseitig) zwingend geltenden Tarifverträge** auch beim Erwerber normativ wirken, d. h. nicht eigens zwischen den Arbeitsvertragsparteien vereinbart werden müssen und auch nicht Bestandteil des Arbeitsvertrags werden, sondern **wie Gesetze in ihrer jeweiligen Fassung auf das Arbeitsverhältnis einwirken** (§ 4 Abs. 1 TVG). Normativ wirken Tarifverträge bei einem Betriebsübergang nur dann fort, wenn beide Arbeitsvertragsparteien auch nach dem Inhaberwechsel im Sinne des § 3 TVG an denselben Tarifvertrag gebunden sind.⁶⁰ Dabei macht es einen Unterschied, ob der Veräußerer an einen Verbands- oder an einen Firmentarifvertrag gebunden war und ob der Betrieb im Wege der Einzel- oder der Gesamtrechtsnachfolge übertragen wird.

b) Verbandstarifvertrag

- 22** An einen Verbandstarifvertrag ist gebunden, wer **Mitglied** im tarifschließenden Arbeitgeberverband ist. Da die **Verbandsmitgliedschaft höchstpersönlicher Natur** ist, geht diese bei einem Betriebsübergang grundsätzlich nicht auf den Erwerber über. Das ergibt sich bereits aus § 38 BGB.⁶¹ Soll der Verbandstarifvertrag normativ fortwirken, muss der Erwerber deshalb dem Arbeitgeberverband angehören oder beitreten. Unterlässt er dies, endet die normative Wirkung. Ein anderes Ergebnis wäre nicht mit der **negativen Koalitionsfreiheit** des Arbeitgebers zu vereinbaren. Erfolgt der Betriebsübergang im Wege der Gesamtrechtsnachfolge, gelten dieselben Grundsätze wie bei der Einzelrechtsnachfolge. Dabei macht es keinen Unterschied, ob der hinter dem Betrieb stehende Rechtsträger verschmolzen oder gespalten wird. Zu einer normativen Fortwirkung des Verbandstarifvertrags kommt es – außer bei allgemeinverbindlichen Tarifverträgen – nämlich nur, wenn der Rechtsträger des übergegangenen Betriebs Mitglied im tarifschließenden Arbeitgeberverband ist. Die Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband geht jedoch auch bei einem Betriebsübergang im Wege der Gesamtrechtsnachfolge nicht von selbst über.⁶²

c) Firmentarifvertrag

- 23** **Partei** eines Firmentarifvertrags ist nicht der Arbeitgeberverband, sondern ein **einzelner Arbeitgeber**; auch dieser ist nach § 2 TVG tariffähig. Firmentarifverträge können für einzelne, mehrere oder sämtliche Betriebe eines Unternehmens

⁶⁰ Vgl. BAG 10.6.2009, 4 ABR 21/08, NZA 2010, 51.

⁶¹ Löwisch/Rieble, § 3 TVG Rn. 177 und 506.

⁶² BAG 24.6.1998, 4 AZR 208/97, NZA 1998, 1346; Däubler-Lorenz, § 3 TVG Rn. 168 ff.; Wiedemann-Oetker, § 3 TVG Rn. 163 ff.

geschlossen werden und sogar für Betriebsteile. Entscheidend für die **normative Fortwirkung eines Firmentarifvertrags ist die Tarifbindung des Erwerbers**. Sie hängt davon ab, ob der Betrieb oder Betriebsteil im Wege der Einzel- oder der Gesamtrechtsnachfolge übertragen wird.

aa) Einzelrechtsnachfolge

Übernimmt der Erwerber den Betrieb im Wege der Einzelrechtsnachfolge, so tritt dieser nach § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB nur in die auf ihn übergegangenen Arbeitsverhältnisse ein. Da der **Erwerber** bei einer Einzelrechtsnachfolge in keine weiteren Rechtspositionen des Veräußerers eintritt – vor allem **nicht in die Stellung als Tarifvertragspartei**⁶³ –, endet mit dem Betriebsübergang die normative Geltung des Firmentarifvertrags. Bei einer Einzelrechtsnachfolge geht ein **Firmentarifvertrag also nicht ipso iure auf den Erwerber über**.⁶⁴ Normativ wirkt der Firmentarifvertrag nur dann beim Erwerber fort, wenn er diesen **übernimmt**. Hierzu bedarf es eines dreiseitigen Rechtsgeschäfts zwischen Veräußerer, Erwerber und tarifschließender Gewerkschaft.⁶⁵ Wird der Firmentarifvertrag nicht übernommen, wird er nach Maßgabe von § 613a Abs. 1 S. 2–4 BGB in das Arbeitsverhältnis transformiert (s. Rn. 26). Eine Verpflichtung zur Übernahme besteht für den Erwerber grundsätzlich nicht.⁶⁶ 24

bb) Gesamtrechtsnachfolge

Bei einer Gesamtrechtsnachfolge tritt der Erwerber vollständig die Rechtsnachfolge des Veräußerers an. Da die Stellung als Partei eines Firmentarifvertrags – anders als die Mitgliedschaft in einem Arbeitgeberverband – nicht höchstpersönlicher Natur ist, wird der **Erwerber** bei einer Gesamtrechtsnachfolge **automatisch Partei des Firmentarifvertrags**. Im Grundsatz gilt deshalb der Firmentarifvertrag beim Erwerber normativ fort.⁶⁷ Das leuchtet unmittelbar ein, wenn eine juristische Person in eine andere juristische umgewandelt wird, weil sie beim Formwechsel kraft Fiktion ihre Identität bewahrt.⁶⁸ In allen anderen Fällen stellen sich schwierige Fragen. Wegen der Vielzahl der Varianten muss auf das Spezialschrifttum verwiesen werden.⁶⁹ 25

63 BAG 10.6.2009, 4 ABR 21/08, NZA 2010, 51; BAG 26.8.2009, 4 AZR 280/08, NZA 2010, 238.

64 BAG 20.6.2001, 4 AZR 295/00, NZA 2002, 517.

65 BAG 26.8.2009, 4 AZR 280/08, NZA 2010, 238; *Löwisch/Rieble*, § 1 TVG Rn. 476.

66 S. zu einer Ausnahme BAG 11.9.1991 NZA 1992, 321.

67 BAG 24.6.1998, 4 AZR 208/97, NZA 1998, 1346; BAG 4.7.2007, 4 AZR 491/06, NZA 2008, 307; *Hromadka/Maschmann/Wallner*, Tarifwechsel Rn. 237; *Löwisch/Rieble*, § 3 TVG Rn. 154 ff.; *Däubler-Lorenz*, § 3 TVG Rn. 179.

68 *Henssler*, FS Schaub, S. 311, 314.

69 *Sieg/Maschmann*, Umstrukturierung Rn. 273 ff.; *WHSS-Hohenstatt*, E Rn. 101 ff.

3. Überführung von Tarifnormen in das Arbeitsverhältnis

a) Grundsätze des § 613a Abs. 1 S. 2 BGB

- 26** Ist der Erwerber nicht an den beim Veräußerer geltenden Tarifvertrag gebunden, verlieren die bisherigen Tarifnormen ihre Wirkung. Um das zu vermeiden, ordnet § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB an, dass Rechte und Pflichten, die durch Rechtsnormen eines für Arbeitgeber und Arbeitnehmer verbindlichen Tarifvertrags geregelt sind, **zum Inhalt des Arbeitsverhältnisses werden** und vor **Ablauf eines Jahres** nach dem Zeitpunkt des Betriebsübergangs **nicht zum Nachteil des Arbeitnehmers geändert werden dürfen**. Die Tarifnormen werden durch die Transformation nach § 613a Abs. 1 S. 2 BGB nicht zum Inhalt des Arbeitsvertrags, sondern behalten ihren kollektivrechtlichen Charakter bei.⁷⁰ Der Erwerber ist an sie in einer Weise **gebunden**, die der **Nachbindung** des aus einem tarifschließenden Arbeitgeberverband ausgetretenen Arbeitgebers **gemäß § 3 Abs. 3 TVG entspricht**; für diesen endet die Nachbindung auch dann, wenn der Tarifvertrag nach seinem Austritt geändert wird, da er sonst ohne mitgliederschaftliche Legitimation der Normsetzungsmacht der Tarifvertragsparteien unterworfen wäre. Entsprechendes muss beim Übergang des Betriebs auf einen nicht tarifgebundenen Erwerber gelten.⁷¹ Eine Änderung des Tarifvertrags nach einem Betriebsübergang hat also für die auf den Erwerber übergegangenen Arbeitsverhältnisse keine Auswirkungen.⁷² Folglich **partizipieren die Arbeitnehmer auch nicht mehr an späteren Tarifloohnerhöhungen**, soweit diese auf neuen Tarifabschlüssen beruhen.⁷³ Ihre Arbeitsbedingungen werden auf den beim Betriebsübergang gültigen Stand „eingefroren“. Ist allerdings in der (statisch) fortwirkenden Norm selbst eine Dynamik angelegt, soll diese auch nach dem Betriebsübergang erhalten bleiben.⁷⁴
- 27 Beispiele:** Sieht ein Entgelttarif bereits bei seinem Abschluss drei zeitlich gestaffelte Tarifloohnerhöhungen vor, ist der Erwerber an sämtliche Steigerungen gebunden, auch wenn sie erst nach dem Betriebsübergang wirksam werden.⁷⁵ Sieht ein Tarifvertrag am Dienst- oder Lebensalter orientierte Lohnsteigerungen vor, nimmt ein Arbeitnehmer auch nach einem Betriebsübergang an einem Aufstieg in den Lebensaltersstufen seiner Vergütungsgruppe teil.⁷⁶

70 BAG 22.4.2009, 4 AZR 100/08, NZA 2010, 41, 46 ff.; krit. *Sieg/Maschmann*, Umstrukturierung Rn. 283.

71 BAG 22.4.2009, 4 AZR 100/08, NZA 2010, 41, LS 1 und Tz. 83.

72 BAG 4.8.1999, 5 AZR 642/98, NZA 2000, 154.

73 BAG 19.9.2007, 4 AZR 711/06, NZA 2008, 241; *Sagan*, RdA 2011, 163.

74 BAG 14.11.2007, 4 AZR 828/06, NZA 2008, 420, 421; BAG 22.4.2009, 4 AZR 100/08, NZA 2010, 41, Rn. 84.

75 BAG 19.9.2007, 4 AZR 711/06, NZA 2008, 241.

76 BAG 14.11.2007, 4 AZR 828/06, NZA 2008, 420, 421.

Ein „**Einfrieren**“ einer in einer Tarifnorm angelegten Dynamik kommt dagegen **28**
in Betracht, wenn der Tarifvertrag die Umsetzung dieser Dynamik von einer weiteren außervertraglichen dynamischen Komponente abhängig macht, sodass es nicht ausschließlich auf den Zeitablauf ankommt.⁷⁷

Beispiel: Ein Flächentarifvertrag in Ostdeutschland sieht eine automatische Anpassung an einen Flächentarifvertrag in Westdeutschland für den Fall vor, dass dieser geändert wird. Hier hängt die Dynamik nicht allein vom Zeitablauf ab, sondern davon, ob die Tarifvertragsparteien in Westdeutschland tatsächlich einen neuen Tarifvertrag vereinbaren.⁷⁸ Erst recht keine Dynamik besteht, wenn ein Tarifvertrag nicht mit seinem Abschluss, sondern später in Kraft tritt. Maßgeblich für die Transformation nach § 613a Abs. 1 S. 2 BGB ist dann allein der Zeitpunkt des Inkrafttretens.⁷⁹ **29**

Waren die Rechte und Pflichten beim Veräußerer in **mehreren Tarifverträgen** **30**
geregelt, so geht der Gesamtbestand der Tarifnormen in das auf den Erwerber übergehende Arbeitsverhältnis ein.⁸⁰ Der Erwerber ist so lange an sie gebunden, wie diese – jeweils – gelten bzw. bis sie geändert werden. Wird etwa der Entgelttarifvertrag geändert, der Manteltarifvertrag jedoch nicht, endet nur die Nachbindung an den Entgelttarifvertrag. Wird beim Veräußerer durch einen (Sanierungs-)Haustarifvertrag vom Verbandstarifvertrag abgewichen, geht auch hier die gesamte „Tariflage“ auf den Erwerber über. Die **Verbandstarifverträge werden durch einen Sanierungstarifvertrag aber nur verdrängt**, nicht abgelöst. Endet der Sanierungstarif ohne Nachwirkung – etwa durch Kündigung –, gelten wieder die bis dahin nur überlagerten Normen des unverändert fortbestehenden Verbandstarifvertrags.⁸¹

§ 613a Abs. 1 S. 2 BGB erfasst **nur die Arbeitsverhältnisse, für die Tarifverträge normativ** gelten.⁸² Das ist der Fall, wenn beide Arbeitsvertragsparteien vor dem Betriebsübergang an einen Haustarifvertrag gebunden oder Mitglieder in Verbänden sind, die einen einschlägigen Tarifvertrag geschlossen haben (§§ 4 Abs. 1, 3 Abs. 1 TVG),⁸³ oder wenn das Arbeitsverhältnis in den Geltungsbereich eines für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrags fällt. Gelten Tarifnormen aufgrund einer **Bezugnahme Klausel** im Arbeitsvertrag, so findet nicht § 613a Abs. 1 S. 2 BGB, sondern § 613a Abs. 1 S. 1 BGB Anwendung (s. Rn. 47 ff.) **31**

77 BAG 17.5.2000, 4 AZR 363/99, NZA 2001, 453; BAG 19.9.2007, 4 AZR 711/06, NZA 2008, 241, 243.

78 BAG 17.5.2000, 4 AZR 363/99, NZA 2001, 453, 456.

79 BAG 16.5.2012, 4 AZR 321/10, NZA 2012, 923.

80 BAG 22.4.2009, 4 AZR 100/08, NZA 2010, 41.

81 BAG 22.4.2009, 4 AZR 100/08, NZA 2010, 41.

82 BAG 19.9.2007, 4 AZR 711/06, NZA 2008, 241, 242.

83 Ein nachträglicher Gewerkschaftsbeitritt genügt nicht, s. BAG 16.5.2012, 4 AZR 320/10, ZInsO 2012, 1895.

b) Änderung der überführten Tarifnormen

- 32 Die Überführung der Tarifnormen in das Arbeitsverhältnis bewirkt lediglich einen zeitweiligen Schutz der alten Tarifbedingungen. Die überführten Tarifnormen können **abgelöst** werden. Das kann kollektivrechtlich nur durch einen neuen **Tarifvertrag** geschehen, **nicht aber durch Betriebsvereinbarung**⁸⁴ (§ 613a Abs. 1 S. 3 BGB), oder **individualrechtlich** durch einen Änderungsvertrag (§ 613a Abs. 1 S. 2, 4 BGB), der unter Umständen durch eine Änderungskündigung herbeigeführt werden kann.

aa) Ablösung durch Tarifvertrag

- 33 Abgelöst werden Arbeitsbedingungen nur dann, wenn der beim Erwerber geltende Tarifvertrag **denselben Regelungsgegenstand betrifft** oder dahin auszulegen ist, dass er die arbeitsvertraglich fortgeltende Tarifvertragsregelung auch ohne eigenständige Regelung dieses Gegenstands ablösen soll. Aus einer Erklärung der Tarifvertragsparteien im neuen Tarifvertrag, wonach zu dem entsprechenden Gegenstand erst in der Zukunft Verhandlungen aufgenommen werden sollen, lässt sich i. d. R. nicht schließen, dass für die Zwischenzeit die Ansprüche entfallen sollen.⁸⁵ Sodann müssen **Erwerber und Arbeitnehmer kongruent an den neuen Tarifvertrag gebunden sein**.⁸⁶ Das entspricht der Rechtslage bei § 4 Abs. 5 TVG und folgt aus der negativen Koalitionsfreiheit des Arbeitnehmers. Die Rechtsprechung wendet § 613a Abs. 1 S. 3 BGB auch dann an, wenn erst **nach dem Betriebsübergang** ein **Tarifvertrag** abgeschlossen wird, an den die Arbeitsvertragsparteien gebunden sind.⁸⁷ Der Arbeitnehmer bedarf des Schutzes durch die alten Tarifnormen nicht mehr, wenn er durch neue beim Erwerber geschützt wird.
- 34 Da die in das Arbeitsverhältnis überführten Tarifnormen nicht Teil des Arbeitsvertrags werden, sondern auch nach einem Betriebsübergang kollektivrechtlich fortwirken, findet das Günstigkeitsprinzip, das zwischen tariflichen und arbeitsvertraglichen Regelungen gilt, keine Anwendung, sondern es gilt die **Zeitkollisionsregel**. Die erst nach dem Betriebsübergang geschlossenen Tarifverträge gelten auch dann, wenn sie für den Arbeitnehmer ungünstiger sind.⁸⁸ Der EuGH⁸⁹ hat diese Rechtsfolge in der Entscheidung **Scattolon** beanstandet. Die

84 BAG 6.11.2007, 1 AZR 862/06, NZA 2008, 542; BAG 13.11.2007, 3 AZR 191/06, NZA 2008, 600.

85 BAG 22.1.2003, 10 AZR 227/02, AP Nr. 242 zu § 613a BGB.

86 BAG 22.1.2003, 10 AZR 227/02, AP Nr. 242 zu § 613a BGB.

87 BAG 16.5.1995, 3 AZR 535/94, AP Nr. 15 zu § 4 TVG Ordnungsprinzip.

88 BAG 11.5.2005, 4 AZR 315/04, NZA 2005, 1362, 1365 m. w. N.; BAG 22.4.2009, 4 AZR 100/08, NZA 2010, 41, 47.

89 EuGH 6.9.2011, C-108/10, NZA 2011, 1077 – Scattolon; Sagan, EuZA 2012, 247; Steffan, NZA 2012, 473; Willemsen, RdA 2012, 291, 301.

Ablösung tariflich geregelter Arbeitsbedingungen durch einen beim Erwerber geltenden Kollektivvertrag dürfe nicht dazu führen, dass dem Arbeitnehmer „insgesamt schlechtere Arbeitsbedingungen“ als vor dem Übergang auferlegt würden.⁹⁰

bb) Keine Ablösung durch Betriebsvereinbarung

Die in den Arbeitsvertrag überführten Tarifnormen können grundsätzlich nicht durch Betriebsvereinbarung abgelöst werden.⁹¹ Der Wortlaut des § 613a Abs. 1 S. 3 BGB legt es laut BAG nahe, dass tarifliche Regelungen nur durch tarifliche Regelungen ablösbar sind; dafür, dass der Gesetzgeber eine „**Überkreuzablösung**“ tariflicher durch betriebliche Regelungen zulassen wollte, gäben die Gesetzesmaterialien nichts her. Zudem widersprächen Verschlechterungen tariflicher Regelungen durch Betriebsvereinbarung dem Schutzzweck der Norm. Art. 3 Richtlinie 2001/23/EG und § 613a Abs. 1 BGB verfolgten ersichtlich das Ziel, die Rechtsstellung der Arbeitnehmer beim Betriebsübergang zu erhalten. Auch systematische Bedenken stünden entgegen.⁹² **35**

Eine Ablösung durch **verschlechternde Betriebsvereinbarung** hält das BAG allenfalls noch **im Bereich der erzwingbaren Mitbestimmung** für zulässig.⁹³ Verschlechterungen durch freiwillige Betriebsvereinbarung seien nicht mehr möglich.⁹⁴ Eine Ablösung komme dabei nur soweit in Betracht, wie das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats reiche. Sie scheide aus, wo eine Betriebsvereinbarung einen nicht der Mitbestimmung unterfallenden Tatbestand regelt. Das gelte auch für nur teilweise der Mitbestimmung unterliegende Regelungsgegenstände.⁹⁵ Hier fehle es an der notwendigen Kongruenz des Umfangs der „erzwingbaren“ Regelungsmacht der Tarifparteien auf der einen und der Betriebspartner auf der anderen Seite. Damit **scheidet eine Ablösung in den wichtigsten Fällen aus**. Bei der **Arbeitszeit** hat der Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht nur bei der Lage und der vorübergehenden Änderung der Dauer, nicht bei der Dauer schlechthin.⁹⁶ Bei der **Vergütung** sind nur die Entlohnungsgrundsätze mitbestimmungspflichtig, nicht die Höhe der Entlohnung.⁹⁷ Bei der **betrieblichen Altersversorgung** entscheidet der Arbeitgeber frei, ob er überhaupt eine **36**

90 Zu möglichen Folgen *Sagan*, EuZA 2012, 247; *Sittard/Flockenhaus*, NZA 2013, 652; *Steffan*, NZA 2012, 473; *Winter*, RdA 2013, 36; *Witschen*, EuZA 2017, 534.

91 BAG 6.11.2007, 1 AZR 862/06, NZA 2008, 542; BAG 13.11.2007, 3 AZR 191/06, NZA 2008, 600; krit. *Müller-Bonani/Mehrens*, NZA 2012, 1194.

92 Zur Kritik *Sieg/Maschmann*, Umstrukturierung Rn. 327.

93 BAG 6.11.2007, 1 AZR 862/06, NZA 2008, 542; BAG 13.11.2007, 3 AZR 191/06, NZA 2008, 600.

94 BAG 22.3.2005, 1 ABR 64/03, NZA 2006, 383, 389.

95 BAG 13.11.2007, 3 AZR 191/06, NZA 2008, 600, 603.

96 BAG 24.1.2006, 1 ABR 6/05, NZA 2006, 862, 868.

97 BAG GS 3.12.1991, GS 2/90, NZA 1992, 749.

Kap. 22 Vergütungsordnungen beim Betriebsübergang

Betriebsrente gewährt, wie viele Mittel er hierfür bereitstellen und welchen Personenkreis er begünstigen will.⁹⁸ Der Betriebsrat hat nur beim Leistungsplan und bei der Heranziehung der Arbeitnehmer zu Beiträgen mitzubestimmen; das genügt nicht für die Ablösung eines tariflichen Betriebsrentensystems durch eine Betriebsvereinbarung aus Anlass eines Betriebsübergangs.⁹⁹

cc) Ablösung durch Änderungsvertrag

- 37 Erst nach **Ablauf einer Jahresfrist**, die mit dem Zeitpunkt des Betriebsübergangs beginnt, können die Arbeitsbedingungen individualrechtlich zulasten des Arbeitnehmers verändert werden. **Vor Ablauf** der Jahresfrist können die Rechte aus dem alten Tarifvertrag in **zwei Fällen geändert werden**: Wenn der alte Tarifvertrag nicht mehr gilt, sei es infolge Zeitablaufs, sei es durch Kündigung (§ 613a Abs. 1 S. 4 Alt. 1 BGB), und wenn der Betrieb nach dem Inhaberwechsel in den Geltungsbereich eines anderen Tarifvertrags fällt, eine beiderseitige Bindung an diesen Tarifvertrag fehlt und seine – vollständige¹⁰⁰ – Anwendung zwischen dem neuen Inhaber und dem Arbeitnehmer vereinbart wird (§ 613a Abs. 1 S. 4 Alt. 2 BGB).
- 38 **Beispiel**: Maschinenbauunternehmen M, das an den einschlägigen Metall-TV gebunden ist, gliedert seinen Vertrieb zu einer selbständigen Vertriebs-GmbH aus, auf die nur noch die Tarifverträge des Groß- und Außenhandels anwendbar sind.
- 39 Die **Änderung der Arbeitsbedingungen** erfolgt nicht von selbst, sondern bedarf stets einer Vereinbarung, die **ausdrücklich oder konkludent** erfolgen kann. Allerdings stellt der bisherige Tarifvertrag nach Ansicht der Rechtsprechung¹⁰¹ eine **Vergütungsordnung** dar, bei deren **Änderung der Betriebsrat** nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG **mitzubestimmen** hat. Da der Erwerber betriebsverfassungsrechtlich an die Stelle des Veräußerers tritt, hat er bis zu einer Einigung mit dem Betriebsrat die im bisherigen Tarifvertrag geregelten Vergütungsgruppen zu beachten und Mitarbeiter entsprechend einzugruppieren.¹⁰² Das Mitbestimmungsrecht erstreckt sich aber nicht auf die Entgelthöhe, sondern nur auf die Bildung von Entgeltgruppen nach abstrakten Kriterien. Soweit der Erwerber diese beachtet, kann er mit nicht tarifgebundenen Arbeitnehmern die Höhe des Entgelts frei vereinbaren;¹⁰³ missachtet er sie, können die betroffenen

98 BAG 26.4.1988, 3 AZR 168/86, NZA 1989, 219.

99 BAG 13.11.2007, 3 AZR 191/06, NZA 2008, 600, 603.

100 BAG 22.4.2009, 4 AZR 100/08, NZA 2010, 41, 47.

101 BAG 8.12.2009, 1 ABR 66/08, NZA 2010, 404.

102 BAG 18.10.2011, 1 ABR 25/10, NZA 2012, 392; vgl. weiter *Salamon*, NZA 2012, 899.

103 BAG 17.5.2011, NZA-RR 2011, 644; BAG 18.10.2011, 1 ABR 25/10, NZA 2012, 392.

Arbeitnehmer eine Vergütung auf der Grundlage der zuletzt mitbestimmten Entlohnungsgrundsätze verlangen.¹⁰⁴

Das **Einverständnis** des Arbeitnehmers zur Änderung der nunmehr nach § 613a Abs. 1 S. 2 BGB arbeitsvertraglich geltenden Tarifnormen darf nach Jahresfrist **auch mit Hilfe einer Änderungskündigung erzwungen werden**. Die Änderungskündigung scheitert auch nicht an § 613a Abs. 4 BGB. § 613a Abs. 4 BGB schützt den Arbeitnehmer nicht vor einer Anpassung an die neue betriebliche Situation. Für die Änderungskündigung gelten die allgemeinen Grundsätze. Ist das KSchG auf das Arbeitsverhältnis anwendbar, so ist zu fragen, ob ein dringender betrieblicher Grund die Änderung bedingt und ob sich der Arbeitgeber darauf beschränkt hat, dem Arbeitnehmer nur solche Änderungen vorzuschlagen, deren Annahme ihm zumutbar sind.¹⁰⁵ Kündigungsgrund kann nur eine Änderung der Tätigkeit sein oder – wenn nur die Gegenleistung geändert werden soll – die Gefährdung des Betriebs und/oder seiner Arbeitsplätze. Einen besonderen Kündigungsgrund zur Durchführung der Änderungen nach § 613a Abs. 1 S. 2–4 BGB gibt es nicht. Das Interesse des Erwerbers, in seinem Betrieb **einheitliche Vertragsbedingungen** zu schaffen, **rechtfertigt für sich allein deshalb noch keine Änderungskündigung**, insbesondere dann nicht, wenn damit eine Entgeltsenkung verbunden ist.¹⁰⁶ Das gilt umso mehr, als die Rechtsprechung den Grundsatz der Tarifeinheit im Betrieb aufgegeben hat.¹⁰⁷ Ebenso wenig genügt die Wahrung des Gleichbehandlungsgrundsatzes,¹⁰⁸ und zwar selbst dann nicht, wenn die Ungleichbehandlung zu einer Störung des Betriebsfriedens führt.¹⁰⁹

4. Kraft Bezugnahmeklausel geltende Tarifnormen

a) Funktion und Wirkung

Der Tarifvertrag gilt gemäß § 4 Abs. 1 TVG nur für die beiderseits tarifgebundenen Arbeitsvertragsparteien. Der im Arbeitgeberverband organisierte Arbeitgeber müsste demnach bei den Arbeitsbedingungen nach der Zugehörigkeit seiner Arbeitnehmer zur tarifschießenden Gewerkschaft differenzieren. Wegen der damit verbundenen Ungleichbehandlung wären Spannungen in der Belegschaft nicht zu verhindern. Mit großer Selbstverständlichkeit erwarten alle, auch die nichtorganisierten, die Anwendung der tariflichen Mindestbedingungen auf ihre

104 BAG 22.6.2010, 1 AZR 853/08, NZA 2010, 1243 m. krit. Anm. Reichold, RdA 2011, 311.

105 BAG 24.4.1997, 2 AZR 352/96, AP Nr. 42 zu § 2 KSchG 1969; vgl. Gräf, NZA 2016, 327.

106 BAG 12.1.2006, 2 AZR 126/05, NZA 2006, 587.

107 BAG 7.7.2010, 4 AZR 549/08, NZA 2010, 1068.

108 BAG 28.4.1982, 7 AZR 1139/79, AP Nr. 3 zu § 2 KSchG 1969.

109 BAG 15.3.1991, 2 AZR 582/90, NZA 1992, 120.

Arbeitsverhältnisse. Bei tarifgebundenen Arbeitgebern ist es deshalb üblich, im Arbeitsvertrag die Anwendung der Tarifbestimmungen auch für die nichtorganisierten Arbeitnehmer zu vereinbaren. Das geschieht durch eine sog. **Bezugnahme- bzw. Verweisungsklausel**. Sie fungiert hier als „Gleichstellungsabrede“,¹¹⁰ die das widerspiegeln soll, was tarifrechtlich gilt.¹¹¹ Sie ersetzt nur die fehlende Mitgliedschaft des Arbeitnehmers in der Gewerkschaft und stellt ihn so, als wäre er tarifgebunden. Da jedoch einem betriebsfremden Bewerber die Tarifgebundenheit des Arbeitgebers zumeist unbekannt ist, geht die neuere Rechtsprechung¹¹² davon aus, dass der Gleichstellungszweck in der Klausel ausdrücklich vereinbart werden muss. Wurde die Tarifgebundenheit des Arbeitgebers an den im Arbeitsvertrag genannten Tarifvertrag nicht in einer für den Arbeitnehmer erkennbaren Weise zur auflösenden Bedingung der Vereinbarung gemacht, liegt eine konstitutive Verweisungsklausel vor, die durch einen Verbandsaustritt des Arbeitgebers oder einen sonstigen Wegfall seiner Tarifgebundenheit nicht berührt wird.¹¹³ Für die Auslegung von arbeitsvertraglichen Bezugnahmeklauseln in **bis zum 31.12.2001** abgeschlossenen Arbeitsverträgen („**Altverträge**“) gilt **aus Gründen des Vertrauensschutzes weiter die Regel**, wonach die Bezugnahme in einem von einem tarifgebundenen Arbeitgeber vorformulierten Arbeitsvertrag auf die für das Arbeitsverhältnis einschlägigen Tarifverträge als **Gleichstellungsabrede** auszulegen ist, also nur die Gleichstellung nicht tarifgebundener mit tarifgebundenen Arbeitnehmern bezweckt.¹¹⁴

- 42 Auch **nicht tarifgebundene Arbeitgeber** können Bezugnahmeklauseln verwenden. Mangels arbeitgeberseitiger Tarifbindung kann die Verweisung aber von vornherein keine Gleichstellung bezwecken.¹¹⁵ Wendet ein nicht verbandlich organisierter Arbeitgeber den für sein Unternehmen oder seinen Betrieb einschlägigen Tarifvertrag an, erspart er sich das Aushandeln der Arbeitsbedingungen mit jedem einzelnen Arbeitnehmer.¹¹⁶ Die Verweisung dient insoweit der **Vereinheitlichung der Arbeitsbedingungen**.¹¹⁷ Häufig gewährt auch der nichtorganisierte Arbeitgeber die **branchenüblichen Bedingungen**. Damit will er aber keinen unabänderlichen Mindeststandard schaffen, sondern seine Bedingungen am sach nächsten Tarifvertrag orientieren, vor allem dann, wenn in seiner Branche üblicherweise nach dem einschlägigen Tarifvertrag entlohnt wird.¹¹⁸

110 So die frühere st. Rspr., vgl. BAG 26.9.2001, 4 AZR 544/00, NZA 2002, 634.

111 *Löwisch/Rieble*, § 3 TVG Rn. 229.

112 BAG 14.12.2005, 4 AZR 536/04, NZA 2006, 607.

113 BAG 18.4.2007, 4 AZR 652/05, NZA 2007, 965; BAG 29.8.2007, 4 AZR 767/06, NZA 2008, 364.

114 BAG 14.12.2005, 4 AZR 536/04, NZA 2006, 607.

115 BAG 25.9.2002, 4 AZR 294/01, NZA 2003, 807.

116 *Löwisch/Rieble*, § 3 TVG Rn. 236; *Däubler-Lorenz*, § 3 TVG Rn. 217.

117 S. dazu BAG 26.9.2001, 4 AZR 544/00, NZA 2002, 634.

118 *Hromadka/Maschmann/Wallner*, Tarifwechsel Rn. 116.

Die Bezugnahme führt dazu, dass der **Inhalt des Tarifvertrags** zum Inhalt des Arbeitsvertrags wird. Er wirkt jetzt **schuldrechtlich**, nicht normativ wie bei beiderseitiger Tarifbindung nach § 4 Abs. 1 TVG.¹¹⁹ Die Verweisung kann schriftlich, mündlich oder konkludent¹²⁰ erfolgen, durch Einzelvereinbarung, Gesamtzusage oder betriebliche Übung. Eine stillschweigende Bezugnahme ist zulässig, weil der Arbeitsvertrag nicht formbedürftig ist. Das Angebot kann darin liegen, dass der Arbeitgeber Tarifbestimmungen anwendet und der Arbeitnehmer das widerspruchsfrei hinnimmt. Gewährt ein tarifgebundener Arbeitgeber tarifliche Leistungen, sollen im Zweifel alle einschlägigen Tarifbestimmungen gelten, also auch die tariflichen Ausschlussfristen.¹²¹ **43**

b) Statische und dynamische Bezugnahme

Die Verweisung auf den Tarifvertrag kann „statisch“ oder „dynamisch“ erfolgen (s. Kap. 23 Rn. 43 ff.). **Die statische Bezugnahme** führt dazu, dass alle oder ein Teil der Vorschriften eines bestimmten Tarifvertrags auf Dauer zum Bestandteil des Arbeitsvertrags werden. Die in Bezug genommenen Bestimmungen gelten **ohne Rücksicht auf die weitere Entwicklung** des Tarifvertrags, also auch, wenn dieser von den Tarifvertragsparteien aufgehoben oder geändert werden sollte.¹²² Es ist so, als wären sie wörtlich in den Arbeitsvertrag aufgenommen worden. **44**

Bei der **dynamischen Verweisung** sind zwei Gestaltungsformen zu unterscheiden: Wird auf die „Tarifverträge der XY-Industrie in ihrer jeweils geltenden Fassung“ oder auf einzelne Bestimmungen daraus verwiesen, spricht man von einer „kleinen“ oder „zeit“-**dynamischen Verweisungsklausel**. Damit sollen die Regelungen der zeitlich abfolgenden Tarifverträge einer bestimmten Branche angewendet werden.¹²³ Wird Bezug genommen auf die „jeweils für den Arbeitgeber einschlägigen Tarifverträge“, ohne dass diese – insbesondere im Hinblick auf den fachlichen Geltungsbereich – näher konkretisiert werden, so spricht man von einer „großen“ **dynamischen Verweisungsklausel**.¹²⁴ Da mit einer solchen Klausel bei einem Branchenwechsel die jeweils sachnächsten Tarifverträge auf alle Arbeitnehmer des Betriebs angewendet werden sollen, ist auch von einer „**Tarifwechselklausel**“ die Rede.¹²⁵ Muster zur Gestaltung s. Kap. 23 Rn. 50 ff. **45**

119 St. Rspr., vgl. BAG 17.6.2015, 4 AZR 61/14, NZA 2016, 373.

120 BAG 19.1.1999, 1 AZR 606/98, NZA 1999, 879.

121 BAG 19.1.1999, 1 AZR 606/98, NZA 1999, 879.

122 WHSS-Hohenstatt, E. Rn. 180; Hromadka/Maschmann/Wallner, Tarifwechsel Rn. 121.

123 BAG 29.8.2007, 4 AZR 767/06, NZA 2008, 364.

124 BAG 29.8.2007, 4 AZR 767/06, NZA 2008, 364 m. w. N.

125 BAG 16.10.2002, 4 AZR 467/01, NZA 2003, 390.

- 46 Die statische Verweisung kommt in der Praxis selten vor. Die Rechtsprechung¹²⁶ nimmt deshalb mit Recht an, dass eine dynamische Verweisung sachnäher ist, weil sie auch künftige Änderungen erfasst und weil sie damit den Interessen der Parteien in der Regel besser gerecht wird, jedenfalls bei Verweisungen auf Entgelttarifverträge.¹²⁷ **Im Zweifel sei daher eine Verweisung auch ohne eine ausdrückliche Regelung als eine (zeit-)dynamische Bezugnahmeklausel auszulegen.**¹²⁸ Wenn die Parteien etwas anderes wollten, müssten sie das zum Ausdruck bringen.¹²⁹ Einer ausdrücklichen „Jeweiligkeitsklausel“ bedürfe es nicht.¹³⁰

c) Bezugnahmeklausel beim Betriebsübergang

- 47 Im Falle eines Betriebsübergangs gehen die im Wege einer arbeitsvertraglichen Bezugnahme begründeten Rechte und Pflichten nach § 613 a Abs. 1 S. 1 BGB **unverändert** auf den Erwerber über.¹³¹ Der individualvertragliche Charakter der in Bezug genommenen Tarifverträge bleibt erhalten. Dass der Tarifvertrag beim Veräußerer zugleich normativ und schuldrechtlich gilt, ändert nichts an den Wirkungen der Bezugnahmeklausel. Eine ggf. nach dem Übergang entstehende Regelkollision ist nach dem Günstigkeitsprinzip zu lösen.¹³² Der Erwerber wird so gestellt, als hätte er die dem Arbeitsverhältnis zugrunde liegenden Willenserklärungen des Veräußerers gegenüber dem Arbeitnehmer selbst abgegeben und damit die Tarifregelungen zum Inhalt des Arbeitsvertrags gemacht.¹³³ Deshalb wirkt eine vom Veräußerer vereinbarte **dynamische Bezugnahmeklausel** auch nach dem Betriebsübergang beim Erwerber dynamisch fort.¹³⁴ Dabei soll es laut BAG nicht darauf ankommen, ob der Erwerber selbst – normativ – tarifgebunden ist und damit durch eine Beteiligung an den Tarifverhandlungen Einfluss auf den künftigen Inhalt der Tarifverträge nehmen kann.¹³⁵ Es gebe keinen Grund, den Erwerber hinsichtlich seiner Bindung an Arbeitsverträge im Vergleich zu anderen Arbeitgebern zu privilegieren. Ihm stehe es frei, den Inhalt der einzelvertraglichen Abreden der von ihm zu übernehmenden Arbeitnehmer – ebenso wie wei-

126 BAG 9.11.2005, 5 AZR 128/05, NZA 2006, 202.

127 Skeptisch aber für solche auf Manteltarifverträge BAG 24.9.2008, 6 AZR 76/07, NZA 2009, 154, 157.

128 St. Rspr., vgl. zuletzt BAG 30.8.2017, 4 AZR 443/15, NZA 2018, 363 Rn. 20 m. w. N.

129 BAG 16.8.1988, 3 AZR 61/87, NZA 1989, 102.

130 BAG 20.4.2012, 9 AZR 504/10, NZA 2012, 982 Rn. 26 m. w. N.

131 BAG 30.8.2017, 4 AZR 443/15, NZA 2018, 363 Rn. 24 ff.

132 BAG 22.4.2009, 4 AZR 100/08, NZA 2010, 41; BAG 15.4.2015, 4 AZR 587/13, NZA 2015, 1274 Rn. 27; BAG 11.7.2018, 4 AZR 533/17, NZA 2018, 1486 Rn. 30.

133 BAG 17.6.2015, 4 AZR 61/14 (A), NZA 2016, 373 Rn. 15.

134 BAG 30.8.2017, 4 AZR 95/14, NZA 2018, 255 Rn. 42 ff.; Bayreuther, NJW 2017, 2158; Eylert/Schinz, RdA 2017, 140.

135 BAG 17.6.2015, 4 AZR 61/14 (A), NZA 2016, 373 Rn. 15.

tere vertragliche Bindungen des Veräußerers, z.B. Leasing-Verträge, Kundenverträge, Lieferantenbedingungen usw. – zu prüfen und bei dem Aushandeln seiner Gegenleistung angemessen zu berücksichtigen.¹³⁶ Würde man anders entscheiden, könnte sich ein konzerngebundener Arbeitgeber allein dadurch von einer Tarifynamik befreien, dass er seinen Betrieb auf ein anderes, nicht tarifgebundenes Konzernunternehmen verlagert.¹³⁷ Der Erwerber werde dadurch auch nicht in seiner negativen Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG) verletzt. Dass er dynamische Bezugnahme dulden müsse, liege allein daran, dass er aufgrund einer privatautonomen Entscheidung durch die Übernahme des Betriebs in die vertraglich begründete Rechtsposition des Veräußerers eingetreten sei.¹³⁸

Der EuGH sah das eine Zeitlang anders. In der **Werhof-Entscheidung**¹³⁹ war er der Ansicht, dass eine Bezugnahmeklausel, die dynamisch auf einen Entgelttarifvertrag verweise, von Art. 3 Abs. 1 der Betriebsübergangs-Richtlinie (BÜRL) 2001/23/EG¹⁴⁰ erfasst werde. Damit gingen die Rechte und Pflichten aus einem Kollektivvertrag, auf den der Arbeitsvertrag verweise, zwar sogar dann auf den Erwerber über, wenn dieser nicht an ihn gebunden sei. Allerdings wolle die Richtlinie den Erwerber nicht an erst nach dem Zeitpunkt des Übergangs geltende Kollektivverträge binden. Ihr Ziel sei lediglich, die am Tag des Übergangs bestehenden Rechte und Pflichten der Arbeitnehmer zu wahren. Zudem dürften die Interessen des Erwerbers nicht unberücksichtigt bleiben. Dieser müsse in der Lage sein, die für die Fortsetzung seiner Tätigkeit erforderlichen Anpassungen vorzunehmen. Dem stehe eine dynamische Fortwirkung des beim Veräußerer geltenden Tarifvertrags entgegen. Obendrein sei der Erwerber in seiner negativen Vereinigungsfreiheit beeinträchtigt. Denn er werde an künftige Tarifverträge gebunden, ohne Mitglied der tarifschließenden Partei zu sein. In der Rechtssache **Alemo-Herron**¹⁴¹ hatte der EuGH seine Ansicht bekräftigt. Auch dort erteilte er der dynamischen Fortgeltung einer Bezugnahmeklausel eine Absage, weil sie notwendige Anpassungen der Arbeitsbedingungen nach einem Betriebsübergang behindere und die nach Art. 16 GRC geschützte unternehmerische Freiheit beeinträchtige. Anderes gelte laut EuGH nur, wenn es dem Erwerber möglich sei, *„im Rahmen eines zum Vertragsabschluss führenden Verfahrens, an dem er beteiligt ist, seine Interessen wirksam geltend zu machen und die Entwicklung der Arbeitsbedingungen seiner Arbeitnehmer bestimmenden Faktoren mit Blick*

136 BAG 30.8.2017, 4 AZR 95/14, NZA 2018, 255 Rn. 58.

137 BAG 17.6.2015, 4 AZR 61/14 (A), NZA 2016, 373 Rn. 49.

138 BAG 30.8.2017, 4 AZR 95/14, NZA 2018, 255 Rn. 60.

139 EuGH 9.3.2006, C-499/04, NZA 2006, 376 Rn. 27 ff.

140 V. 12.3.2001, ABI. L 82 v. 22.3.2001, S. 16.

141 EuGH 18.7.2013, C-426/11, NZA 2013, 835 Rn. 29 ff.; *Hartmann*, EuZA 2015, 203; *Klein*, NZA 2016, 310; *Latzel*, RdA 2014, 110; *Naber/Krois*, ZESAR 2014, 121; *Willemsen*, NJW 2014, 12.

*auf seine künftige wirtschaftliche Tätigkeit auszuhandeln“.*¹⁴² Daran fehlte es in dem der Entscheidung zugrundeliegenden Fall, weil der Erwerber nicht Mitglied des Arbeitgeberverbandes war, dem der Veräußerer angehörte, und es auch nicht werden konnte.

- 49 Beide Entscheidungen lösten in Deutschland eine **heftige Debatte** aus. Dem EuGH wurde u. a. vorgeworfen, die unterschiedlichen Arten der Fortgeltung von Arbeitsbedingungen in Art. 3 Abs. 1 und Abs. 3 RL 2001/23/EG zu vermengen.¹⁴³ Für Kollektivverträge ordne Art. 3 Abs. 3 eine lediglich statische Fortwirkung an und schütze überdies das Ablösungs- und Vereinheitlichungsinteresse des Erwerbers, da er die Fortgeltung der Kollektivbedingungen unter den Vorbehalt der Ablösung durch die beim Erwerber geltenden Kollektivverträge stelle. Für arbeitsvertragliche Verpflichtungen gelte dagegen Art. 3 Abs. 1, der einen unveränderten Übergang der Vertragsbedingungen auf den Erwerber vorsehe. Eine möglicherweise gegebene Beschränkung der Unternehmerfreiheit sei aus Gründen des Arbeitnehmerschutzes gerechtfertigt und verhältnismäßig.
- 50 Das BAG¹⁴⁴ rief daraufhin in der Rechtssache **Asklepios Kliniken** erneut den EuGH an. Der **EuGH**¹⁴⁵ bestätigte in seiner viel beachteten Entscheidung zwar formal seine bisherige Linie und wiederholte seine in der Rechtssache Alemo-Herron aufgestellte Formel. Im Ergebnis gab er allerdings seine bisherige Ansicht auf und **schloss sich der vom BAG vertretenen dynamischen Fortwirkung der beim Veräußerer geltenden Tarifverträge** an. Eine genauere Begründung für seinen Kurswechsel blieb er jedoch schuldig.¹⁴⁶ Ihm genügten die vom BAG in seiner Vorlageentscheidung aufgezeigten Instrumente zur Beendigung der Tarifyndynamik durch den Erwerber.¹⁴⁷ Über deren tatsächliche Wirksamkeit zu befinden, sei Sache des vorlegenden Gerichts.¹⁴⁸ Im Anschluss an diese EuGH-Entscheidung hat das BAG in einer Reihe von Urteilen¹⁴⁹ zu den von ihm angeführten Änderungsinstrumenten Stellung genommen, allerdings nur abstrakt. Was die **dynamische Fortwirkung** von Bezugnahmen anbelangt, ist deshalb von einer **gefestigten Rechtsprechung** auszugehen. Das Augenmerk richtet sich nun auf die tatsächliche Wirksamkeit der vom BAG ins Spiel ge-

142 EuGH 18.7.2013, C-426/11, NZA 2013, 835 Rn. 33.

143 Eylert/Schinz, RdA 2017, 140, 144 ff., Klein, NZA 2016, 410; Willemsen/Grau, NJW 2014, 12, 14.

144 BAG 17.6.2015, 4 AZR 61/14 (A), NZA 2016, 373.

145 EuGH 27.4.2017, C-680 und 681/15, NZA 2017, 571 Rn. 22.

146 Wißmann/Niklas, NZA 2017, 697.

147 Bayreuther, NJW 2017, 2158; Busch/Gerlach, BB 2017, 2356; Hohenstatt, FS Willemsen, 2018, S. 187; Sagan, ZESAR 2016, 116; Wahlig/Brune, NZA 2018, 221; E. Willemsen, FS Willemsen, 2018, S. 619; Wißmann/Niklas, NZA 2017, 697.

148 EuGH 27.4.2017, C-680 und 681/15, NZA 2017, 571 Rn. 24.

149 BAG 30.8.2018, 4 AZR 95/14, NZA 2018, 255; BAG 30.8.2017, 4 AZR 443/115, NZA 2018, 363; BAG 27.3.2018, 4 AZR 208/17, NZA 2018, 1264.

brachten Änderungsinstrumente. Diskutiert wird, ob für deren Einsatz andere als die üblichen Voraussetzungen gelten, wenn es (nur) um die Beseitigung einer Tarifynamik geht.¹⁵⁰

d) Änderung einer Bezugnahmeklausel nach dem Betriebsübergang

Für eine **Änderung** der Bezugnahmeklausel bedarf es einer **Vereinbarung** zwischen Erwerber und dem kraft Gesetzes auf ihn übergegangenen Arbeitnehmer. § 613a BGB steht dem nicht entgegen. Die Änderung bedarf nach st. Rspr. auch keines rechtfertigenden Grundes,¹⁵¹ selbst dann nicht, wenn sich die Arbeitsbedingungen verschlechtern, etwa weil eine Entdynamisierung der beim Veräußerer geltenden Tarifverträge oder die für den Arbeitnehmer **ungünstigeren** Tarifnormen des Erwerbers vereinbart werden. Soweit § 613a Abs. 1 S. 2 BGB eine **Sperrfrist** von einem Jahr für die – auch einvernehmliche – Verschlechterung der Arbeitsbedingungen vorsieht, **gilt dies ausschließlich für Arbeitsbedingungen**, die vor dem Betriebsübergang zwischen Veräußerer und Arbeitnehmer **normativ** kraft Tarifvertrags oder Betriebsvereinbarung gegolten hatten.¹⁵² Mit den übernommenen Arbeitnehmern kann daher unmittelbar nach dem Betriebsübergang Abweichendes vereinbart werden.¹⁵³

Lehnt der übergegangene Arbeitnehmer die ihm angebotene Vertragsänderung ab, kann sie der Erwerber auch einseitig mittels **Änderungskündigung** herbeiführen.¹⁵⁴ Im Anwendungsbereich des KSchG ist eine solche jedoch nur dann wirksam, wenn sie sozial gerechtfertigt ist.¹⁵⁵ In der hierzu ergangenen Rechtsprechung hat das BAG darauf abgestellt, ob sich der Arbeitgeber auf die für die Fortsetzung der Tätigkeit „**erforderlichen**“ **Anpassungen beschränkt** hat.¹⁵⁶ Für Änderungskündigungen zur Entgeltabsenkung gelten wegen des damit verbundenen Eingriffs in das vertragliche Synallagma von Leistung und Gegenleistung (sehr) **hohe Anforderungen**.¹⁵⁷ Ob anderes gilt, falls sich der Erwerber mit einer **Entdynamisierung** der beim Veräußerer geltenden Bezugnahmeklausel begnügt, die nur den bisherigen Status quo festschreibt, ohne (sofort) das Entgelt abzusenken, hat das BAG auch in seiner neuesten Rechtsprechung offengelassen.

150 Busch/Gerlach, BB 2017, 2356, 2360 m. w. N.; Hohenstatt, FS Willemsen, S. 187, 192 f.; Sagan, ZESAR 2016, 116, 120 f.; Wahlig/Brune, NZA 2018, 221, 2226; eher verneinend BAG 17.6.2015, 4 AZR 61/14 (A), NZA 2016, 373 Rn. 49; BAG 30.8.2017, 4 AZR 443/15 NZA 2018, 363 Rn. 41.

151 BAG 30.8.2017, 4 AZR 95/14, NZA 2018, 255 Rn. 48 m. w. N.

152 BAG 30.8.2017, 4 AZR 443/15 NZA 2018, 363 Rn. 31 m. w. N.

153 BAG 7.11.2007, 5 AZR 1007/06, NZA 2008, 530.

154 BAG 30.8.2017, 4 AZR 95/14, NZA 2018, 255 Rn. 50 ff.

155 BAG 30.8.2017, 4 AZR 443/15 NZA 2018, 363 Rn. 38.

156 BAG 10.9.2009, 2 AZR 822/07, NZA 2010, 333.

157 BAG 20.8.1998, 2 AZR 84/98, NZA 1999, 255; BAG 10.9.2009, 2 AZR 822/07, NZA 2010, 333.

sen.¹⁵⁸ Soweit der Erwerber mit der **Änderungskündigung** eine **Angleichung des Vergütungsniveaus** der auf ihn übergegangenen Arbeitnehmer mit dem seiner eigenen Belegschaft bezweckt,¹⁵⁹ hat die Rechtsprechung dem bislang jedenfalls eine **Absage erteilt**.¹⁶⁰ Ob diese Rechtsprechung für den Fall eines Betriebsübergangs mit den Vorgaben des EuGH vereinbar ist, ist nach wie vor umstritten.¹⁶¹ Das BAG beharrt jedenfalls darauf, dass der Erwerber den rechtlichen Inhalt der vom Veräußerer verwendeten Bezugnahmeklauseln vor dem Betriebsübergang hätte prüfen können. Unterlässt er dies, habe er die für ihn nachteiligen Konsequenzen selbst zu verantworten. Die Änderungskündigung diene laut BAG nicht der nachträglichen Korrektur einer unzureichenden Prüfung. Ließe man eine solche Korrektur ohne die sonst geltenden materiell-rechtlichen Kriterien zu, könnte sich ein Betriebserwerber leichter von ihm für nachteilig gehaltenen Arbeitsbedingungen lösen als ein Arbeitgeber in einem laufenden Arbeitsverhältnis.¹⁶²

- 53 Dem Erwerber bleibt deshalb nur die **sorgfältige Auslegung einer Bezugnahmeklausel**. Wie erwähnt, geht die Rechtsprechung davon aus, dass dynamische Verweisungsklauseln, die beim Veräußerer als sog. **Gleichstellungsabrede** fungieren, den bisherigen Tarifvertrag nach einem Betriebsübergang nicht mehr dynamisch, sondern nur noch in der Fassung zum Zeitpunkt des Betriebsübergangs in Bezug nehmen.¹⁶³ Bezweckt die Bezugnahmeklausel die Gleichstellung der nicht gewerkschaftlich organisierten Mitarbeiter mit den organisierten, kann der bisherige Tarifvertrag bei den nicht organisierten nach dem Betriebsübergang nur statisch weiterwirken, weil auch die organisierten Arbeitnehmer ab diesem Zeitpunkt nicht mehr an der weiteren Tarifentwicklung teilnehmen.¹⁶⁴ Von einer Gleichstellungsabrede geht die Rechtsprechung jedoch nur bei Bezugnahmeklauseln aus, die ein tarifgebundener Arbeitgeber **vor dem Inkrafttreten der Schuldrechtsreform am 1.1.2002** vereinbart hatte.¹⁶⁵ Bei Arbeitsverträgen, die nach diesem Zeitpunkt geschlossen wurden, soll es bei der dynamischen Fortwirkung der bisherigen Tarifverträge bleiben.¹⁶⁶ Wurde jedoch ein vor dem

158 BAG 30.8.2017, 4 AZR 95/14, NZA 2018, 255 Rn. 57; BAG 30.8.2017, 4 AZR 443/15 NZA 2018, 363 Rn. 40.

159 Zum Vereinheitlichungsinteresse *Willemsen/Grau*, NJW 2014, 12, 15.

160 BAG 1.7.1999, 2 AZR 826/98, NZA 1999, 1336.

161 Für eine Vereinbarkeit *Bayreuther*, NJW 2017, 2158, 2159; *Eylert/Schinz*, RdA 2017, 140; *Klein*, NZA 2016, 410; *Wahlig/Brune*, NZA 2018, 221; a. A. *Latzel*, RdA 2014, 110; *Wißmann/Niklas*, NZA 2017, 697, 701; wohl auch *Sagan*, ZESAR 2016, 116, 120.

162 BAG 30.8.2017, 4 AZR 95/14, NZA 2018, 255 Rn. 58.

163 BAG 17.11.2010, 4 AZR 127/09, NZA 2011, 457.

164 BAG 29.8.2001, 4 AZR 332/00, NZA 2002, 513; BAG 20.6.2001, 4 AZR 295/00, NZA 2002, 517.

165 BAG 18.4.2007, 4 AZR 652/05, NZA 2007, 965.

166 BAG 8.7.2015, 4 AZR 51/14, NZA 2015, 1462.

1.1.2002 geschlossener Arbeitsvertrag nach dem 31.12.2001 geändert, geht die Rechtsprechung davon aus, dass der Gleichstellungszweck bei einer Bezugnahmeklausel im nachhinein ausdrücklich vereinbart werden muss,¹⁶⁷ wenn es bei einer Vertragsänderung heißt: „**Alle anderen Vereinbarungen aus dem Anstellungsvertrag [bleiben] unberührt**“.¹⁶⁸ Entsprechendes gilt für die Abrede: „**Die bei der Änderung nicht genannten Regelungen gelten weiter**“.¹⁶⁹ Mit solchen Formulierungen werde laut BAG zum Ausdruck gebracht, dass bei einem Änderungsangebot auch die nicht geänderten Vertragsklauseln geprüft und für gut gefunden wurden. Hätten die Parteien nach dem Inkrafttreten der Schuldrechtsreform etwas anderes gewollt, zB. dass eine Bezugnahme auch weiterhin nur für den Fall einer Tarifgebundenheit des Arbeitgebers bestehen sollte, hätten sie das ausdrücklich vereinbaren müssen.¹⁷⁰ Werde eine solche Umformulierung unterlassen, komme es mit der Vertragsänderung zu einer dynamischen Fortwirkung der bisherigen Tarifverträge.¹⁷¹

Denkbar wäre auch, eine zeitdynamische Bezugnahmeklausel so auszulegen, dass sie nach einem Betriebsübergang auf die dann beim Erwerber geltenden Tarifverträge verweist. Die Voraussetzungen dafür sind allerdings hoch. Nach der Rechtsprechung lässt sich eine kleine dynamische Bezugnahmeklausel nur dann als „**Tarifwechselklausel**“ **interpretieren**, wenn dafür besondere Umstände sprechen.¹⁷² Solche besonderen Umstände sind schon deshalb erforderlich, weil man auch ausdrücklich vereinbaren könnte, dass das Arbeitsverhältnis den für den Betrieb jeweils anzuwendenden „einschlägigen“ Tarifverträgen unterstellt wird.¹⁷³ Fehlt es daran, bleibt es auch bei einem Branchenwechsel bei der Verweisung auf den bisherigen Tarifvertrag, und zwar in seiner jeweiligen Fassung.¹⁷⁴ Wurde beim Veräußerer auf die Tarifverträge einer bestimmten Branche verwiesen, sind darunter (nur) die jeweiligen Flächentarifverträge zu verstehen, nicht aber auch die bei ihm geltenden Haustarifverträge, und erst recht nicht solche, die beim Erwerber gelten.¹⁷⁵ **54**

Diskutiert wird schließlich, ob sich Bezugnahmeklausel durch beim Erwerber geltende **Betriebsvereinbarungen ablösen lassen**.¹⁷⁶ Das ist schon deshalb **55**

167 BAG 27.3.2018, 4 AZR 208/17, NZA 2018, 1264 Rn. 24 m. w. N.

168 BAG 7.12.2016, 4 AZR 414/14, NZA 2017, 597.

169 BAG 21.10.2015, 4 AZR 649/14, AP TVG § 1 Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 134.

170 BAG 27.3.2018, 4 AZR 208/17, NZA 2018, 1264 Rn. 31.

171 BAG 8.7.2015, 4 AZR 51/14, NZA 2015, 1462.

172 BAG 25.9.2002, 4 AZR 294/01, NZA 2003, 807, 808.

173 BAG 30.8.2000, 4 AZR 581/99, NZA 2001, 510.

174 BAG 25.9.2002, 4 AZR 294/01, NZA 2003, 807, 809.

175 BAG 11.7.2018, 4 AZR 533/17, NZA 2018, 1486 Rn. 23 ff.

176 *Busch/Gerlach*, BB 2018, 1780, 1782; *Hohenstatt*, FS Willemsen, S. 187, 194; *Neufeld/Flockenhaus*, BB 2016, 2357, 2358; *Ubber/Massig*, BB 2017, 2230, 2236; *Wahlig/Brune*, NZA 2018, 221, 223; *Wißmann/Niklas*, NZA 2017, 697, 701.

Kap. 22 Vergütungsordnungen beim Betriebsübergang

problematisch, weil zwischen Einzel- und Kollektivvertrag das Günstigkeits- und nicht das Ablöseprinzip gilt.¹⁷⁷ Anderes gilt nur dann, wenn die im Einzelvertrag getroffenen Abreden „betriebsvereinbarungsoffen“ ausgestaltet sind, d. h. einer – auch verschlechternden – Abänderung durch betriebliche Normen unterworfen wurden. Eine solche Ablösungsklausel kann ausdrücklich, aber auch konkludent getroffen werden. In seiner Entscheidung vom 5.3.2013¹⁷⁸ hatte das BAG den – sehr weitgehenden – Grundsatz aufgestellt, dass Arbeitsvertragsbedingungen „regelmäßig“ betriebsvereinbarungsoffen ausgestaltet seien, wenn sie in Allgemeinen Geschäftsbedingungen geregelt würden und einen kollektiven Bezug aufwiesen. Das hat das BAG insbesondere für durch Betriebsvereinbarung (nachträglich) eingeführte **Altersgrenzen** angenommen.¹⁷⁹ Diese Rechtsprechung ist im rechtswissenschaftlichen Schrifttum auf Ablehnung gestoßen.¹⁸⁰ **Für den Fall** einer vom Arbeitgeber einseitig vorformulierten **Bezugnahmeklausel** hat das BAG die „Betriebsvereinbarungsoffenheit“ **abgelehnt**.¹⁸¹ Mit einer solchen Klausel hätten die Vertragsparteien den Inhalt ihres Arbeitsverhältnisses ausdrücklich den kollektiven Vereinbarungen bestimmter Tarifvertragsparteien anvertraut. Die Regelungen einer Betriebsvereinbarung sollten nach dem Willen der Arbeitsvertragsparteien deshalb nur dann zur Anwendung gelangen, wenn sie günstiger seien. Erst recht nicht könne von einer „Tarifvertragsoffenheit“ ausgegangen werden.¹⁸² Ein solcher Schluss verbiete sich schon deshalb, weil Tarifnormen – anders als die Normen einer Betriebsvereinbarung – nicht „automatisch“ normativ, sondern nur im Falle beiderseitiger Tarifgebundenheit für das Arbeitsverhältnis gelten würden, und daher nicht der Vereinheitlichung der Arbeitsbedingungen im Betrieb dienen könnten. War ein Tarifvertrag kraft einzelvertraglicher Bezugnahme auf das Arbeitsverhältnis mit dem Betriebsveräußerer anwendbar, finde sein Inhalt nach § 613a Abs. 1 S. 1 BGB nach dem Betriebsübergang als Individualvertragsrecht unverändert weiter Anwendung. Für eine analoge Anwendung von § 613a Abs. 1 S. 3 BGB auf Bezugnahmeklauseln sei kein Raum. Es fehle bereits an einer Gesetzeslücke, die durch eine solche Analogie geschlossen werden könnte.¹⁸³

177 St. Rspr., vgl. zuletzt BAG 11.4.2018, 4 AZR 119/17, NZA 2018, 1273 Rn. 55.

178 BAG 5.3.2013, 1 AZR 417/12, NZA 2013, 916 Rn. 60.

179 BAG 5.3.2013, 1 AZR 417/12, NZA 2013, 916; BAG 21.2.2017 – 1 AZR 292/15, NZA 2017, 738.

180 Zuletzt *Creutzfeld*, NZA 2018, 1111, 1116 m. w. N zum Streitstand.

181 BAG 11.4.2018, 4 AZR 119/17, NZA 2018, 1273 Rn. 57 f.

182 BAG 16.5.2018, 4 AZR 209/15, NZA 2018, 1489 Rn. 30.

183 BAG 16.5.2018, 4 AZR 209/15, NZA 2018, 1489 Rn. 42.

IV. Fortwirkung betrieblicher Vergütungsordnungen**1. Überblick**

Das BetrVG trifft keine ausdrückliche Bestimmung über das Schicksal von Betriebsvereinbarungen im Falle eines Betriebsübergangs. Dennoch gehen Rechtsprechung¹⁸⁴ und überwiegende Lehre¹⁸⁵ mit Recht davon aus, dass Betriebsvereinbarungen gegenüber dem neuen Inhaber eines Betriebs normativ fortwirken, wenn der **Betrieb** bei der rechtsgeschäftlichen Übernahme oder dem gesetzlichen Übergang seine **Identität bewahrt**. Auf den **Erhalt des Betriebs als organisatorischer Einheit** abzustellen – nichts anderes meint letztlich der etwas diffuse Begriff der Betriebsidentität –, macht durchaus Sinn: Betriebsvereinbarungen gelten für alle Betriebsangehörigen, selbst wenn die Betriebsparteien, die sie geschlossen hatten, nicht mehr im Amt sind. Auf die Identität der Vertragsparteien kommt es folglich nicht an. § 613a Abs. 1 S. 2 BGB findet als „Auffangregelung“ keine Anwendung.¹⁸⁶ **Anders** liegt es, wenn die **organisatorische Einheit**, für die die Betriebsvereinbarung Geltung beansprucht, durch **Stilllegung, Eingliederung usw. untergeht**. Hier ist der Betriebsvereinbarung der (örtliche) Regelungsbereich abhanden gekommen, ohne den es eine normative Geltung nicht geben kann.¹⁸⁷ Für diesen Fall ordnet § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB die Transformation der Inhaltsnormen einer Betriebsvereinbarung in das Arbeitsverhältnis an.¹⁸⁸ An diese ist der Erwerber gebunden, weil er das Arbeitsverhältnis als Ganzes übernimmt. Für die **Fortwirkung von Gesamtbetriebsvereinbarungen** gelten nach der Entscheidung des BAG vom 18.9.2002¹⁸⁹ **dieselben Grundsätze** wie für die Weitergeltung von (Einzel-)Betriebsvereinbarungen. Im Zweifel sollen auch Gesamtbetriebsvereinbarungen **normativ weitergelten, wenn bei einer Umstrukturierung die Betriebsidentität gewahrt bleibt**. Das ist nicht unproblematisch. Anders als Betriebsvereinbarungen gelten Gesamtbetriebsvereinbarungen nicht nur für einen einzelnen Betrieb, sondern für das gesamte Unternehmen oder für mehrere Betriebe.

184 BAG 18.9.2002, 1 ABR 54/01, NZA 2003, 670, 674; BAG 5.5.2015, 1 AZR 763/13, NZA 2015, 1331; BAG 24.1.2017, 1 ABR 24/15, NZA-RR 2017, 413; LAG Berlin-Brandenburg, 24.5.2018, 5 Sa 54/18, ZIP 2018, 1510.

185 BMG-Bachner, § 4 Rn. 114; Brune/Schmitz-Scholeermann, FS Willemsen, S. 65, 66; Fitting, § 77 BetrVG Rn. 167 ff.; C. Meyer, NZA 2016, 749; ErfK-Preis, § 613a BGB Rn. 114; Sieg/Maschmann, Unternehmensumstrukturierung Rn. 407; HWK-Willemsen/Müller-Bonanni, § 613a BGB Rn. 255;

186 BAG 5.5.2015, 1 AZR 763/13, NZA 2015, 1331; BAG 24.1.2017, 1 ABR 24/15, NZA-RR 2017, Fitting, § 77 BetrVG Rn. 168.

187 Kreft, FS Wißmann, 2005, S. 347, 351.

188 BAG 5.2.1991, 1 ABR 32/09, NZA 1991, 639; GK-BetrVG/Kreutz, § 77 BetrVG Rn. 390; Kreft, FS Wißmann, 2005, S. 347; Thüsing, DB 2004, 2474, 2475.

189 BAG 18.9.2002, 1 ABR 54/01, NZA 2003, 670, 674; bestätigt durch BAG 5.5.2015, 1 AZR 763/13, NZA 2015, 1331.

Scheidet ein Betrieb aus dem Unternehmen aus, kann der neue Inhaber an sich nicht mehr an eine nur für das bisherige Unternehmen gültige Regelung gebunden sein (s. Rn. 62 ff.).¹⁹⁰ Über die **Fortwirkung von Konzernbetriebsvereinbarungen** bei einer Umstrukturierung hat das BAG bislang nicht entschieden. Das Schrifttum geht überwiegend davon aus, dass die für Einzel- und Gesamtbetriebsvereinbarungen aufgestellten Grundsätze auf Konzernbetriebsvereinbarungen übertragbar sind.¹⁹¹

2. Fortwirkung von (Einzel-)Betriebsvereinbarungen

a) Normative Fortwirkung

- 57 Die h. M. gibt der **normativen Fortwirkung von Betriebsvereinbarungen** – wo immer das möglich ist – den Vorzug. Die Lösung über § 613a Abs. 1 S. 2–4 BGB ist dagegen subsidiär. Nichts anderes gilt bei einem Verweis auf (Einzel-) und Gesamtbetriebsvereinbarungen in einer arbeitsvertraglichen Bezugnahme-klausel. Diese hat wegen der ohnehin unmittelbaren und zwingenden Wirkung gem. § 77 Abs. 4 BetrVG nur deklaratorische Bedeutung.¹⁹² Die normative Fortwirkung einer Betriebsvereinbarung kommt immer dann in Betracht, **wenn eine Umstrukturierung die Identität des Betriebs unberührt lässt**.¹⁹³
- 58 Die **Betriebsidentität bleibt gewahrt**, wenn sich eine Umstrukturierung allein auf der Ebene der Gesellschafter abspielt, also **beim Share Deal**,¹⁹⁴ weil ein schlichter Gesellschafterwechsel den Rechtsträger unberührt lässt. Alle Einzelbetriebsvereinbarungen gelten normativ fort. Beim **Asset Deal** gilt dasselbe, wenn der neue Inhaber den **Betrieb im Ganzen übernimmt**.¹⁹⁵ Der „Krücke“ des § 613a BGB bedarf es folglich nicht.¹⁹⁶
- 59 Wird **ein Betriebsteil zu einem eigenen Betrieb verselbständigt**, bleibt dessen Identität schon deshalb nicht erhalten, weil er eine eigene Leitung erhält. Nach der „Identitätslehre“ würde damit die normative Wirkung der Betriebsvereinba-

190 Rieble, NZA 2003, Beil. zu Heft 16, S. 62, 69 f.

191 BGM-Bachner, § 4 Rn. 151 11; Fitting, § 77 BetrVG Rn. 170; HWK-Willemsen/Müller-Bonanni, § 613a BGB Rn. 259; a. A. Rieble, NZA 2003, Beil. S. 62, 70.

192 BAG 11.7.2018, 4 AZR 533/17, NZA 2018, 1487 Rn. 27 m. w. N.

193 BAG 15.1.2002, 1 AZR 58/01, NZA 2002, 1034; BAG 18.9.2002, 1 ABR 54/01, NZA 2003, 670, 673.

194 Vgl. BAG 27.4.2017, 8 AZR 859/15, AP BGB § 613a Nr. 469; WHSS-Hohenstatt, E Rn. 6 ff.; MFNOS-Schwab, Kap. 7 Rn. 88.

195 BAG 28.9.1988 NZA 1989, 188; BAG 11.10.1995 NZA 1996, 495; Fitting, § 1 BetrVG Rn. 142 und § 21 BetrVG Rn. 34; WHSS-Schweibert, C Rn. 8; Richardi-Thüsing, § 21 BetrVG Rn. 28.

196 A. A. Vertreter der „Sukzeessionslehre“, vgl. Sagan, RdA 2011, 163; ihm folgend ErfK-Preis, § 613a BGB Rn. 114.

nung enden.¹⁹⁷ Erhielte der Betriebsteil auch noch einen anderen Inhaber, müsste § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB den Bestand der Inhaltsnormen der Betriebsvereinbarung wahren. Davon will das BAG aber nichts wissen. Vielmehr sollen nach gefestigter Rechtsprechung **die Betriebsvereinbarungen des Ausgangsbetriebs normativ weitergelten**.¹⁹⁸ Es genüge, dass Restbetrieb und Betriebsabteilung vor der Ausgliederung zumindest „teilidentisch“ gewesen seien.¹⁹⁹ Da beim Erwerber keine Betriebsvereinbarungen gölten, seien die Arbeitnehmer schutzbedürftig. Überdies sei es ein Widerspruch, dem Betriebsrat des Ausgangsbetriebs ein Übergangsmandat zu gewähren, ohne die Betriebsvereinbarungen, die er selbst geschlossen habe, fortwirken zu lassen. Dem hat sich die h.M. angeschlossen.²⁰⁰ Freilich hat diese Ansicht mit der „Identitätslehre“, so wie sie vom BAG ursprünglich verstanden wurde, nichts mehr zu tun.²⁰¹

Solange der **Betriebsrat des Restbetriebs das Übergangsmandat innehat**, ist er auch die zuständige Partei für **Änderungen** der im ausgegliederten Betriebsteil fortwirkenden Betriebsvereinbarungen. Nur ihm gegenüber können die Vereinbarungen **gekündigt** werden. **Endet sein Mandat**, lassen sich die fortwirkenden Betriebsvereinbarungen nicht mehr ändern. Dem Arbeitgeber bleibt nur, ihre Wirkung dadurch zu beenden, dass er einheitlich gegenüber allen betroffenen Arbeitnehmern des Betriebsteils die Kündigung der entsprechenden Vereinbarungen erklärt,²⁰² etwa durch Aushang am Schwarzen Brett.²⁰³ Allerdings entfalten sie Nachwirkung, soweit darin Gegenstände geregelt werden, die der erzwingbaren Mitbestimmung unterliegen.²⁰⁴

b) Transformation nach § 613a Abs. 1 S. 2 BGB

Gliedert der Erwerber den übernommenen Betrieb in einen anderen ein, verliert der übernommene Betrieb seine Identität; damit enden die dort geltenden Betriebsvereinbarungen. Sofern im Erwerberbetrieb keine gegenstandsgleichen Betriebsvereinbarungen bestehen, werden die Betriebsvereinbarungen des übernommenen Betriebs zum Inhalt des Arbeitsvertrags (§ 613a Abs. 1 S. 2 BGB);

197 *Preis/Richter*, ZIP 2004, 935, 938 f.; *Rieble/Gutzeit*, NZA 2003, 233, 237; *Thüsing*, DB 2004, 2478.

198 BAG 18.9.2002, 1 ABR 54/01, NZA 2003, 670, 674; BAG 5.5.2015, 1 AZR 763/13, NZA 2015, 1331; BAG 24.1.2017, 1 ABR 24/15, NZA-RR 2017, 413; LAG Berlin-Brandenburg, 24.5.2018, 5 Sa 54/18, ZIP 2018, 1510.

199 *Kreft*, FS Wißmann, 2005, S. 347, 353.

200 BGM-Bachner, § 4 Rn. 123 f.; DKKW-Berg, § 77 BetrVG Rn. 99; *Fitting*, § 77 Rn. 174; GK-BetrVG/Kreutz, § 77 Rn. 377 f., 386 m. w. N.; *Kreft*, FS Wißmann, 2005, S. 347, 353; *Salamon*, RdA 2007, 153, 158.

201 HWK-Willemsen/Müller-Bonanni, § 613a BGB Rn. 256.

202 BAG 18.9.2002, 1 ABR 54/01, NZA 2003, 670, 674.

203 GK-BetrVG/Kreutz, § 77 Rn. 383.

204 S. im Einzelnen *Fitting*, § 77 BetrVG Rn. 175.

sie können jederzeit durch neue Betriebsvereinbarungen ersetzt werden, selbst wenn diese für den Arbeitnehmer ungünstiger sind.²⁰⁵ Das ist allerdings nach der Scattolon-Entscheidung des EuGH zweifelhaft.²⁰⁶ Danach dürfen dem Arbeitnehmer nicht „insgesamt schlechtere Arbeitsbedingungen“ als vor dem Übergang auferlegt werden.

3. Fortwirkung von Gesamtbetriebsvereinbarungen

a) Normative Fortwirkung

aa) Übernahme sämtlicher Betriebe

- 62 Die Rechtsprechung bejaht mit Recht die **normative Fortwirkung von Gesamtbetriebsvereinbarungen als Gesamtbetriebsvereinbarungen**, wenn der bislang „betriebsratslose“ Erwerber **sämtliche Betriebe** des Veräußerers übernimmt, die mitbestimmt sind und die deshalb einen Gesamtbetriebsrat gebildet haben.²⁰⁷ Hier ist die normative Fortwirkung schon wegen der Amtskontinuität des Gesamtbetriebsrats sinnvoll. Überdies bestehen auch der Regelungsbereich und der überbetriebliche bzw. unternehmensweite Koordinierungsbedarf fort, die die Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats (§ 50 Abs. 1 BetrVG) beim Veräußerer begründet hatten. Außerdem unterscheidet § 77 Abs. 4 BetrVG, der die normative Wirkung von Betriebsvereinbarungen anordnet, nicht zwischen Einzel-, Gesamt- und Konzernbetriebsvereinbarungen. Dass die Regelungen ursprünglich mit einem anderen Arbeitgeber vereinbart wurden und nach dem Übergang den Bezug zu dessen Unternehmen verlieren, kann im Regelfall nicht schaden.²⁰⁸ Die Situation ist vergleichbar mit dem Inhaberwechsel in einem einzigen Betrieb, der zur normativen Fortwirkung der Einzelbetriebsvereinbarungen führt.²⁰⁹ Eine **Ausnahme** will das BAG allerdings dann machen, wenn der Inhalt einer bestimmten **Regelung die Zugehörigkeit zum bisherigen Unternehmen zwingend voraussetzt** und die deshalb nach dem Betriebsübergang gegenstandslos wird.²¹⁰ Das kann dann der Fall sein, wenn das mit der Vereinbarung verbundene Ziel nur im Unternehmen des vormaligen Arbeitgebers ver-

205 BAG 13.3.2012, 1 AZR 659/10, NZA 2012, 990.

206 EuGH 6.9.2011, C-108/10, NZA 2011, 1077, 1083 – Scattolon; Sagan, EuZA 2012, 247; Steffan, NZA 2012, 473.

207 BAG 18.9.2002, 1 ABR 54/01, NZA 2003, 670, 674; BAG 5.5.2015, 1 AZR 763/13, NZA 2015, 1331; BAG 24.1.2017, 1 ABR 24/15, NZA-RR 2017, 413, 414.

208 Das gilt natürlich erst recht bei einem Share Deal, bei dem nur die Gesellschafter des Unternehmens wechseln, der Arbeitgeber aber derselbe bleibt.

209 *Fitting*, § 77 BetrVG Rn. 169.

210 BAG 18.9.2002, 1 ABR 54/01, NZA 2003, 670, 674; BAG 5.5.2015, 1 AZR 763/13, NZA 2015, 1331; BAG 24.1.2017, 1 ABR 24/15, NZA-RR 2017, 413, 414; zustimmend Brune/Schmitz-Scholemann, FS Willemsen, 2018, S. 65, 69 ff.

wirklicht werden kann,²¹¹ wie z. B. bei einem Personalrabatt auf Waren, die nur der frühere Betriebsinhaber herstellt.²¹²

Der Erwerber kann Gesamtbetriebsvereinbarungen nach der Betriebsübernahme gegenüber dem weiter im Amt befindlichen Gesamtbetriebsrat **kündigen** oder mit ihm **andere Regelungen vereinbaren**. Bis dahin gelten sie auch für Arbeitnehmer, die erst nach dem Betriebsübergang in das Unternehmen eintreten. Werden nach dem Betriebsübergang weitere Betriebe übernommen, gelten die Gesamtbetriebsvereinbarungen auch für die erst später hinzuerworbenen Betriebe normativ, soweit keine Überleitungsregeln getroffen wurden.²¹³ **63**

bb) Übernahme mehrerer oder einzelner mitbestimmter Betriebe

Wird nur ein Teil der mitbestimmten Betriebe vom bislang betriebsratlosen Erwerber übernommen, muss sich der Gesamtbetriebsrat zwar neu konstituieren;²¹⁴ das spricht aber nicht gegen die **normative Fortwirkung der bisherigen Gesamtbetriebsvereinbarungen als Gesamtbetriebsvereinbarungen**.²¹⁵ Denn der überbetriebliche bzw. unternehmensweite Regelungsbedarf besteht auch beim Erwerber fort. Eine Überführung in das Arbeitsverhältnis (§ 613a Abs. 1 Satz 2 BGB) macht deshalb wenig Sinn, zumal mangels kollidierender Einzel- oder Gesamtbetriebsvereinbarungen beim Erwerber auch keine Koordinierung erforderlich ist, die die Anwendung des § 613a Abs. 1 Satz 3 BGB rechtfertigen könnte. Im Rahmen der Zuständigkeit des fortbestehenden Gesamtbetriebsrats – sei es für das Gesamtunternehmen, sei es für überbetriebliche Angelegenheiten mehrerer Betriebe (§ 50 Abs. 1 BetrVG) – gelten die Gesamtbetriebsvereinbarungen der übernommenen Betriebe auch für die bereits beim Erwerber bestehenden Betriebe, jedenfalls soweit nichts anderes bestimmt ist.²¹⁶ Werden später Betriebe hinzuerworben, gilt Entsprechendes auch für sie. **64**

Übernimmt der Erwerber nur einen einzigen mitbestimmten Betrieb oder hieraus einen Betriebsteil, sollen die Gesamtbetriebsvereinbarungen nach der Rechtsprechung²¹⁷ **gleichfalls normativ weitergelten, allerdings nicht als Gesamt-, sondern nur als Einzelbetriebsvereinbarungen**. Dieses Ergebnis wird von Teilen der Lehre kritisiert, weil weder das Amt noch die Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats fortbesteht noch der Unternehmensbezug gewahrt **65**

²¹¹ *Bachner*, NJW 2003, 2861, 2863.

²¹² BAG 7.9.2004, 9 AZR 631/03, NZA 2005, 941.

²¹³ S. im Einzelnen *Sieg/Maschmann*, Umstrukturierung Rn. 454 ff.

²¹⁴ BAG 5.6.2002, 7 ABR 17/01, NZA 2003, 336, 337.

²¹⁵ BAG 18.9.2002, 1 ABR 54/01, NZA 2003, 670, 674; *Fitting*, § 77 BetrVG Rn. 169; *Salamon*, RdA 2007, 103, 109.

²¹⁶ *Preis/Richter*, ZIP 2004, 925, 937.

²¹⁷ BAG 5.5.2015, 1 AZR 763/13, NZA 2015, 1331; BAG 24.1.2017, 1 ABR 24/15, NZA-RR 2017, 413, 414.

Kap. 22 Vergütungsordnungen beim Betriebsübergang

bleibt.²¹⁸ Freilich führt auch der vorübergehende oder endgültige Wegfall des Betriebsrats nicht zum Fortfall der von ihm geschlossenen Betriebsvereinbarungen, und zwar selbst dann nicht, wenn es kein handlungsfähiges Betriebsverfassungsorgan mehr gibt, mit dem der Arbeitgeber eine Änderung der Betriebsvereinbarung vereinbaren könnte.²¹⁹ Warum das beim Wegfall des Gesamtbetriebsrats anders sein soll, leuchtet nicht ein, wenn man – wie das BAG – davon ausgeht, dass Gesamtbetriebsvereinbarungen nicht im Unternehmen, sondern in den Betrieben des Unternehmens gelten und der Erwerber eines solchen Betriebs den dort geltenden Normenbestand auch dann komplett zu übernehmen hat, wenn zwar der Unternehmensbezug, nicht aber die Betriebsidentität verlorengeht.²²⁰

- 66 Die Lösung der Rechtsprechung hat für die betriebliche Praxis den Vorteil, die **normativ fortwirkende Regelung mit kollektivrechtlichen Mitteln ändern oder beseitigen zu können**.²²¹ Der Erwerber ist nicht auf den schwierigen Weg einer Ablösung der in das Arbeitsverhältnis transformierten Kollektivregelungen (§ 613a Abs. 1 S. 2–4 BGB) verwiesen.²²² Adressat für Kündigungen oder Änderungsverlangen ist der weiter amtierende Betriebsrat. Ein besonderer Bestandsschutz ist nicht vonnöten, da dieser Gesamtbetriebsvereinbarungen ohne den Betriebsübergang – abgesehen vom Sonderfall der betrieblichen Altersversorgung – ebenfalls nicht zuteil geworden wäre. Die im Erwerberbetrieb als Einzelbetriebsvereinbarungen fortwirkenden Gesamtbetriebsvereinbarungen leben auch dann nicht wieder als Gesamtbetriebsvereinbarungen auf, wenn der Erwerber weitere Betriebe hinzuerwirbt.²²³ Gesamtbetriebsvereinbarungen können nur mit einem sich später konstituierenden Gesamtbetriebsrat geschlossen werden. Die bisher beim Veräußerer geltenden Gesamtbetriebsvereinbarungen gelten nur in dem vom Erwerber übernommenen Betrieb als Betriebsvereinbarungen fort, nicht aber in seinen anderen, bislang betriebsratslosen Betrieben.

b) Transformation nach § 613a Abs. 1 S. 2 BGB

- 67 Sind die beim Erwerber bestehenden Betriebe betriebsratslos, bereitet die normative Fortwirkung von Gesamtbetriebsvereinbarungen – sei es als Gesamt-, sei es als Einzelbetriebsvereinbarungen – in den übernommenen (und ggf. auch in den bei Erwerber bestehenden) Betrieben keine Probleme. Bislang noch nicht

218 Rieble, NZA 2003 Beil. Heft 16, S. 62, 69.

219 DKKW-Berg, § 77 BetrVG Rn. 107; Fitting, § 77 BetrVG Rn. 175; GK-BetrVG-Kreutz, § 77 Rn. 383; Richardi, § 77 BetrVG Rn. 213; Salamon, RdA 2007, 103, 104.

220 Wie hier GK-BetrVG-Kreutz, § 50 Rn. 82.

221 Krit. dazu Jacobs, FS Konzen, 2006, S. 245, 358.

222 Dafür aber Jacobs, FS Konzen, 2006, S. 245, 363 f.; Preis/Richter, ZIP 2004, 925, 937, 940.

223 Krefl, FS Wißmann, 2005, S. 347, 362.

entschieden hat das BAG den praktisch häufigen Fall, dass beim Erwerber bereits Gesamt- und/oder Einzelbetriebsvereinbarungen gelten, mit denen fortwirkende Gesamtbetriebsvereinbarungen des Veräußerers kollidieren können.

Beispiel: Im Unternehmen X besteht eine Gesamtbetriebsvereinbarung für ihre beiden mitbestimmten Betriebe A1 und A2 über eine Umsatzprämie. Das Unternehmen erwirbt von einem Konkurrenten Y den mitbestimmten Betrieb B hinzu, für den ebenfalls eine Gesamtbetriebsvereinbarung über eine Umsatzprämie besteht, allerdings auf niedrigerem Niveau. Haben die dort Beschäftigten nach ihrem Übergang auf das Unternehmen X Anspruch auf eine Prämie nach dessen Gesamtbetriebsvereinbarung? Was gilt, wenn die Umsatzprämie bei Y höher ist? Haben die in den Betrieben A1 und A2 Beschäftigten nach dem Hinzuerwerb des Betriebs B womöglich einen Anspruch auf die höhere Prämie aus der Gesamtbetriebsvereinbarung des Konkurrenten Y? (Lösung s. Rn. 70) **68**

aa) Echte Kollision nur bei normativer Fortwirkung

Zu einer echten Kollision kommt es, wenn die Gesamtbetriebsvereinbarungen des Veräußerers normativ fortwirken. Das ist allein dann der Fall, **wenn der Erwerber die Betriebe auch nach der Übernahme selbständig führt**. Verschmilzt er die übernommenen Betriebe oder Betriebsteile mit bei ihm vorhandenen Betrieben oder gliedert er sie in seine Betriebe ein, endet die Identität der übernommenen Einheiten und mit ihr die – selbst nur übergangsweise – Zuständigkeit des Betriebs- und Gesamtbetriebsrats des Veräußerers. Da der übernommene Betrieb mit der Verschmelzung oder Eingliederung seine Identität verliert, können die Inhaltsnormen der bisherigen Gesamtbetriebsvereinbarungen nicht normativ fortwirken. Sie werden deshalb nach Maßgabe von § 613a Abs. 1 S. 2–4 BGB in das Arbeitsverhältnis überführt, soweit nicht beim Erwerber Gesamt- oder Einzelvereinbarungen gelten, die denselben Regelungsgegenstand betreffen. In diesem Fall gelten wegen § 613a Abs. 1 S. 3 BGB, § 77 Abs. 4 BetrVG die im Erwerberbetrieb einschlägigen Gesamt- bzw. Einzelbetriebsvereinbarungen selbst dann, wenn ihre Regelungen für den Arbeitnehmer ungünstiger als die bisherigen sind.²²⁴ Es gilt nicht das Günstigkeits-, sondern das Ablöseprinzip.²²⁵ **69**

Im obigen Beispielfall (s. Rn. 68) würden die im Betrieb B Beschäftigten Ansprüche auf eine Umsatzprämie nur noch nach den bei X geltenden Gesamtbetriebsvereinbarungen geltend machen können. Die bei Y geltenden Gesamtbetriebsvereinbarungen werden auch nicht nach § 613a Abs. 1 S. 2 BGB in das Arbeitsverhältnis überführt, weil bei X eine Gesamtbetriebsvereinbarung über **70**

²²⁴ DKKW-Berg, § 77 BetrVG Rn. 103; *Fitting*, § 77 BetrVG Rn. 171; *Völksen*, NZA 2013, 1182; a. A. *Jacobs*, FS Konzen, 2006, S. 345, 361.

²²⁵ BAG 14.8.2001, 1 AZR 619/00, NZA 2002, 276; BAG 18.11.2003, 1 AZR 604/02, NZA 2004, 803.

Kap. 22 Vergütungsordnungen beim Betriebsübergang

denselben Regelungsgegenstand – Umsatzprämie – kollektivrechtlich nach § 77 Abs. 4 BetrVG gilt, die die bisherige Regelung verdrängt (§ 613a Abs. 1 S. 3 BGB), gleichgültig, wie die dort getroffenen Bestimmungen aussehen. Da damit eine Verschlechterung der beim Veräußerer geltenden Arbeitsbedingungen droht, ist diese Lösung nicht unumstritten.²²⁶

bb) Pluralität konkurrierender Gesamtbetriebsvereinbarungen im selben Betrieb?

71 Werden die übernommenen Betriebe oder Betriebsteile beim Erwerber als selbstständige Einheiten fortgeführt, **gelten** die **Gesamtbetriebsvereinbarungen** des Veräußerers nach der Rechtsprechung **normativ fort**: als Gesamtbetriebsvereinbarungen, wenn alle oder mehrere Betriebe des Veräußerers übernommen werden, sonst als Einzelbetriebsvereinbarungen. Ob das auch dann möglich ist, wenn in den anderen Betrieben die Gesamtbetriebsvereinbarungen des Erwerbers gelten, ist umstritten. Ein Teil des Schrifttums²²⁷ bejaht das und plädiert für eine Pluralität von Gesamtbetriebsvereinbarungen im Unternehmen. Das BetrVG kenne keinen Grundsatz, dass Gesamtbetriebsvereinbarungen nur einheitlich im Unternehmen gelten könnten, weshalb auch einschlägige Kollisionsnormen fehlten. Anders sieht es die **h.M., die eine solche Pluralität** zumindest für den unter Rn. 68 dargestellten Beispielsfall **ablehnt**, dass die Gesamtbetriebsvereinbarungen des Erwerbers nach ihrem Geltungsbereich auch die neu hinzugekommenen Betriebe erfassen und sie denselben Regelungsgegenstand wie die dort bisher gültigen Gesamtbetriebsvereinbarungen betreffen.²²⁸ Dem ist zuzustimmen. Ein Nebeneinander von alten und neuen Regelungen zum selben Gegenstand im selben Betrieb kann schon deshalb nicht geduldet werden, weil der zuständige Betriebsrat die Belegschaft einheitlich vertritt und die von ihm geschlossenen Betriebsvereinbarungen grundsätzlich die gesamte Belegschaft erfassen. Nichts anderes gilt für Gesamtbetriebsvereinbarungen, wenn man mit der Rechtsprechung annimmt, dass diese nicht im Unternehmen, sondern in den Betrieben des Unternehmens gelten und § 77 Abs. 4 BetrVG deshalb konsequenterweise nicht zwischen Einzel- und Gesamtbetriebsvereinbarungen unterscheidet, sondern beide für gleich verbindlich erklärt.

72 Freilich ist sorgfältig zu **prüfen, wie weit der betriebliche Anwendungsbereich der beim Erwerber geltenden Gesamtbetriebsvereinbarungen reicht**. Nehmen diese die neu hinzuerworbenen Betriebe ausdrücklich aus, was in Überleitungsvereinbarungen durchaus der Fall sein kann, wenn der Erwerber auf die bisher beim Veräußerer geltenden Sozialleistungen nicht noch „draufsatteln“ will, ist diese Regelung – jedenfalls soweit sie rechtlich wirksam ist – für das

226 *Preis/Richter*, ZIP 2004, 925, 930, 933 f.

227 *Jacobs*, FS Konzen, 2006, S. 344, 362 f. m. w. N.

228 *Fitting*, § 77 BetrVG Rn. 169; *Lange*, NZA 2017, 288, 293 m. w. N.

Kollisionsproblem maßgeblich. Entsprechendes gilt, wenn Gesamtbetriebsvereinbarungen ausdrücklich oder nach ihren inhaltlichen Regelungen nur für gewisse Betriebe gelten sollen. Fehlt es an solchen Bestimmungen, ist im Zweifel davon auszugehen, dass Gesamtbetriebsvereinbarungen unternehmensweit anzuwenden sind und sie ohne weiteres auch für die übernommenen Betriebe gelten.²²⁹ Die Argumente der Gegenmeinung²³⁰ überzeugen nicht. Ist die Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats gegeben, weil es um eine Angelegenheit geht, die das Gesamtunternehmen betrifft, spricht alles dafür, dass – soweit nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt ist – eine unternehmensweite Regelung getroffen werden soll. Das gilt selbst dann, wenn sich im Zeitpunkt der Vereinbarung nicht absehen lässt, ob später einmal Betriebe hinzuerworben werden. Es müsste dann nämlich stets festgehalten werden, welche Betriebe beim Abschluss einer Gesamtbetriebsvereinbarung zum Unternehmen gehören. Das kann – da keine Rechtspflicht zu Führung eines Betriebsverzeichnis besteht – zu erheblicher Rechtsunsicherheit führen und widerspricht dem Grundsatz, dass der Anwendungsbereich einer Norm aus ihr selbst zu ermitteln sein muss. Einfacher und sicherer ist es, die zuständigen Parteien erst im konkreten Falle des Hinzuerwerbs eines Betriebs durch entsprechende Überleitungsregeln bestimmen zu lassen, welche der an sich unternehmensweit geltenden Gesamtbetriebsvereinbarungen nicht oder nur modifiziert gelten sollen. Umgekehrt wird man davon auszugehen haben, dass aus dem Unternehmen ausscheidende Betriebe nicht ohne Weiteres aus dem Anwendungsbereich der Gesamtbetriebsvereinbarungen herausfallen, da die Arbeitnehmer sonst schutzlos gestellt würden; dies soll ja gerade durch die Fortwirkung – normativ oder über den Arbeitsvertrag vermittelt – vermieden werden.

cc) Lösung für das Kollisionsproblem

Da ein Zusammentreffen von Gesamtbetriebsvereinbarungen des Veräußerers und des Erwerbers ohne weiteres möglich ist, eine **Pluralität von Gesamtbetriebsvereinbarungen im selben Betrieb aber nicht geduldet werden kann**, muss die **Kollision** nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen **aufgelöst werden**, wenn die zuständigen Parteien keine Absprachen getroffen haben. Das Günstigkeitsprinzip scheidet hierfür aus, da es nur zwischen Rechtsquellen unterschiedlichen Rangs gilt. Auch das Spezialitätsprinzip bietet keine Lösung,²³¹ weil es an geeigneten Maßstäben für die Frage fehlt, welche Gesamtbetriebsvereinbarung die speziellere ist. Wieder andere wollen auf § 613a Abs. 1 Satz 3 BGB abstellen,²³² der aber nicht unmittelbar gilt, wenn Gesamtbetriebsvereinbarungen nor-

229 H. M., vgl. *Fitting*, § 50 BetrVG Rn. 76; DKKW-Trittin, § 50 BetrVG Rn. 211.

230 *Jacobs*, FS Konzen, 2006, S. 344, 361 m. w. N.

231 So aber *Mues*, DB 2003, 1273, 1276.

232 *Bachner*, NJW 2003, 2861, 1864.

Kap. 22 Vergütungsordnungen beim Betriebsübergang

mativ fortwirken. Mit Recht geht die h. M. im Ergebnis davon aus, dass bei einer Kollision die **Gesamtbetriebsvereinbarungen des Veräußerers verdrängt werden**.²³³ Das entspricht der gesetzlichen Wertung des § 613a Abs. 1 Satz 3 BGB, der eine einfachrechtliche Ausprägung des Ablöseprinzips darstellt. Wo im Erwerberbetrieb bereits eine normativ geltende Kollektivregelung besteht, muss sich diese gegen „mitgebrachte“ Regelungen durchsetzen. Nichts anderes ergibt sich aus den Bestimmungen über das Übergangsmandat in § 21a BetrVG. Dieses endet, wenn der Betrieb oder Betriebsteil in einen mitbestimmten Betrieb eingegliedert wird und damit in die Zuständigkeit einer anderen Belegschaftsvertretung fällt. Folgerichtig müssen dann in einem Kollisionsfall auch die bisherigen (Gesamt-)Betriebsvereinbarungen enden.

233 *Fitting*, § 77 BetrVG Rn. 169; *Kreft*, FS Wißmann, 2005, S. 347, 361 f.; GK-BetrVG/*Kreutz*, § 50 BetrVG Rn. 85.

Kapitel 23

Ablösung von Vergütungsordnungen

Schrifttum: *Bauer*, Arbeitsrechtliche Chancen und Risiken bei Umstrukturierungen aus anwaltlicher Sicht, NZA-Beil. 2009, 5; *Bauer/Günther*, Bezugnahmeklauseln bei Verbandswechsel und Betriebsübergang – Ein Irrgarten?, NZA 2008, 6, 8; *Bepler*, Tarifverträge im Betriebsübergang, RdA 2009, 65; *Bily/Hoffmann-Remy*, Gestaltung variabler Vergütungssysteme – Bonussysteme im Unternehmen, AuA 2016, 72; *Bunte*, Nichtigkeit eines Erlassungsvertrags zur Umgehung der Rechtsfolgen des § 613a Abs. 1 BGB, NZA 2010, 319; *Creutzfeldt*, Die konkludente Vereinbarung einer „Betriebsvereinbarungsoffenheit“ von Arbeitsverträgen, NZA 2018, 1111; *Dzida/Wagner*, Vertragsänderungen nach Betriebsübergang, NZA 2008, 571; *Eylert/Schinz*, Dynamische Bezugnahmeklauseln beim Betriebsübergang im Spannungsfeld zwischen nationalen und europäischen Regelungen, RdA 2017, 140; *Fuhlrott/Salamon*, Vermeidungsstrategien und Gestaltungsmöglichkeiten beim Betriebsübergang, BB 2012, 1793; *Holthausen*, Ablösung von Betriebsvereinbarungen, ArbRAktuell 2010, 593; *Linsenmeier*, Arbeitsvertrag und Betriebsvereinbarung – Kompetenz und Konkurrenz, RdA 2014, 336; *Meyer*, Aktuelle Gestaltungsfragen beim Betriebsübergang, NZA-RR 2013, 225; *Müller-Bonanni/Mehrens*, Ablösung der tariflichen Vergütungsordnung nach Betriebsübergang auf einen nicht tarifgebundenen Erwerber, NZA 2012, 1194; *Neufeld/Flockenhaus*, Ablösung individualrechtlicher Zusagen betrieblicher Altersversorgung im Lichte der neuen Rechtsprechung – Was ist möglich?, BB 2016, S. 2357; *Preis/Greiner*, Vertragsgestaltung bei Bezugnahmeklauseln nach der Rechtsprechungsänderung des BAG, NZA 2007, 1073; *Preis/Ulber*, Die Wiederbelebung des Ablösungs- und Ordnungsprinzips?, NZA 2014, 6; *Reinhard/Hoffmann-Remy*, Gestalterische Möglichkeiten im Hinblick auf den kollektiven Bezug einer betrieblichen Altersversorgung, NZA-Beil. 2012, 79; *Rinck*, Kollision von fortwirkenden Tarifnormen und Bezugnahmeklauseln und Betriebsübergang, RdA 2010, 216; *Schlewing*, Fortgeltung oder Nachwirkung gekündigter Betriebsvereinbarungen über Leistungen der betrieblichen Altersversorgung?, NZA 2010, 529; *Ubber/Massig*, Die Betriebsvereinbarungsoffenheit Allgemeiner Geschäftsbedingungen – ein Ausweg aus der „Ewigkeitsbindung“ durch Bezugnahmeklauseln?, BB 2017, 2230; *Wahlig/Brune*, Entdynamisierung von Bezugnahmeklauseln nach Betriebsübergang, NZA 2018, 221; *Willemsen*, Europäisches und deutsches Arbeitsrecht im Widerstreit? Aktuelle „Baustellen“ im Recht des Betriebsübergangs, NZA-Beil. 2008, 155.

Übersicht

	Rn.		Rn.
I. Überblick	1	2. Einseitige Beendigung der unmittelbaren Tarifbindung	11
1. Warum eine Ablösung von Vergütungsordnungen?	1	3. Ablösung bestehender Systeme durch Betriebsvereinbarungen	16
2. Strategische Vorüberlegungen	3	a) Ablösung tariflicher Regelungen („Überkreuzablösung“)	17
II. Kollektivrechtliche Ablösungsregelungen	7		
1. Ablösung bestehender tariflicher Systeme durch neuen Tarifvertrag	8		

Kap. 23 Ablösung von Vergütungsordnungen

<ul style="list-style-type: none"> b) Aufgabe der Betriebs(teil-)identität – Beendigung betriebsverfassungsrechtlicher Systeme 27 c) Sonderfall: Nachwirkung von Entgeltbetriebsvereinbarungen 30 	<ul style="list-style-type: none"> a) Tatsächliche Rahmenbedingungen für Änderungskündigungen 62 b) Änderungskündigung zur Harmonisierung der Arbeitsbedingungen. 63 c) Betriebsbedingte Änderungskündigung zur Entgeltabsenkung 64 d) Änderungskündigung zur Anpassung der Tarifgeltung 72 e) Verfahren; insbesondere: Betriebsratsbeteiligung . . . 75
<ul style="list-style-type: none"> III. Besonderheiten bei Bezugnahme auf Tarifverträge. 33 1. Wirkungsweise einer Bezugnahmeregelung allgemein . . . 34 2. Auslegung von Bezugnahmeklauseln vor und nach dem 1.1.2002 41 3. Statische Inbezugnahme von Tarifregelungen 43 4. „Kleine“ dynamische Inbezugnahme 45 5. „Große“ dynamische Inbezugnahme („Tarifwechselklausel“) 50 	<ul style="list-style-type: none"> 3. Änderungsvereinbarungen . . . 80 a) Grenzen 81 b) Betriebliche Mitbestimmung 88 c) Beachtung des Günstigkeitsprinzips. 89 4. Wegfall der Geschäftsgrundlage 94
<ul style="list-style-type: none"> IV. Individualrechtliche Gestaltungen. 57 1. Änderungsvorbehalte 58 2. (Massenhafte) Änderungskündigung. 59 	<ul style="list-style-type: none"> V. Besonderheiten in der Insolvenz 95

I. Überblick

1. Warum eine Ablösung von Vergütungsordnungen?

- 1 Rechtsfragen der Ablösung von Vergütungsordnungen rücken in einer Vielzahl von Fällen ins Blickfeld – und nicht alle davon müssen im unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang zu einer Umstrukturierung stehen. Um nur einige Beispiele zu nennen, kann beispielsweise ein **Wechsel in der Unternehmensführung** häufig den Anstoß für ein Ablösungs- oder Harmonisierungsprojekt geben – sei es, weil das neue Management Handlungsfähigkeit beweisen oder ein Zeichen für einen Sanierungskurs setzen will. Auch **wirtschaftliche (Fehl-)Entwicklungen** können dazu führen, dass vorhandene Vergütungsregelungen kritisch überprüft werden, um Einsparpotenziale hinsichtlich der Personalkosten zu identifizieren. Schließlich wollen Unternehmen, die sich eine **neue Corporate Identity** geben wollen, häufig die „alten Zöpfe“ abschneiden und eine einheitliche Ver-

gütungswelt schaffen, anstatt mit mehreren ungleich dotierten Altsystemen in die Zukunft zu gehen.¹

Die höchste praktische Relevanz aber hat die Ablösung von Vergütungssystemen im Zusammenhang mit Umstrukturierungen. Werden Betriebe oder ganze Unternehmen zugekauft und in die bestehende Organisation integriert, ergibt sich hieraus regelmäßig das Problem unterschiedlicher Arbeitsbedingungen im Unternehmen oder der Unternehmensgruppe. Solche Ungleichheiten haben in der Praxis eine enorme **Sprengkraft**, insbesondere bei innerbetrieblich unterschiedlichen Arbeitsbedingungen (z. B. im Fall der Zusammenfassung von Betriebsteilen und dem Zusammenschluss zu einem neuen Betrieb oder der Eingliederung von Betriebsteilen oder Betrieben in einen bestehenden Betrieb). Die Unzufriedenheit der Arbeitnehmergruppe mit den gefühlt „schlechteren“ Arbeitsbedingungen (Vergütung im engeren Sinne, Urlaub, Sozialleistungen etc.) steigt erfahrungsgemäß schnell; regelmäßig leidet hierunter die Motivation und damit die Arbeitsleistung selbst. Der Arbeitgeber hat daher ein Interesse² daran, **Regelungen zu harmonisieren** und den Betriebsfrieden zu erhalten.

2. Strategische Vorüberlegungen

Wird die Ablösung gleichzeitig mit einer Umstrukturierung durchgeführt, beeinflusst der gewählte Weg ganz erheblich die zur Verfügung stehenden Gestaltungsmittel. Eine sorgfältige Planung im Vorfeld ist daher unerlässlich. Kurz zusammengefasst meint „Umstrukturierung“ in diesem Sinne jegliche rechtliche Veränderung am und im Unternehmen, gleich ob auf rein gesellschaftsrechtlicher Ebene (wie z. B. beim bloßen share deal) oder auf arbeitsrechtlicher Ebene (wie z. B. im Falle von Betriebsänderungen nach § 111 BetrVG). Zu unterscheiden sind weiter die betriebliche Ebene (wie z. B. bei der Abspaltung einzelner Geschäftsbereiche) und die Unternehmensebene (Einzel- und Gesamtrechtsnachfolge). Weitere häufige Gestaltungsformen sind etwa die Einbringung, die umwandlungsrechtliche Verschmelzung, Spaltung und Vermögensübertragung; aus § 324 UmwG ergibt sich für letztgenannte sodann wieder der Verweis auf die Betriebsübergangsvorschriften.

Welche Umstrukturierungsmethodik im konkreten Fall gewählt werden sollte, wird erfahrungsgemäß stark durch die Treiber des Kartell- und Steuerrechts bestimmt.³ Aber auch die arbeitsrechtlichen Konsequenzen sind nicht zu unterschätzen. Um nur ein Beispiel zu nennen: Das gleiche Ergebnis, nämlich die Veräußerung bestimmter Betriebsmittel an einen Erwerber, kann erreicht wer-

1 Zu den praktischen Herausforderungen einer solchen Harmonisierung *Bily/Hoffmann-Remy*, AuA 2016, 72 ff.

2 *Meyer*, NZA-RR 2013, 225, 229.

3 *Bauer*, NZA-Beil. 2009, 5.

Kap. 23 Ablösung von Vergütungsordnungen

den, indem der betroffene Betrieb oder die Zusammenfassung von Betriebsmitteln aus dem Unternehmen herausgelöst (Carve-Out) und veräußert wird. Genauso gut können aber auch alle übrigen Betriebe aus dem Unternehmen herausgelöst werden; dann wird nur der eigentlich gewünschte „Rest“ im Wege eines Share Deals veräußert (Reverse-Carve-Out). Diese Gestaltung beeinflusst ganz maßgeblich, ob und wo es überhaupt zu einem Betriebsübergang im Sinne des § 613a BGB kommen kann. Dies wiederum ist aber entscheidend dafür, ob beispielsweise eine Veränderungssperre greift oder eine Ablösung von in das Arbeitsverhältnis transformierten Regelungen mit Kollektivbezug durch neue Betriebsvereinbarung möglich ist.

- 5 Dabei geht es, das sollte so klar festgestellt werden, auch nicht um eine Umgehung von Rechten, sondern um **rechtlich zulässige Gestaltungen**, die von validen strategischen Interessen getragen werden.⁴ Welcher Teil der Belegschaft etwa unbedingt gehalten werden soll, wo Widerspruchsrechte existieren oder eben nicht existieren, sind wesentliche Fragen, die einen Unternehmenserwerb erfolgreich werden oder scheitern lassen können und daher im Vorfeld wohl durchdacht werden sollten.
- 6 In allen Fällen, in denen kein Betriebsübergang vorliegt – weil etwa kein abgrenzbarer Betriebsteil, sondern eine willkürliche Zusammenfassung von Betriebsmitteln übertragen wird,⁵ weil die Betriebsidentität im Zuge der Integration nicht gewahrt wird⁶ oder die Ablösung gar nach Abschluss der Umstrukturierung im „laufenden Betrieb“ erfolgen soll – sind andere Lösungsansätze erforderlich. Hierbei wird ein Ansatz auf kollektivrechtlicher Basis (vorausgesetzt, es gibt Vergütungskomponenten mit kollektivem Bezug) gerade bei größeren Unternehmen regelmäßig praktikabler in der Umsetzung sein, da deutlich weniger Aufwand zu betreiben ist. Oftmals ist dies jedoch aus praktischen oder rechtlichen Gründen nicht umsetzbar, sodass sich parallel die Frage nach dem möglicherweise „steinigeren“ Weg der individualrechtlichen Anpassungsmöglichkeiten stellt.

II. Kollektivrechtliche Ablösungsregelungen

- 7 In betrieblich mitbestimmten und/oder tarifgebundenen Unternehmen ist die Nutzung kollektivarbeitsrechtlicher Gestaltungsmittel meist erfolgversprechender und praktikabler als eine Vielzahl von Einzelvereinbarungen.

4 Näher dazu und zu möglichen gestalterischen Ansatzpunkten *Fuhlrott/Salamon*, BB 2012, 1793.

5 Siehe nur BAG 13.10.2011, 8 AZR 455/10, BB 2012, 1798.

6 Beispielhaft zur Änderung des Betriebszwecks BAG 17.12.2009, 8 AZR 1019/08, BB 2010, 1282; BAG 6.4.2006, 8 AZR 249/04, BB 2006, 2192.

1. Ablösung bestehender tariflicher Systeme durch neuen Tarifvertrag

Unterliegt der Arbeitgeber einer normativen Tarifbindung, ist eine Ablösung von etablierten tariflichen Vergütungssystemen durch Tarifneuabschluss zwischen den Tarifvertragsparteien jederzeit rechtlich möglich.⁷ Praktisch findet sich hier jedoch nur selten ein Handlungswille auf Seiten der Gewerkschaften, es sei denn, das betreffende Vergütungssystem ist ersichtlich nicht mehr zeitgemäß. **8**

Eine Tarifregelung zwischen dem Arbeitgeber und einer anderen Tarifpartei ist grundsätzlich nicht geeignet, die bestehenden Regelungen abzulösen.⁸ Ausnahmen zu diesem Grundsatz gelten in zwei Fällen: Zum einen kann es in Nachwirkungsfällen nach § 4 Abs. 5 TVG zu einer echten Ablösung statt bloßer vorübergehender Verdrängung der Altregelungen kommen. Zum anderen kommt es, wenn im Rahmen einer Umstrukturierung mit Betriebsübergängen gearbeitet wird, nicht zu einer Transformation von Regelungen nach § 613a Abs. 1 Satz 3 BGB, wenn der Erwerber einer **unmittelbaren Tarifgeltung** unterliegt (§ 613a Abs. 1 Satz 4 BGB).⁹ Diese Tarifgeltung kann sich aufgrund eigener Verbandsmitgliedschaft, aufgrund der Bindung an einen spezielleren Firmentarifvertrag oder der Geltung von für allgemeinverbindlich erklärten tariflichen Regelungen ergeben. Besonderheiten ergeben sich regelmäßig dort, wo Tarifwerke noch nicht existieren, sondern noch im Entstehen begriffen sind.¹⁰ **9**

Soll eine tarifliche Regelung vor Ende ihrer Laufzeit abgelöst werden, muss im Einzelfall geprüft werden, ob und inwieweit ggf. Vertrauensschutzgesichtspunkte die Regelungsbefugnis der Tarifparteien einschränken.¹¹ **10**

2. Einseitige Beendigung der unmittelbaren Tarifbindung

Will sich der Arbeitgeber **einseitig aus der Tarifbindung lösen**, ist aus praktischer Sicht zumeist eine Umstrukturierungslösung das Mittel der Wahl. Mittels (Reverse-)Carve-Out kann häufig eine Tarifbindung schneller zum Ende gebracht (oder ein Tarifwechsel herbeigeführt) werden als über den „klassischen“ arbeitsrechtlichen Weg des Verbandsaustritts. **11**

7 Im Detail hierzu *Löwisch/Rieble*, § 1 TVG Rn. 1569 f.

8 BAG 23.8.2016, 1 ABR 15/14, NZA 2017, 74; BAG 19.11.2014, 4 AZR 761/12, NZA 2015, 950; BDDH-Bepler, § 4 TVG Rn. 234; *Löwisch/Rieble*, § 1 TVG Rn. 1580.

9 Zu den Einzelheiten des Betriebsübergangsszenarios *Löwisch/Rieble*, § 3 TVG Rn. 469, 478.

10 *Löwisch/Rieble* § 3 TVG Rn. 480 m. w. N.

11 HWK-Henssler, § 4 TVG Rn. 47; § 1 TVG Rn. 132.

- 12 Kann oder will der Arbeitgeber nicht umstrukturieren und sind Verhandlungen mit der tarifschließenden Gewerkschaft nicht erfolgversprechend, bleibt der (verbandsgebundenen) Arbeitgeberseite die Möglichkeit, die eigene Tarifbindung durch **Verbandsaustritt** (§ 39 BGB i. V. m. der Satzung des jeweiligen Verbandes) zu beenden. Ein solches Unterfangen kann jedoch typischerweise nur mittel- bis langfristig die gewünschte Entlastung bringen. Kündigt der Arbeitgeber nämlich seine Verbandsmitgliedschaft (oder wechselt in eine OT-Mitgliedschaft), sieht § 3 Abs. 3 TVG nach Ablauf der satzungsgemäß vorgeschriebenen Kündigungsfrist¹² eine Nachbindung an die Tarifverträge¹³ bis zum Ende der jeweiligen Laufzeit (oder ihrer vorzeitigen Beendigung/Abänderung) vor. An diese Nachbindungsperiode schließt sich die grundsätzlich unbefristete¹⁴ Phase der Nachwirkung gemäß § 4 Abs. 5 TVG an. Erst ab diesem Zeitpunkt können die Altregelungen regelmäßig auch durch andere, nicht-tarifliche Regelungen ersetzt werden.¹⁵
- 13 Will der Arbeitgeber den **Verband wechseln**, sollte sorgfältig geprüft werden, ob der neue Verband bereits Tarifverträge mit **derselben** Gewerkschaft abgeschlossen hat und der Arbeitgeber auch dem dortigen fachlichen und räumlichen Geltungsbereich unterfällt. Ist das nicht der Fall, ist für eine Ablösung im Rahmen der Nachwirkung **kein Raum**,¹⁶ da die Arbeitnehmer kaum die Gewerkschaft wechseln werden, um dem Arbeitgeber einen Gefallen zu tun. Rückausnahme hierzu ist die Geltung eines allgemeinverbindlichen Tarifvertrages.¹⁷
- 14 Angesichts dieser Ausgangslage ist es für viele Arbeitgeber erstrebenswert, anstelle des Flächentarifvertrages einen **Firmentarifvertrag** abzuschließen. Auch hier ist der Arbeitgeber aber auf die Mitwirkung der tarifschließenden Gewerkschaft angewiesen, was im Einzelfall durchaus herausfordernd sein kann.
- 15 In jedem Fall aber muss der Arbeitgeber zunächst Klarheit hinsichtlich der Natur der arbeitsvertraglich mit hoher Wahrscheinlichkeit vorhandenen **Bezugnahme-klauseln** haben (s. Rn. 33 ff.). Sind diese so gestaltet, dass selbst ein Verbandswechsel nichts an der Anwendbarkeit der „alten“ Tarifregelungen auf die Arbeitsverhältnisse ändert, nutzt der Aufwand dem Arbeitgeber nur wenig.

12 § 39 Abs. 2 BGB: höchstens zwei Jahre; anders der BGH vor dem Hintergrund der negativen Koalitionsfreiheit beim Gewerkschaftsaustritt: maximal sechs Monate, BGH 22.9.1980, II ZR 34/80, BB 1981, 238; BGH 3.7.1977, II ZR 30/76, BB 1977, 1449.

13 BAG 17.5.2000, 4 AZR 363/99, BB 2000, 1142.

14 BAG 15.10.2003, 4 AZR 573/02, NZA 2004, 387; Löwisch/Rieble, § 4 TVG Rn. 756.

15 Löwisch/Rieble, § 4 TVG Rn. 824 ff.

16 Löwisch/Rieble, § 4 TVG Rn. 834.

17 BAG 15.11.2006, 10 AZR 665/05, BB 2007, 268.

3. Ablösung bestehender Systeme durch Betriebsvereinbarungen

Will der Arbeitgeber bestehende kollektivrechtlich etablierte (i. d. R. tarifliche oder betriebsverfassungsrechtliche) Vergütungssysteme im Wege einer Betriebsvereinbarung ablösen, muss er sich allgemein mit dem Rangverhältnis arbeitsrechtlicher Normen sowie dem arbeitsrechtlichen Günstigkeitsprinzip auseinandersetzen. Die Ablösung kollektiver Regelungen ist z. B. wenig zielführend, wenn die betroffenen Arbeitnehmer aufgrund individueller günstigerer Ansprüche nach wie vor die alte Vergütung beanspruchen können, selbst wenn kollektiv eine ersetzende Regelung getroffen worden ist. Bei der Übertragung von Betriebsmitteln ohne Wahrung der betrieblichen Identität kann auf Grundlage des § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB häufig ein größerer Gestaltungsspielraum ausgenutzt werden, wenn z. B. mit dem Betriebsrat des Zielbetriebes eine ablösende Regelung vereinbart werden kann. **16**

a) Ablösung tariflicher Regelungen („Überkreuzablösung“)

Spannend und höchst praxisrelevant ist die Frage, ob der Arbeitgeber auch tarifliche Regelungen durch betriebsverfassungsrechtliche Normsetzung ablösen kann. Sichtet man die hierzu ergangene höchstrichterliche Rechtsprechung¹⁸ und deren Rezeption in der (Kommentar-)Literatur, wird die Überkreuzablösung zumeist kurz und bündig behandelt: Nach der gesetzgeberischen Konzeption sei – insbesondere in Konsequenz des Tarifvorrangs, § 77 Abs. 3 BetrVG – „jedenfalls außerhalb des Bereichs der erzwingbaren Mitbestimmung des Betriebsrats“ eine Ablösung tariflicher Regelungen durch eine Betriebsvereinbarung unzulässig und dogmatisch nicht vorgesehen.¹⁹ **17**

Soweit keine tarifliche Sperrwirkung besteht, stellt das BAG darauf ab, dass die Ablösung eines Tarifvertrags durch verschlechternde Betriebsvereinbarung außerhalb des Betriebsübergangs aufgrund des Günstigkeitsprinzips grundsätzlich nicht möglich sei. Hieran ändere sich auch in der Konstellation des Betriebsübergangs nichts; anderenfalls würde der Schutzzweck des § 613a BGB umgangen. Dann sei es dem Erwerber nämlich möglich, einmal tariflich begründete Ansprüche, die (als solche) gegen Eingriffe im Wege einer Betriebsvereinbarung durch das Günstigkeitsprinzip geschützt sind, nur aufgrund des Betriebsüberganges durch eine ungünstigere Betriebsvereinbarung abzulösen. Es werde damit insbe- **18**

¹⁸ BAG 13.11.2007, 3 AZR 191/06, NZA 2008, 600, 603; BAG 6.11.2007, 1 AZR 862/06, NZA 2008, 542.

¹⁹ BAG 13.11.2007, 3 AZR 191/06, NZA 2008, 600, 603; BAG 6.11.2007, 1 AZR 862/06, NZA 2008, 542, 545; angedeutet auch bei BAG 21.4.2010, 4 AZR 768/08, BB 2010, 2965; BAG 22.3.2005, 1 ABR 64/03, NZA 2006, 383, 388.

Kap. 23 Ablösung von Vergütungsordnungen

sondere ein Eingriff der Betriebsparteien durch (regelmäßig) teilmitbestimmte Betriebsvereinbarung hinsichtlich der Vergütungshöhe verhindert.²⁰

- 19 Bedeutet dies aber, jegliche Form der Überkreuzablösung sei unzulässig? Das wäre nicht nur aus Sicht der Praxis unerfreulich, da die Flexibilität der Gestaltungen hierdurch beschränkt würde. Es griffe auch zu kurz, nimmt man das BAG beim Wort, „jedenfalls außerhalb des Bereichs der erzwingbaren Mitbestimmung des Betriebsrats“ sei eine Überkreuzablösung ausgeschlossen. Diese wirft die vom BAG noch nicht ausdrücklich entschiedene Frage auf: Kann ein Arbeitgeber, der sich bei einer ablösenden Betriebsvereinbarung nur auf zwingend mitbestimmte Regelungen beschränkt, eine tarifliche Regelung wirksam ablösen?
- 20 Nimmt man die Grundgedanken und Tendenzen des Gerichtes ernst, die im Zusammenhang mit der Rechtsfrage der Überkreuzablösung erkennbar wurden, so kann die Antwort nur lauten: Eine **Überkreuzablösung im Bereich zwingender Mitbestimmung ist zulässig**.²¹ Dies ergibt sich m.E. zwingend aus den folgenden Umständen:
- 21 Das BAG erkennt an, dass Regelungen zu bestimmten Gegenständen ablösbar sind, die – z. B. vor einem Betriebsübergang – einer zwingenden Tarifbindung unterfielen und tariflich geregelt waren, bei dem neuen tarifungebundenen Tarifinhaber aber gerade nicht dieser Regelungsebene zugeordnet sind. § 613a BGB ordnet nämlich lediglich die Fortgeltung der Kollektivnormen **im Arbeitsverhältnis, nicht aber im Arbeitsvertrag** an. Mangels Rechtsquellenwechsel können solchermaßen „transformierte“ Kollektivnormen daher weiterhin durch einen entsprechenden Kollektivvertrag abgelöst werden, da sie eine nicht zu verleugnende kollektive Komponente haben.²²
- 22 Das BAG hat in seiner Rechtsprechung zu transformierten Regelungen mit so genanntem „kollektiven Bezug“ auch nicht danach differenziert, welchen kollektiven Ursprung die Regelungen vor einer Transformation besessen haben mögen. Es hat lediglich festgestellt, sie könnten durch Neuregelungen abgelöst werden, sofern die Parteien der Neuregelung einen ausdrücklichen oder durch Auslegung erkennbaren Ablösungswillen besitzen,²³ wie er etwa aus kongruenten Leistungszwecken hervorgehen kann.²⁴ Weiter erforderlich ist eine sogenannte

20 Löwisch/Rieble, § 3 TVG Rn. 497; BAG 21.4.2010, 4 AZR 768/08, BB 2010, 2965; Bepler, RdA 2009, 65, 72.

21 So auch BAG 23.1.2018, 1 AZR 65/17, NZA 2018, 871; Müller-Bonanni/Mehrens, NZA 2012, 1194, 1198.

22 BAG 26.8.2009, 5 AZR 969/08, NZA 2010, 173; BAG 23.9.2009, 4 AZR 331/08, NZA 2010, 513; ErfK-Preis, § 613a BGB Rn. 112.

23 BAG 16.11.2011, 10 AZR 60/11, NZA 2012, 349; kritisch zur kollektiven Natur Meyer, NZA-RR 2013, 225.

24 BAG 16.11.2011, 10 AZR 60/11, NZA 2012, 349.

Betriebsvereinbarungsoffenheit der Altregelung, mithin einen bereits objektiv²⁵ angelegten „kollektiven Vorbehalt“. Wo dieser nicht ausdrücklich aus der Regelung ersichtlich ist, leitet das BAG einen solchen Vorbehalt teilweise aus der Historie der Regelung, teilweise aus den Begleitumständen her. In Betracht kommt etwa eine Beteiligung von Mitbestimmungsorganen²⁶ oder eine Erkennbarkeit für die Arbeitnehmer hinsichtlich des Umstandes, dass die Regelung dynamisch sein soll und daher auch in Zukunft angepasst werden kann.²⁷

Unklar ist, ob das BAG an dem einmal gefassten – und durchaus zutreffenden – Gedanken festhalten will, dass die Arbeitsvertragsparteien bereits durch die Verwendung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) mit kollektivem Bezug eine Betriebsvereinbarungsoffenheit begründen.²⁸ In solchen Fällen mache der Arbeitgeber durch die Verwendung der AGB „erkennbar deutlich, dass im Betrieb einheitliche Vertragsbedingungen gelten sollen“. Eine betriebsvereinbarungsfeste Gestaltung liefe dem zuwider und schränke die Gestaltungsmöglichkeiten der Betriebsparteien mit Blick auf zukünftige Anpassungsmöglichkeiten von Arbeitsbedingungen mit kollektivem Bezug ein. In einer neueren Entscheidung,²⁹ bei der es um eine dynamische Bezugnahme Klausel ging, hat das BAG sich explizit mit der Frage nicht weiter auseinandergesetzt. **22a**

Wollte das BAG damit eine Trendwende einleiten und die weitreichende Rechtsprechung zur „Betriebsvereinbarungsoffenheit“ wieder begrenzen, würde damit den Betriebsparteien das Gestaltungsmittel fast völlig aus der Hand genommen, Betriebsvereinbarungen als Instrument zur Entdynamisierung arbeitsvertraglicher Bezugnahme Klauseln einzusetzen. Kritische Stimmen in der Literatur befürchten insoweit rechtsdogmatische oder AGB-rechtliche Probleme – insbesondere mit Blick auf die Unklarheitenregelung des § 305c Abs. 2 BGB oder das Transparenzgebot aus § 307 Abs. 3 BGB³⁰ – oder gar die faktische Beseitigung des Günstigkeitsprinzips.³¹ Dies sind beachtliche Argumente – jedoch darf dabei nicht ausgeblendet werden, dass für ein weitreichendes Verständnis der Betriebsvereinbarungsoffenheit ein enormes praktisches Bedürfnis besteht: Dem Arbeitgeber stehen rechtlich kaum taugliche Flexibilisierungsinstrumente zur Seite. Ein Mittel, mit dem eine faktische „Ewigkeitsbindung“ auf individualvertragli- **22b**

25 Reinhard/Hoffmann-Remy, NZA-Beil. 2012, 79, 82.

26 BAG 17.2.2015, 1 AZR 599/13, juris; BAG 10.12.2002, 3 AZR 671/01, NZA 2003, 1360.

27 BAG 17.6.2008, 3 AZR 553/06, BB 2008, 2804; BAG 27.6.2006, 3 AZR 255/05, NZA 2006, 1285.

28 BAG 5.3.2013, 1 AZR 417/12, NZA 2013, 916.

29 BAG 11.4.2018, 4 AZR 119/17, NZA 2018, 1273.

30 Creutzfeldt, NZA 2018, 1111; kritisch auch Löwisch/Rieble, § 4 TVG Rn 550; Preis/Ulber, NZA 2014, 6; Neufeld/Flockenhaus, BB 2016, 2357.

31 Löwisch/Rieble, § 4 TVG Rn. 550; Creutzfeldt, NZA 2018, 1111; Neufeld/Flockenhaus, BB 2016, 2357; kritisch auch Preis/Ulber, NZA 2014, 6.

Kap. 23 Ablösung von Vergütungsordnungen

cher Ebene³² vermieden werden kann, ist daher grundsätzlich begrüßenswert.³³ Das BAG muss diese widerstreitenden Ansätze nunmehr einer sinnvollen Lösung zuführen.

- 22c** Bei der betrieblichen Altersversorgung lässt es das BAG ausreichen, dass „die Geltung der Regelungen auf einen längeren, unbestimmten Zeitraum angelegt ist“, weshalb sie „für die Begünstigten erkennbar von vornherein einem möglichen künftigen Änderungsbedarf ausgesetzt“ sind.³⁴ Das BAG stellt keine hohen Anforderungen an die Betriebsvereinbarungsoffenheit kollektiver Regelungen und hat den bloßen Kollektivcharakter einer Norm (ausreichend für einen kollektiven Günstigkeitsvergleich) und die Ablösbarkeit kraft Betriebsvereinbarungsoffenheit immer weiter aneinander angenähert.
- 23** Der vom BAG entwickelte Gedanke lässt sich zum einen ohne allzu große Sprünge auch auf die Überkreuzablösung übertragen. Ein Schutz der Erwartungen der Arbeitnehmer hinsichtlich einer konkreten, auch zukünftigen Tarifgeltung existiert „kraft Gesetzes“ durch die Regelungen der Nachbindung und Nachwirkung, darüber hinaus als „echter Vertrauensschutz“ aber nur in Fällen der einzelvertraglichen Bezugnahme.³⁵ Darüber hinaus muss jedem Arbeitnehmer klar sein, dass eine Tarifbindung nur eine Momentaufnahme darstellt, die in Zukunft enden kann. Die geltenden Regelungen können jederzeit durch völlig andere, auch anderen Rechtscharakters, ersetzt werden.
- 24** Schließlich steht dem Betriebsrat im nicht-tarifgebundenen Neubetrieb unzweifelhaft auch eine Regelungskompetenz für die im Altbetrieb tariflich geregelten Fragen zu. Das BAG hält bei der Frage nach der Fortgeltung von Tarifbedingungen nach Betriebsübergang einen Erwerber auch für verpflichtet, nach dem Betriebs(teil)übergang eingestellte Arbeitnehmer in die Tarifverträge des Veräußerers einzugruppieren, solange der Erwerber nicht unter Beachtung des Mitbestimmungsrechts nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG eine neue Vergütungsordnung einführt.³⁶ Im Zusammenhang mit der Ablösung bestehender betrieblicher Altersversorgungsregelungen³⁷ hat das Gericht ausdrücklich darauf hingewiesen, dass es für den Regelungsgegenstand der betrieblichen Altersversorgung an der erforderlichen Kongruenz des Umfangs der „erzwingbaren“ Regelungsmacht der Tarifpartner auf der einen und der Betriebspartner auf der anderen Seite fehle. Die Regelungsbestandteile einer Versorgungszusage seien insbesondere im

32 So auch *Neufeld/Flockenhaus*, BB 2016, 2357; *Ubber/Massig*, BB 2017, 2230.

33 So auch *Ubber/Massig*, BB 2017, 2230; *Linßenmaier*, RdA 2014, 336.

34 BAG 10.3.2015, 3 AZR 56/14, BB 2015, 2304.

35 *Löwisch/Rieble*, § 3 TVG Rn. 328 f.

36 BAG 8.12.2009, 1 ABR 66/08, BB 2010, 500; BAG 4.5.2011, 7 ABR 10/10, NZA 2011, 1239.

37 BAG 13.11.2007, 3 AZR 191/06, NZA 2008, 600, bestätigt durch BAG 21.4.2010, 4 AZR 768/08, BB 2010, 2965; *Reinhard/Hoffmann-Remy*, NZA-Beil. 2012, 79, 83.

Hinblick auf den Dotierungsrahmen nur teilmitbestimmt, sodass die Regelungsmacht für eine Gesamtumgestaltung fehle.³⁸ An einer Regelungsmacht der Betriebsparteien für Vergütungsfragen im tarifungebundenen Unternehmen besteht aber im Grundsatz kein Zweifel.

Wenn es richtig ist, dass in eine kollektive (Vergütungs-)Ordnung (nur, aber gerade) unter Beachtung der Mitbestimmungsrechte aus § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG eingegriffen werden kann, müssen zwingend der Arbeitgeber und der zuständige Betriebsrat auch grundsätzlich befugt sein, nach dem Ende der Veränderungssperre nach § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB durch Betriebsvereinbarung in die tarifvertraglich begründeten Vergütungsansprüche der Arbeitnehmer einzugreifen.³⁹ Das Günstigkeitsprinzip steht dem nicht entgegen;⁴⁰ auch die Tarifsperrre nach § 77 Abs. 3 BetrVG hat häufig keine praktische Relevanz.⁴¹ **25**

Schließlich überzeugt die Zulässigkeit einer Überkreuzablösung bei zwingender Mitbestimmung auch wertungsmäßig: Es wäre nicht angemessen und mit der negativen Koalitionsfreiheit auch kaum vereinbar, den Regelungswillen der Tarifparteien auch nach einem Betriebsübergang – potenziell für sehr lange Zeiträume – als verbindlich aufrechtzuerhalten. Denn die sachnäheren Betriebsparteien haben vielleicht ganz andere und vorrangig zu bewertende Vorstellungen von einer angemessenen Vergütungsgestaltung. Ihnen steht die originäre Regelungskompetenz für die maßgebliche betriebliche Einheit zu. Angesichts der Grundtendenz des BAG, die betriebliche Mitbestimmung im Zweifel zu stärken, erscheint es sehr naheliegend, dass auch in einem solchen Fall der Überkreuzablösung der zwingenden betrieblichen Mitbestimmung die „Vorfahrt“ eingeräumt würde. **26**

b) Aufgabe der Betriebs(teil-)identität – Beendigung betriebsverfassungsrechtlicher Systeme

Durch Betriebsvereinbarungen begründete Vergütungssysteme können im Rahmen einer Umstrukturierung auch endgültig abgelöst werden, indem Betriebe oder Betriebsteile so neu zusammengeschlossen werden, dass die Ausgangsorganisationseinheiten ihre prägende Betriebs(teil-)identität verlieren. In diesem Fall endet die kollektive Wirkung von in Betriebsvereinbarungen geregelten Rechten und Pflichten mit der Zusammenlegung der Betriebsteile; die in ihnen geregelten Bedingungen werden nach § 613a Abs. 1 Satz 2–4 BGB in das Arbeitsverhältnis transformiert. Eine neue Betriebsvereinbarung in dem neu begründeten Betrieb kann diese Regelungen nunmehr ablösen. **27**

38 Mehr dazu bei Reinhard/Hoffmann-Remy, NZA-Beil. 2012, 79, 81.

39 Ebenso Müller-Bonanni/Mehrens, NZA 2012, 1194, 1198.

40 BAG 22.4.2009, 4 AZR 100/08, NZA 2010, 41.

41 Müller-Bonanni/Mehrens, NZA 2012, 1194, 1198.

Kap. 23 Ablösung von Vergütungsordnungen

- 28 Im Falle von Gesamtbetriebsvereinbarungen wird nach dem Ersten Senat des BAG bei Identitätswahrung des Betriebs oder Betriebsteils der Rechtsnormcharakter der Regelung nicht tangiert, sodass die Gesamtbetriebsvereinbarung als Gesamt- oder Einzelbetriebsvereinbarung fortbesteht.⁴² Hieraus ergeben sich für die Praxis vielfältige Problemkonstellationen, soll die Geltung solcher Regelungen beendet werden.⁴³ Konzernbetriebsvereinbarungen können nur bei Intrakonzerntumstrukturierungen kollektivrechtlich fortgelten. Im Falle eines Betriebs-(teil-)übergangs aus dem Konzern auf einen nicht konzernangehörigen Dritten gilt die ehemalige Konzernbetriebsvereinbarung als Einzelbetriebsvereinbarung weiter, sofern sie nicht denotwendig mit dem Ausscheiden aus dem Konzern erlöschen muss.
- 29 Wird eine betriebliche Organisationseinheit im Wege der Verschmelzung in einen neuen Betrieb eingegliedert und verliert dabei ihre (Teil-)Identität, erstrecken sich die Betriebsvereinbarungen des aufnehmenden Betriebs auch auf die neu hinzugestoßenen Arbeitnehmer.⁴⁴ Wird die Identität hingegen nicht tangiert, tritt der Betriebserwerber in die geltenden Betriebsvereinbarungen (für die Dauer ihrer Geltung) ein.⁴⁵

c) Sonderfall: Nachwirkung von Entgeltbetriebsvereinbarungen

- 30 Betriebsvereinbarungen über Gegenstände erzwingbarer Mitbestimmung wirken gemäß § 77 Abs. 6 BetrVG nach ihrer Kündigung oder dem Ablauf ihrer vereinbarten Geltungsdauer nach. In Konsequenz kommt es nach Ablauf der zeitlichen Geltung der Betriebsvereinbarungen weiterhin zu einer unmittelbaren, aber nicht mehr zwingenden Geltung in jedem betroffenen Arbeitsverhältnis.⁴⁶ Mit anderen Worten: Eine abweichende, auch ungünstigere, Regelung ist in diesem Zeitraum jederzeit möglich, ganz gleich, ob sie im Wege der Betriebsvereinbarung oder (ggf. massenhaft) individualvertraglich in Kraft gesetzt wird.
- 31 Selbst bei einer „gemischten“ Betriebsvereinbarung, die zwingend mitbestimmte mit freiwillig mitbestimmten Regelungen vermengt, kommt eine Nachwirkung grundsätzlich nur für die Regelungen in Betracht, in denen freiwillige Leistungen mit anderen, nicht freiwilligen Vergütungsbestandteilen verbunden

42 BAG 18.9.2002, 1 ABR 54/01, NZA 2003, 670; krit. WHSS-Hohenstatt, E. Rn. 58 ff.

43 Hierzu etwa Holthausen, ArbRAktuell 2010, 593; WHSS-Hohenstatt, E. Rn. 62.

44 Fitting, § 77 BetrVG Rn. 171 ff.; WHSS-Hohenstatt, E. Rn. 26.

45 BAG 27.7.1994, 7 ABR 37/93, BB 1995, 570; BAG 5.2.1991, 1 ABR 32/90, BB 1991, 1052.

46 BAG 26.4.1990, 6 AZR 278/88, NZA 1990, 814.

sind.⁴⁷ Kein Raum für eine Nachwirkung ist dort gegeben, wo einheitliche Lebensvorgänge geregelt werden, die teils mitbestimmt, teils mitbestimmungsfrei sind. Wo der Arbeitgeber freiwillige Leistungen gewährt, bei denen nur eine Mitbestimmung hinsichtlich der Verteilung, nicht aber der Dotierung in Betracht kommt, wirkt eine Betriebsvereinbarung nicht nach, solange der Arbeitgeber die Leistung vollständig und ersatzlos einstellt.⁴⁸ Der Arbeitgeber ist bei solchen freiwilligen Leistungen nämlich nicht nur frei in seiner Entscheidung darüber, ob und in welcher Höhe er zu welchem Zweck Mittel zur Verfügung stellt, sondern auch in der Abgrenzung des begünstigten Personenkreises.⁴⁹ Anders liegt der Fall, wenn der Arbeitgeber nur das Gesamtvolumen reduzieren und/oder die Verteilungsgrundsätze verändern möchte; hier kommt es zu einer Nachwirkung insgesamt.⁵⁰ Eine Nachwirkung bei Regelungen über die betriebliche Altersversorgung scheidet zumeist aus.⁵¹

Das BAG hat zutreffend festgestellt, dass es zulässig ist, die Nachwirkung von Betriebsvereinbarungen nach § 77 Abs. 6 BetrVG auszuschließen, solange dies „ausdrücklich und unzweideutig“ geschieht.⁵² Freiwillige Betriebsvereinbarungen wirken nicht nach, solange dies nicht ausdrücklich vereinbart ist. Eine solche Vereinbarung ist dort unzulässig, wo ein Tarifvertrag nur freiwillige Betriebsvereinbarungen zu einem Regelungskomplex zulässt.⁵³ **32**

III. Besonderheiten bei Bezugnahme auf Tarifverträge

Sonderprobleme ergeben sich regelmäßig dort, wo Vergütungsordnungen abgelöst werden sollen, die auf Grundlage von tariflichen Bezugnahmeklauseln in den individuellen Arbeitsverträgen Anwendung finden. Im „Personalalltag“ spielt die Art der Bindung an einen Tarifvertrag für Gewerkschaftsmitglieder (unmittelbare und zwingende Geltung oder nur Inbezugnahme im Arbeitsvertrag) keine besondere Rolle, da die entsprechenden Arbeitsbedingungen so oder so zu gewähren sind. Tarifgebundene Unternehmen setzen in aller Regel auch **33**

47 BAG 15.2.2011, 3 AZR 196/09, AP Nr. 17 zu § 1 BetrAVG Auslegung; BAG 5.10.2010, 1 ABR 20/09, NZA 2011, 598; BAG 9.12.1997, 1 AZR 330/97, BB 1998, 904; BAG 21.8.1990, 1 ABR 73/89, BB 1990, 190; BAG 26.4.1990, 6 AZR 278/88, NZA 1990, 814; BAG 9.2.1989, 8 AZR 310/87, BB 1989, 2339; HaKo-BetrVG-Lorenz, § 77 BetrVG Rn. 120.

48 BAG 9.12.1997, 1 AZR 319/97, BB 1998, 904; BAG 21.8.1990, 1 ABR 73/89, BB 1990, 190.

49 LAG Köln 15.11.2002, 12 Sa 688/02, n. v.

50 BAG 26.10.1993, 1 AZR 46/93, BB 1994, 1072.

51 BAG 5.11.2003, 10 AZB 59/03, NZA 2003, 1414; *Schlewing*, NZA 2010, 529, 532.

52 BAG 18.2.2003, 1 ABR 17/02, BB 2003, 1960; BAG 9.2.1984, 6 ABR 10/81, BB 1984, 96; BAG 17.1.1995, 1 ABR 29/94, BB 1995, 1918.

53 LAG Hamm 18.8.2006, 10 TaBV 13/06, n. v.

Kap. 23 Ablösung von Vergütungsordnungen

„parallel“ arbeitsvertragliche Bezugnahmeklauseln ein oder aber wenden sogar losgelöst von vertraglichen Pflichten einheitliche Arbeitsbedingungen auf ihre Arbeitnehmer an. Erhebliche Bedeutung erlangt die sorgfältige Qualifikation der Art der Tarifbindung aber aufgrund der drastisch voneinander abweichenden Rechtsfolgen, wenn es um die Ablösbarkeit von Vergütungsordnungen geht.

1. Wirkungsweise einer Bezugnahmeregelung allgemein

- 34 Unter arbeitsvertraglichen Bezugnahmeklauseln versteht man gemeinhin einzelvertragliche Regelungen, die ein bestimmtes Objekt der Bezugnahme (typischerweise einzelne Tarifverträge, manchmal jedoch auch gesamte Tarifwerke) für eine bestimmte Zeitdauer auf das Arbeitsverhältnis für anwendbar erklären. Was genau in Bezug genommen ist, wie lange diese Regelungen gelten sollen, und was sich im Falle einer Umstrukturierung ändert, ist regelmäßig im Wege der Auslegung nach den §§ 133, 157 BGB zu ermitteln.⁵⁴
- 35 Zu unterscheiden ist zum einen zwischen einer umfassenden Bezugnahmeregelung – die den Tarifvertrag oder die Tarifwerke als Ganzes einbezieht – und einer nur punktuellen Bezugnahme,⁵⁵ etwa auf tarifliche Regelungen zur Arbeitszeitgestaltung.
- 36 Zum anderen muss differenziert werden zwischen bloßen deklaratorischen Bezugnahmeregelungen – die die geltende Rechtslage wiedergeben, etwa, weil die Parteien ohnehin normativ beidseitig tarifgebunden sind – und konstitutiven Bezugnahmeregelungen, die mangels kongruenter Tarifbindung eigenständige Ansprüche begründen. Verweisungen auf branchenfremde Tarifwerke wirken stets konstitutiv.⁵⁶ Zur Auslegung von Bezugnahmeklauseln insoweit s. Rn. 41 ff.
- 37 Die Regelung zur Inbezugnahme muss nicht notwendigerweise aus dem Arbeitsvertrag resultieren, wenngleich dies der praktische Hauptanwendungsbereich sein dürfte; sie bedarf jedoch keiner Schriftform.⁵⁷ Auch eine betriebliche Übung kann daher zu einer Inbezugnahme von Tarifregelungen führen.⁵⁸ Insoweit bewegen sich in der Praxis vor allem diejenigen Unternehmen auf dünnem Eis, die „entsprechend“ oder „in Anlehnung an“ einen (ggf. sogar branchenfremden) Tarifvertrag Leistungen an ihre Arbeitnehmer gewähren und dabei zum Ausdruck bringen, dass sie ein Tarifwerk als Ganzes anwenden.⁵⁹ In derartigen Fällen un-

54 MASIG-Holthausen, 240 Rn. 8; Rinck, RdA 2010, 216.

55 BAG 17.1.2006, 9 AZR 41/05, NZA 2006, 923.

56 MASIG-Holthausen, 240 Rn. 14.

57 BAG 19.1.1999, 1 AZR 606/98, NZA 1999, 879.

58 BAG 3.11.2004, 4 AZR 541/03, n. v.; BAG 17.4.2002, 5 AZR 89/01, NZA 2002, 1096.

59 BAG 3.11.2004, 4 AZR 541/03, n. v.

terliegen die Arbeitgeber auch weitergehenden Pflichten zur Niederschrift aufgrund des § 2 Abs. 1 Nr. 10 NachwG.⁶⁰

Infolge einer Inbezugnahmeregulierung wird der Inhalt des Tarifvertrages zum Inhalt des Arbeitsvertrages. Ob der betreffende Tarifvertrag branchenmäßig passt, ist grundsätzlich gleichgültig; ebenfalls ist irrelevant, ob der Tarifvertrag überhaupt wirksam geschlossen wurde.⁶¹ **38**

Durch die Bezugnahme wirkt der Tarifvertrag schuldrechtlich und nicht normativ wie bei beiderseitiger Tarifbindung nach den §§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 TVG.⁶² Das bedeutet, dass die Parteien jederzeit zu einem späteren Zeitpunkt individualvertraglich abweichende Regelungen treffen können. **39**

Bezugnahmeregulierungen unterliegen schließlich in manchen Fällen einer Verknüpfung mit dem Verweisziel derart, dass der Entfall der in Bezug genommenen Regelung auch zu einem Wegfall der Bezugnahme Klausel führt. Das ist insbesondere dort denkbar, wo Tarifnormen in Bezug genommen werden, solange sie kraft unmittelbarer Tarifbindung gelten.⁶³ In diesem Fall verlieren Bezugnahmeregulierungen ihre Wirkung, sobald die Anwendbarkeit des Tarifvertrages endet und er nicht nachwirkt (§ 4 Abs. 5 TVG). **40**

2. Auslegung von Bezugnahme Klauseln vor und nach dem 1.1.2002

Das BAG differenzierte früher bei der Auslegung von Bezugnahme Klauseln zwischen deklaratorischen und konstitutiven Abreden. Es ging davon aus, Bezugnahme Klauseln verfolgten den Zweck einer Gleichstellung der tarifgebundenen und nicht tarifgebundenen Arbeitnehmer.⁶⁴ Dementsprechend nahm es bis in das Jahr 2005⁶⁵ an, dass Arbeitnehmer mit der Verweisung auf die einschlägigen Tarifverträge arbeitsvertraglich so gestellt werden sollten, wie sie tarifrechtlich stünden, wenn sie tarifgebunden wären. Ziel der Bezugnahme war mithin die einheitliche Anwendung bestimmten Tarifrechts, unabhängig von der Tarifgebundenheit des Arbeitnehmers. Ein Ende der Tarifbindung des Arbeitgebers führte nach dieser Rechtsprechung dazu, dass in Bezug genommene Tarifverträge nur noch statisch in der zu diesem Zeitpunkt maßgeblichen Fassung anzuwenden waren. Diese Grundsätze vertritt das BAG auch weiterhin für Bezugnahme-

⁶⁰ BAG 17.4.2002, 5 AZR 89/01, NZA 2002, 1096.

⁶¹ BAG 7.12.1977, 4 AZR 474/76, BB 1978, 157.

⁶² BAG 7.12.1977, 4 AZR 474/76, BB 1978, 157; *Sieg/Maschmann*, Rn. 340.

⁶³ BAG 21.10.2009, 4 AZR 477/08, NZA-RR 2010, 477; BAG 29.1.1975, 4 AZR 218/74, DB 1975, 2455; *Sieg/Maschmann*, Rn. 340.

⁶⁴ BAG 13.4.2015, 4 AZR 244/14, NZA-RR 2016, 6; BAG 11.12.2013, 4 AZR 473/12, NZA 2014, 900; BAG 13.2.2013, 5 AZR 2/12, NZA 2013, 1024; *MASIG-Holthausen*, 240 Rn. 4.

⁶⁵ BAG 14.12.2005, 4 AZR 536/04, NZA 2006, 607.

Kap. 23 Ablösung von Vergütungsordnungen

klauseln, die vor dem Inkrafttreten der Schuldrechtsreform zum 1.1.2002 vereinbart wurden, da es den Vertragsparteien insoweit Vertrauensschutz zubilligt.⁶⁶

42 Für Neuverträge hat das BAG diese Rechtsprechung modifiziert und geht nunmehr davon aus, dass Neuverträge nur noch dort als Gleichstellungsabreden zu betrachten sind, wo die Vertragsparteien eine sprachlich und inhaltlich klare Regelung dahingehend getroffen haben, dieses Regelungsziel zu verfolgen.⁶⁷ Alle sonstigen Fälle der Inbezugnahme behandelt es nunmehr sowohl bei tarifgebundenen als auch bei nicht tarifgebundenen Arbeitnehmern als Verweisungsklauseln mit **konstitutiver Wirkung**⁶⁸ welche weder durch einen Verbandsaustritt des Arbeitgebers noch einen sonstigen Wegfall seiner Tarifgebundenheit berührt werden. Das bedeutet, dass schon aufgrund der arbeitsvertraglichen Abrede die Beschäftigten an allen Tarifänderungen, die auf kollektivrechtlicher Ebene erfolgen, in der Zukunft teilnehmen.

42a Offensichtliche Konflikte bestehen zwischen dieser Rechtsprechung und der des EuGH seit der Rechtssache „Alemo-Herron“.⁶⁹ Der EuGH deutete zunächst an, dass die fortgeltende Dynamik von Bezugnahme Klauseln einen unzulässigen Eingriff in die unternehmerische Gestaltungsfreiheit (Art. 16 GRCh) darstellen könne. Auf eine nicht gänzlich ideologiefrei formulierte Vorlagefrage des Vierten Senats⁷⁰ hin entschied der EuGH sodann, dass eine dynamische Fortgeltung unionsrechtlich nicht zu beanstanden sei, „sofern das nationale Recht sowohl einvernehmliche als auch einseitige Anpassungsmöglichkeiten für den Erwerber vorsieht“⁷¹ – was das BAG mit seiner Vorlagefrage impliziert hatte, ohne sich mit der Wirksamkeit dieser Mittel in der Praxis auseinanderzusetzen. Entsprechend formulierte der EuGH, solche Anpassungsmöglichkeiten seien in der Möglichkeit des Arbeitgebers zur Änderungskündigung oder der einvernehmlichen Vertragsänderung zu sehen (hierzu Rn. 60 ff., 81 ff.). Mit seiner Entscheidung hat der EuGH den Weg zu einer Entdynamisierung von Bezugnahme Klauseln, den er in der Rechtssache „Alemo-Herron“ gerade geebnet zu haben

66 BAG 24.3.2010, 4 AZR 713/08, ZTR 2010, 462; BAG 24.2.2010, 4 AZR 691/08, BB 2010, 1852; BAG 27.1.2010, 4 AZR 570/08, AP Nr. 74 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag; BAG 18.11.2009, 4 AZR 514/08, NZA 2010, 170; BAG 10.12.2008, 4 AZR 881/07, NZA-RR 2009, 537; BAG 14.12.2005, 4 AZR 536/04, NZA 2006, 607; BAG 1.12.2004, 4 AZR 50/04, NZA 2005, 478.

67 BAG 27.1.2010, 4 AZR 570/08, AP Nr. 74 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag; BAG 18.11.2009, 4 AZR 514/08, NZA 2010, 170; BAG 21.10.2009, 4 AZR 396/08, BB 2010, 2245; BAG 22.10.2008, 4 AZR 793/07, BB 2009, 1022; BAG 18.4.2007, 4 AZR 652/05, BB 2007, 2125; BAG 14.12.2005, 4 AZR 536/04, NZA 2006, 607; spezifisch zur Inbezugnahme nachwirkender Tarifverträge BAG 30.1.2013, 4 AZR 306/11, AP Nr. 25 zu § 1 TVG § 1 Tarifverträge: Musiker.

68 WHSS-Hohenstatt, E. Rn. 175 ff.

69 EuGH 18.7.2013, C-426/11, NZA 2013, 835.

70 BAG EuGH-Vorlage 17.6.2015, 4 AZR 95/14 (A), *juris*.

71 EuGH 27.4.2017, C-680/15, C-681/15, NZA 2017, 571.

schien, wieder versperst. Das BAG hat sich dem nunmehr, wie nach der Formulierung seiner Vorlagefrage bereits zu erwarten, angeschlossen⁷² und damit jedenfalls eine einheitliche Linie in die Senatsrechtsprechung gebracht.⁷³ Die daraus folgenden Praxisprobleme sind jedoch mannigfaltig.⁷⁴

3. Statische Inbezugnahme von Tarifregelungen

Häufig finden sich in Arbeitsverträgen Bezugnahmen auf konkret bezeichnete Fassungen von Tarifverträgen (z. B. „Manteltarifvertrag für das Hotel- und Gaststättengewerbe des Landes Hessen in der Fassung vom ...“). In solchen Fällen ergibt die Auslegung der Klausel – insbesondere das Fehlen von Regelungen zu sich ändernden oder ablösenden Tarifwerken⁷⁵ –, dass es sich um eine sogenannte statische Inbezugnahme handelt. Im Rahmen solcher Inbezugnahmen nimmt ein nicht (normativ und kongruent) tarifgebundener Arbeitnehmer nicht an zukünftigen Tarifentwicklungen – insbesondere: Erhöhungen der Vergütung, z. B. aus einem Entgelttarifvertrag – teil.

Im Falle eines Betriebsübergangs behält die Bezugnahme Klausel ihre Gültigkeit (§ 613a Abs. 1 Satz 1 BGB), und zwar auch dann, wenn branchenfremde oder räumlich nicht einschlägige Tarifwerke in Bezug genommen sind. Das gilt nur dann nicht, wenn infolge des Betriebsübergangs eine kongruente Tarifgeltung greift, die für den betroffenen Arbeitnehmer günstiger ist als die bloße Inbezugnahme.⁷⁶ Insoweit stellen statische Bezugnahmeregelungen die Praxis vor keine großen Herausforderungen, sind aber auch aufgrund der über die Zeit zunehmenden Entkopplung von der wirtschaftlichen Entwicklung des Tarifvertrages nicht allzu verbreitet.

4. „Kleine“ dynamische Inbezugnahme

Demgegenüber können Regelungen auf ein bestimmtes Tarifwerk „in seiner jeweils geltenden Fassung“ verweisen. Man spricht hier von sogenannten „kleinen“ dynamischen Bezugnahme Klauseln,⁷⁷ da (nur) eine Zeitdynamisierung in der Regelung angelegt ist.⁷⁸ Derartige Regelungen ermöglichen es den Arbeitsvertragsparteien, auch Entwicklungen des in Bezug genommenen Tarifwerkes mit zu vollziehen.

72 BAG 30.8.2017, 4 AZR 95/14, NZA 2018, 255.

73 Siehe nur BAG 23.9.2009, 4 AZR 331/08, NZA 2010, 513.

74 Näher Röger/Hoffmann-Remy, § 8 Rn. 539; Wahlig/Brune, NZA 2018, 221.

75 BAG 19.9.2007, 4 AZR 710/06, DB 2009, 460; MASIG-Holthausen, 240 Rn. 16.

76 Däubler-Lorenz, § 3 TVG Rn. 265 f.; MASIG-Holthausen, 240 Rn. 19.

77 BAG 9.6.2010, 5 AZR 122/09, n. v.

78 BAG 15.4.2008, 9 AZR 159/07, NZA-RR 2008, 586.

Kap. 23 Ablösung von Vergütungsordnungen

- 46 Derartige Klauseln sind nach der oben unter Rn. 41 f. beschriebenen Änderung der Rechtsprechung des BAG jedenfalls bei sogenannten „Neuverträgen“ ab dem 1.1.2002 im Rahmen von Unternehmenskäufen regelmäßig problembehaftet.⁷⁹ Die Zeitdynamik der Bezugnahme endet nicht, nur weil beispielsweise eine Tarifbindung des Veräußerers wegfällt. Selbst bei einer Tarifbindung des neuen Arbeitgebers kann es dazu kommen, dass trotz kongruenter Tarifgeltung eines „neuen“ Tarifvertrages die Vergütung sich nach dem in Bezug genommenen, alten Tarifvertrag richtet, da dieser für den Arbeitnehmer günstiger ist. Entsprechend mag sich der Erwerber (z.B. im praxisrelevanten Fall eines IT-Outsourcings) erheblichen Personalkostennachteilen hinsichtlich eines Teils seiner Belegschaft gegenübersehen.
- 47 Tückisch sind Konstellationen, in denen die Bezugnahmeklausel sich auf Verbandstarifwerke einer bestimmten Branche bezieht, der Arbeitgeber mit der tarifschließenden Gewerkschaft aber im Anschluss einen (tarifspezielleren) Firmentarifvertrag⁸⁰ oder Sanierungstarifvertrag eingeht. Auch derartige Tarifverträge sind nach dem Verständnis des 4. Senats des BAG regelmäßig von einer Inbezugnahme erfasst.⁸¹
- 48 Für die Rechtssicherheit in der Vertragsgestaltungspraxis sind folgende Aspekte von besonderer Relevanz:
- Das in Bezug genommene Tarifwerk muss unzweideutig bezeichnet werden, d.h. insbesondere keine vage Umschreibung, sondern exakte Wiedergabe des Titels des Tarifvertrages. Auch die Dynamik muss klar geregelt sein: Sollen nur ändernde oder auch ersetzende Regelungen mit in Bezug genommen sein? Sollen auch speziellere Firmentarifverträge mit einbezogen werden?
 - Zur Vermeidung von Rechtskollisionen sollte weiterhin vereinbart werden, dass die Bezugnahmeregelung nur gilt, sofern der Arbeitnehmer an die bei dem Arbeitgeber normativ geltenden Tarifverträge nicht aufgrund kongruenter Bindung normativ tarifgebunden ist. Sofern die normative Tarifbindung des Arbeitgebers entfällt, sollte die Regelung eine statische Fortgeltung anordnen.
 - Schließlich sollte zur Vermeidung argumentativer Volten eines mit der Auslegung befassten Arbeitsgerichts der Zweck der Regelung (Gleichstellung) eindeutig festgehalten werden.

79 Ausführlich MASIG-Holthausen, 240 Rn. 22 ff.

80 BAG 15.4.2008, 9 AZR 159/07, NZA-RR 2008, 586.

81 BAG 22.4.2009, 4 AZR 100/08, NZA 2010, 41; BAG 23.1.2008, 4 AZR 602/06, AP Nr. 63 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag; BAG 23.3.2005, 4 AZR 203/04, NZA 2005, 1003.

Eine mögliche Formulierung für eine kleine dynamische Bezugnahmeregelung könnte lauten: **49**

Das Arbeitsverhältnis richtet sich nach dem (konkrete Bezeichnung des in Bezug genommenen Tarifwerks) und den dieses/-n ergänzenden, ändernden und/oder ersetzenden Tarifverträgen in deren jeweils gültigen Fassungen. Der vorstehende Satz gilt nur, soweit der Arbeitnehmer nicht an die bei dem Arbeitgeber normativ geltenden Tarifverträge (§ 3 Abs. 1 TVG, auch kraft Allgemeinverbindlichkeit) ebenfalls normativ gebunden ist. Zweck der Regelung ist allein die Gleichstellung nicht tarifgebundener Arbeitnehmer mit tarifgebundenen Arbeitnehmern. Entfällt die normative Tarifbindung des Arbeitgebers in gleich welcher Weise, gelten die zu diesem Zeitpunkt aufgrund der Bezugnahme anwendbaren Tarifverträge statisch in der zuletzt gültigen Fassung fort, soweit sie nicht durch andere Vereinbarungen ersetzt werden.⁸²

5. „Große“ dynamische Inbezugnahme („Tarifwechselklausel“)

Große dynamische Bezugnahmeklauseln hingegen sehen vor, dass bestimmte (typischerweise sachlich einschlägige bzw. normativ geltende) Tarifverträge in ihrer jeweils gültigen Fassung arbeitsvertraglich einbezogen werden.⁸³ Bei einem Branchenwechsel (wie er bei einem Betriebsübergang im Zuge einer Umstrukturierung häufig vorkommt, etwa einem IT-Outsourcing) soll grundsätzlich das jeweils branchenbezogene Tariffrecht gelten. Es sollen insoweit auch einheitliche Tarifbedingungen bei dem neuen Arbeitgeber gewährleistet werden, ganz gleich ob die betroffenen Arbeitnehmer gewerkschaftlich organisiert sind. Ein Auseinanderfallen kollektivrechtlicher und individualvertraglicher Ansprüche soll verhindert werden. Die Klausel ermöglicht auf der anderen Seite dem Arbeitgeber auch, bei Verbandsaustritten, Verbandswechseln und in ähnlichen Fällen in einen anderen Tarifvertrag zu wechseln. **50**

Während der 4. Senat in seiner Entscheidung vom 16.10.2002⁸⁴ noch die Formulierung „gelten die Bedingungen des jeweils gültigen Tarifvertrages“ als große dynamische Bezugnahmeklausel/Tarifwechselklausel ausgelegt hat, hat sich die Rechtsprechung insbesondere zur Transparenz von Regelungen seither weiterentwickelt. Insbesondere unter dem Gesichtspunkt des § 305c BGB ist anzuraten, im Rahmen der Vertragsgestaltung klare Grenzen zu ziehen und zwischen einer fachlichen/örtlichen Dynamik und einer zeitlichen Dynamik zu differenzieren. Nur so kann die Klausel möglichst rechtssicher gestaltet werden.⁸⁵ Angesichts der im Fluss befindlichen Rechtsprechung sind Überraschungen hier jedoch zu keinem Zeitpunkt ausgeschlossen; der Versuch, die Transparenz der **51**

82 Ähnlich auch bei HR-*Reufels*, § 1 Rn. 1755; MASIG-*Holthausen*, 240 Rn. 41.

83 BAG 21.11.2012, 4 AZR 85/11, NZA 2013, 512.

84 BAG 16.10.2002, 4 AZR 467/01, NZA 2003, 390.

85 So auch MASIG-*Holthausen*, 240 Rn. 28 ff.

Kap. 23 Ablösung von Vergütungsordnungen

Regelung, ihre Verständlichkeit und Genauigkeit auf einen Nenner zu bringen, wird wohl immer wieder neu begonnen werden müssen.

- 52 Zum jetzigen Zeitpunkt könnte für einen bereits kraft Verbandsmitgliedschaft tarifgebundenen Arbeitgeber eine Regelung wie folgt formuliert werden:

- 53 „Auf das Arbeitsverhältnis sind die jeweils für den Betrieb normativ geltenden Tarifverträge in ihrer jeweils gültigen Fassung anzuwenden. Dies sind zum Zeitpunkt der Unterzeichnung dieses Arbeitsvertrages die Tarifverträge für die (...) -Industrie des Landes (...), abgeschlossen zwischen der Gewerkschaft (...) sowie dem Arbeitgeberverband (...).“⁸⁶

- 54 Wo der Arbeitgeber nicht bereits tarifgebunden ist und abgesichert werden soll, dass die Bezugnahme nicht tarifgebundenen Arbeitnehmern nicht „mehr“ Rechte zubilligen soll als eine Tarifbindung bei Gewerkschaftsmitgliedern bewirken könnte, kann etwa formuliert werden:

- 55 „Für das Arbeitsverhältnis gilt der Tarifvertrag (...) für die (...) -Industrie des Landes (...), abgeschlossen zwischen der Gewerkschaft (...) sowie dem Arbeitgeberverband (...) in der Fassung vom (...). Kommen aufgrund der vorstehenden Bezugnahme unterschiedliche Tarifverträge als Verweisungsziel in Betracht, bestimmt sich der in Bezug genommene Tarifvertrag nach den Regeln zur Tarifkonkurrenz (Spezialitätsprinzip).⁸⁷ Änderungen dieses Tarifvertrages gelten für das Arbeitsverhältnis nur, wenn der Arbeitgeber ihrer Geltung nicht aus wirtschaftlichen Gründen binnen einer Frist von vier Wochen nach ihrem Inkrafttreten schriftlich oder in Textform gegenüber dem Arbeitnehmer widerspricht. Der Tarifvertrag verliert seine Geltung mit einem Beitritt des Arbeitgebers zu einem Arbeitgeberverband, dem Abschluss eines Firmentarifvertrages oder der Bindung an einen für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag. In diesen Fällen findet ausschließlich der jeweils normativ geltende Tarifvertrag Anwendung.“⁸⁸

- 56 Schließlich sollte bei der Vertragsgestaltung stets der mögliche Rechtskonflikt zwischen individualrechtlichen Ansprüchen und der kollektiven Ebene berücksichtigt werden.⁸⁹

86 Ähnlich auch MASIG-Holthausen, 240 Rn. 31 f.; HWK-Henssler, § 3 TVG Rn. 32c; Preis-Preis, II V 40 Rn. 17.

87 BAG 7.7.2010, 4 AZR 549/08, NZA 2010, 1068; BAG 7.7.2010, 4 AZR 537/08, AP Nr. 143 zu Art. 9 GG; BAG 23.1.2008, 4 AZR 602/06, AP Nr. 63 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag; BAG 14.12.2005, 10 AZR 296/05, NZA 2006, 744; HWK-Henssler, § 3 TVG Rn. 32c; MASIG-Holthausen, 240 Rn. 37.

88 In die gleiche Richtung MASIG-Holthausen, 240 Rn. 34; HWK-Henssler, § 3 TVG Rn. 32d.

89 Formulierungsvorschläge bei Preis/Greiner, NZA 2007, 1073, 1079; Bauer/Günther, NZA 2008, 6, 8.

IV. Individualrechtliche Gestaltungen

Wo keine kollektiven Vergütungsstrukturen existieren, eine Umstrukturierung oder anderweitige kollektive Ablösung nicht möglich ist, steht dem Arbeitgeber (nur) die Möglichkeit offen, Vergütungsordnungen flächendeckend mit individualrechtlichen Mitteln abzulösen. **57**

1. Änderungsvorbehalte

Am einfachsten gestaltet sich dies für den Arbeitgeber, wenn er im Rahmen vertraglich vereinbarter Vorbehalte in der Lage ist, Entgeltbestandteile mit Wirkung für die Zukunft nicht mehr zu gewähren oder der Höhe nach zu begrenzen. Zu denken ist insoweit etwa an Freiwilligkeits- oder Widerrufsvorbehalte, den Vorbehalt der Anrechnung von Leistungen untereinander, die Befristung einzelner Arbeitsbedingungen oder sogar die Möglichkeit einer Teilkündigung (s. Kap. 17, 20). Die rechtlichen Rahmenbedingungen für die wirksame Vereinbarung und Ausübung derartiger Vorbehalte sind hoch. Insbesondere ältere Arbeitsverträge weisen regelmäßig Vorbehaltsregelungen auf, die den aktuellen AGB-rechtlichen Anforderungen nicht genügen. Nur Anrechnungsvorbehalte neueren Datums, die bereits die aktuelle Rechtsprechung des BAG berücksichtigen, ermöglichen regelmäßig (begrenzte) Eingriffe in die Vergütung. In letzterem Fall können sie – etwa als Teil eines Gesamtsanierungskonzeptes (s. Rn. 64 ff.) – einen wichtigen Beitrag zur Senkung von Personalkosten leisten. **58**

2. (Massenhafte) Änderungskündigung

Aufgrund der nach wie vor hohen Verbreitung unwirksamer Vorbehaltsvereinbarungen sowie der sachlich begrenzten Eingriffshöhe solcher Regelungen richtet sich der Fokus häufig auf den Ausspruch einer Änderungskündigung (ggf. als sogenannte „Massenänderungskündigung“ für große Teile der Belegschaft). Hierbei wird einerseits das bestehende Arbeitsverhältnis (beendigungs-)gekündigt, andererseits aber zeitgleich dem Arbeitnehmer angeboten, das Arbeitsverhältnis zu anderen (abgesenkten) Bedingungen fortzusetzen.⁹⁰ Der Ausspruch einer solchen Änderungskündigung will aus tatsächlichen wie rechtlichen Gründen wohl erwogen sein. **59**

Für die Änderungskündigung gilt der allgemeine kündigungsrechtliche Grundsatz, dass es keine mildernden Mittel zur Erreichung desselben Regelungszweckes geben darf, will der Arbeitgeber nicht die Wirksamkeit der Kündigung aufs Spiel setzen. **60**

⁹⁰ ErfK-Oetker, § 2 KSchG Rn. 5 ff.

Kap. 23 Ablösung von Vergütungsordnungen

- 61 Die insbesondere mit Blick auf das örtliche Direktionsrecht diskutierte sogenannte „überflüssigen Änderungskündigung“⁹¹ soll hier nicht vertieft behandelt werden, da sie bei der Anpassung von Vergütungskomponenten kaum praktische Relevanz besitzt: Besteht Unklarheit hinsichtlich der Wirksamkeit etwa eines Widerrufsvorbehaltes, wird der gut beratene Arbeitgeber ohnehin eine vorsorgliche Änderungskündigung parallel zum Widerruf erklären. Daher nur so viel: Nach Auffassung des BAG kann eine Änderungskündigung auch dann sozial gerechtfertigt sein, wenn die streitbefangene Änderung vom Arbeitgeber zwar einseitig hätte durchgesetzt werden können, der Arbeitnehmer das Änderungsangebot jedoch unter Vorbehalt angenommen hat. Wurde das Änderungsangebot allerdings abgelehnt, soll die Änderungskündigung auch dann sozial ungerechtfertigt sein, wenn die Änderung per Direktionsrecht oder Widerruf durchsetzbar gewesen wäre.⁹²

a) Tatsächliche Rahmenbedingungen für Änderungskündigungen

- 62 Beabsichtigt der Arbeitgeber eine Änderungskündigung, kann er sich nahezu sicher sein, dass diese zu Unmut bei dem oder den betroffenen Arbeitnehmern führen wird. Mit einer Änderungskündigung wird notwendigerweise immer das gesamte Arbeitsverhältnis zur Disposition gestellt. Die Wahl zwischen einer (vom Arbeitnehmer unerwünschten) Herabsetzung der Arbeitsbedingungen und einer Beendigung wird häufig als ein aggressiver Akt der Arbeitgeberseite aufgefasst. Nimmt man hinzu, dass jeder einzelne Arbeitnehmer gegen eine solche Änderungskündigung vorgehen kann, kann sich der Arbeitgeber im Fall massenhafter Änderungskündigungen schnell einer Vielzahl von Verfahren gegenübersehen. Sieht der Geschäftsverteilungsplan des jeweils zuständigen Arbeitsgerichts keine Bündelung von Verfahren bei einer Kammer vor, die aufgrund einheitlicher unternehmerischer Entscheidung in einem bestimmten Zeitrahmen eingehen, drohen divergierende Entscheidungen und potenziell langwierige Rechtsstreite. Jenseits der rechtlichen Betrachtung macht dies die Änderungskündigung häufig unter Aufwands- und Kostengesichtspunkten unattraktiv.

b) Änderungskündigung zur Harmonisierung der Arbeitsbedingungen

- 63 Materielle Arbeitsbedingungen können nicht lediglich auf der Grundlage des Gleichbehandlungsgrundsatzes im Wege der Änderungskündigung angeglichen

91 BAG 22.10.2015, 2 AZR 124/14, NZA 2016, 225; BAG 19.7.2012, 2 AZR 25/11, NZA 2012, 1038; ErfK-Kiel, § 4 KSchG Rn. 27.

92 BAG 23.2.2012, 2 AZR 44/11, BB 2012, 2505; BAG 24.8.2004, 1 AZR 419/03, BB 2005, 222; BAG 24.6.2004, 8 AZR 22/03, ZTR 2004, 579; BAG 9.7.1997, 4 AZR 635/95, BB 1998, 380; BAG 26.1.1995, 2 AZR 371/94, BB 1995, 1746; BAG 21.2.1991, 2 AZR 432/90, RzK I 7a Nr. 23; s.a. v. Hoyningen-Huene/Linck, § 2 KSchG Rn. 54f.; ErfK-Oetker, § 2 KSchG Rn. 14.

werden. Dieser untersagt es dem Arbeitgeber, in seinem Betrieb einzelne oder Gruppen von Arbeitnehmern ohne sachlichen Grund von begünstigenden Regelungen auszunehmen. Das BAG⁹³ meint insoweit, der Gleichbehandlungsgrundsatz werde „in sein Gegenteil verkehrt“, wenn sich der Arbeitgeber zur Rechtfertigung des Fortfalls betrieblicher Sozialleistungen auf eben diesen Grundsatz berufen könne. Es bedürfe daher zur Änderung vertraglicher Arbeitsbedingungen stets betrieblicher Gründe i. S. v. § 1 Abs. 2 KSchG, ohne deren Vorliegen eine Änderungskündigung nicht sozial gerechtfertigt sein könne. Hinsichtlich der Überzeugungskraft dieses Ansatzes mag man geteilter Meinung sein. Abweichende Stellungnahmen in der Literatur⁹⁴ haben sich aber jedenfalls bislang nicht durchzusetzen vermocht.

c) Betriebsbedingte Änderungskündigung zur Entgeltabsenkung

Massenhafte betriebsbedingte Änderungskündigungen haben in der Praxis durchaus eine hohe Relevanz, soweit es um eine Entgeltabsenkung geht (zu der Rechtfertigung einer personen- bzw. verhaltensbedingten Änderungskündigung zwecks Entgeltabsenkung s. Kap. 16; kritisch zur Rechtsprechung des BAG s. Kap. 18). Werden sie nur unzureichend vorbereitet, scheitern sie jedoch häufig aufgrund der hohen Anforderungen, die die Rechtsprechung an die soziale Rechtfertigung einer derartigen Kündigung stellt. Die unternehmerische Entscheidung des Arbeitgebers zur Lohnkostensenkung allein wird nicht als ausreichende soziale Rechtfertigung im Sinne des § 1 Abs. 2 KSchG angesehen.⁹⁵

Wirtschaftliche Gründe können nach Ansicht des BAG Grund für eine betriebsbedingte Änderungskündigung sein. Das soll aber nur dann gelten, wenn durch eine konkret dargelegte Senkung der Personalkosten die **Stilllegung des Betriebes** (nicht bloß des betroffenen Betriebsteils!) oder ein **Personalabbau verhindert** werden kann und soll.⁹⁶ Zwar müsse keine „akute Existenzgefährdung“⁹⁷ vorliegen, doch jedenfalls ein dem sehr nahekommender Zustand. Wie die Praxis hier abgrenzen soll, bleibt offen. Grund für die vorgenannte Differenzierung ist nach der Rechtsprechung der Grundsatz „*pacta sunt servanda*“, die Zuordnung des wirtschaftlichen Risikos der Untermertätigkeit an den Arbeit-

93 BAG 20.10.2017, 2 AZR 783/16, NZA 2018, 440; BAG 8.10.2009, 2 AZR 235/08, NZA 2010, 465; BAG 12.1.2006, 2 AZR 126/05, NZA 2006, 587 m. w. N.; v. *Hoyningen-Huene/Linck*, § 2 Rn. 170.

94 *ErfK-Preis*, § 613a BGB Rn. 122.

95 BAG 20.3.1986, 2 AZR 294/85, NZA 1986, 824; *APS-Künzl*, § 2 KSchG Rn. 258.

96 BAG 23.6.2005, 2 AZR 642/04, BB 2006, 159; BAG 20.8.1998, 2 AZR 84/98, BB 1999, 320; BAG 11.10.1989, 2 AZR 61/89, DB 1990, 2024; BAG 20.3.1986, 2 AZR 294/85, NZA 1986, 824.

97 *Eylert/Schinz*, RdA 2017, 140, 145.

geber⁹⁸ sowie die Verhinderung seiner Abwälzung auf die Arbeitnehmer. Inso-
weit muss der Arbeitgeber letztendlich seine wirtschaftliche Lage offenlegen.
Nicht ausreichend ist beispielsweise die pauschale Argumentation, die Kosten
einer bestimmten Organisationseinheit lägen über denjenigen bei Drittvergabe
der entsprechenden Dienstleistung.⁹⁹

- 66 Als milderer Mittel im Vorfeld einer Änderungskündigung muss der Arbeitgeber insbesondere operative Maßnahmen zur Produktivitätssteigerung prüfen, mit-
hin: Er muss ein gesamthafes **Sanierungskonzept** erarbeiten,¹⁰⁰ das gleichzei-
tig der sozialen Rechtfertigung der Änderungskündigung dient, da es dokumen-
tiert, welche Schritte im Vorfeld geprüft und umgesetzt wurden. Das Bewusst-
sein hat in den letzten Jahren glücklicherweise zugenommen, dass die Aufstel-
lung eines solchen Konzeptes und seine betriebswirtschaftliche wie rechtliche
Absicherung nicht „zwischen Tür und Angel“ gelingen kann, sondern ein sorg-
fältig vorzubereitender Prozess ist – sicherlich auch geprägt durch die Lehren,
die aus diversen gescheiterten Sanierungen gezogen worden sind.
- 67 Wichtig ist bei der Aufstellung des vorgenannten Konzeptes, dass dieses sich
nicht auf die Senkung der Personalkosten beschränken kann, sondern sich auf
sämtliche Möglichkeiten zur Kostenersparung erstrecken muss. Die Darle-
gungslast des Arbeitgebers im arbeitsgerichtlichen Verfahren umfasst u. a. die
Finanzlage der Einheit, in der der Arbeitgeber Personalkosten senken will, den
Anteil der Personalkosten an der Gesamtkostenbelastung, die Auswirkungen der
beabsichtigten Kostensenkung auf die wirtschaftliche Stabilität des Betriebs so-
wie die Alternativlosigkeit der Maßnahme.¹⁰¹ Der Arbeitgeber wird sich also re-
gelmäßig auch damit auseinandersetzen müssen, welche Produktivitätssteige-
rungen er durch Änderungen der Arbeitsorganisation und -prozesse erreichen
kann.
- 68 Auch im Krisenfall hat der Arbeitgeber bei Änderungskündigungen ein sprich-
wörtliches Minenfeld zu durchqueren. Das BAG verlangt nämlich, dass der Ar-
beitgeber sich auf solche Änderungen der Vergütung beschränken muss, die der
Arbeitnehmer billigerweise hinnehmen muss. Diese Rechtfertigungsprüfung
entfällt nur dann, wenn sich die geänderte Vergütung für die neue Tätigkeit aus
einem im Betrieb angewandten Vergütungssystem ergibt.¹⁰² Im Regelfall aber, in
dem es keine oder nicht flächendeckende kollektive Regelungen gibt und damit
ein Feld für freie vertragliche Gestaltung verbleibt, sind die Anforderungen un-
gleich höher. Der Arbeitgeber muss darlegen, weshalb die geplante konkrete Re-

98 BAG 21.1.2006, 2 AZR 126/05, NZA 2006, 587.

99 WHSS-Schweibert, I Rn. 35 m. w. N.

100 WHSS-Schweibert, I Rn. 34; v. Hoyningen-Huene/Linck, § 2 KSchG Rn. 151 m. w. N.

101 BAG 26.6.2008, 2 AZR 139/07, NZA 2008, 1182.

102 BAG 23.6.2005, 2 AZR 642/04, NZA 2006, 92, 96.

duzierung der Vergütung geeignet, erforderlich und dem Arbeitnehmer zumutbar ist.

Dogmatisch nicht konsequent ist demgegenüber, dass das BAG bei der Änderungskündigung zur Anpassung „bloßer“ Nebenleistungen andere Maßstäbe ansetzt. Hier soll ausreichen, dass sich Umstände, die zum Abschluss der Nebenabrede geführt haben, nachträglich erkennbar ändern.¹⁰³ Wertungsmäßig ist diese Ansicht aber nachvollziehbar: Dort, wo es nicht um den Kern von Leistung und Gegenleistung und damit die wirtschaftliche Lebensgrundlage des Arbeitnehmers geht, sollen weitergehendere Eingriffe möglich sein als in die Vergütung im engeren Sinne. **69**

Zusammengefasst: Die nach dem BAG zu erfüllenden Voraussetzungen sind sehr weitgehend. Ein Unternehmen muss zunächst **eine** (beinahe) existenzbedrohende **Krisensituation abwarten**, bevor es handeln darf, anstelle den milderen – früheren – Eingriff zu wählen, was auch für die Belegschaft „Steine statt Brot“ bedeuten kann. Zudem wird die Veräußerung eines kriselnden Betriebsteiles ohne vorherige Personalkostensenkungen nahezu unmöglich, da der Erwerber selbst nur solche Maßnahmen umsetzen könnte, wenn durch den Erwerb **sein** gesamter Betrieb gefährdet wird.¹⁰⁴ Das wird bei strategischen Zukäufen so gut wie nie der Fall sein. Aus diesem Grund sollten Unternehmenskäufe oder Betriebsübergänge aus der Insolvenz, in deren Rahmen auch die Vergütung harmonisiert werden soll, immer vor der Veräußerung mit Vergütungsänderungen verbunden werden. Nach der Aufnahme des Betriebsteils ist es regelmäßig höchst herausfordernd, die von der Rechtsprechung ausgeführten Voraussetzungen zu erfüllen. **70**

Andererseits lehrt die praktische Erfahrung, dass es mit einem überzeugenden Sanierungsplan in der Regel auch gelingen wird, die weit überwiegende Zahl der Arbeitnehmer mit „an Bord“ zu holen und sogar einvernehmliche Lösungen zu finden. Eine Änderungskündigung wird dann nur für diejenigen benötigt, die sich der Maßnahme widersetzen. Dies erklärt auch die geringe Prävalenz von massenhaften Änderungskündigungen im Unternehmensalltag. **71**

d) Änderungskündigung zur Anpassung der Tarifgeltung

Nachdem insbesondere in Betriebsübergangskonstellationen – nach der derzeitigen Tendenz in der Rechtsprechung – eine Ablösung von Tarifbestimmungen des Veräußerers durch Regelungen des Erwerbers durchaus komplex ist,¹⁰⁵ kann es für den Arbeitgeber interessant sein, kraft Änderungskündigung auf individualvertraglicher Ebene massenhaft die **Geltung** der einschlägigen tariflichen **72**

¹⁰³ BAG 27.3.2003, 2 AZR 74/02, NZA 2003, 1029; BAG 26.7.2001, 2 AZR 547/99, NZA 2001, 492; v. Hoyningen-Huene/Linck, § 2 KSchG Rn. 159 ff.

¹⁰⁴ WHSS-Schweibert, I Rn. 38.

¹⁰⁵ Hierzu WHSS-Hohenstatt, E. Rn. 140.

Kap. 23 Ablösung von Vergütungsordnungen

Regelungen anzupassen. Die wohl überwiegende Ansicht in der Literatur bejaht diese Möglichkeit,¹⁰⁶ auch der 4. Senat des BAG hat in mehreren Urteilen Ansätze aufgezeigt, wonach eine Anerkennung der Änderungskündigung zur Anpassung der Tarifgeltung denkbar ist. So spricht der Senat u. a. von der Möglichkeit der „Veränderung des Vertragsinhalts mit individualrechtlichen Mitteln“¹⁰⁷ im Zusammenhang mit der Beendigung der Nachwirkung eines früher allgemeinverbindlichen Tarifvertrages für nicht tarifgebundene Arbeitnehmer. Insoweit stehe dem Arbeitgeber die Möglichkeit offen, nachwirkende Tarifnormen durch Änderungskündigung abzulösen,¹⁰⁸ wobei die Änderungskündigung „nicht zwingend auf die Übernahme des neuen tariflichen Vergütungsniveaus gerichtet sein“¹⁰⁹ müsse. In dem von dem 4. Senat entschiedenen Fall genüge es, dass der Arbeitgeber darlege, dass ihm die Nachwirkung des Tarifvertrages „nicht zumutbar“ sei; die sonst üblicherweise an massenhafte Änderungskündigungen gestellten Anforderungen (s. Rn. 64 ff.) gälten hier nicht.

- 73 Anders wiederum bewertete dies der 2. Senat¹¹⁰ in einer Entscheidung zur Erstreckung einer Tarifgeltung hinsichtlich der Tarifverträge des Zeitarbeitsgewerbes aufgrund des „Equal Pay“-Grundsatzes. Klare Kriterien zur Handhabung solcher Fälle hat das BAG den Arbeitgebern hier jedenfalls nicht an die Hand gegeben.¹¹¹
- 74 Ob und inwieweit diese Rechtsprechung unter der Geltung des **Tarifeinheitsgesetzes**¹¹² – das das BVerfG als im Wesentlichen verfassungskonform angesehen hat,¹¹³ – überhaupt noch Bestand haben kann, ist ebenfalls unklar. Gegebenenfalls ergeben sich neue rechtliche Gesichtspunkte aus den bis Ende 2018 durch den Gesetzgeber zu leistenden Nachbesserungen.

e) Verfahren; insbesondere: Betriebsratsbeteiligung

- 75 In größerem Umfang ausgesprochene Änderungskündigungen müssen den üblichen (Verfahrens-)Anforderungen genügen. Besteht ein Betriebsrat, müssen dessen **Beteiligungsrechte** gewahrt werden. Dies beinhaltet zunächst und nahe-

106 MüKoBGB-Müller-Glöge, § 613a BGB Rn. 132; Erman-Edenfeld, § 613a Rn. 93; Soergel-Raab, § 613a BGB Rn. 138.

107 BAG 21.2.2001, 4 AZR 18/00, NZA 2001, 1318, 1320.

108 BAG 25.10.2000, 4 AZR 212/00, NZA 2001, 1146.

109 BAG 25.10.2000, 4 AZR 212/00, NZA 2001, 1146.

110 BAG 12.1.2006, 2 AZR 126/05, BB 2006, 1115.

111 In diese Richtung auch MüKoBGB-Müller-Glöge, § 613a BGB Rn. 136; dezidiert Hohenstatt, Anm. zu BAG 25.10.2000, 4 AZR 212/00, AP Nr. 38 zu § 4 TVG Nachwirkung; s. weiter BAG 27.9.2001, 2 AZR 236/00, NZA 2002, 750.

112 Gesetz zur Tarifeinheit vom 3.7.2015, BGBl. I 2016, S. 1130.

113 BVerfG 11.7.2017, 1 BvR 1571/15, 1 BvR 1588/15, 1 BvR 2883/15, 1 BvR 1043/16, 1 BvR 1477/16, NZA 2017, 915.

liegend die Beteiligung vor Ausspruch jeder individuellen Änderungskündigung nach §§ 99, 102 BetrVG.

Regelmäßig wird bei massenhaften Änderungskündigungen nicht abzusehen sein, ob und in welcher Zahl die Änderungsangebote abgelehnt werden und es mithin zu einer Entlassung im Sinne des § 17 KSchG kommt. Daher sollte der Arbeitgeber in solchen Fällen stets vorsorglich eine **Massenentlassungsanzeige** bei allen (!) potenziell örtlich zuständigen Standorten der Bundesagentur für Arbeit erstatten. Der lokale Betriebsrat muss zuvor ordnungsgemäß konsultiert werden.¹¹⁴ Bei Maßnahmen, die einen Konzern insgesamt betreffen, empfiehlt sich parallel die Konsultation des Konzernbetriebsrats, falls existent. **76**

Sofern Grund für die geplanten Änderungskündigungen eine Betriebsänderung im Sinne des § 111 BetrVG ist (insbesondere bei Stellenverlagerungen oder Änderungen der Arbeitsorganisation), muss mit dem zuständigen Gremium zuvor ein **Interessenausgleich** angestrebt werden. **77**

Eine Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG kommt regelmäßig dort in Betracht, wo das Personalkostensenkungskonzept eines tarifgebundenen Arbeitgebers nicht die ersatzlose Streichung von freiwilligen und zusätzlichen Vergütungsbestandteilen vorsieht (und damit eine Rückführung auf das tarifliche Mindestmaß), sondern deren Reduzierung und **Neuverteilung**.¹¹⁵ Gleiches gilt, wenn ein tarifungebundenes Unternehmen seine betriebliche Vergütungsstruktur neu aufsetzt. Die Missachtung des Mitbestimmungsrechts führt zur Unwirksamkeit der neu getroffenen Regelungen, weshalb eine gründliche Prüfung an dieser Stelle nur empfohlen werden kann. **78**

Schließlich sind die für die Kündigung von Mitarbeitern mit **Sonderkündigungsschutz** ggf. erforderlichen behördlichen Zustimmungen einzuholen. **79**

3. Änderungsvereinbarungen

Änderungsvereinbarungen versprechen insbesondere dort großen Erfolg, wo die betroffenen Arbeitnehmer nicht nur Besitzstände aufgeben müssen, sondern auch im Gegenzug Chancen und Perspektiven aufgezeigt bekommen. Insoweit kommt dem Sanierungsplan, wie er auch als Vorbereitung für eine Änderungskündigung erforderlich ist, eine große Bedeutung zu. Ist dieser transparent und nachvollziehbar, ergibt sich eine gewisse **negative Verteilungsgerechtigkeit** (d.h. verteilen sich die angestrebten Sparmaßnahmen in angemessener Weise auf die verschiedenen Positionen und Bereiche) und erhalten die Arbeitnehmer **80**

¹¹⁴ v. *Hoyningen-Huene/Linck*, § 17 KSchG Rn. 30, 99; *KR-Weigand*, § 17 KSchG Rn. 41, 42.

¹¹⁵ *WHSS-Schweibert*, I Rn. 19 ff.

Kap. 23 Ablösung von Vergütungsordnungen

im Gegenzug bestimmte Zugeständnisse, kann durch eine gute Kommunikation bereits die halbe Arbeit getan werden.

a) Grenzen

- 81 Auch im Vereinbarungswege ist die Regelungsmacht der Parteien nicht unbeschränkt. Insbesondere sind die **Grenzen** von Stundungs- und Verichtsvereinbarungen zu beachten: Zwingendes Arbeitnehmerschutzrecht, entgegenstehende betriebsverfassungsrechtliche bzw. tarifliche Regelungen sowie – insbesondere bei Verichtsvereinbarungen relevant – sittenwidrige Eingriffe in die Vergütung (§ 138 BGB). Im Falle von Betriebsübergängen treten das Umgehungsverbot hinsichtlich § 613a BGB sowie die Veränderungssperre nach § 613a Abs. 1 Satz 3 BGB hinzu.
- 82 Zwingendes Arbeitnehmerschutzrecht darf **nicht durch Einzelvereinbarung umgangen** werden. Das bedarf besonderer Hervorhebung, da gelegentlich die Ansicht vorherrscht, in Krisensituationen seien die allgemeinen rechtlichen Grenzen gleichsam außer Kraft gesetzt. Dann finden sich beispielsweise Vereinbarungen zur Herabsetzung der Urlaubstage unter Verstoß gegen die Regelungen des BUrlG zum gesetzlichen Mindesturlaub sowie eine Verlängerung der Arbeitszeiten unter Verstoß gegen das Arbeitszeitgesetz oder Ähnliches.
- 83 Auch das Kollektivrecht setzt zwingende Grenzen. Für Tarifverträge regelt § 4 Abs. 1 TVG, dass Rechtsnormen des Tarifvertrags, die den Inhalt, den Abschluss oder die Beendigung von Arbeitsverhältnissen ordnen, unmittelbar und zwingend zwischen den beiderseits Tarifgebundenen gelten, die unter den Geltungsbereich des Tarifvertrags fallen. § 4 Abs. 4 TVG stellt klar: Ein **Verzicht** auf entstandene tarifliche Rechte ist nur in einem von den Tarifvertragsparteien gebilligten Vergleich zulässig. § 77 Abs. 4 Satz 1 und 2 BetrVG schreibt vor, dass Betriebsvereinbarungen unmittelbar und zwingend gelten und ein Verzicht auf daraus resultierende Rechte nur mit Zustimmung des Betriebsrats zulässig ist.
- 84 Sofern Ansprüche mit ehemals kollektivrechtlicher Natur infolge eines Betriebsübergangs nach § 613 Abs. 1 Satz 2 BGB bei dem neuen Betriebsinhaber fortgelten, greift eine **Veränderungssperre von einem Jahr**. Innerhalb dieses Zeitraums dürfen die Arbeitsbedingungen innerhalb eines Jahres nach dem Betriebsübergang nicht zum Nachteil des Arbeitnehmers geändert werden, sofern sie vor dem Betriebsübergang durch Rechtsnormen eines Tarifvertrags oder einer Betriebsvereinbarung geregelt waren. Das gilt selbst dann, wenn der Arbeitnehmer in voller Kenntnis der befristeten gesetzlichen Besitzstandsgarantie einer Absenkung seiner Arbeitsbedingungen zustimmt.¹¹⁶ Eine Rückausnahme gilt aber dann, wenn die Regelungen eines fachlich und räumlich einschlägigen Tarifver-

116 WHSS-Schweibert, IRn. 52.

trages in dem neuen Betrieb vertraglich in Bezug genommen werden (§ 613a Abs. 1 Satz 4, 2. Var. BGB).

Davon unabhängig ist in Betriebsübergangskonstellationen zu beachten, dass § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB zwingendes Recht darstellt, welches weder durch Vereinbarung zwischen Veräußerer und Erwerber noch durch einzelvertragliche Abrede mit den betroffenen Arbeitnehmern abbedungen werden kann.¹¹⁷ Insbesondere Vereinbarungen über die Aufhebung des Arbeitsverhältnisses und Neubegründung eines Arbeitsverhältnisses zum Betriebserwerber, vermittelt durch den Betriebsübergang auf einen Dritten (häufig eine BQG, sogenanntes „**Lemgoer Modell**“), sind regelmäßig¹¹⁸ unzulässig. Eingriffe in noch ausstehende, aber bereits fällige Vergütung oder freiwillige Nebenleistungen des (alten) Arbeitgebers sind hingegen zulässig, erfordern auf Seiten des Neuarbeitgebers aber sachliche Gründe, an die keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden. Es genügt insoweit beispielsweise ein kausaler Beitrag der Maßnahme zum Erhalt von Arbeitsplätzen.¹¹⁹ 85

Diese Rechtsprechung beschränkt auch die Handlungsoptionen des neuen Betriebsinhabers für Vereinbarungen mit der neu hinzugewonnenen Belegschaft bezüglich zukünftiger Rechte und Pflichten. Auch hier sorgen – wenig praxisfreundlich – widerstreitende Entscheidungen der Senate aber für Rechtsunsicherheit: 86

- Ursprünglich hatte das BAG entschieden, dass die Fortführung von Versorgungsanwartschaften nicht einzelvertraglich ausgeschlossen werden kann, solange keine Sachgründe für den Widerruf der Versorgungszusage gegeben sind.¹²⁰
- Seither hat der 5. Senat des BAG entschieden, dass die Arbeitsvertragsparteien nach dem Betriebsübergang künftige Vergütungsansprüche auch ohne Sachgrund frei vereinbaren und damit auch reduzieren können.¹²¹ Seine Rechtsprechung bezog sich aber ausdrücklich nicht auf die sachgrundlose Änderung von Altersversorgungszusagen.
- Demgegenüber hat der 8. Senat im Anschluss vertreten, dass bereits vor dem Betriebsübergang abgeschlossene Erlassverträge bzgl. bereits entstandener Ansprüche wegen Umgehung des § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam sei-

117 BAG 12.5.1992, 3 AZR 247/91, BB 1993, 145; BAG 14.7.1981, 3 AZR 517/80, BB 1982, 1117; BAG 29.10.1975, 5 AZR 444/74, BB 1976, 315; siehe auch EuGH 10.2.1988, 324/86, Slg. 1988, 739 – Tellerup/Daddy's Dance Hall.

118 Zu den zulässigen Konstellationen *Fuhlrott/Salamon*, BB 2012, 1793.

119 BAG 29.10.1985, 3 AZR 485/83, BB 1986, 1644; BAG 17.1.1980, 3 AZR 160/79, BB 1980, 319; BAG 26.1.1977, 5 AZR 302/75, BB 1977, 897; BAG 18.8.1976, 5 AZR 95/75, BB 1977, 95.

120 BAG 29.10.1985, 3 AZR 485/83, BB 1986, 1644.

121 BAG 7.11.2007, 5 AZR 1007/06, BB 2008, 504.

Kap. 23 Ablösung von Vergütungsordnungen

en.¹²² Auch seine Rechtsprechung dazu, dass Aufhebungsverträge unwirksam sind, die ohne hinreichenden Sachgrund zu dem Zweck abgeschlossen werden, dem Erwerber den Abschluss eines neuen Arbeitsvertrages zu schlechteren Bedingungen zu ermöglichen, hat wohl nach wie vor Bestand.¹²³

- 87 Die weiteren Entwicklungen in diesem Bereich sind abzuwarten. Dogmatisch frei von logischen Brüchen wäre es nur, Vertragsänderungen sowohl vor als auch nach dem Betriebsübergang ohne Sachgrund für zulässig zu erachten, solange diese nicht – analog zum Kündigungsverbot des § 613a BGB – **wegen** des Betriebsüberganges erfolgen.¹²⁴ Nur eine solche Betrachtungsweise steht im Einklang mit dem in § 613a Abs. 1 Satz 3 BGB hinterlegten Grundsatz, wonach bei Aufeinandertreffen verschiedener kollektivrechtlich begründeter Rechtsregime das Vereinheitlichungsinteresse des neuen Inhabers vorrangig gegenüber dem Interesse der Arbeitnehmer an möglicherweise günstigeren Arbeitsbedingungen bei dem früheren Betriebsinhaber zu gewichten ist.

b) Betriebliche Mitbestimmung

- 88 Soweit mit der Änderungsvereinbarung auch – wie dies typischerweise der Fall ist – Veränderungen beispielsweise hinsichtlich des Arbeitsortes, der Dauer oder Lage der Arbeitszeit, des betrieblichen Ordnungsverhaltens oder der Vergütung einhergehen, ist der **Betriebsrat** einzubinden, falls vorhanden. Es gilt insoweit das unter Rn. 74 ff. Gesagte entsprechend.

c) Beachtung des Günstigkeitsprinzips

- 89 Auch wenn eine geplante Vereinbarung nach den obigen Kriterien als wirksam identifiziert wurde, kann sich der Arbeitgeber noch nicht zurücklehnen: Eine Nichtbeachtung des Günstigkeitsprinzips kann das gesamte Ablösungsprojekt gefährden. Das Günstigkeitsprinzip ergibt sich im Tarifvertragsrecht unmittelbar aus dem Gesetz (§ 4 Abs. 3 TVG), im Betriebsverfassungsrecht aus ständiger Rechtsprechung.¹²⁵ Wollen die Arbeitsvertragsparteien einvernehmlich von einer Regelung in einem Tarifvertrag oder einer Betriebsvereinbarung abweichen, ist das grundsätzlich nur zugunsten des Arbeitnehmers möglich (individuelles Günstigkeitsprinzip). Eine zulasten des Arbeitnehmers abweichende

122 BAG 19.3.2009, 8 AZR 722/07, NZA 2009, 1091; BAG 12.5.1992, 3 AZR 247/91, BB 1993, 145; s.a. *Bunte*, NZA 2010, 319.

123 BAG 25.10.2012, 8 AZR 575/11, NZA 2013, 203; BAG 25.7.2007, 8 AZR 917/06, NZA-RR 2008, 367; HWK-Willemsen, § 613a BGB Rn. 247; ErfK-Preis, § 613a BGB Rn. 82 f.; WHSS-Willemsen, G. Rn. 195 ff.

124 LAG Rostock, 11.3.2015, 3 Sa 128/14, BeckRS 2015, 67333; Soergel-Raab, § 613a BGB Rn. 91; Staudinger-Annuß, § 613a BGB Rn. 215; Dzida/Wagner, NZA 2008, 571; Willemsen, NZA-Beil. 2008, 155.

125 HWK-Gaul, § 77 BetrVG Rn. 59.

Vereinbarung wird für die Dauer der Geltung der Betriebsvereinbarung bzw. des Tarifvertrages von dieser verdrängt und ist daher unanwendbar.¹²⁶ Ausnahmen sind maßgeblich in zwei Konstellationen denkbar:

Enthält die Kollektivregelung bereits selbst eine Öffnungsklausel dahingehend, dass die Arbeitsvertragsparteien auch zu Ungunsten der Beschäftigten abweichen dürfen,¹²⁷ ist eine solche Abweichung wirksam möglich. Derartige Fälle bilden jedoch die große Ausnahme. **90**

Häufiger sind in der Praxis betriebsvereinbarungsoffene Gestaltungen der Arbeitsverträge. Bestehen zusätzlich zu derartigen Arbeitsverträgen Ansprüche auf Leistungen kraft Gesamtzusage, betrieblicher Einheitsregelung oder betrieblicher Übung, steht dem Arbeitgeber regelmäßig die Möglichkeit offen, im Wege der Betriebsvereinbarung eine neue – vorrangige – Regelung zu treffen, solange die neue Regelung **kollektiv günstiger** ist als die Altzusage. Damit wird nur noch geprüft, ob die Arbeitnehmer insgesamt (oder eine bestimmte Gruppierung von Arbeitnehmern) durch die Neuregelung schlechter behandelt werden als zuvor (modifizierter kollektiver Günstigkeitsvergleich¹²⁸). **91**

Der einzelne Arbeitnehmer, der eine Zusage mit kollektivem Bezug erfährt, muss nämlich davon ausgehen, dass aufgrund veränderter Gerechtigkeitsvorstellungen Umschichtungen innerhalb des Leistungspaketes an die Belegschaft stattfinden, die auch zu seinen Lasten gehen können.¹²⁹ Ein Arbeitnehmer, der trotz kollektiv günstigerer Regelung individuell eine Belastung erfährt, muss trotz des Günstigkeitsprinzips, für die Geltungsperiode der Betriebsvereinbarung, die Neuregelung gegen sich gelten lassen.¹³⁰ Er kann lediglich im Rahmen einer gerichtlichen Billigkeitskontrolle individuelle Härten geltend machen (Vertrauensschutz, Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne etc.). **92**

Ein Günstigkeitsvergleich ist stets nach sogenannten Suchgruppen geordnet durchzuführen. Vergleichbar sind alle Regelungsgegenstände, die in einem inneren Sachzusammenhang stehen,¹³¹ also beispielsweise alle Regelungen zur Ver- **93**

126 BAG 28.6.2005, 1 AZR 213/04, NZA 2005, 1431; BAG 21.9.1989, 1 AZR 454/88, NZA 1990, 351.

127 *Fitting*, § 77 Rn. 197; *ErfK-Kania*, § 77 BetrVG Rn. 79; *ErfK-Franzen*, § 4 TVG Rn. 31 ff.; *HWK-Henssler*, § 4 TVG Rn. 34 ff.

128 BAG 19.2.2008, 3 AZR 61/06, NZA-RR 2008, 597; BAG 28.3.2000, 1 AZR 366/99, NZA 2001, 49; BAG GS 16.9.1986, GS 1/82, BB 1987, 265.

129 BAG 17.6.2003, 3 ABR 43/02, BB 2004, 612.

130 BAG 24.10.2017, 1 AZR 846/15, NJOZ 2018, 1278; BAG 28.3.2000, 1 AZR 366/99, NZA 2001; BAG 21.9.1989, 1 AZR 454/88, NZA 1990, 351, 49; BAG GS 16.9.1986, GS 1/82, NZA 1987, 168; *ErfK-Kania*, § 77 BetrVG Rn. 70; *Fitting*, § 70 BetrVG Rn. 209.

131 BAG 15.4.2015, 4 AZR 587/13, NZA 2015, 1274; BAG 27.1.2004, 1 AZR 81/99, NZA 2004, 667.

Kap. 23 Ablösung von Vergütungsordnungen

gütung oder alle Regelungen zur Arbeitszeit. Ein „Aufwiegen“ unterschiedlicher Komplexe gegeneinander ist im Rahmen des individuellen Günstigkeitsvergleiches nicht möglich. Beispielsweise kann eine höhere Vergütung nicht eine verkürzte Kündigungsfrist kompensieren.¹³² Eine Arbeitsplatzsicherungsregelung kann isoliert nicht die Veränderung des Verhältnisses von Arbeitszeit und Vergütung rechtfertigen.¹³³

4. Wegfall der Geschäftsgrundlage

- 94 Als „Notnagel“, wenn alle anderen Wege versperrt sind, kann unter Umständen das Institut des Wegfalls der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) dienen. Dieses kann insbesondere in Fällen eingreifen, in denen ein Rechtsnachfolger Vergütungsverpflichtungen des Altarbeitgebers übernimmt, er diese Verpflichtungen aber rein tatsächlich nicht erfüllen kann. Beispielsweise kann ein Rechtsnachfolger, der selbst keine Modeartikel vertreibt, seinen Arbeitnehmern keine Mitarbeiterrabatte mehr auf den Erwerb von Kleidungsstücken gewähren; ein Erwerber kann keine Aktienoptionen an dem Unternehmen des Veräußerers gewähren; die Anknüpfung an zukünftige wirtschaftliche Kennzahlen eines durch Verschmelzung untergegangenen Unternehmens durch den (aufnehmenden) Erwerber ist ebenfalls wenig sinnvoll. Wo der Anspruch nicht durch eine Änderungskündigung oder sonstige kollektivrechtliche Rechtsanpassung aus der Welt geschafft werden kann, hilft § 313 BGB. Hier muss unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Einzelfalles geprüft werden, ob eine Leistung (ersatzlos) entfällt oder ob die Leistung derart anzupassen ist, dass sie an andere Kennzahlen anknüpft oder durch eine andere Leistung ersetzt wird.

V. Besonderheiten in der Insolvenz

- 95 In der Insolvenz ergeben sich hinsichtlich der Anwendbarkeit der geltenden Vergütungssysteme auf die Arbeitnehmer keine wesentlichen Änderungen. Nach Eröffnung des Regelinsolvenzverfahrens tritt lediglich der Insolvenzverwalter an die Stelle des Arbeitgebers. Will der Insolvenzverwalter die materiellen Arbeitsbedingungen verändern, muss er dies nach den allgemeinen Grundsätzen tun. Ihm stehen lediglich Erleichterungsregelungen zur Verfügung, namentlich abgekürzte Kündigungsfristen sowie ein Nothebel hinsichtlich eventuell vereinbarten Ausschlusses der ordentlichen Kündbarkeit (§ 113 InsO). Die abgekürzte Kündigungsfrist beträgt in diesem Fall längstens drei Monate zum Monatsende.

132 *Fitting*, § 77 BetrVG Rn. 199 f.; *HWK-Gaul*, § 77 BetrVG Rn. 60.

133 BAG 6.11.2007, 1 AZR 862/06, NZA 2008, 542; BAG 20.4.1999, 1 ABR 72/98, NZA 1999, 887.

Kapitel 24

Bonusregelungen und Zielvereinbarungssysteme

Schrifttum: *Annuß*, Arbeitsrechtliche Aspekte von Zielvereinbarungen in der Praxis, NZA 2007, 290; *Behrens/Rinsdorf*, Am Ende nicht am Ziel? – Probleme mit der Zielvereinbarung nach einer Kündigung, NZA 2006, 830; *Beiner/Braun*, Der Vorstandsvertrag, 2. Aufl. 2014; *Bordet/Raiß*, Arbeitsvertragliche Gestaltung von Zielvereinbarungen, ArbRAktuell 2011, 607; *Clemenz/Kreft/Krause* (Hrsg.), AGB-Arbeitsrecht, 2013; *Dzida/Naber*, Risikosteuerung durch variable Vergütung, BB 2011, 2613; *Feißel/Gorn*, Finanzkrise vs. Pacta sunt servanda – Vertragsanpassung in Krisenzeiten, BB 2009, 1138; *Fuhrrott/Balupuri-Beckmann*, Voraussetzungen und Folgen der Freistellung von der Arbeitspflicht, ArbRAktuell 2011, 393; *Heiden*, Neue Entwicklungen im Recht der Sonderzahlungen, RdA 2012, 225; *Hümmerich*, Zielvereinbarungen in der Praxis, NJW 2006, 2294; *Jensen*, Arbeitsvertragsklauseln gegen betriebliche Übungen – was geht noch?, NZA-RR 2011, 225; *ders.*, Jahresverlust und variable Vergütung – Banken im Spannungsfeld zwischen Institutvergütungsverordnung und Arbeitsrecht, BB 2014, 2869; *Kramer*, Gestaltung einer Freistellung von der Arbeit, DB 2008, 2538; *Pfrogner*, Flexibilität und Risikominimierung durch Ermessensbonus, BB 2018, 757; *Preis/Deutzmann*, Entgeltgestaltung durch Arbeitsvertrag und Mitbestimmung, NZA-Beil. 2017, 101; *Reinfelder*, Leistungsgerechtes Entgelt – Gestaltung und Umgestaltung, NZA-Beil. 2014, 10; *Salamon*, Variable Vergütung: Anpassung von Zielen während des Bezugszeitraums, NZA 2015, 1089; *ders.*, Einseitige Leistungsbestimmungsrechte bei variablen Entgelten, NZA 2014, 465; *ders.*, Das Ende von Sonderzahlungen mit Mischcharakter?, NZA 2011, 1328; *Salamon/Wessels*, Variable Vergütung aufgrund Leistungsbestimmung in der Praxis, BB 2017, 885; *Schneider*, Betriebliche Übung und konkludente Vertragsanpassung, NZA 2016, 590; *Schönhöft*, Zur Frage der Initiativlast bei unterbliebenen Zielvereinbarungen, BB 2013, 1529; *Simon/Hidalgo/Koschker*, Flexibilisierung von Bonusregelungen – eine unlösbare Aufgabe?, NZA 2012, 1071; *Wensing/Boensch*, § 315 BGB: Das Instrument zur Flexibilisierung arbeitsvertraglicher Sonderzahlungen, BB 2014, 2358.

Übersicht

	Rn.		Rn.
I. Begriff der Leistungsvergütung . .	1	4. Betriebliche Übung und AGB-Kontrolle	21
1. Kriterien der Leistungsvergütung	4	III. Beschränkungen in Bezug auf den Kreis der Begünstigten	25
2. Abgrenzung zu anderen Vergütungsbestandteilen	10	IV. Verzielungsprozess und Bonuskriterien	28
II. Verpflichtungstatbestände und Kontrollmaßstab	13	1. Unterschied zwischen Zielvereinbarung und Zielvorgabe	28
1. Arbeitsvertrag und AGB-Kontrolle	14	2. Zeitpunkt der Verzielung	33
2. Betriebsvereinbarung und § 75 BetrVG (Recht und Billigkeit)	18	3. Nachträgliche Anpassung von Zielen	36
3. Gesamtzusage und AGB-Kontrolle	20	4. Kategorien von Zielen	39

Kap. 24 Bonusregelungen und Zielvereinbarungssysteme

5. Bonusformel und Wirtschaftsrisiko	42	4. Poolsysteme und billiges Ermessen	61
V. Bemessungszeitraum für Bonuszahlungen	48	5. Leistungsbestimmung durch das Gericht	67
VI. Ermittlung des Bonus	51	VII. Störfälle und Kürzungstatbestände	68
1. Formelbasierte vs. diskretionäre Bonussysteme	51	VIII. Darlegungs- und Beweislast	72
2. Grundsätze der Ermessensausübung	53	IX. Prozessuales	75
3. Wirtschaftsrisiko und billiges Ermessen	56		

I. Begriff der Leistungsvergütung

- 1 Bestandteil der Entlohnungssysteme vieler Unternehmen ist heutzutage neben der Fix- bzw. Grundvergütung eine leistungsabhängige, oftmals auch als variabel bezeichnete, Vergütungskomponente, von der sich die Arbeitgeber in aller Regel **Anreiz- und Lenkungsfunktionen** erhoffen. Diese Art von Vergütungskomponente, die oftmals im Jahresturnus gewährt wird und von der Erreichung persönlicher und/oder unternehmensbezogener Ziele abhängt, wird gemeinhin auch unter den Oberbegriff „**Bonus**“ gefasst.¹ Je nach konkreter Ausgestaltung der variablen Vergütung und deren Empfängerkreis werden – längst nicht immer rechtlich präzise – synonym auch Begriffe wie „Tantieme“ (s. Rn. 46), „Provision“ oder „Gewinnbeteiligung“ benutzt.²
- 2 Von Zahlungen, die als Gegenleistung für die Arbeitsleistung erbracht werden, sind die sogenannten **Gratifikationen** wie Weihnachtsgeld, Urlaubsgeld und Jubiläumsgeld abzugrenzen, die in der Regel keinen Leistungsbezug aufweisen, es sei denn, dass sich aus den zugrunde liegenden Absprachen Gegenteiliges ergibt.³
- 3 Für leistungsbezogene Vergütung gelten aufgrund der in ihr zum Ausdruck kommenden Verknüpfung zwischen Arbeit und Lohn – im Fachjargon auch „**Synallagma**“ genannt – arbeitsrechtliche Sonderregelungen. Diese dynamische Materie wird auch als das Recht der Sonderzahlungen⁴ bezeichnet, das maßgeblich durch den für Gratifikationen und Sondervergütungen sowie gewinn-, umsatz- oder ergebnisorientierte Zahlungen zuständigen 10. Senat des Bundesarbeitsgerichts geprägt ist.

1 Vgl. HR-Mengel, § 1 Rn. 1772 ff.

2 Siehe etwa Simon/Hidalgo/Koschker, NZA 2012, 1071; HR-Mengel, § 1 Rn. 1773; zu Provisionen siehe eingehend Kap. 25.

3 Vgl. nur Reinfelder, NZA-Beil. 2014, 10, 14; Schaub-Linck, § 78 Rn. 2.

4 Vgl. Heiden, RdA 2012, 225.

1. Kriterien der Leistungsvergütung

Ob ein Entgeltbestandteil unmittelbar leistungsbezogen ist, ist vor allem für die Frage relevant, ob und inwieweit dessen Flexibilisierung durch Änderungsvorbehalte wie beispielsweise einen Freiwilligkeitsvorbehalt,⁵ einen Widerrufsvorbehalt oder eine Stichtagsklausel zulässig ist (s. Kap. 20).

Den **Zweck einer Zuwendung** ermittelt das BAG anhand Auslegung der insoweit maßgeblichen Vereinbarungen. Dabei gilt nach der jüngeren Rechtsprechung im Einzelnen Folgendes: Soweit eine Sonderzahlung an das Erreichen persönlicher Ziele, sei es quantitativer oder qualitativer Natur, geknüpft ist, liegt der Vergütungscharakter nach Auffassung des 10. Senats auf der Hand.⁶ Damit ist dem Arbeitgeber insbesondere im Nachhinein das Argument versperrt, dass vereinbarte oder vorgegebene Ziele (anders als in den Vorjahren) keine Vergütungsrelevanz (mehr) haben sollen.⁷

Ein Leistungsbezug ist ferner regelmäßig – ein Gegenbeweis kann also ggf. erbracht werden – auch dann anzunehmen, wenn die in Rede stehende Zahlung einen wesentlichen Anteil der Gesamtvergütung ausmacht⁸ und sich außerhalb des „üblichen Rahmens reiner Treue- und Weihnachtsgratifikationen“⁹ bewegt. Dies ist bei einem Verhältnis von 15 % jedenfalls schon nicht mehr der Fall.¹⁰ Die kritische Grenze, bis zu der eine Zahlung ganz oder teilweise auch von der Betriebstreue des Arbeitnehmers abhängig und damit rechtswirksam einer Flexibilisierung zugänglich gemacht werden kann, dürfte bei einem Bruttomonatsgehalt liegen.

Sofern eine Sonderzahlung erbracht wird, ohne dass weitere Anspruchsvoraussetzungen vereinbart sind, spricht auch dies widerleglich dafür, dass es sich um eine synallagmatische Leistung handelt.¹¹

Eine synallagmatische Verknüpfung wird vom BAG auch angenommen, wenn eine Zahlung von einem **Betriebs- oder Unternehmensergebnis**¹² abhängt, wie

5 Vgl. *Jensen*, NZA-RR 2011, 225, 227 m. w. N.

6 BAG 13.5.2015, 10 AZR 266/14, NZA 2015, 992; BAG 18.1.2012, 10 AZR 667/10, NZA 2012, 620, 621.

7 BAG 19.3.2014, 10 AZR 622/13, NZA 2014, 595, 600.

8 BAG 13.5.2015, 10 AZR 266/14, NZA 2015, 992; BAG 18.1.2012, 10 AZR 667/10, NZA 2012, 620, 621.

9 BAG 18.1.2012, 10 AZR 667/10, NZA 2012, 620, 622.

10 BAG 13.5.2015, 10 AZR 266/14, NZA 2015, 992.

11 BAG 13.5.2015, 10 AZR 266/14, NZA 2015, 992; BAG 3.9.2014, 5 AZR 1020/12, AP § 1 TVG Tarifverträge: Metallindustrie Nr. 235; BAG 18.1.2012, 10 AZR 667/10, NZA 2012, 620, 621.

12 BAG 13.5.2015, 10 AZR 266/14, NZA 2015, 992, 993; BAG 12.4.2011, 1 AZR 412/09, BAGE 139, 300, Rn. 25; BAG 18.1.2012, 10 AZR 667/10, NZA 2012, 620, 621.

Kap. 24 Bonusregelungen und Zielvereinbarungssysteme

dies insbesondere bei Tantiemen und Gewinnbeteiligungen der Fall ist.¹³ Für derlei Zahlungen gelten laut dem 10. Senat allerdings insofern Besonderheiten, als im Einzelfall durchaus für Ermittlungszwecke Raum für Stichtagsklauseln bestehen kann.¹⁴ Dies gilt sogar in Fällen, in denen ein bestimmter **Arbeitserfolg** bis zu einem definierten Zeitpunkt erbracht sein muss, damit eine Sonderzahlung ausgelöst wird. Insoweit ist etwa an Saisonbetriebe zu denken, aber auch an Fallgestaltungen mit anderen branchen- oder betriebsbezogenen Besonderheiten.¹⁵

- 9 Schließlich ist auch darauf hinzuweisen, dass sich nach dem 10. Senat aus dem Auszahlungszeitpunkt einer Sonderzahlung keine Zwecksetzung entnehmen lässt. Insbesondere lässt sich dem alleinigen Umstand, dass die Sonderzahlung jeweils zum Ende des Kalenderjahres ausgezahlt wird, nicht entnehmen, dass mit ihr ausschließlich die Betriebstreue honoriert werden soll.¹⁶

2. Abgrenzung zu anderen Vergütungsbestandteilen

- 10 Sofern der Arbeitgeber mit einer Sonderzahlung nicht ausschließlich Arbeitsleistung vergüten, sondern andere Zwecke, wie etwa die Honorierung von künftiger oder erwiesener **Betriebstreue**, verfolgen will, so muss sich dies deutlich aus den zugrunde liegenden Vereinbarungen ergeben, insbesondere indem die Zahlung (allein) von dem Bestand des Anstellungsverhältnisses abhängig gemacht wird.¹⁷

10a **Klauselbeispiel für die Honorierung von Betriebstreue:**¹⁸

„Der Arbeitnehmer erhält eine Einmalzahlung in Höhe eines Bruttomonatsgehalts, wenn er am ... noch in einem Arbeitsverhältnis zu dem Arbeitgeber steht. Die Sonderzuwendung ist leistungsunabhängig und honoriert ausschließlich die Betriebstreue des Arbeitnehmers.“

- 11 Das bedeutet konkret, dass für **Zahlungen mit Mischcharakter**, mit denen also gleichermaßen Betriebstreue honoriert und Arbeitsleistung vergütet wird, der für leistungsbezogene Zahlungen geltende strengere Maßstab Anwendung fin-

13 BAG 12.4.2011, 1 AZR 412/09, BAGE 139, 300, Rn. 25; dies gilt allerdings weder für den Fall, dass eine Tantieme mehrfach hintereinander in gleicher Höhe gezahlt wurde, vgl. BAG 17.4.2013, 10 AZR 251/12, NJOZ 2013, 1705, noch soll dies für den Fall gelten, dass in Bezug auf Abschlagszahlungen auf die zu erwartende Leistung kein Rückforderungsvorbehalt ausgewiesen war, vgl. *Salamon/Wessels*, BB 2017, 885, 888.

14 BAG 13.11.2013, 10 AZR 848/12, BB 2014, 1020; BAG 28.1.2012, 10 AZR 612/10, NJW 2012, 1532.

15 BAG 13.11.2013, 10 AZR 848/12, BB 2014, 1020, 1023.

16 BAG 13.5.2015, 10 AZR 266/14, NZA 2015, 992, 994.

17 BAG 13.5.2015, 10 AZR 266/14, NZA 2015, 992, 993.

18 Angelehnt an MASIG-Reiserer, C.402 Rn. 13a.

det.¹⁹ Dies bedeutet insbesondere, dass der Arbeitnehmer im Falle eines unterjährigen Beginns oder unterjährigen Endes des Anstellungsverhältnisses selbst bei Vereinbarung einer entgegenstehenden Stichtagsklausel Anspruch auf Sonderzahlung in pro-ratierlicher Höhe hat.²⁰

Klauselbeispiel für eine Zahlung mit Mischcharakter:

„Der Arbeitnehmer erhält bei vollständiger Erreichung der ihm vorgegebenen Ziele eine Einmalzahlung in Höhe eines Bruttomonatsgehalts, wenn er am ... noch in einem Arbeitsverhältnis zu dem Arbeitgeber steht.“

11a

Sofern eine solche deutliche Vereinbarung fehlt, muss für Zwecke der Klärung der Frage, welcher Zweck mit einer Sonderzahlung verfolgt wird, prozessual letztlich von einem (in Wahrheit kaum) widerlegbaren **Anscheinsbeweis** zugunsten des Bestehens eines Leistungsbezugs ausgegangen werden.

12

II. Verpflichtungstatbestände und Kontrollmaßstab

Arbeitnehmer haben weder kraft Gesetzes noch kraft Gewohnheitsrechts und schon gar nicht aus dem Gedanken der arbeitgeberseitigen Fürsorge Anspruch auf leistungsbezogene Sonderzahlungen.²¹ Einem Anspruch muss vielmehr ein korrespondierender Verpflichtungstatbestand zugrunde liegen, dessen Natur dann gleichzeitig auch über den rechtlich zu beachtenden Kontrollmaßstab entscheidet.

13

1. Arbeitsvertrag und AGB-Kontrolle

Typischerweise werden Abreden über leistungsabhängige Vergütung arbeitgeberseits vorformuliert im Arbeitsvertrag getroffen. In der Praxis sind dabei erhebliche Formulierungsunterschiede festzustellen, gerade auch wenn es um den Detaillierungsgrad der Regelung und damit letztlich um die Frage geht, wie stark die rechtliche Position des Mitarbeiters jedenfalls nach Vorstellung des Arbeitgebers sein soll. Damit geht einher, dass eine saubere Grenzziehung zwischen kontrollfreier **Hauptabrede** und kontrollfähiger **Nebenabrede**, die einer **AGB-Kontrolle** zugänglich ist, nicht immer klar gezogen werden kann.

14

Bestes Beispiel hierfür sind Klauseln, die in Reaktion auf die Entscheidung des 10. Senats vom 24.10.2007 zu arbeitsvertraglichen Freiwilligkeitsvorbehalten²² größere Verbreitung fanden und die, anders als in den Dekaden zuvor, nicht

15

19 BAG 12.4.2011, 1 AZR 412/09, BB 2011, 2811; ablehnend *Salamon*, NZA 2011, 1328, 1331.

20 BAG 7.6.2011, 1 AZR 807/09, NZA 2011, 1234.

21 *Schaub-Linck*, § 78 Rn. 5.

22 BAG 24.10.2007, 10 AZR 825/06, BB 2008, 166 (m. Anm. *Lembke*).

Kap. 24 Bonusregelungen und Zielvereinbarungssysteme

mehr vorsahen, dass der Arbeitnehmer in Bezug auf einen vom tatsächlichen Leistungswillen des Arbeitgebers abhängigen, also unter einer **Wollensbedingung** stehenden, Bonus berechtigt war,²³ sondern denen zufolge der Arbeitnehmer einen Bonus unter bestimmten Voraussetzungen lediglich erhalten „könne“. Während der 10. Senat zunächst noch sinnierte, ob es sich hierbei überhaupt um eine Vertragsbedingung i. S. v. § 305 BGB handeln könne,²⁴ unterzog er Klauseln dieses Typs in späteren Jahren wie selbstverständlich einer Prüfung anhand der §§ 305 ff. BGB.²⁵

- 16 Eine Regelung etwa, nach welcher der Arbeitnehmer Anspruch auf einen kalenderjährlichen Bonus hat, dessen Höhe im billigen Ermessen des Arbeitgebers steht, hält nach Ansicht des 10. Senats sowohl einer **Inhaltskontrolle** als auch einer **Transparenzkontrolle** stand.²⁶ Selbst die Art einer Bonuszahlung, etwa wenn es um die Gewährung in Form von Finanzinstrumenten wie Aktien geht, muss nicht vereinbart werden, damit die Abrede AGB-konform ist.²⁷ Kehrseite einer solch wenig konturierten Regelung ist dann allerdings eine umso rigoroser²⁸ ausfallende **Ermessenskontrolle**, die aus Arbeitgebersicht mit zahlreichen Unwägbarkeiten verbunden ist, nämlich wenn es um die Frage geht, ob der Arbeitgeber bei seiner jährlichen Bonusentscheidung gemäß § 315 Abs. 1 BGB billiges Ermessen hat walten lassen (s. Rn. 53 ff.).
- 17 Genau an dieser Stelle wird es verständlich, warum in Anstellungsverträgen mehr und mehr von rein diskretionären Bonusregelungen zugunsten von detaillierten **Rahmenvereinbarungen** abgesehen wird, welche etwa den für Zwecke der **Verzielung** einzuhaltenden Prozess (s. Rn. 28 ff.), die übergeordneten Bonuskriterien (z. B. persönliche Leistung des Mitarbeiters, Abteilungsergebnis) genauso wie die maximale Bonushöhe regelt, die in absoluter Höhe oder alternativ auch in einem bestimmten Verhältnis zur Fixvergütung definiert werden kann.²⁹ Diese Bonusrahmenvereinbarung wird dann um jährlich neue Einzelregelungen ergänzt, insbesondere in Form einer einvernehmlichen Zielvereinbarung oder in Form einseitiger Zielvorgaben, um sich ändernden Umständen Rechnung zu tragen.³⁰

23 Vgl. dazu *Jensen*, NZA-RR 2011, 225, 227 f. m. w. N.

24 BAG 30.7.2008, 10 AZR 606/07, BB 2008, 2465 (m. Anm. *Simon/Greiflin*).

25 BAG 19.3.2014, 10 AZR 622/13, NZA 2014, 595, 598 m. w. N.

26 BAG 19.3.2014, 10 AZR 622/13, NZA 2014, 595.

27 BAG 3.8.2016, 10 AZR 710/14, NZA 2016, 1334, 1337, Rn. 21; BAG 12.10.2011, 10 AZR 746/10, NJW 2012, 1830, Rn. 25.

28 *Jensen*, BB 2014, 2869.

29 Vgl. etwa *Salamon/Wessels*, BB 2017, 885, 888; *Simon/Hidalgo/Koschker*, NZA 2012, 1071; *Schaub-Linck*, § 77 Rn. 12; ablehnend zur Vereinbarung eines Maximalbonus dagegen *Pfrogner*, BB 2018, 757, 758.

30 Vgl. nur *Schaub-Linck*, § 77 Rn. 11; *Simon/Hidalgo/Koschker*, NZA 2012, 1071 m. w. N.

Beispiel für eine detaillierte Bonusrahmenvereinbarung:³¹

„Der Arbeitnehmer hat Anspruch auf Zahlung eines Jahresbonus in Höhe von ... % des für das Bonusjahr zahlbaren Jahresbruttofixgehalts bei vollständiger Erreichung (100%) der ihm vom Arbeitgeber zu Beginn des Bonusjahrs vorgegebenen Ziele.

Der Jahresbonus hängt in Höhe von 50% von der Erreichung von einem Unternehmensziel (z. B. EBIT) sowie in Höhe 50% von der Erreichung von bis zu drei persönlichen, gleichmäßig zueinander gewichteten Zielen ab.

Die Erreichung des Unternehmensziels ist mit einem Prozentsatz zu bewerten, der sich aus dem Verhältnis des tatsächlich erzielten Ergebnisses zu der vorab festgesetzten Zielvorgabe ergibt.

Der Grad der Zielerreichung bei den persönlichen Zielen ist für jede einzelne Zielvorgabe anhand einer Notenskala von 1 bis 5 zu bewerten, wobei die Note 1 für nicht ausreichend (weniger als 75% Zielerreichung) steht, die Note 2 für nur zum Teil erreicht (76 bis 90%), die Note 3 für erreicht (90 bis 100%), die Note 4 für übertroffen (101 bis 109%) und die Note 5 für herausragend (110% und mehr).

Die Berechnung des Jahresbonus erfolgt durch den Arbeitgeber anhand der Formel

$$\text{Jahresbonus} = \text{Unternehmensfaktor} * \text{Zielbonus} * \text{Individualfaktor}$$

Der Unternehmensfaktor ist von dem festgestellten Grad der Erreichung des Unternehmensziel abhängig und ermittelt sich wie folgt:

Zielerreichungsgrad	Unternehmensfaktor
weniger als 75 %	0,1
75 bis 82 %	0,3
83 bis 90 %	0,6
91 bis 97 %	0,8
98 bis 102 %	1,0
103 bis 112 %	1,2
mehr als 113 %	1,3

Der Individualfaktor ist von dem festgestellten Grad der Erreichung jedes einzelnen persönlichen Ziels abhängig, wobei insoweit der Durchschnitt der persönlichen Ziele maßgeblich ist, und ermittelt sich wie folgt:

Note	Individualfaktor
1	0,0
2	0,5
3	1,0
4	1,2
5	1,3

Der Jahresbonus ist auf maximal 25% des für das Bonusjahr zahlbaren Jahresbruttofixgehalts begrenzt.

Der Jahresbonus kommt spätestens im Mai des auf das Bonusjahr folgenden Jahres zur Auszahlung.“

31 Angelehnt an Liebers-Dröll, Kapitel O, Rn. 646.

2. Betriebsvereinbarung und § 75 BetrVG (Recht und Billigkeit)

- 18 In Betrieben mit Betriebsrat sind oft Betriebsvereinbarungen über leistungsbezogene Sonderzahlungen und Verzielungsprozesse anzutreffen. Dies ist auch nur konsequent, weil es sich etwa bei dem Verfahren über das Zustandekommen von Zielvereinbarungen, bei Regelungen über Zielinhalte, bei der Anzahl der Ziele und deren Gewichtung zueinander, bei den Regelungen zur Bemessung und Bewertung der Leistung sowie schließlich auch bei den Regelungen zur Bestimmung der Zahlungshöhe um abstrakt-generelle Grundsätze zur Lohnfindung handelt, die der **zwingenden Mitbestimmung** gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG unterliegen,³² sofern denn – unabhängig davon, ob der Arbeitgeber tarifgebunden ist oder nicht – keine tariflichen Regelungen bestehen oder üblich sind, welche eine Sperrwirkung nach § 77 Abs. 3 BetrVG auslösen könnten.³³ Das Mitbestimmungsrecht findet seine Grenzen allerdings, soweit es um die abstrakte Bestimmung des Kreises der Begünstigten, den Dotierungsrahmen und auch den Zweck der Sonderzahlung geht.³⁴ Soweit eine Betriebsvereinbarung über Sonderzahlungen – wie in der betrieblichen Praxis regelmäßig der Fall – auch einen Verpflichtungstatbestand enthält und Regelungen zur Höhe der Sonderzahlung vorsieht, handelt es sich der Natur nach um eine **freiwillige Betriebsvereinbarung**.³⁵
- 19 Rechtlicher Prüfungsmaßstab für Betriebsvereinbarungen sind die Grundsätze von **Recht und Billigkeit** (§ 75 Abs. 1 und 2 BetrVG). Diesen vordergründig wenig konturierten Rahmen füllt das Bundesarbeitsgericht im Vergütungsbe-
reich mit Leben, indem es wiederholt Maßstäbe der AGB-Kontrolle, die gemäß § 310 Abs. 1 Satz 4 BGB auf Betriebsvereinbarungen explizit keine Anwendung finden, über argumentative Umwege letztlich auch auf Betriebsvereinbarungen übertragen hat. So hielt der 1. Senat auch eine Stichtagsklausel in einer Betriebsvereinbarung betreffend Boni – genauso wie später auch der 10. Senat bei Standardanstellungsverträgen³⁶ – für unwirksam,³⁷ nachdem der 5. Senat zuvor schon einen Widerrufsvorbehalt in einer Betriebsvereinbarung mit dem Argument für rechtens erachtet hatte, dass der Vorbehalt ja sogar einer Überprüfung anhand der (strengeren) Maßstäbe der AGB-Kontrolle standhalte.³⁸

32 *Fitting*, § 87 Rn. 414 m. w. N.

33 BAG 24.1.1996, 1 AZR 597/95, BB 1996, 1717.

34 Vgl. nur *Richardi-Richardi*, § 87 Rn. 771 m. w. N.

35 *Richardi-Richardi*, § 87 Rn. 865.

36 BAG 13.11.2013, 10 AZR 848/12, BB 2014, 1020; BAG 28.1.2012, 10 AZR 612/10, NJW 2012, 1532.

37 BAG 7.6.2011, 1 AZR 807/09, NZA 2011, 1234.

38 BAG 1.2.2006, 5 AZR 187/05, NJW 2006, 2060.

3. Gesamtzusage und AGB-Kontrolle

Als Verpflichtungstatbestand kommt ferner auch eine Gesamtzusage in Betracht, die im Bereich von Sonderzahlungen alles andere als unüblich ist. Eine Gesamtzusage ist die an alle Arbeitnehmer des Betriebs oder einen nach abstrakten Merkmalen bestimmten Teil von ihnen in allgemeiner Form gerichtete, ausdrückliche Erklärung des Arbeitgebers, bestimmte Leistungen erbringen zu wollen, die arbeitnehmerseits keiner ausdrücklichen Annahme bedürfen.³⁹ Kontrollmaßstab für die rechtliche Überprüfung einer Gesamtzusage sind die Vorschriften der AGB-Kontrolle (§§ 305 ff. BGB), weil es sich bei einer Gesamtzusage um ein an eine Vielzahl von Arbeitnehmern gerichtetes Vertragsangebot i. S. v. § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB handelt,⁴⁰ was allerdings nicht darüber hinwegtäuschen darf, dass bei Bestehen eines Betriebsrats auch hier ein erzwingbares Mitbestimmungsrecht gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG besteht, weil die Verteilungsgrundsätze betroffen sind.⁴¹ **20**

4. Betriebliche Übung und AGB-Kontrolle

Schließlich ist es durchaus auch denkbar, dass der Arbeitgeber leistungsbezogene Sonderzahlungen schlicht gewährt, ohne dass es einen Verpflichtungstatbestand gibt, und sei er auch nur einseitiger Natur. Geschieht dies in mindestens drei aufeinanderfolgenden Jahren und besteht ein kollektiver Bezug, weil nicht nur vereinzelte Arbeitnehmer begünstigt sind, so hat der Arbeitgeber im Falle einer vorbehaltlosen Gewährung eine **betriebliche Übung** geschaffen, die ihn auch für die Zukunft bindet, die betreffende Sonderzahlung jährlich zu erbringen.⁴² Das Erfordernis, dass es sich um eine gleichförmige Leistung handeln muss, namentlich also um Sonderzahlungen in identischer Höhe,⁴³ hat das BAG mittlerweile fallengelassen und nimmt eine Bindung des Arbeitgebers jedenfalls dem Grunde nach ausdrücklich auch dann an, wenn dieselbe Leistung in unterschiedlicher Höhe erbracht worden ist.⁴⁴ **21**

Zudem kommt es neuerdings nach Auffassung des 10. Senats für Zwecke einer zukünftigen Bindung auch nicht mehr darauf an, ob die wiederholte Leistung in der Vergangenheit einen kollektiven Bezug aufweist: Auch dann, wenn nur ver- **22**

39 BAG 20.8.2014, 10 AZR 453/13, NZA 2014, 1333.

40 BAG 20.8.2014, 10 AZR 453/13, NZA 2014, 1333, 1334; BAG 13.11.2013, 10 AZR 848/12, BB 2014, 1020, 1024; BAG 29.9.2010, 3 AZR 557/08, BB 2011, 764, 766 (m. Anm. Christ).

41 BAG 11.2.1992, 1 ABR 51/91, BB 1992, 1215.

42 BAG 1.4.2009, 10 AZR 393/08, AP BGB § 242 Betriebliche Übung Nr. 84; vgl. auch BAG 15.2.2011, 3 AZR 35/09, BB 2011, 3068 (m. Anm. Schnittker/Sittard).

43 BAG 28.2.1996, 10 AZR 516/95, BB 1996, 1387.

44 BAG 13.5.2015, 10 AZR 266/14, NZA 2015, 992.

Kap. 24 Bonusregelungen und Zielvereinbarungssysteme

einzelne Arbeitnehmer begünstigt worden sind, hat sich der Arbeitgeber diesen gegenüber verpflichtet, wenn er dieselbe Leistung – gleich ob in identischer oder in unterschiedlicher Höhe – in drei aufeinanderfolgenden Jahren erbracht hat.⁴⁵

- 23 Unabhängig davon, ob nur einzelne Arbeitnehmer betroffen sind oder ein kollektiver Bezug besteht, ist der zu beachtende Rechtsmaßstab stets derjenige der AGB-Kontrolle.⁴⁶ Dass es aus Arbeitgebersicht gerade in Fällen, in denen eine Sonderzahlung in der Vergangenheit in jährlich unterschiedlicher Höhe erbracht wurde, außerordentlich misslich sein kann, wenn sich die aus einer bloßen Gewährung abzuleitende Vertragsbindung auch noch an den Maßstäben der AGB-Kontrolle messen lassen muss, liegt dabei auf der Hand: Wie will man etwa nachweisen, welche Kriterien „vereinbart“ worden sind und dass die Bemessung der Höhe der Sonderzahlung tatsächlich billigem Ermessen entsprach, wenn zu Auslegungszwecken nichts anderes zur Verfügung steht als ein Betrag in bestimmter Höhe, der in der Gehaltsabrechnung als „Sonderzahlung“ ausgewiesen wurde? Eine Lektüre der Entscheidung des 10. Senats vom 13.5.2015⁴⁷ offenbart die Dimension des Dilemmas, in das der Arbeitgeber hier geraten kann.
- 24 Insbesondere in Fällen, in denen der Arbeitgeber nicht nur an vereinzelte Mitarbeiter Sonderzahlungen auf freiwilliger Basis, d. h. ohne Bestehen eines formalen Verpflichtungstatbestands, erbringt, ist darauf hinzuweisen, dass bei Bestehen eines Betriebsrats das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG nicht infolge einer vor Einführung der Leistung ggf. **unterbliebenen Mitbestimmung** untergeht. Dem Betriebsrat steht vielmehr das Mitbestimmungsrecht auch nachträglich mit Wirkung für die Vergangenheit zu, was gerade mit Blick auf die von § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG erfassten Verteilungsgrundsätze⁴⁸ dazu führen kann, dass der normalerweise mitbestimmungsfreie Dotierungsrahmen nachträglich erhöht werden muss.⁴⁹

III. Beschränkungen in Bezug auf den Kreis der Begünstigten

- 25 Der Arbeitgeber ist grundsätzlich in seiner Entscheidung frei, welche Mitarbeiter von Bonuszahlungen begünstigt sein sollen, sofern er diese generalisierenden Prinzipien unterwirft, es sich also insbesondere nicht um Zahlungen handelt, die mit vereinzelt Mitarbeitern individuell ausverhandelt worden sind.

45 BAG 13.5.2015, 10 AZR 266/14, NZA 2015, 992.

46 Vgl. nur BAG 27.8.2008, 5 AZR 820/07, NZA 2009, 49, 51.

47 BAG 13.5.2015, 10 AZR 266/14, NZA 2015, 992.

48 BAG 11.2.1992, 1 ABR 51/91, BB 1992, 1215.

49 BAG 14.6.1994, 1 ABR 63/93, BB 1995, 825; zustimmend LAG Niedersachsen 30.4.2013, 1 TaBV 142/12, AuR 2013, 273.

Dieses Recht findet seine Grenzen jedoch im allgemeinen **arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz**. Der Frage, ob ein Arbeitnehmer berechtigterweise von einem Bonussystem ausgeschlossen wurde und dementsprechend unter dem allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz keine Behandlung nach Maßgabe der begünstigten Arbeitnehmer bzw. Arbeitnehmergruppe verlangen kann, nähert sich die Rechtsprechung über die Zweckbestimmung des Bonus, die vorrangig aus dessen tatsächlichen und rechtlichen Gewährungsvoraussetzungen zu ermitteln ist.⁵⁰ Sofern nach Gruppen von Arbeitnehmern differenziert wird (z. B. zwischen Arbeitnehmern und Angestellten oder zwischen tariflich und außertariflich vergüteten Arbeitnehmern), ist der Arbeitgeber verpflichtet, diese offenzulegen und jedenfalls im Rechtsstreit mit einem benachteiligten Arbeitnehmer so substantiiert darzutun, dass beurteilt werden kann, ob die Ungleichbehandlung durch sachliche Kriterien gerechtfertigt ist.⁵¹ Ansprüche infolge einer sachwidrigen Ungleichbehandlung bestehen nach ständiger Rechtsprechung jedoch nur, wenn die unterschiedliche Behandlung nach dem Zweck der Leistung nicht gerechtfertigt ist.⁵² Namentlich kann es dem Arbeitgeber etwa verwehrt sein, eine der Voraussetzungen, mit denen er den Empfängerkreis begrenzen will, zum Hauptzweck zu deklarieren, um damit die Herausnahme einer Arbeitnehmergruppe sachlich zu rechtfertigen.⁵³

Obwohl die Einführung eines freiwilligen, also weder gesetzlich noch tarifvertraglich geschuldeten, Leistungsentgelts als solche zunächst einmal der **Mitbestimmung** des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG unterliegt,⁵⁴ können der Zweck einer Bonuszahlung und damit der abstrakte Kreis der Begünstigten mitbestimmungsfrei festgelegt werden.⁵⁵

IV. Verzielungsprozess und Bonuskriterien

1. Unterschied zwischen Zielvereinbarung und Zielvorgabe

Der Prozess betreffend die Festlegung von Zielen, nach deren Erreichungsgrad sich der Bonus eines Arbeitnehmers bemisst, wird auch **Verzielung** genannt. Eine Verzielung kann dabei – abhängig von den zugrunde liegenden Vereinbarungen, gleich ob individual- oder kollektivrechtlicher Art – entweder durch Zielvereinbarungen oder Zielvorgaben geschehen.

50 BAG 12.10.2011, 10 AZR 510/10, NZA 2012, 680, 682.

51 BAG 15.1.2013, 3 AZR 169/10, NZA 2013, 1028, 1032; BAG 12.10.2011, 10 AZR 510/10, NZA 2012, 680, 682 m. w. N.

52 Zuletzt BAG 15.1.2013, 3 AZR 169/10, NZA 2013, 1028, 1032.

53 BAG 1.4.2009, 10 AZR 353/08, BB 2010, 64 (m. Anm. Rößler/Baumeister).

54 BAG 8.2.1981, 1 ABR 55/79, AP BetrVG 1972 § 87 Prämie Nr. 1.

55 Vgl. nur ErfK-Kania, § 87 BetrVG Rn. 109 m. w. N.

- 29 **Zielvereinbarungen** sind zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer getroffene Abreden über die Erreichung von Leistungszielen in einem bestimmten Zeitraum.⁵⁶ Eine Zielvereinbarung wird typischerweise zweistufig abgeschlossen: Im Anstellungsvertrag bzw. in einem Kollektivvertrag wird eine Rahmenregelung getroffen, die später durch Zielvereinbarungen konkretisiert wird.⁵⁷ Die vom Arbeitgeber im Falle einer Zielvereinbarung anzubietenden Ziele müssen realistisch und damit annahmefähig sein.⁵⁸ Ziele, die zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer einvernehmlich vereinbart wurden, unterliegen als Entgeltregelung grundsätzlich keiner allgemeinen Billigkeits- oder Inhaltskontrolle nach den §§ 307 ff. BGB.⁵⁹
- 30 Basiert die – in der Regel jährlich neu vorzunehmende – Verzielung auf Zielvereinbarungen, liegt die Besonderheit darin, dass dem Arbeitnehmer ein **Schadensersatzanspruch** aus § 280 Abs. 1 und 3 i.V.m. §§ 283 Satz 1, 252 BGB zusteht, sofern der Arbeitgeber die Verhandlungen über Zielvereinbarungen verhindert oder – sofern er insoweit initiativbelastet ist, wovon im Grundsatz auszugehen ist, auch wenn keine Abreden zur **Initiativlast** getroffen worden sind⁶⁰ – generell nicht aufnimmt und dadurch eine Zielvereinbarung nicht zustande kommt.⁶¹ Ein solcher Schadensersatz läuft der Höhe nach auf dasjenige hinaus, was an den Arbeitnehmer im Falle einer vollständigen Zielerreichung – nicht: Überreichung!⁶² – zu zahlen wäre,⁶³ es sei denn, dass der insoweit allerdings darlegungs- und beweisbelastete Arbeitgeber darlegen kann, dass dem Arbeitnehmer durch den unterbliebenen Abschluss der Zielvereinbarung kein Schaden entstanden ist, weil beispielsweise auch bei unterstellter Zielvereinbarung und Erreichung aller festgelegten Ziele die Festsetzung des Leistungsbonus auf „Null“ billigem Ermessen entsprochen hätte (s. zur Billigkeit eines Bonus von „Null“ Rn. 57 ff.).⁶⁴
- 31 Da nicht auszuschließen ist, dass sich Arbeitgeber und Arbeitnehmer einmal nicht auf gemeinsame Ziele einigen können, bietet sich an, in der der Zielvereinbarung zugrunde liegenden Abrede einen Mechanismus zur **Konfliktlösung** vorzusehen, der etwa regeln kann, dass im Falle des Unterbleibens einer Einigung das letzte Wort bei einer innerbetrieblichen Schlichtungsstelle liegt, in die bei Bestehen eines Betriebsrats dann in aller Regel auch Betriebsratsmitglieder zu entsenden sein werden, oder dass der Arbeitgeber im Falle einer unterbliebe-

56 Vgl. *Salamon*, NZA 2015, 1089.

57 *Schaub-Linck*, § 77, Rn. 11.

58 BAG 12.5.2010, 10 AZR 390/09, AP BGB § 280 Nr. 9.

59 BAG 12.12.2007, 10 AZR 97/07, BB 2008, 617 (m. Anm. *Simon/Greßlin*).

60 BAG 12.5.2010, 10 AZR 390/09, AP BGB § 280 Nr. 9.

61 BAG 20.3.2013, 10 AZR 8/12, NZA 2013, 970, 974 m. w. N.

62 LAG Köln 23.5.2002, 7 Sa 71/02, NZA-RR 2003, 305, 307.

63 BAG 12.12.2007, 10 AZR 97/07, BB 2008, 617 (m. Anm. *Simon/Greßlin*).

64 BAG 20.3.2013, 10 AZR 8/12, NZA 2013, 970, 974.

nen Einigung einseitig Ziele nach den Grundsätzen billigen Ermessens vorgeben kann.⁶⁵

Von Zielvereinbarungen sind **Zielvorgaben** zu unterscheiden. Letztere werden einseitig vom Arbeitgeber in Ausübung seines Direktionsrechts festgelegt, was gleichzeitig natürlich auch bedeutet, dass die Initiativlast zur Vorgabe von Zielen stets beim Arbeitgeber liegt.⁶⁶ Zielvorgaben unterliegen einer **Billigkeitskontrolle** nach § 315 Abs. 3 BGB⁶⁷ und damit der vollen arbeitsgerichtlichen Überprüfung.⁶⁸ Hat es der Arbeitgeber versäumt, Zielvorgaben überhaupt bzw. rechtzeitig zu machen, oder stellen sich vorgegebene Ziele als nicht realistisch heraus, so werden hierdurch wiederum Schadensersatzansprüche entsprechend den für unterbliebene Zielvereinbarungen geltenden Regeln ausgelöst.⁶⁹ 32

2. Zeitpunkt der Verzielung

Damit Ziele – gemeint sind damit vor allem die persönlichen Ziele – ihre Lenkungsfunction bestmöglich erfüllen können, sollte eine Verzielung der Mitarbeiter bereits erfolgt sein, wenn der Bezugszeitraum für die mit den Zielen verknüpfte leistungsbezogene Sonderzahlung beginnt. Die betriebliche Realität sieht freilich anders aus: Eine Verzielung erfolgt hier oftmals erst, nachdem die Berechnungsgrundlagen für den Vorjahresbonus feststehen oder dieser ermittelt und kommuniziert worden ist. Tragender Gedanke ist dabei regelmäßig der Wunsch, eine Verzielung möglichst auf Grundlage aktueller, belastbarer Daten vornehmen zu können, was insofern verständlich ist, als Ziele zu definieren sind, die in aller Regel Geltung für fast ein ganzes Jahr beanspruchen und innerhalb dieser Zeit nur unter besonderen Umständen korrigiert werden können (s. Rn. 36 ff.). Derlei Erwägungen lässt jedenfalls in der Bankenbranche der Regulator nicht gelten,⁷⁰ wobei dies nur das Verhältnis zwischen Instituten und der BaFin betrifft, nicht jedoch das Verhältnis zwischen einem Institut und seinen Mitarbeitern. 33

Jedenfalls in Fällen, in denen Ziele einvernehmlich zu treffen sind, dürfte eine Vereinbarung von Zielen erst während des laufenden Bezugszeitraums rechtlich unproblematisch möglich sein, weil eine Vereinbarung von Zielen erst mit dessen Ablauf gemäß § 275 Abs. 1 BGB unmöglich wird.⁷¹ 34

65 Ähnlich *Bordet/Raif*, ArbRAktuell 2011, 607, 608 sowie *HR-Mengel*, § 1 Rn. 1785.

66 BAG 12.12.2007, 10 AZR 97/07, BB 2008, 617 (m. Anm. *Simon/Greßlin*).

67 BAG 12.12.2007, 10 AZR 97/07, BB 2008, 617 (m. Anm. *Simon/Greßlin*).

68 *Salamon*, NZA 2014, 465, 469.

69 LAG Köln 26.1.2018, 4 Sa 433/17, juris; *HR-Mengel*, § 1 Rn. 1812 ff.

70 Vgl. die Auslegungshilfe zur InstitutsVergV vom 1.1.2014 (zu § 13).

71 BAG 14.11.2012, 10 AZR 3/12, NZA 2013, 327, 329.

Kap. 24 Bonusregelungen und Zielvereinbarungssysteme

- 35 Welche Folgen dagegen verspätete, aber noch vor Ablauf des Bezugszeitraums erteilte Zielvorgaben haben, ist rechtlich noch nicht abschließend geklärt. Das LAG Düsseldorf⁷² unterzog eine Zielvorgabe, die dem Arbeitnehmer erst einen Monat vor Ablauf des einjährigen Bezugszeitraums erteilt wurde, lediglich einer Billigkeitskontrolle. Insoweit dürfte es insbesondere darauf ankommen, ob mit den vorgegebenen Zielen aus Sicht des Arbeitnehmers schon seit Beginn des Bezugszeitraums zu rechnen war, etwa weil diese auch schon in den Vorjahren maßgeblich waren.

3. Nachträgliche Anpassung von Zielen

- 36 In der Praxis kann im Einzelfall das Bedürfnis bzw. sogar die Notwendigkeit bestehen, Ziele innerhalb des Bezugszeitraums nachträglich anzupassen, um geänderten Rahmenbedingungen auch für Bonuszwecke Rechnung zu tragen. So ist es etwa ohne Weiteres vorstellbar, dass ein Vertriebsmitarbeiter, der auf Vertriebskennzahlen verzielt wurde, im Laufe eines Bonusjahres in eine Funktion außerhalb des Vertriebs wechselt. Genauso kann es aber auch passieren, dass ein Produkt, auf dessen Verkauf ein Mitarbeiter verzielt wurde, aus dem Sortiment genommen wird bzw. genommen werden muss. Für derartige Fälle stellt sich die Frage nach einer nachträglichen Anpassung von Zielen.
- 37 Sowohl im Falle von Zielvorgaben als auch im Falle von einer Zielvereinbarung ist – jedenfalls, wenn die zugrunde liegende Absprache individualrechtlicher Natur ist – zunächst eine spätere Abänderung im Einvernehmen zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber nach den Grundsätzen der Privatautonomie unproblematisch möglich.
- 38 Mit Blick auf die schwierige rechtliche Gemengelage, die bei der Notwendigkeit einer nachträglichen Anpassung von Zielen besteht, empfiehlt es sich, bereits in der dem Bonus zugrunde liegenden Vereinbarung die Voraussetzungen zu fixieren, unter denen Ziele nachträglich ggf. auch einseitig geändert werden können, und die in diesem Zusammenhang einzuhaltenden Grundsätze zu beschreiben.⁷³ Genauso kommt aber auch in Betracht, von vornherein alternative Ziele für den sich bereits abzeichnenden Fall zu bestimmen, dass innerhalb des Bemessungszeitraums veränderten Rahmenbedingungen Rechnung zu tragen sein könnte.⁷⁴

4. Kategorien von Zielen

- 39 Für Zwecke der Verzielung wird gemeinhin zwischen **persönlichen Zielen**, auf deren Erreichung die Mitarbeiter unmittelbaren Einfluss haben und die qualitati-

⁷² LAG Düsseldorf 29.10.2003, 12 Sa 900/03, juris.

⁷³ Ähnlich *Salamon*, NZA 2015, 1089, 1094.

⁷⁴ *Salamon*, NZA 2015, 1089, 1093.

ver oder quantitativer Natur sein können, und übergeordneten **unternehmensbezogenen Zielen**, auf deren Erreichung der Mitarbeiter allenfalls mittelbar Einfluss nehmen kann und die sich beispielsweise auf die Ebene des jeweiligen Teams, des jeweiligen Geschäftsbereichs oder auch des Unternehmens beziehen können, differenziert.⁷⁵

Als Beispiel für **qualitative Ziele** ist etwa Kundenzufriedenheit zu nennen, die von der BaFin ausdrücklich als qualitatives Kriterium genannt wird, wenn es um Vergütungssysteme in der Finanzindustrie geht.⁷⁶ Problematisch ist die Messbarkeit eines solchen „weichen“ Ziels, wenn denn von detaillierten Kundenumfragen abgesehen werden soll.⁷⁷ Hier bietet sich als Messgröße insbesondere die Anzahl von Kundenbeschwerden innerhalb des Bezugszeitraums an, während ein Abstellen auf die Anzahl von Belobigungen schon wieder insofern problematisch ist, als diese ja ggf. auch Reaktion auf eine entsprechende Bitte des betreuenden Beraters sein können.

Derartige Probleme stellen sich im Bereich von **quantitativen Zielen** regelmäßig nicht. Wurde ein Arbeitnehmer beispielsweise auf einen bestimmten Umsatz oder den Verkauf einer bestimmten Menge eines definierten Produkts verzielt, so ist eine eindeutige Ermittlung ohne weiteres möglich. Auch hier können sich allerdings im Detail Schwierigkeiten von rechtlicher Relevanz ergeben, etwa wenn nicht hinreichend klargestellt ist, dass nur tatsächlich realisierte Umsätze und Verkäufe maßgeblich sein sollen, wie dies oftmals in Bezug auf Provisionen vereinbart wird.⁷⁸

5. Bonusformel und Wirtschaftsrisiko

Letztlich geht es damit um die Frage, ob im Bereich der leistungsbezogenen Sondervergütungen das dem Arbeitgeber nach § 615 Satz 3 BGB zugewiesene **Wirtschaftsrisiko** wirksam auf den Arbeitnehmer übergewälzt werden kann. Diese Frage hat in den vergangenen Jahren eine besondere Relevanz bei unternehmensbezogenen Zielen erfahren, nämlich wenn es darum geht, ob und inwieweit die **Ertragslage** des Unternehmens zulasten des Arbeitnehmers berücksichtigt werden kann.

Konkret geht es dabei um Fälle, in denen ein Arbeitnehmer seine persönlichen Ziele erfüllt hat, auf Unternehmensebene jedoch ein **Verlust** erwirtschaftet wurde. Insoweit wird teilweise vertreten, dass das Risiko des wirtschaftlichen Miss-

⁷⁵ Siehe etwa *Hümmerich*, NJW 2006, 2294, 2296.

⁷⁶ Vgl. nur die Auslegungshilfe zur InstitutsVergV vom 1.1.2014 (zu § 10) sowie BT 8.3.2 Ziffer 3 der MaComp; für weitere Beispiele qualitativer Ziele siehe *Dzida/Naber*, BB 2011, 2613.

⁷⁷ Ähnlich DBD-Däubler, Anhang Rn. 411.

⁷⁸ Vgl. hierzu Schaub-Vogelsang, § 75 Rn. 19 m. w. N.

Kap. 24 Bonusregelungen und Zielvereinbarungssysteme

erfolgs auch im Bereich der leistungsbezogenen Sondervergütungen beim Arbeitgeber bleibt, eine Koppelung an einen Unternehmensgewinn also generell unzulässig ist.⁷⁹ Soweit *Däubler*⁸⁰ vorschlägt, mit Blick auf die Irrelevanz von Unternehmensverlusten die variable Vergütung in einen niedrigeren leistungsabhängigen Bonus einerseits und im Übrigen in eine von Betriebstreue und Gewinn abhängige Tantieme andererseits aufzuteilen, ist dies zwischenzeitlich schon deshalb nicht mehr gangbar, weil der 10. Senat des BAG den Leistungsbezug einer Sonderzahlung aus deren Abhängigkeit vom **Betriebs- oder Unternehmensergebnis** ableitet und damit keinen Raum mehr für eine gleichzeitige Abhängigkeit von Betriebstreue lässt.⁸¹ In seiner vielbeachteten Entscheidung vom 19.3.2014⁸² stellte der 10. Senat die Rechtmäßigkeit der Festsetzung eines auch vom Gesamtergebnis abhängigen Bonus auf „Null“ trotz Erreichung vereinbarter persönlicher Ziele bei einem negativen Ergebnis im Rahmen normaler Schwankungsbreiten in aller Deutlichkeit in Frage. Dass der 10. Senat bereits die dem Bonus zugrunde liegende Vereinbarung für unangemessen hielt, ergibt sich aus der Entscheidung dagegen gerade nicht.⁸³

- 44 Dies bedeutet für die Vertragspraxis, dass sich auch leistungsbezogene Sondervergütungen wirksam an die Ertragslage des Unternehmens knüpfen lassen. Bei Bonusvereinbarungen, die keine feste Formel vorsehen, erfolgt eine Rechtmäßigkeitsüberprüfung dann in der Regel erst auf Ebene der Ermessenskontrolle.⁸⁴ Ist die Bonusabrede hingegen formelbasiert und regelt, wie sich die Ertragslage des Unternehmens im Einzelnen auf die persönliche Leistung des Mitarbeiters für Zwecke der Bonusfestsetzung auswirkt, wird man nicht umhinkommen, die Abrede einer Angemessenheitskontrolle anhand des Maßstabs des § 307 BGB bzw. – im Falle einer Betriebsvereinbarung – einer Billigkeitskontrolle anhand des Maßstabs von § 75 BetrVG zu unterziehen.⁸⁵
- 45 Es spricht viel dafür, dass die Bonusabrede, unabhängig von dem konkret anwendbaren Rechtsmaßstab, nur dann einer inhaltlichen Kontrolle standhält,

79 So DBD-*Däubler*, Anhang Rn. 407; a. A. LAG Düsseldorf 30.9.2011, 10 Sa 119/11 und 10 Sa 217/11, juris, das davon ausgeht, dass Erfolgsbeteiligungen wie Boni grundsätzlich nur aus einem positiven Ertrag finanziert werden können; im Ergebnis ebenso Clemenz/Kreft/Krause-*Hoefs*, Anhang Rn. 21, mit Hinweis auf LAG Hessen 1.2.2010, 7 Sa 923/09, NZA-RR 2010, 401, 402 (m. Anm. *Becker*).

80 DBD-*Däubler*, Anhang Rn. 407.

81 BAG 13.5.2015, 10 AZR 266/14, NZA 2015, 992; BAG 18.1.2012, 10 AZR 667/10, NZA 2012, 620, 621; BAG 12.4.2011, 1 AZR 412/09, BAGE 139, 300, Rn. 25.

82 BAG 19.3.2014, 10 AZR 622/13, NZA 2014, 595.

83 Vgl. insoweit auch *Reinfelder*, NZA-Beil. 2014, 10, 14 mit Hinweis auf BAG 16.1.2013, 10 AZR 26/12, NJW 2013, 1020, in dem es allerdings um eine Gratifikation ohne Entgeltcharakter geht.

84 BAG 19.3.2014, 10 AZR 622/13, NZA 2014, 595.

85 So auch Küttner-*Griese*, Stichwort „Zielvereinbarung“, Rn. 8 f.

wenn das Wirtschaftsrisiko des Arbeitgebers in angemessener Weise auf den Arbeitnehmer verlagert wird.⁸⁶ Einen die Bonusformel ergänzenden Vorbehalt, dass eine Bonuszahlung ausgeschlossen sei, wenn der Arbeitgeber im relevanten Geschäftsjahr keinen Gewinn erzielt hat, wird diesem Erfordernis dabei wohl kaum gerecht,⁸⁷ wobei bislang noch nicht geklärt ist, ob dies auch bei Banken gilt, bei denen bei der Bildung von Bonuspools u. a. die Risikotragfähigkeit, die mehrjährige Kapitalplanung und die Ertragslage des Instituts gemäß § 7 InstitutsVergV jedenfalls aufsichtsrechtlich zu berücksichtigen sind.⁸⁸ Eine angemessene Verlagerung des Wirtschaftsrisikos auf die Arbeitnehmer könnte – ggf. unter Fixierung eines Maximalbonusbetrags – etwa mittels eines **Unternehmensfaktors** geschehen, der abhängig von typisierenden Ertragssituationen (z.B. hoher Verlust, Normalverlust, Nullergebnis, Normalgewinn, hoher Gewinn) zwischen Null und 1,3 beträgt und der auf die Bonuskomponente angewandt wird, welche die persönliche Leistung des Mitarbeiters widerspiegelt (vgl. das Klauselbeispiel in Rn. 17a). Dies bedeutet insbesondere auch, dass ein Arbeitnehmer, der seine persönlichen Ziele verfehlt, auch dann nicht in den Genuss einer Bonuszahlung kommt, wenn das Unternehmen einen außergewöhnlich hohen Gewinn erwirtschaften konnte.⁸⁹

Dass sich bei **gewinnabhängigen Tantiemen** das Wirtschaftsrisiko wirksam auf den Arbeitnehmer überwälzen lässt, scheint – anders als bei Boni – außer Frage zu stehen. Es besteht allgemein das Verständnis, dass eine Tantieme selbstverständlich nur dann zu zahlen ist, wenn sich nach der zugrunde liegenden Formel ein Zahlungsanspruch ergibt, sprich, wenn auch ein Gewinn oder positiver Ertrag erwirtschaftet wurde.⁹⁰ Dies ist auch nicht weiter verwunderlich, wird in diesem Bereich doch in aller Regel ausdrücklich eine Beteiligung des Arbeitnehmers nur an einem positiven Ertrag geknüpft, sei es infolge Orientierung an einem Jahresgewinn oder Unternehmensgewinn,⁹¹ einem Bilanzgewinn,⁹² einem Rohgewinn⁹³ oder einem körperschaftssteuerlichen Gewinn.⁹⁴ In Anlehnung an die vormalige Vorschrift des § 86 Abs. 2 AktG soll es dabei sogar ausdrücklich zulässig sein, einen Jahresüberschuss um einen Verlustvortrag aus dem Vorjahr

46

86 HWK-Gotthardt/Roloff, §§ 305–310 BGB Rn. 60; siehe auch Jensen, BB 2014, 2869, 2870.

87 So aber LAG Hessen 1.2.2010, 7 Sa 923/09, NZA-RR 2010, 401, 402 mit zust. Anm. Becker.

88 Siehe dazu Jensen, BB 2014, 2869 f.

89 Siehe nur BAG 5.7.2011, 1 AZR 94/10, AP BetrVG 1972 § 87 Lohngestaltung Nr. 139 Rn. 35.

90 Siehe nur HWK-Thüsing, § 611 BGB Rn. 117.

91 Vgl. etwa Beiner/Braun, Rn. 449.

92 Vgl. etwa HR-Reufels, § 3 Rn. 429.

93 Vgl. etwa HR-Reufels, § 2 Rn. 906.

94 Vgl. HR-Mengel, § 1 Rn. 1832.

Kap. 24 Bonusregelungen und Zielvereinbarungssysteme

und um die Beträge, die nach Gesetz oder Satzung aus dem Jahresüberschuss in Gewinnrücklagen einzustellen sind, zu kürzen,⁹⁵ sodass die Tantiemzahlung entsprechend niedriger ausfällt oder sogar insgesamt ausfällt. Auch wenn sich eine Tantieme im engeren Sinne in der Beteiligungsformel erschöpft und nicht zusätzlich auch noch an die Erreichung persönlicher Ziele geknüpft ist,⁹⁶ erfüllt sie trotzdem ohne Weiteres den Begriff der leistungsbezogenen Vergütung, die der 10. Senat ja ausdrücklich und konsequenterweise auch dann annimmt, wenn eine Zahlung von einem Betriebs- oder Unternehmensergebnis abhängt.⁹⁷ Es ist ein nicht zu begründender Wertungswiderspruch, dass eine gewinnabhängige Tantieme (nur infolge ihrer Bezeichnung als solche) ausschließlich dann zu zahlen sein soll, wenn auch tatsächlich ein Gewinn erwirtschaftet wurde, während ein von der Ertragslage und der Erreichung von Zielen abhängiger Bonus – wenn auch nur in situationsangemessener Höhe – auch dann zu zahlen sein soll, wenn überhaupt kein Gewinn erzielt worden ist, aber der Arbeitnehmer seine persönlichen Ziele erreicht hat.⁹⁸ Ob ein Mitarbeiter – wie oftmals im Falle eines Bonus – auf konkret definierte Ziele hinarbeitet oder sich wie regelmäßig im Falle einer Tantieme einfach nur so „ins Zeug“ legt, damit das Wirtschaftsjahr mit einem möglichst hohen Gewinn abgeschlossen wird, kann materiell kaum eine so unterschiedliche Behandlung beider Vergütungsformen rechtfertigen.⁹⁹ Dass die synallagmatische Sichtweise des BAG im Bereich leistungsbezogener Vergütung in Verlustszenarien völlig überspannt ist, ergibt sich nicht zuletzt aus folgender Hilfsüberlegung: Wenn ein Arbeitgeber bestimmte Bonusziele nach § 315 Abs. 1 BGB festlegen kann, so muss er Handlungsvorgaben mit identischem Inhalt auch ohne das Bestehen eines Vergütungsbezugs im Rahmen seines Direktionsrechts vorgeben können; insoweit gilt nämlich in Gestalt von Billigkeit derselbe rechtliche Maßstab (vgl. § 106 GewO).¹⁰⁰ Auch der Umstand, dass gewinnabhängige Tantiemen zumeist mit Geschäftsführern und Vorständen vereinbart werden, deren Rechtsverhältnisse in aller Regel nicht von der Arbeitsgerichtsbarkeit überprüft werden, kann eine Diskrepanz zur Behandlung von Boni nicht rechtfertigen. Insofern darf die weitere Entwicklung der Rechtsprechung zu leistungsbezogenen Sonderzahlungen und Tantiemen mit Spannung entgegengesehen werden.

- 47 Dass arbeitsvertragliche Gestaltungen auch einer **Transparenzkontrolle** standhalten müssen, ergibt sich aus § 307 Abs. 3 Satz 2 BGB. In diesem Zusammen-

95 *ErfK-Preis*, § 611 Rn. 499; *HWK-Thüsing*, § 611 BGB Rn. 117; *Schaub-Vogelsang*, § 76 Rn. 4.

96 Vgl. etwa *Liebers-Reiserer*, Formularbuch des Arbeitsrechts, B Rn. 227.

97 BAG 13.5.2015, 10 AZR 266/14, NZA 2015, 992; BAG 18.1.2012, 10 AZR 667/10, NZA 2012, 620, 621; BAG 12.4.2011, 1 AZR 412/09, BAGE 139, 300 Rn. 25.

98 *Jensen*, Anm. zu LAG München 3.3.2016, 3 Sa 1033/15, BB 2016, 2112.

99 Siehe hierzu auch *Salamon*, NZA 2015, 1089, 1092.

100 *Jensen*, Anm. zu LAG München 3.3.2016, 3 Sa 1033/15, BB 2016, 2112.

hang sei hier lediglich angemerkt, dass die Bezeichnung einer leistungsbezogenen Vergütung nur bedingt für die Frage ihres Inhalts herangezogen werden kann. Der Auffassung, dass sich bereits aus der Bezeichnung einer Sonderzahlung als „Erfolgsbeteiligung“, „Tantieme“, „leistungs- und erfolgsabhängige Sonderzahlung“ oder „Bonus“ ergibt, dass diese nur aus dem Erfolg des Unternehmens, konkret also aus einem positiven Ertrag, finanziert werden könne,¹⁰¹ wollte das BAG im Ergebnis nicht folgen.¹⁰² Genauso wenig lässt sich aus der Auszahlung einer Sonderzuwendung mit dem Dezembergehalt entnehmen, dass Anspruchsvoraussetzung für die Zuwendung das Bestehen des Arbeitsverhältnisses am Jahresende sei.¹⁰³

V. Bemessungszeitraum für Bonuszahlungen

In der Praxis sind am häufigsten Bonussysteme mit einem einjährigen Bemessungs- bzw. Bezugszeitraum anzutreffen, wobei insoweit nicht zwingend auf das Kalenderjahr, sondern auch auf ein vom Kalenderjahr abweichendes Wirtschaftsjahr abgestellt wird, sofern ein solches denn auch für das Unternehmen für Bilanzierungszwecke gilt. Ein einjähriger Bemessungszeitraum ist allerdings keineswegs zwingend, wie etwa die Vorschriften des § 87 Abs. 1 Satz 2 und 3 AktG und des § 10 Abs. 2 InstitutsVergV zeigen, die für Vorstände einer börsennotierten Aktiengesellschaft sowie für die Geschäftsleiter eines Bankinstituts einen mehrjährigen Bemessungszeitraum ausdrücklich fordern. **48**

Möglich ist es aber auch, alternativ zu einem beispielsweise dreijährigen Bemessungszeitraum einen einjährigen Bemessungszeitraum mit nachträglichen Adjustierungsinstrumenten zu kombinieren. So ist die Verwendung von Rückforderungsklauseln für den Fall denkbar, dass sich ein im Bemessungszeitraum eingetretener Erfolg, der eine Bonuszahlung an den Arbeitnehmer ausgelöst hat, in den zwei auf den Bemessungszeitraum folgenden Jahren als nicht nachhaltig herausgestellt hat. Hier stellt sich die bislang noch weitgehend ungeklärte Frage, ob sich mit beiden Gestaltungsvarianten dieselben wirtschaftlichen Ergebnisse erzielen lassen oder ob – wohl wahrscheinlicher – insbesondere die Rechtsprechung des BAG zu Widerrufsvorbehalten¹⁰⁴ dazu führt, dass eine Rückforderung bereits ausgezahlter Vergütung infolge Anwendung des § 308 Nr. 4 BGB nur unter deutlich eingeschränkten Voraussetzungen und zudem auch in eingeschränktem Umfang zulässig ist.¹⁰⁵ **49**

101 LAG Düsseldorf 30.9.2011, 10 Sa 119/11, juris.

102 BAG 19.3.2014, 10 AZR 622/13, NZA 2014, 595.

103 BAG 13.5.2015, 10 AZR 266/14, NZA 2015, 992, 993.

104 Vgl. etwa BAG 21.3.2012, 5 AZR 651/10, NJW 2012, 1756; BAG 20.4.2011, 5 AZR 191/10, BB 2011, 2431 (m. Anm. Lipinski/Praß).

105 Siehe hierzu weiterführend Dzida/Naber, BB 2011, 2613, 2615 f.

- 50 Mit Blick auf den Bemessungszeitraum ist schließlich auf die Besonderheiten hinzuweisen, die sich nach der Rechtsprechung für den Fall eines **unterjährigen Eintritts** bzw. eines **unterjährigen Austritts** des Arbeitnehmers ergeben. Im Grundsatz ist davon auszugehen, dass der Arbeitnehmer in diesen Situationen einen Bonusanspruch in zeitanteiliger Höhe hat.¹⁰⁶

VI. Ermittlung des Bonus

1. Formelbasierte vs. diskretionäre Bonussysteme

- 51 Ob und in welcher Höhe ein Bonus zu zahlen ist, hängt grundsätzlich von den ihm zugrunde liegenden Vereinbarungen ab. Sind für Bonuszwecke objektive und klar bestimmbare Ziele relevant, ist deren Gewichtung zueinander abschließend vereinbart und ist ferner eine abschließende Abrede über die finanziellen Auswirkungen getroffen worden, ermittelt sich ein etwaiger Bonus unter strikter Anwendung dieser Abrede, ohne dass noch Raum für eine Ermessensentscheidung i. S. v. § 315 Abs. 1 BGB besteht.¹⁰⁷ Man spricht hier gemeinhin von einem fixen bzw. **formelbasierten (Ziel-)Bonussystem** (vgl. das Klauselbeispiel in Rn. 17a).
- 52 Oftmals lassen Bonussysteme allerdings auch in den Tatbestandsvoraussetzungen Raum für wertende Entscheidungen, namentlich wenn es um den Grad einer Zielerreichung geht, und bzw. oder setzen diese sogar auf Rechtsfolgenrechte – rechtlich zulässig! (s. Rn. 16) – ausdrücklich voraus, etwa wenn einem Mitarbeiter ein Anspruch auf einen im Ermessen des Arbeitgebers stehender Bonus eingeräumt wird. Hier ist üblicherweise auch von offenen bzw. **diskretionären (Ziel-)Bonussystemen** die Rede.¹⁰⁸ Um Letztere geht es im Folgenden allein.

52a Klauselbeispiele für einen diskretionäre Bonussysteme:

„Zusätzlich zu seinem Fixgehalt kann der Arbeitnehmer einen Jahresbonus erhalten.“
„Zusätzlich zu seinem Fixgehalt kann der Arbeitnehmer einen Jahresbonus in Höhe von maximal einem Bruttomonatsgehalt erhalten, der im alleinigen Ermessen des Arbeitgebers steht.“

„Zusätzlich zu seinem Fixgehalt kann der Arbeitnehmer einen Jahresbonus in Höhe von maximal einem Bruttomonatsgehalt erhalten, der von der Erreichung von Unternehmens- und Individualzielen abhängig ist, die vom Arbeitgeber im Rahmen billigen Ermessens vorgegeben und gewichtet werden.“

¹⁰⁶ Vgl. nur BAG 13.11.2013, 10 AZR 848/12, BB 2014, 1020, 1023.

¹⁰⁷ Vgl. auch *Annufß*, NZA 2007, 290, 294.

¹⁰⁸ Vgl. etwa *Reinfelder*, NZA-Beil. 2014, 10, 14.

2. Grundsätze der Ermessensausübung

Die Ermessenskontrolle kann ohne Weiteres als rechtliches Korrektiv bzw. Ausgleich dafür verstanden werden, dass sich eine Partei – in aller Regel ist dies der Arbeitgeber – hinsichtlich der Kriterien einer variablen Vergütung, hinsichtlich der Gewichtung von Kriterien zueinander oder auch hinsichtlich der Höhe einer variablen Vergütung nicht vorab festlegen wollte.¹⁰⁹ **53**

Welche tatsächlichen Umstände in die Ermessensabwägung einzubeziehen sind, richtet sich dabei nach dem jeweiligen Regelungsgegenstand.¹¹⁰ Dies ist insofern relevant, als nur solche Kriterien für Zwecke der Bonusbemessung zu berücksichtigen sind, die auch in den dem Bonus zugrunde liegenden Abreden angelegt sind. Insbesondere erlangen Bonuskriterien nicht (gemäß § 151 BGB) Vereinbarungsqualität dadurch, dass der Arbeitgeber diese seiner Leistungsbestimmung einfach zugrunde legt und der Arbeitnehmer die sich danach ergebende Zahlung widerspruchslos bzw. schweigend hinnimmt. Abgesehen davon, dass der bloßen Entgegennahme einer Zahlung in aller Regel schon kein Erklärungswert innewohnt,¹¹¹ fehlt es hier auch schon an einem annahmefähigen, konkludenten Angebot des Arbeitgebers, wenn dieser den Arbeitnehmer nicht ausdrücklich über die tragenden Erwägungen der von ihm vorgenommenen Leistungsbestimmung unterrichtet hat. Auch wenn die Bonuskriterien nicht festgelegt wurden und somit im billigen Ermessen des Arbeitgebers stehen, wird jedenfalls in den Fällen, in denen der Arbeitnehmer ausdrücklich einen „Bonus“ erhalten soll, der wirtschaftliche Erfolg des Unternehmens ein gewichtiges Kriterium darstellen, weil der Begriff „Bonus“ dies bereits nach allgemeinem Sprachgebrauch impliziert.¹¹² **54**

Sofern Bonusregelungen auf Tatbestands- oder Rechtsfolgenrechtsseite Raum für Ermessen lassen oder vorsehen, meint dies kein freies Ermessen in dem Sinne, dass bis zu den Grenzen von Rechtsmissbrauch und Diskriminierung frei entschieden werden könnte, weil dies eine Abweichung vom gesetzlichen Leitbild des § 315 Abs. 1 BGB wäre, die wegen des fehlenden Korrektivs der vollen gerichtlichen Kontrolle der Leistungsbestimmung eine unangemessene Benachteiligung des Arbeitnehmers im Sinne von § 307 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. Abs. 2 Nr. 1 BGB wäre.¹¹³ Rechtlicher Maßstab ist vielmehr derjenige des § 315 Abs. 1 BGB, also **billiges Ermessen**, der damit gleichsam die Untergrenze des rechtlich Zulässigen darstellt, während die Obergrenze ein streng formelbasierter Bonus ist, was – wie sogleich zu zeigen ist – aber nicht bedeutet, dass ein streng **55**

109 *Reinfelder*, NZA-Beil. 2014, 10, 15; im Ergebnis ebenso *Jensen*, BB 2014, 2869, 2870.

110 BAG 23.1.2007, 9 AZR 624/06, NZA-RR 2007, 397, 400.

111 Siehe dazu *Schneider*, NZA 2016, 590, 591 f.

112 Vgl. etwa LAG Düsseldorf 30.9.2011, 10 Sa 119/11, juris.

113 BAG 3.8.2016, 10 AZR 710/14, NZA 2016, 1334, 1337, Rn. 21.

formelbasierter Bonus nicht seinerseits ebenfalls angemessen zu sein hat. Ob eine Entscheidung konkret der Billigkeit entspricht, unterliegt gemäß § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB der vollen gerichtlichen Kontrolle, wobei der Bestimmungsberechtigte die **Darlegungs- und Beweislast** dafür trägt, dass die Leistungsbestimmung der Billigkeit entspricht.¹¹⁴ Eine Leistungsbestimmung entspricht billigem Ermessen, wenn die wesentlichen Umstände des Falles abgewogen und die beiderseitigen Interessen angemessen berücksichtigt worden sind.¹¹⁵ Maßgeblich ist dabei der Zeitpunkt, in dem der Bestimmungsberechtigte die Ermessensentscheidung zu treffen hat.¹¹⁶ Steht dem Inhaber des Bestimmungsrechts nach § 315 Abs. 1 BGB für die rechtsgestaltende Leistungsbestimmung ein nach billigem Ermessen auszufüllender Spielraum offen, so können ihm innerhalb dieses Spielraums durchaus mehrere der Billigkeit entsprechende Entscheidungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen.¹¹⁷ Der Bestimmungsberechtigte muss jedoch den im Vertrag zum Ausdruck kommenden Willen der Vertragsparteien konkretisieren und weiterdenken, weil § 315 BGB kein Mittel zu einer grundsätzlichen Vertragskorrektur ist.¹¹⁸

3. Wirtschaftsrisiko und billiges Ermessen

- 56** Von der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen im Bereich von leistungsbezogener Vergütung das **Wirtschaftsrisiko** bereits im Rahmen der zugrunde liegenden Absprachen auf den Arbeitnehmer abgewälzt werden kann (s. Rn. 42 ff.), ist strikt die nicht minder relevante Frage zu trennen, inwieweit eine Überwälzung im Rahmen der Ermessensausübung gelingen kann, wenn ein Bonus zumindest auch von der Wirtschaftssituation des Unternehmens abhängig ist, im Übrigen aber im Ermessen des Arbeitgebers steht.
- 57** Mit der Frage, ob ein Verlust auf Unternehmensebene im Falle einer ermessensabhängigen Bonusregelung eine **Reduzierung auf „Null“** rechtfertigt, haben sich die Arbeitsgerichte bislang nur vereinzelt befasst. Bis zu der Entscheidung des BAG vom 19.3.2014¹¹⁹ hat sich mit dieser Frage etwa das LAG Düsseldorf beschäftigt, das die Rechtsauffassung vertritt, dass die Ertragslage des Unterneh-

114 BAG 25.2.2015, 1 AZR 642/13, NZA 2015, 442, 444 f.

115 BAG 25.2.2015, 1 AZR 642/13, NZA 2015, 442, 444; BAG 19.3.2014, 10 AZR 622/13, NZA 2014, 595, 600.

116 BAG 3.8.2016, 10 AZR 710/14, NZA 2016, 1334, 1337, Rn. 26; BAG 31.7.2014, 6 AZR 822/12, AP TV-L § 16 Nr. 9, Rn. 30; BAG 19.3.2014, 10 AZR 622/13, NZA 2014, 595, 600.

117 BAG 3.8.2016, 10 AZR 710/14, NZA 2016, 1334, 1337, Rn. 26; BAG 31.7.2014, 6 AZR 822/12, AP TV-L § 16 Nr. 9, Rn. 30; BAG 19.3.2014, 10 AZR 622/13, NZA 2014, 595, 600; BAG 13.6.2012, 10 AZR 296/11, NJW 2013, 490, 492 m. w. N.

118 *Feißel/Gorn*, BB 2009, 1138, 1143 m. w. N.

119 BAG 19.3.2014, 10 AZR 622/13, NZA 2014, 595.

mens und die persönliche Leistung des Arbeitnehmers nicht in Teilvorgänge mit Teilergebnissen im Sinne von Summanden aufgeteilt werden könne, weil § 315 Abs. 1 BGB auf ein einheitliches, in seiner Gesamtheit billiges Ergebnis abziele.¹²⁰ Das LAG Düsseldorf sieht die persönliche Leistung des Arbeitnehmers und die Ertragslage des Arbeitgebers im Ergebnis konsequenterweise als Faktoren an, was zur Folge hat, dass eine variable Vergütung nicht zu zahlen ist, wenn einer der beiden Faktoren „Null“ beträgt oder sogar negativ ausfällt. Es entspreche daher der Billigkeit, wenn im Falle eines Jahresverlusts in Höhe von 111,5 Millionen Euro auch bei einer guten persönlichen Leistung des Arbeitnehmers kein Bonus gezahlt wird.¹²¹ Der 10. Senat des BAG differenziert hingegen – freilich wenig scharf – zwischen einem „negativen Ergebnis im Rahmen normaler Schwankungsbreiten“, bei dem eine Bonusfestsetzung auf „Null“ durchaus billigem Ermessen widersprechen könne, und dem Vorliegen „besonders gewichtiger, außergewöhnlicher Umstände“ – vorliegend war dies ein Jahresfehlbetrag der Bayerischen Landesbank in Höhe von 5 Milliarden Euro im Jahr 2008 und in Höhe von 2,5 Milliarden Euro im Jahr 2009, der mit der Notwendigkeit der Zuführung von Eigenkapital in Höhe von 10 Milliarden Euro und der Übernahme von Garantien durch den Staat einherging –, in denen es auch unter Berücksichtigung der persönlichen Leistung des Arbeitnehmers ausnahmsweise nicht unangemessen erscheint, einen Leistungsbonus auf „Null“ festzusetzen.¹²² Danach kommt ein Arbeitgeber unter der Geltung eines Ermessensbonus, in Bezug auf den auch die Ertragslage des Unternehmens relevant ist, mit einer unterbliebenen Bonuszahlung im Falle guter persönlicher Leistungen des Arbeitnehmers nur davon, wenn er sprichwörtlich „mit dem Rücken zur Wand“ steht. Ist die Lage des Unternehmens dagegen „nur“ schwierig, wird sich dies in der Bonushöhe widerspiegeln dürfen, ohne dass allerdings eine Leistungsbestimmung auf „Null“ gangbar wäre. Vordergründig wenig überraschend hielt der 10. Senat daher im Falle der Bayerischen Landesbank einen Jahresfehlbetrag in Höhe von 328 Millionen Euro im Jahr 2011 nicht ohne Weiteres für geeignet, einen Bonus in Höhe von „Null“ zu rechtfertigen, und verwies das Verfahren zwecks weiterer Sachverhaltsaufklärung an das LAG München als Vorinstanz zurück.¹²³

Das BAG gab dem LAG München dabei sogar auch noch die Feststellung mit auf den Weg, dass für das Jahr 2011 eine Ausnahmesituation, wie sie in den Jahren 2008 und 2009 bestanden hat, bisher nicht ersichtlich sei.¹²⁴ Wie sich der 10. Senat, wohlwissend, dass **Verluste existenzbedrohenden Ausmaßes**, wie sie die Bayerische Landesbank in den Jahren 2008 und 2009 erlitten hat, dem Institut auch noch Jahre später sprichwörtlich in den Knochen stecken und sich in

58

120 LAG Düsseldorf 30.9.2011, 10 Sa 119/11, juris.

121 LAG Düsseldorf 30.9.2011, 10 Sa 119/11, juris.

122 BAG 19.3.2014, 10 AZR 622/13, NZA 2014, 595, 600.

123 BAG 19.3.2014, 10 AZR 622/13, NZA 2014, 595, 602.

124 BAG 19.3.2014, 10 AZR 622/13, NZA 2014, 595, 602.

Kap. 24 Bonusregelungen und Zielvereinbarungssysteme

dessen Eigenkapitalausstattung entsprechend niederschlagen, zu einer formalistisch nach Wirtschaftsjahren differenzierenden Betrachtung hinreißen lassen konnte, wird man sich fragen dürfen. Jedenfalls lieferte der 10. Senat dem LAG München eine perfekte Vorlage, künftig auf der von ihm vorgegebenen Linie zu entscheiden, wovon dieses dann auch prompt Gebrauch gemacht hat, wie ein weiteres Berufungsverfahren eines Mitarbeiters der Bayerischen Landesbank zeigt, der für das Jahr 2011 ebenfalls keinen Bonus erhalten hatte.¹²⁵ Das LAG München knüpft in diesen Entscheiden nahtlos an die Vorgaben des 10. Senats an und führt aus, dass seiner Ansicht nach im Jahr 2011 keine Ausnahmesituation bestanden hätte. Zur Begründung führt das LAG München dabei an, dass die Bank ab Mai 2011 auf freiwilliger Grundlage eine Stabilisierungszulage von jährlich 20 Millionen Euro an tarifliche und außertarifliche Mitarbeiter zahlen würde und darüber hinaus im Jahr 2011 – ebenfalls ohne rechtliche Verpflichtung – ein Prämienbudget zur Honorierung besonderer Leistungen im Rahmen von Projekten und Sonderaufgaben in Höhe von 5 Millionen Euro sowie noch einmal denselben Betrag für freiwillige Gehaltsanpassungen bereitgestellt und damit widerlegt habe, dass keine finanziellen Mittel für variable Vergütung für das Kalenderjahr 2011 zur Verfügung gestanden hätten.¹²⁶

- 59 Obwohl es in gewissem Maße nachvollziehbar erscheint, dass sich ein Unternehmen nicht gleichzeitig auf den Standpunkt stellen kann, dass die Festsetzung eines ermessensabhängigen Bonus auf „Null“ mit Blick auf die Ertragslage gerechtfertigt sei, es andererseits aber an Mitarbeiter ohne eine entsprechende Verpflichtung anderweitige Zuwendungen macht,¹²⁷ eröffnet die Rechtsprechung hier Tür und Tor für Argumente, die rechtlich kaum fassbar und damit auch nicht kontrollierbar sind. Muss sich ein Arbeitgeber für Zwecke variabler Vergütungen auch entgegenhalten lassen, dass beispielsweise eine bestimmte ergebniswirksame Investition genauso gut auch zwei Jahre später hätte getätigt werden können? Oder dass das Ergebnis durch Kartellbußen und Schadensersatzansprüche im Zusammenhang mit Kartellverfahren gemindert wurde, für die der Arbeitnehmer überhaupt nichts konnte? Um hier ein Ausufern der Argumente zu vermeiden, spricht viel dafür, dass sich ein Arbeitgeber für Zwecke der Billigkeit eines diskretionären Bonus – wie auch in Bezug auf unternehmerische Entscheidungen zum Zwecke des Abbaus von Arbeitsplätzen – nur offensichtlich unsachliche, unvernünftige oder willkürliche Aufwendungen entgegenhalten lassen muss, ohne dass es darauf ankäme, ob diese mit oder ohne eine Rechtspflicht getätigt worden sind.

125 LAG München 3.3.2016, 3 Sa 1033/15, BB 2016, 2107 (m. Anm. *Jensen*).

126 LAG München 3.3.2016, 3 Sa 1033/15, BB 2016, 2107, 2111 (m. Anm. *Jensen*).

127 So auch BAG 3.8.2016, 10 AZR 710/14, NZA 2016, 1334, für den Fall, dass Bonuszahlungen an andere Mitarbeiter erfolgt sind, sowie *Preis/Deutzmann*, NZA-Beil. 2017, 101, 107.

Abseits dessen ist aber auch die Parallelität zwischen der Rechtsprechung des 10. Senats zu variabler Vergütung in Verlustszenarien und der Rechtsprechung des 2. Senats zu den Anforderungen einer **Änderungskündigung zum Zwecke einer Entgeltreduzierung** augenfällig. In ständiger Rechtsprechung erkennt der 2. Senat an, dass eine Unrentabilität des Betriebs einer Weiterbeschäftigung der Arbeitnehmer zu unveränderten Arbeitsbedingungen – sprich: zu unverändertem Gehalt – entgegenstehen und daher ein dringendes betriebliches Erfordernis zur Änderung der Arbeitsbedingungen sein kann.¹²⁸ Voraussetzung sei allerdings, dass durch die Senkung der Personalkosten die Stilllegung des Betriebs oder eine deutliche Reduzierung der Belegschaft verhindert werden kann und die Kosten durch andere Maßnahmen nicht zu senken sind, was durch Vorlage eines umfassenden Sanierungsplans nachzuweisen sei, der die Finanzlage des Betriebs, den Anteil der Personalkosten, die Auswirkung der erstrebten Kostensenkungen für den Betrieb und für die Arbeitnehmer darstellt und der darlegt, weshalb andere Maßnahmen nicht in Betracht kommen.¹²⁹ In der Sache sind diese Maßstäbe in vielerlei Hinsicht deckungsgleich mit denjenigen, die der 10. Senat zur Rechtfertigung einer Ermessensausübung auf „Null“ bei Boni anwendet, die auch von der finanziellen Entwicklung des Unternehmens abhängig sind. Der 10. Senat fordert dem Arbeitgeber zwar formal keinen Sanierungsplan ab, nötigt diesem über das Instrument der Verteilung der Darlegungs- und Beweislast (s. Rn. 73 f.) aber einen gleichermaßen umfassenden Vortrag ab, um die Billigkeit seiner Entscheidung zu rechtfertigen und damit einen Übergang des Rechts zur Ermessensausübung nach § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB auf das Gericht zu verhindern. Dies ist insofern auf Wertungsebene wenig nachvollziehbar, als eine Änderungskündigung zur Entgeltreduzierung in aller Regel auch bzw. insbesondere das Fixgehalt betrifft, während dieses dem Arbeitnehmer im Falle eines Nullbonus infolge schlechter Unternehmenskennzahlen ja aber in voller Höhe verbleibt. Der Arbeitgeber kommt nur insofern – wenn man dies denn so bezeichnen will – besser davon, als die Folge einer sozial ungerechtfertigten Änderungskündigung deren vollständige Unwirksamkeit ist, während eine unbillige bzw. eine nicht ausreichend als billig dargelegte Ermessensentscheidung durch die Gerichte ja nur durch eine eigene Ermessensentscheidung des Gerichts ersetzt werden kann, die allerdings ihrerseits der Billigkeit zu entsprechen hat¹³⁰ und die daher kein Freibrief zur Zuerkennung unverhältnismäßig hoher Zahlungen ist (s. Rn. 67).

128 BAG 10.9.2009, 2 AZR 822/07, AP KSchG 1969 § 2 Nr. 142, Rn. 25 m. w. N.

129 BAG 10.9.2009, 2 AZR 822/07, AP KSchG 1969 § 2 Nr. 142, Rn. 25 m. w. N.

130 Vgl. nur Palandt-Grüneberg, § 315 Rn. 19 m. w. N.

4. Poolssysteme und billiges Ermessen

- 61 Nicht unüblich sind diskretionäre Bonusregelungen, die eine Abhängigkeit der leistungsabhängigen Vergütung der Arbeitnehmer von einem **Bonusbudget** bzw. – wohl gebräuchlicher – von einem **Bonuspool** vorsehen, dessen Dotierung von der Geschäftsleitung entsprechend dem betriebswirtschaftlichen Erfolg des Unternehmens vorgenommen wird.
- 62 Das BAG erachtete eine entsprechende Betriebsvereinbarung mit den vor allem aus der Diskussion um Freiwilligkeits- und Widerrufsvorbehalte bekannten Argumenten für rechtmäßig, da sich der Arbeitgeber ja gerade nicht das Recht vorbehalten habe, dem Arbeitnehmer bereits verdiente Vergütung zu entziehen.¹³¹ Danach spricht viel dafür, dass ein **Budgetvorbehalt** im Falle einer individualrechtlichen Vereinbarung auch einer AGB-Kontrolle nach den Maßstäben des § 308 Nr. 4 und des § 307 BGB standhält.
- 63 Sofern nicht schon in der zugrunde liegenden Vereinbarung Vorgaben zur Höhe des zur Verfügung zu stellenden Bonusvolumens gemacht wurden, hat die Dotierung des zu verteilenden Bonuspools gemäß § 315 Abs. 1 BGB im billigen Ermessen zu erfolgen; hierauf haben die Arbeitnehmer, die an einem solchen System teilnehmen, sogar einen individualrechtlichen Anspruch.¹³² Die weitere Verteilung erfolgt sodann nach Maßgabe der zugrunde liegenden Absprache bzw. in Ermangelung belastbarer vereinbarter Regelungen in weiterer Ausübung billigen Ermessens durch den Arbeitgeber.¹³³ Insofern ist allerdings klarzustellen, dass es sich im letzteren Fall um zwei separate Ermessensentscheidungen handelt, die jeweils einer eigenständigen Rechtskontrolle zugänglich sind, da der 10. Senat in seiner Entscheidung vom 19.3.2014 anderenfalls wohl kaum von einem grundsätzlichen Anspruch des einzelnen Arbeitnehmers auf Bewilligung eines angemessenen Budgets einerseits und auf Gewährung einer individuellen Zahlung andererseits ausgegangen wäre.¹³⁴
- 64 Was das arbeitgeberseitige Ermessen bei der Dotierung des Bonuspools anbelangt, gelten die allgemeinen Grundsätze der Ermessensausübung (s. Rn. 53 ff.). Im Rahmen der Ermessenskontrolle scheuen sich die Richter des BAG im Einzelfall nicht, die der Dotierung des Bonuspools zugrunde liegenden Bilanzkennzahlen im Einzelnen zu überprüfen und diese sogar zu korrigieren.¹³⁵
- 65 Eine erwähnenswerte Besonderheit liegt ferner auch darin, dass es dem Arbeitgeber grundsätzlich versagt sein soll, das zu verteilende Bonusvolumen einseitig zu verändern, wenn es erst einmal durch eine entsprechende Ermessensentschei-

131 BAG 19.3.2014, 10 AZR 622/13, NZA 2014, 595, 600.

132 BAG 12.10.2011, 10 AZR 649/10, NZA 2012, 464, 466.

133 *Salamon*, NZA 2014, 465, 469.

134 BAG 19.3.2014, 10 AZR 622/13, NZA 2014, 595, 601.

135 BAG 11.12.2013, 10 AZR 364/13, AP BGB § 315 Nr. 112, Rn. 34.

dung festgelegt worden ist.¹³⁶ Raum für eine Änderung der ursprünglichen Leistungsbestimmung bzw. eine Neubestimmung kann allerdings bei Veränderungen der tatsächlichen oder rechtlichen Voraussetzungen gestattet bzw. im Einzelfall sogar geboten sein.¹³⁷ Rechtliche Relevanz wird diese Rechtsprechung im Ergebnis nur in Fällen haben, in denen der Arbeitgeber einen schon bereitgestellten, aber noch nicht ganz oder teilweise verteilten Bonustopf nachträglich verkleinern möchte. Ist dieser Weg versperrt, wird der Arbeitgeber das angestrebte Ziel schlechterdings auch nicht auf dem Umweg erreichen können, dass er die Boni an die einzelnen Mitarbeiter absichtlich so gering bemisst oder deren Leistungen so schlecht bewertet, dass von dem Bonuspool ein nicht zur Verteilung gelangter Restbetrag übrig bleibt.

Dies soll aber nicht bedeuten, dass ein im Ermessen des Arbeitgebers stehender Bonuspool stets bis auf den letzten Cent zu verteilen ist, es sei denn, dies ist ausdrücklich so vorgesehen. Es kann ja durchaus vorkommen, dass eine größere Anzahl von Mitarbeitern entgegen den Erwartungen Ziele nicht oder nicht vollständig erreicht hat, mit der Folge, dass die variable Vergütung in diesen Fällen entsprechend geringer ausfällt. In einem solchen Fall ist es keineswegs zwingend bzw. entspricht keineswegs der Billigkeit, dass dann diejenigen Mitarbeiter, die ihre Ziele erreicht oder übererfüllt haben, nur wegen Kollegen, die hinter den Erwartungen zurückgeblieben sind, eine höhere variable Vergütung erhalten. Zudem muss gerade Arbeitgebern mit einer größeren Belegschaft eine nicht vollständige Verteilung des Bonuspools – also letztlich eine **Poolreserve** – auch schon deshalb zugestanden werden, weil es nicht ausgeschlossen werden kann, dass einzelne Mitarbeiter im Nachhinein ihre variable Vergütung zur Überprüfung durch die Arbeitsgerichte stellen. Haben die Mitarbeiter, die diesen Weg beschreiten, Erfolg, würde dies im Falle einer bereits vollständigen Verteilung des Bonuspools bedeuten, dass eine **Nachdotierung** stattzufinden hätte. Eine solche braucht der Arbeitgeber nicht hinzunehmen, es sei denn, dass es zu einer Nachdotierung infolge einer zunächst unterbliebenen Beteiligung des Betriebsrats kommt (s. Rn. 24). **66**

5. Leistungsbestimmung durch das Gericht

Stellt sich eine Ermessensentscheidung des Arbeitgebers als unbillig heraus – maßgeblich ist insoweit der **Zeitpunkt**, in dem der Arbeitgeber die Ermessensentscheidung zu treffen hat¹³⁸ – oder hat der insoweit Verpflichtete eine Leis- **67**

¹³⁶ BAG 12.10.2011, 10 AZR 649/10, NZA 2012, 464, 468.

¹³⁷ BAG 12.10.2011, 10 AZR 649/10, NZA 2012, 464, 468.

¹³⁸ BAG 3.8.2016, 10 AZR 710/14, NZA 2016, 1334, 1337, Rn. 30; BAG 31.7.2014, 6 AZR 822/12, AP TV-L § 16 Nr. 9, Rn. 30; BAG 19.3.2014, 10 AZR 622/13, NZA 2014, 595, 600.

tungsbestimmung versäumt oder gar verweigert, so erfolgt aufgrund der gesetzlichen Anordnung des § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB eine richterliche Leistungsbestimmung.¹³⁹ Dabei wird durch die richterliche Ermessensentscheidung direkt über den vom Arbeitnehmer geltend gemachten Anspruch entschieden und nicht – etwa im Sinne einer Rechtskontrolle – überprüft, ob die Festsetzung des Leistungsberechtigten zutrifft; diese Prüfung hat bereits in der ersten Stufe nach § 315 Abs. 3 Satz 1 BGB stattzufinden und ist Voraussetzung dafür, dass es überhaupt zu einer gerichtlichen Leistungsbestimmung nach § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB kommen kann.¹⁴⁰ Während der Arbeitgeber als ursprünglich Bestimmungsverpflichteter den ihm zur Verfügung stehenden Ermessensspielraum bis an dessen Grenzen ausreizen kann, hat sich ein Richter für Urteilszwecke in der Mitte billigen Ermessens zu halten.¹⁴¹ Grundlage für die Leistungsbestimmung durch das Gericht ist dabei der Sachvortrag der Parteien, wobei fehlender Sachvortrag des Bestimmungsberechtigten nicht zur Entstehung einer besonderen Darlegungslast für den Anspruchsteller führt (zur Darlegungs- und Beweislast s. Rn. 72 ff.).¹⁴² Eine gerichtliche Leistungsfestsetzung scheidet ausnahmsweise nur dann aus, wenn jegliche Anhaltspunkte hierfür fehlen.¹⁴³

VII. Störfälle und Kürzungstatbestände

- 68 Bei leistungsbezogener Vergütung stellt sich stets auch die Frage nach dem Umgang mit Störfällen, die etwa in Gestalt von krankheitsbedingten Fehlzeiten innerhalb des Bezugszeitraums, aber auch in Gestalt eines Ruhens des Arbeitsverhältnisses auftreten können. In Fällen von **Krankheit** kommt für den sechswöchigen Zeitraum der Entgeltfortzahlung eine Kürzung leistungsbezogener Vergütung nicht in Betracht;¹⁴⁴ eine Kürzung nach § 4a EfzG kann nämlich nur wirksam für Sonderzahlungen ohne Leistungsbezug vereinbart werden.¹⁴⁵ Für krankheitsbedingte Fehlzeiten, die über den gesetzlichen bzw. einen längeren individual- oder tarifvertraglichen Entgeltfortzahlungszeitraum hinausgehen, ist dagegen nach allgemeinen Grundsätzen kein Bonus zu zahlen, und zwar richtigerweise auch dann nicht, wenn keine Kürzungsabrede getroffen wurde.¹⁴⁶ Inso-

139 BAG 18.2.2015, 4 AZR 778/13, DB 2015, 1972.

140 BAG 3.8.2016, 10 AZR 710/14, NZA 2016, 1334, 1338, Rn. 30.

141 Palandt-Grüneberg, § 315 Rn. 9; Jensen, BB 2014, 2869, 2870; Wensing/Boensch, BB 2014, 2358, 2361.

142 BAG 3.8.2016, 10 AZR 710/14, NZA 2016, 1334, 1338, Rn. 30.

143 BAG 3.8.2016, 10 AZR 710/14, NZA 2016, 1334, 1338.

144 Annuß, NZA 2007, 290, 293.

145 Vgl. nur HWK-Schliemann, § 4 EfzG Rn. 2.

146 Vgl. nur Clemenz/Kreft/Krause-Hoefs, Anhang Rn. 8; DBD-Däubler, Anhang Rn. 416 m. w. N.; Schaub-Linck, § 77 Rn. 22.

fern kann für leistungsbezogene Sonderzahlungen schlechterdings etwas anderes gelten als für die laufende Vergütung.

Auch für Zeiten des beiderseitigen **Ruhens des Anstellungsverhältnisses** ist kein leistungsbezogener Bonus zu zahlen,¹⁴⁷ es sei denn, es wurde ausnahmsweise ausdrücklich etwas anderes vereinbart. **69**

Unterliegt eine Arbeitnehmerin einem mutterschutzrechtlichen **Beschäftigungsverbot**, kommt für dessen Zeitraum keine Kürzung einer leistungsabhängigen Sonderzahlung in Betracht.¹⁴⁸ Dasselbe gilt stets auch für die Dauer der mutterschutzrechtlichen Schutzfristen.¹⁴⁹ Anders verhält es sich hingegen im Falle eines in **Elternzeit** befindlichen Arbeitnehmers. Hier kommt es nicht zu einer geschlechterspezifischen Benachteiligung,¹⁵⁰ sodass für den Zeitraum der Elternzeit kein anteiliger Bonus zu zahlen ist.¹⁵¹ **70**

Bei der Frage, ob eine **Freistellung von der Arbeitspflicht** zu einer zeitanteiligen Kürzung des Bonusanspruchs führt, ist dagegen zu differenzieren. Im Grundsatz ist davon auszugehen, dass auch während einer Freistellung der Anspruch des Arbeitnehmers auf einen leistungsabhängigen Bonus fortbesteht.¹⁵² Der Bonus für die Zeit der Freistellung beläuft sich dann auf dasjenige, was dem Arbeitnehmer bei unterbliebener Freistellung zustehen würde.¹⁵³ Vorgenanntes hat stets zu gelten, wenn ein Arbeitnehmer einseitig vom Arbeitgeber **rechtswidrig** freigestellt wurde.¹⁵⁴ Wurde ein Arbeitnehmer dagegen vom Arbeitgeber einseitig **rechtmäßig** freigestellt – was insbesondere bedeutet, dass der Freistellung eine wirksame vertragliche Vereinbarung zugrunde liegt¹⁵⁵ –, so spricht viel dafür, dass eine leistungsabhängige Vergütung für die Dauer einer solchen Freistellung nicht zu zahlen ist.¹⁵⁶ Dies wird jedenfalls dann gelten, wenn diese Rechtsfolge in der Freistellungsklausel bereits angelegt ist; eine unangemessene Benachteiligung i. S. v. § 307 Abs. 2 BGB wohnt einer solchen Gestaltung nicht inne. Im Falle einer **einvernehmlichen** Freistellung kann dem Arbeitgeber schließlich kaum der Vorwurf angelastet werden, dass er verhindert habe, dass der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung nicht erbringen kann. Aus diesem Grunde wird man jedenfalls dann, wenn zum Schicksal des Bonus während der Frei- **71**

147 Clemenz/Kreft/Krause-Hoefs, Anhang Rn. 8.

148 Schaub-Linck, § 77 Rn. 22 m. w. N.

149 DBD-Däubler, Anhang Rn. 417.

150 Schaub-Linck, § 77 Rn. 22 m. w. N.

151 DBD-Däubler, Anhang Rn. 416.

152 DBD-Däubler, Anhang Rn. 222.

153 Kramer, DB 2008, 2538, 2539.

154 Fuhlrott/Balupuri-Beckmann, ArbRAktuell 2011, 393, 395 mit Hinweis auf LAG München 23.7.2009, 4 Sa 103/09.

155 Siehe dazu Clemenz/Kreft/Krause-Klump, § 307 Rn. 184 m. w. N.

156 Fuhlrott/Balupuri-Beckmann, ArbRAktuell 2011, 393, 395 m. w. N.

stellung nichts ausdrücklich vereinbart worden ist, davon auszugehen haben, dass ein solcher nicht geschuldet ist.¹⁵⁷

VIII. Darlegungs- und Beweislast

- 72 Die Frage nach der Verteilung der **Darlegungs- und Beweislast** stellt sich bei Zielvorgaben, Zielvereinbarungen und Bonusregelungen an den verschiedensten Stellen. Soweit sich der Arbeitgeber bei offenen bzw. **diskretionären Bonus-systemen** – durch die Verwendung von Zielvorgaben, durch Freiheit hinsichtlich der Gewichtung der Ziele zueinander, durch Ermessen hinsichtlich der Höhe des Bonus – Flexibilität vorbehalten hat, ist er hinsichtlich der Frage, ob die von ihm vorgenommene Leistungsbestimmung billigem Ermessen entspricht, voll darlegungs- und beweisbelastet.¹⁵⁸ Hier geht es also um die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Arbeitgeber eine gerichtliche Leistungsbestimmung nach § 315 Abs. 3 BGB verhindern kann und damit um die Verbindlichkeit der von ihm getroffenen Bonusentscheidung.¹⁵⁹
- 73 Gelingt es dem Arbeitgeber nicht, die Billigkeit seiner Ermessensentscheidung zur Überzeugung des Gerichts darzulegen, hat gemäß § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB eine **Leistungsbestimmung durch Urteil** zu erfolgen. Während das BAG bislang auch in diesem Bereich von einer dahingehenden abgestuften Darlegungs- und Beweislast¹⁶⁰ ausging, dass sich der Arbeitgeber etwa zur Richtigkeit der Leistungsbewertung,¹⁶¹ zum Unternehmensergebnis¹⁶² oder auch zur Gewichtung von Zielen erklären musste¹⁶³ und dass sich der Umfang der Darlegungspflicht nach dem Maß des Bestreitens durch den Arbeitnehmer richtet,¹⁶⁴ kann dies seit der Entscheidung des 10. Senats vom 3.8.2016¹⁶⁵ nicht mehr gelten. Nach dieser Entscheidung ist Grundlage für eine Leistungsbestimmung durch Urteil der Sachvortrag der Parteien, ohne dass es eine Darlegungs- und Beweislast im prozessualen Sinne gibt; jede Partei ist vielmehr nur gehalten, die für ihre Position sprechenden Umstände vorzutragen, weil das Gericht nur die ihm be-

157 Behrens/Rinsdorf, NZA 2006, 830, 833 m.w.N.; so auch Fuhlrott/Balupuri-Beckmann, ArbRAktuell 2011, 393, 395.

158 BAG 13.5.2015, 10 AZR 266/14, NZA 2015, 992, 994, Rn. 28; BAG 20.3.2013, 10 AZR 8/12, NZA 2013, 970, 974, Rn. 33 m.w.N.

159 BAG 3.8.2016, 10 AZR 710/14, NZA 2016, 1334, 1338, Rn. 30, mit Hinweis u.a. auf Staudinger-Rieble, § 315 BGB Rn. 521.

160 BAG 13.5.2015, 10 AZR 266/14, NZA 2015, 992, 994, Rn. 27.

161 Reinfelder, NZA-Beil. 2014, 10, 15.

162 BAG 14.11.2012, 10 AZR 783/11, NZA 2013, 1150, 1156, Rn. 49.

163 BAG 14.11.2012, 10 AZR 783/11, NZA 2013, 1150, 1156, Rn. 49.

164 BAG 14.11.2012, 10 AZR 783/11, NZA 2013, 1150, 1156, Rn. 53 ff.

165 BAG 3.8.2016, 10 AZR 710/14, NZA 2016, 1334.

kannten Umstände in seine Bestimmung einbringen kann.¹⁶⁶ Das bedeutet, dass das Gericht einen Bonus auf Grundlage der aktenkundig gewordenen Umstände – die in den Vorjahren gezahlten Boni können insoweit einen wichtigen Faktor darstellen, da durch sie regelmäßig zum Ausdruck kommt, welche Höhe eine solche Leistung unter welchen konkreten Umständen (Leistung des Arbeitnehmers, Unternehmenserfolg etc.) erreichen kann – festzusetzen hat.¹⁶⁷ Hat sich der bestimmungsberechtigte Arbeitgeber zu bestimmten Faktoren, die sich dem Kenntnisbereich des Arbeitnehmers entziehen, nicht geäußert, geht dies nicht zu dessen Lasten, sondern führt zu einer vom Arbeitgeber hinzunehmenden Unschärfe im Rahmen der gerichtlichen Schätzung, während eine gerichtliche Leistungsfestsetzung nur ausnahmsweise ausscheidet, nämlich wenn jegliche Anhaltspunkte für eine Schätzung fehlen.¹⁶⁸ Lehrbuchbeispiel für eine gerichtliche Leistungsbestimmung bei dünner Faktenlage ist das Urteil des OLG Frankfurt am Main vom 18.4.2018,¹⁶⁹ mit dem einem Bankvorstand ein Bonus von 500.000 Euro zugesprochen wurde.

Soweit im Falle von fixen bzw. **formelbasierten Bonussystemen**, die eine Verzielung aufgrund von Zielvereinbarungen vorsehen (s. Rn. 51), kein Raum mehr für die Ausübung von Ermessen besteht, spricht dagegen viel dafür, die für das Zeugnisrecht entwickelten Grundsätze anzuwenden, wonach der Arbeitnehmer in Bezug auf eine überdurchschnittliche Leistung und der Arbeitgeber in Bezug auf eine unterdurchschnittliche Leistung beweisbelastet ist.¹⁷⁰ Geht es um die Erreichung harter Ziele wie Umsatz- oder Kundenzahlen, ist konkreter Vortrag des Arbeitnehmers möglich und auch erforderlich.¹⁷¹ Geht es hingegen um das Erreichen weicher Ziele, muss der Arbeitgeber seine Wertungen auf entsprechendes Bestreiten hin konkretisieren und plausibel machen.¹⁷² **74**

IX. Prozessuales

Die soeben dargestellten Grundsätze über die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast werfen in einem weiteren Schritt die prozessuale Frage nach der zutreffenden Klageart auf, will ein Arbeitnehmer Zahlungsansprüche in Bezug auf einen im Ermessen des Arbeitgebers stehenden Bonus erheben. Ob der Arbeit- **75**

166 BAG 3.8.2016, 10 AZR 710/14, NZA 2016, 1334, 1338, Rn. 30, mit Hinweis u. a. auf Staudinger-Rieble, § 315 BGB Rn. 521.

167 BAG 3.8.2016, 10 AZR 710/14, NZA 2016, 1334, 1339, Rn. 35; siehe auch Salamon/Wessels, BB 2017, 885, 889.

168 BAG 3.8.2016, 10 AZR 710/14, NZA 2016, 1334, 1338.

169 OLG Frankfurt am Main, 4 U 120/17, juris.

170 Annuß, NZA 2007, 290, 294; ausdrücklich offengelassen BAG 14.11.2012, 10 AZR 783/11, NZA 2013, 1150, 1156, Rn. 53.

171 Schaub-Linck, § 77 Rn. 16.

172 Schaub-Linck, § 77 Rn. 16.

nehmer im Wege der **Stufenklage** vorzugehen hat oder ob er besser gleich zur **Leistungsklage** greifen sollte, dürfte spätestens nach der Entscheidung des 10. Senats vom 3.8.2016¹⁷³ im Sinne der letzteren Alternative zu beantworten sein. In der Entscheidung stellt das BAG nämlich klar, dass sich ein Arbeitnehmer im Falle diskretionärer Bonussysteme, bei denen der Bonus von Umständen wie beispielsweise der Pooldotierung abhängt, die außerhalb des Kenntnisbereichs des Arbeitnehmers liegen, nicht auf eine **Auskunftsklage** und damit auf eine Stufenklage verweisen lassen muss.¹⁷⁴ Im Falle formelbasierter Bonussysteme kann und muss nichts anderes gelten, auch hier ist die Leistungsklage das Mittel der Wahl.

- 76 Sofern sich ein Arbeitnehmer zunächst für die Erhebung einer **Auskunftsklage** entschieden hat, löst dies keine Umkehr der Darlegungs- und Beweislast in Bezug auf die Frage auf, ob die vom Arbeitgeber getroffene Leistungsbestimmung der Billigkeit entspricht; die Auskunftsklage und die Klage auf richterliche Ersatzbestimmung haben nach Auffassung des 10. Senats nämlich unterschiedliche Streitgegenstände.¹⁷⁵ Zudem soll eine im Rahmen einer Stufenklage ergangene Entscheidung über Auskunftsansprüche, egal ob formelle Rechtskraft eingetreten ist oder nicht, nie Rechtskraft im Hinblick auf den auf letzter Stufe verfolgten Anspruch gemäß § 315 Abs. 3 BGB und auch keine Bindung i. S. v. § 318 ZPO entfalten.¹⁷⁶ Daher sei es rechtlich nicht ausgeschlossen, dass Vorfragen zur Bonusmessung auf Ebene der zweiten Stufe anders beurteilt werden als durch Teilurteil auf erster Stufe.¹⁷⁷

173 BAG 3.8.2016, 10 AZR 710/14, NZA 2016, 1334.

174 BAG 3.8.2016, 10 AZR 710/14, NZA 2016, 1334, 1338, Rn. 30, mit Hinweis auf Staudinger-Rieble, § 315 BGB Rn. 388.

175 BAG 3.8.2016, 10 AZR 710/14, NZA 2016, 1334, 1338, Rn. 28.

176 BAG 3.8.2016, 10 AZR 710/14, NZA 2016, 1334, 1338, Rn. 28.

177 BAG 3.8.2016, 10 AZR 710/14, NZA 2016, 1334, 1338, Rn. 28, mit Hinweis auf BGH 16.6.2010, VIII ZR 62/09, NJW-RR 2011, 189, Rn. 24.

Kapitel 25

Die Provision

Schrifttum: *Baumbach/Hopt*, HGB, 38. Aufl. 2018; *Richardi*, Kommentar zum BetrVG, 16. Aufl. 2018; *Schaub*, ArbR Handbuch, 17. Aufl. 2017; *Oetker*, Handelsgesetzbuch, 5. Aufl. 2017; *Moll*, Münchner Anwaltshandbuch ArbR, 4. Aufl. 2017; Münchner Kommentar BGB, 7. Aufl. 2016; Münchner Kommentar HGB, 4. Aufl. 2016; *Hamacher*, Antragslexikon ArbR, 2. Aufl. 2015; *Jacobs*, Betriebsratsvergütung bei arbeitszeitunabhängiger Provision; *Maschmann/Sieg/Göpfert*, ArbR, 2. Aufl. 2016; *Kelber/Zeißig/Birkefeld*, 1. Aufl. 2016, *Boecken/Düwel/Diller/Hanau-Reinhard*, 1. Aufl. 2016; *Küttner*, Personalbuch 2018, 25. Aufl. 2018.

Übersicht

	Rn.		Rn.
I. Begriff der Provision	1	e) § 87a Abs. 1 Satz 1 HGB –	
1. Definition	1	Ausführung des Geschäft-	
2. Abgrenzung zu Umsatzbeteili-		tes	24
gungen	3	3. § 87a Abs. 2 HGB – Unter-	
3. Abgrenzung zu Tantiemen	5	gang des Provisionsan-	
II. Die Verweisung des § 65 HGB –		spruches	29
Das gesetzliche Leitbild	6	4. § 87c HGB – Fälligkeit der	
1. Die Reichweite der Verwei-		Provision	32
sung des § 65 HGB	6	5. Verhältnis zu Mindestlohn	
2. Entstehung des Provisions-		und Tarifverträgen	33
anspruches	8	III. Grenzen der arbeitsvertraglichen	
a) § 87 Abs. 1 Satz 1 1. Alter-		Gestaltung	36
native HGB (Provision für		1. Ausschluss von Folgeprovisio-	
während des Vertragsverhält-		nen für Folgegeschäfte, Nach-	
nisses abgeschlossene Ge-		bestellungen von Kunden, die	
schäfte)	9	der Arbeitnehmer geworben	
aa) Geschäftsabschluss	9	hat – § 87 Abs. 1 Satz 1	
bb) Tätigkeit des Arbeitneh-		2. Alternative HGB	36
mers / Kausalität	15	2. Ausschluss von Provisionen	
cc) Zeitpunkt des Abschlus-		für Geschäfte, die nach Been-	
ses	16	digung des Arbeitsverhältnis-	
b) § 87 Abs. 1 Satz 1 2. Alter-		ses abgeschlossen oder aus-	
native HGB – Geschäfte der		geführt worden sind	37
gleichen Art	17	a) Die Rechtsprechung des	
c) § 87 Abs. 3 HGB – Geschäfte,		BAG	38
die nach Beendigung des		b) Die Rechtsprechung des	
Arbeitsverhältnisses abge-		BGH	47
schlossen werden	18	c) Eigene Stellungnahme	50
d) Anteilige Provision	23		

Kap. 25 Die Provision

IV. Durchsetzung der Provisions- ansprüche	56	1. Entgeltfortzahlungsgesetz . . .	65
1. § 87c Abs. 1 HGB – Abrechnung	56	2. Urlaubsentgelt	70
2. § 87c Abs. 2 HGB – Buchauszug	58	3. Betriebsratsmitglieder § 37 Abs. 2 BetrVG i.V.m. § 611 BGB	72
3. § 87c Abs. 3 HGB – Auskunftsanspruch	61	VI. Mitbestimmung des Betriebs- rates	73
4. § 87c Abs. 4 HGB – Einsicht in die Geschäftsbücher	62	1. § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG . . .	73
V. Provision und Regeln des Lohns ohne Arbeit	65	2. § 87 Abs. 1 Nr. 11 BetrVG . . .	74
		3. Rechtsfolgen bei Verletzung des Mitbestimmungsrechts . . .	75

I. Begriff der Provision

1. Definition

- 1 Die Provision zählt zu den ältesten Formen erfolgsabhängiger Vergütung im Arbeitsleben. Bereits die ursprüngliche Fassung des HGB aus dem Jahre 1897 sah in § 65 vor, dass zentrale Vorschriften über Provisionen für selbständige Handelsvertreter auch für angestellte Handlungsgehilfen gelten sollen. Auch wenn seit den 80er Jahren des vergangenen Jahrhunderts moderne Zielvereinbarungs- und Bonussysteme aufkamen, wurde die Provision hierdurch nicht verdrängt. Sie ist nach wie vor im Vertrieb verbreitet, in manchen Branchen vielleicht sogar dominierend. Dies mag an ihrer strikten Orientierung an der persönlichen Leistung liegen. Die Provision stellt die konsequenteste Umsetzung des Grundsatzes „You eat what you kill“ dar und übt eine starke Anreizwirkung aus.
- 2 Die Provision stellt eine prozentuale Beteiligung an dem Wert solcher Geschäfte dar, die durch den Provisionsberechtigten zustande kommen (**Vermittlungsprovision**) oder die mit Kunden eines bestimmten Bezirks oder einem vorbehaltenen Kundenstamm abgeschlossen werden (**Bezirksprovision**).

2. Abgrenzung zu Umsatzbeteiligungen

- 3 Abzugrenzen ist die Provision von **Umsatzbeteiligungen**. Umsatzbeteiligungen knüpfen nicht an den persönlichen Umsatz des Arbeitnehmers, sondern an den Gesamtumsatz des Unternehmens an. Sie unterfallen deshalb auch nicht den Regelungen der §§ 87 ff. HGB.
- 4 Noch nicht abschließend geklärt ist, ob die §§ 87 ff. HGB anwendbar sind, wenn die variable Vergütung an den Umsatz einer kleinen Mitarbeitergruppe anknüpft. Richtigerweise ist dies zu bejahen, wenn die kleine Mitarbeitergruppe einen vorbehaltenen Kundenstamm bedient, nicht aber wenn kein vorbehaltener **Kun-**

denstamm existiert. Jede andere Auslegung führt dazu, die Spezialregelungen der §§ 87 ff. HGB, die stets auf die persönliche Vermittlung oder aber auf vorbehaltenen Geschäfte abstellen, über Gebühr auszudehnen.

3. Abgrenzung zu Tantiemen

Tantiemen knüpfen nicht an den Umsatz eines vermittelten oder vorbehaltenen Geschäfts, sondern an den Gewinn eines Unternehmens an. Sie unterliegen deshalb ebenfalls nicht den Regelungen der §§ 87 ff. HGB. **5**

II. Die Verweisung des § 65 HGB – Das gesetzliche Leitbild

1. Die Reichweite der Verweisung des § 65 HGB

Die Provision ist die typische Form der Vergütung für Handelsvertreter. § 65 HGB beinhaltet eine Verweisung, dass bestimmte Regelungen der §§ 87 ff. HGB auch auf Arbeitnehmer Anwendung finden. In § 65 HGB heißt es: **6**

„Ist bedungen, dass der Handlungsgehilfe für Geschäfte, die von ihm geschlossen oder vermittelt werden, Provisionen erhalten soll, so sind die für die Handelsvertreter geltenden Vorschriften des § 87 Abs. 1 und 3 sowie der §§ 87a bis 87c HGB anzuwenden.“

Der Verweis erfasst die Regelungen zu den Voraussetzungen, zur Fälligkeit und zur Höhe der Provision. Nicht erfasst werden die Regelungen des § 86a HGB zur Ausstattung und zu den Unterlagen sowie den Mitteilungspflichten, der Anspruch auf die Bezirksprovision gem. § 87 Abs. 2 HGB, der Anspruch auf die Zahlung einer Inkassoprovision gem. § 87 Abs. 4 HGB und v.a. der Handelsvertreterausgleichsanspruch gem. § 89b HGB. **7**

2. Entstehung des Provisionsanspruches

Der Anspruch auf Zahlung einer Provision entsteht, wenn **8**

- ein Arbeitsvertrag mit einer Provisionsabrede geschlossen wurde,
- in provisionspflichtiges Geschäft abgeschlossen wurde und
- das Geschäft ausgeführt wurde oder aber nicht ausgeführt wurde, wenn und soweit die Nichtausführung auf Umständen beruht, die der Unternehmer nicht zu vertreten hat.¹

¹ § 87 Abs. 3 HGB.

Kap. 25 Die Provision

a) § 87 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 HGB (Provision für während des Vertragsverhältnisses abgeschlossene Geschäfte)

aa) Geschäftsabschluss

- 9 Der Arbeitnehmer hat Anspruch auf Provision für alle während des Vertragsverhältnisses abgeschlossenen Geschäfte, die auf seine Tätigkeit zurückzuführen sind. Geschäfte im Sinne des § 87 HGB sind solche, die unmittelbar dem Leistungsaustausch zugrunde liegen.
- 10 **Dauerschuldverhältnisse** sind provisionspflichtig. Die Provision ist bei Bedarfsüberlassungs- und Nutzungsverträgen von bestimmter Dauer v. Entgelt für die Vertragsdauer zu berechnen. Bei unbestimmter Dauer ist die Provision v. Entgelt bis zum Zeitpunkt zu berechnen, zu der erstmals von dem Dritten gekündigt werden kann.²
- 11 **Bezugs- und Rahmenverträge** sind – vorbehaltlich einer abweichenden Provisionsabsprache – nicht provisionspflichtig. Sie räumen dem Kunden generell nur Bezugsrechte ein oder verpflichten diese, in Zukunft Geschäfte bestimmter Art mit dem Unternehmer abzuschließen. Sie stellen deshalb noch kein Umsatzgeschäft dar.³
- 12 **Sukzessiv-Lieferverträge** sind indes provisionspflichtig. Bei einem Sukzessiv-Liefervertrag geht der Kunde nämlich mit Vertragsschluss die Verpflichtung ein, weitere Leistungen zu beziehen, soweit er das Vertragsverhältnis nicht aufkündigt.
- 13 **Vorverträge** stellen keinen Geschäftsabschluss im Sinne des § 87 Abs. 1 S. 1 HGB dar. Zwar liegt bei einem Vorvertrag schon eine Verpflichtung des Kunden zum Abschluss des Hauptvertrages vor. Das Umsatzgeschäft ist aber noch nicht abschließend festgelegt.⁴
- 14 **Aufbauversicherungen** zeichnen sich dadurch aus, dass sich die Versicherungssumme in regelmäßigen Zeitabständen erhöht, soweit der Versicherungsnehmer nicht widerspricht. Bei der Vermittlung einer Aufbauversicherung gehen die Erhöhungen auf das Vermittlungsgeschäft bei Abschluss des Versicherungsvertrages zurück und sind provisionspflichtig.⁵

bb) Tätigkeit des Arbeitnehmers/Kausalität

- 15 Der Anspruch auf eine Provision setzt voraus, dass das provisionspflichtige Geschäft auf die Tätigkeit des Arbeitnehmers zurückzuführen ist. Die Tätigkeit des

2 § 87b Abs. 3 HGB.

3 MüKoHGB- von Hoyningen-Huene, § 87 HGB Rn. 60.

4 vgl. dazu MüKoHGB-von Hoyningen-Huene, § 87 HGB Rn. 62.

5 BAG 28.2.1984, 3 AZR 472/81, BB 1984, 1687.

Arbeitnehmers muss kausal für das **Zustandekommen des Geschäftes** gewesen sein. Es muss feststellbar sein, dass das Geschäft ohne die Mitwirkung des Arbeitnehmers nicht oder nicht in der abgeschlossenen Form zustande gekommen wäre. Nicht erforderlich ist, dass der Arbeitnehmer für den Geschäftsabschluss allein oder ausschließlich verantwortlich war. Es genügt jede **Mitursächlichkeit** des Arbeitnehmers. Die Mitursächlichkeit wird bei einer unmittelbaren Bestellung eines Kunden bei dem Unternehmen bejaht, wenn der Kunde sich zuvor als Ausstellungsbesucher bei dem Handelsvertreter informiert hat, ferner bei einem unmittelbaren Abschluss des Kunden bei dem Unternehmer, wenn der Handelsvertreter den Kunden zuvor beraten hat. Als für die Provisionen nicht ausreichend angesehen werden völlig untergeordnete Tätigkeiten, die letztlich für den Vertragsschluss keine Relevanz haben, wie etwa die Schreibhilfe des Handelsvertreters,⁶ die Übersetzungshilfe durch den Handelsvertreter bzw. der bloße Nachweis einer Gelegenheit zum Vertragsabschluss für den Unternehmen.⁷

cc) Zeitpunkt des Abschlusses

§ 87 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 HGB setzt ferner voraus, dass das Geschäft noch während des Bestehens des Arbeitsverhältnisses abgeschlossen wurde. Wird das Geschäft erst nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses abgeschlossen, greift § 87 Abs. 3 HGB. **16**

b) § 87 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 HGB – Geschäfte der gleichen Art

Ein weiterer Tatbestand, der zum Entstehen eines Provisionsanspruches führt, ist der des § 87 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 HGB. Hierbei handelt es sich um Provisionen für Geschäfte, die mit Dritten geschlossen werden, die der Arbeitnehmer für Geschäfte gleicher Art geworben hat. Der Sache nach handelt es sich um neu geworbene Kunden. Das gesetzliche Leitbild des § 87 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 HGB führt bei neu geworbenen Kunden zu einem Kundenschutz des Arbeitnehmers für von ihm geworbene neue Kunden für **Folgegeschäfte**. Neukunden i.d.S. sind auch solche Kunden, die zwar schon früher mit dem Unternehmer in einer Geschäftsbeziehung standen, deren Geschäftsbeziehung aber zwischenzeitlich vollständig abgebrochen oder zum Erliegen gekommen ist. Auch solche Kunden können einem Unternehmen durch den Arbeitnehmer neu zugeführt werden. **17**

⁶ OLG Köln 4.11.1970, 2 U 35/70, DB 1971, 327.

⁷ MüKoHGB-von Hoyningen-Huene, § 87 HGB Rn. 39 m. w. N.

Kap. 25 Die Provision

c) § 87 Abs. 3 HGB – Geschäfte, die nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses abgeschlossen werden

- 18** § 87 Abs. 3 HGB regelt die Provisionspflichtigkeit von Geschäften, die erst nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses abgeschlossen werden. Dem Arbeitnehmer steht bei derartigen Geschäften ein Anspruch auf Provision zu, wenn er das Geschäft vermittelt hat oder er es eingeleitet und so vorbereitet hat, dass der Abschluss überwiegend auf seine Tätigkeit zurückzuführen ist und das Geschäft innerhalb einer angemessenen Frist nach Beendigung des Vertragsverhältnisses abgeschlossen wird oder wenn dem Arbeitgeber vor Beendigung des Vertragsverhältnisses das Angebot des Dritten zum Abschluss eines Geschäftes, für das der Arbeitnehmer Anspruch auf eine Provision hat, dem Handelsvertreter oder dem Unternehmen zugegangen ist.
- 19** Ohne Weiteres einsichtig ist die Kausalität zwischen der Arbeitsleistung des Arbeitnehmers und dem abgeschlossenen Geschäft in den Fällen, in denen das Angebot des Kunden noch zum Zeitpunkt des Bestehens des Arbeitsverhältnisses eingeht und der Arbeitgeber dieses Angebot erst später annimmt. Dies gilt unabhängig davon, wann das vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses eingehende Angebot des Dritten von dem Arbeitgeber angenommen wird.
- 20** Weitaus schwieriger ist die Zurechnung der Leistung des Arbeitnehmers im Falle des § 87 Abs. 3 Ziff. 1 HGB. Hier muss das Geschäft nämlich nicht nur auf die Tätigkeit des Arbeitnehmers zurückzuführen sein. Der Arbeitnehmer muss das Geschäft vermittelt haben. „Vermittelt“ i.d.S. bedeutet, dass die Vertragsbedingungen im Wesentlichen festliegen und zum rechtswirksamen Zustandekommen des abschlussreifen Geschäftes nur noch die Willenserklärungen abgegeben werden müssen. I.E. müssen zumindest die *essentialia negotii* des Geschäftes vollständig ausgehandelt worden sein.
- 21** Sollte der Arbeitnehmer das Geschäft nicht i.d.S. vermittelt haben, sondern das Geschäft sonst eingeleitet oder vorbereitet haben, so muss der Abschluss des Geschäftes überwiegend auf die Tätigkeit des Arbeitnehmers zurückzuführen sein. Dies ist letztlich eine Wertungsfrage und im Einzelfall zu beurteilen.
- 22** Schließlich muss das Geschäft in den Fällen, in denen das Angebot des Kunden erst nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses eingeht, innerhalb angemessener Zeit nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses abgeschlossen werden. Dies ist ein wesentlicher Unterschied zu dem Tatbestand des § 87 Abs. 3 Ziff. 2 HGB, bei dem das Angebot schon während des Bestandes des Arbeitsverhältnisses eingeht, aber auch beliebig lange Zeit später angenommen werden kann. Was noch als angemessene Frist anzusehen ist, bestimmt sich im Einzelfall, nach Art, Inhalt und Bedeutung des abgeschlossenen Geschäfts. Je mehr Aufwand die Vorbereitung des Geschäfts mit sich zieht, desto länger ist auch die Frist. Bei Abschlüssen über Saisonware darf die Annahme nicht später als das Erscheinen der

Muster erfolgen. Bei sofort lieferbarer Stapelware ist die Frist im Zweifel kürzer als bei der Lieferung einer Maschine mit Spezialanfertigung. Für die Auftragserteilung zur Bestellung einer Beregnungsanlage hat der BGH einen Zeitraum von zwei Jahren nach Beendigung des Vertreterverhältnisses noch als angemessen angesehen.⁸

d) Anteilige Provision

§ 87 HGB sieht sowohl bei Geschäften, die während des Arbeitsverhältnisses abgeschlossen werden, als auch bei Geschäften, die erst nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses abgeschlossen werden, unter besonderen Umständen die Teilung der Provision vor. § 87 Abs. 3 S. 2 HGB bestimmt nämlich, dass dem nachfolgenden Handelsvertreter bzw. Arbeitnehmer die Provision nur anteilig zusteht, wenn wegen besonderer Umstände eine Teilung der Provision der Billigkeit entspricht. Korrespondierend sieht § 87 Abs. 1 S. 2 HGB vor, dass der Anspruch auf Provision für Geschäfte, die der Handelsvertreter oder Arbeitnehmer vermittelt, nicht besteht, wenn und soweit die Provision nach § 87 Abs. 3 HGB dem ausgeschiedenen Handelsvertreter/Arbeitnehmer zusteht. **23**

e) § 87a Abs. 1 S. 1 HGB – Ausführung des Geschäftes

Nach § 87a Abs. 1 S. 1 HGB hat der Handelsvertreter/Arbeitnehmer Anspruch auf Provision, sobald und soweit der Unternehmer das Geschäft ausgeführt hat. Die Regelung des § 87a HGB ist mit „**Fälligkeit**“ überschrieben, regelt aber der Sache nach, wann die durch § 87 HGB begründete, aufschiebend bedingte **Provisionsanwartschaft** zum Vollrecht erstarkt bzw. wann genau der Provisionsanspruch entsteht.⁹ **24**

Für die Ausführung des Geschäftes ist nicht das Zustandekommen des Kausalgeschäftes maßgeblich, sondern die Erbringung der Leistungshandlung. Sofern es sich um einen Werkvertrag handelt, ist die Herstellung des Werkes, nicht aber die Abnahme durch den Besteller, entscheidend. Im Falle des Versandkaufes genügt für die Ausführung des Geschäftes die Aufgabe der Ware zum Versand. **25**

Keine Ausführung liegt vor, wenn der Dritte die vertragsgemäße Leistung zu Recht als mangelhaft zurückweist. Die Leistung von Erfüllungssurrogaten, insb. Schadensersatz wegen Nichterfüllung, ist als Ausführung des Geschäftes zu qualifizieren. Leistet der Kunde Schadensersatz wegen Nichterfüllung, steht der Unternehmer so, als wenn das vermittelte Geschäft ausgeführt worden wäre. Gründe dafür, die Provision nicht zu zahlen, gibt es nicht. **26**

⁸ BGH 30.1.1964, XII ZR 83/62, NJW 1964, 2489 ff.

⁹ MüKoHGB-von Hoyningen-Huene, § 87a HGB, Rn. 3.

- 27 Abweichende Vereinbarungen können getroffen werden. Vereinbart der Arbeitgeber mit dem Arbeitnehmer, dass die Provision erst bei der Leistung durch den Kunden zu zahlen ist, hat der Arbeitnehmer mit Ausführung des Geschäftes durch den Unternehmer Anspruch auf einen angemessenen Vorschuss, der spätestens am letzten Tage des auf die Ausführung folgenden Monats fällig wird. Jedenfalls aber hat der Handelsvertreter/Arbeitnehmer Anspruch auf Provision, sobald und soweit der Dritte das Geschäft ausführt, insb. wenn der Dritte zahlt.¹⁰
- 28 Der Handelsvertreter/Arbeitnehmer hat auch dann einen Anspruch auf die Provision, wenn feststeht, dass der Unternehmer das Geschäft ganz oder teilweise nicht oder nicht so ausführt, wie es abgeschlossen worden ist.¹¹ Im Falle der Nichtausführung des Geschäftes entfällt der Provisionsanspruch lediglich dann, wenn und soweit die Nichtausführung auf Umständen beruht, die v. Unternehmer nicht zu vertreten sind. Das „Vertreten müssen“ i. d. S. umfasst eigenes Verschulden i. S. d. § 276 BGB, das Verschulden von Erfüllungsgehilfen und das Entstehen für Umstände, die in die Risikosphäre des Unternehmers fallen oder für die er das Risiko übernommen hat.¹²

3. § 87a Abs. 2 HGB – Untergang des Provisionsanspruches

- 29 Steht fest, dass der Dritte nicht leistet, so entfällt der Anspruch auf die Provision. Bereits empfangene Beträge sind zurückzugewähren. § 87a Abs. 2 HGB erfasst die Fälle, in denen der Unternehmer seine Leistung erbringt, der Dritte aber nicht. Sagt der Dritte sich bereits vor Ausführung des Geschäftes los, mangelt es an einer Ausführung.
- 30 Voraussetzung für den Untergang des Anspruches ist die Feststellung der Nichtleistung. Diese Feststellung ist mit gebotener Zurückhaltung zu treffen. Den Unternehmer/Arbeitgeber trifft nämlich die Obliegenheit, seine Rechte anzumahnen und ggf. auch im Wege der Klage durchzusetzen. Ein Absehen von einer Klage oder Vollstreckung steht nur unter besonderen Voraussetzungen der Nichtleistung nicht entgegen, nämlich dann, wenn es sich um geringfügige Beiträge handelt oder eine Vollstreckung aussichtslos ist. Von einer Nichtleistung ist auch bei einer Zahlungsunfähigkeit des Dritten auf absehbare Zeit auszugehen, ferner, wenn der Dritte seine Zahlungspflicht unter Hinweis auf solche Tatsachen bestreitet, die den Prozessausgang ungewiss machen. Nicht ausreichend ist der Wunsch des Kunden, das Geschäft nicht durchzuführen. Anderes gilt nur dann, wenn es sich um einen wichtigen ständigen Geschäftspartner handelt, der droht, die Geschäftsbeziehung insgesamt abubrechen.¹³

10 § 87 Abs. 1 S. 3 HGB.

11 § 87 Abs. 3 S. 1 HGB.

12 BGH 23.1.2014, VII ZR 168/13, NJW 2014, 930.

13 MüKoHGB-von Hoyningen-Huene, § 87a HGB, Rn. 37.

Entfällt der Provisionsanspruch, sind empfangene Beträge nach § 87 Abs. 2 2. HS zurückzugewähren. Die **Rückgewährpflicht** richtet sich nach § 346 ff. BGB. § 818 Abs. 3 BGB ist unanwendbar. **31**

4. § 87c HGB – Fälligkeit der Provision

Der Unternehmer/Arbeitgeber hat über die Provision monatlich abzurechnen. **32**
Der Abrechnungszeitraum kann auf höchstens drei Monate erstreckt werden, § 87 Abs. 3 S. 1 HGB. Die Abrechnung hat im Übrigen unverzüglich, spätestens bis zum Ende des nächsten Monats zu erfolgen, § 87c Abs. 1 S. 2 HGB.

5. Verhältnis zu Mindestlohn und Tarifverträgen

Einem Arbeitnehmer steht unabhängig von der Frage, wie hoch der Provisionsanspruch ist, ein Anspruch auf den **Mindestlohn** zu. Provisionsansprüche werden auf den Mindestlohn angerechnet. **33**

Sofern ein **Tarifvertrag** normativ gilt, gilt das Günstigkeitsprinzip. Der 4. Senat hatte sich im Januar 2000 mit der Frage auseinanderzusetzen, welche Ansprüche einem Arbeitnehmer zustehen, der in an den Anwendungsbereich des Hessischen Tarifvertrages für den Einzelhandel fiel.¹⁴ Der Tarifvertrag beinhaltete f. Klausel: **34**

„Bezieht ein/eine Arbeitnehmer/in verschiedene Arten von Vergütung, Fixum und Provision, – ausgenommen Stück- oder ähnliche Prämien –, so muss das monatliche Fixum mindestens dem monatlichen Tarifgehalt/Tariflohn entsprechen.“

Bei dieser Klausel stellte der 4. Senat klar, dass lediglich das vertraglich zugesagte Festgehalt zzgl. der Provision dem Tarifgehalt entsprechen müsse. Dem Arbeitnehmer stehe indes kein Anspruch darauf zu, dass das Fixum auf den tariflichen Lohn angehoben wird und er zusätzlich die Provisionen erhalte. Diese Auslegung ist auch zwingend, da anderenfalls die tariflichen Arbeitsbedingungen nicht als Mindestbedingungen, sondern nur als Mindestbedingungen für das Fixum auszulegen sind. Dies aber war nicht die Intention der Tarifvertragsparteien. **35**

III. Grenzen der arbeitsvertraglichen Gestaltung

1. Ausschluss von Folgeprovisionen für Folgegeschäfte, Nachbestellungen von Kunden, die der Arbeitnehmer geworben hat – § 87 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 HGB

Provisionsordnungen sehen häufig vor, dass Provisionen für Folgegeschäfte, insbes. bei Nachbestellungen von Kunden, nicht gezahlt werden. Hiermit wird i. E. **36**

¹⁴ BAG, 19.10.2000, 4 A ZR 814/98, NZA 2000, 1300.

§ 87 Abs. 1 S. 1 Alt 2 HGB abbedungen. Die Abbedingung ist rechtlich unproblematisch, da es sich um eine Preisabrede handelt, die nicht der AGB-Kontrolle unterliegt.

2. Ausschluss von Provisionen für Geschäfte, die nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses abgeschlossen oder ausgeführt worden sind

- 37 Zahlreiche Arbeitsverträge bzw. Provisionsordnungen sehen vor, dass die Provision (teilweise) entfällt, wenn Geschäfte, die v. Arbeitnehmer vermittelt wurden, erst nach dem Arbeitsverhältnis abgeschlossen oder ausgeführt werden. Ob derartige Ausschlüsse wirksam sind, war wiederholt Gegenstand der Rechtsprechung.

a) Die Rechtsprechung des BAG

- 38 Der 5. Senat des BAG setzte sich bereits im Jahre 1962 erstmals mit der Frage, ob Provisionen für Geschäfte, die nach Abschluss des Arbeitsverhältnisses abgeschlossen oder ausgeführt werden, abgedungen werden können, auseinander. Der grdl. Entscheidung des 5. Senats lag eine Provisionsordnung im Kraftwagenverkauf zugrunde. Die Provisionsordnung sah vor, dass der Arbeitnehmer grundsätzlich für abschlussreif vorgelegte Geschäfte eine Provision erhalte. Finde allerdings die Auslieferung später als sechs Monate nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses statt, solle die Provision entfallen.¹⁵
- 39 Der 5. Senat stellte in der Entscheidung klar, dass aufgrund der strukturellen Überlegenheit des Arbeitgebers eine **Billigkeitskontrolle** vorzunehmen sei. Maßstab für die Billigkeitskontrolle sei die Frage, ob und inwieweit das Gesetz umgangen werde. Der 5. Senat verwies darauf, dass sich aus § 612 Abs. 1 und 2 BGB, § 354 HGB der Grunds. ergebe, dass jede geldwert geleistete Arbeit auch angemessen entlohnt werden müsse. Aus diesem v. Gesetzgeber niedergelegten Grunds. ergebe sich das Verbot, unter dem Vorwand der Vertragsfreiheit durch unsachliche, d. h. durch objektive Umstände nicht gerechtfertigte Vertragsgestaltungen dem Arbeitnehmer das Entgelt für geleistete Arbeit vorzuenthalten. In der vorgenannten Entscheidung entschied der 5. Senat nicht selbst, ob ein sachlicher Grund gegeben sei. Er verwies die Angelegenheit in die 2. Instanz zurück, stellte aber für die weitere Behandlung klar, dass allein aus dem Umstand, dass eine Mindestprovision an den Nachfolger gezahlt werde, kein sachlicher Grund für den Ausschluss der Provision herzuleiten sei. Die Mindestprovision gleiche nämlich den regulären Provisionsfluss nicht aus.

15 BAG 17.5.1962, 5 AZR 427/61, AP HGB § 65 Nr. 2.

Im Folgenden entschied der 3. Senat des BAG wiederholt über Klauseln, die Provisionen für nach Abschluss des Arbeitsverhältnisses abgeschlossene oder ausgeführte Geschäfte ausschlossen.¹⁶ Der 3. Senat folgte uneingeschränkt der Rspr. des 5. Senats und gab der Billigkeitskontrolle klare Konturen. Ein sachlicher Grund soll nach der Rspr. des 3. Senats bestehen, wenn

- der Nachbearbeitungsaufwand des Nachfolgers den Ausschluss rechtfertigt,
- der Arbeitnehmer selbst bei Eintritt von seinem Vorgänger ebenso begünstigt worden sei und
- ein vertraglicher Anspruch auf eine Abfindung, die dem Handelsvertreterausgleich ähnlich ist oder eine ähnliche Zwecksetzung hat, vereinbart worden sei.

Kein sachlicher Grund solle indes vorliegen, wenn 41

- nur eine Mindestprovision an den Nachfolger gezahlt werde, da dies gerade nicht den regulären Provisionsfluss ausgleiche,
- mit der Klausel Rechtsstreitigkeiten mit dem Nachfolger vermieden werden sollen oder
- mit der IT ein komplexes Abrechnungsverfahren für nachvertragliche Ansprüche nicht darstellbar sei.

Am 20.8.1996 befasste sich auch der 9. Senat in einem Fall, der den Vertrieb von Dentalgold zum Gegenstand hatte, mit der Abdingbarkeit des § 87 Abs. 3 HGB.¹⁷ Der 9. Senat hielt § 87 Abs. 3 HGB für unabdingbar, wenn der Ausschluss der Provisionen nicht durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt sei. 42

Der 10. Senat hatte über die Problematik erstmals in seiner Entscheidung v. 20.2.2008 zu befinden.¹⁸ 43

Gegenstand der Entscheidung des 10. Senats war folgende Klausel: 44

„Der Arbeitnehmer erhält für den Abschluss von Kaufverträgen und die Betreuung der Käufer eine Provision, auf die das Nettogehalt angerechnet wird [...]. Sollte der Mitarbeiter aus dem Unternehmen ausscheiden, bevor die erste Kaufpreisrate eines Käufers fällig geworden ist, steht dem Mitarbeiter nur die Hälfte der hier geregelten Provision zu. Sollte der Mitarbeiter Vorgänge von anderen Vertriebsmitarbeitern zum Abschluss bringen, für die nach diesen Modalitäten noch 50 % der Provision angefallen sind, so steht ihm für die ordnungsgemäße Abwicklung die andere Hälfte der Provision zu.“

16 BAG 4.7.1972, 3 AZR 477/71, AP HGB § 65 Nr. 6; BAG, 20.7.1973, 3 AZR 379/72, AP HGB § 65 Nr. 7; BAG, 28.2.1984, 3 AZR 472/81 HGB § 87 Nr. 5; BAG, 30.7.1985, 3 AZR 405/83, HGB § 65 Nr. 13.

17 BAG 20.8.1996, 9 AZR 471/95, AP HGB § 87 Nr. 9.

18 BAG 20.2.2008, 10 AZR 125/07, AP HGB § 87 Nr. 11.

Kap. 25 Die Provision

- 45 Der 10. Senat führte aus, dass die Billigkeitskontrolle auch nach Inkrafttreten der §§ 305 ff. BGB weiter durchzuführen sei. Erster Prüfungsschritt sei stets, ob und inwieweit § 87 HGB überhaupt abdingbar sei. Ob eine Abbedingung des § 87 Abs. 1 S. 1 BGB überhaupt möglich sei, ließ der 10. Senat sowohl im Leitsatz als auch in den nachfolgenden Entscheidungsgründen ausdrücklich offen. Der 10. Senat musste letztlich auch nicht abschließend klären, ob er der vorhergehenden Rspr. des 3. und 5. Senats folge, da im zu entscheidenden Fall schon kein sachlicher Grund vorlag.
- 46 Der 10. Senat stellte im Übrigen klar, dass für den Fall der Annahme der Abdingbarkeit eine **Inhaltskontrolle** am Maßstab des § 307 Abs. 1 BGB stattzufinden habe. Bei einer Regelung, die Überhangprovisionen ausschließe, handele es sich nämlich nicht um eine kontrollfreie Preisabrede sondern um eine der Inhaltskontrolle unterliegende Preisnebenabrede. Die Klausel modifiziere lediglich die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Zahlung der vereinbarten Provision bei einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Die hier in Rede stehende Klausel verstoße aber im Übrigen gegen § 307 Abs. 1 BGB.

b) Die Rechtsprechung des BGH

- 47 Der 8. Zivilsenat des BGH befasste sich im Jahr 2009 mit der Problematik, ob Überhangprovisionen eines Handelsvertreters durch AGB ausgeschlossen werden können.¹⁹
- 48 Der der Entscheidung des 8. Senats des BGH zugrundeliegende Handelsvertretervertrag enthielt folgende Klausel:
- „Die Handelsvertretung hat Anspruch auf Provisionen für Umsätze, die die B GmbH (Beklagte) während des Bestehens des Handelsvertreterverhältnisses mit dem durch die Handelsvertretung gewonnenen Kunden erzielt. Der Anspruch auf Provision endet mit der Beendigung des Handelsvertreterverhältnisses.“*
- 49 Der 8. Senat des BAG hielt die Klausel für unwirksam. Sie verstoße gegen § 307 Abs. 1 BGB, da sie auch die in § 87a Abs. 3 HGB genannten unabdingbaren Fälle erfasse. Die Klausel erfasse namentlich die Konstellation, dass der Handelsvertreter einen Geschäftsabschluss vermittele, die Ausführung des Geschäftes aber an v. Unternehmer zu vertretenden Grund scheitere. Bei einer Nichtausführung des Geschäftes, die der Unternehmer zu vertreten habe, stünde dem Handelsvertreter der Anspruch auf Zahlung der Provision zu. Dieser Grunds. sei nach § 87a Abs. 5 HGB unabdingbar. Die vorgenannte Klausel aus dem Handelsvertretervertrag sei i.E. insgesamt unwirksam.

¹⁹ BGH 21.10.2009, VIII ZR 286/07, NJW 2010, 298.

c) Eigene Stellungnahme

Der Rspr. des 10. Senats des BAG v. 20.2.2008²⁰ ist insoweit zu folgen, als die Billigkeitskontrolle neben den Regelungen der §§ 305 ff. BGB steht. Für die Billigkeitskontrolle verbleibt auch bei Anwendung der §§ 305 ff. BGB ein Raum, nämlich im Falle einer Individualabrede. Die §§ 305 ff. BGB sind insoweit nicht abschließend. § 310 Abs. 3 Ziff. 2 BGB ordnet zwar an, dass eine allgemeine Geschäftsbedingung bei der Verwendung gegen einen Arbeitnehmer auch dann vorliegt, wenn sie nur zur einmaligen Verwendung bestimmt ist. Ferner gilt die zur einmaligen Verwendung bestimmte Klausel bereits dann als gestellt, wenn sie durch den Arbeitgeber, nicht aber durch den Arbeitnehmer in den Vertrag eingeführt wird, § 310 Abs. 3 Ziff. 1 BGB. In den Fällen, in denen die Parteien ausdrücklich über einen Ausschluss der Überhangsprovision sprechen und verhandeln, verbleibt allerdings Raum für die Entscheidung der Frage, ob und inwieweit ein Abschluss der Überhangprovisionen überhaupt möglich ist. Ob die Bedenken des 10. Senats gegen die Abbedingung des § 87 HGB durchgreifen, ist allerdings zweifelhaft. Der 10. Senat stützt sich nämlich im Wesentlichen darauf, dass ansonsten Wertungswidersprüche zu der Entscheidung des 9. Senats v. 20.8.1996²¹ entstünden. Dort habe nämlich der 9. Senat entschieden, dass § 87 Abs. 3 HGB grundsätzlich nicht abdingbar sei. Betrachtet man die Entscheidung des 9. Senats v. 20.8.1996, so ist zu konzedieren, dass der 9. Senat im konkreten Fall festgestellt hat, dass die Klausel der Billigkeitskontrolle nicht standhalte. Der 9. Senat prüfte allerdings ausdrücklich, ob und inwieweit ein sachlicher Grund für die Abbedingung besteht. In den Entscheidungsgründen heißt es wörtlich:

„Deshalb ist der Überhanganspruch des Arbeitnehmers nach § 87 Abs. 3 HGB nicht abdingbar [...] eine Vereinbarung zwischen einem Arbeitgeber und einem auf Provisionsbasis tätigen Angestelltenvertreter, durch die diesem bereits erarbeitete, aber erst nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses fällige Provision abgeschnitten wird, ist noch wirksam, wenn der Ausschluss der Provision durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt ist [...]“

Aufgrund dieser Ausführung spricht eines dafür, dass der 9. Senat die Rspr. des 3. und 5. Senats fortsetzen wollte, sodass Wertungswidersprüche nicht zu befürchten sind. **51**

Auch im Übrigen ist kein Grund erkennbar, § 87 Abs. 1 und 3 HGB als nicht dispositiv zu qualifizieren. Im Gegenteil, hielte man § 87 Abs. 1 und 3 HGB für unabdingbar, würden sich Wertungswidersprüche zur Rspr. des 10. Senats bei Stichtagsklauseln ergeben. In Stichtagsklauseln stellt sich nämlich immer wieder die Problematik, dass Arbeitnehmer Boni für bereits verdiente Leistungen **52**

20 BAG 20.2.2008, 10 AZR 125/07, AP HGB § 87 Nr. 11.

21 BAG 20.8.1996, 9 AZR 471/95, AP HGB § 87 Nr. 9.

Kap. 25 Die Provision

verlieren, wenn sie zu einem Zeitpunkt im Zielvereinbarungszeitraum ausscheiden. Der 10. Senat hat in seiner grdl. Entscheidung zu Stichtagen v. 13.11.2013²² Stichtagsklauseln einer Inhaltskontrolle nach Maßstab der §§ 305 ff. unterzogen und i.E. ausgeführt, dass strenge Anforderungen an die Kontrolle von Stichtagsklauseln zu stellen sein, aber auch klargestellt, dass es durchaus Ausnahmefälle geben könne, in denen eine Stichtagsklausel zum Ausschluss einer Sondervergütung führen könne. Im 4. Leitsatz der Entscheidung des 10. Senats zu Stichtagen heißt es:

„Eine andere Beurteilung kann zur Sonderzahlung geboten sein, die an bestimmte Arbeits- oder Unternehmenserfolge geknüpft sind und für bestimmte vor dem Stichtag zu erbringende Leistungen versprochen werden [...]“

- 53 I.E. geht damit der 10. Senat in seiner Entscheidung zu Stichtagsklauseln davon aus, dass der in § 612 BGB manifestierte Grundsatz, dass eine Leistung des Entgeltes wert ist, nicht generell unabdingbar ist.
- 54 Für die Parameter der Inhaltskontrolle am Maßstab der §§ 307 ff. BGB kann auf die Grundsätze, die der 3., 5. und 9. Senat des BAG herausgearbeitet haben, abgestellt werden. I. E. liegt keine unangemessene Benachteiligung des Arbeitnehmers vor, wenn
- mit dem Arbeitnehmer ein dem Handelsvertreterausgleich ähnlicher Ausgleichsanspruch vereinbart wurde,
 - wenn Zahlungen an den Arbeitnehmer aus der Vorarbeit seines Vorgängers geleistet wurden,
 - wenn eine Provisionsgarantie vereinbart wird, die zu Beginn der Tätigkeit die verzögerten Provisionszahlungen in vollem Umfang ausgleicht und nicht nur eine niedriger bemessene Mindestprovision enthält und
 - wenn der Ausschluss wegen der Nachbearbeitung des Nachfolgers angemessen ist.
- 55 Wie sich die Inhaltskontrolle fortentwickeln wird, bleibt im Übrigen abzuwarten. Abzuwarten bleibt insb., wie streng der 10. Senat seinen Maßstab für die Inhaltskontrolle anlegen wird. Aufgrund der bereits zitierten Entscheidung des BGH²³ ist bei der Formulierung der Ausschlüsse Vorsicht zu wahren. Die Ausschlüsse müssen nämlich dem Umstand Rechnung tragen, dass nicht dispositive Ansprüche, wie etwa die Zahlung der Provision bei einer vom Unternehmer zu vertretenden Nichtausführung des Geschäftes, nicht von der Ausschlussklausel erfasst werden. Dies kann etwa durch die Formulierung geschehen:

„Ansprüche, die nach § 87 Abs. 5 HGB nicht abbedungen werden können, bleiben unberührt.“

22 BAG 13.11.2013, 10 AZR 848/12, NJW 2014, 1466.

23 BGH 21.10.2009, VIII ZR 286/07.

IV. Durchsetzung der Provisionsansprüche**1. § 87c Abs. 1 HGB – Abrechnung**

Der Arbeitgeber hat über die Provisionen, auf die der Arbeitnehmer Anspruch hat, nach § 87c Abs. 1 HGB abzurechnen. Der Abrechnungszeitraum kann auf höchstens drei Monate erstreckt werden. Unter Abrechnung ist die vollständige, klare und übersichtliche Aufstellung der Geschäfte zu verstehen, aus denen der Arbeitnehmer Provisionsansprüche herleiten kann. Die Abrechnung muss so gestaltet sein, dass der Arbeitnehmer die Berechnung der Provision überprüfen kann. Sie hat nur die Lebenssachverhalte zu erfassen, aus denen sich ein Anspruch auf die Provision ergibt. Geschäfte, die aus einem v. Unternehmer nicht zu vertretenden Grund nicht ausgeführt wurden, muss die Abrechnung nicht beinhalten. Die Abrechnung ist auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses unaufgefordert zu erstellen. **56**

Die Abrechnung wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Arbeitnehmer die Provisionsansprüche aufgrund eigener Unterlagen feststellen kann. Der Zeitraum, über den abzurechnen ist, beträgt nach § 87c Abs. 1 S. 1 1. HS HGB grundsätzlich einen Monat. Gemeint ist damit im Zweifel der Kalendermonat. In die Abrechnung aufzunehmen sind sämtliche Provisionsansprüche, die innerhalb dieses Monats entstanden sind. **57**

2. § 87c Abs. 2 HGB – Buchauszug

Dem Arbeitnehmer steht gegen den Arbeitgeber neben der Abrechnung ein Anspruch auf Erteilung eines Buchauszuges zu. Der Buchauszug kann bei der Abrechnung verlangt worden. Eines besonderen Interesses bedarf es nicht. **58**

Unter Buchauszug wird die geordnete Zusammenstellung aller Angaben aus den Geschäftsbüchern, Geschäftspapieren und Unterlagen, zu denen auch die EDV, Mikrofilme oder Speicherchips gehören, die für die Berechnung und die Höhe sowie die Fälligkeit der Provision von Bedeutung sind, verstanden. Der Buchauszug erfasst anders als die Abrechnung alle Geschäfte, für die dem Arbeitnehmer eine Provision zustehen kann. Erfasst werden insb. auch die nicht ausgeführten und damit nicht provisionspflichtigen Geschäfte. **59**

Der Buchauszug muss eine bis ins Einzelne gehende Bestandsaufnahme der Kundenbeziehung des Unternehmers beinhalten, soweit diese die Provisionsansprüche des Arbeitnehmers berührt und die vertragliche Beziehung zwischen Unternehmer und Arbeitnehmer darstellt. Gegenstand des Buchauszuges sind üblicherweise die Anschrift der Vertragspartner, Gegenstand und Menge der Lieferung, Lieferdatum, Netto- und Bruttopreise, Rückgaben und Angaben zur Ausführung, Nichtausführung der Geschäfte und ihre Gründe. **60**

3. § 87c Abs. 3 HGB – Auskunftsanspruch

- 61** Dem Arbeitnehmer steht neben dem Abrechnungsanspruch und dem Anspruch auf Erteilung eines Buchauszuges ein Auskunftsanspruch nach § 87c Abs. 3 HGB zu. Der Arbeitnehmer kann nach § 87c Abs. 3 HGB nämlich die Mitteilung über alle Umstände verlangen, die für den Provisionsanspruch, seine Fälligkeit und seine Berechnung von Bedeutung sind. Der Auskunftsanspruch bezieht sich i.E. auf alle Umstände, die sich nicht aus den Geschäftsbüchern ergeben, insb. die Fälle des mündlichen Vertragsabschlusses, der mündlichen Stornierung und die Gründe der Nichtausführung bzw. unterbliebenen Geltendmachung der Forderung.

4. § 87c Abs. 4 HGB – Einsicht in die Geschäftsbücher

- 62** Der Arbeitnehmer hat nach § 87c Abs. 4 HGB das Recht, Einsicht in die Geschäftsbücher des Arbeitgebers zu nehmen. Wird der Buchauszug verweigert oder bestehen begründete Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der Abrechnung oder des Buchauszuges, so kann der Arbeitnehmer verlangen, dass nach Wahl des Arbeitgebers entweder ihm oder einem von ihm zu bestimmenden Wirtschaftsprüfer oder vereidigten Buchsachverständigen Einsicht in die Geschäftsbücher oder die sonstigen Urkunden soweit gewährt wird, wie dies zur Feststellung der Richtigkeit und Vollständigkeit der Abrechnung oder des Buchauszuges erforderlich ist. Der Anspruch auf Einsichtnahme in die Geschäftsbücher setzt die Verweigerung des Buchauszuges oder aber begründete Zweifel an der Vollständigkeit und Richtigkeit des Buchauszuges bzw. der Abrechnung voraus. Inhaltlich geht der Anspruch dahin, dass ein Wirtschaftsprüfer, ein vereidigter Buchsachverständige oder der Arbeitnehmer selbst Einsicht in die Geschäftsbücher nimmt. Wer letztlich Einsicht nimmt, unterliegt dem Wahlrecht des Arbeitgebers. Die Auswahl des Wirtschaftsprüfers oder Buchsachverständigen erfolgt durch den Arbeitnehmer. Der Arbeitnehmer ist auch für die Zahlung des Honorars des Wirtschaftsprüfers oder des Buchsachverständigen verantwortlich.
- 63** Schließlich bleiben dem Arbeitnehmer die Rechte nach §§ 259, 260 BGB, also die Erzwingung der **Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung** selbstverständlich vorbehalten.
- 64** Die gerichtliche Geltendmachung der vorgenannten Rechte sollte im Wege der Stufenklage erfolgen. Die Stufenklage wahrt die zweistufige Verfallfrist.²⁴

²⁴ Zur Formulierung des Antrags s. den Vorschlag bei *Hamacher*, Antragslexikon Arbeitsrecht, S. 192.

V. Provision und Regeln des Lohns ohne Arbeit**1. Entgeltfortzahlungsgesetz**

Dem EFZG liegt das **Lohnausfallprinzip** zugrunde. § 4 Abs. 1 EFZG sieht vor, dass dem Arbeitnehmer für den in § 3 Abs. 1 oder § 3a Abs. 1 bezeichneten Zeitraum dass bei der für ihn maßgebenden regelmäßigen Arbeitszeit zustehende Arbeitsentgelt fortzuzahlen ist. § 4 Abs. 1a EFZG konkretisiert das Lohnausfallprinzip für variable Vergütungen dahingehend, dass der von dem Arbeitnehmer in der für ihn maßgebenden regelmäßigen Arbeitszeit erzielbare Durchschnittsverdienst der Berechnung zugrunde zu legen ist. **65**

Der 3. Senat des BAG hat sich vor Inkrafttreten des § 4 Abs. 1a S. 2 EFZG mit der Frage auseinandergesetzt, ob der auf Provisionsbasis angestellte Versicherungsvermittler Anspruch auf eine Feiertagsvergütung hat, wenn nicht im Einzelnen festgestellt werden kann, dass Provisionen an einem Feiertag entgangen sind.²⁵ **66**

Der 3. Senat führte in den Entscheidungsgründen aus, dass der hauptberuflich auf Provisionsbasis angestellte Versicherungsvermittler auch dann einen Anspruch auf die Feiertagsvergütung habe, wenn nicht im Einzelnen festgestellt werden könne, dass Provisionen an einem Feiertag konkret entgangen seien. Maßgebend sei, dass jeder Versicherungsvermittler bestimmte Zeiten aufwenden müsse, um einen Vertragsschluss zu erzielen. Nach statistischen Untersuchungen seien im Versicherungsgewerbe im Schnitt 82 Kundenbesuche für einen Abschluss erforderlich. Hinzu kämen Erkundigungen, telefonische Auskünfte und auch die Beschaffung von Adressmaterial. I.E. gelte deshalb: Je mehr Aufwand betrieben werde, desto mehr Provisionen würden erwirtschaftet. Um zu angemessenen Ergebnissen zu gelangen, hielt der 3. Senat entsprechend den Regelungen des Manteltarifvertrages für das private Versicherungsgewerbe einen Referenzzeitraum von einem Jahr für angemessen. Die Feiertagsvergütung wurde bestimmt auf Basis von 1/12 des monatlichen Durchschnittsprovisionseinkommens während der letzten 12 Monate. **67**

Der 5. Senat hielt diese Grundsätze in seiner Entscheidung v. 5.6.1985 auch dann für anwendbar, wenn der angestellte Handelsvertreter nur wenige Abschlüsse im Jahr (zwei bis drei) tätigte. Diesem Umstand sei ebenfalls durch eine großzügige Bemessung des Referenzzeitraumes Rechnung zu tragen.²⁶ **68**

Auch wenn der 3. und 5. Senat die Rechtsfigur nicht konkret ansprechen, so spricht doch vieles dafür, dass die Fälle der Lohnfortzahlung über die Grundsätze des Anscheinsbeweises zu lösen sind. Der Arbeitnehmer muss zunächst einen Erfahrungssatz vortragen, der auf eine typischerweise eintretende Rechtsfolge **69**

25 BAG 4.6.1969, 3 AZR 243/68, AP Feiertagslohnzahlungsgesetz § 1 Nr. 27.

26 BAG 5.6.1985, 5 AZR 459/83 AP HGB § 63 Nr. 39.

schließen lässt. Der Arbeitnehmer muss Anknüpfungstatsachen für den Erfahrungssatz darlegen, dass er ohne die Erkrankung bzw. ohne den Feiertag eine höhere Provision erwirtschaftet hätte. Der Arbeitgeber kann den Anscheinsbeweis durch Darlegung einer ernsthaften Möglichkeit eines anderen Geschehensablaufes widerlegen. Sofern es sich um Massengeschäfte wie etwa Haustürgeschäfte handelt, wird man im Regelfall von dem Erfahrungssatz ausgehen können, dass auch in den Fällen nur kurzzeitiger Erkrankung ein Lohnausfall eintritt. Erzielt ein angestellter Arbeitnehmer allerdings nur sehr wenige Abschlüsse über einen langen Zeitraum, hängt es von den Umständen des Einzelfalles ab, ob der Beweis des ersten Anscheins dafür spricht, dass Provisionen entgangen sind. Besteht beispielsweise eine Urlaubs- oder Krankheitsvertretung, die keine eigene Provision erhält, ist ein Lohnausfall entsprechend den Grundsätzen des Lohnausfallprinzips nahezu auszuschließen. Gleiches gilt, wenn die Geschäftsanbahnung in komplexen Vertriebssystemen während der Abwesenheit des Arbeitnehmers weiter vorangetrieben wird.

2. Urlaubsentgelt

- 70 Der Bemessung des Urlaubsentgelts liegt das **Referenzprinzip** bezüglich des Geldfaktors zugrunde (§ 11 BUrlG). Das Urlaubsentgelt bemisst sich nach dem durchschnittlichen Arbeitsverdienst, den der Arbeitnehmer in den letzten 13 Wochen vor dem Beginn des Urlaubs erhalten hat, mit Ausnahme des zusätzlichen für Überstunden gezahlten Arbeitsverdienstes.
- 71 Provisionen sind beim Geldfaktor zu berücksichtigen.²⁷ Für die Berechnung maßgeblich ist, ob Provisionen im Referenzzeitraum von 13 Wochen vor Urlaubsantritt gezahlt wurden oder hätten gezahlt werden müssen. Der 5. Senat des BAG hat die Verlängerung des Referenzzeitraumes bei arbeitnehmerähnlichen Personen aus Billigkeitserwägungen erwogen.²⁸ Diese Entscheidung wird überwiegend kritisiert. *Gallner* weist zurecht darauf hin, dass die Regelung des § 11 BUrlG klar und eindeutig sei. Der Gesetzgeber nehme Unbilligkeiten, die durch den Referenzzeitraum eintreten, hin. Der Referenzzeitraum dürfe deshalb nicht über den Wortlaut des Gesetzes hinaus ausgedehnt werden.²⁹

3. Betriebsratsmitglieder § 37 Abs. 2 BetrVG i.V.m. § 611 BGB

- 72 Mitglieder des Betriebsrats sind gem. § 37 Abs. 2 BetrVG von ihrer beruflichen Tätigkeit ohne Minderung des Arbeitsentgelts zu befreien. Soweit Betriebsratsmitglieder Anspruch auf Zahlung einer Provision haben, steht ihnen die Provi-

27 BAG 19.9.1985, 6 AZR 460/83, AP BUrlG § 13 Nr. 21.

28 BAG 30.7.1995, 5 AZR 372/94, BeckRS 1995, 30925023.

29 ErfK–*Gallner*, § 11 BUrlG Rn. 15.

sion nach Maßgabe des Lohnausfallprinzips gem. § 611 Abs. 1 BGB i.V.m. § 37 Abs. 2 BetrVG zu. Sofern ein Betriebsratsmitglied beispielsweise zu 50 % seiner Arbeitszeit Betriebsrats Tätigkeit erbringt, steht ihm als Mindestprovisionsanspruch die Provision zu, die er in der Zeit seiner Arbeitstätigkeit verdient. Dieser Anspruch auf Zahlung der Provisionen ist nicht linear um weitere 50 % und damit auf 100 % zu erhöhen. Diese Betrachtungsweise verkennt, dass keine Vermutung dafür spricht, dass ein Betriebsrat, der keine Betriebsrats Tätigkeit leistet, eine entsprechend erhöhte Provision erwirtschaftet. Verbleiben einem Arbeitnehmer nur 50 % für seine Arbeit im Vertrieb, wird er die lukrativen Geschäfte zuerst abwickeln. Der Arbeitgeber ist deshalb gehalten, zu ermitteln, ob und in welchem Umfang weitere provisionspflichtige Geschäfte abgeschlossen worden wären, wenn keine Betriebsratsarbeit verrichtet wurde. Ist dies nicht möglich, ist auf die durchschnittliche Provision in der Vergangenheit unter Berücksichtigung der allg. Entwicklung der Provisionssätze vergleichbarer Mitarbeiter abzustellen.³⁰

VI. Mitbestimmung des Betriebsrates

1. § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG

Dem Betriebsrat steht bei Provisionen ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG zu. Da das Mitbestimmungsrecht des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG nur die generellen Grundsätze der Lohnfindung, nicht aber die Entgelthöhe beinhaltet, unterfällt der Mitbestimmung die grundsätzliche Frage, ob ein Fixum und/oder eine Provision bezahlt wird, welche Art von Provision gezahlt wird, wie das Verhältnis der Provision zum Fixum, geregelt ist, ferner wie das Verhältnis der Provisionen untereinander unter dem Gesichtspunkt der Lohngerechtigkeit geregelt wird und die progressive und degressive Entwicklung eines Provisionssatzes. Auch soll dem Mitbestimmungsrecht des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG die Festlegung des Punktwertes, der für ein Geschäft anfällt, unterliegen, nicht aber die Höhe der Provisionssätze, der für einen Provisionspunkt gezahlt wird.³¹ Der Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG soll schließlich die Zuordnung der Art. zu den einzelnen Provisionsgruppen unterliegen, nicht aber die Provisionshöhe für die jeweiligen Provisionsgruppen.³²

2. § 87 Abs. 1 Nr. 11 BetrVG

Das Mitbestimmungsrecht des § 87 Abs. 1 Nr. 11 BetrVG ist nach heute h.M. nicht einschlägig. § 87 Abs. 1 Nr. 11 BetrVG erfasst die Festsetzung der Ak-

30 BAG 29.4.2015, 7 AZR 123/13, AP BetrVG 1972, § 37 Nr. 159.

31 BAG 13.3.1984, 1 ABR 57/82, NZA 1984, 296.

32 BAG 26.7.1988, 1 AZR 54/87, NZA 1989, 109.

kord- und Prämiensätze und vergleichbarer leistungsbezogener Entgelte, einschl. der Geldfaktoren. § 87 Abs. 1 Nr. 11 BetrVG erfasst somit nicht nur den Gesichtspunkt der Verteilungsgerechtigkeit sondern auch den Gesichtspunkt der Entgelthöhe. Der 1. Senat des BAG hatte ursprünglich angenommen, dass Provisionen vergleichbare leistungsbezogener Entgelte darstellen.³³ Später hat er diese Auffassung revidiert und ausgeführt, dass die reine Abschlussprovision kein vergleichbares leistungsbezogenes Entgelt im Sinne des § 87 Abs. 1 Nr. 11 BetrVG darstelle.³⁴ Zur Begründung führt der 1. Senat zutreffend aus, dass die Leistungsbezogenheit als Voraussetzung für die Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 11 BetrVG nicht ausreiche. Es müsse sich um ein Entgelt handeln, das mit den Akkord- und Prämiensätze vergleichbar sei. Gemeinsames Merkmal des Akkord- und Prämienlohns sei, dass sie die jeweilige entgelterhebliche Leistung des Arbeitnehmers messen und zu einer Bezugsleistung in Beziehung setzen. Das Verhältnis der gemessenen Leistung zu dieser Bezugsleistung sei entscheidend für die Höhe des leistungsbezogenen Entgelts. Gerade dieses Kriterium sei bei einer Abschlussprovision nicht erfüllt. Es fehle an jedem leistungsbezogenen Ansatz für die Bemessung der Provision, dessen Festsetzung der Mitbestimmung unterliegen könne. Etwaige gemeinsame Vorstellungen der Betriebsparteien darüber, was ein Außendienstangestellter normalerweise verdienen könnte oder sollte, ändern hieran nichts. Diese Vorstellungen erfüllen nämlich nicht die Funktion einer Bezugsleistung zur Leistungsbemessung. § 87 Abs. 1 Nr. 11 BetrVG ist deshalb nicht einschlägig.

3. Rechtsfolgen bei Verletzung des Mitbestimmungsrechts

- 75 Die Rechtsfolgen der Verletzung des Mitbestimmungsrechts ergeben sich aus der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung. Diese wirkt nur zugunsten des Arbeitnehmers. Er kann sich im Ergebnis auch auf eine mitbestimmungswidrige mit dem Arbeitgeber getroffene Einigung berufen. Die mitbestimmungswidrige Änderung eines Provisionssatzes zulasten des Arbeitnehmers ist unwirksam und führt zur Fortgeltung des bestehenden Provisionssystems, sofern dieses mitbestimmungskonform eingeführt wurde.³⁵ Auf die mitbestimmungswidrige Änderung kann der Arbeitnehmer sich dann nicht berufen, wenn bereits das bestehende System mitbestimmungswidrig eingeführt wurde.³⁶

33 BAG 29.3.1977, 1 ABR 123/74, NJW 1977, 1654.

34 BAG 13.3.1984, 1 ABR 57/82, NZA 1984, 296.

35 BAG 22.6.1996, 1 AZR 853/95, BeckRS 1996, 309 24459.

36 BAG 24.1.2017, 1 AZR 772/14, NZA 2017, 931.

Kapitel 26

Halteprämien, Anwesenheitsprämien

Schrifttum: *Heiden*, Neue Entwicklungen im Recht der Sonderzahlungen, RdA 2012, 225.

Übersicht

Rn.	Rn.
I. Materielle Instrumente zum Halten von Mitarbeitern 1	
1. Mitarbeitermotivation und Gründe für den Wechsel von Mitarbeitern 1	f) Nachvertragliches Wettbewerbsverbot. 27
2. Die (materielle) „Instrumentenbatterie“ zur Senkung des Retention Risk 4	g) Dauer der Kündigungsfristen (ggf. mit Vertragsstrafenregelung) 29
a) Halteprämien 6	h) Zusammenfassung 32
b) Aktienprogramme 16	II. Anwesenheitsprämien. 34
c) Prämien mit Stichtagscharakter 18	1. Historie der gesetzlichen Regelung. 34
d) Jubiläumsleistungen, Altersversorgung 21	2. Voraussetzungen der Regelung. 35
e) Zielerreichungsprämien. 25	a) Einführung oder Bestand einer Sonderzahlung 36
	b) Vereinbarung der Kürzung. 37
	c) Umfang der Kürzung. 38

I. Materielle Instrumente zum Halten von Mitarbeitern

1. Mitarbeitermotivation und Gründe für den Wechsel von Mitarbeitern

Inwieweit Vergütung überhaupt zu **Motivation** (s. Kap. 2) und in dieser Folge zum Verbleib in einem Unternehmen zu führen vermag, ist freilich eine Grundfrage, die zu klären ist, bevor monetäre Motivationsinstrumente eingesetzt werden. Für Deutschland – und hier gilt es soziokulturelle Unterschiede hinreichend zu berücksichtigen – gehen letztlich alle Studien davon aus, dass Motivatoren wie gutes Arbeitsklima, Spaß an der Arbeit, faire und fördernde Führungskraft deutlich vor monetären Anreizen stehen.¹ Die „richtige“ Vergütung allerdings wird dabei vorausgesetzt. Im Übrigen scheint zu gelten „wer für Geld bleibt, geht auch für Geld“.

Daher ist gründlich zu überlegen, welche Instrumente zur Senkung des Retention Risk, des Risikos also der Abwanderung von Beschäftigten, einmal zur Ver-

¹ Vgl. Studie der Hay Group „Mitarbeiter sind käuflich, ihre Motivation nicht“, 2012; Manpower, Studie zur Arbeitsmotivation, 2014.

Kap. 26 Halteprämien, Anwesenheitsprämien

fügung stehen und zum anderen auch Anwendung finden sollten. In diesem Kapitel erfolgt insoweit eine Beschränkung auf **materielle Anreize**, was indes keine Aufforderung sein soll, die in der Regel wichtigeren **immateriellen Anreize** nicht zu stärken und zu nutzen.

- 3 Als Hauptanwendungsbereiche für den etwaigen Einsatz von Halteprämien oder auch Retention Bonus genannten Leistungen kommen beispielhaft in Betracht:
 - Abhalten von Schlüsselmitarbeitern vor dem Wechsel zu anderen Arbeitgebern, insbesondere Marktteilnehmern,
 - Halten von Schlüsselmitarbeitern im Zusammenhang mit einem Unternehmensverkauf oder Betriebsübergang,
 - Halten von Beschäftigten, die eine (ggf. ungekürzte) vorzeitige Rente beanspruchen können,
 - Halten von (Schlüssel-)Beschäftigten im Zusammenhang mit einer Betriebschließung zur Gewährleistung der Abarbeitung des Auftragsbestandes.

2. Die (materielle) „Instrumentenbatterie“ zur Senkung des Retention Risk

- 4 Die vorige Aufzählung macht schon deutlich, dass die undifferenzierte Auslobung einer „Halteprämie“ vor deren Einsetzung gründlich überprüft werden mag. Denn es geht nicht in allen Fällen um das reine „Halten“ eines Mitarbeiters, sondern auch um die (erfolgreiche) Weiterarbeit, das Abhalten vom Wettbewerb etc. Daher sollte aus der dem Arbeitsrecht zur Verfügung stehenden „Instrumentenbatterie“ auch das nach Möglichkeit **„passendste“ Instrument** gewählt werden. In Betracht kommen dabei im Wesentlichen:
 - Halteprämien,
 - Aktienprogramme,
 - Prämien mit Stichtagscharakter,
 - Jubiläumsleistungen, Altersversorgung,
 - Zielerreichungsprämien,
 - nachvertragliches Wettbewerbsverbot,
 - Dauer der Kündigungsfristen (ggf. mit Vertragsstrafe).
- 5 Gegenüber anderen Rechtsordnungen (insbesondere im angelsächsischen Raum sind Halteprämien beliebt) muss allerdings beachtet werden, dass zwei wesentliche arbeitsrechtliche Grundsätze zu beachten sind: einmal der **Gleichbehandlungsgrundsatz**, zum anderen das **Mitbestimmungsrecht** aus § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG (soweit es sich nicht um leitende Angestellte handelt). Aus diesen Gründen – und wohl auch grundsätzlichen personalpolitischen Erwägungen – muss sehr sorgfältig erwogen werden, ob, in welchem Umfang und für welche Zwecke derartige Instrumente eingesetzt werden sollen.

a) Halteprämien

Die (reine) Halteprämie honoriert ausschließlich den **Fortbestand** des Arbeitsverhältnisses bis zu einem bestimmten Termin. Ein Versprechen einer besonderen Arbeitsleistung, das Erfüllen bestimmter Ziele etc. ist damit nicht verbunden. Vom Grundsatz des *do ut des* aus gesehen handelt es sich insofern um ein recht fragwürdiges Instrument. **6**

Von daher ist nicht verwunderlich, dass die hierzu ergangene Rechtsprechung in aller Regel im Zusammenhang mit Insolvenzverfahren zu finden ist, wo es namentlich darum geht, ob es sich um (bevorzugte) Masseschulden oder um (bloße) Insolvenzforderungen handelt.² Und gerade in dieser Situation geht es verstärkt darum, qualifizierte Beschäftigte – zumindest für einen definierten Zeitraum – zu halten. **7**

Gleich dem erachtet die Rechtsprechung Halteprämien als zulässig. Maßgeblicher Punkt ist, dass diese sich in einem Rahmen bewegen, der weder die grundgesetzlich geschützte **Berufsfreiheit** beeinträchtigt noch nach § 307 Abs. 1 BGB den Arbeitnehmer unangemessen benachteiligen würde. Dem Arbeitgeber ist es durch § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB jedenfalls nicht verwehrt, Betriebstreue zu honorieren, so einen finanziellen Anreiz für den Verbleib im Arbeitsverhältnis zu setzen und dem Arbeitnehmer deutlich zu machen, welchen Wert für ihn dessen Verbleib im Arbeitsverhältnis und damit der Bestand des Arbeitsverhältnisses als solcher darstellt.³ **8**

Eine klare Rechtsprechung hierzu ist allerdings nicht ersichtlich; unbeanstandet geblieben sind: **9**

- Verbleibfrist im Arbeitsverhältnis für etwas mehr als fünf Monate für ein Viertel eines Jahresverdienstes (Jahresverdienst ca. 80.000 EUR),⁴
- ein Viertel Jahreseinkommen für einen Verbleib von vier Monaten (hier: zweimal vier Monate für je 1/4 Jahresvergütung) bei einem Jahreseinkommen von über 110.000 EUR,⁵
- Verbleibfrist von drei Monaten (dreimal hintereinander) mit 30.000 EUR für einen leitenden Angestellten im Finanzbereich (Jahreszielentgelt über 130.000 EUR),⁶
- Verbleibfrist von einem Jahr für 0,93 % eines Jahreseinkommens bei Monatsbezüge von rund 52.000 EUR.⁷

2 Etwa LAG München 3.8.2011, 10 Sa 183/11, BeckRS 2013, 66466.

3 Vgl. BAG 18.1.2012, 10 AZR 612/10, BAGE 140, 231; BAG 18.1.2012, 10 AZR 667/10, BAGE 140, 239.

4 BAG 12.9.2013, 6 AZR 953/11, NJW 2013, 3116.

5 LAG München 3.8.2011, 10 Sa 183/11, BeckRS 2013, 66466.

6 BAG 12.9.2013, 6 AZR 980/11, AP InsO § 133 Nr. 1.

7 LAG Baden-Württemberg 14.1.2009, 2 Sa 17/08, BeckRS 2011, 65940.

Kap. 26 Halteprämien, Anwesenheitsprämien

- 10 Entscheidungen zu Vergütungen unterhalb dieser Jahres(ziel)vergütungen sind nicht zu finden.
- 11 Ganz grob wird man aber sagen können – ähnlich wie bei anderen Prämien-gestaltungen-, dass die Beeinträchtigung der Berufsfreiheit durch eine Halteprämie dann tangiert sein wird, wenn damit (zumindest auch) die Arbeitsleistung als solche vergütet werden soll, da ein Entzug des erarbeiteten Entgelts nicht statthaft ist.⁸ Häufig wird so vertreten, dass im Regelfall eine Prämie von 25 % einer Jahresvergütung bis zu einem Jahr zulässig sei.⁹ Im Bereich der Tarifbeschäftigten und „mittleren“ außertariflichen Beschäftigten mag dies regelmäßig zutreffen. Es fällt aber leicht, sich vorzustellen, dass bei einer Vergütung von Größenordnungen ab vielleicht 150.000 EUR – wie in den obigen Rechtsprechungsbeispielen – die diesen Betrag übersteigenden Prämien tendenziell nicht mehr für Arbeitsleistungen i. S. e. Synallagmas vergütet werden, sondern für andere Zwecke wie z. B. bestimmte Zielerreichungen, bestimmte Risiken oder auch nur „Marktgerechtigkeit“.
- 12 Daraus wird man schlussfolgern können, dass, je höher die Vergütung ist, desto höher auch der Anteil der Halteprämie an der Vergütung sein dürfte. Aus der oben dargestellten Rechtsprechung kann man versuchen, grob abzuleiten:
- Tarifbereich, unterer außertariflicher Bereich: 25 % einer Jahresvergütung für bis zu zwölf Monate,
 - Oberer außertariflicher Bereich: bis zu 25 % für (je) ein halbes Jahr,
 - Leitende Angestellte: bis zu 25 % für (je) ein Vierteljahr.
- 13 Eher aber ist zu Vorsicht zu raten, da ansonsten das **Risiko** besteht, die Prämie auch auszahlen zu müssen, wenn deren (vereinbarte) Voraussetzungen nicht erfüllt werden.
- 14 Eine Formulierung könnte sein:
- „Wir möchten uns auch für die Zukunft auf Ihre Unterstützung und Ihr Engagement, um unsere Unternehmensziele zu erreichen, stützen können. Zum ... (Datum) sagen wir Ihnen daher einen einmaligen Betrag in Höhe von ... (Betrag) EUR brutto als Prämie zu. Die Auszahlung des Betrages setzt voraus, dass Sie zu diesem Zeitpunkt Ihr Arbeitsverhältnis mit uns nicht von sich aus gekündigt haben. Die Auszahlung erfolgt gegebenenfalls mit der Gehaltsabrechnung des Monats... (Monat). Denselben Betrag erhalten Sie, sollte unsererseits vor diesem Tag eine betriebsbedingte Beendigungskündigung ausgesprochen werden.“
- 15 Nicht nur aus rechtlicher, sondern auch aus personalpolitischer Sicht ist die Einführung dieses Instruments sorgfältig abzuwägen. Die Herausforderungen der Anwendungsfälle (s. Rn. 1) sind häufig auch anders zu lösen:

8 BAG 18.1.2012, 10 AZR 612/10, BAGE 140, 231.

9 Heiden, RdA 2012, 225.

- In der Insolvenz trifft man auch im deutschen Rechtsraum verstärkt auf dieses Instrument (s. Rn. 7 f.). Das ist nicht verwunderlich, da es sich um ein sehr schnell einsetzbares Instrument handelt.
- Bei Spaltung und Verkauf indes trifft man bei obersten Führungskräften eher **Change-in-Control-Klauseln** an als Halteregelelungen – wohl geschuldet der Tatsache, dass ein Erwerber seinen eigenen „Stempel“ aufdrücken möchte und die bisherige Führungsriege – inklusive Schlüsselpersonen – dabei eher hinderlich sein kann; eher anzutreffen sind hier Regelungen, die an bestimmte Ergebnisse anknüpfen (s. Rn. 25 ff.).
- Um Beschäftigte vom Wettbewerb abzuhalten, kann einerseits an das **nachvertragliche Wettbewerbsverbot** gedacht werden (s. Rn. 27 f.) oder, besser, an eine entsprechend motivierende Personalpolitik und Führungskultur (s. Rn. 1).
- Das Halten von besonders qualifizierten Beschäftigten vor dem Austritt in (vorgezogene) Rente¹⁰ dürfte zu einem enorm hohen Erpressungspotenzial qualifizierter Beschäftigter dem Arbeitgeber gegenüber führen – eine vorausschauende, planende Personal- und Ausbildungspolitik ist hier sicher zu bevorzugen.

b) Aktienprogramme

Aktienprogramme können im Grundsatz in zwei Kategorien aufgeteilt werden: **16**

- **Kurzfristige** Programme; diese sind meist Ansparrprogramme mit der Option, zu einem bestimmten Stichtag nach Ablauf eines Jahres Aktien zu einem definierten Kurswert zu kaufen. Meist können die Aktien dann rasch veräußert werden.
- **Langfristige** Programme: Beschäftigte erhalten die Möglichkeit, Aktien zu erwerben – mit einem Matching-Beitrag des Arbeitgebers oder vollständig arbeitgeberfinanziert – mit der Auflage, diese einen bestimmten Zeitraum (z. B. 5 Jahre) zu halten. Solche Programme werden häufig nicht vom Vertragsarbeitgeber, sondern von der **Konzernobergesellschaft** aufgelegt. Häufig sind sie mit einer „good leaver“-Regelung gekoppelt, d. h. bei z. B. verhaltensbedingter Beendigung des Arbeitsverhältnisses können die Aktienwerte nicht realisiert werden.

Während erstere Lösung eine reine zusätzliche Compensation-Lösung darstellt, kann die zweite durchaus in den Bereich der Retention-Instrumente geordnet werden. Weitere Ausführungen hierzu an anderer Stelle (s. Kap. 22). **17**

¹⁰ Vgl. *Kleinebrink*, Strategisches Arbeitsrecht, Tipp Nr. 68, <http://www.strategisches-arbeitsrecht.de>, der diese Option als „strategisch eingesetztes Arbeitsrecht“ verstehen will.

Kap. 26 Halteprämien, Anwesenheitsprämien

c) Prämien mit Stichtagscharakter

- 18 Häufig anzutreffen sind Regelungen, die **Sonderzahlungen** (Weihnachtsgeld, zusätzliches Urlaubsgeld) an bestimmte Voraussetzungen, namentlich das Bestehen eines ungekündigten Arbeitsverhältnisses im Zeitpunkt der Auszahlung, knüpfen.
- 19 Beispiel § 4 Tarifvertrag über Einmalzahlung und Altersvorsorge Chemie:
Der Anspruch auf Jahresleistung setzt voraus, dass sich der Anspruchsberechtigte am 31. Dezember des jeweiligen Kalenderjahres in ungekündigter Stellung befindet; vom Arbeitgeber ausgesprochene betriebsbedingte Kündigungen oder vertragliche Befristungen aus betriebsbedingten Gründen berühren den Anspruch nicht, soweit das Arbeitsverhältnis bis zum 31. Dezember besteht.
- 20 Eine gewisse Bindungswirkung mag eine solche Regelung durchaus darstellen. Allerdings besteht das Risiko, dass, ob der relativ geringen Beträge von allenfalls einem Monatsentgelt, ein interessierter neuer Arbeitgeber dem betroffenen Beschäftigten bei Arbeitgeberwechsel diese Zahlung selbst leistet.

d) Jubiläumsleistungen, Altersversorgung

- 21 Im weitesten Sinne als Retention Risk mindernde Instrumente können – noch – zwei an sich den Sozialleistungen bzw. fringe benefits (s. Kap. 23 und Kap. 31) zuzuordnende Instrumente sein:
- 22 Namhafte **Jubiläumsleistungen** sind durchaus geeignet, Beschäftigte im Unternehmen zu halten. Dabei leuchtet rasch ein, dass in einer schnelllebigem Zeit wie heute die Zusage eines Monatsentgelts nach 35 Betriebszugehörigkeitsjahren keinen großen Attraktivitätscharakter aufweist. Indes können schon kleinere Beträge im Fünfjahres-Rhythmus geeignet sein, ggf. mit Zuführungsmöglichkeit in die betriebliche Altersversorgung mit Matching-Betrag des Arbeitgebers ein solches Ziel zu realisieren.
- 23 Die **betriebliche Altersversorgung** verliert indes immer mehr an Attraktivität als Mitarbeiterbindungsinstrument. War vorkonstitutionell noch das Halten des Arbeitnehmers bis ins Rentenalter möglich, ohne dass er eine unverfallbare Anwartschaft bei Austritt erwarb, änderte die Rechtsprechung dies und sprach nach 20 Jahren Betriebszugehörigkeit eine unverfallbare Quote zu.¹¹ Mit der Einführung des Gesetzes zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung sank diese Betriebsbindung auf 10 Jahre, und im Rahmen der Diskussion der sog. Portabilitätsrichtlinie wurde diese auf heute 5 Jahre abgesenkt. Weitere Absenkun-

11 BAG 3 AZR 278/71, AP Nr. 156 zu § 242 BGB Ruhegehalt-Unverfallbarkeit; BAG 3 AZR 334/00, AP Nr. 11 zu § 1 BetrAVG Unverfallbarkeit.

gen – teilweise heute schon freiwillig, insbesondere bei durch die Arbeitnehmer (teil-)selbstfinanzierten Systemen – entwerfen dieses Instrument als Bindungsinstrument – freilich zu Gunsten einer verbesserten sozialen Absicherung im Alter.

Als Halteinstrument ist die Altersversorgungszusage also wohl nur tauglich in den letzten Monaten, bevor sie unverfallbar wird. **24**

e) Zielerreichungsprämien

Unterstellt man, dass der Arbeitgeber mit dem Halten eines Mitarbeiters nicht dessen bloße Anwesenheit als Ziel verfolgt, sondern insbesondere bestimmte **Ergebnisse**, liegt nichts näher, als das Halten des Arbeitnehmers mit einer klaren Zielerfüllung zu verbinden und zu vergüten. **25**

Hinsichtlich der Einzelheiten kann auf eine andere Stelle verwiesen werden (s. Kap. 20). Wichtig ist an dieser Stelle hervorzuheben, dass klare Zielvereinbarungen mit klaren Meilensteinen und Auszahlungszeitpunkten vereinbart werden. Häufig lässt sich in ein bereits bestehendes betriebliches zusätzliches Vergütungssystem (zum Beispiel **Score-Card**) die „Halteprämie“ mit einbauen. Wichtig ist bei dieser Zielsetzung, dass – im Rahmen des rechtlich Möglichen – ein unterjähriges Ausscheiden bei Teilzielerreichung **keine pro-rata-Auszahlung** nach sich ziehen darf. **26**

f) Nachvertragliches Wettbewerbsverbot

Das nachvertragliche Wettbewerbsverbot, in §§ 74 ff. HGB geregelt, ist nur indirekt auch ein Bindungsinstrument: ein Beschäftigter, der kein adäquates anderes Arbeitsverhältnis eingehen kann, wird vom Arbeitgeberwechsel eher abrücken. Dennoch ist die Zielrichtung primär, den Arbeitgeber vor unerwünschtem Wettbewerb zu schützen. Dies wird auch daran ersichtlich, dass der Arbeitsmarkt für den „abkehrwilligen“ Beschäftigten sich nur verkleinert, der Wechsel aber weiterhin möglich wird. Und im Falle der Realisierung des Arbeitgeberwechsels wird dieser aufgrund der nur eingeschränkten Anrechenbarkeit gem. § 74c HGB für den Arbeitgeber immer eine **kostspielige Lösung**. **27**

Zudem ist es **hoch risikobehaftet**, ein verbindliches nachvertragliches Wettbewerbsverbot zu gestalten. Überzogene Verbote führen insoweit zur Unverbindlichkeit des Verbots (§ 74a HGB) und zu einem noch größeren Risiko des Arbeitgebers, für ein nicht wirkendes Verbot Karenzzahlungen leisten zu müssen. Nicht ohne Grund ist im deutschen Rechtsraum – zumal bei immer weitergehender Globalisierung der Märkte – dieses Instrument in der Praxis weit zurückgedrängt worden. **28**

g) Dauer der Kündigungsfristen (ggf. mit Vertragsstrafenregelung)

- 29 Eine ähnliche Wirkung wie das Wettbewerbsverbot mag eine – gegenüber den gesetzlichen oder, soweit zulässig, tariflichen Regelungen – verlängerte Kündigungsfrist für beide Vertragsparteien haben. Zwar bindet sich auch der Arbeitgeber an die längere Kündigungsfrist, bei wirkender Bindung des betroffenen Arbeitnehmers mag dieses Manko indes hingenommen werden.
- 30 Indes ist die Wirkung selbst eher fraglich. Hält sich der Arbeitnehmer nicht an seine Kündigungsfrist, ist der Arbeitgeber letztlich machtlos, da eine tatsächliche Weiterbeschäftigung **nicht gerichtlich durchgesetzt** werden kann. In diesem Fall käme eine fristlose Kündigung durch den Arbeitgeber in Betracht (womit der Arbeitnehmer allerdings sein Ziel – die vorzeitige Beendigung – erreicht hätte) allenfalls sanktioniert mit einem „krummen“ Beendigungsdatum im Zeugnis. Wandert der Arbeitnehmer indes in dieser Situation zum Wettbewerb ab, sollte nicht eine Kündigung in Betracht gezogen werden, sondern das relativ scharfe Instrument des vertraglichen Wettbewerbsverbots aus § 60 HGB, mit den Folgen von z. B. Schadenersatzforderungen gegenüber dem Arbeitnehmer aus § 61 HGB, oder auf Unterlassung geklagt werden.¹²
- 31 Verstärken lässt sich die Wirkung (ggf. zusätzlich) mit einer **Vertragsstrafenregelung** („Konventionalstrafe“). Diese ist nach wie vor, auch unter Geltung des Rechts der allgemeinen Geschäftsbedingungen, wirksam vereinbar,¹³ allerdings sind die Hürden groß, das Maß der unangemessenen Benachteiligung nicht zu überschreiten; denn eine geltungserhaltende Reduktion bei Überschreiten dieser Grenze kommt nicht in Betracht.¹⁴ Unter Betrachtung der bisherigen Rechtsprechung wird man davon ausgehen können, dass die Höhe der Arbeitnehmerbezüge bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist als Obergrenze für den Fall der vertragswidrigen Lösung vom Arbeitsverhältnis für eine verwirkte Vertragsstrafe berücksichtigt werden kann – was allerdings weiterer Abwägungen bedarf.¹⁵ Neben dem Risiko der Unwirksamkeit der Konventionalstrafenvereinbarung besteht zudem das Risiko, dass ein neuer Arbeitgeber häufig bereit sein wird, eine ggf. verwirkte Vertragsstrafe für den Arbeitnehmer, den er einstellen möchte, zu übernehmen.

h) Zusammenfassung

- 32 **Rechtssicher** durchzusetzende und **effiziente** monetäre Leistungen mit dem Zweck, Beschäftigte zu binden, sind dem deutschen Arbeitsrechtssystem zuneh-

12 Allerdings teils hohe Anforderungen, vgl. BAG 24.3.2010, 10 AZR 66/09, NZA 2010, 693.

13 Grundlegend BAG 4.3.2004, 8 AZR 196/03, NZA 2004, 727.

14 BAG 4.3.2004, 8 AZR 196/03, NZA 2004, 727; i.E. auch BAG 17.3.2016, 8 AZR 665/15, APNews 2016, 173.

15 Vgl. MASIG-Windeln, 560 Rn. 30 f.

mend fremd und in praxi immer weniger anzutreffen. In der Relation Nutzen – Zweck – Rechtssicherheit schneiden die möglichen Instrumente extrem unterschiedlich ab:

Instrument	Rechts-sicherheit	Durchsetz-barkeit	Erreichung des Ziels „Halten“	Nutzen für den Arbeitgeber (Gegen-leistung)
Halteprämie	mittel	mittel	mittel	niedrig
Aktien-programm	hoch	hoch	mittel	mittel
Stichtags-regelung	hoch	hoch	niedrig	niedrig
Alters-versorgung	hoch	hoch	mittel	niedrig
Zielerrei-chungsprämie	hoch	hoch	mittel	hoch
Nachvertragli-ches Wettbe-werbsverbot	niedrig	mittel	hoch	niedrig
Verlängerte Kündigungs-frist	mittel	mittel	hoch	niedrig

Mitarbeiterbindung findet daher zu Recht verstärkt im Bereich **softer Faktoren**, 33 einer gesamthaften Personalpolitik und Führungskompetenzen, ihren Raum. In anderen soziokulturellen Rechtskreisen können hier allerdings andere Bewertungen zu finden sein.

II. Anwesenheitsprämien

1. Historie der gesetzlichen Regelung

Die gesetzliche Regelung der Anwesenheitsprämie – in § 4a Entgeltfortzahlungsgesetz als „Kürzung von Sondervergütungen“ bezeichnet – führte der Gesetzgeber 1996 ein, um die Betriebe von „beschäftigungsfeindlich hohen Lohn-zusatzkosten zu entlasten“. ¹⁶ Bis dahin entwickelte, differenzierte und unterschiedliche Grundsätze der Rechtsprechung ¹⁷ wurden damit einheitlich nor- 34

¹⁶ BT-Drs. 13/4612; die zugleich eingeführte Reduzierung der Entgeltfortzahlung auf 80 % wurde indes wieder zurückgenommen.

¹⁷ Zusammenfassender Überblick in BAG 15.2.1990, 6 AZR 381/88, AP BGB § 611 Anwesenheitsprämie Nr. 15.

Kap. 26 Halteprämien, Anwesenheitsprämien

miert. Dies macht auch klar, weshalb die Kürzungsregelung ausschließlich für Krankheitstage greift.

2. Voraussetzungen der Regelung

- 35 Zunächst ist festzuhalten, dass § 4a EfzG keine Grundlage für eine (direkte) Kürzung einer Sonderzahlung darstellt. Vielmehr erlaubt diese Norm lediglich, eine Anwesenheitsprämie zu vereinbaren – sei es individual- oder kollektiv-rechtlich. Ist also eine Sonderzahlung zugesagt, so bedarf es zur Kürzung derselben eines weiteren rechtlichen Akts.

a) Einführung oder Bestand einer Sonderzahlung

- 36 **Nur Sonderzahlungen** können einer Kürzung unterzogen werden. Denklogisch setzt die Kürzung der Sonderzahlung also zunächst deren **Einführung** oder Bestehen voraus.

b) Vereinbarung der Kürzung

- 37 Die Kürzung kann in jeder Weise vereinbart werden, der Gesetzgeber macht hier keine Vorschriften. In Betracht kommen daher neben Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung individualrechtliche Regelungen – Letztere ausdrücklich in Vertrag, Gesamtzusage oder betrieblicher Übung.

c) Umfang der Kürzung

- 38 Kürzbar ist für jeden Tag der Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit ein Betrag von **maximal einem Viertel** eines durchschnittlichen täglichen Arbeitsentgelts.
- 39 Das durchschnittliche tägliche Arbeitsentgelt beinhaltet dabei zunächst das (ggf. tarifliche) Grundentgelt. Aber auch andere regelmäßige Bezüge – wie etwa Leistungszulagen, Sonn- und Feiertagszuschläge – dürften einrechenbar sein.¹⁸ Nicht einzurechnen sind die Sonderzahlungen selbst (wie etwa Weihnachtsgeld – das dann selbst kürzungsfähig ist).
- 40 Die Berechnung erfolgt auf **Jahresbasis**. Der Gesetzgeber hat dabei offengelassen, ob auf Kalenderjahresbasis oder anderweitiger (gewillkürter, z. B. durchlaufender) Basis. Gegen die Heranziehung des Kalenderjahres oder Geschäftsjahres werden Bedenken also nicht erhoben werden können.¹⁹ Die rückwirkende Betrachtung vom Auszahlungszeitpunkt her bietet sich zudem an.

¹⁸ Vgl. ErfK-Reinhard, § 4a EfzG Rn. 8.

¹⁹ So auch ErfK-Reinhard, § 4a EfzG Rn. 12.

Auch wenn der Gesetzgeber dies nicht ausdrücklich regelt, wird als **Divisor** 41 nicht die Anzahl der (tatsächlichen) „Arbeitstage“ herangezogen werden müssen, sondern auch die der (bezahlten) Urlaubs- und Feiertage.²⁰ Die Einbeziehung der Arbeitsunfähigkeitstage in der Entgeltfortzahlung dürfte ebenso möglich sein.²¹

Gelangt man so zu einem täglichen Arbeitsentgelt, ist hieraus 1/4 zu berechnen. 42 Dies ist der – maximale – Kürzungsbetrag je Tag der Arbeitsunfähigkeit.

Grob kann also gesagt werden: Für je vier Arbeitsunfähigkeitstage kann maxi- 43 mal ein tägliches Arbeitsentgelt gekürzt werden. Beträgt also die kürzbare Sonderzahlung z. B. ein Monatsentgelt, so ist diese nach vier Monaten Arbeitsunfähigkeit vollständig verbraucht. Bei einem Monatsentgelt von 4.000 EUR könnten (im Fall einer Fünftageweche) rund 4.000 EUR/21,75 Tage im Monat/4 = 46 EUR täglich Minderung der Sonderzahlung erfolgen.

Inwieweit dies tatsächlich den Zweck einer verstärkten Anwesenheit und effekti- 44 ven Entlastung des Arbeitgebers von Lohnnebenkosten darstellt, auch im Vergleich zu den **Transaktionsaufwänden** (Betriebsvereinbarung, Einzelverträge) und Administrationsaufwänden, mag im Einzelfall beurteilt werden.

20 So auch ErfK-Reinhard, § 4a EfzG Rn. 14.

21 Mit LAG Hamm 21.2.2013, 8 Sa 1588/12, BeckRS 2013, 67801; a. A. ErfK-Reinhard, § 4a EfzG Rn. 13.

Kapitel 27

Vergütung durch Mitarbeiterkapitalbeteiligung

Schrifttum: *Baeck/Diller*, Arbeitsrechtliche Probleme bei Aktienoptionen und Belegschaftsaktien, DB 1998, 1405; *Busch*, Aktienoptionspläne – arbeitsrechtliche Fragen, BB 2000, 1294; *Göpfert/Buschbaum*, Mitarbeiterkapitalbeteiligung als Modell für die Krise, ZIP 2010, 2330; *Hees/Kramarsch/Wolff*, Mehr Schwung in der Bude, PERSONALmagazin 12.2015, 51; *John/Stachel*, Mitarbeiterbeteiligung konkret: Belegschaftsaktien, Aktienoptionen, Genussscheine und Zertifikate, BB 2009, 17; *Lembke*, Die Ausgestaltung von Aktienoptionsplänen in arbeitsrechtlicher Hinsicht, BB 2001, 1469; *Röder/Göpfert*, Aktien statt Gehalt – Aktienoptionszusagen und Festgehalt nach dem Kurseinbruch am Neuen Markt, BB 2001, 2002; *Sieg*, Renaissance der Mitarbeiter-Kapitalbeteiligung, NZA 2015, 784.

Übersicht

Rn.	Rn.
I. Mitarbeiterkapitalbeteiligung als Teil der Vergütung. 1	b) Phantomaktien (Virtuelle Stock Awards) 37
II. Aktienbasierte Vergütung. 3	4. Zusage von Aktienbezugs- rechten (Aktienoptionen) 38
1. Angebot von Aktien zum Vorzugspreis. 9	a) Option auf Erwerb von tatsächlichen Aktien (Stock Options) 38
a) Steuer- und abgabenfreies Aktienangebot 10	aa) Begriffsbestimmung .. 38
aa) Steuerfreiheit nach § 3 Nr. 39 EStG 11	bb) Gestaltungsbeispiel ... 41
bb) Privatrechtliche Veräußerungssperre ... 16	b) Option auf Erwerb von Phantomaktien (Virtuelle Stock Options) 42
cc) Risikoaufklärung 18	5. Gratisaktien beim Kauf von Aktien (Matching-Aktien) ... 43
dd) Gestaltungsbeispiele .. 19	a) Matching-Aktien 43
b) Steuerpflichtige Aktien- angebote. 22	b) Risikoaufklärung 44
aa) Teilnahmberechtigte .. 23	c) Gestaltungsbeispiele 45
bb) Gestaltungsbeispiele .. 25	III. Dividendenbasierte Vergütung.. 47
2. Aktiengeschenke zu bestimmten Anlässen 28	IV. Angebot von Genussrechten, Genussscheinen 49
a) Anlassbedingte Aktien- zuwendung 28	V. Angebot von GmbH-Anteilen .. 51
b) Gestaltungsbeispiele 29	VI. Angebot von Stillen Beteiligungen 53
3. Zusage von Aktien 34	VII. Angebot von Arbeitnehmer- darlehen 55
a) Tatsächliche Aktien (Stock Awards). 34	
aa) Begriffsbestimmung .. 34	
bb) Gestaltungsbeispiele .. 35	

I. Mitarbeiterkapitalbeteiligung als Teil der Vergütung

- 1 Der Arbeitgeber kann seine Mitarbeiter außer mit Geld auch durch Beteiligung an seinem Unternehmen vergüten. Für viele Unternehmen ist es elementarer Bestandteil ihrer Entgeltspolitik, den Arbeitnehmern – insbesondere den Führungskräften – zusätzlich zur Barvergütung eine **Mitarbeiterkapitalbeteiligung** anzubieten. Ziel dieser langfristig angelegten Vergütung ist es, eine nachhaltige Unternehmensentwicklung zu fördern und die Interessen von Arbeitnehmern und Aktionären noch stärker aufeinander auszurichten. Durch eine Beteiligung am Unternehmen werden das unternehmerische Denken und die Motivation gefördert.¹ Die Studie „Global Equity Insights“ (eine Kooperation der Universität Göttingen mit GEO, Siemens, SAP und der hkp group) hat erst jüngst erneut bestätigt, dass Unternehmen, die eine Mitarbeiterkapitalbeteiligung anbieten, erfolgreicher sind als Unternehmen, die dies nicht tun.² Je nach Unternehmensform kommen unterschiedliche Mitarbeiterkapitalbeteiligungen in Betracht. Am häufigsten werden der Belegschaft Aktien/Stock Awards/Stock Options angeboten (s. Rn. 3 ff.), danach kommen Genussrechte/-scheine (s. Rn. 49 ff.), GmbH-Anteile (s. Rn. 51 f.) und Stille Beteiligungen (s. Rn. 53 f.). Will der Arbeitgeber das Entstehen einer **Betrieblichen Übung** durch das Angebot einer Mitarbeiterkapitalbeteiligung vermeiden, muss er seine Arbeitnehmer hierüber unmissverständlich aufklären, z. B. wie folgt: „Die **Entscheidung**, ob im Unternehmen eine Mitarbeiterkapitalbeteiligung ausgegeben wird, trifft der Arbeitgeber für **jedes Geschäftsjahr neu**. Auch darüber, ob ein Arbeitnehmer eine Mitarbeiterkapitalbeteiligung erhält und ggf. wie viel, entscheidet der Arbeitgeber jährlich neu. Aus einer individuellen Zusage in einem Jahr entsteht für den Arbeitnehmer kein weiterer Anspruch in einem Folgejahr.“
- 2 Mitarbeiterkapitalbeteiligung kann in Zeiten von Unternehmenskrisen als **Sanierungsinstrument** eingesetzt werden.³ Wenn Mitarbeitern für den Fall der Krisenbewältigung eine Beteiligung an der Wertsteigerung angeboten wird, werden sie noch mehr für das Überleben ihres Unternehmens kämpfen. Sollte trotz größtmöglichem Arbeitseinsatz die Insolvenz des Unternehmens nicht vermieden werden können, wäre die finanzielle Mitarbeiterbeteiligung verloren. Kritiker einer (auch) mitarbeiterfinanzierten Kapitalbeteiligung sprechen hier vom doppelten Arbeitnehmerrisiko (von der doppelten Arbeitnehmerchance bei Beteiligung an prosperierenden Unternehmen spricht in der Literatur umgekehrt

1 Hees/Kramarsch/Wolff, PERSONALmagazin 12.2015, 51.

2 Global Equity Insights 2016, abrufbar unter: https://www.computershare.com/News/Global%20Equity%20Insights%202016_Report_Web.pdf, S. 13 (Abrufdatum: 18.9.2018); Global Equity Insights 2017, abrufbar unter: https://www.equity-insights.org/reports/Global_Equity_Insights_2017.pdf, S. 13 (Abrufdatum: 18.9.2018).

3 Göpfert/Buschbaum, ZIP 2010, 2330.

niemand), zum Verlust des Arbeitsplatzes komme auch noch der Verlust des eingesetzten Kapitals.⁴ Das ist zwar richtig, in der Unternehmenspraxis gibt es jedoch viele Beispiele, bei denen alle nicht tariflich „festgezurrt“ Beschäftigungsbedingungen im Krisenfall ohne Äquivalent für den Fall des „Überlebens“ gestrichen werden. Selbst wenn das Unternehmen schnell wieder in die Gewinnzone kommt, heißt das nicht unbedingt, dass die früheren freiwilligen Unternehmensleistungen automatisch wieder eingeführt werden. Bei einer „ausgelobten Gewinnbeteiligung“ für den Fall der Krisenbewältigung würden die Arbeitnehmer dagegen zeitgleich mit den Eigentümern vom wirtschaftlichen Aufschwung ihres Unternehmens profitieren.

II. Aktienbasierte Vergütung

Die Belegschaftsaktie ist volumenmäßig das bedeutendste Modell der Mitarbeiterkapitalbeteiligung in Deutschland.⁵ Attraktive Aktienangebote für die Belegschaft erhöhen das **Ansehen** des Arbeitgebers auf dem internationalen **Arbeitsmarkt**, insbesondere bei jungen Stellensuchenden. Bei Startups verzichten Arbeitnehmer oft auf einen Teil ihres, ihnen eigentlich zustehenden festen Einkommens zugunsten eines größeren Aktienpakets, in der Hoffnung auf eine deutliche Steigerung des Aktienwerts und hohe Dividendenzahlungen. 3

In der Unternehmenspraxis gibt es eine Fülle von **Aktienangeboten** für die **Belegschaft**, zum Teil für alle Arbeitnehmer, zum Teil auch nur für Vorstände, Geschäftsführer, leitende Angestellte oder sonstige Führungskräfte. Zu den häufigsten zählen u. a. Angebote von Aktien zum Vorzugspreis (s. Rn. 9 ff.), Aktiengeschenke zu bestimmten Anlässen (s. Rn. 28 ff.), Aktienzusagen/Stock Awards (s. Rn. 34 ff.), Aktienbezugsrechte/Aktienoptionen/Stock Options (s. Rn. 38 ff.) und Matching-Aktien-Angebote (s. Rn. 43 ff.). 4

Für aktienbasierte Vergütungsmodelle kann der Arbeitgeber grundsätzlich die **Voraussetzungen** wie z. B. Kaufberechtigte, Aktienanzahl, Aktienpreis, Warte-/Haltezeiten und Veräußerungssperren sowie Administration **frei bestimmen**. 5

In Unternehmen mit **Betriebsrat** ist die Entscheidung, ob überhaupt Aktien(-optionen) an die Belegschaft ausgegeben werden, wie viel Geld hierfür zur Verfügung gestellt wird und welche Arbeitnehmergruppen zu welchem Preis beteiligt werden, **mitbestimmungsfrei**. Ein **Mitbestimmungsrecht** des Betriebsrats besteht jedoch für die Ausgabe von begünstigten Belegschaftsaktien als „Frage der 6

4 „Aktien statt Gehalt – eine Option mit Schattenseiten“, abrufbar unter: <https://www.welt.de/wirtschaft/karriere/leadership/article12327594/Aktien-statt-Gehalt-eine-Option-mit-Schattenseiten.html> (Abrufdatum: 18.9.2018).

5 Hans-Böckler-Stiftung, Study Mitarbeiterkapitalbeteiligung, S. 26, abrufbar unter: https://www.boeckler.de/pdf/p_study_hbs_mbf_bvd_333.pdf (Abrufdatum: 18.9.2018).

Kap. 27 Vergütung durch Mitarbeiterkapitalbeteiligung

betrieblichen Lohngestaltung“ gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG bezüglich der Aufteilung des Volumens auf einzelne Arbeitnehmergruppen oder Arbeitnehmer sowie hinsichtlich der Vereinbarung von Veräußerungssperren, sofern es sich bei der Bezugsgruppe nicht ausschließlich um Leitende Angestellte handelt.

- 6a** Weiter können Arbeitnehmervertretungen in den deutschen Aktiengesellschaften Impulsgeber und Multiplikator für die Einführung bzw. Weiterentwicklung von Mitarbeiterkapitalbeteiligung sein. Das Betriebsverfassungsgesetz sieht die Regelung von „Maßnahmen zur Förderung der Vermögensbildung“ durch freiwillige Betriebsvereinbarung in § 88 Nr. 3 BetrVG ausdrücklich vor. Auch die Sprecherausschüsse können freiwillige Vereinbarungen mit dem Arbeitgeber über eine Kapitalbeteiligung der Leitenden Angestellten nach § 28 SprAuG abschließen.⁶
- 7** Die **erforderlichen Aktien** für Belegschaftsaktienprogramme können vom Unternehmen entweder durch eine bedingte Kapitalerhöhung und die damit verbundene Ausgabe neuer Aktien (§ 192 Abs. 2 Nr. 3 AktG) oder durch Rückkauf eigener Aktien (§ 71 Abs. 1 Nr. 2 AktG) **beschafft** werden. Sowohl die Kapitalerhöhung als auch der Erwerb eigener Aktien darf 10% des Grundkapitals nicht überschreiten (§§ 71 Abs. 2 Satz 1, 192 Abs. 3 Satz 1 AktG).
- 8** Arbeitnehmer werden durch den Erwerb der vom Arbeitgeber angebotenen Aktien zu Anteilseignern mit allen Rechten (z.B. **Rede-** und **Stimmrechte** in der Hauptversammlung, **Dividende**) und Pflichten. Einige Unternehmen bieten ihren Mitarbeitern keine Stammaktien, sondern **Vorzugsaktien** an. Bei Vorzugsaktien wird der Wegfall der Stimmrechte in der Hauptversammlung durch eine bevorzugte, i. d. R. höhere Dividende ausgeglichen.

1. Angebot von Aktien zum Vorzugspreis

- 9** Ein Unternehmen kann im Rahmen seiner Vergütungspolitik den Arbeitnehmern eigene Aktien bzw. Aktien der Konzernobergesellschaft kostenlos oder zu einem (gegenüber dem Börsenpreis) vergünstigten Kaufpreis überlassen.

a) Steuer- und abgabenfreies Aktienangebot

- 10** Aktiengesellschaften sollten auf jeden Fall allen Arbeitnehmern ein Aktienangebot machen, mit dem die **steuerliche Förderung** gemäß § 3 Nr. 39 EStG voll **ausgeschöpft** wird.

⁶ Sieg, NZA 2015, 784, 786.

aa) Steuerfreiheit nach § 3 Nr. 39 EStG

Steuerfrei ist gemäß § 3 Nr. 39 EStG der Vorteil des Arbeitnehmers im Rahmen eines gegenwärtigen Dienstverhältnisses aus der unentgeltlichen oder vergünstigten Überlassung von Vermögensbeteiligungen i. S. v. § 2 Abs. 1 Nr. 1 lit. a, b und f bis 1 und Abs. 2 bis 5 des Fünften Vermögensbildungsgesetzes am Unternehmen des Arbeitgebers, soweit der Vorteil insgesamt **360 € im Kalenderjahr** nicht übersteigt. Der steuerfreie Betrag gehört gemäß § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Sozialversicherungsentgeltverordnung (SvEV) auch nicht zum Arbeitsentgelt in der **Sozialversicherung**. **11**

Voraussetzung für die Steuerfreiheit ist, dass die (gleiche) Beteiligung **allen Arbeitnehmern** offensteht, die im Zeitpunkt der Bekanntgabe des Angebots mindestens **ein Jahr** ununterbrochen in einem gegenwärtigen **Dienstverhältnis** zum Unternehmen stehen (**steuerrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz**). **Einzubeziehen** sind auch Arbeitnehmer mit befristetem Arbeitsvertrag (auch Aushilfen) und ruhendem Arbeitsverhältnis, weiterbeschäftigte Rentner, geringfügig Beschäftigte, (Alters-)Teilzeitkräfte, Auszubildende und Werkstudenten (nicht: Praktikanten, Doktoranden, Diplomanden, Bacheloranden, Masteranden, Stipendiaten). Bei einem Entleiher sind Leiharbeiternehmer nicht einzubeziehen. **12**

Nach einem BMF-Schreiben vom 8.12.2009 wird jedoch nicht beanstandet, wenn der Arbeitgeber aus Vereinfachungsgründen **Arbeitnehmer ausschließt**, die ins Ausland entsandt wurden, sowie Organe von Körperschaften (Vorstände und Geschäftsführer), Mandatsträger (Aufsichtsräte), Arbeitnehmer mit einem gekündigten Dienstverhältnis und Arbeitnehmer, die zwischen dem Zeitpunkt des Angebots und dem Zeitpunkt der Überlassung der Vermögensbeteiligung aus sonstigen Gründen aus dem Unternehmen ausscheiden. Es ist dem Arbeitgeber jedoch unbenommen, diese Arbeitnehmer als auch Arbeitnehmer mit einzubeziehen, die weniger als ein Jahr im Unternehmen tätig sind (z. B. Arbeitnehmer, die eine 6-monatige Probezeit bestanden haben). **13**

Seit 2009 ist die steuerliche Förderung auch dann möglich, wenn die Vermögensbeteiligungen durch **Entgeltumwandlung** finanziert werden. Eine Beitragsfreiheit für die **Sozialversicherung** ist mit dieser Entgeltumwandlung nicht verbunden. Diese ist nur bei **zusätzlich zum** ohnehin geschuldeten **Arbeitsentgelt** gewährten Entgeltbestandteilen möglich. **14**

Innerhalb eines Konzerns kann jedes Unternehmen Aktien eines konzernzugehörigen Unternehmens steuerfrei an seine Arbeitnehmer ausgeben, da jedes dieser Unternehmen i. S. v. § 18 AktG als arbeitgebendes Unternehmen gilt (**Konzernklausel**). Bei einem Konzernunternehmen verlangt der Gleichbehandlungsgrundsatz nicht, dass die Aktienprogramme auch den Arbeitnehmern der übrigen Konzernunternehmen angeboten werden, die Konzernklausel gilt insoweit nicht. **15**

Kap. 27 Vergütung durch Mitarbeiterkapitalbeteiligung

bb) Privatrechtliche Veräußerungssperre

- 16** Seit der Reform der steuerlichen Behandlung von Mitarbeiterkapitalbeteiligungen im Jahr 2002 unterliegt die Gewährung des Steuerfreibetrags keiner gesetzlichen **Haltefrist** mehr (1960 bis 1983: 6 Jahre, 1984 bis 2001: 5 Jahre), die Aktien können also sofort nach der Einbuchung in sein Depot vom Arbeitnehmer „steuerunschädlich“ wieder verkauft werden (faktisch handelt es sich in diesem Fall um eine „legale Steuerwäsche“).
- 17** Wenn es dem Arbeitgeber außer einer steuerfreien Vergütung auch auf eine nachhaltige Bindung seiner Arbeitnehmer ans Unternehmen ankommt, sollte er eine **privatrechtliche Veräußerungssperre** vorsehen.⁷ Ob es zeitliche Grenzen für den Ausschluss der Übertragbarkeit von Belegschaftsaktien und Aktienoptionen gibt, ist noch nicht gerichtlich entschieden; jedenfalls die üblichen Bindefristen von nicht mehr als fünf oder im Einzelfall auch zehn Jahren sind sicherlich noch akzeptabel.⁸ Eine Veräußerungssperre hindert jedoch nicht den rechtswirksamen Verkauf der Aktien durch den Arbeitnehmer. Sie erlaubt dem Arbeitgeber aber, ggf. Vertragsstrafen bis hin zur Kündigung geltend zu machen.

cc) Risikoaufklärung

- 18** Der Kauf von Aktien ist immer mit einem Kursrisiko verbunden, schlimmstenfalls kann ein Totalverlust des Investments eintreten. Die künftige Entwicklung von Aktien ist (weil sie nicht nur vom Unternehmenserfolg abhängig ist, sondern auch von unternehmensexternen Entwicklungen, z. B. unbeeinflussbaren weltpolitischen Ereignissen) nicht vorhersehbar. Die Entwicklung der Aktien in der Vergangenheit ist deshalb nur bedingt zur Einschätzung der künftigen Kursentwicklung tauglich. Wegen der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers empfiehlt sich zusammen mit dem Kaufangebot auch eine ehrliche Risikoaufklärung. Durch attraktive Aktienangebote (z. B. besonders günstiger Vorzugspreis) können die potenziellen negativen Einflüsse eines rückläufigen Aktienkurses allerdings bis zu einem bestimmten Ausmaß abgefedert werden.

dd) Gestaltungsbeispiele

- 19** (1) Eine Aktiengesellschaft kann allen Mitarbeitern (zu den gesetzlich zugelassenen Ausnahmen s. Rn. 13) jährlich Aktien im Wert von bis zu 360 € **schenken** und damit den Steuerfreibetrag für ihre Mitarbeiter ausschöpfen. Um den Freibetrag voll auszuschöpfen, können auch Teilaktien (Fractional Shares) angeboten werden.

⁷ BayObLG 24.11.1988, BReg. 3 Z 111/88, NJW-RR 1989, 687.

⁸ Baeck/Diller, DB 1998, 1405, 1407.

(2) Will der Arbeitgeber einen möglichst hohen Anteil von Aktien in Mitarbeiterhand erreichen (Stichwort: Belegschaft als Ankeraktionär), dann wird er seinen Mitarbeitern eine größere Aktienanzahl anbieten und gleichzeitig ein **Eigeninvestment** fordern. So kann er z. B. Aktien im Wert von 720 € (bzw. 1.080 €) anbieten und hierzu einen Zuschuss von 360 € zahlen, wenn der Arbeitnehmer die andere Hälfte (bzw. die anderen 2/3) als Eigeninvestment beisteuert. Bei einigen Unternehmen unterliegen diese Aktien keinen **Veräußerungsbeschränkungen**, d. h. sie können nach Übertragung auf den Arbeitnehmer ohne Haltefrist von diesem sofort wieder an der Börse verkauft werden. Viele Unternehmen fordern – vor allem bei geringem Eigeninvestment der Arbeitnehmer – eine Haltefrist. In der Unternehmenspraxis sind bis zu fünf Jahre üblich. Will ein Arbeitnehmer nicht so viel Geld investieren, dass er den vollen Freibetrag ausschöpfen kann, ist grundsätzlich auch der Erwerb einer geringeren Aktienzahl möglich. Einige Arbeitgeber schließen dies zur Reduzierung der Verwaltungskomplexität in ihren Angebotsbedingungen jedoch explizit aus. **20**

(3) Will der Arbeitgeber die Einhaltung von Haltefristen überwachen, wird er zur Vereinfachung der Administration von Belegschaftsaktienprogrammen mit einer **Depotbank** seines Vertrauens einen **Treuhand-** und **Verwahrungsvertrag** abschließen und deren „Allgemeine Geschäftsbedingungen“ zu einem Bestandteil des Aktienkaufvertrags machen. Für die Verwaltung des Arbeitnehmer-Kontos bei der Depotbank entstehen Gebühren, die grundsätzlich der Depotinhaber – also der Arbeitnehmer – zu zahlen hat. Meist übernimmt der Arbeitgeber jedoch die **Kosten** für die Einbuchung der jeweils bestellten Aktien sowie für deren Verwahrung und Verwaltung auf dem Arbeitnehmer-Depot. Die aufgrund von Verkaufsaufträgen entstehenden Bankgebühren und Fremdkosten (z. B. Börsengebühr) gehen aber zulasten des Arbeitnehmers. **21**

b) Steuerpflichtige Aktienangebote

Dem Arbeitgeber ist es natürlich unbenommen – auch über ein steuerrechtlich gefördertes Aktienangebot hinaus –, weitere vergünstigte (dann als geldwerter Vorteil zu versteuernde) Aktien an die gesamte Belegschaft oder aber (anders als von § 3 Nr. 39 EStG gefordert) nur an Teile davon auszugeben. **22**

aa) Teilhabeberechtigte

Der Arbeitgeber muss bei der Festlegung des Kreises der Bezugsberechtigten den allgemeinen **arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz** beachten. Dieser verbietet die willkürliche Schlechterstellung einzelner Arbeitnehmer innerhalb einer Gruppe von Arbeitnehmern in vergleichbarer Lage⁹ und eine sach- **23**

9 BAG 21.10.2009, 10 AZR 664/08, NZA-RR 2010, 289.

Kap. 27 Vergütung durch Mitarbeiterkapitalbeteiligung

fremde Gruppenbildung.¹⁰ Eine **Differenzierung** nach Vertragsgruppen (Leitende Angestellte, Außertarifliche Angestellte, Führungskräfte), Führungsebenen, Funktionsstufen, Unternehmenssparten oder nach Funktionsbereichen ist dagegen zulässig. Berücksichtigt werden können auch die interne und externe Bedeutung der Funktion, persönliche Gesichtspunkte wie Potenzial, Arbeitsergebnisse und Abwerbegefahr, aber auch Erfordernisse des lokalen Arbeitsmarkts. Die Gruppe der Bezugsberechtigten muss sich nur klar von der Gruppe der vom Bezugsrecht ausgenommenen Arbeitnehmer abgrenzen lassen.¹¹

- 24 Keine Anwendung** findet der Gleichbehandlungsgrundsatz, wenn die Besserstellung einzelner Arbeitnehmer unabhängig von abstrakten Differenzierungsmerkmalen (diskretionär = vom Willen des Arbeitgebers gekürt) erfolgt, da hier ein **kollektiver Bezug fehlt**.

bb) Gestaltungsbeispiele

- 25** (1) Alle Arbeitnehmer (oder: alle Arbeitnehmer der Vertragsgruppen/Funktionsstufen ...) können Aktien mit einem Rabatt von ... % bis zu einem Höchstbetrag von ... € erwerben.
- 26** (2) Arbeitnehmer der Vertragsgruppe/Funktionsstufe A können für 10% ihres Jahresbonus/ihrer Erfolgsbeteiligung Aktien zum Vorzugspreis von ... € erwerben. Für die Vertragsgruppe/Funktionsstufe B sind es 20%, für C 30%, für D 40% und für E 50%.
- 27** (3) Arbeitnehmer mit der Leistungsbeurteilung „sehr gut“ können 30 Aktien zum Vorzugspreis von ... € erwerben. Bei der Leistungsbeurteilung „gut“ sind es 20 Aktien, bei „befriedigend“ 10 Aktien.

2. Aktiengeschenke zu bestimmten Anlässen

a) Anlassbedingte Aktienzuwendung

- 28** Arbeitgeber können ihren Arbeitnehmern zu besonderen Anlässen (z. B. Firmenjubiläen der Mitarbeiter, Jahrestage des Unternehmens, Zielerreichung, erfolgreicher Projektabschluss, Geburt eines Kindes) einen Geldbetrag schenken, sie können stattdessen aber auch Aktien ausgeben.

10 St. Rspr. BAG 3.4.1957, 4 AZR 644/54, AP § 242 BGB Gleichbehandlung Nr. 4; 6.12.1995, 10 AZR 198/95, AP § 611 BGB Gratifikation Nr. 187; 25.10.2001, 6 AZR 560/00, NJOZ 2002, 1941, 1943; 11.4.2006, 9 AZR 528/05, NZA 2006, 1217, 1218; 24.10.2006, 9 AZR 681/05, AP § 611 BGB Gratifikation Nr. 263; 22.1.2009, 8 AZR 808/07, NZA 2009, 547, 550.

11 BAG 11.4.2006, 9 AZR 528/05, NZA 2006, 1217, 1218; 21.10.2009, 10 AZR 664/08, NZA-RR 2010, 289.

b) Gestaltungsbeispiele

- (1) Alle Mitarbeiter (oder: vertragsgruppen-/funktionsstufenabhängige Regelung, je höher die Vertragsgruppe/Funktionsstufe, desto größer das Aktienpaket) bekommen nach einer Unternehmenszugehörigkeit von 10/20/25/30/40/50 Jahren als Jubiläumsgeschenk ein Aktienpaket von ... Aktien. Für dieses gilt eine Sperrzeit von 1/2/3/4/5 Jahren (oder: keine Sperrzeit). **29**
- (2) Zum ...-jährigen Firmenjubiläum erhalten alle Mitarbeiter eine Aktie (oder: ... Aktien) ihres Unternehmens geschenkt. Für diese Aktie/n gilt eine Sperrzeit von 1/2/3/4/5 Jahren (oder: keine Sperrzeit). **30**
- (3) Wegen des unerwartet guten Geschäftsverlaufs gewährt die Unternehmensleitung allen Mitarbeitern eine/... Gratisaktie/n. **31**
- (4) Weil im Geschäftsjahr ... die geschäftlichen Erwartungen deutlich übertroffen wurden, macht die Unternehmensleitung allen Mitarbeitern (oder: folgenden Vertragsgruppen: ...) als Anerkenntnis ihrer guten Arbeit ein Angebot von ... Aktien zu einem Vorzugspreis von ... €. **32**
- (5) Der Vorstandsvorsitzende gewährt einem Mitarbeiter, der ein Projekt erfolgreich abgeschlossen hat/eine besonders herausragende Leistung erbracht hat, als besondere Anerkennung statt einer sonst üblichen Sonderzahlung ein Sonderaktienpaket. **33**

3. Zusage von Aktien*a) Tatsächliche Aktien (Stock Awards)**aa) Begriffsbestimmung*

Der Arbeitgeber kann – statt Aktien sofort an seine Mitarbeiter auszugeben – **34**
Arbeitnehmern (allen Arbeitnehmern oder nur außertariflichen Mitarbeitern oder nur Leitenden Angestellten oder nur besonders erfolgreichen Mitarbeitern) auch nur zusagen, nach Ablauf einer von ihm vorgegebenen **Wartezeit** und bei Erfüllung bestimmter, von ihm vorgegebener Voraussetzungen, ihnen eine bestimmte Anzahl Aktien des Unternehmens zu übertragen. Damit werden Aktien außer zu einem Vergütungsbestandteil zusätzlich auch zu einem **Firmenbindungs-Instrument**. Denn wenn ein Mitarbeiter aus eigenem Antrieb das Unternehmen verlässt (z. B. um zum Wettbewerb überzutreten), verliert er den Anspruch auf die Aktien.

bb) Gestaltungsbeispiele

- (1) Der Arbeitgeber sagt dem Arbeitnehmer zu, ihm nach Ablauf von 1/2/3/4/5 **35**
Jahren Aktien des Unternehmens unentgeltlich auf ein für den Arbeitnehmer an-

Kap. 27 Vergütung durch Mitarbeiterkapitalbeteiligung

gelegtes Depot bei der (vom Arbeitgeber ausgewählten) Administrationsbank zu überweisen. Während der **Wartezeit** kann der Arbeitnehmer nicht über die Aktienzusagen verfügen, diese also weder veräußern, übertragen noch belasten. Bei **Beendigung** des **Arbeitsverhältnisses** während der Wartezeit erlöschen mit dem Tag des Ausscheidens beim Arbeitgeber – mit **Ausnahme** bei Pensionierung, Erwerbsunfähigkeit oder Tod, Ausgliederung/Betriebsübergang oder bei Weiterbeschäftigung im Konzern – sämtliche Bezugsrechte. Ein wertmäßiger Ausgleich für das Erlöschen der Bezugsrechte ist ausgeschlossen. Nach Ablauf der Wartezeit kann der Arbeitnehmer **3 Übertragungswege** für die zugesagten Aktien wählen. Damit soll ihm ermöglicht werden, seine Steuerlast (die übertragenen Aktien sind als geldwerter Vorteil ein steuerpflichtiger Vergütungsbestandteil) – ggf. auch die Sozialversicherungsabgaben – gemäß seiner persönlichen Liquiditätsplanung zu begleichen: (1) Der Arbeitnehmer möchte vom Arbeitgeber alle Aktien verkaufen lassen. Der voraussichtliche Steuer- und Sozialversicherungsbetrag wird vom Arbeitgeber aus dem Verkaufserlös zurückbehalten. (2) Der Arbeitnehmer kann vom Arbeitgeber so viele Aktien verkaufen lassen, wie zur Begleichung der anfallenden Steuern und Sozialversicherungsabgaben benötigt werden. (3) Der Arbeitnehmer möchte alle Aktien behalten. In diesem Fall muss er dem Arbeitgeber vorab den voraussichtlichen Betrag für Steuern und Sozialversicherungsabgaben bezahlen.

- 36 (2) Der Arbeitgeber kann von vornherein eine feste Anzahl von Aktien nach Ablauf der Wartezeit ausloben, er kann die tatsächliche Aktienanzahl aber auch von der Erreichung bestimmter, von ihm vorgegebener **Performance-Ziele** während der Wartezeit abhängig machen. In diesem Fall sagt er dem Arbeitnehmer einen bestimmten 100%-Geldbetrag zu, für den er nach Ablauf der Wartezeit Aktien erhält. Dieser 100%-Betrag wird entsprechend der Performance-Erreichung erhöht bzw. gesenkt. Als Performance-Ziele können z. B. festgelegt werden: Entwicklung des Ergebnisses je Aktie vom Zuteilungstag bis zum Übertragungstag oder Aktienkursentwicklung gegenüber folgenden relevanten Wettbewerbern ... (Durchschnitt der 36 Monatsschlusskurse vor dem Übertragungsmonat). Es können auch mehrere Performance-Ziele festgelegt werden (z. B. 50 % Ergebnis je Aktie und 50 % Aktienkursentwicklung).

b) Phantomaktien (Virtuelle Stock Awards)

- 37 Will ein Arbeitgeber sich den mit Erwerb und Verteilung eigener Aktien verbundenen organisatorischen Aufwand ersparen, kann er seinen Arbeitnehmern auch eine aktienbasierte Vergütung durch Zusage virtueller Aktien (Phantomaktien) ermöglichen. Bei diesen „Virtuellen Stock Awards“ werden die Zusagen am Ende der vom Arbeitgeber festgelegten Wartezeit nicht in Aktien erfüllt, sondern in Geld. Der Barauszahlungsbetrag pro Zusage entspricht dann dem Gegenwert einer Aktie an einem vom Arbeitgeber vorab festgelegten **Tag** (z. B. erster

Börsentag nach Ablauf der Wartezeit) oder dem durchschnittlichen Aktienkurs in einem genau festgelegten Zeitraum (z. B. Durchschnitt der Tagesschlusskurse im Zeitraum vom ... bis ...). Um Unstimmigkeiten zu vermeiden, sollten die **Börse** (eine der Handelsbörsen: Xetra, etc.) und der konkrete **Börsenkurs** (Eröffnungskurs, Schlusskurs, Tiefstkurs oder Höchstkurs) unmissverständlich festgelegt werden. Die Barauszahlung erfolgt – wie bei „normalem“ Einkommen – unter Abzug von Steuern und ggf. Sozialversicherungsabgaben über die Entgeltabrechnung. Allerdings entfallen bei dieser Variante die Vorteile des Besitzes von Aktien in der Hand eigener Arbeitnehmer (Stichwort: Belegschaft als verlässlicher Ankeraktionär).

4. Zusage von Aktienbezugsrechten (Aktienoptionen)

a) Option auf Erwerb von tatsächlichen Aktien (Stock Options)

aa) Begriffsbestimmung

Eine **Aktienoption** (auch Aktienbezugsrecht genannt) ist das Recht, zu einem späteren Termin unter bestimmten Bedingungen eine Aktie des Arbeitgebers zu einem vorab festgelegten Preis zu erwerben.¹² Dadurch hat der Arbeitnehmer den Vorteil, Aktien unter dem Marktwert zu erhalten, wenn der Aktienkurs zum Zeitpunkt des Erwerbs der Aktien höher als der zuvor vereinbarte Preis ist. Ist der Aktienkurs nach Ablauf der Wartezeit jedoch geringer als bei der Aktienzusage, dann kann sich eine Aktienoption als wirtschaftlich wertlos erweisen, weshalb viele Aktiengesellschaften mit bescheidenen Kursentwicklungen von Aktienoptionen auf Aktienzusagen umgestellt haben. Bei Stock Awards bekommt der Mitarbeiter zumindest immer eine Aktie, auch wenn deren Wert gegenüber dem Kurs am Zuteilungstag geringer sein kann.

Die erhaltenen Aktien sind im Rahmen der Einkünfte aus nichtselbstständiger Tätigkeit als geldwerter Vorteil **lohnsteuer-** und **sozialversicherungspflichtig**. Gegenstand der Besteuerung ist die bei der Ausübung der Option entstehende Differenz zwischen dem vereinbarten Basispreis und dem bei der Ausübung des Optionsrechts bestehenden Kurswert der Aktie.¹³

Eine Klausel, die den ersatzlosen **Verfall** der Bezugsrechte bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses während der Wartefrist anordnet, ist arbeitsrechtlich zulässig, da dem Arbeitnehmer kein Verdienst, sondern nur eine Verdienst**chance** entzogen wird.¹⁴ Dies gilt auch für **betriebsbedingte** Kündigungen.¹⁵ Allerdings

12 Busch, BB 2000, 1294; Lembke, BB 2001, 1469; Röder/Göpfert, BB 2001, 2002.

13 BFH 20.6.2001, VI R 105/99, DB 2001, 1861.

14 BAG 28.5.2008, 10 AZR 351/07, NZA 2008, 1066, 1071, 1073; ErfK-Preis, § 611a BGB Rn. 505a.

15 BAG 28.5.2008, 10 AZR 351/07, NZA 2008, 1066.

Kap. 27 Vergütung durch Mitarbeiterkapitalbeteiligung

wird in der betrieblichen Praxis kaum ein Personaler eine geräuschlose betriebsbedingte Kündigung an einem ersatzlosen Verfall von Aktienoptionen scheitern lassen wollen. Schließlich will nicht der Arbeitnehmer, sondern der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis beenden. Verlässt der Arbeitnehmer dagegen das Unternehmen aus eigenem Antrieb – weil er z. B. zum Wettbewerb wechselt –, dann ist das Verfallen der Aktienoption schon deshalb gerechtfertigt, weil einer der Gründe für dieses Vergütungselement – die Firmenbindung – entfallen ist.

bb) Gestaltungsbeispiel

- 41 Die individuelle **Anzahl** der **Bezugsrechte** eines Bezugsberechtigten wird aufgrund folgender **Kriterien** festgelegt: Bedeutung der Funktion, individuelle Arbeitsergebnisse des Mitarbeiters, regionale Besonderheiten und aktuelle Performance des Betriebs/Bereichs/Unternehmens. Bei einem Funktionswechsel können bei der Festlegung die Funktionen zeitanteilig einbezogen werden. Die Bezugsrechte dürfen erst nach Ablauf einer **Wartezeit** von 1/2/3/4/5 Jahren nach dem Zuteilungstag ausgeübt werden. Die **Ausübung der Bezugsrechte** kann in den 1/2/3/4/5 auf die Wartezeit folgenden Jahren erfolgen. Bezugsrechte aus dem Aktienoptions-Vertrag dürfen in folgenden Zeiträumen nicht ausgeübt werden (**Ausübungsbeschränkung**): zwei Wochen vor Quartalsende bis zwei Tage nach der Bekanntgabe der Quartalergebnisse und zwei Wochen vor Geschäftsjahresende bis zwei Tage nach Bekanntgabe der Ergebnisse des abgelaufenen Geschäftsjahres. Der Arbeitgeber wird Ausübungsaufträge in diesen **Sperrfristen** zurückweisen. Neben den Sperrfristen muss der Arbeitnehmer die **nationalen und internationalen Beschränkungen** beachten, die aus allgemeinen Rechtsvorschriften folgen, wie z. B. dem **Gesetz über den Wertpapierhandel**. Nach diesem Gesetz ist es Insidern verboten, nicht öffentlich bekannte Tatsachen, die geeignet sind, den Kurs börsennotierter Wertpapiere erheblich zu beeinflussen, für eigene oder fremde Wertpapiergeschäfte auszunutzen, solche Tatsachen Dritten zugänglich zu machen oder Dritten den Kauf oder Verkauf diesbezüglicher Wertpapiere zu empfehlen. Wer gegen ein inländisches oder ausländisches Verbot des Insiderhandels verstößt, kann mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bestraft werden. Der **Ausübungspreis** ist der bei Zuteilung des Bezugsrechts vereinbarte Preis, der später für den Erwerb der Aktie zu bezahlen ist. Er entspricht dem durchschnittlichen Eröffnungskurs der Aktien im Xetra-Handel (oder einem vergleichbaren Nachfolgesystem) an den fünf Handelstagen, die dem Tag der Zuteilung vorangegangen sind, zuzüglich 10/20/30/... %. Bevor Bezugsrechte ausgeübt werden können, muss die Aktie ein **Erfolgsziel** erreicht haben. Diese Ausübungshürde ist überwunden, wenn der Kurs der Aktie im Xetra-Handel (oder einem vergleichbaren Nachfolgesystem) einmalig den Ausübungspreis von ... € erreicht hat. Allerdings ist die Bezugsrechtsausübung nur dann wirtschaftlich sinnvoll, wenn der Aktienkurs auch zum Aus-

übungszeitpunkt über dem Ausübungspreis liegt. Die Bezugsrechte sind **nicht übertragbar, verpfändbar oder abtretbar**, sondern können nur durch den bezugsberechtigten Arbeitnehmer ausgeübt werden. Im **Todesfall** gehen die Bezugsrechte auf den überlebenden Ehepartner oder die Kinder über, nicht aber auf andere Erben. Die Berechtigung, die Optionen auszuüben, ist nachzuweisen. Das Unternehmen überträgt die Bezugsrechte mit befreiender Wirkung jeweils nur auf einen berechtigten Erben. Sofern die Bezugsrechte nicht bis zum **Ablauf des Ausübungszeitraums** ausgeübt werden, verfallen sie ersatzlos. Bei **Beendigung des Arbeitsverhältnisses** erlöschen mit dem Tag des Ausscheidens beim AG – mit **Ausnahme** bei Pensionierung, Erwerbsunfähigkeit oder Tod, Ausgliederung/Betriebsübergang oder bei Weiterbeschäftigung im Konzern – sämtliche Bezugsrechte und ein Anspruch auf Gewährung von Aktienoptionen besteht nicht mehr. Ein wertmäßiger Ausgleich für das Erlöschen der Bezugsrechte ist ausgeschlossen. Der Arbeitgeber behält sich vor, in bestimmten Fällen bei der Ausübung der Bezugsrechte statt der Auslieferung von Aktien (aus dem bedingten Kapital oder aus eigenen Aktien) einen **Barausgleich** vorzunehmen. Ein Barausgleich wird dem Unterschiedsbetrag zwischen dem Ausübungspreis und dem Eröffnungskurs der Aktie im Xetra-Handel (oder einem vergleichbaren Nachfolgesystem) am Tag der Ausübung der Bezugsrechte entsprechen. **Steuern** und etwaige **Sozialversicherungsbeiträge** auf die Einkünfte aus den Bezugsrechten sind vom Arbeitnehmer zu tragen. Für die Einbuchung in das Aktienoptionskonto, die Verwaltung und die Ausübung der Bezugsrechte fallen beim Arbeitnehmer keine **Kontoführungsgebühren** an. Ein vom Arbeitnehmer ggf. gewünschter Transfer der Verkaufserlöse oder der Aktien vom Konto bei der . . .-Bank auf andere Konten des Arbeitnehmers wird zu dessen Lasten durchgeführt.

b) Option auf Erwerb von Phantomaktien (Virtuelle Stock Options)

Will ein Arbeitgeber sich den mit Erwerb und Verteilung eigener Aktien verbundenen organisatorischen Aufwand ersparen, kann er seine Arbeitnehmer auch an einer eventuellen Steigerung des Börsenwerts seiner Aktien beteiligen, ohne dass er diesen Aktien übertragen muss. Bei **virtuellen** Aktienoptionen zum Erwerb von Phantomaktien wird der Arbeitnehmer finanziell so gestellt, als ob er Inhaber echter Aktienoptionen wäre. Das heißt, der Ausübungsberechtigte erhält den Unterschiedsbetrag zwischen dem Börsenkurs am Übungstag und dem vorab zugesagten Ausübungspreis unter Abzug von Steuern und ggf. Sozialversicherungsabgaben in bar.

42

5. Gratisaktien beim Kauf von Aktien (Matching-Aktien)

a) Matching-Aktien

- 43** Um die Arbeitnehmer zum Kauf von Aktien ihres Unternehmens anzureizen, kann der Arbeitgeber das langfristige Halten von mit eigenen Mitteln erworbenen Aktien durch Gratisaktien (Matching-Aktien) für eine bestimmte Zahl von Investment-Aktien belohnen. Die Voraussetzungen für den Erhalt dieser Matching-Aktien, wie z.B. Teilnahmeberechtigung, Angebotsfrist, Haltefrist, Matching-Verhältnis, Verwahrdepot sowie Mindest- und Höchstzahl der geförderten Aktien, kann der Arbeitgeber frei bestimmen.

b) Risikoauflklärung

- 44** Auch bei Matching-Aktien-Programmen müssen die Mitarbeiter über das bei einer Teilnahme verbundene Kursrisiko informiert werden (s. Rn. 18). Die angebotenen Matching-Aktien federn zwar die potenziellen negativen Einflüsse eines rückläufigen Aktienkurses bis zu einem bestimmten Ausmaß ab, es bleibt aber ein gewisses Risiko. Hinzu kommt, dass die gekauften Aktien mindestens 1/2/3/4/5 Jahre lang gehalten werden müssen, bevor der Arbeitnehmer Matching-Aktien erhält.

c) Gestaltungsbeispiele

(1) 3+1 Matching-Aktienangebot (MAA)

- 45** Teilnahmeberechtigt am Angebot von Matching-Aktien sind alle Arbeitnehmer, die am Geschäftsjahresbeginn und am Tag der Bekanntgabe des Matching-Aktien-Programms zum Arbeitgeber in einem Arbeitsverhältnis stehen. Einbezogen sind auch Arbeitnehmer mit (Alters-)Teilzeitvereinbarung (auch geringfügig Beschäftigte), befristetem Arbeitsvertrag (auch Aushilfen) und ruhendem Arbeitsverhältnis sowie ins Ausland abgeordnete (nicht ins Ausland versetzte) Arbeitnehmer und Werkstudenten (nicht Praktikanten, Doktoranden, Diplomanden, Bacheloranden, Masteranden, Stipendiaten). Die **Angebotsfrist** beginnt am ... um 00:00 Uhr und endet am ... um 24:00 Uhr. Der **Kaufpreis** für eine Aktie entspricht dem Schlusskurs der Aktie im Xetra-Handel an der Frankfurter Wertpapierbörse am ... Das **Investment** muss mindestens 1 % und kann (jeweils in vollen %-Sprüngen) bis höchstens 50/60/70/80/90/100 % der variablen Brutto-bezüge für das Geschäftsjahr ... für den Kauf von Aktien betragen. Mit der Teilnahme des Arbeitnehmers am Matching-Aktien-Programm kommt gleichzeitig ein Treuhand- und Verwahrungsvertrag mit der vom Arbeitgeber für die MAA-Abwicklung beauftragten ...-Bank zustande. Deren „Allgemeine Geschäftsbedingungen“ sind auch Bestandteil dieses Vertrags. Matching-Aktien werden nur gewährt, wenn die erworbenen Aktien auf dem Sammelverwahr-

depot der ...-Bank während einer 1/2/3/4/5-jährigen Haltefrist ununterbrochen gehalten werden. Die im Rahmen des Matching-Aktien-Programms erworbenen Aktien unterliegen jedoch keinen **Veräußerungsbeschränkungen**, sie dürfen jederzeit verkauft oder in Privatdepots überführt werden. Dies führt jedoch zum Verlust des Anspruchs auf Matching-Aktien. Nach Ablauf der Haltefrist erhält der Arbeitnehmer für je 1/2/3 im ...-Bank-Depot gehaltene Aktien (Investment-Aktien) eine kostenlose Aktie (**Matching-Aktie**), sofern er zu diesem Zeitpunkt noch in einem Arbeitsverhältnis zum Arbeitgeber steht. Die Aktien aus dem Matching-Aktien-Programm sind **dividendenberechtigt**. Solange der Arbeitnehmer seine Aktien im Verwahrdepot bei der ...-Bank hält, werden Dividenden nicht in bar ausgezahlt, sondern wieder angelegt. Das bedeutet, dass in Höhe der ausgeschütteten Dividende (nach Abzug von Steuern und Sozialversicherungsabgaben) zusätzliche Aktien durch die ...-Bank im Namen des Arbeitnehmers erworben und auf das Verwahrdepot übertragen werden. Der bei der Wiederanlage zugrunde zu legende Kaufpreis ist der handelsgewichtete Durchschnittskurs der Aktie im Xetra-Handel oder ein entsprechender anderer Marktpreis an dem Handelstag, an dem die ...-Bank den Ausschüttungsbetrag der Dividende erhält. Die zusätzlichen (Teil-)Aktien begründen keinen Anspruch auf Matching-Aktien. Die **Kosten** für die Einbuchung der bestellten Aktien und Matching-Aktien sowie deren Verwahrung und Verwaltung auf dem Depot der ...-Bank werden vom Arbeitgeber getragen. Gebühren für den Verkauf von Aktien gehen zulasten des Arbeitnehmers.

(2) $[2 \times 10] + [2 \times 10]$ - und $[8 \times 10] + [8 \times 5]$ -Matching-Aktienangebot

Alle Mitarbeiter können aus ihrem Einkommen (oder: variablen Einkommen) **46** zwei Aktienpakete mit jeweils zehn Aktien zum Börsenkurs am ... kaufen. Wenn die Investaktien in den folgenden zehn Jahren nicht verkauft werden, erhält der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber jedes Jahr eine Gratisaktie. Wenn der Arbeitnehmer eine Investaktie verkauft, verfallen alle Ansprüche auf künftige Gratisaktien aus dem jeweiligen 10er-Aktienpaket. Mit diesen beiden Aktienpaketen ($[2 \times 10] + [2 \times 10]$ -**Matching-Aktienangebot**) wird der jeweilige **Steuerfreibetrag ausgeschöpft**. – Alle Mitarbeiter (oder: Mitarbeiter der folgenden Vertragsgruppen/Funktionsstufen ...) können **zusätzlich zum steuerfreien Grundangebot** acht weitere steuerpflichtige 10er-Aktienpakete zu den gleichen Bedingungen wie beim $[2 \times 10] + [2 \times 10]$ -Matching-Aktienangebot kaufen. Wenn diese Investaktien in den nächsten zehn Jahren nicht verkauft werden, erhält der Arbeitnehmer jeweils nach zwei Jahren eine Gratisaktie ($[8 \times 10] + [8 \times 5]$ -**Matching-Aktienangebot**).

III. Dividendenbasierte Vergütung

- 47 Um eine Eigentümerkultur im Unternehmen zu fördern, kann der Arbeitgeber den Gleichklang von Mitarbeiterinteressen und Aktionärsinteressen auch durch eine dividendenabhängige Vergütung fördern.
- 48 **Beispiel aus der Unternehmenspraxis:** Für die Berechnung einer jährlichen Erfolgsbeteiligung wird ein rang-/vertragsgruppen-/funktionsstufen-abhängiger Faktor (je höher die Gruppe, desto höher der Faktor) mit der jeweiligen Dividende für das Ausschüttungsjahr multipliziert. Diesen Betrag kann sich der Mitarbeiter in bar auszahlen lassen. Er kann ihn aber auch in Aktien seines Unternehmens, die der Arbeitgeber zu einem Vorzugspreis anbietet, investieren (= **Doppelförderung der Eigentümerkultur**). Der Arbeitnehmer freut sich dann nicht nur als Mitarbeiter, sondern auch als Belegschaftsaktionär über eine möglichst hohe Dividende seines Unternehmens (= **Doppelnutzen der Eigentümerkultur**). Der Unternehmer bringt mit einem solchen Angebot zum Ausdruck, dass für ihn die Interessen seiner Aktionäre und die Interessen seiner Mitarbeiter gleichwertig sind.

IV. Angebot von Genussrechten, Genussscheinen

- 49 Arbeitnehmer können ihrem Unternehmen Kapital überlassen, das nach einer mit dem Arbeitgeber zu vereinbarenden Laufzeit zurückzuzahlen ist.¹⁶ Als „Genuss“ erhalten sie dafür eine **jährliche Gewinnbeteiligung**.¹⁷
- 50 Da es für Genussscheine keine gesetzlichen Vorschriften gibt, kommen diese grundsätzlich für Unternehmen jeglicher Rechtsform in Betracht.¹⁸ Auch für kleine und mittlere Unternehmen besteht ein breiter Gestaltungsspielraum bezüglich fester oder variabler Verzinsung, Beteiligung am Gewinn bzw. Verzinsung abhängig von Gewinn, Laufzeit, Tilgung und Kündigungsgründen. Anders als bei Aktien besteht meist kein Kursrisiko, es sei denn es liegen **börsengehandelte** Genussscheine vor, dann kann es zu Kurssteigerungen, aber auch zu Kursverlusten kommen. Inhaber von Genussscheinen haben keine Mitspracherechte am Unternehmensgeschehen, Informationsrechte können jedoch vereinbart werden.
- 50a Für eine Förderung nach dem Vermögensbildungsgesetz müssen Genussrechte gewinnabhängig gestaltet sein (Koppelung der Verzinsung an die Ertragslage des Unternehmens); eine garantierte Mindestverzinsung ist nur in beschränktem Umfang förderungsunschädlich vereinbar. Das Genussrecht ist somit ein Risiko-

16 Göpfert/Buschbaum, ZIP 2010, 2330, 2332.

17 John/Stachel, BB 2009, 17.

18 Göpfert/Buschbaum, ZIP 2010, 2330.

papier ähnlich der Aktie, jedoch ohne die mit der Aktie verbundenen Eigentümerrechte.¹⁹

V. Angebot von GmbH-Anteilen

Für die Vergütung von Mitarbeitern einer GmbH kommt außer Geldzahlungen auch das Angebot von Anteilen der GmbH in Betracht. **Mitarbeiter** beteiligen sich dann am Stammkapital der GmbH und werden somit deren **Gesellschafter**. Sie sind einerseits am Wertzuwachs und Gewinn der GmbH beteiligt, ihr eingebrachtes Kapital haftet andererseits vollständig für Verluste der Gesellschaft. Arbeitnehmer mit GmbH-Anteilen sind – wie alle anderen Gesellschafter – in der Gesellschafterversammlung stimmberechtigt, haben ein Einsichtsrecht in die Bücher und ggf. Anfechtungsrechte. **51**

Eine Mitarbeiterkapitalbeteiligung ist hier allerdings weitaus komplizierter in der organisatorischen Umsetzung als die Ausgabe von Aktien bei einer Aktiengesellschaft. Denn bei jeder Änderung des Kapitals oder bei der Übertragung von Kapitalanteilen sind Beschlüsse der Gesellschafter mit notarieller Beurkundung und ein Eintrag ins Handelsregister erforderlich. Mitarbeiterkapitalbeteiligung durch GmbH-Anteile ist deshalb meist nur für kleinere Unternehmen mit geringer Fluktuation geeignet. Da – anders als bei Aktien börsennotierter Aktiengesellschaften – kein Kurswert für GmbH-Anteile besteht, ist eine Veräußerung in der Unternehmenspraxis meist schwierig. Diese bürokratischen Erfordernisse sind u. a. Grund dafür, dass GmbH-Mitarbeitern statt Anteilen an ihrem Unternehmen vorzugsweise Stille Beteiligungen angeboten werden. **52**

VI. Angebot von Stillen Beteiligungen

Arbeitgeber können ihren Arbeitnehmern anbieten, Gesellschafter ihres Unternehmens zu werden, ohne nach außen in Erscheinung zu treten (**Stille Beteiligung**, §§ 230 f. HGB). Grundsätzlich haben die so von ihrem Arbeitgeber beteiligten Arbeitnehmer keinerlei Einfluss auf die Entscheidungen der Geschäftsführung. Mitspracherechte haben sie nur bei weitreichenden grundsätzlichen Entscheidungen der Geschäftsführung (z. B. Änderung der Rechtsform des Unternehmens, Verkauf des Unternehmens). Das Kontrollrecht beschränkt sich auf das Recht, die abschriftliche Mitteilung des Jahresabschlusses zu verlangen und dessen Richtigkeit unter Einsicht der Bücher und Papiere zu prüfen (§ 233 I HGB).²⁰ Der Anteil am Gesellschaftskapital wird beim Ausscheiden eines Stil- **53**

¹⁹ Hans-Böckler-Stiftung, Study Mitarbeiterkapitalbeteiligung, S. 43, abrufbar unter: https://www.boeckler.de/pdf/p_study_hbs_mbf_bvd_333.pdf (Abrufdatum: 18.9.2018).

²⁰ Hans-Böckler-Stiftung, Study Mitarbeiterkapitalbeteiligung, S. 39, abrufbar unter: https://www.boeckler.de/pdf/p_study_hbs_mbf_bvd_333.pdf (Abrufdatum: 18.9.2018).

Kap. 27 Vergütung durch Mitarbeiterkapitalbeteiligung

len Teilhabers zurückgezahlt. In der Unternehmenspraxis sind allerdings lange Mindestlaufzeiten üblich.

- 54 Bei Stillen Beteiligungen erhalten Mitarbeiter eines Unternehmens für ihr eingesetztes Kapital entweder einen über den Sparzinsen liegenden **festen Zinssatz**, was bei den derzeitigen Mini-Zinsen am Kapitalmarkt sehr attraktiv sein kann. Alternativ kommt auch eine prozentuale **Beteiligung** an den **Unternehmensgewinnen** in Betracht. Anders als beim Aktienkauf müssen Mitarbeiter beim Erwerb von Stillen Beteiligungen, bei entsprechender vertraglicher Gestaltung, nicht mit dem Wertverlust ihres Investments rechnen. Das gilt allerdings nicht mehr bei einer Insolvenz des Unternehmens. In diesem Fall werden die Mitarbeiter mit Stillen Beteiligungen wie alle anderen Eigentümer behandelt. Das heißt, zuerst werden die Gläubiger befriedigt, dann die Stillen Beteiligungen der Mitarbeiter, was ggf. zum Totalverlust ihres Investments führen kann.

VII. Angebot von Arbeitnehmerdarlehen

- 55 Arbeitgeber können ihren Arbeitnehmern ein Darlehen anbieten, dessen Zinsen deutlich über den (derzeit sehr mageren) Kapitalmarktzinsen liegen. Die jährlichen Ausschüttungen können aber auch an variable Unternehmenskennzahlen gekoppelt sein (z. B. Gewinn, Umsatzsteigerung, Auftragseingang, ROCI). Die Arbeitnehmer haben zwar einerseits keinen Einfluss auf die Geschäftspolitik ihres Arbeitgebers (keine zusätzlichen Mitwirkungs- oder Informationsrechte), andererseits haben sie aber auch kein Risiko bezüglich des eingesetzten Kapitals. Eine Verlustbeteiligung der Arbeitnehmer ist grundsätzlich ausgeschlossen. Um die Arbeitnehmer vor Verlust ihres Investments zu schützen, bestimmt das Gesetz über das Kreditwesen, dass der Arbeitgeber Arbeitnehmerdarlehen gegen Insolvenz abzusichern hat. Damit wird das Darlehen als Einlagengeschäft von der Erlaubnispflicht gemäß § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG i.V. m. § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 KWG befreit. Das Ausstiegsdatum wird im Darlehensvertrag mit der Laufzeit des Arbeitnehmerdarlehens vereinbart. Arbeitnehmerdarlehen sind in allen Unternehmen gleich welcher Rechtsform möglich. Sie eignen sich wegen ihrer einfachen organisatorischen Umsetzung gut als Einstieg in die Mitarbeiterkapitalbeteiligung, aber auch als risikofreie Ergänzung zu anderen risikobehafteten Beteiligungsformen.

Kapitel 28

Sozialleistungen mit Entgeltcharakter

Schrifttum: *Böhm*, Das unterschätzte Verbot der Diskriminierung von Teilzeitbeschäftigten, ArbRB 2015, 240; *Dieterich*, Betriebsverfassungsrecht und betriebliche Altersversorgung, NZA 1984, 273; *Hamann*, die Reform des AÜG im Jahr 2011, RdA 2011, 321; *Hampe/Endriß*, Spielregeln der betrieblichen Übung, DB 2016, 1635; *Kock*, Neue Pflichten für Entleiher: Information über freie Stellen und Zugang zu Gemeinschaftseinrichtungen und -diensten (§ 13a und § 13b AÜG), BB 2012, 323; *Lembke*, Arbeitnehmerüberlassung im Konzern, BB 2012, 2497; *Maschmann*, Diversity Management als Rechtsproblem, NZA-Beil. 2012, 103; *Maschmann/Sieg/Göpfert*, Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht, 2. Auflage 2016; *Oberthür*, Die Neuregelung des AÜG, ArbRB 2011, 146; *Reiserer/Fallenstein*, Mitarbeiterbindung und leistungsabhängige Bonussysteme: ein Widerspruch oder zulässige Praxis? (Teil I), DStR 2011, 1572; *Roloff*, Entwicklungslinien der Rechtsprechung ■ zu § 87 Absatz 1 Nr. 10 BetrVG, RdA 2014, 228; *Schaub*, Arbeitsrecht von A–Z, 22. Auflage 2018; *Schiefer*, Urlaub, Pflegezeit, Teilzeitwunsch – Wie das Arbeitsrecht knappe Güter verteilt, NZA-Beil. 2012, 132; *Vielmeier*, Zugang zu Gemeinschaftseinrichtungen nach § 13b AÜG, NZA 2012, 535; *von Steinau-Steinrück/Ziegler*, Betriebliche Freizeit- und Sportveranstaltungen, NJW-Spezial 2009, 770; *Wagner/Knittel*, Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, Loseblatt-Kommentar, 93. Aufl. 2016; *Zimmermann*, Die neuen Pflichten der Einsatzunternehmen nach der AÜG Reform 2011, ArbRAktuell 2011, 264.

Übersicht

Rn.	Rn.
I. Einführung	1
II. Anspruchsgrundlage	1a
1. Betriebsvereinbarung	1a
2. Gesamtzusage	2
3. Betriebliche Übung	3
III. Gleichbehandlung	4
1. Grundsatz	4
2. Anspruch aller Arbeitnehmer bei Knappheit?	5
a) Teilhabe von Leiharbeitnehmern	6
b) Teilhabe von Teilzeitkräften	7
IV. Mitbestimmung durch den Betriebsrat	8
1. Geltungsbereich § 87 Abs. 1 Nr. 8 oder Nr. 10 BetrVG	8
2. Begriff der Sozialeinrichtung nach § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG	9
3. Beispiele für Sozialeinrichtungen	10
4. Umfang der Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG	12
5. Durchführung der Mitbestimmung	14
6. Formen der Sozialeinrichtungen	15
V. Betriebskindergarten	16
1. Inhalt und Ausgestaltung	16
2. Betriebliche Mitbestimmung	17
a) Betriebseigener Kindergarten	17
b) Zuschuss zur Kinderbetreuung	18
3. Steuerrecht	19
4. Sozialversicherungsrecht	20

Kap. 28 Sozialleistungen mit Entgeltcharakter

VI. Essenszuschuss und Betriebs-	VII. Fahrtkostenzuschüsse und Job-
kantine 21	Tickets 24
1. Inhalt und Ausgestaltung . . . 21	1. Inhalt und Ausgestaltung . . . 24
2. Mitbestimmung 22	2. Mitbestimmung 25
3. Steuerrecht 23	3. Steuerrecht 26

I. Einführung

- 1 Stellt der Arbeitgeber zusätzlich zum Gehalt Leistungen in Aussicht oder zur Verfügung, um seinen Beschäftigten „etwas Gutes“¹ zu tun, handelt es sich um Sozialleistungen mit Entgeltcharakter. Sie sind kein Lohn, da sie zur Arbeitsleistung nicht im Gegenseitigkeitsverhältnis stehen.² Dies können etwa sein: Zuschüsse zum Essen in der Betriebskantine, kostenlose Getränke oder Obst, die Zurverfügungstellung von Parkplätzen, Zuschüsse zur Gesundheitsvorsorge wie bspw. für Beiträge für ein Fitnessstudio oder zur Teilnahme an Sportveranstaltungen bzw. Stadtläufen, Sonderzahlungen zum Jubiläum, Zuschüsse zur Kinderbetreuung oder nach dem Ablauf des gesetzlichen Entgeltfortzahlungszeitraums. Denkbar ist vieles mehr.

II. Anspruchsgrundlage

1. Betriebsvereinbarung

- 1a Sozialleistungen des Arbeitgebers sind regelmäßig freiwillig, sodass darauf grundsätzlich ohne schriftliche, mündliche, konkludente oder kollektivrechtliche Vereinbarung kein Anspruch besteht. Vergünstigtes Essen in einer Betriebskantine etwa oder die Bereitstellung von Betreuungsplätzen in Betriebskindergärten stellen in der Regel Sozialeinrichtungen im Sinne des § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG dar (s. dazu unten Rn. 8). Jedenfalls aufgrund des Entgeltcharakters sind Sozialleistungen nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG mitbestimmungspflichtig, sodass die Betriebsvereinbarung über die vom Arbeitgeber gewährte Sozialleistung entsprechend der dort festgelegten Kriterien und Voraussetzungen die Anspruchsgrundlage für die Gewährung der Leistung bildet. Dies betrifft vor allem die Ausgestaltung der Bezugsbedingungen der jeweiligen Leistung.³ Die Tatsache, dass es sich um eine freiwillige Leistung handelt, schließt das Mitbestimmungsrecht nicht aus.⁴ Vorteil einer Betriebsvereinbarung im Vergleich zu einer Gesamtzusage oder zur betrieblichen Übung ist, dass sie kündbar ist und die

1 Schaub ArbR-Formb. Kapitel B Rn. 235c.

2 Richardi/Richardi, § 87 BetrVG Rn. 763.

3 BAG 10.6.1986, 1 ABR 65/84, NZA 1987, 30.

4 Richardi/Richardi, § 87 BetrVG Rn. 853.

Nachwirkung ausgeschlossen werden kann.⁵ Die Gewährung der jeweiligen Sozialleistung bleibt dadurch – theoretisch – für den Arbeitgeber planbar. Faktisch wird der Arbeitgeber eine einmal gewährte Leistung arbeitspolitisch schwer ohne jeglichen Ersatz abschaffen können.

2. Gesamtzusage

Ein Anspruch auf Gewährung einer Sozialleistung und Teilhabe an dieser kann auch aufgrund einer Gesamtzusage bestehen. Eine Gesamtzusage ist die ausdrückliche Erklärung des Arbeitgebers an alle Arbeitnehmer des Betriebs oder an einen nach abstrakten Merkmalen bestimmbar Teil der Belegschaft, eine Leistung bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen gewähren zu wollen.⁶ Die Gesamtzusage ist eine einseitige Verpflichtungserklärung des Arbeitgebers, welche kollektiven Charakter hat.⁷ Anders als bei der betrieblichen Übung steht der Bindungswille des Arbeitgebers nicht in Frage.⁸ Die Gesamtzusage wird als Anspruchsgrundlage wirksam, wenn sie gegenüber den Beschäftigten so verkündet wird, dass diese typischerweise davon Kenntnis nehmen können.⁹ Nachteil an der Gesamtzusage ist, dass der Arbeitgeber sich nur mit vertragsrechtlichen Mitteln wie bspw. einer Änderungskündigung wieder von ihr lösen kann.¹⁰ Eine solche Gesamtzusage liegt beispielsweise vor, wenn der Arbeitgeber durch eine „Krankheitspolicy“ festlegt, unter welchen Voraussetzungen Mitarbeitern ein Krankengeldanspruch bei langandauernder Arbeitsunfähigkeit zusteht, und die Zusage im Firmenintranet veröffentlicht.¹¹

3. Betriebliche Übung

Soweit keine Betriebsvereinbarung oder Gesamtzusage als Anspruchsgrundlage in Frage kommt, kann bspw. bei Fahrtkostenzuschüssen, einem kostenlosen Werksbusverkehr oder Betriebsparkplätzen der Anspruch auf (Weiter-)Gewährung der Sozialleistung aus betrieblicher Übung bestehen.¹² Eine betriebliche Übung ist nach ständiger Rechtsprechung des BAG die regelmäßige Wiederho-

5 Schaub ArbR-Formb. Kapitel B Rn. 235c.

6 BAG 23.1.2018, 1 AZR 65/17, NZA 2018, 871; BAG 20.8.2014, 10 AZR 453/13, NZA 2014, 1333.

7 Schaub, Arbeitsrecht von A–Z, Gesamtzusage.

8 BAG 16.2.2010, 3 AZR 181/08, NZA 2011, 42, 45; MüArbR-Fischinger, § 8 Rn. 48.

9 BAG 23.1.2018, 1 AZR 65/17, NZA 2018, 871, 874.

10 BAG 23.1.2018, 1 AZR 65/17, NZA 2018, 871, 874; Schaub, Arbeitsrecht von A–Z, Gesamtzusage.

11 BAG 20.8.2014, 10 AZR 453/13, NZA 2014, 1333, 1334.

12 BAG 20.10.2015, 9 AZR 655/14, NJOZ 2016, 1054; LAG Nürnberg 29.10.2004, 2 Sa 828/02, NZA-RR 2005, 291, 292; LAG Baden-Württemberg 13.1.2014, 1 Sa 17/13, RDG 2014, 72, 73; Hampe/Endriß, DB 2016, 1635, 1636.

lung bestimmter Verhaltensweisen des Arbeitgebers, aus denen die Arbeitnehmer schließen können, dass ihnen die aufgrund dieser Verhaltensweise gewährten Leistungen oder Vergünstigungen auch künftig auf Dauer gewährt werden sollen.¹³ Dies ist etwa der Fall, wenn jahrelang anlässlich einer bestimmten Betriebszugehörigkeitsdauer von z. B. 10 Jahren vorbehaltlos an die jeweiligen Beschäftigten eine Sondervergütung gezahlt wird.¹⁴ Während im Allgemeinen eine einseitige Verhaltensänderung durch den Arbeitgeber nicht zur Beendigung der betrieblichen Übung führt,¹⁵ hat das LAG Baden-Württemberg im Hinblick auf die kostenlose Nutzung von Betriebsparkplätzen das Gegenteil festgestellt. Denn der Arbeitgeber ist grundsätzlich nicht verpflichtet, seinen Arbeitnehmern Parkplätze zur Verfügung zu stellen, da diese nicht beliebig erweiterbares Firmengelände in Anspruch nehmen.¹⁶ Da der Arbeitgeber die Parkfläche ebenso anderweitig für Büro- oder Produktionsflächen nutzen könnte, kann er für die Parkplätze künftig auch Gebühren erheben, anstatt sie weiterhin kostenfrei zur Verfügung zu stellen.¹⁷ Diese Entscheidung lässt sich aber nicht beliebig auf andere Sozialleistungen übertragen, welche auf Grundlage einer betrieblichen Übung gewährt werden. So hat das LAG Nürnberg festgestellt, dass der Arbeitgeber einen kostenlosen Transport durch Werksbusse nicht einfach einstellen kann, sondern stattdessen Ausgleichszahlungen an die Arbeitnehmer zu leisten sind.¹⁸ Und auch eine betriebliche Übung durch mehrjährige Zahlung von monatlichen Fahrgeldzuschüssen kann der Arbeitgeber laut BAG nicht durch Betriebsvereinbarungen ablösen.¹⁹ Die Lösung von durch betriebliche Übung gewährten Sozialleistungen ist daher nur schwer möglich. Soll ein Anspruch für die Zukunft ausgeschlossen werden oder eine Kürzung oder Änderung der Leistung möglich sein, muss die Freiwilligkeit und die fehlende Bindungswirkung für die Zukunft ausdrücklich und unmissverständlich erklärt werden, um eine betriebliche Übung auszuschließen.

III. Gleichbehandlung

1. Grundsatz

- 4 Grundsätzlich haben alle Beschäftigten aus Gleichbehandlungsgründen gleichermaßen Anspruch auf gewährte Sozialleistungen mit Entgeltcharakter. Der An-

13 BAG 20.10.2015, 9 AZR 655/14, NJOZ 2016, 1054.

14 BAG 28.5.2008, 10 AZR 274/07, NZA 2008, 941, 942.

15 BAG 28.5.2008, 10 AZR 274/07, NZA 2008, 941, 943; Küttner-Kreitner, Betriebliche Übung, Rn. 14.

16 LAG Baden-Württemberg 13.1.2014, 1 Sa 17/13, RDG 2014, 72, 73.

17 LAG Baden-Württemberg 13.1.2014, 1 Sa 17/13, RDG 2014, 72, 73.

18 LAG Nürnberg 29.10.2004, 2 Sa 828/02, NZA-RR 2005, 291, 294.

19 BAG 20.10.2015, 9 AZR 655/14, NJOZ 2016, 1054, 1055.

spruch auf Gleichbehandlung ist ein Grundprinzip des deutschen Arbeitsrechts.²⁰ Der Anspruch greift und gilt nach ständiger Rechtsprechung des BAG immer dann, wenn der Arbeitgeber Leistungen nach einem bestimmten, erkennbaren und generalisierenden Prinzip gewährt, indem er bestimmte Voraussetzungen oder einen bestimmten Zweck festlegt.²¹ Der Arbeitgeber muss Arbeitnehmer oder Gruppen von Arbeitnehmern, die sich in vergleichbarer Lage befinden, folglich gleich behandeln und darf nicht einzelne willkürlich von der Leistungsgewährung ausnehmen.²² Voraussetzung für den Leistungsausschluss ist ein sachlicher Grund, der unter Berücksichtigung aller Umstände die andere Behandlung rechtfertigt.²³

2. Anspruch aller Arbeitnehmer bei Knappheit?

Der Anspruch auf Gleichbehandlung bereitet jedoch Probleme, wenn und da 5
nicht alle sozialen Leistungen des Arbeitgebers in beliebiger Höhe oder Anzahl zur Verfügung stehen. Parkplätze oder Plätze in Kinderbetreuungseinrichtungen können bspw. knapp sein.²⁴ Aufgrund der tatsächlichen Knappheit bedarf es daher Lösungen, ohne einerseits den Betriebsfrieden zu gefährden und andererseits ohne Benachteiligung einzelner Arbeitnehmer.²⁵ Da kein gesetzlicher Anspruch auf Schaffung von Betriebskindergärten, Kantinen und ähnlichen anderen geldwerten Sozialleistungen besteht, ist der Arbeitgeber bei der Verteilung knapper Güter lediglich an allgemeine Rechtssätze wie die des AGG, TzBfG oder AÜG gebunden. Empfehlenswert, wenn auch gegebenenfalls zeitaufwendig, kann sein, die Verteilung knapper Güter durch Betriebsvereinbarung zu regeln, um innerhalb der Belegschaft Akzeptanz zu schaffen und Diskussionen die Grundlage zu nehmen.

a) Teilhabe von Leiharbeitnehmern

Gemäß § 13b Satz 1 AÜG ist Leiharbeitnehmern Zugang zu Gemeinschaftsein- 6
richtungen oder -diensten im Unternehmen unter den gleichen Bedingungen zu gewähren wie vergleichbaren Arbeitnehmern im Betrieb. Dies gilt, wie § 13b Satz 2 AÜG ausdrücklich festlegt, insbesondere für Kinderbetreuungseinrichtungen, Gemeinschaftsverpflegung und Beförderungsmittel. Die Vorschrift begründet einen Anspruch der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer auf Gleich-

20 ErfK-Preis, § 611 BGB Rn. 572.

21 BAG 11.7.2017, 3 AZR 691/16, NZA 2017, 1388, 1390 f.

22 BAG 11.7.2017, 3 AZR 691/16, NZA 2017, 1388, 1390 BAG 21.10.2009, 10 AZR 664/08, NZA-RR 2010, 289, 290.

23 BAG 21.10.2009, 10 AZR 664/08, NZA-RR 2010, 289, 291.

24 Maschmann, NZA-Beil. 2012, 103, 104; Schiefer, NZA-Beil. 2012, 132.

25 Maschmann, NZA-Beil. 2012, 103, 104; Schiefer, NZA-Beil. 2012, 132.

behandlung.²⁶ Eine Gemeinschaftseinrichtung ist eine physisch nutzbare Einrichtung, die Stammarbeitnehmern aufgrund ihres täglichen Tätigwerdens im Betrieb zur Verfügung steht, sodass insbesondere Betriebskindergärten oder Kantinen darunter fallen.²⁷ Sozialeinrichtungen im Sinne des § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG stellen Gemeinschaftseinrichtungen in diesem Sinne dar, weshalb Leiharbeiter die Nutzung von Sozialeinrichtungen grundsätzlich offen steht.²⁸ Bloße Geldleistungen des Arbeitgebers sind keine physisch nutzbare Einrichtung, sodass bspw. Essensgutscheine oder Fahrtkostenzuschüsse nicht unter § 13b AÜG fallen und auch keinen Gleichbehandlungsanspruch von Leiharbeitnehmern begründen.²⁹ Sofern sich die Gemeinschaftseinrichtung im Unternehmen befindet, ist es irrelevant, ob der Arbeitgeber die Gemeinschaftseinrichtung selbst betreibt oder durch einen Dritten betreiben lässt.³⁰ Der Gleichbehandlungsanspruch nach § 13b AÜG gilt jedoch nicht für externe Unternehmen, mit denen der Entleiher Verträge geschlossen hat, sodass seine Mitarbeiter günstigere Tarife in Anspruch nehmen können.³¹ Denn dann handelt es sich nicht um eine Gemeinschaftseinrichtung des Arbeitgebers.³² Das erlaubt dem Arbeitgeber, durch entsprechende Gestaltung Leiharbeiter auszuschließen, indem er Betriebskindergärten durch Dritte bewirtschaften lässt und dies für seine Mitarbeiter durch Geldzahlungen subventioniert.³³ Ein Ausschluss von Leiharbeitnehmern von der Teilhabe an der Gemeinschaftseinrichtung ist ferner dann möglich, wenn sachliche Gründe eine unterschiedliche Behandlung als bei vergleichbaren Arbeitnehmern rechtfertigen.³⁴ So ist der Entleiher nicht verpflichtet, zusätzliche Kapazitäten zu schaffen, um die Teilhabe von Leiharbeitnehmern zu ermöglichen.³⁵ Es muss jedoch sichergestellt sein, dass der Zugang durch ein objektives und neutrales Auswahlverfahren erfolgt, wie etwa durch Zugrundelegung einer Warteliste o.Ä.³⁶ Auch ein unverhältnismäßiger Verwaltungsauf-

26 ErfK-Wank, § 13b AÜG Rn. 1; Thüsing-Kock, § 13b Rn. 15; Lembke, BB 2012, 2497, 2503.

27 Kock, BB 2012, 323, 325; Thüsing-Kock, § 13b Rn. 19.

28 Fitting, § 87 BetrVG Rn. 331.

29 Thüsing-Kock, § 13b Rn. 19; Kock, BB 2012, 323, 325; Lembke, BB 2012, 2497, 2503; Oberthür, ArbRB 2011, 146, 149; Vielmeier, NZA 2012, 535, 537; Zimmermann, ArbRAktuell 2011, 264, 266.

30 BeckOKArbR-Kock, § 13b AÜG Rn. 7.

31 BeckOKArbR-Kock, § 13b AÜG Rn. 7.3.

32 Vielmeier, NZA 2012, 535, 538.

33 Hamann, RdA 2011, 321, 337; Vielmeier, NZA 2012, 535, 538.

34 Thüsing-Kock, § 13b Rn. 25.

35 Hamann, RdA 2011, 321, 338; Thüsing-Kock, § 13b Rn. 26.

36 BeckOKArbR-Kock, § 13b AÜG Rn. 16; Hamann, RdA 2011, 321, 338; Kock, BB 2012, 323, 325.

wand, den die Teilhabe von Leiharbeitnehmern für den Entleiher darstellen würde, kann den Ausschluss von Leiharbeitnehmern rechtfertigen.³⁷

b) Teilhabe von Teilzeitkräften

Teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer dürfen gemäß § 4 Abs. 1 Satz 1 TzBfG wegen ihrer Teilzeitarbeit nicht schlechter behandelt werden als ein vergleichbarer vollzeitbeschäftigter Arbeitnehmer, es sei denn die unterschiedliche Behandlung ist durch sachliche Gründe gerechtfertigt. Daher sind gemäß § 4 Abs. 1 Satz 2 TzBfG teilbare geldwerte Leistungen Teilzeitbeschäftigten mindestens in dem Umfang zu gewähren, der dem Anteil der Arbeitszeit des Teilzeitbeschäftigten an der Arbeitszeit eines vergleichbaren vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmers entspricht. Ein völliger Ausschluss von sozialen Leistungen mit Entgeltcharakter kommt daher nicht in Betracht. Anders ist es bei unteilbaren Leistungen, diesbezüglich haben Teilzeitbeschäftigte in der Regel einen Anspruch auf die gesamte Leistung.³⁸ Die Nutzung von Betriebsparkplätzen oder Betriebskindergartenplätze sind unteilbare Leistungen.³⁹ Diesbezüglich gilt das Diskriminierungsverbot des § 4 TzBfG nicht, auch wenn ein Teilzeitbeschäftigter bei Gewährung der vollen Leistung erheblich besser steht als ein Vollzeitbeschäftigter.⁴⁰ Allerdings kann es gerade erwünscht sein, auch Teilzeitkräften Kindergartenplätze zur Verfügung zu stellen, um einerseits die Vereinbarkeit von Familie und Beruf zu gewährleisten und um andererseits den Wiedereinstieg in das Berufsleben zu erleichtern. Da die Besserstellung von Teilzeitkräften gegenüber Vollzeitkräften ausweislich der Gesetzesbegründung nicht verboten ist,⁴¹ ist es in diesem Fall möglich, Teilzeitkräften einen Kindergartenplatz zur Verfügung zu stellen.

IV. Mitbestimmung durch den Betriebsrat

1. Geltungsbereich § 87 Abs. 1 Nr. 8 oder Nr. 10 BetrVG

Soziale Leistungen des Arbeitgebers haben regelmäßig Entgeltcharakter, sodass sich der Anwendungsbereich des § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG mit dem des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG überschneidet.⁴² Für die Verwaltung von Sozialeinrichtungen

37 *Lembke*, BB 2012, 2497, 2503; *Oberthür*, ArbRB 2011, 146, 149; *Zimmermann*, ArbRAktuell 2011, 264, 266.

38 *Meinel/Hey/Herms-Herms*, § 4 TzBfG Rn. 44.

39 *Meinel/Hey/Herms-Herms*, § 4 TzBfG Rn. 44; *Böhm*, ArbRB 2015, 240, 241.

40 *Böhm*, ArbRB 2015, 240, 141.

41 BT-Drs. 14/4374, S. 15.

42 *BeckOKArbR-Werner*, § 87 BetrVG Rn. 121; *ErfK-Kania*, § 87 BetrVG Rn. 69 *Fitting*, § 87 BetrVG Rn. 331.

gen geht der Tatbestand des § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG als *lex specialis* vor.⁴³ Die Mitbestimmung sowohl nach § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG als auch nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG dient der Sicherstellung der innerbetrieblichen Verteilungsgerechtigkeit sowie der Transparenz aller mit der Sozialeinrichtung verbundenen Maßnahmen.⁴⁴ Der Betriebsrat hat nach § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG darüber hinaus Sorge zu tragen, dass Leiharbeitnehmern nach § 13b AÜG gleichberechtigt Zugang zu betrieblichen Sozialeinrichtungen gewährt wird.⁴⁵ Soweit die gewährte freiwillige Sozialleistung keine „Einrichtung“ im Sinne des § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG darstellt, ist § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG einschlägig.⁴⁶ In beiden Fällen, egal ob es sich um eine „Sozialeinrichtung“ handelt oder nicht, kann der Betriebsrat eine solche Sozialleistung mit Entgeltcharakter nicht erzwingen.⁴⁷ Es liegt allein am Arbeitgeber ob und in welchem Umfang er solche Leistungen gewähren will.⁴⁸ Im Rahmen des § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG geht der Umfang des Mitbestimmungsrechtes jedoch insoweit über den der Nr. 10 hinaus, als es auch die Verwaltung und die Gewährung von Leistungen im Einzelfall umfasst.⁴⁹

2. Begriff der Sozialeinrichtung nach § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG

- 9 „Sozialeinrichtung“ im Sinne des § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG ist nach ständiger Rechtsprechung des BAG jedes zweckgebundene Sondervermögen, in dem ein Teil der sachlichen oder finanziellen Mittel des Unternehmens abgesondert und einer eigenen Organisation und Verwaltung unterstellt wird.⁵⁰ Notwendig sind die soziale Zwecksetzung der Leistung sowie das Vorliegen einer „Einrichtung“.⁵¹ Die soziale Zwecksetzung ist gegeben, wenn der Arbeitgeber den Beschäftigten und gegebenenfalls deren Familienangehörigen Vorteile gewährt, ohne dass dies eine direkte Gegenleistung für die von den Beschäftigten geschuldete Arbeitsleistung darstellt.⁵² Die zu sozialen Zwecken gewährten Leistungen müssen eine Einrichtung darstellen. Dies ist der Fall, sofern ein zweckgebundenes Sondervermögen gebildet wird, welches von anderen Betriebsmitteln ab-

43 Dieterich, NZA 1984, 273, 274; ErfK-Kania, § 87 BetrVG Rn. 69; Fitting, § 87 BetrVG Rn. 331.

44 BAG 8.11.2011, 1 ABR 37/10, NZA 2012, 462.

45 LAG Hamburg 7.6.2012, 2 TaBV 4/12, BeckRS 2013, 66789; Fitting, § 87 BetrVG Rn. 331.

46 Fitting, § 87 BetrVG Rn. 332; GK-BetrVG-Wiese/Gutzeit, § 87 Rn. 705.

47 Fitting, § 87 BetrVG Rn. 332.

48 Fitting, § 87 BetrVG Rn. 332.

49 Fitting, § 87 BetrVG Rn. 332.

50 BAG 8.11.2011, 1 ABR 37/10, NZA 2012, 462, 463; Küttner-Kreitner, Sozialeinrichtungen, Rn. 2.

51 Fitting, § 87 BetrVG Rn. 334; GK-BetrVG-Wiese/Gutzeit, § 87 Rn. 708.

52 BAG 11.7.2000, 1 AZR 551/99, NZA 2001, 462, 463.

grenzbar ist und einer äußerlich erkennbaren, auf Dauer angelegten Organisation bedarf.⁵³ Falls kein zweckgebundenes Sondervermögen gebildet wird, liegt keine Sozialeinrichtung vor. Des Weiteren findet § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG keine Anwendung mehr, sofern die zur Verfügung gestellten Mittel die Grenzen des Unternehmens bzw. des Konzerns überschreiten und planmäßig Personen zugutekommen, die keine Arbeitnehmer sind. Der Betriebsrat ist aber auch in diesen Fällen nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG zu beteiligen. Die Beschränkung auf Arbeitnehmer und deren Angehörige ergibt sich direkt aus dem Wortlaut des § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG, der den Tatbestand eröffnet, soweit der Wirkungsbe- reich der Sozialeinrichtung auf den Betrieb, das Unternehmen oder den Konzern beschränkt ist. Unschädlich ist jedoch, wenn die Sozialeinrichtung der Nutzung durch Gäste offen steht.⁵⁴ Der Arbeitgeber muss mit der Sozialeinrichtung keine uneigennützigen oder sonstigen besonderen Motive verfolgen.⁵⁵ Er muss die Einrichtung jedoch veranlasst haben.⁵⁶

3. Beispiele für Sozialeinrichtungen

Beispiele für Sozialeinrichtungen im Sinne des § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG **10** können unter anderem, Kantinen,⁵⁷ Kindergärten,⁵⁸ Mitarbeiterbeteiligungsgesellschaften, Sportanlagen,⁵⁹ Parkplätze oder Parkhäuser (soweit die Benutzungsregelungen betroffen sind greift zusätzlich § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG),⁶⁰ Pensions- und Unterstützungskassen, sofern sie nicht allgemein am Markt tätig sind,⁶¹ Werksbüchereien,⁶² Werksbusverkehr⁶³ oder Beschäftigungsgesellschaft-

53 BAG 8.11.2011, 1 ABR 37/10, NZA 2012, 462, 463; BAG 10.2.2009, 1 ABR 94/07, NZA 2009, 562, 564.

54 BAG 10.2.2009, 1 ABR 94/07, NZA 2009, 562, 564.

55 *Fitting*, § 87 BetrVG Rn. 337; GK-BetrVG-*Wiese/Gutzeit*, § 87 Rn. 720.

56 *Fitting*, § 87 BetrVG Rn. 337; GK-BetrVG-*Wiese/Gutzeit*, § 87 Rn. 708.

57 BAG 11.7.2000, 1 AZR 551/99, NZA 2001, 462.

58 BAG 10.2.2009, 1 ABR 94/07, NZA 2009, 562, 564.

59 *Von Steinau-Steinrück/Ziegler*, NJW Spezial 2009, 770.

60 GK-BetrVG-*Wiese/Gutzeit*, § 87 Rn. 721; zur Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG auch Rn. 228.

61 BAG 26.4.1988, 3 AZR 168/86, AP BetrVG 1972 § 87 Altersversorgung Nr. 16; BAG 18.3.1976, 3 ABR 32/75, AP BetrVG § 87 Altersversorgung Nr. 4: Auch Altersvorsorgeleistungen durch den Arbeitgeber müssen einer eigenständigen Organisation unterliegen, um als Sozialeinrichtung qualifiziert werden zu können. Daran fehlt es, wenn die Altersversorgung durch Direktversicherungen bedient wird, da der Arbeitgeber dafür keine Betriebsmittel absondert und kein Sondervermögen bereitstellt.

62 GK-BetrVG-*Wiese/Gutzeit*, § 87 Rn. 721.

63 BAG 9.7.1985, 1 AZR 631/80, AP BPersVG § 75 Nr. 16: Die Einrichtung eines Werksverkehrs fällt dann unter § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG, wenn die dafür zur Verfügung gestellten Busse eigenständig organisiert werden oder dafür abgesonderte Betriebsmittel vorliegen.

Kap. 28 Sozialleistungen mit Entgeltcharakter

ten⁶⁴ sein. Ob tatsächlich eine mitbestimmungspflichtige Sozialeinrichtung vorliegt ist eine Frage der jeweiligen konkreten Ausgestaltung.

- 11 Keine Sozialeinrichtungen sind demgegenüber Arbeitgeber-Darlehen ohne abgesonderte Fonds,⁶⁵ Betriebsfeiern und Betriebsausflüge,⁶⁶ Betriebskrankenkassen als gesetzliche Träger der Sozialversicherung, Bilanzrückstellungen,⁶⁷ Ausgabe von Essensmarken unmittelbar an die Arbeitnehmer,⁶⁸ Personalverkauf, selbst unter Einsatz sachlicher Betriebsmittel,⁶⁹ Vermittlung des verbilligten Warenbezugs durch den Arbeitgeber⁷⁰ sowie Werkszeitungen.⁷¹

4. Umfang der Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG

- 12 Wie § 88 Nr. 2 BetrVG verdeutlicht, ist der Arbeitgeber frei in der Entscheidung, ob er eine Sozialeinrichtung errichtet, schließt oder veräußert.⁷² Dem Betriebsrat ist es jedoch unbenommen, die Errichtung einer Sozialeinrichtung nach § 80 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG anzuregen.⁷³ Auch die Höhe und der Umfang der für die betriebliche Sozialeinrichtung zur Verfügung gestellten finanziellen Mittel, sowie im Rahmen der Zweckbestimmung die abstrakte Definition des begünstigten Personenkreises liegen in der alleinigen Entscheidungsbefugnis des Arbeitgebers.⁷⁴ Der Dotierungsrahmen unterliegt damit nicht der Mitbestimmung. Der Betriebsrat darf auch bei der Zweckbestimmung der vom Arbeitgeber zur Verfügung gestellten Mittel nicht mitbestimmen.⁷⁵ Das Mitbestimmungsrecht greift erst ein, wenn der Arbeitgeber die Entscheidung getroffen hat, dass und in welcher Höhe er finanzielle Mittel zur Verfügung stellt und welchen Zweck er damit verfolgen will.⁷⁶
- 13 Die Mitbestimmung des jeweils zuständigen Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG bezieht sich daher nur auf die Frage des „Wie“ der Sozialeinrichtung. Dem Gesetzeswortlaut nach unterfallen „Form, Ausgestaltung und Verwaltung“ von Sozialeinrichtungen der zwingenden Mitbestimmung durch den Betriebsrat.

64 BAG 23.8.2001, 5 AZB 11/01, NZA 2002, 230, 231.

65 BAG 9.12.1980, 1 ABR 80/77, NJW 1952, 253, 254.

66 BAG 27.1.1998, 1 ABR 35/97, NZA 1998, 835, 837.

67 GK-BetrVG-*Wiese/Gutzeit*, § 87 Rn. 709.

68 BAG 15.1.1987, 6 AZR 589/84, AP BPersVG § 75 Nr. 21.

69 BAG 8.11.2011, 1 ABR 37/10, NZA 2012, 462, 463.

70 BAG 18.5.1965, 2 AZR 329/64, AP BetrVG § 56 Nr. 26.

71 Richardi-*Richardi*, § 87 BetrVG Rn. 644.

72 BAG 26.4.1988, 3 AZR 168/86, NZA 1989, 219, 220, BAG 15.9.1987, 1 ABR 31/86, AP BetrVG 1972 § 87 Sozialeinrichtung Nr. 9.

73 Fitting, § 87 BetrVG Rn. 350.

74 BAG 26.4.1988, 3 AZR 168/86, AP BetrVG 1972 § 87 Altersversorgung Nr. 16.

75 BAG 26.4.1988, 3 AZR 168/86, AP BetrVG 1972 § 87 Altersversorgung Nr. 16.

76 BAG 26.4.1988, 3 AZR 168/86, AP BetrVG 1972 § 87 Altersversorgung Nr. 16.

„Form“ in diesem Sinne ist die Rechtsform der Sozialeinrichtung.⁷⁷ Der Mitbestimmung unterliegt die Frage, ob die Sozialeinrichtung mit eigener Rechtspersönlichkeit geschaffen werden soll, und falls ja, in welcher Rechtsform, oder ob sie als unselbständiger Bestandteil des Betriebs, Unternehmens oder Konzerns errichtet wird.⁷⁸ Daher fällt unter das Mitbestimmungsrecht auch die Frage, ob die Sozialeinrichtung vom Arbeitgeber selbst betrieben wird oder, wie beispielsweise bei der Verpachtung einer Betriebskantine, der Betrieb durch einen Dritten stattfindet.⁷⁹ Neben der „Form“ ist die „Ausgestaltung“ der Sozialeinrichtung mitbestimmt. Damit ist die innere Ausgestaltung einer Sozialrichtung gemeint, d. h. ihre Organisation wie bspw. die Aufstellung einer Geschäftsordnung, Benutzungsrichtlinien die Festlegung der Öffnungszeiten oder konkreter Nutzungszwecke oder Grundsätze über die Ausstattung.⁸⁰ Dementsprechend sind alle „Maßnahmen, die nach ihrer Bedeutung und ihrer zeitlichen Reihenfolge nach der grundsätzlichen Entscheidung über die Errichtung zwischen der Bestimmung der Form, insbesondere der Rechtsform, und der laufenden Verwaltung der Sozialeinrichtung liegen“ als Ausgestaltung der Sozialeinrichtung mitbestimmungspflichtig.⁸¹ Wesentlicher Gegenstand des Mitbestimmungsrechtes ist die Aufstellung der Verteilungsgrundsätze oder eines Leistungsplans.⁸² Will der Arbeitgeber den Dotierungsrahmen für die Sozialeinrichtung kürzen, muss zunächst die Umverteilung anhand eines neuen Leistungsplans geregelt werden.⁸³ Zur mitbestimmungspflichtigen Ausgestaltung gehört des Weiteren die Konkretisierung des Benutzerkreises und der allgemeinen Zweckbestimmung.⁸⁴ Schließlich ist auch die „Verwaltung“ der Sozialeinrichtung mitbestimmungspflichtig. Die „Verwaltung“ der Sozialeinrichtung nach § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG betrifft alle übrigen Entscheidungen und Maßnahmen, wie etwa das Aufstellen einer Hausordnung.⁸⁵

77 ErfK-Kania, § 87 BetrVG Rn. 76; Richardi-Richardi, § 87 BetrVG Rn. 655.

78 ErfK-Kania, § 87 BetrVG Rn. 76; Richardi-Richardi, § 87 BetrVG Rn. 656; GK-BetrVG-Wiese/Gutzeit, § 87 Rn. 748.

79 Richardi-Richardi, § 87 BetrVG Rn. 635; GK-BetrVG-Wiese/Gutzeit, § 87 Rn. 749 f.

80 BAG 15.9.1987, 1 ABR 31/86, AP BetrVG 1972 § 87 Sozialeinrichtung Nr. 9; GK-BetrVG-Wiese/Gutzeit, § 87 Rn. 755 f; *Fitting*, § 87 BetrVG Rn. 362.

81 BAG 13.3.1973, 1 ABR 16/72, NJW 1973, 1900.

82 BeckOKArbR-Werner, § 87 BetrVG Rn. 130; *Fitting*, § 87 BetrVG Rn. 363; Küttner-Kreitner, Sozialeinrichtungen, Rn. 12.

83 BeckOKArbR-Werner, § 87 BetrVG Rn. 130; ErfK-Kania, § 87 BetrVG Rn. 75; *Fitting*, § 87 BetrVG Rn. 365.

84 GK-BetrVG-Wiese/Gutzeit, § 87 Rn. 757.

85 ErfK-Kania, § 87 BetrVG Rn. 78; *Fitting*, § 87 BetrVG Rn. 366.

5. Durchführung der Mitbestimmung

- 14 Es bietet sich wie regelmäßig bei Betriebsvereinbarungen an, diese in schriftlicher Form niederzulegen. Dies ist jedoch nicht zwingend. Auch formlose Regelungsabreden sind grundsätzlich möglich.⁸⁶ Zuständig ist nach den allgemeinen Grundsätzen des BetrVG entweder der Betriebsrat, Gesamtbetriebsrat oder Konzernbetriebsrat, abhängig davon, ob die Sozialeinrichtung für den einzelnen Betrieb, das ganze Unternehmen oder gar den ganzen Konzern errichtet wird.⁸⁷

6. Formen der Sozialeinrichtungen

- 15 Zu unterscheiden ist zwischen unselbstständigen und selbstständigen Sozialeinrichtungen. Während sich bei unselbstständigen Sozialeinrichtungen, die keine selbstständige juristische Einrichtung sind, die Einrichtung eines Ausschusses nach § 28 Abs. 3 BetrVG oder eines anderen paritätisch besetzten Gremiums zur Verwaltung der Sozialeinrichtung anbietet, ist bei juristisch selbstständigen Einrichtungen die Mitbestimmung des Betriebsrats auf zweierlei Art möglich.⁸⁸ Beim einstufigen Weg oder der sog. organschaftlichen Lösung entsendet der Betriebsrat Mitglieder in die satzungsmäßigen Organe der Einrichtung, sodass mitbestimmungspflichtige Themen und Fragen innerhalb dieser Organe besprochen werden.⁸⁹ Beim zweistufigen Weg werden mitbestimmungspflichtige Themen und Fragen zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber besprochen und der Arbeitgeber setzt die Entscheidungen dann durch sein Weisungsrecht in der Sozialeinrichtung um.⁹⁰ Die organschaftliche Lösung ist praktikabler, dennoch dürfte der zweistufige Weg den Regelfall darstellen.⁹¹ Besonderheiten sind zu beachten, wenn die Sozialeinrichtung durch einen Pächter betrieben wird. Da der Pachtvertrag zwischen Pächter und Arbeitgeber geschlossen wird, muss der Arbeitgeber die mit dem Betriebsrat getroffenen Vereinbarungen dem Pächter gegenüber durchsetzen (können).⁹² Sofern die Sozialeinrichtung einen eigenen betriebsratsfähigen Betrieb bildet und dort ein Betriebsrat gewählt ist, ist dieser Betriebsrat für alle mitbestimmungspflichtigen Sachverhalte, die die Sozialein-

86 GK-BetrVG-Wiese/Gutzeit, § 87 Rn. 762, 771; Küttner-Kreitner, Sozialeinrichtungen, Rn. 13.

87 BAG 10.2.2009, 1 ABR 94/07, NZA 2009, 562, 563.

88 ErfK-Kania, § 87 BetrVG Rn. 80; *Fitting*, § 87 BetrVG Rn. 371; Küttner-Kreitner, Sozialeinrichtungen, Rn. 15.

89 BeckOKArbR-Werner, § 87 BetrVG Rn. 133; *Fitting*, § 87 BetrVG Rn. 372; Küttner-Kreitner, Sozialeinrichtungen, Rn. 15.

90 BeckOKArbR-Werner, § 87 BetrVG Rn. 132; *Fitting*, § 87 BetrVG Rn. 371; Küttner-Kreitner, Sozialeinrichtungen, Rn. 16.

91 *Fitting*, § 87 BetrVG Rn. 371 f.

92 Küttner-Kreitner, Sozialeinrichtungen, Rn. 17; Richardi-Richardi, § 87 BetrVG Rn. 685.

richtung selbst betreffen, zuständig, nicht aber für die eigene Form, Ausgestaltung und Verwaltung gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG.⁹³

V. Betriebskindergarten

1. Inhalt und Ausgestaltung

Eine familienfreundliche Personalpolitik ist in Zeiten, in denen die Vereinbarkeit von Familie und Beruf groß geschrieben wird, allgegenwärtig. Der Fachkräftemangel macht das Finden und Binden von Talenten und neuen Mitarbeitern zunehmend schwerer. Die Unterstützung der Mitarbeiter bei der Kinderbetreuung ist eine häufig nachgefragte Arbeitgeberleistung in Bewerbungsprozessen und oft ausschlaggebend für die Arbeitsplatzentscheidung. Sie kann darüber hinaus dazu beitragen, dass Arbeitnehmer nach Mutterschutz und Elternzeit schneller wieder in den Beruf einsteigen. Die Errichtung eines betriebseigenen Kindergartens oder die Bezuschussung von externen Betreuungseinrichtungen ist daher als freiwillige soziale Leistung des Arbeitgebers nicht lediglich eine soziale Nettigkeit, sondern dient der Wirtschaftlichkeit und Attraktivität des Unternehmens.⁹⁴ Die Schaffung von Betreuungsmöglichkeiten kann außerdem notwendig sein, wenn aufgrund der vom Arbeitnehmer zu leistenden Arbeitszeiten ein externer Kindergarten noch nicht oder nicht so lange öffnet, um beispielsweise für Mitarbeiter im Schichtdienst die externe Kinderbetreuung sicherzustellen. **16**

Ausreichende Betreuungskapazitäten in städtischen Einrichtungen können fehlen, da Kommunen (zunächst) den Bedarf der Einwohner der jeweiligen Gemeinde decken. „Mitarbeiterkinder“ von ortsansässigen Firmen, die ihren Wohnsitz nicht in der Gemeinde haben, erhalten oft nur nachrangig einen Betreuungsplatz. Oft scheuen Kommunen vor der zusätzlichen Schaffung weiterer Kapazitäten für diese Kinder zurück, da sie sich dafür ungeachtet staatlicher Zuschüsse und interkommunalen Ausgleichszahlungen nicht als „zuständig“ erachten. Dadurch kann der Druck auf Arbeitgeber steigen, eigene Kindergärten anzubieten oder für Mitarbeiterkinder Belegplätze in externen Einrichtungen zu erwerben. Auch Kooperationen mit Kommunen oder freien Trägern sind denkbar. Die Kosten für den Bau und den Betrieb des Kindergartens können auf diese Weise geteilt werden. Der Betrieb der Kinderbetreuungseinrichtung durch die Stadt, einen kirchlichen Träger oder einen anderen Betreiber bietet für den Arbeitgeber den Vorteil, dass er sich nicht mit für ihn in der Regel branchenfremden Fragen der Erziehung und Betreuung von Kindern oder der für den Betrieb einer Kinderbetreuungseinrichtung notwendigen behördlichen Erlaubnis- und **16a**

⁹³ ErfK-Kania, § 87 BetrVG Rn. 82; *Fitting*, § 87 BetrVG Rn. 368.

⁹⁴ *Küttner-Kreitner*, Betriebskindergarten Rn. 1; Reiserer/Fallenstein, DStR 2011, 1573; *Schiefer*, NZA-Beil. 2012, 132, 132.

Genehmigungsprozesse widmen muss. Hierfür besteht bei städtischen, kirchlichen oder anderen typischen Trägern von Kindergärten die größere Expertise, weshalb eine wie auch immer geartete Kooperation aus vielen Gründen sinnvoll sein kann.

2. Betriebliche Mitbestimmung

a) Betriebseigener Kindergarten

- 17 Betriebskindergärten sind Sozialeinrichtungen nach § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG, sofern sie ausschließlich für Mitarbeiterkinder zur Verfügung stehen und der Arbeitgeber ein abgesondertes Vermögen bereitstellt. Der Betriebsrat hat jedoch keinen Anspruch darauf, dass ein Betriebskindergarten für die Zukunft als Sozialeinrichtung fortgeführt wird.⁹⁵ Der Arbeitgeber kann daher beschließen, künftig alle Kinder aufzunehmen, unabhängig davon, ob deren Eltern bei dem Arbeitgeber beschäftigt sind oder nicht.⁹⁶ Dies kann aus Kostengründen notwendig werden. Da in der heutigen Zeit jedoch Betreuungsplätze fehlen und der Arbeitgeber in der Regel ein großes Interesse daran hat, seinen Mitarbeitern die Vereinbarkeit von Familie und Beruf zu ermöglichen, wird dies faktisch selten vorkommen. Die Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG entfällt in diesem Fall nachträglich.⁹⁷ Sofern eine Sozialeinrichtung vorliegt, unterfällt der Mitbestimmung des Betriebsrats insbesondere die Staffelung der Elternbeiträge.⁹⁸

- 17a Es bietet sich an, die Mitbestimmung des Betriebsrats durch eine Betriebsvereinbarung über die Ausgestaltung und Nutzung des Betriebskindergartens zu regeln. Regelungsgegenstände sind etwa der Nutzerkreis, Anzahl der Plätze je Altersgruppe, Art und die Kriterien für die Auswahl der Kinder, sofern mehr Mitarbeiter ihre Kinder dort betreuen lassen möchten als Plätze verfügbar sind.⁹⁹ Aus Arbeitgebersicht wird es bei der Auswahl der Kinder erstrebenswert sein, ein Vetorecht für einzelne Plätze zu haben, um bestimmten Mitarbeitern von bspw. schwer zu besetzenden, erfolgskritischen Funktionen einen Platz garantieren und sie so an das Unternehmen binden zu können. Umgekehrt wird der Betriebsrat ein Interesse daran haben, durch das Ausverhandeln einer möglichst langen Laufzeit der Betriebsvereinbarung und damit der Verpflichtung zur Verfügungstellung der Betreuungsplätze durch den Arbeitgeber mittelbar auf den Dotie-

95 BAG 10.2.2009, 1 ABR 94/07, NZA 2009, 562, 565.

96 BAG 10.2.2009, 1 ABR 94/07, NZA 2009, 562, 565.

97 BAG 10.2.2009, 1 ABR 94/07, NZA 2009, 562, 565.

98 Richardi-Richardi, § 87 BetrVG Rn. 641.

99 Formulierungsvorschläge für eine entsprechende Betriebsvereinbarung geben MaSiG-Sieg, Kinderbetreuung Rn. 9 sowie Oberthür/Seitz-Wiedebusch B. IX Rn. 31.

rungsrahmen Einfluss zu nehmen, welchen der Arbeitgeber mitbestimmungsfrei festlegen kann.¹⁰⁰

b) Zuschuss zur Kinderbetreuung

Sofern der Arbeitgeber keinen eigenen Betriebskindergarten betreibt und dennoch die Vereinbarkeit von Familie und Beruf fördern will, ist dies durch finanzielle Unterstützung bei der Unterbringung der Mitarbeiterkinder in Kindergärten oder Kindertageseinrichtungen möglich. Hierfür wird eine individuelle Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer als Ergänzung zum Arbeitsvertrag getroffen, in welcher die Höhe und die Modalitäten des Zuschusses geregelt werden.¹⁰¹ Daneben werden beispielsweise Tagesmütterssysteme gefördert oder Notfall-Betreuungsmöglichkeiten geschaffen. Diese finanziellen Unterstützungen sind keine Sozialeinrichtungen.¹⁰² Dennoch unterliegen sie der zwingenden Mitbestimmung des Betriebsrats, da sie als geldwerte Vorteile nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG mitbestimmungspflichtig sind.¹⁰³ Daher genügt die Zusatzvereinbarung zum Arbeitsvertrag nicht. Mit dem Betriebsrat ist über die Art und Ausgestaltung des Zuschusses zu verhandeln. Aus Arbeitgebersicht sollte insbesondere sicher gestellt sein, dass der Kreis der Berechtigten auf diejenigen Mitarbeiter bzw. deren Kinder beschränkt wird, für die § 3 Nr. 33 EStG Anwendung findet, um die steuer- und sozialabgabenfreie Zahlung sicher zu stellen. Weitere Regelungsgegenstände einer solchen Betriebsvereinbarung sollten vor allem die Voraussetzungen für die Gewährung eines Zuschusses sein, z. B. das Bestehen eines ungekündigten Arbeitsverhältnisses, der Ablauf der Probezeit oder ähnliches. Sofern mit der jeweiligen Arbeitspolitik des Arbeitgebers vereinbar können bestimmte Beschäftigtengruppen ausgeschlossen werden, sofern dafür ein sachlicher Grund vorliegt. Dies können bspw. diejenigen Beschäftigten sein, die parallel zu ihrer Ausbildung beschäftigt werden, wie bspw. Bachelor-, Master- oder Werkstudenten). Kein sachlicher Grund für die Differenzierung liegt grundsätzlich bei Teilzeitbeschäftigten, befristet Beschäftigten oder Leiharbeitnehmern vor.

3. Steuerrecht

Die Unterbringung sowohl in betriebseigenen als auch in betriebsfremden Kindergärten stellt steuerrechtlich Arbeitslohn dar, da der Arbeitgeber dadurch eine **19**

¹⁰⁰ Oberthür/Seitz-Wiedebusch B. IX Rn. 30.

¹⁰¹ Formulierungsvorschläge für eine entsprechende Vereinbarung gibt MaSiG-Sieg, Kinderbetreuung Rn. 8.

¹⁰² HaKo-Kohle, § 87 BetrVG Rn. 95.

¹⁰³ HaKo-Kohle, § 87 BetrVG Rn. 95.

Privataufwendung des Arbeitnehmers übernimmt.¹⁰⁴ Die Charakterisierung als Arbeitslohn folgt aus der Steuerbefreiung des § 3 Nr. 33 EStG. Steuerfrei sind danach vom Arbeitgeber zusätzlich zum ohnehin geschuldeten Arbeitslohn erbrachte Leistungen zur Unterbringung und Betreuung von nicht schulpflichtigen Kindern der Arbeitnehmer in Kindergärten oder vergleichbaren Einrichtungen. Dies gilt auch für den Fall, dass der Arbeitgeber in Einrichtungen für Mitarbeiterkinder Belegplätze erwirbt. Die Inanspruchnahme der Belegplätze gilt nicht als geldwerter Vorteil, sodass auch dies gemäß R 3.33 Abs. 1 S. 4 LStR 2015 keine Steuerpflicht auslöst. Voraussetzung für die Steuerbefreiung ist zunächst, dass der Kinderbetreuungszuschuss vom Arbeitgeber „zusätzlich zum ohnehin geschuldeten Arbeitslohn erbracht wird“. Dies ist gemäß R 3.33 Abs. 5 S. 1 f LStR 2015 nur der Fall, wenn der Arbeitgeber zusätzlich zum arbeitsrechtlich geschuldeten Arbeitslohn eine zweckbestimmte Leistung an den Arbeitnehmer erbringt, ohne dass dies auf den Arbeitslohn angerechnet wird oder der Arbeitslohn umgewandelt wird. Eine reine Gehaltsumwandlung ist daher schädlich und fällt nicht unter die Befreiung des § 3 Nr. 33 EStG.¹⁰⁵ Erfolgt eine Anrechnung auf eine andere zusätzliche freiwillige Sonderzahlung wie bspw. das Weihnachtsgeld ist die Zusätzlichkeitsvoraussetzung des § 3 Nr. 33 EStG gemäß R 3.33 Abs. 5 S. 3 LStR 2015 jedoch erfüllt. Die Steuerbefreiung für Kinderbetreuungszuschüsse gilt des Weiteren nur für Aufwendungen, die für Unterkunft und Verpflegung des Kindes anfallen, nicht erfasst sind gemäß R 3.33 Abs. 2 S. 5 f LStR 2015 die Kosten für Unterrichtsleistungen oder die Beförderungen für die Wege zwischen Wohnung und Kindergarten. Die Steuerbefreiung des § 3 Nr. 33 EStG gilt nur, soweit es sich um Unterbringungskosten für nicht schulpflichtige Kinder handelt, was gemäß R 3.33 Abs. 3 S. 1 LStR 2015 nach den landesrechtlichen Schulgesetzen zu bestimmen ist. Die Unterbringung muss in einem „Kindergarten oder einer vergleichbaren Einrichtung“ erfolgen. Vergleichbare Einrichtungen im Sinne des § 3 Nr. 33 EStG sind nach R 3.33 Abs. 2 Satz 2 LStR 2015 bspw. Schulkindergärten, Kindertagesstätten, Kinderkrippen, Tagesmütter, Wochenmütter und Ganztagspflegestellen. Keinen Steuervorteil dagegen bringt dagegen gemäß R 3.33 Abs. 2 Satz 4 LStR die Unterbringung bei Kinderpflegern, Hausgehilfen oder Familienangehörigen.

4. Sozialversicherungsrecht

- 20 Sozialversicherungsrechtlich ist die Zurverfügungstellung eines Betriebskindergartens kein Ertrag aus nichtselbstständiger Arbeit, da die Leistung vom Arbeitgeber überwiegend im betrieblichen Interesse zur Steigerung der Arbeitgeberattraktivität erbracht wird.¹⁰⁶

104 Küttner-Thomas, Betriebskindergarten, Rn. 3.

105 H 3.33 (Zusätzlichkeitsvoraussetzung) LStH 2018.

106 Küttner-Ruppelt, Betriebskindergarten, Rn. 11.

VI. Essenszuschuss und Betriebskantine**1. Inhalt und Ausgestaltung**

Die Verpflegung während des Arbeitstages obliegt dem Arbeitnehmer selbst. Der Arbeitgeber ist nicht verpflichtet, Essenszuschüsse zu gewähren, kann dies aber freiwillig in Form von Barleistungen, Essensgutscheinen oder der Errichtung einer Kantine mit verbilligtem Kantinenessen tun.¹⁰⁷ Soweit der Arbeitgeber sich nicht durch Arbeitsvertrag, Betriebsvereinbarung oder (Haus-)Tarifvertrag oder betriebliche Übung an die fortwährende Gewährung von Essenszuschüssen gebunden hat, kann er diese grundsätzlich für die Zukunft wieder einstellen oder kürzen. Beruht die Gewährung der Zuschüsse auf einer vertraglichen Verpflichtung, ist diese zu kündigen oder durch Änderungskündigung anzupassen, bevor Essenszuschüsse gestrichen oder nach unten angepasst werden können.¹⁰⁸ Der Arbeitgeber darf dabei einzelne Beschäftigte oder Beschäftigtengruppen nicht ohne sachlichen Grund aus dem Kreis der Zuschussberechtigten ausschließen. Insbesondere bei Teilzeitbeschäftigten ist kein sachlicher Grund für den Ausschluss gegeben. Demzufolge muss auch Teilzeitbeschäftigten der Essenszuschuss gewährt werden, wenn Vollzeitbeschäftigte einen solchen erhalten, um eine Benachteiligung von Teilzeitbeschäftigten auszuschließen.¹⁰⁹ Während Leiharbeitnehmer von der Teilhabe an der Betriebskantine gemäß § 13b AÜG nicht ausgeschlossen werden dürfen, haben sie demgegenüber keinen Anspruch auf Gewährung von Essenszuschüssen, wenn der Arbeitgeber diese Art zur Sozialleistung wählt.¹¹⁰ **21**

2. Mitbestimmung

Errichtet der Arbeitgeber eine Betriebskantine und stellt er dort verbilligtes Essen zur Verfügung, so stellt diese eine Sozialeinrichtung dar, deren Ausgestaltung und Verwaltung nach § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG mitbestimmungspflichtig ist.¹¹¹ Über die Errichtung und Abschaffung der Kantine sowie ihren Dotierungsrahmen kann der Arbeitgeber eigenständig und ohne Mitbestimmung des Betriebsrats entscheiden.¹¹² Der Betriebsrat wird jedoch typischerweise im Rahmen der Verhandlungen über den Abschluss einer Betriebsvereinbarung versuchen, eine möglichst lange Verpflichtung des Arbeitgebers für das Bestehen des Kantenbetriebs zu erreichen, um auf diesem Wege mittelbar auf den Dotierungsrah- **22**

107 BAG 26.9.2001, 10 AZR 714/00, AP TzBfG § 4 Nr. 1.

108 Küttner-Griese, Essenszuschuss, Rn. 3.

109 BAG 26.9.2001, 10 AZR 714/00, AP TzBfG § 4 Nr. 1.

110 LAG Hamburg, 9.9.2016, 10 Sa 474/16, NZA-RR 2017, 236, 238.

111 BAG 11.7.2000, 1 AZR 551/99, NZA 2001, 462, 463.

112 BAG 15.1.1987, 6 AZR 589/84, AP BPersVG § 75 Nr. 21.

men Einfluss zu nehmen.¹¹³ Er hat in diesem Zusammenhang zwar ein Mitbestimmungsrecht bei der Festlegung und Gestaltung der Kantinenpreise.¹¹⁴ Sofern diese zur Kostendeckung oder zum wirtschaftlichen Arbeiten der Kantine jedoch nicht ausreichen, kann der Betriebsrat keine weiteren finanziellen Mittel vom Arbeitgeber verlangen.¹¹⁵ Unter die „Ausgestaltung“ der Sozialeinrichtung fällt im Rahmen der Mitbestimmung auch die Frage, welchen Kostenbeitrag der Arbeitnehmer leistet, sodass auch die Erhöhung der Kantinenpreise nach § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG mitbestimmungspflichtig ist.¹¹⁶ Typische Regelungsgegenstände einer Betriebsvereinbarung sind dementsprechend der Kreis der Berechtigten, die Öffnungszeiten der Kantine, die Errichtung eines Kantinenausschusses und dessen Aufgaben, insbesondere die Speiseplanung und deren Preisgestaltung.¹¹⁷ Die Betriebsparteien überschreiten ihre Regelungskompetenz, soweit sie Beschäftigten Nutzungsentgelte auferlegen, die die Kantine gar nicht nutzen.¹¹⁸ Eine derartige Regelung ist unwirksam. Soll eine bereits bestehende Betriebskantine durch Outsourcing ausgegliedert werden, ist dies als Verwaltungsmaßnahme nach § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG von der Zustimmung des Betriebsrats abhängig.¹¹⁹

- 22a** Errichtet der Arbeitgeber keine Kantine und gewährt stattdessen Essenszuschüsse, ist dies als Entlohnungsgrundsatz nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG mitbestimmungspflichtig.¹²⁰ Die Mitbestimmung greift auch dann, wenn zunächst Essenszuschüsse auf Grundlage einer Gesamtzusage gewährt wurden und die Regelungen später modifiziert werden sollen, da in diesem Fall Entlohnungsgrundsätze geändert werden.¹²¹

3. Steuerrecht

- 23** Lohnsteuerrechtlich greift für Arbeitnehmer für vom Arbeitgeber gewährte Essenszuschüsse § 8 Abs. 1 EStG, diese sind eine zu versteuernde Einnahme.¹²² Die Versteuerung kann dabei entweder gemäß § 8 Abs. 2 S. 6 EStG durch Einzelbewertung nach § 2 SvEV mit dem amtlichen Sachbezugswert oder nach § 40

113 Oberthür/Seitz-Wiedebusch B. IX Rn. 28.

114 Küttner-Griese, Essenszuschuss, Rn. 2.

115 Oberthür/Seitz-Wiedebusch B. IX Rn. 28.

116 BAG 11.7.2000, 1 AZR 551/99, NZA 2001, 462, 464; BAG 15.1.1987, 6 AZR 589/84, AP BPersVG § 75 Nr. 21.

117 Formulierungsvorschläge für eine entsprechende Vereinbarung gibt Oberthür/Seitz-Wiedebusch B. IX Rn. 28.

118 BAG 11.7.2000, 1 AZR 551/99, NZA 2001, 462, 464.

119 ArbG Köln 25.3.1998, 7 BV 232/96, BeckRS 1998, 30905502.

120 Roloff, RdA 2014, 228, 240.

121 BAG 11.12.2007, 1 AZR 869/06; BeckRS 2009, 72290.

122 Küttner-Griese, Essenszuschuss, Rn. 7.

EStG pauschaliert vorgenommen werden.¹²³ Betreibt der Arbeitgeber selbst eine Kantine oder trägt er durch Barzuschüsse oder andere Leistungen zur Verbilligung von Mahlzeiten in betriebsfremden Kantinen bei, sind gemäß R 8.1 Abs. 7 Nr. 1, Nr. 2 LStR 2015 die amtlichen Sachbezugswerte der SvEV zugrunde zu legen. Gemäß § 2 Abs. 1 SvEV beträgt der amtliche Sachbezugswert für Verpflegung 246 €, wovon 52 € auf das Frühstück und je 97 € für Mittagessen und Abendessen entfallen. Der Sachbezugswert eines täglichen Mittag- oder Abendessens entspricht demzufolge $3,23 \text{ €} (97 : 30 = 3,23)$.

Gibt der Arbeitgeber Essensgutscheine oder Restaurantschecks aus, die in einer Gaststätte verrechnet werden, ist gemäß R 8.1 Abs. 7 Nr. 4a S. 1 LStR 2015 grundsätzlich nicht der Wert des Gutscheins als Sachbezug maßgebend, sondern der amtliche Sachbezugswert. Voraussetzung hierfür ist, dass tatsächlich eine Mahlzeit abgegeben wird, die ausgegebenen Lebensmittel zum unmittelbaren Verzehr geeignet oder zum Verbrauch während der Essenspausen bestimmt sind, für jede Mahlzeit lediglich eine Essensmarke täglich in Zahlung genommen wird, der Verrechnungswert der Essensmarke den amtlichen Sachbezugswert einer Mittagsmahlzeit um nicht mehr als 3,23 Euro übersteigt und die Essensmarken nicht an Arbeitnehmer ausgegeben werden, die eine Auswärtstätigkeit ausüben. Liegen diese Voraussetzungen nicht kumulativ vor, ist der Wert des Essens als Barlohn zu versteuern.¹²⁴ Der Arbeitgeber muss gemäß R 8.1 Abs. 7 Nr. 4 a) S. 3 LStR 2015 sicherstellen, dass für jeden Arbeitnehmer dessen Abwesenheitstage infolge von Auswärtstätigkeiten, Urlaub oder Erkrankung notiert werden, da die für diese Tage ausgegebenen Essensmarken zurückzufordern sind oder die Zahl der im Folgemonat auszugebenden Essensmarken um die Zahl der Abwesenheitstage zu vermindern ist. Die Pflicht zur Feststellung der Abwesenheitstage und zur Anpassung der Zahl der Essensmarken im Folgemonat entfällt gemäß R 8.1 Abs. 7 Nr. 4 a) S. 4 LStR 2015 für Arbeitnehmer, die im Kalenderjahr durchschnittlich an nicht mehr als drei Arbeitstagen je Kalendermonat Auswärtstätigkeiten ausüben, wenn keiner dieser Arbeitnehmer im Kalendermonat mehr als 15 Essensmarken erhält. Eine Ausnahme davon gilt gemäß R 8.1 Abs. 7 Nr. 4 b) LStR 2015 nur, sofern der Arbeitgeber ausschließlich Essensmarken ausgibt und der Verrechnungswert der Essensmarke den geldwerten Vorteil nach R 8.1 Abs. 7 Nr. 3 LStR 2015, d.h. den amtlichen Sachbezugswert unterschreitet.¹²⁵

23a

Arbeitgeber und Arbeitnehmer können durch die verschiedenen Gestaltungen Einfluss auf die Besteuerung nehmen. Kommt es zu einer Änderung des Arbeitsvertrages und wird vereinbart, dass der Arbeitnehmer anstelle von Barlohn Es-

23b

¹²³ Küttner-Griese, Essenszuschuss, Rn. 8.

¹²⁴ FG Düsseldorf 19.5.2010, 15 K 1185/09, becklink 1003871.

¹²⁵ Beispiele zur Berechnung gemäß R 8.1 Abs. 7 Nr. 4 a b) siehe H 8.1 Abs. 7 (Essensmarken) LStH 2018.

Kap. 28 Sozialleistungen mit Entgeltcharakter

sensmarken erhält, ist gemäß R 8.1 Abs. 7 Nr. 4 c) LStR 2015 der Barlohn in Höhe des Wertes der Essensmarken zu verringern. Die Essensmarken sind mit dem Wert steuerlich anzusetzen, der sich gemäß R 8.1 Abs. 7 Nr. 4 a) oder b) LStR 2015 ergibt, d.h. entweder mit dem amtlichen Sachbezugswert (Nr. 4a) oder sofern dieser unterschritten wird mit dem Verrechnungswert der Essensmarke (Nr. 4b). Vereinbaren die Arbeitsvertragsparteien keine Änderung des Arbeitsvertrages bleibt der steuerpflichtige Barlohn unverändert. Die Essensmarke wirkt sich dennoch steuerlich aus. Der Betrag, um den sich der ausgezahlte Barlohn verringert, gilt als Entgelt für die Mahlzeit und ist daher von dem steuerlichen Wert der Essensmarke abzusetzen. Eingelöste Essensmarken müssen gemäß R 8.1 Abs. 7 Nr. 4 d) Satz 1 LStR 2015 vom Restaurant nicht an den Arbeitgeber zurückgegeben und von diesem aufbewahrt werden, wenn der Arbeitgeber vom Restaurant eine Abrechnung erhält, aus der sich ergibt, wie viele Essensmarken mit welchem Verrechnungswert eingelöst worden sind. Nur diese Abrechnung muss der Arbeitgeber aufbewahren.

- 23c** Gibt der Arbeitgeber keine Essensmarken aus, sondern zahlt auf Grundlage einer arbeitsvertraglichen oder anderweitigen Vereinbarung einen Essenszuschuss für jeden Arbeitstag sind die oben genannten Rahmenbedingungen der R 8.1 Abs. 7 Nr. 4 S. 1 a) LStR 2015 nicht anzuwenden. Steuerlich anzusetzender Arbeitslohn ist in diesem Fall nicht der jeweils gezahlte Zuschuss, sondern grundsätzlich der maßgebende Sachbezugswert der SvEV.¹²⁶
- 23d** Alternativ kann die Lohnsteuer gemäß § 40 Abs. 2 EStG pauschaliert mit einem Pauschsteuersatz von 25 % erhoben werden. Voraussetzung ist nach § 40 Abs. 2 Nr. 1 EStG, dass die arbeitstäglichen Mahlzeiten im Betrieb an die Arbeitnehmer unentgeltlich oder verbilligt abgegeben werden bzw. dass der Arbeitgeber alternativ Barzuschüsse an ein anderes Unternehmen leistet, welches die arbeitstäglichen Mahlzeiten verbilligt oder unentgeltlich an die Arbeitnehmer ausgibt. § 40 Abs. 2 EStG kann nicht herangezogen werden, sofern die Mahlzeiten als Lohnbestandteile vereinbart sind. Gemäß R 8.1 Abs. 7 Nr. 5 LStR 2015 kann der geldwerte Vorteil in diesem Fall mit dem Durchschnittswert der Pauschalbesteuerung zugrunde gelegt werden, wobei dies nicht tageweise durchgeführt werden muss, sondern sich auf den gesamten Lohnzahlungszeitraum erstrecken kann. Bestehen bei einem Arbeitgeber mehrere Kantinen, so ist der Durchschnittswert für jede Kantine getrennt zu ermitteln.

¹²⁶ BMF vom 24.2.2016 (BStBl. I S. 238).

VII. Fahrtkostenzuschüsse und Job-Tickets**1. Inhalt und Ausgestaltung**

Die Kosten für Fahrten von der Wohnung zur Arbeitsstätte hat der Arbeitnehmer selbst zu tragen.¹²⁷ Dem Arbeitgeber ist es jedoch unbenommen, freiwillig und obwohl eine rechtliche Verpflichtung nicht besteht, Fahrtkostenzuschüsse zu gewähren. Dies bietet sich nicht nur an, wenn der Betriebssitz etwas abgelegen liegt, um die Arbeitgeberattraktivität zu steigern. Bei Parkplatznot kann die Bezuschussung von Job-Tickets die Nutzung des öffentlichen Personennahverkehrs fördern. Bezuschusst der Arbeitgeber die Fahrten zur Arbeitsstätte, sei es durch Pauschalen, Kilometergeld oder Zuschüsse zum Job-Ticket, hat er den Gleichbehandlungsgrundsatz zu wahren.¹²⁸ Dieser verbietet ihm, durch sachfremde Gruppenbildung bestimmte Arbeitnehmer oder Arbeitnehmergruppen von den Fahrtkostenzuschüssen auszuschließen.¹²⁹ Sagt der Arbeitgeber einen Fahrtkostenzuschuss einzelvertraglich zu, kann er sich von diesen nur entsprechend der vereinbarten Möglichkeiten lösen. Möglich ist die Vereinbarung eines Widerrufsvorbehalts, dieser muss sich jedoch in den Grenzen des § 308 Nr. 4 BGB halten.¹³⁰ Da der Fahrtkostenzuschuss keine unmittelbare Gegenleistung für die Arbeitsleistung darstellt, sondern Ersatz für Aufwendungen, die an sich der Arbeitnehmer selbst tragen müsste, ist ein Widerrufsvorbehalt unzulässig, soweit der widerrufliche Teil bei über 30 % des Gesamtverdienstes liegt oder Tariflohn unterschritten wird.¹³¹

2. Mitbestimmung

Die Ausgestaltung freiwillig gewährter Fahrtkostenzuschüsse ist als betrieblicher Lohngrundsatz und als Teil der Lohngestaltung nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG mitbestimmungspflichtig.¹³² Mitbestimmungsfrei ist die Entscheidung, ob und wie lange der Arbeitgeber den Zuschuss gewährt.¹³³ Die Mitbestimmung erstreckt sich jedoch auf die inhaltliche Ausgestaltung des gewährten Zuschusses, insbesondere also auf die Bestimmung des berechtigten Personenkreises.¹³⁴ Des Weiteren sollten die Modalitäten der Auszahlung des Fahrtkostenzuschusses

127 BAG 14.6.2016, 9 AZR 409/15, NJOZ 2017, 200, 201; BAG 20.3.2012, 9 AZR 518/10, NJOZ 2012, 1274, 1275.

128 BAG 11.8.1998, 9 AZR 39/97, NZA 1999, 474, 475.

129 BAG 11.8.1998, 9 AZR 39/97, NZA 1999, 474, 475.

130 Küttner-Griese, Fahrtkostenzuschuss, Rn. 3.

131 BAG 11.10.2006, 5 AZR 721/2005, NZA 2007, 87, 89.

132 BAG 9.7.1985, 1 AZR 631/80, AP BPersVG § 75 Nr. 16.

133 BAG 9.7.1985, 1 AZR 631/80, AP BPersVG § 75 Nr. 16.

134 Oberthür/Seitz-Wiedebusch, B. IX Rn. 34.

Kap. 28 Sozialleistungen mit Entgeltcharakter

durch Betriebsvereinbarung geregelt werden.¹³⁵ Bei vorhandener Parkplatznot auf dem oder in der näheren Umgebung des Betriebsgeländes bietet es sich eine „entweder-oder-Lösung“ an: Mitarbeiter, die einen Fahrtkostenzuschuss erhalten, können von der Nutzung betrieblicher Parkflächen ausgeschlossen werden. Hierin besteht kein Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot, da der Differenzierung ein sachlicher Grund zugrunde liegt.

3. Steuerrecht

- 26 Seit 2004 ist die ehemals nach § 3 Nr. 34 EStG bestehende Steuerfreiheit für Zuschüsse des Arbeitgebers zu den Aufwendungen des Arbeitnehmers für Fahrten zwischen Wohnung und Arbeitsstätte mit öffentlichen Verkehrsmitteln sowie bei Nutzung des Job-Tickets weggefallen.¹³⁶ Erhält der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber verbilligt oder unentgeltlich ein Jobticket, liegt darin gemäß ein Sachbezug im Sinne von § 8 Abs. 2 EStG.¹³⁷ Der Preis für das Job-Ticket abzüglich des vom Arbeitnehmer zu bezahlenden Betrags ist als geldwerter Vorteil zu versteuern. Kein Sachbezug und damit auch kein geldwerter Vorteil im Sinne des Lohnsteuerrechts liegt folglich vor, wenn der Arbeitgeber seinen Arbeitnehmern das Job-Ticket zum unrabattierten Preis überlässt.

Fahrtkostenzuschüsse und verbilligte Job-Tickets sind daher grundsätzlich als Sachbezüge nach § 8 Abs. 2 S. 1 EStG steuerpflichtig. Allerdings kann die Freigrenze nach § 8 Abs. 2 S. 11 EStG zur Anwendung kommen. Nach § 8 Abs. 2 S. 11 EStG sind Sachbezüge nicht anzusetzen, wenn die gewährten Vorteile 44 € im Kalendermonat nicht übersteigen. Sofern das Jobticket in Form eines Jahrestickets und nicht als Monatsticket verschafft wird, ist dies im Rahmen der Freigrenze relevant: Während der Bezug von Monatstickets bei einer Höhe von maximal 44 Euro gemäß R 8.1 Abs. 3 S. 5 LStR 2015 unter die Freigrenze fallen, ist dies bei einem Jahresticket nicht der Fall, sodass der Mitarbeiter nicht von § 8 Abs. 2 Satz 11 EStG profitiert. Der geldwerte Vorteil fließt dem Arbeitnehmer schon mit dem Erwerb der Jahreskarte zu, sodass im Rahmen des § 8 Abs. 2 Satz 1 EStG auf den Zeitpunkt des Erwerbs abzustellen ist.¹³⁸ Soll dem Arbeitnehmer also die Anwendung der Freigrenze ermöglicht werden, empfiehlt es sich, als Arbeitgeber seinen Mitarbeitern den Erwerb von vergünstigten Monatskarten zu ermöglichen, soweit es das Verkehrsunternehmen anbietet. Für die Anwendbarkeit des § 8 Abs. 2 Satz 1 EStG ist gemäß R 8.1 Abs. 3 S. 3 LStR entscheidend, dass die einzelnen Monatskarten dem Ar-

135 Formulierungsvorschläge für eine entsprechende Vereinbarung gibt Oberthür/Seitz-Wiedebusch B. IX Rn. 28.

136 HR-Mengel, Kap. 1 Rn. 2374.

137 H 8.1 Abs. 1–4 (Job Ticket) LStH 2018.

138 Küttner-Thomas, Sachbezug, Rn. 6.

beitnehmer auch nur Monat für Monat ausgehändigt und überlassen werden. Die Einhaltung der 44-Euro-Freigrenze kann dabei durch entsprechende Gestaltung sichergestellt werden, indem Arbeitnehmer den über 44 Euro hinausgehenden Betrag selbst zuzahlen. Bestehen noch weitere Sachbezüge und der Bezug geht insgesamt über 44 Euro pro Monat hinaus, greift die Freigrenze jedoch nicht und die Sachbezüge sind nach § 8 Abs. 2 Satz 1 EStG voll steuerpflichtig.¹³⁹

139 HR-Mengel, Kap. 1 Rn. 2375.

Kapitel 29

Sachbezüge

Schrifttum: *Bayreuther*, Rechtsfragen des Mindestlohns in der betrieblichen und anwaltlichen Praxis – ein Update, NZA 2015, 385; *Lembke*, Das Mindestlohngesetz und seine Auswirkungen auf die arbeitsrechtliche Praxis, NZA 2015, 70; *Lembke*, Die Gestaltung von Vergütungsvereinbarungen, NJW 2010, 257; *Lembke*, Mindestlohngesetz – erste Rechtsprechung und praktische Erfahrungen, NZA 2016, 1; *Macher*, Verbilligt überlassene Wohnung, NZA 2009, 1081; *Macher*, Lohnsteuerpflicht bei Gewährung von Vorteilen durch verbundene Unternehmen, NZA 2006, 970; *Schöne*, Die Novellierung der Gewerbeordnung und die Auswirkungen auf das Arbeitsrecht, NZA 2002, 829.

Übersicht

	Rn.	Rn.
I. Einführung: Sachbezüge als Teil des Arbeitsentgelts	1	
II. Inhalt und Grenzen der Gewährung von Sachbezügen nach § 107 GewO	3	
1. Geltungsbereich	3	
2. Grundprinzip des § 107 Abs. 1 GewO	4	
3. Gewährung von Sachbezügen, § 107 Abs. 2 GewO	5	
a) Begriff: „Sachbezug“	7	
b) Berechnung und Beschaffenheit der Sachbezüge	10	
c) Sachbezug bei Arbeitsverhinderung	12	
4. Kreditierungsverbot	13	
5. Anrechnung von Waren		14
6. Rechtsfolgen des Verstoßes gegen § 107 Abs. 2 GewO		15
7. Berücksichtigung der Pfändungsfreigrenzen		16
8. Steuerrecht		17
9. Sozialversicherungsrecht		21
10. Betriebliche Mitbestimmung bei Sachbezügen		22
III. Personalrabatt		29
1. Grundsätze		29
2. Mitbestimmung		30
3. Steuer- und Sozialversicherungsrecht		31
IV. Trinkgeld, § 107 Abs. 3 GewO		32

I. Einführung: Sachbezüge als Teil des Arbeitsentgelts

§ 611 BGB verpflichtet den Arbeitgeber im Gegenzug zur Arbeitsleistung zur Gewährung der „Vergütung“. Nicht selten wird die Vergütung nicht rein in Geld gewährt, sondern teilweise durch bestimmte, vorab definierte Sachbezüge ersetzt. Der vermutlich am häufigsten vereinbarte Sachbezug ist die Überlassung eines Dienstwagens mit dem Recht zur privaten Nutzung. Und dies nicht nur, wenn die Art der Arbeitsleistung dies erfordert, wie etwa bei der Tätigkeit im Außendienst oder Vertrieb. Zahlreiche Gründe können hierfür sprechen, wie etwa die höhere Attraktivität einer Stelle oder der je nach Vorgaben und PKW-Richtlinie eines Unternehmens durch den Dienstwagen bescheinigte Status eines

Kap. 29 Sachbezüge

Mitarbeiters.¹ Weitere typische Sachbezüge sind Personalrabatte für Waren oder Dienstleistungen, Job-Tickets,² die Gewährung von Unterkunft oder Verpflegung, Tankkarten oder Tankgutscheine,³ das immer beliebter werdende Dienstfahrrad/Job-Rad und ähnliche Naturalleistungen.

- 2 Der Gewährung von Sachbezügen sind Grenzen gesetzt. Der Vergütungsanspruch eines Arbeitnehmers kann nur im Rahmen des durch § 107 GewO gesetzten Spielraumes durch Naturalleistungen ersetzt werden. Voraussetzung für die Gewährung von Sachbezügen ist eine entsprechende Vereinbarung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber.⁴ Nach § 107 Abs. 1 GewO ist die Arbeitsvergütung grundsätzlich in Euro abzurechnen und zu bezahlen. Das soll sicherstellen, dass Arbeitnehmer einen ausreichenden Anteil ihrer Arbeitsvergütung in Geld erhalten und dieses auch nicht erst von fremden Währungen in Euro oder von Waren in Geld umtauschen müssen.⁵ § 107 GewO dient daher klar dem Arbeitnehmerschutz.⁶ Von diesem Grundsatz des § 107 Abs. 1 GewO abweichend kann gemäß § 107 Abs. 2 GewO zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Gewährung von Sachbezügen als Teil des Arbeitsentgelts vereinbart werden, wenn dies dem Interesse des Arbeitnehmers oder der Eigenart des Arbeitsverhältnisses entspricht. Darüber hinaus verbietet § 107 Abs. 2 GewO, dass Waren auf Kredit überlassen werden (sog. Kreditierungsverbot). Als explizit geregelter Sachbezug wird das Trinkgeld in § 107 Abs. 3 GewO definiert und die Gewährung und Anrechnung von Trinkgeld auf die Arbeitsvergütung Schranken unterworfen. So ist nach § 107 Abs. 3 GewO unzulässig, die Zahlung eines regelmäßigen Arbeitsentgelts auszuschließen, wenn der Arbeitnehmer für seine Tätigkeit von Dritten Trinkgeld erhält.

II. Inhalt und Grenzen der Gewährung von Sachbezügen nach § 107 GewO

1. Geltungsbereich

- 3 § 107 GewO gilt wegen § 6 Abs. 2 GewO in persönlicher Hinsicht für alle Arbeitnehmer. Sachlich greift § 107 GewO nur für das sogenannte „Arbeitsentgelt im engeren Sinn“.⁷ Arbeitsentgelt und Sachbezug in diesem Sinne ist jede Leistung eines geldwerten Vorteils durch den Arbeitgeber, die zumindest auch die unmittelbare Abgeltung der in einem bestimmten Zeitraum erbrachten Arbeits-

1 Ausführlich zum Dienstwagen Kapitel 25.

2 Ausführlich zum Fahrtkostenzuschuss Kapitel 28.

3 H 8.1 Abs. 1–4 (Geldleistung oder Sachbezug) LStH 2018.

4 Küttner-Griese, Sachbezug, Rn. 1.

5 *ErfK-Preis*, § 107 GewO Rn. 2; *DHSW-Becker*, § 107 GewO Rn. 1.

6 *BeckOGKGewO-Maschmann*, § 107 Rn. 3.

7 *BeckOGKGewO-Maschmann*, § 107 Rn. 5.

leistung zum Gegenstand hat und in das vertragliche Synallagma eingebunden ist.⁸ Nicht unter § 107 GewO fallen alle sonstigen vom Arbeitgeber mit Rücksicht auf das Arbeitsverhältnis gewährten Geld- oder Sachzuwendungen, die ausschließlich der Honorierung der Betriebstreue oder sonstiger Zwecke außerhalb der Vergütung geleisteter Arbeit dienen und sich im üblichen Rahmen von Treue- oder Sonderzuwendungen halten (Arbeitsentgelt im weiteren Sinn).⁹

2. Grundprinzip des § 107 Abs. 1 GewO

Arbeitsentgelt ist nach § 107 Abs. 1 GewO in Euro zu berechnen und auszuzahlen. Die Norm schützt den Arbeitnehmer davor, durch Währungsumtauschgebühren finanzielle Nachteile zu erleiden.¹⁰ Die Auszahlungspflicht stellt sicher, dass Arbeitnehmer tatsächlich in Geld bezahlt werden und dass sie über dieses Geld frei verfügen können.¹¹ § 107 Abs. 1 GewO verbietet dem Arbeitgeber daher grundsätzlich, seine Pflicht zur Zahlung der Arbeitsvergütung durch Sach- oder Dienstleistungen zu erfüllen. Seiner Geldzahlungspflicht kann der Arbeitgeber auch durch bargeldlose Zahlung in Form der Überweisung auf ein vom Arbeitnehmer genanntes Konto gerecht werden.¹² Mit § 107 Abs. 1 GewO nicht vereinbar sind demgegenüber etwa die Hingabe eines Wechsels oder von Gutscheinen.¹³

3. Gewährung von Sachbezügen, § 107 Abs. 2 GewO

Der Grundsatz der Geldzahlungspflicht gilt nicht absolut. Ausnahmen sind nach Maßgabe des § 107 Abs. 2 GewO möglich. Der Arbeitgeber kann einen Teil des zu zahlenden Arbeitsentgeltes durch die Gewährung von Sachbezügen ersetzen. Beispiele für Sachbezüge sind etwa die Überlassung eines Dienstwagens auch zur privaten Nutzung,¹⁴ der kostenlose Werksbusverkehr,¹⁵

8 BAG 24.3.2009 – 9 AZR 733/07, NZA 2009, 861, 862.

9 BeckOGKGewO-Maschmann, § 107 Rn. 5; HWK-Lembke, § 107 GewO Rn. 8; Lembke, NJW 2010, 257, 259.

10 ErfK-Preis, § 107 GewO Rn. 2; DHSW-Becker, § 107 GewO Rn. 1; HWK-Lembke, § 107 GewO Rn. 11.

11 BeckOGKGewO-Maschmann, § 107 Rn. 6; ErfK-Preis, § 107 GewO Rn. 2; HWK-Lembke, § 107 GewO Rn. 11.

12 BeckOGKGewO-Maschmann, § 107 Rn. 7; ErfK-Preis, § 611a BGB Rn. 398; HWK-Lembke, § 107 GewO Rn. 12; DHSW-Becker, § 107 GewO Rn. 3.

13 BeckOGKGewO-Maschmann, § 107 Rn. 7; Schaub-Linck, § 68 Rn. 1; HWK-Lembke, § 107 GewO Rn. 12.

14 BAG 19.12.2006, 9 AZR 294/06, NZA 2007, 809, 810; LAG Hamm 7.2.2014, NZA-RR-2014, 425, 426.

15 LAG Nürnberg 29.10.2004, 2 Sa 828/02, NZA-RR 2005, 291, 293.

Kap. 29 Sachbezüge

Personalrabatte,¹⁶ das Recht zur privaten Nutzung betrieblicher Telekommunikationsgeräte, wie z.B. Privatnutzung von betrieblichen Mobiltelefonen und das Recht zur privaten Internetnutzung,¹⁷ Werkdienstwohnungen, Deputate in der Landwirtschaft,¹⁸ Kohlen im Bergbau, Kost, z.B. Haustrunk im Brauereigewerbe, Heizung und Beleuchtung.¹⁹ Keine Sachbezüge sind demgegenüber bspw. die Überlassung von Dienstkleidung²⁰ oder Arbeitsgeräten, die Berechtigung des Arbeitnehmers zur Teilhabe an betrieblichen Sozialeinrichtungen, wie Kantine, Sportanlage, Kindergarten oder Bücherei.²¹

- 6 Voraussetzung für die Gewährung von Sachbezügen ist nach § 107 Abs. 2 GewO, dass dies dem Interesse des Arbeitnehmers oder der Eigenart des Arbeitsverhältnisses entspricht. Nicht möglich ist die Anrechnung von Sachbezügen auf den allgemeinen Mindestlohn nach dem MiLoG oder tarifliche Mindestlöhne nach dem AEntG und AÜG.²² Aufgrund der Spezialvorschrift des § 17 Abs. 2 BBiG gilt für Ausbildungsvergütungen § 107 Abs. 2 GewO nicht. Bei Ausbildungsvergütungen können daher 75 % der Bruttovergütung durch Sachbezüge ersetzt werden.²³

a) Begriff: „Sachbezug“

- 7 Ein Sachbezug ist jede Zuwendung des Arbeitgebers an den Arbeitnehmer, die zwar eine geldwerte Leistung darstellt, aber nicht in Geld erbracht wird.²⁴ Erfasst ist jede Gewährung einer Naturalvergütung anstelle eines Teiles der (engeren) Arbeitsvergütung. Daher sind nicht nur reine Sachleistungen ein Sachbezug,

16 BAG 8.11.2011, 1 ABR 37/11, NZA 2012, 462, 464; BAG 13.12.2006, 10 AZR 792/05, NZA 2007, 325, 326.

17 Moll-Hesse/Tischer, § 23 Rn. 85; Schaub-Linck, § 68 Rn. 1.

18 BT-Drs. 14/8796, S. 24.

19 BeckOGKGewO-Maschmann, § 107 Rn. 19; HWK-Lembke, § 107 GewO Rn. 26; ErfK-Preis, § 107 GewO Rn. 4; DHSW-Becker, § 107 GewO Rn. 6; Schaub-Linck, § 68 Rn. 1.

20 BAG 17.2.2009, 9 AZR 676/07, NZA 2010, 99, 100.

21 BeckOGKGewO-Maschmann, § 107 Rn. 21; HWK-Lembke, § 107 GewO Rn. 27; ErfK-Preis, § 107 GewO Rn. 4; DHSW-Becker, § 107 GewO Rn. 6; Schaub-Linck, § 68 Rn. 5.

22 Bayreuther, NZA 2015, 385, 390; HWK-Lembke, § 107 GewO Rn. 12, 24; Lembke, NZA 2015, 70, 75; Lembke, NZA 2016, 1, 6; Schaub-Vogelsang, § 66 Rn. 33; BeckOGKGewO-Maschmann, § 107 GewO Rn. 3.

23 BT-Drs. 14/8796, S. 25; BeckOGKGewO-Maschmann, § 107 Rn. 17; HWK-Lembke, § 107 GewO Rn. 24.

24 BT-Drs. 14/8796, S. 24; BAG 24.3.2009, 9 AZR 733/07, NZA 2009, 861, 862; BeckOGKGewO-Maschmann, § 107 GewO Rn. 18; ErfK-Preis, § 107 GewO Rn. 4; HWK-Lembke, § 107 GewO Rn. 25; Schaub-Linck, § 68 Rn. 1.

sondern auch Dienstleistungen des Arbeitgebers.²⁵ Sachbezüge, die außerhalb des vertraglichen Synallagmas gewährt werden, sind nicht von § 107 Abs. 2 GewO erfasst und folglich nicht den dort gesetzten Grenzen unterworfen. § 107 Abs. 2 GewO greift nur, wenn die Sachleistung und die Arbeitsleistung in einem unmittelbaren Gegenseitigkeitsverhältnis stehen.²⁶

Vereinbarte Sachbezüge müssen nach § 107 Abs. 2 Satz 1 GewO dem Interesse des Arbeitnehmers oder der Eigenart des Arbeitsverhältnisses entsprechen. Ein Sachbezug ist dann im Interesse des Arbeitnehmers, wenn ein verständiger Arbeitnehmer in vergleichbarer Lage nach Maßstab eines objektiven Empfängers ein Interesse am Sachbezug hätte.²⁷ Maßgeblich sind folglich nicht der subjektive Standpunkt oder das individuelle Interesse des betroffenen Arbeitnehmers.²⁸ Berücksichtigt werden können dennoch die Umstände des Einzelfalls, wie beispielsweise die Höhe der Sachleistung im Verhältnis zur verbleibenden Geldleistung.²⁹ Abzustellen ist letztlich darauf, ob der Arbeitnehmer durch die Gewährung der Sachleistung unangemessen benachteiligt wird.³⁰ Wenn das der Fall ist, liegt der Sachbezug nicht im Interesse des Arbeitnehmers und die Arbeitsvergütung darf nicht durch den Sachbezug ersetzt werden. Bei der Auslegung und Bestimmung, ob ein Sachbezug (noch) im Interesse des Arbeitnehmers liegt, sind zwei Grenzen zu beachten: Einerseits ist der Arbeitnehmer vor sich selbst zu schützen,³¹ andererseits darf dies nicht in eine Bevormundung des Arbeitnehmers umschlagen.³² Bei Sachleistungen, an denen der Arbeitnehmer einen objektiven Nutzen hat, wie etwa an der privaten Nutzungsmöglichkeit des Mobiltelefons oder Laptops³³ oder bei der Überlassung eines Firmenwagens³⁴ ist in der Regel von einem vorhandenen Interesse des Arbeitnehmers auszugehen, sofern – was regelmäßig der Fall sein wird – der Arbeitnehmer diese Sachbezüge frei-

25 BAG 17.2.2009, 9 AZR 676/07, NZA 2010, 99, 100; BAG 24.3.2009, 9 AZR 733/07, NZA 2009, 861, 862; BeckOGKGewO-Maschmann, § 107 Rn. 18; HWK-Lembke, § 107 GewO Rn. 25 Schaub-Linck, § 68 Rn. 1.

26 BAG 17.2.2009, 9 AZR 676/07, NZA 2010, 99, 100; BAG 24.3.2009, 9 AZR 733/07, NZA 2009, 861, 862.

27 LAG Düsseldorf 30.10.2008, 5 Sa 977/08, BeckRS 2009, 50340.

28 LAG Düsseldorf 30.10.2008, 5 Sa 977/08, BeckRS 2009, 50340; BeckOGKGewO-Maschmann, § 107 Rn. 22; ErfK-Preis, § 107 GewO Rn. 4; Schaub-Linck, § 68 Rn. 1.

29 HWK-Lembke, § 107 GewO Rn. 29.

30 HWK-Lembke, § 107 GewO Rn. 31; DHSW-Becker, § 107 GewO Rn. 7.

31 LAG Düsseldorf 30.10.2008, 5 Sa 977/08, BeckRS 2009, 50340.

32 DHSW-Becker, § 107 GewO Rn. 7; HWK-Lembke, § 107 GewO Rn. 31.

33 HWK-Lembke, § 107 GewO Rn. 30; Schöne, NZA 2002, 829, 831; DHSW-Becker, § 107 GewO Rn. 7.

34 BT-Drs. 14/8796, S. 24; BAG 24.3.2009, 9 AZR 733/07, NZA 2009, 861, 862; ErfK-Preis, § 107 GewO Rn. 4; BeckOGKGewO-Maschmann, § 107 Rn. 22; HWK-Lembke, § 107 GewO Rn. 30; DHSW-Becker, § 107 GewO Rn. 7.

willig und ausdrücklich mit dem Arbeitgeber vereinbart hat.³⁵ Auch Personalrabatte können nach dieser Maßgabe im Interesse des Arbeitnehmers liegen.³⁶

- 9 Unabhängig vom konkreten oder objektivierten Interesse des Arbeitnehmers am Sachbezug kann ein solcher vereinbart werden, wenn er der Eigenart des Arbeitsverhältnisses entspricht. Das ist der Fall, wenn die Vereinbarung des Sachbezugs bei objektiver Betrachtung der Verkehrssitte entspricht.³⁷ Üblich sind solche Sachbezüge im Gaststätten- oder Brauereigewerbe in Form von Deputaten.³⁸ Ein der Verkehrssitte entsprechender Sachbezug ist auch die Überlassung einer Dienstwohnung an den Hausmeister.³⁹

b) Berechnung und Beschaffenheit der Sachbezüge

- 10 Der Wert eines Sachbezugs bzw. die Höhe, in welcher ein Sachbezug auf das Arbeitsentgelt angerechnet wird, kann und sollte vereinbart werden.⁴⁰ Fehlt eine solche individual- oder kollektivrechtliche Vereinbarung, ist nach § 612 Abs. 2 BGB auf den üblichen Wert der Sachleistung abzustellen.⁴¹ Üblich in diesem Sinne sind die in der Sozialversicherungsentgeltverordnung (SvEV) genannten Beträge.⁴²
- 11 Dem Arbeitgeber ist nach § 107 Abs. 2 Satz 4 GewO verwehrt, durch Hingabe minderwertiger Sachen seine Pflicht zur Leistung des Arbeitsentgeltes zu erfüllen. Demnach müssen die geleisteten Gegenstände im Sinne von § 243 BGB mittlerer Art und Güte sein.⁴³ Den Arbeitsvertragsparteien bleibt unbenommen, eine andere Vereinbarung über die Beschaffenheit der Sachbezüge zu vereinbaren.⁴⁴ Das ist etwa der Fall, wenn der Bezug von billigeren Zweite-Wahl-Gegenständen vereinbart wird.⁴⁵ Wenn der Arbeitnehmer hieran ein Interesse hat, empfiehlt es sich, eine solche Abrede über den Qualitätsmaßstab in die Sachbezugs-

35 BAG 24.3.2009, 9 AZR 733/07, NZA 2009, 861, 862; LAG Düsseldorf 30.10.2008, 5 Sa 977/08, BeckRS 2009, 50340; BeckOGKGewO-Maschmann, § 107 Rn. 22; HWK-Lembke, § 107 GewO Rn. 30; DHSW-Becker, § 107 GewO Rn. 7.

36 ErfK-Preis, § 611a BGB Rn. 519.

37 BeckOGKGewO-Maschmann, § 107 Rn. 23; HWK-Lembke, § 107 GewO Rn. 32; DHSW-Becker, § 107 GewO Rn. 7.

38 BT-Drs. 14/8796, S. 24; HWK-Lembke, § 107 GewO Rn. 32; DHSW-Becker, § 107 GewO Rn. 7.

39 LAG Düsseldorf 30.10.2008, 5 Sa 977/08, BeckRS 2009, 50340; HWK-Lembke, § 107 GewO Rn. 32.

40 BeckOGKGewO-Maschmann, § 107 Rn. 18; Küttner-Griese, Sachbezug, Rn. 2.

41 Küttner-Griese, Sachbezug, Rn. 2.

42 BeckOGKGewO-Maschmann, § 107 Rn. 18; Küttner-Griese, Sachbezug, Rn. 2.

43 BT-Drs. 15/8796, S. 25.

44 BT-Drs. 14/8796, S. 25; HWK-Lembke, § 107 GewO Rn. 35; DHSW-Becker, § 107 GewO Rn. 9.

45 BT-Drs. 14/8796, S. 25; HWK-Lembke, § 107 GewO Rn. 38.

vereinbarung aufzunehmen.⁴⁶ Treffen die Arbeitsvertragsparteien keine solche abweichende Vereinbarung und ist der Sachbezug nicht von mittlerer Art und Güte oder gar mangelhaft, sind die §§ 434 ff., 536 ff. BGB in entsprechender Anwendung heranzuziehen.⁴⁷

c) Sachbezug bei Arbeitsverhinderung oder ruhendem Arbeitsverhältnis

Bei Verhinderung des Arbeitnehmers durch Krankheit oder Urlaub ist die Naturalvergütung grundsätzlich weiter zu gewähren. Kann der Arbeitnehmer die Naturalvergütung nicht entgegennehmen, ist ihr Wert gemäß § 11 Abs. 1 Satz 4 BUrlG, § 4 EfzG in bar abzugelten.⁴⁸ Da die Naturalvergütung Teil des Entgeltes ist, endet der Sachbezug, wenn die Vergütungspflicht endet, d. h. etwa nach dem sechswöchigen Entgeltfortzahlungszeitraum des § 3 Abs. 1 Satz 1 EfzG.⁴⁹ Soll der Sachbezug darüber hinaus fortgewährt werden, ist dies zu vereinbaren. Eine solche Abrede wird sich regelmäßig bei der Vereinbarung über die private Dienstwagenutzung anbieten, da es sich hierbei um einen Sachbezug von relativ hohem Wert handelt und auch der Arbeitgeber abwägen muss, ob und wie er das Fahrzeug nutzt, da die Leasingkosten weiterlaufen und getragen werden müssen, auch wenn es dem Arbeitnehmer nicht zur Verfügung steht.

Auch für den Fall des ruhenden Arbeitsverhältnisses sollte zur Klarstellung und Vermeidung von Missverständnissen eine klare Abrede getroffen werden. Ein häufiger Fall ist das Ruhen während der Elternzeit. Während der Schutzfristen des MuSchG ist der Sachbezug unverändert fort zu gewähren.⁵⁰ Tritt der Beschäftigte sodann die Elternzeit an, ruht das Arbeitsverhältnis, sodass der Anspruch auf Gewährung und Nutzung des Sachbezuges endet.⁵¹ Soll etwas anderes gelten, kann und muss dies ausdrücklich vereinbart werden.

4. Kreditierungsverbot

§ 107 Abs. 2 Satz 2 GewO regelt über die Grenzen bei der Gewährung von Sachbezügen hinaus, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer keine Waren auf Kredit überlassen darf. § 107 Abs. 2 Satz 2 GewO verbietet daher, die Waren auf Kredit zu verkaufen und die Kreditraten vom Lohn abzuziehen.⁵² Dies soll den Arbeit-

⁴⁶ *Schöne*, NZA 2002, 829, 832.

⁴⁷ BeckOGKGewO-Maschmann, § 107 Rn. 43; HWK-Lembke, § 107 GewO Rn. 37; MüArbR-Krause, § 60 Rn. 3; DHSW-Becker, § 107 GewO Rn. 9; Schaub-Linck, § 68 Rn. 22.

⁴⁸ Küttner-Griese, Sachbezug, Rn. 2; Schaub-Linck, § 68 Rn. 21.

⁴⁹ BAG 14.12.2010, 9 AZR 631/09, NJW 2011, 1469, 1470.

⁵⁰ BAG 11.10.2000, 5 AZR 240/99 NZA 2001, 445, 448.

⁵¹ Schaub-Linck, § 172 Rn. 19.

⁵² BeckOGKGewO-Maschmann, § 107 Rn. 27; ErfK-Preis, § 107 GewO Rn. 6.

nehmer davor schützen, sich zu überschulden oder in eine wirtschaftliche Abhängigkeit vom Arbeitgeber zu geraten.⁵³ Nicht unter das Verbot des § 107 Abs. 2 Satz 2 GewO fällt die Gewährung eines Darlehens zwischen den Arbeitsvertragsparteien.⁵⁴

5. Anrechnung von Waren

- 14 § 107 Abs. 2 Satz 3 GewO enthält als weitere Ausnahme vom Geldzahlungsgebot des § 107 Abs. 1 GewO die Möglichkeit der Überlassung von Waren unter Anrechnung auf das Arbeitsentgelt. Die Arbeitsvertragsparteien können vereinbaren, dass der Arbeitgeber eigene Waren an den Arbeitnehmer aufgrund eines Kauf- oder Mietvertrages überlässt und den vom Arbeitnehmer geschuldeten Betrag vom Arbeitsentgelt abzieht und einbehält.⁵⁵ „Waren“ in diesem Sinne sind alle beweglichen Sachen, die Gegenstand des Handelsverkehrs sein können.⁵⁶ Die Höhe des angerechneten Warenwertes muss den durchschnittlichen Selbstkosten des Arbeitgebers entsprechen. „Durchschnittliche Selbstkosten“ in diesem Sinne sind nicht die Einkaufs- oder Herstellungskosten, sondern derjenige Preis, zu dem der Arbeitgeber die Ware veräußern kann, ohne Gewinn oder Verlust zu machen.⁵⁷ Einzupreisen sind daher alle Aufwendungen, die durch die Anschaffung und Weitergabe entstehen.⁵⁸

6. Rechtsfolgen des Verstoßes gegen § 107 Abs. 2 GewO

- 15 Verstößt die Vereinbarung eines Sachbezugs gegen § 107 Abs. 2 Satz 1 GewO und liegen die Voraussetzungen für die Vereinbarung eines Sachbezugs nicht vor, so ist sie gemäß § 134 BGB nichtig.⁵⁹ Denkbar ist dabei eine bloße Teilnichtigkeit, sofern der Sachbezug teilbar ist.⁶⁰ Ist dies nicht der Fall, wie beispielsweise bei einem auch zur privaten Nutzung überlassenen Dienstwagen, ist die gesamte Vereinbarung über den Sachbezug nichtig.⁶¹ Der Arbeitnehmer kann

53 BT-Drs. 14/8796, S. 24f.; BeckOGKGewO-Maschmann, § 107 Rn. 27; DHSW-Becker, § 107 GewO Rn. 1.

54 BeckOGKGewO-Maschmann, § 107 GewO Rn. 27, 30.

55 BT-Drs. 14/8796, S. 25; BeckOGKGewO-Maschmann, § 107 Rn. 38; DHSW-Becker, § 107 GewO Rn. 13.

56 BeckOGKGewO-Maschmann, § 107 Rn. 34.

57 BeckOGKGewO-Maschmann, § 107 Rn. 38; HWK-Lembke, § 107 GewO Rn. 63; DHSW-Becker, § 107 GewO Rn. 13.

58 BeckOGKGewO-Maschmann, § 107 Rn. 38.

59 BAG 24.3.2009, 9AZR 733/07, NZA 2009, 861, 863; HWK-Lembke, § 107 GewO Rn. 33; DHSW-Becker, § 107 GewO Rn. 8; Schöne, NZA 2002, 829, 832; BeckOGKGewO-Maschmann, § 107 Rn. 26.

60 HWK-Lembke, § 107 GewO Rn. 44; DHSW-Becker, § 107 GewO Rn. 10.

61 HWK-Lembke, § 107 GewO Rn. 45.

die Tilgung des geschuldeten Arbeitsentgelts in Form der Sachleistung ablehnen und die Zahlung in Geld nach § 107 Abs. 1 GewO verlangen.⁶² Die Gewährung der Sachleistung hat in diesem Fall keine Erfüllungswirkung nach §§ 362, 364 BGB, sodass der Arbeitnehmer den auf die Sachleistung entfallenden Teil der Arbeitsvergütung noch weiter geltend machen kann.⁶³ Hat der Arbeitgeber die Sache schon an den Arbeitnehmer übereignet, bleibt diese Übereignung wirksam, da sie rechtlich neutral ist.⁶⁴ Der Arbeitgeber muss die übergebene Sache dann im Wege der Leistungskondition herausverlangen.⁶⁵ Bei Verstößen gegen § 107 Abs. 2 Satz 3 GewO ist die Anrechnungsabrede nach § 134 BGB nichtig, soweit der durchschnittliche Selbstkostenpreis überschritten wird.⁶⁶ Der Arbeitgeber kann das Arbeitsentgelt nur in der Höhe des durchschnittlichen Selbstkostenpreises einbehalten.⁶⁷

7. Berücksichtigung der Pfändungsfreigrenzen

Sachbezüge dürfen lediglich einen Teil des Arbeitsentgeltes ersetzen. Der Arbeitgeber muss gemäß § 107 Abs. 2 Satz 5 GewO das Arbeitsentgelt mindestens in Höhe des Pfändungsfreibetrages, der sich aus § 850c ZPO ergibt, in Geld leisten.⁶⁸ Dem Arbeitnehmer muss mindestens der Teil seines Arbeitsentgeltes in Geld verbleiben, der unpfändbar ist.⁶⁹ Die Regelung stellt sicher, dass Arbeitnehmer einen gewissen Anteil ihrer Arbeitsvergütung immer in Geld erhalten und nicht erst die ihnen an dieser Stelle gewährten Sachbezüge verkaufen und zu Geld machen müssen.⁷⁰ § 107 Abs. 2 Satz 5 GewO gilt auch bei der Anrechnung von Waren. Diese ist wie bei Sachbezügen nur bis zur Höhe des Pfändungsfrei-

16

62 LAG Düsseldorf 30.10.2008, 5 Sa 977/08, BeckRS 2009, 50340; HWK-Lembke, § 107 GewO Rn. 33; DHSW-Becker, § 107 GewO Rn. 10.

63 BAG 24.3.2009, 9 AZR 733/07, NZA 2009, 861, 863; LAG Düsseldorf 30.10.2008, 5 Sa 977/08, BeckRS 2009, 50340; BeckOGKGewO-Maschmann, § 107 Rn. 26; HWK-Lembke, § 107 GewO Rn. 45; DHSW-Becker, § 107 GewO Rn. 10.

64 BeckOGKGewO-Maschmann, § 107 Rn. 26; HWK-Lembke, § 107 GewO Rn. 34.

65 BeckOGKGewO-Maschmann, § 107 Rn. 26; HWK-Lembke, § 107 GewO Rn. 34; DHSW-Becker, § 107 GewO Rn. 8.

66 HWK-Lembke, § 107 GewO Rn. 66; DHSW-Becker, § 107 GewO Rn. 14.

67 HWK-Lembke, § 107 GewO Rn. 66; DHSW-Becker, § 107 GewO Rn. 14.

68 BT-Drs. 14/8796, S. 25; BAG 17.2.2009, 9 AZR 676/07, NZA 2010, 99, 100; BAG 24.3.2009, 9 AZR 733/07, NZA 2009, 861, 862; HWK-Lembke, § 107 GewO Rn. 40; Schöne, NZA 2002, 829, 832; DHSW-Becker, § 107 GewO Rn. 10; ErfK-Preis, § 107 GewO Rn. 7.

69 BT-Drs. 14/8796, S. 25; BAG 17.2.2009, 9 AZR 676/07, NZA 2010, 99, 100; BAG 24.3.2009, 9 AZR 733/07, NZA 2009, 861, 862; HWK-Lembke, § 107 GewO Rn. 40; MüArbR-Krause, § 60 Rn. 1; ErfK-Preis, § 107 GewO Rn. 7; Küttner-Griese, Sachbezug, Rn. 2; Schaub-Linck, § 68 Rn. 2.

70 BT-Drs. 14/8796, S. 25; BAG 24.3.2009, 9 AZR 733/07; HWK-Lembke, § 107 GewO Rn. 42; Schöne, NZA 2002, 829, 832; ErfK-Preis, § 107 GewO Rn. 7.

betrages möglich, der Pfändungsfreibetrag muss dem Arbeitnehmer trotz Anrechnung verbleiben.⁷¹

8. Steuerrecht

- 17 Sachbezüge sind als Teil des Arbeitsentgeltes lohnsteuerrechtlich als Arbeitsentgelt zu bewerten. Voraussetzung aus lohnsteuerrechtlicher Sicht ist die Änderung des Anstellungsvertrages mit der Abrede, dass der Arbeitnehmer auf einen Teil des Barlohnes verzichtet und er stattdessen vom Arbeitgeber einen definierten Sachlohn erhält.⁷² Da es sich um Einkünfte aus nichtselbstständiger Tätigkeit im Sinne von § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4, 19 EStG handelt, greift § 8 EStG. Sie sind gemäß § 8 Abs. 2 EStG mit den um die üblichen Preisnachlässe geminderten Endpreisen am Abgabeort anzusetzen. Gemäß R 8.1 Abs. 2 S. 3 LStR 2015 kann der Sachbezug aus Vereinfachungsgründen mit 96% des Endpreises bewertet werden, zu dem der Abgebende oder dessen Abnehmer fremden Letztverbraucher im allgemeinen Geschäftsverkehr die Ware oder Dienstleistung anbietet. Da der „um die üblichen Preisnachlässe geminderte Endpreis“ anzusetzen ist, ist auf das günstigste Angebot am Markt abzustellen, das zum Zeitpunkt der Abgabe besteht.⁷³ Die „üblichen Preisnachlässe“ sind nicht solche, die ein überdurchschnittlicher, verhandlungsgewandter Käufer erzielt oder die durch Sonderkonditionen erzielt werden, sondern nur solche, die ein durchschnittlicher Endverbraucher erzielt.⁷⁴
- 18 Die Höhe, in welcher die gewährten Sachbezüge anzusetzen sind, kann gemäß § 8 Abs. 2 Satz 2 ff. EStG zum Teil pauschaliert angegeben werden.⁷⁵ Bezüglich Kost und Logis ist gemäß § 8 Abs. 2 S. 6 EStG auf die SvEV abzustellen. Auf die Sachbezugswerte der SvEV ist gemäß § 8 Abs. 2 S. 8 EStG insbesondere dann abzustellen, wenn der Arbeitnehmer im Rahmen einer Auswärtstätigkeit eine Mahlzeit auf Kosten des Arbeitgebers erhält, sofern der Preis pro Mahlzeit 60 Euro nicht übersteigt.
- 19 Gemäß § 8 Abs. 2 S. 11 EStG besteht eine monatliche Freigrenze in Höhe von insgesamt 44 Euro, d.h. Sachbezüge bleiben lohnsteuerrechtlich außer Ansatz, wenn die sich nach Anrechnung der vom Steuerpflichtigen gezahlten Entgelte ergebenden Vorteile 44 Euro im Kalendermonat nicht übersteigen. Die gesetzliche Regelung stellt auf den Kalendermonat ab, sodass eine Aufsummierung auf das Kalenderjahr nicht möglich ist. Der in einem Monat nicht ausgeschöpfte

71 HWK-Lembke, § 107 GewO Rn. 69; DHSW-Becker, § 107 GewO Rn. 14.

72 H 8.1 Abs. 1–(Geldleistung oder Sachbezug) LStH 2018.

73 BFH, 17.8.2005, IX R 10/05, NZA-RR 2006, 258, 259; BFH 4.5.2006, VI R 28/05, DStR 2006, 1594, 1595; Macher, NZA 2009, 1081.

74 Küttner-Thomas, Sachbezug, Rn. 19.

75 Küttner-Thomas, Sachbezug, Rn. 21.

Betrag kann daher nicht auf einen anderen Monat übertragen werden.⁷⁶ Erhält ein Arbeitnehmer im Kalendermonat Sachbezüge im Wert von über 44 Euro, so ist der gesamte Sachbezug in voller Höhe steuerpflichtiges Einkommen. Dies gilt selbst bei einem nur geringfügigen Überschreiten.⁷⁷ Der Sachbezug ist daher lohnsteuerrechtlich nicht teilbar in einen steuerpflichtigen und nicht steuerpflichtigen Teil. Soweit ein Sachbezug im Sinne von § 8 Abs. 2 S. 1 EStG nach §§ 37b, 40 EStG pauschal versteuert wird, bleibt dieser gemäß R 8.1 Abs. 3 S. 1 LStR 2015 für die Freigrenze des § 8 Abs. 2 Satz 11 EStG unberücksichtigt. § 37b EStG erlaubt innerhalb eines Wirtschaftsjahres die pauschalierte Versteuerung von betrieblich veranlassten Zuwendungen, die zusätzlich zur ohnehin vereinbarten Leistung oder Gegenleistung erbracht werden, und Geschenken, die nicht in Geld bestehen. Dies gilt gemäß § 37b Abs. 1 S. 3 EStG nicht, wenn die Sachzuwendungen den Betrag von 10.000 Euro übersteigen. Die Freigrenze des § 8 Abs. 2 S. 11 EStG gilt nur für nach § 8 Abs. 2 S. 1 EStG zu versteuernde Sachbezüge.

Sofern der Sachbezug in Form eines Personalrabattes gewährt wird, gilt nicht § 8 Abs. 2 EStG, sondern § 8 Abs. 3 EStG. Voraussetzung für die Anwendung des § 8 Abs. 3 EStG ist, dass der Arbeitnehmer aufgrund seines Dienstverhältnisses Waren oder Dienstleistungen erhält, die vom Arbeitgeber nicht überwiegend für den Bedarf seiner Arbeitnehmer hergestellt, vertrieben oder erbracht werden. In diesem Fall gelten gemäß § 8 Abs. 3 EStG als lohnsteuerrechtliche Werte die um 4% geminderten Endpreise, zu denen der Arbeitgeber oder der dem Abgabeort nächstansässige Abnehmer die Waren oder Dienstleistungen fremden Letztverbrauchern im allgemeinen Geschäftsverkehr anbietet. Etwas anderes gilt nur, sofern der Bezug nach § 40 pauschal versteuert wird. Die Rabattbesteuerung des § 8 Abs. 3 EStG ist nicht auf soziale Leistungen anwendbar, die der Arbeitgeber gerade für seine Arbeitnehmer erbringt, wie dies etwa bei verbilligtem Essen in der Betriebskantine der Fall ist.⁷⁸ „Waren“ sind nach R 8.2 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 Satz 2 LStR 2015 alle Wirtschaftsgüter, die im Wirtschaftsverkehr wie Sachen behandelt werden, weshalb auch Strom oder Wärme darunter fallen. Dienstleistung im Sinne des § 8 Abs. 3 EStG sind gemäß R 8.2 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 S. 2 LStR 2015 alle Leistungen, die üblicherweise gegen Entgelt erbracht werden. Erfasst sind gemäß R 8.2 Abs. 1 S. 2 LStR 2015 sowohl teilentgeltliche als auch unentgeltliche Waren oder Dienstleistungen. Voraussetzung für die Anwendung des § 8 Abs. 3 EStG ist aber in jedem Fall, dass der Rabatt vom Arbeitgeber und nicht von Dritten gewährt wird.⁷⁹ „Dritter“ ist auch ein anderes Konzernunter-

⁷⁶ Küttner-Griese, Sachbezug, Rn. 6.

⁷⁷ Küttner-Griese, Sachbezug, Rn. 4.

⁷⁸ Küttner-Thomas, Sachbezug, Rn. 31.

⁷⁹ Küttner-Thomas, Sachbezug, Rn. 30.

nehmen. Die Rabattbesteuerung des § 8 Abs. 3 EStG kann daher nicht auf Produkte und Vorteile eines anderen Konzernunternehmens erstreckt werden.⁸⁰

- 20a** Lohnsteuerrechtliche Folge des § 8 Abs. 3 EStG ist, dass als Sachbezugswert die um 4 % geminderten Endpreise zu erfassen sind. Als zu versteuernder Arbeitslohn ist gemäß R 8.2 Abs. 2 S. 8 LStR 2015 der Differenzbetrag zwischen dem um 4 % geminderten Endpreis und dem vom Arbeitnehmer gezahlten Entgelt anzusetzen. Die Summe der Differenzbeträge zwischen dem um 4 % geminderten Angebotspreis und dem vom Arbeitnehmer entrichteten Entgelt bleibt gemäß § 8 Abs. 3 S. 2 EStG in Höhe des Rabattpflichtbetrags von jährlich 1080 Euro steuerfrei.⁸¹ Die Regelung des § 8 Abs. 3 EStG führt zur unterschiedlichen lohnsteuerrechtlichen Bewertung wirtschaftlich vergleichbarer Sachverhalte, da beispielsweise bezuschusstes Kantinenessen unter § 8 Abs. 2 EStG fällt, während auf Gewährung freier Kost für Arbeitnehmer einer Gaststätte § 8 Abs. 3 EStG anzuwenden ist.⁸² Durch eine pauschale Versteuerung nach § 40 EStG kann der Arbeitgeber jedoch bis zur Ausschöpfung des Rabattpflichtbetrags die Anwendung des § 8 Abs. 2 EStG herbeiführen. Es besteht insoweit gemäß R 8.2 Abs. 1 Nr. 4 LStR ein Wahlrecht, ob nach § 8 Abs. 2 EStG oder nach § 8 Abs. 3 EStG versteuert wird.

9. Sozialversicherungsrecht

- 21** Sozialversicherungspflichtiges Arbeitsentgelt sind nach § 14 Abs. 1 Satz 1 SGB IV alle laufenden oder einmaligen Einnahmen aus einer Beschäftigung. Da somit sämtliche Einkommensbestandteile der Sozialversicherung unterliegen, gilt dies auch für Sachbezüge.⁸³ Wie der Wert für Sachbezüge zu ermitteln ist, wird gemäß § 17 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 SGB IV durch Rechtsverordnung festgelegt. Daher ist zur Beantwortung der Frage, in welcher Höhe Sachbezüge den Geldlohn erhöhen, auf die Sozialversicherungsentgeltverordnung (SvEV) abzustellen.⁸⁴ § 2 SvEV setzt die Höhe der Sozialversicherungspflichtigkeit von Verpflegung, Wohnung und freier Unterkunft als Sachbezug fest. Der Wert sonstiger, nicht von § 2 SvEV erfasster Sachbezüge ist nach § 3 SvEV zu ermitteln. Anzusetzen ist demnach gemäß § 3 Abs. 1 SvEV als Wert für unentgeltlich zur Verfügung gestellte Sachbezüge der um übliche Preisnachlässe geminderte übliche Endpreis am Abgabeort. Für verbilligt zur Verfügung gestellte Sachbezüge, die nicht unter § 2 SvEV fallen, legt § 3 Abs. 2 SvEV fest, dass auf den Differenzbetrag abzustellen und dem Arbeitsentgelt hinzuzurechnen ist, der sich aus

80 BFH 10.5.2006, IX R 82/98; *Macher*, NZA 2006, 970; *Küttner-Thomas*, Sachbezug, Rn. 30.

81 *Küttner-Thomas*, Sachbezug, Rn. 34.

82 *Küttner-Griese*, Sachbezug, Rn. 12.

83 *MüArbR-Krause*, § 60 Rn. 32; *BeckOKSGB-Wagner*, § 14 SGB IV Rn. 6.

84 *Küttner-Schlegel*, Sachbezug, Rn. 41; *BeckOKSGB-Wagner*, § 14 SGB IV Rn. 21.

dem vereinbarten Preis und dem Wert im Falle eines freien Bezuges ergeben würde. § 3 SvEV verweist damit auf § 8 Abs. 2 EStG.⁸⁵

10. Betriebliche Mitbestimmung bei Sachbezügen

Da Sachbezüge nach § 107 Abs. 2 GewO einen Teil des Arbeitsentgeltes ersetzen, sind sie als „Lohn“ grundsätzlich dem Tatbestand des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG unterworfen.⁸⁶ Daher unterliegt die Gewährung von Sachbezügen der zwingenden Mitbestimmung des Betriebsrats, sofern die übrigen Voraussetzungen des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG erfüllt sind. Voraussetzung für die Eröffnung des Mitbestimmungstatbestandes des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG ist das Vorhandensein eines Dotierungsrahmens bei der Gewährung von Sachbezügen.⁸⁷ Der Arbeitgeber muss seinen Arbeitnehmern eine nennenswerte Leistung zur Verfügung stellen, um das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats auszulösen.⁸⁸ Daher unterliegt z.B. die Gestattung der gelegentlichen Privatnutzung eines dienstlichen Telefons oder Handys oder des Internet-Zugangs nicht der Mitbestimmung des Betriebsrats.⁸⁹ Erlaubt der Arbeitgeber dagegen die unbegrenzte Privatnutzung des Diensthandys und trägt er dafür sämtliche Kosten, fließt dem Arbeitnehmer dadurch ein nennenswerter Vermögensvorteil zu, der mitbestimmungspflichtig ist.⁹⁰

Rn. 23–28 entfallen.

IV. Personalrabatt

1. Grundsätze

Der Arbeitgeber kann seinen Mitarbeitern Personalrabatte gewähren. Diese Rabatte können für alle Wirtschaftsgüter gewährt werden, die der Arbeitgeber herstellt und/oder vertreibt und mit denen er im Wirtschaftsverkehr handelt.⁹¹ Die Gewährung eines Personalrabattes ist nur dann mit § 107 Abs. 2 Satz 3 GewO vereinbar, sofern die Überlassung von Waren an die Belegschaft zum durchschnittlichen Selbstkostenpreis erfolgt.⁹² In der Automobilindustrie werden diese Personalrabatte häufig auf Jahreswagen gewährt.⁹³ Üblich ist dabei, den Ra-

85 Küttner-Schlegel, Sachbezug, Rn. 47; BeckOKSGB-Wagner, § 14 SGB IV Rn. 22a.

86 BAG 8.11.2011, 1 ABR 37/10, NZA-RR 2012, 462, 464; LAG Hamm 7.2.2014, 13 TaBV 86/13, NZA-RR 2014, 425, 426; ErfK-Kania, § 87 BetrVG Rn. 96 f.

87 BAG 8.11.2011, 1 ABR 37/10, NZA-RR 2012, 462, 464.

88 Moll-Hesse, § 23 Rn. 85.

89 Moll-Hesse, § 23 Rn. 85.

90 Moll-Hesse, § 23 Rn. 85.

91 HR-Mengel, § 1 Rn. 2371; MüArbR-Krause, § 60 Rn. 12; Schaub-Linck, § 68 Rn. 18.

92 BT-Drs. 14/8796, S. 25.

93 MüArbR-Krause, § 60 Rn. 13.

batt an eine Nachzahlungsklausel zu koppeln: Der Preisnachlass wird häufig dergestalt gewährt, dass der Rabatt wegfällt, sofern das Arbeitsverhältnis vor Ablauf bestimmter Fristen endet.⁹⁴ Der ausscheidende Arbeitnehmer muss dann den ursprünglich gewährten Nachlass nachzahlen.⁹⁵ In diesen Fällen ist wegen des Transparenzgebots nach § 307 Abs. 1 BGB darauf zu achten, dass die Rabatt-Vereinbarung die Voraussetzungen für den Wegfall des Preisnachlasses klar und verständlich regelt und dass das Verständnis der Klausel keine erst intensive Beschäftigung mit den AGB des Arbeitgebers oder gar eine Nachfrage erfordert.⁹⁶ Insbesondere muss im Vertrag die Höhe des Preisnachlasses angegeben werden.⁹⁷ Besonderes Augenmerk auf die Inhaltskontrolle ist auch deshalb zu legen, weil der Wegfall des Werksangehörigenrabattes bei frühzeitiger Vertragsbeendigung eine Kündigungsschwerung darstellt.⁹⁸ Ein etwaiger Verstoß gegen § 307 Abs. 1 BGB kann nur so lange geheilt werden, wie der Arbeitnehmer noch entscheiden kann, ob er den Kaufvertrag schließt oder nicht.⁹⁹

2. Mitbestimmung

- 30 Nicht der Mitbestimmung unterfällt mangels Vorliegens eines zu verteilenden Dotierungsrahmens die Entscheidung, ob überhaupt und, falls ja, welche Waren der Belegschaft mit Personalrabatten zur Verfügung gestellt werden.¹⁰⁰ Das Mitbestimmungsrecht beginnt erst dort, wo die Beteiligung des Betriebsrats notwendig ist, um die Angemessenheit des innerbetrieblichen Lohngefüges und dessen Transparenz zu gewährleisten.¹⁰¹ Bei der Gewährung von Personalrabatten führt allerdings nicht die Entscheidung des Arbeitgebers über die Gewährung der Leistung bereits zu einem Vermögensvorteil der Arbeitnehmer.¹⁰² Dieser tritt erst und ausschließlich durch die Entscheidung der Arbeitnehmer ein, von dem Angebot und dem Vermögensvorteil Gebrauch zu machen.¹⁰³ Sofern Personalrabatte daher allen Arbeitnehmern in gleicher Weise offenstehen, ist die Verteilungsgerechtigkeit nicht betroffen, sodass kein Bedürfnis für die Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG besteht.¹⁰⁴ Auch § 87

94 MüArbR-Krause, § 60 Rn. 13.

95 MüArbR-Krause, § 60 Rn. 13.

96 LAG Düsseldorf 4.3.2005, 9 Sa 1782/04, BeckRS 2005, 41647; HR-Mengel, § 1 Rn. 2372.

97 BAG 26.5.1993, 5 AZR 219/92, NZA 1993, 1029, 1031.

98 LAG Düsseldorf 4.3.2005, 9 Sa 1782/04, BeckRS 2005, 41647; ErfK-Preis, § 611a BGB Rn. 520; Schaub-Linck, § 68 Rn. 19.

99 BAG 26.5.1993, 5 AZR 219/92, NZA 1993, 1029, 1031; HR-Mengel, § 1 Rn. 2372.

100 BAG 8.11.2011, 1 ABR 37/10, NZA-RR 2012, 462, 464.

101 BAG 8.11.2011, 1 ABR 37/10, NZA-RR 2012, 462, 464.

102 BAG 8.11.2011, 1 ABR 37/10, NZA-RR 2012, 462, 464.

103 BAG 8.11.2011, 1 ABR 37/10, NZA-RR 2012, 462, 464.

104 BAG 8.11.2011, 1 ABR 37/10, NZA-RR 2012, 462, 464.

Abs. 1 Nr. 8 BetrVG gebietet nur dann eine andere Bewertung, wenn für die Gewährung von Personalrabatten aufgrund eines gebildeten Sondervermögens eine Sozialeinrichtung anzunehmen ist.¹⁰⁵ Das wird regelmäßig nicht der Fall sein.¹⁰⁶

3. Steuer- und Sozialversicherungsrecht

Gewährt der Arbeitgeber seinen Arbeitnehmern Personalrabatte, sind diese Käufe als geldwerter Vorteil aus dem Beschäftigungsverhältnis nach § 8 Abs. 2 EStG oder § 8 Abs. 3 EStG zu versteuern (s. Rn. 20). Für die sozialversicherungsrechtliche Bewertung ist entscheidend, ob eine Pauschalbesteuerung nach § 40 EStG durch den Arbeitgeber stattgefunden hat.¹⁰⁷ Ist dies nicht der Fall, ist gemäß § 3 Abs. 1 S. 1 SvEV als Wert für diese Sachbezüge der um übliche Preisnachlässe geminderte übliche Endpreis am Abgabeort anzusetzen. Rabatte bis zur Grenze des § 8 Abs. 3 S. 2 EStG sind auch sozialversicherungsrechtlich nicht relevant. Soweit eine Pauschalbesteuerung nach § 40 EStG durchgeführt wird, wird ein betriebsinterner Durchschnittswert gebildet.¹⁰⁸ § 3 Abs. 3 S. 1 SvEV erlaubt, den Durchschnittswert des Vorjahres anzusetzen. Um zu verhindern, dass ein Arbeitnehmer durch diese pauschalierte Wertermittlung benachteiligt wird, weil ihm tatsächlich ein nur kleinerer Vorteil zugeflossen ist, muss der Arbeitgeber gemäß § 3 Abs. 3 S. 3 SvEV den vom Beschäftigten zu tragenden Teil des Gesamtsozialversicherungsbeitrag übernehmen. 31

V. Trinkgeld, § 107 Abs. 3 GewO

In manchen Branchen, etwa im Gaststättengewerbe, ist der Empfang von Trinkgeldern üblich. Ob ein Arbeitnehmer Trinkgelder annehmen darf, richtet sich nach der Verkehrsanschauung.¹⁰⁹ Es bietet sich daher an, eine Regelung, ob und wenn ja, in welcher Höhe ein Trinkgeld angemessen ist und angenommen werden darf, in den unternehmenseigenen Ethik- oder Compliance-Richtlinien oder den Code of Conduct aufzunehmen. „Trinkgeld“ ist gemäß der Legaldefinition des § 107 Abs. 3 S. 2 GewO „ein Geldbetrag, den ein Dritter ohne rechtliche Verpflichtung dem Arbeitnehmer zusätzlich zu einer dem Arbeitgeber geschuldeten Leistung zahlt“. Trinkgeld ist grundsätzlich kein Teil des Arbeitsentgelts, regelmäßig handelt es sich vielmehr um eine Schenkung im Sinne von § 516 BGB, die aufgrund ihrer sofortigen Vollziehung nach § 518 Abs. 2 BGB formlos möglich ist.¹¹⁰ Da Trinkgelder kein Arbeitsentgelt sind, müssen sie bei der Be- 32

105 BAG 8.11.2011, 1 ABR 37/10, NZA-RR 2012, 462, 463.

106 ErfK-Kania, § 87 BetrVG Rn. 72.

107 Küttner-Schlegel, Sachbezug, Rn. 52.

108 Küttner-Schlegel, Sachbezug, Rn. 55.

109 Küttner-Griese, Trinkgeld, Rn. 1.

110 HWK-Lembke, § 107 GewO Rn. 74.

rechnung des während des Urlaubs oder der Arbeitsunfähigkeitszeiten fortzuzahlenden Entgelts unberücksichtigt bleiben.¹¹¹ Keine Berücksichtigung finden sie auch bei dem für die Betriebsratstätigkeit fortzuzahlenden Entgelt.¹¹² Dies gilt jedenfalls, soweit die Berücksichtigung des Trinkgeldes für Krankheits-, Urlaubs- oder Betriebsratstätigkeitszeiten nicht explizit vereinbart ist.¹¹³

- 33** Nach § 107 Abs. 3 S. 1 GewO kann die Zahlung eines regelmäßigen Arbeitsentgelts nicht für die Fälle ausgeschlossen werden, in denen der Arbeitnehmer von Dritten ein Trinkgeld erhält. Um zu verhindern, dass Arbeitnehmern durch Verweisung auf das Trinkgeld das Betriebs- und Wirtschaftsrisiko auferlegt wird, muss ein fester Entgeltbestandteil vom Arbeitgeber gewährt werden.¹¹⁴ Möglich und zulässig ist es jedoch, im Arbeitsvertrag zu vereinbaren, Trinkgelder ganz oder teilweise mit dem Festbetrag der Vergütung zu verrechnen.¹¹⁵ Damit wird die Vereinbarung eines geringen Lohnes, der dem Mindestlohn entsprechen muss, attraktiver, da er durch die Gewährung von Trinkgeldern aufgewertet wird.¹¹⁶ Die Verrechnungsmöglichkeit gilt nicht für den Anteil, der dem Mindestlohn nach dem MiLoG oder einem Tarifvertrag entspricht.¹¹⁷ Um diese Anrechnung vornehmen zu können, muss der Arbeitnehmer Auskunft über die Höhe des Trinkgeldes geben.¹¹⁸ Die Pflicht zur Auskunft ist als vertragliche Nebenpflicht im Arbeitsvertrag verankert.¹¹⁹ Gibt der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber keine Auskunft über die erzielten Trinkgelder, haftet der Arbeitgeber den Steuerbehörden auch nicht im Hinblick auf die diesbezüglich abzuführende Lohnsteuer.¹²⁰ Besonders zu behandeln sind Trinkgelder im Spielbankbereich, die hier außen vor bleiben sollen.
- 34** Vertraglich geschuldete Trinkgelder sind nach R 19.3 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 LStR 2015 in voller Höhe steuerpflichtig. Demgegenüber sind freiwillig von Dritten an Arbeitnehmer gegebene Trinkgelder unabhängig von ihrer Höhe nach § 3 Nr. 51 EStG steuerfrei. Soweit Trinkgelder steuerfrei sind, gehören sie auch nicht zum sozialversicherungspflichtigen Entgelt.¹²¹

111 BAG 28.6.1995, 7 AZR 1001/94, NZA 1996, 252 f.

112 BAG 28.6.1995, 7 AZR 1001/94, NZA 1996, 252 f.

113 BAG 28.6.1995, 7 AZR 1001/94, NZA 1996, 252 f.

114 BeckOGKGewO-Maschmann, § 107 Rn. 48; HWK-Lembke, § 107 GewO Rn. 72; DHSW-Becker, § 107 GewO Rn. 16.

115 Schöne, NZA 2002, 829, 832; Küttner-Griese, Trinkgeld, Rn. 2; HWK-Lembke, § 107 GewO Rn. 77.

116 ErfK-Preis, § 107 GewO Rn. 8.

117 BeckOGKGewO-Maschmann, § 107 Rn. 49; Küttner-Griese, Trinkgeld, Rn. 3; Lembke, NZA 2015, 70, 75; Lembke, NZA 2016, 1, 6; HWK-Lembke, § 107 GewO Rn. 77.

118 Küttner-Griese, Trinkgeld, Rn. 5; HR-Mengel, § 1 Rn. 2391.

119 Küttner-Griese, Trinkgeld, Rn. 5.

120 BFH 24.10.1997, VI R 23/94, DStR 1997, 2016, 2016.

121 Küttner-Griese, Trinkgeld, Rn. 11.

Kapitel 30

Dienstwagen – Rechtsfragen der Privatnutzung

Schrifttum: *Abeln/Meier*, Dienstwagen – Entzug der Privatnutzung, AuA 2005, 264; *Abeln/Steinkühler*, Wie man als Arbeitgeber gut fährt – Dienstwagen, AuA 2002, 116; *Becker-Schaffner*, Die Nutzung von Firmenfahrzeugen bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses, DB 1993, 2078; *Benkert*, Entgelttransparenzgesetz vor dem Praxistest, NJW-Spezial 2018, 178; *van Bürck/Nussbaum*, Herausgabe des Dienstfahrzeugs während der Freistellung des Arbeitnehmers: Vertragliche Gestaltungsmöglichkeiten für die Praxis, BB 2002, 2278; *Fischer*, Der privat genutzte Dienstwagen und das Ende des Entgeltfortzahlungszeitraumes, FA 2003, 105; *Dombrowski/Zettelmeyer*, Die Wertermittlung der Nutzungsvorteile von Firmenwagen, NZA 1995, 155; *Gaul/Ludwig*, Uneingeschränkte AGB-Kontrolle bei dynamischer Bezugnahme im Arbeitsvertrag bei arbeitgeberseitigen Regelungswerken, BB 2010, 55; *Grobys*, Auswirkungen einer nachträglichen Arbeitszeitreduzierung auf das Arbeitsentgelt und andere Vertragsbestandteile, DB 2001, 758; *Haase*, Steuerfalle bei Zuschüssen des Arbeitgebers zum Dienstwagen?, NZA 2002, 1199; *Hansen*, Dienstwagen als Vergütungsbestandteil – Eine gute Flotte, AuA 2003, 44; *Höser*, Die Dienstwagennutzung bei Arbeitsunfähigkeit, BB 2012, 573; *Hoß/Kothe-Heggemann*, Inhalt arbeitsrechtlicher Aufhebungsverträge, MDR 1997, 1077; *Joussen*, Der Betriebsrat und die Privatnutzung eines Dienstwagens, NZA 2018, 139; *Keilich*, Von der Überlassung bis zum Widerruf, AuA 2009, 264; *Kelber/Zeißig*, Das Schicksal der Gegenleistung bei der Reduzierung der Leistung nach dem Teilzeit- und Befristungsgesetz, NZA 2001, 577; *Laws*, Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei der Gewährung der privaten Nutzung von Dienstwagen durch den Arbeitgeber, FA 2015, 234; *Lembke*, BB-Kommentar zu BAG, 19.12.2006, 9 AZR 294/06, BB 2007, 1627; *Lohr*, Rechtsfragen der Überlassung eines Dienstfahrzeuges, MDR 1999, 1353; *Lunk* (Hrsg.), *AnwaltFormulare Arbeitsrecht – Schriftsätze, Verträge, Erläuterungen*, 2. Aufl. 2014; *Mauer*, Dienstwagenüberlassung an Arbeitnehmer, 2003; *Meier*, Der Entzug des Dienstwagens und seiner privaten Nutzung, Festschrift für Adomeit, 2008, S. 453; *Meier*, Möglichkeiten zum Entzug der Privatnutzung des Dienstwagens, NZA 1997, 298; *Moll/Roehbers*, Mitbestimmung des Betriebsrats beim Dienstwagen, DB 2010, 2672; *Nägele*, Der Dienstwagen, 2. Aufl. 2010; *Nägele*, Der Dienstwagenüberlassungsvertrag, ArbRB 2002, 346; *Nägele*, Probleme beim Einsatz von Dienstfahrzeugen, NZA 1997, 1196; *Nägele/Schmidt*, Das Dienstfahrzeug, BB 1993, 1797; *Oelkers*, Mitbestimmung bei Dienstwagenregelungen, NJW-Spezial 2009, 514; *Pauly*, Zur Nutzungsentschädigung des Arbeitnehmers wegen Entzugs des privat genutzten Firmenwagens, ArbuR 1999, 467; *Reifelsberger/Kopp*, Lohnpfändung bei Sachbezügen in der betrieblichen Praxis – insbesondere bei Dienstwagen, NZA 2013, 641; *Roloff*, Entwicklungslinien der Rechtsprechung zu § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG, RdA 2014, 228; *Schiefer/Buse*, Der Dienstwagen – arbeits- und steuerrechtliche Aspekte, DB 2017, 2097; *Schmiedl*, Die Sicherung des Herausgabeanspruchs am Dienstwagen nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses mittels einstweiliger Verfügung, BB 2002, 992; *Schrader/Straube*, Der Dienstwagen im Arbeits- und Steuerrecht, 2013; *Sommer*, Arbeitnehmerhaftung und Kaskoversicherung, NZA 1990, 837; *Stöhr*, Die Inhaltskontrolle von Arbeitsverträgen auf dem Prüfstand, ZfA 2013, 213; *Straube/Klages*, „In der jeweils geltenden Fassung“-Regelungen sind unwirksam, ArbRAktuell 2011, 421; *Stoffels*, Die Überlassung von Dienstwagen, FA 2009, 329; *Stoffels*, Neues zu Widerrufsvorbehalten in Arbeitsverträgen, NZA 2017, 1217; *Urban*, Aktuelle Probleme der Besteuerung von Dienst- und Firmenwagen,

Kap. 30 Dienstwagen – Rechtsfragen der Privatnutzung

NJW 2011, 2465; *Yakhoulfi/Klingenberg*, Die Mitbestimmung des Betriebsrates bei Firmenwagen, BB 2013, 2102; *Zange/Behrendt*, Elektroautos in der Dienstwagenflotte, AuA 2016, 556.

Übersicht	
	Rn.
I. Interessenlage	1
II. Arbeitsrechtliche Aspekte der Privatnutzung	2
1. Abgrenzung der Überlassungsformen eines Dienstwagens . . .	2
a) Überlassung zu ausschließlich dienstlichen Zwecken . .	3
b) Überlassung mit der Befugnis zur Privatnutzung	4
2. Zustandekommen und Inhalt der Nutzungsvereinbarung	5
3. Haftung des Arbeitnehmers bei Beschädigung des Dienstwagens	8
4. Dauer der privaten Nutzung . .	10
a) Arbeitsunfähigkeit	10
b) Freistellung	11
c) Mutterschutz	13
d) Elternzeit	14
e) Teilzeit	15
f) Urlaub	19
g) Freigestellte Betriebsratsmitglieder	20
h) Widerrufsvorbehalt	21
i) Änderungskündigung zur Beseitigung der Nutzungsvereinbarung	23
5. Verweigerung der Dienstwagenherausgabe an den Arbeitgeber	25
a) Herausgabe des Dienstwagens bei Kündigung	25
b) Durchsetzung und Sicherung des Herausgabeanspruchs . .	27
6. Vertragswidriger Entzug des Dienstwagens	28
a) Schadensersatzansprüche infolge unberechtigter Nutzungsentziehung	28
b) Einstweilige Verfügung des Arbeitnehmers auf Dienstwagenherausgabe	30
7. Dienstwagen für Betriebsratsmitglieder	31
8. Berücksichtigung der Privatnutzung bei betrieblicher Altersversorgung	32
9. Privatnutzung als Einkommensbestandteil einer Sozialplanabfindung	33
10. Berücksichtigung der Privatnutzung bei Karenzentschädigung	34
11. Dienstwagen als Regelungsgegenstand eines Aufhebungsvertrags	35
12. Pfändbares Arbeitseinkommen bei Privatnutzung eines Dienstwagens	39
13. Mitbestimmung des Betriebsrats bei der Privatnutzung . . .	40
a) § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG . .	41
b) § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG . .	42
c) § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG .	43
III. Steuerrechtliche Aspekte der Privatnutzung	44
1. Nutzungspauschale (1 %-Regelung)	46
2. Fahrtenbuchmethode	48
IV. Beitragsrechtliche Aspekte der Privatnutzung	50
V. Beispiel einer Dienstwagenüberlassungsvereinbarung	51

I. Interessenlage

Die Überlassung eines Dienstwagens mit der Befugnis zur privaten Nutzung zählt bei vielen Berufsgruppen zum arbeitsvertraglichen Standard.¹ Kaum eine Leistung des Arbeitgebers dürfte dabei stärker mit Emotionen verknüpft sein als die Dienstwagenüberlassung.² Arbeitgeber nutzen diese emotionale Wirkung gezielt, um Mitarbeiter für sich zu gewinnen, zu motivieren und zum Bleiben zu animieren.³ Spiegelbildlich dazu erhalten Arbeitnehmer ein Statussymbol und damit eine regelrechte Streicheleinheit auf Rädern.⁴ Sie ersparen außerdem die Anschaffungs- und Betriebskosten eines eigenen Fahrzeugs. Zu Interessenkonflikten kommt es oftmals bei späteren Veränderungen im wechselseitigen Austauschverhältnis des Arbeitsvertrags. Bei Trennungsszenarien schließlich wird um den Dienstwagen häufig von beiden Vertragsparteien hart gerungen, zumal die Rechtslage nach Ausspruch einer Kündigung insbesondere während eines längeren Kündigungsschutzverfahrens zunächst häufig unklar erscheint. Insgesamt reicht das Spektrum arbeitsrechtlicher Fragestellungen von der Fahrzeugüberlassung und einer etwaigen Mitbestimmung des Betriebsrats, über den Widerruf der Überlassung bis zur betrieblichen Altersversorgung. Auch steuerrechtlich ist das Thema ein Dauerbrenner. Die pauschale Versteuerung der Dienstwagenüberlassung mit der Befugnis zur privaten Nutzung wird steuerrechtlich fast jährlich diskutiert.⁵

II. Arbeitsrechtliche Aspekte der Privatnutzung**1. Abgrenzung der Überlassungsformen eines Dienstwagens**

Firmen- und Dienstwagen sind keine Rechtsbegriffe.⁶ Allgemein ist von einem Dienstwagen immer dann auszugehen, wenn einem Mitarbeiter anlässlich des Dienstverhältnisses ein Fahrzeug zur Verfügung gestellt wird.⁷ Weichenstellend für die Rechtslage ist sodann die Abgrenzung zwischen der Überlassung zu ausschließlich dienstlichen Zwecken einerseits und einer Überlassung mit Privatnutzungsbefugnis andererseits.

1 Fischer, FA 2003, 105; Hoß/Kothe-Heggemann, MDR 1997, 1077, 1079; Meier, FS Adomeit, S. 453.

2 Vgl. Abeln/Steinkühler, AuA 2002, 116; Hoß/Kothe-Heggemann, MDR 1997, 1077; vgl. auch Laws, FA 2015, 234, wonach ein Dienstwagen „meist mit Begeisterung“ angenommen wird.

3 Höser, BB 2012, 573; Schmiedl, BB 2002, 992; Stoffels, FA 2009, 329.

4 Abeln/Steinkühler, AuA 2002, 116; Hansen, AuA 2003, 44, spricht zutreffend von einem „Motivationsfahrzeug“.

5 MASIG-Eckert, 280 Rn. 1.

6 Vgl. Urban, NJW 2011, 2465.

7 Nägele, NZA 1997, 1196; Nägele/Schmidt, BB 1993, 1797; Mauer, S. 1.

Kap. 30 Dienstwagen – Rechtsfragen der Privatnutzung

a) Überlassung zu ausschließlich dienstlichen Zwecken

- 3 Wird der Wagen dem Mitarbeiter zu ausschließlich dienstlichen Zwecken zur Verfügung gestellt, handelt es sich um ein bloßes Arbeitsmittel.⁸ Die Fahrzeugüberlassung hat **keinen Vergütungscharakter**.⁹ Der Arbeitnehmer ist lediglich Besitztener i. S. d. § 855 BGB.¹⁰ Der Arbeitgeber kann über das Fahrzeug nach Belieben verfügen. Es unterliegt seinem Direktionsrecht nach § 315 BGB.¹¹ Erlaubt ist dem Arbeitnehmer nur die Nutzung zu Dienstfahrten. Hierzu gehören nicht die Fahrten zwischen Wohnung und Arbeitsstätte.¹²

b) Überlassung mit der Befugnis zur Privatnutzung

- 4 Mit der vereinbarten Überlassung des Dienstwagens auch zur privaten Nutzung erweitern die Arbeitsvertragsparteien die Hauptleistungspflicht des Arbeitgebers.¹³ Nach § 107 Abs. 2 Satz 1 GewO können Sachbezüge als Teil des Arbeitsentgelts vereinbart werden, wenn dies dem Interesse des Arbeitnehmers oder der Eigenart des Arbeitsverhältnisses entspricht. Sachleistung und Arbeitsleistung müssen im unmittelbaren Gegenseitigkeitsverhältnis stehen.¹⁴ Die Überlassung eines Dienstwagens auch zu privaten Zwecken ist eine zusätzliche **Gegenleistung für die geschuldete Arbeitsleistung**.¹⁵ Die private Nutzungsmöglichkeit liegt objektiv betrachtet im Interesse des Arbeitnehmers.¹⁶ Aus diesem Grund ist die Erfüllung des Anspruchs auf private Nutzung eines Dienstwagens ein **Sachbezug** i. S. v. § 107 Abs. 2 Satz 1 und 5 GewO und damit ein **geldwerter Vorteil**.¹⁷ Sie ist steuer- und abgabenpflichtiger Teil des nach § 611a Abs. 2 BGB geschuldeten Arbeitsentgeltes.¹⁸ Der Arbeitnehmer ist gegenüber

8 Keilich, AuA 2009, 264, 267; Lohr, MDR 1353; Nägele/Schmidt, BB 1993, 1797.

9 BAG 25.2.2009, 7 AZR 954/07, juris; BAG 23.6.2004, 7 AZR 514/03, BB 2004, 2702.

10 Becker-Schaffner, DB 1993, 2078; van Bürck/Nussbaum, BB 2002, 2278; Schmiedl, BB 2002, 992, 993.

11 van Bürck/Nussbaum, BB 2002, 2278.

12 Küttner-Griese, Dienstwagen, Rn. 3.

13 Zur Frage eines Anspruchs eines Leiharbeitnehmers gegen den Entleiher auf Gewährung eines Dienstwagens siehe LAG Hessen 9.9.2016, 10 Sa 474/16, NZA-RR 2017, 236.

14 BAG 17.2.2009, 9 AZR 676/07, BB 2009, 1303 m. w. N.

15 BAG 19.12.2006, 9 AZR 294/06, BB 2007, 1624; BAG 23.6.1994, 8 AZR 537/92, BB 1994, 2276.

16 BAG 24.3.2009, 9 AZR 733/07, NZA 2009, 861.

17 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.

18 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; zum Dienstwagen als Entgeltbestandteil des individuellen Auskunftsanspruchs nach §§ 10 ff. Entgelt-TranspG siehe Benkert, NJW-Spezial 2018, 178.

dem Arbeitgeber zum Besitz des Dienstwagens berechtigt, sodass er mittelbarer Besitzer (§ 868 BGB) ist.¹⁹

2. Zustandekommen und Inhalt der Nutzungsvereinbarung

Ein Anspruch auf Überlassung eines Dienstwagens mit Privatnutzungsmöglichkeit setzt eine vertragliche Vereinbarung voraus.²⁰ Diese Nutzungsvereinbarung sollte zur Vermeidung späterer Streitigkeiten und insbesondere zu Dokumentationszwecken **schriftlich** fixiert werden.²¹ Ihre möglichst **präzise Ausgestaltung** ist empfehlenswert (s. Rn. 52).²² Fehlt beispielsweise eine Regelung zum Ausschluss der Nutzung durch Dritte, so wird sich im Wege der Auslegung regelmäßig ergeben, dass zumindest auch sämtliche Familienmitglieder das Fahrzeug nutzen dürfen.²³ Wird eine Befugnis zur Auswahl des Dienstwagens nicht vereinbart, steht regelmäßig dem Arbeitgeber das Leistungsbestimmungsrecht zu.²⁴ Die Nutzungsvereinbarung kann entweder vollständig in den Arbeitsvertrag integriert werden oder in einer **gesonderten Vereinbarung**, die im Arbeitsvertrag erwähnt wird, erfolgen. Aus Beratersicht ist die vollständige Aufnahme einer umfangreichen Nutzungsvereinbarung in den Arbeitsvertrag nicht zu empfehlen. Der eigentliche Arbeitsvertrag wird dadurch mit Regelungen zur Dienstwagenüberlassung regelrecht überfrachtet.²⁵ Bei **befristeten Arbeitsverträgen** und gesondert unterzeichneten Dienstwagenvereinbarungen ist das **Schriftformerfordernis** des § 14 Abs. 4 TzBfG genauestens im Blick zu behalten.²⁶

Vorsicht ist geboten, wenn eine unternehmensinterne Dienstwagen-Richtlinie (Car-Policy) mittels einer **Bezugnahme Klausel** in den Arbeitsvertrag integriert werden soll. Verweist die Bezugnahme Klausel im Arbeitsvertrag oder in der gesonderten Nutzungsvereinbarung dynamisch auf eine bestehende Car-Policy in „ihrer jeweils geltenden Fassung“, so holen sich Arbeitgeber unnötig Probleme ins Haus. Die **Rechtsprechung** des BAG zur Wirksamkeit derartiger „Jeweilig-

19 *Becker-Schaffner*, DB 1993, 2078, 2079; *van Bürck/Nussbaum*, BB 2002, 2278; *Küttner-Griese*, Dienstwagen, Rn. 14.

20 Vgl. nur *Küttner-Griese*, Dienstwagen, Rn. 1.

21 Vgl. hierzu das Formulierungsbeispiel unter Rn. 52 sowie weitere Beispiele bei *Abeln/Meier*, AuA 2005, 264, 271; *Preis-Greiner*, II D 20 Rn. 3; *Hansen*, AuA 2003, 44, 47; *Keilich*, AuA 2009, 264, 268; *Schrader/Straube*, Rn. 115 f.

22 *Schaub-Linck*, § 68 Rn. 6a; *Nägele*, ArbRB 2002, 346; siehe *Schiefer/Buse*, DB 2017, 2097 zu möglichen Regelungsinhalten einer Nutzungsvereinbarung.

23 *Nägele*, ArbRB 2002, 346.

24 Vgl. LAG Köln 19.11.2009, 7 Sa 879/09, juris (keine Anspruchserfüllung durch Überlassung eines Leichenwagens).

25 Vgl. *Mauer*, S. 18.

26 Vgl. den Fall von BAG 4.11.2015, 7 AZR 933/13, NJW 2016, 2134, in dem nur die gesonderte Dienstwagenregelung, nicht aber der eigentliche Arbeitsvertrag von beiden Vertragsparteien unterzeichnet war.

Kap. 30 Dienstwagen – Rechtsfragen der Privatnutzung

keitsklauseln“ ist **nicht einheitlich**.²⁷ Das BAG hatte in seiner Entscheidung vom 11.2.2009²⁸ in einer vertraglichen Bezugnahme auf eine Arbeitsordnung in ihrer „jeweils neuen Fassung“ einen Verstoß gegen § 308 Nr. 4 BGB gesehen. Es hielt die Klausel angesichts des einseitigen Änderungsrechts des Arbeitgebers für **unwirksam**.²⁹ Weder die ursprüngliche noch spätere Fassungen der Arbeitsordnung seien deshalb Vertragsinhalt geworden.³⁰ Demgegenüber gelangte das BAG rund zwei Jahre später in seiner Entscheidung vom 24.2.2011³¹ bei einer Bezugnahme auf eine Arbeitsordnung „in der jeweils geltenden Fassung“ über den sog. **blue-pencil-Test**³² zur Teilbarkeit der Klausel. Nach Streichung der Worte „in der jeweils geltenden Fassung“ sei die verbleibende Regelung weiterhin verständlich und bleibe daher ohne die Dynamik bestehen. Demzufolge bleibe die ursprünglich zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses geltende Arbeitsordnung dauerhaft Vertragsinhalt.³³ Insoweit besteht für die Praxis derzeit Rechtsunsicherheit. Klar ist lediglich, dass die gewünschte dynamische Einbeziehung nicht funktioniert.³⁴ Damit wiederum ist der praktische Nutzen solcher Klauseln zunichte gemacht.

- 7 Die Nutzungsvereinbarung kann auch **konkludent zustande kommen**. Dies kann insbesondere dann – zur Überraschung des Arbeitgebers – der Fall sein, wenn der Arbeitgeber dem Mitarbeiter einen Dienstwagen für betrieblich veranlasste Fahrten zur Verfügung stellt, der Mitarbeiter dieses Fahrzeug dann nach Arbeitsende mit nach Hause nimmt und es darüber hinaus auch mit Wissen und Dulden des Arbeitgebers privat, beispielsweise am Wochenende, nutzt.³⁵

3. Haftung des Arbeitnehmers bei Beschädigung des Dienstwagens

- 8 Bei einer Beschädigung des Dienstwagens, die im Zusammenhang mit einer betrieblich veranlassten Fahrt entsteht, sind die Grundsätze zum **innerbetriebli-**

27 Eingehend *Straube/Klagges*, ArbRAktuell 2011, 421, sowie *Schrader/Straube*, Rn. 30 ff.

28 BAG 11.2.2009, 10 AZR 222/08, NZA 2009, 428; näher hierzu *Gaul/Ludwig*, BB 2010, 55.

29 So auch *Küttner-Griese*, Dienstwagen, Rn. 3.

30 BAG 11.2.2009, 10 AZR 222/08, NZA 2009, 428.

31 BAG 24.2.2011, 6 AZR 634/09, AP Nr. 57 zu § 611 BGB Kirchendienst.

32 Siehe zum blue-pencil-Test insbesondere BAG 12.3.2008, 10 AZR 152/07, AP Nr. 10 zu § 305 BGB; BAG 21.4.2005, 8 AZR 425/04, NZA 2005, 1053; BGH 18.4.1989, X ZR 31/88, BB 1989, 1295.

33 BAG 24.2.2011, 6 AZR 634/09, AP Nr. 57 zu § 611 BGB Kirchendienst.

34 Näher zu den Folgen für die Vertragsgestaltung *Gaul/Ludwig*, BB 2010, 55, sowie *Straube/Klagges*, ArbRAktuell 2011, 421, 423.

35 LAG Rheinland-Pfalz 19.11.1996, 4 Sa 733/96, NZA 1997, 942; *Joussen*, NZA 2018, 139.

chen Schadensausgleich zu beachten.³⁶ Der Arbeitnehmer haftet dem Arbeitgeber danach nur eingeschränkt.³⁷ Seine Haftung sowie deren Umfang richten sich nach dem Verschuldensgrad. Bei leichtester Fahrlässigkeit haftet der Arbeitnehmer nicht, während bei normaler bzw. mittlerer Fahrlässigkeit der Schaden in aller Regel zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer quotal zu verteilen ist. Bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit hat der Arbeitnehmer in aller Regel den gesamten Schaden zu tragen. Auch bei grober bzw. selbst bei grösster Fahrlässigkeit ist eine Haftungs erleichterung allerdings nicht kategorisch ausgeschlossen.³⁸

Ob und ggf. in welchem Umfang der Arbeitnehmer an den Schadensfolgen zu beteiligen ist, richtet sich im Rahmen einer **Abwägung der Gesamtumstände** nach Billigkeits- und Zumutbarkeitsgesichtspunkten.³⁹ Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Abschluss einer Vollkaskoversicherung durch den Arbeitgeber regelmäßig als zumutbar angesehen wird.⁴⁰ Die Haftung des Arbeitnehmers ist somit der Höhe nach tendenziell auf den Umfang der üblichen **Selbstbeteiligung einer Vollkaskoversicherung** (bis 500,00 €) beschränkt.⁴¹ Zu den Umständen gehören der Grad des dem Arbeitnehmer zur Last fallenden Verschuldens, die Gefahrgeneigntheit der Arbeit, die Schadenshöhe, ein vom Arbeitgeber einkalkuliertes oder durch Versicherung deckbares Risiko, die Stellung des Arbeitnehmers im Betrieb und die Höhe des Arbeitsentgelts, in dem möglicherweise eine Risikoprämie enthalten ist.⁴² Auch können unter Umständen die persönlichen Verhältnisse des Arbeitnehmers, wie die Dauer seiner Betriebszugehörigkeit,

36 BAG 15.11.2012, 8 AZR 705/11, DB 2013, 705; BAG 5.2.2004, 8 AZR 91/03, BB 2004, 1507; BAG 27.9.1994, GS 1/89 (A), BB 1994, 2205, sowie BAG 12.6.1992, GS 1/89, BB 1993, 1009; Küttner-Griese, Dienstwagen, Rn. 6; Lohr, MDR 1999, 1353; Nägele, S. 117; Stoffels, FA 2009, 329, 331.

37 Dritten gegenüber, beispielsweise gegenüber dem Leasingunternehmen des Dienstwagens, haftet der Arbeitnehmer uneingeschränkt. Er hat allerdings einen Freistellungsanspruch gegen den Arbeitgeber in Höhe der Haftungsquote.

38 Vgl. BAG 15.11.2012, 8 AZR 705/11, DB 2013, 705; BAG 28.10.2010, 8 AZR 418/09, NZA 2011, 345.

39 BAG 13.12.2012, 8 AZR 432/11, NZA 2013, 622; BAG 28.10.2010, 8 AZR 418/09, NZA 2011, 345; BAG 27.9.1994, GS 1/89 (A), BB 1994, 2205.

40 LAG Köln 22.12.2004, 7 Sa 859/04, BB 2006, 335; Küttner-Griese, Dienstwagen, Rn. 6; Otto/Schwarze/Krause-Schwarze, § 12 Rn. 18; Sommer, NZA 1990, 837, 840.

41 BAG 28.10.2010, 8 AZR 647/09, NZA 2011, 406 sowie BAG 24.11.1987, 8 AZR 66/82, BB 1988, 1604 verneinen zwar eine Verpflichtung des Arbeitgebers zum Abschluss einer Vollkaskoversicherung, berücksichtigen diesen Umstand jedoch im Rahmen der Gesamtabwägung; vgl. auch LAG Köln 22.12.2004, 7 Sa 859/04, BB 2006, 353, wonach eine Obliegenheit des Arbeitgebers zum Abschluss einer Vollkaskoversicherung besteht.

42 BAG 15.11.2012, 8 AZR 705/11, DB 2013, 708; BAG 5.2.2004, 8 AZR 91/03, DB 2004, 1266; BAG 27.9.1994, GS 1/89 (A), BB 1994, 2205; Abeln/Steinkühler, AuA 2002, 116, 117; Lohr, MDR 1999, 1353, 1358.

sein Lebensalter, seine Familienverhältnisse und sein bisheriges Verhalten, zu berücksichtigen sein.⁴³ Von den Grundsätzen des innerbetrieblichen Schadensausgleichs kann weder einzel- noch kollektivvertraglich zulasten des Arbeitnehmers abgewichen werden.⁴⁴ Eine summenmäßige Begrenzung ist gesetzlich nicht vorgesehen und wird von der Rechtsprechung des BAG abgelehnt.⁴⁵ Wird der Schaden am Dienstwagen während einer **Privatfahrt** verursacht, finden die Grundsätze des innerbetrieblichen Schadensausgleichs keine Anwendung.⁴⁶ Der Schaden ist dann nicht dem Tätigkeitsbereich des Arbeitgebers zuzuordnen. Er ist vom Arbeitnehmer zu ersetzen.⁴⁷

4. Dauer der privaten Nutzung

a) Arbeitsunfähigkeit

- 10 Wird ein Arbeitnehmer durch Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit an seiner Arbeitsleistung verhindert, ohne dass ihn ein Verschulden trifft, so hat er nach § 3 Abs. 1 Satz 1 EfzG Anspruch auf **Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall** durch den Arbeitgeber für die Zeit der Arbeitsunfähigkeit bis zur Dauer von sechs Wochen. Für diesen Zeitraum ist dem Arbeitnehmer nach § 4 Abs. 1 EfzG das ihm bei der für ihn maßgebenden regelmäßigen Arbeitszeit zustehende Arbeitsentgelt fortzuzahlen. **Innerhalb des Entgeltfortzahlungszeitraums** kann der Arbeitnehmer somit auch den Dienstwagen beanspruchen.⁴⁸ **Nach Ablauf des Entgeltfortzahlungszeitraums** ist grundsätzlich auch die Gebrauchsüberlassung des Dienstwagens mit Privatnutzungsbefugnis nicht länger seitens des Arbeitgebers geschuldet. Das Recht zum Besitz endet. Bis zur Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit ist der Dienstwagen an den Arbeitgeber herauszugeben.⁴⁹ Etwas anderes kann dann gelten, wenn die Arbeitsvertragsparteien, aus-

43 BAG 15.11.2012, 8 AZR 705/11, DB 2013, 705; BAG 27.9.1994, GS 1/89 (A), BB 1994, 2205.

44 BAG 5.2.2004, 8 AZR 91/03, BB 2004, 1507, 1508; vgl. auch LAG Köln 25.1.2011, 5 Sa 1291/10, juris.

45 BAG 15.11.2012, 8 AZR 705/11, DB 2013, 705; BAG 28.10.2010, 8 AZR 418/09, NZA 2011, 345; siehe aber Küttner-Griese, Arbeitnehmerhaftung, Rn. 17 m. w. N. zur Forderung nach einer summenmäßigen Haftungsbegrenzung.

46 Mit Abschluss einer Vollkaskoversicherung, die auch Unfallschäden bei der Privatnutzung erfasst, verliert diese Abgrenzung allerdings an Bedeutung; vgl. Preis-Greiner, II D 20 Rn. 24.

47 LAG Köln 24.6.1994, 13 Sa 37/94, NZA 1995, 1163; Abeln/Steinkühler, AuA 2002, 116, 118; Keilich, AuA 2009, 264, 266; Schrader/Straube, Rn. 109.

48 BAG 14.12.2010, 9 AZR 631/09, NZA 2011, 569; Abeln/Steinkühler, AuA 2002, 116, 117; Küttner-Griese, Dienstwagen, Rn. 3; ErfK-Reinhard, § 4 EfzG Rn. 12; Stoffels, FA 2009, 329, 330.

49 BAG 14.12.2010, 9 AZR 631/09, NZA 2011, 569; Meier, NZA 1997, 298, 299; ErfK-Preis, § 611a BGB Rn. 523; HWK-Schliemann, § 4 EfzG Rn. 29; a. A. Fischer, FA

drücklich oder konkludent, eine entsprechende Vereinbarung zugunsten des Arbeitnehmers getroffen haben. Verpflichtet sich der Arbeitgeber beispielsweise zu **weitergehenden Entgeltfortzahlungen**, so steht dem Arbeitnehmer regelmäßig auch die weitere Privatnutzung des Dienstwagens zu.⁵⁰ Alleine in einer **längeren Nichtgeltendmachung** des Anspruchs auf Dienstwagenherausgabe nach Ablauf des Entgeltfortzahlungszeitraums kann allerdings **keine konkludente Vereinbarung** einer weiteren Dienstwagenüberlassung zu Privatzwecken gesehen werden.⁵¹

b) Freistellung

Die **einseitige Freistellungsanordnung** des Arbeitgebers kollidiert mit dem Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers.⁵² Demzufolge ist eine einseitige Suspendierung regelmäßig nur dann zulässig, wenn dem Arbeitgeber eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers unzumutbar ist, wenn also überwiegende schutzwürdige Interessen des Arbeitgebers dem Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers entgegenstehen.⁵³ Diese Interessen können sich aus einer erheblichen Gefährdung für die Ordnung des Betriebs oder der Gefahr einer schwerwiegenden Vertragsverletzung ergeben.⁵⁴ Im Grundsatz ändert die Freistellung nichts an der Vergütungspflicht. Es tritt **Annahmeverzug** nach § 615 Satz 1 BGB ein.⁵⁵ Da die Überlassung des Dienstwagens mit der Befugnis zur Privatnutzung Vergütungscharakter besitzt, ist dem Arbeitnehmer der Dienstwagen während der Freistellungsphase grundsätzlich weiter zu gewähren.⁵⁶

Eine **Freistellung aufgrund individueller Vereinbarung** zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer ist grundsätzlich zulässig. Soweit eine solche Absprache anlässlich eines konkreten Einzelfalls getroffen wird, begegnet dies keinen Bedenken. Der **Beschäftigungsanspruch** ist **dispositiv**; er kann dem Arbeitnehmer

2003, 105, 106 unter Hinweis auf BAG 11.10.2000, 5 AZR 240/99, BB 2001, 364, wonach die Rechtslage mit der Überlassung einer Werkdienstwohnung vergleichbar sei.

50 LAG Köln 29.11.1995, 2 Sa 843/95, LAGE § 616 BGB Nr. 8; *Höser*, BB 2012, 573, 575.

51 BAG 14.12.2010, 9 AZR 631/09, NZA 2011, 569; LAG Köln 22.6.2001, 11, 6 Sa 391/01, NZA-RR 2001, 523; vgl. auch LAG Rheinland-Pfalz 15.5.2018, 8 Sa 1/18, juris.

52 Grundlegend BAG GS 27.2.1985, GS 1/84, BB 1985, 1978 sowie bereits BAG 10.11.1955, 2 AZR 591/54, BAGE 2, 221; HWK-*Thüsing*, § 611a BGB Rn. 321; ErfK-*Preis*, § 611a BGB Rn. 563.

53 BAG GS 27.2.1985, GS 1/84, BB 1985, 1978; HWK-*Thüsing*, § 611a BGB Rn. 326; ErfK-*Preis*, § 611a BGB Rn. 567.

54 Küttner-*Kania*, Beschäftigungsanspruch, Rn. 7.

55 BAG 23.9.2009, 5 AZR 518/09, NZA 2010, 781; ErfK-*Preis*, § 611a BGB Rn. 567.

56 Küttner-*Griese*, Dienstwagen, Rn. 3; van *Bürck/Nussbaum*, BB 2002, 2278, 2279; *Lohr*, MDR 1999, 1353, 1355.

nicht aufgezwungen werden.⁵⁷ Auch hier bleibt es grundsätzlich dabei, dass der Anspruch des Arbeitnehmers auf die vereinbarte Vergütung nach § 615 Satz 1 BGB aufrechterhalten bleibt und dem Arbeitnehmer folglich auch während der Freistellung die Privatnutzung des Dienstwagens zu gestatten ist. Noch nicht höchstrichterlich entschieden ist die Frage, ob bereits im Arbeitsvertrag eine Abweichung vom Beschäftigungsanspruch im Voraus als **Freistellungsvorbehalt** vereinbart werden kann. Eine solche Klausel unterliegt der Inhaltskontrolle der §§ 305 ff. BGB. Bei ihrer Angemessenheitskontrolle gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB muss der allgemeine Beschäftigungsanspruch als Leitbild i. S. v. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB berücksichtigt und ein genereller Prüfungsmaßstab angelegt werden.⁵⁸ Hiervon ausgehend wird ein Freistellungsvorbehalt nur dann als **zulässig** angesehen, wenn die Freistellung auf einem **sachlichen Grund** beruht und dieser, in Anlehnung an die Rechtsprechung des BAG zu Änderungsvorbehalten,⁵⁹ in der Klausel transparent angegeben wird.⁶⁰ Neben dem Verdacht des Verrats von Betriebsgeheimnissen oder strafbaren Handlungen des Arbeitnehmers dürften auch alle Gründe in Betracht kommen, die eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen.⁶¹ Demgegenüber ist eine generelle, einschränkungslose Freistellungsklausel nach § 307 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam.⁶² Dies gilt auch für generelle, einschränkungslose Freistellungsklauseln für den Fall der Kündigung des Arbeitsverhältnisses oder einer sonstigen Vertragsbeendigung.⁶³ Denn anderenfalls könnte bereits eine grundlose Kündigung zur Suspendierung des Arbeitnehmers berechtigen.⁶⁴ Wird der Arbeitnehmer aufgrund des **Freistellungsvorbehalts** von der Arbeitspflicht befreit, gilt auch hier, dass er den **Dienstwagen** grundsätzlich **weiter nutzen** darf. Die Freistellung bewirkt den Annahmeverzug des Arbeitgebers. Der Vergütungsanspruch besteht fort.

57 LAG Hamm 3.2.2004, 19 Sa 120/04, NZA-RR 2005, 358; *ErfK-Preis*, § 611a BGB Rn. 568; Küttner-Kania, Beschäftigungsanspruch, Rn. 5.

58 LAG München 7.5.2003, 5 Sa 297/03, LAGE § 307 BGB 2002 Nr. 2; *HWK-Thüsing*, § 611a BGB Rn. 329.

59 BAG 21.3.2012, 5 AZR 651/10, NZA 2012, 616; BAG 11.10.2006, 5 AZR 721/05, BB 2007, 109; BAG 12.1.2005, 5 AZR 364/04, BB 2005, 833; vgl. auch die Ausführungen zum Widerrufsvorbehalt unter Rn. 21.

60 Vgl. LAG Hamburg 22.10.2008, 5 SaGa 5/08, BeckRS 2008, 58013; LAG München 7.5.2003, 5 Sa 297/03, LAGE § 307 BGB 2002 Nr. 2; *HWK-Thüsing*, § 611a BGB Rn. 329; *ErfK-Preis*, § 611a BGB Rn. 570.

61 Vgl. LAG Köln 20.3.2001, 6 Ta 46/01, MDR 2001, 1176.

62 Vgl. LAG Baden-Württemberg 5.1.2007, 7 Sa 93/06, NZA-RR 2007, 406, sowie LAG München 7.5.2003, 5 Sa 297/03, LAGE § 307 BGB 2002 Nr. 2; Küttner-Kania, Beschäftigungsanspruch, Rn. 5.

63 LAG München 7.5.2003, 5 Sa 297/03, LAGE § 307 BGB 2002 Nr. 2; *Preis-Preis*, II F 10 Rn. 21; a. A. Küttner-Kania, Beschäftigungsanspruch, Rn. 6.

64 LAG München 7.5.2003, 5 Sa 297/03, LAGE § 307 BGB 2002 Nr. 2; *Preis-Preis*, II F 10 Rn. 21.

*c) Mutterschutz***13**

Mit Beginn der Schutzfristen des MuSchG werden die gegenseitigen **Hauptleistungspflichten** aus dem Arbeitsvertrag **suspendiert**.⁶⁵ Die Schwangere schuldet keine Arbeit, der Arbeitgeber keine Vergütung mehr.⁶⁶ Ein auf § 611a BGB gestützter Anspruch auf Weitergewährung des Dienstwagens mit Privatnutzungsbefugnis scheidet damit aus. An die Stelle des Vergütungsanspruchs tritt als „lohnähnlicher arbeitsrechtlicher Anspruch“⁶⁷ der Anspruch auf Zahlung eines **Zuschusses zum Mutterschaftsgeld** nach § 14 Abs. 1 MuSchG.⁶⁸ Dessen Höhe entspricht dem Unterschied zwischen dem Höchstbetrag des Mutterschaftsgeldes von 13,00 € kalendertäglich und dem um die gesetzlichen Abzüge verminderten durchschnittlichen kalendertäglichen Arbeitsentgelt während der letzten drei abgerechneten Kalendermonate vor Beginn der Schutzfrist. Die Berechnung der Höhe des durchschnittlichen kalendertäglichen Arbeitsentgelts hat nach den Grundsätzen zu erfolgen, wie sie für die Berechnung des Mutterschaftslohns nach § 11 MuSchG gelten.⁶⁹ Zum „Durchschnittsverdienst“ in § 11 Abs. 1 Satz 1 MuSchG zählen wiederum sämtliche regelmäßigen und festen geldwerten Bezüge, auch **Sachbezüge**.⁷⁰ Somit ist der Arbeitnehmerin ein überlassener Dienstwagen mit Privatnutzungsbefugnis nicht nur während eines Beschäftigungsverbots während der Schwangerschaft im Sinne des § 3 Abs. 1, § 4 MuSchG, sondern regelmäßig auch während der Mutterschutzfristen des § 3 Abs. 2, § 6 Abs. 1 MuSchG weiter zu gewähren.⁷¹ Ein finanzieller Ausgleich des Verlusts der Nutzungsmöglichkeit des Dienstwagens kommt nicht in Betracht. Denn § 14 Abs. 1 Satz 1 MuSchG ist zum Schutz der Arbeitnehmerin dahingehend auszulegen, dass der Zuschuss des Arbeitgebers zum Mutterschaftsgeld grundsätzlich in Form einer **Weitergewährung von Sachbezügen** zu erfolgen hat, wenn diese in den letzten drei Monaten vor Beginn der Schutzfrist Teil des Arbeitsentgelts der Arbeitnehmerin waren.⁷² Dies schließt jedoch eine von bei-

65 BAG 11.10.2000, 5 AZR 240/99, BB 2001, 364; ErfK-Schlachter, § 3 MuSchG Rn. 2.

66 BAG 11.10.2000, 5 AZR 240/99, BB 2001, 364.

67 Küttner-Poeche, Mutterschutz, Rn. 33.

68 BAG 11.10.2000, 5 AZR 240/99, BB 2001, 364.

69 Vgl. zur Berechnung BAG 22.8.2012, 5 AZR 652/11, NZA 2012, 1277; BAG 14.12.2011, 5 AZR 439/10, NJW 2012, 1900; ErfK-Schlachter, § 14 MuSchG Rn. 8 m. w. N.

70 Vgl. nur ErfK-Schlachter, § 11 MuSchG Rn. 9.

71 BAG 11.10.2000, 5 AZR 240/99, BB 2001, 364; MASIG-Eckert, 280 Rn. 34; vgl. in diesem Zusammenhang auch ArbG Freiburg 6.2.2003, 11 Ca 611/02, NZA-RR 2003, 626 (kein Anspruch des Arbeitgebers gegen die einem Beschäftigungsverbot unterliegende Arbeitnehmerin auf Auskunft über die Nutzung des Dienstwagens und auf Erstattung der Kosten für Fahrten zu einem anderen Arbeitgeber).

72 BAG 11.10.2000, 5 AZR 240/99, BB 2001, 364; ErfK-Schlachter, § 11 MuSchG Rn. 7; Abeln/Steinkühler, AuA 2002, 116, 117; Küttner-Poeche, Mutterschutz, Rn. 35.

Kap. 30 Dienstwagen – Rechtsfragen der Privatnutzung

den Seiten gewünschte Abgeltung in Geld und eine im Einzelfall unter Berücksichtigung von Treu und Glauben notwendige andere Entscheidung nicht aus.⁷³

d) Elternzeit

- 14 Die Inanspruchnahme der Elternzeit nach § 15 BEEG führt zur Befreiung des Arbeitnehmers von der Arbeitspflicht.⁷⁴ Die Hauptpflichten des Arbeitsverhältnisses ruhen. Mit Beendigung der Elternzeit lebt das ursprüngliche Arbeitsverhältnis sodann wieder auf; der Arbeitnehmer ist berechtigt und verpflichtet, die Arbeit unaufgefordert wieder aufzunehmen.⁷⁵ Soweit Ansprüche des Arbeitnehmers auf laufend gezahltes Arbeitsentgelt im Gegenseitigkeitsverhältnis mit der Arbeitspflicht stehen, entfallen sie mit dem Beginn der Elternzeit.⁷⁶ Hiervon ausgehend steht dem Arbeitnehmer während der Elternzeit **kein Anspruch auf private Nutzung** des ihm überlassenen Dienstwagens zu. Er hat das **Fahrzeug** mit Beginn der Elternzeit an den Arbeitgeber **herauszugeben**.⁷⁷
- 14a Eine Ausnahme hiervon besteht dann, wenn mit dem Arbeitgeber etwas Abweichendes vereinbart ist, oder die Erwerbstätigkeit lediglich auf den während der Elternzeit zulässigen Umfang reduziert wird. In diesen Fällen ist der fortbestehende geldwerte Vorteil der fortdauernden Möglichkeit, den vom Arbeitgeber gestellten Dienstwagen auch während der Elternzeit privat nutzen zu können, dann aber auch als anrechenbares Einkommen bei der Höhe des zu bewilligenden Elterngeldes zu berücksichtigen. Dies gilt auch dann, wenn steuerrechtlich im Lohnsteuerjahresausgleich der steuerrechtliche Vorteil im Rahmen der sogenannten Escape-Klausel des § 8 Abs. 2 Satz 4 EStG bei tatsächlicher Nichtnutzung (Fahrtenbuchmethode) nachträglich korrigiert werden kann.⁷⁸

e) Teilzeit

- 15 Die Arbeitszeitverringerung nach dem TzBfG bedarf einer Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer.⁷⁹ Auf der einen Seite regelt § 8 TzBfG die Voraussetzungen und den Weg, wie Arbeitnehmer diese „Reduzierungsvereinbarung“⁸⁰ durchsetzen können. Auf der anderen Seite enthält das Gesetz **keine Rege-**

73 BAG 11.10.2000, 5 AZR 240/99, BB 2001, 364.

74 ErfK-Gallner, § 15 BEEG Rn. 10.

75 Vgl. MüArbR-Heenen, § 308 Rn. 1.

76 Eingehend zu den Auswirkungen der Elternzeit auf einzelne Leistungen des Arbeitgebers MüArbR-Heenen, § 308 Rn. 21.

77 HWK-Gaul, Vor §§ 15–12 BEEG Rn. 6; Keilich, AuA 2009, 264, 267; Schaub-Linck, § 172 Rn. 22; Nägele, S. 192; Küttner-Poeche, Elternzeit, Rn. 65.

78 LSG Sachsen-Anhalt 26.10.2017, L 2 EG 2/14, DStR 2018, 1030.

79 Näher zur Geltendmachung des Anspruchs auf Teilzeit und dessen Durchsetzungsmöglichkeiten siehe Küttner-Poeche, Teilzeitbeschäftigung, Rn. 27 ff.

80 Laux/Schlachter-Laux, § 8 Rn. 1.

lung der Rechtsfolgen einer nachträglichen Reduzierung der Arbeitszeit. Da aber im Arbeitsverhältnis die Verpflichtungen zur Arbeitsleistung und Vergütungszahlung synallagmatisch verbunden sind und die Vertragsparteien bei Begründung des Austauschverhältnisses die Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung zugrunde legen, beinhaltet die Vereinbarung über die Reduzierung der Arbeitskraft regelmäßig – auch ohne ausdrückliche Abrede – zugleich eine entsprechende Reduzierung der Gegenleistung.⁸¹ Keine Probleme ergeben sich insoweit bei teilbaren Leistungen, insbesondere bei der monatlichen Grundvergütung. Die Gewährung eines **Dienstwagens** mit Privatnutzungsmöglichkeit stellt allerdings **keine teilbare geldwerte Leistung** dar. Er kann nur „ganz oder gar nicht“ gewährt werden.⁸² Insoweit ist zwischen den vertraglich geregelten Fällen und den Fällen einer fehlenden vertraglichen Regelung zu unterscheiden.

Sind die Rechtsfolgen einer späteren Arbeitszeitverringerung in der Nutzungsvereinbarung nicht geregelt, so finden die Regeln der **ergänzenden Vertragsauslegung** Anwendung.⁸³ Die Nutzungsvereinbarung ist nachträglich lückenhaft geworden. Sie ist insoweit planwidrig unvollständig. Die hierdurch entstandene Vertragslücke ist unter Berücksichtigung des hypothetischen Parteiwillens zu schließen. Dieser wird im Regelfall ergeben, dass die private Nutzung mit Blick auf das Vollzeitarbeitsverhältnis gewährt worden ist.⁸⁴ Hiervon ausgehend werden im Schrifttum **zwei Lösungswege** vorgeschlagen: Denkbar sei zum einen, dass sich der Arbeitnehmer in einem seiner Arbeitszeitreduzierung entsprechenden Verhältnis anteilig an den laufenden **Kosten** des Dienstwagens **beteilige**.⁸⁵ Ihm stünde das Fahrzeug – trotz ggf. umfangreicher Arbeitszeitreduzierung – weiterhin vollumfänglich zur Verfügung, jedoch müsste er sich an den daraus entstehenden Kosten des „überschießenden geldwerten Vorteils“ nunmehr anteilig durch Verrechnung mit dem Lohn beteiligen.⁸⁶ Zum anderen komme ein **Entzug** des Anspruchs auf **Privatnutzung** bei **anteiliger Kompensation** des bis-

81 *ErfK-Preis*, § 8 TzBfG Rn. 5 m. w. N.

82 *Grobys*, DB 2001, 758, 760; *Kelber/Zeißig*, NZA 2001, 577, 579; mit Blick auf das arbeitsrechtliche Gebot der Gleichbehandlung können sich Probleme auch dann ergeben, wenn ein Arbeitnehmer in Teilzeit eingestellt wird und vergleichbaren Vollzeitkräften bereits ein Dienstwagen zur Verfügung gestellt wird; vgl. *Nägele*, S. 314.

83 So auch *Kelber/Zeißig*, NZA 2001, 577, 580; *Laux/Schlachter-Laux*, § 8 Rn. 313; *Sievers*, § 8 Rn. 67; nach *HWK-Schmalenberg*, § 8 TzBfG Rn. 45, findet insoweit § 313 BGB (Veränderung der Geschäftsgrundlage) Anwendung; a. A. *Grobys*, DB 2001, 758, 761, der allerdings den Dienstwagen trotz Privatnutzungsmöglichkeit als bloßes Sachmittel des Arbeitgebers einordnet.

84 Zutreffend *Laux/Schlachter-Laux*, § 8 Rn. 313.

85 *HWK-Schmalenberg*, § 8 TzBfG Rn. 45.

86 *HWK-Schmalenberg*, § 8 TzBfG Rn. 45; vgl. auch das Berechnungsbeispiel bei *Nägele*, S. 317, wonach sich der Arbeitnehmer den vollen Vorteil des Fahrzeugs im Rahmen der Arbeitszeitverringerung anrechnen lassen muss.

Kap. 30 Dienstwagen – Rechtsfragen der Privatnutzung

lang erhaltenen geldwerten Vorteils in Betracht.⁸⁷ Hiernach würde der Teilzeitarbeitnehmer im Gegenzug für die Herausgabe des Dienstwagens den ihm bislang zugeflossenen geldwerten Vorteil im anteiligen Verhältnis zwischen dem Umfang der alten und der reduzierten Arbeitsleistung als zusätzliche Bruttovergütung erhalten.⁸⁸ Erzielen die Arbeitsvertragsparteien über diesen Punkt keine Einigung, ist eine **anteilige Beteiligung** des Arbeitnehmers an den laufenden Kosten des Dienstwagens **vorzugswürdig**. Denn derjenige Arbeitnehmer, dem ein Dienstwagen auch zur privaten Nutzung zur Verfügung steht, wird im Zweifel kein eigenes Fahrzeug besitzen. Der Mitarbeiter wird also tendenziell eher bereit sein, einen Kostenanteil aus seinem Einkommen zu leisten, als den Dienstwagen herauszugeben.

- 17 Als **vertragliche Regelung** einer späteren Arbeitszeitverringerung kommt ein Widerrufsvorbehalt in Betracht. Knüpft dieser allerdings pauschal an die Geltendmachung der Teilzeit an, so stellt dies mit Blick auf das Diskriminierungsverbot des § 4 TzBfG eine unangemessene Benachteiligung i. S. d. § 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB dar. Dem wiederum kann durch eine Ausklammerung geringfügiger Arbeitszeitreduzierungen Rechnung getragen werden. Darüber hinaus ist angesichts der Vorgaben der Rechtsprechung zum Widerrufsvorbehalt⁸⁹ im Blick zu behalten, dass infolge der Herausgabepflicht des Dienstwagens der Wert seiner Privatnutzung 25 % oder mehr der infolge der Teilzeit bereits verringerten Vergütung betragen kann.⁹⁰ Dies wiederum lässt sich dadurch ausgleichen, dass sich der Arbeitgeber gegenüber dem Arbeitnehmer in der Widerrufsklausel zur **Erstattung des anteilig gekürzten geldwerten Vorteils** verpflichtet.⁹¹

18 Formulierungsbeispiel:⁹²

„Bei einer Verringerung der Arbeitszeit um mehr als 25 % behält sich der Arbeitgeber das Recht zum Widerruf der Privatnutzung des Dienstwagens vor. Das Fahrzeug ist in diesem Fall nebst Schlüssel, Fahrzeugpapieren, Tankkarten und weiterem Zubehör am Sitz des Arbeitgebers herauszugeben. Der Arbeitgeber zahlt einen Ausgleich in Höhe des geldwerten Vorteils. Die Ausgleichszahlung wird linear um den Teil gekürzt, um den sich die Arbeitsvergütung infolge der Arbeitszeitverringerung kürzt.“

87 *Kelber/Zeißig*, NZA 2001, 577, 580; *Sievers*, § 8 Rn. 68.

88 *Kelber/Zeißig*, NZA 2001, 577, 580; vgl. *Laux/Schlachter-Laux*, § 8 TzBfG Rn. 313 (für beide Lösungsansätze).

89 BAG 21.3.2012, 5 AZR 651/10, NZA 2012, 616; BAG 11.10.2006, 5 AZR 721/05, BB 2007, 109; BAG 12.1.2005, 5 AZR 364/04, BB 2005, 833; vgl. auch die Ausführungen zum Widerrufsvorbehalt unter Rn. 21.

90 Vgl. das Beispiel bei *Nägele*, S. 316.

91 So auch *Nägele*, S. 316.

92 Vgl. *Nägele*, S. 317.

f) Urlaub

Nach § 1 BUrlG hat jeder Arbeitnehmer in jedem Kalenderjahr Anspruch auf bezahlten Erholungsurlaub. Der Arbeitnehmer behält nach § 1 BUrlG seinen sich aus § 611a Abs. 2 BGB ergebenden vertraglichen Vergütungsanspruch.⁹³ Dessen Höhe richtet sich allerdings nach § 11 BUrlG, der Sonderregelungen hinsichtlich der Bemessung und Fälligkeit enthält. Hiernach ist das **Urlaubsentgelt** für die im Urlaub ausfallende Arbeitszeit grundsätzlich nach dem in den letzten 13 Wochen vor Urlaubsantritt gezahltem durchschnittlichen Arbeitsverdienst zu bemessen.⁹⁴ Will der Arbeitgeber das Fahrzeug während der Urlaubsabwesenheit des Arbeitnehmers anderweitig, beispielsweise für eine Ersatzkraft, nutzen, kann er von der Regelung **des § 11 Abs. 1 Satz 4 BUrlG** Gebrauch machen. Danach sind zum Arbeitsentgelt gehörende **Sachbezüge**, die während des Urlaubs nicht weitergewährt werden, für die Dauer des Urlaubs angemessen **in bar abzugelten**. Der Arbeitgeber belässt dem Mitarbeiter also entweder während des Urlaubs das Fahrzeug oder er verlangt das Fahrzeug während des Urlaubszeitraums heraus und zahlt dem Mitarbeiter nach § 11 Abs. 1 Satz 4 BUrlG eine angemessene Abgeltung.⁹⁵ Ein **entschädigungsloser Entzug** des Dienstwagens während des Urlaubs ist **nicht möglich**, da nach § 13 Abs. 1 BUrlG von den Vorschriften des BUrlG grundsätzlich nicht abgewichen werden kann.⁹⁶ Zur **Höhe des angemessenen Entgelts** wird in der Literatur vereinzelt vorgeschlagen, den wirklichen Wert zu ermitteln und zugrunde zu legen.⁹⁷ Allerdings dürfte dies bei einem Dienstwagen mit Privatnutzungsmöglichkeit zum einen nicht dem praktischen Bedürfnis nach einer schlüssigen Handhabung der Fälle des § 11 Abs. 1 Satz 4 BUrlG entsprechen. Zum anderen geht es nach dem Gesetz (nur) um eine angemessene Abgeltung, was wiederum eine gewisse **Pauschalierung** ausdrücklich zulässt. Diese angemessene Abgeltung des auch zur Privatnutzung überlassenen Dienstwagens kann wiederum durch eine angemessene Bewertung der Privatnutzung erfolgen. Insoweit kann die Höhe des angemessenen Entgelts auf der Grundlage der **steuerlichen Bewertung** der privaten Nutzungsmöglichkeit⁹⁸ mit monatlich einem Prozent des Listenpreises des Kraftfahrzeuges im Zeitpunkt der Erstzulassung ermittelt werden.⁹⁹

93 BAG 9.11.1999, 9 AZR 771/98, BB 2000, 1737.

94 BAG 9.11.1999, 9 AZR 771/98, BB 2000, 1737.

95 *Abeln/Steinkühler*, AuA 2002, 116, 117; *Nägele*, NZA 1997, 1196, 1200.

96 Vgl. aber *ErfK-Gallner*, § 13 BUrlG Rn. 4 ff., zur Möglichkeit der Vereinbarung günstigerer Regelungen durch die Tarifvertragsparteien.

97 NFK-Neumann, § 11 BUrlG, Rn. 41.

98 Vgl. § 6 Abs. 1 Nr. 4 EStG sowie die Ausführungen unter Rn. 40 ff.

99 Vgl. BAG 21.3.2012, 5 AZR 651/10, NZA 2012, 616; BAG 19.12.2006, 9 AZR 294/06, BB 2007, 1624 sowie BAG 27.5.1999, 8 AZR 415/98, BB 1999, 1660 (jeweils zum Schadensersatz wegen unterbliebener Überlassung eines Dienstwagens auch zur privaten Nutzung); *Abeln/Steinkühler*, AuA 2002, 116, 117; *Nägele*, S. 330; *Mauer*, S. 38.

g) Freigestellte Betriebsratsmitglieder

- 20 Betriebsratsmitgliedern steht während ihrer Freistellung nach § 37 Abs. 2 BetrVG oder Arbeitsbefreiung nach § 38 Abs. 1 BetrVG nach dem **Lohnausfallprinzip** dasjenige Arbeitsentgelt zu, das sie nach § 611a Abs. 2 BGB ohne Freistellung verdient hätten.¹⁰⁰ Hat ein Arbeitnehmer also einen Dienstwagen auch zur privaten Nutzung erhalten und wird er in den Betriebsrat gewählt, hat er auch weiterhin – unabhängig von einer etwaigen Freistellung oder Arbeitsbefreiung – einen Anspruch auf weitere Zurverfügungstellung des Fahrzeugs zur privaten Nutzung.¹⁰¹ Ein **vertraglicher Ausschluss der Überlassung** eines auch privat genutzten Dienstwagens im Fall einer Freistellung von der Arbeit nach § 37 Abs. 2 BetrVG verstößt gegen das Gesetz (§ 37 Abs. 2 i.V.m. § 78 Satz 2 BetrVG) und ist daher nach § 134 BGB **nichtig**.¹⁰² Die weitere Überlassung des Dienstwagens mit Privatnutzungsbefugnis während der Freistellung stellt auch keine nach § 78 Satz 2 BetrVG unzulässige Begünstigung dar.¹⁰³ Denn § 37 Abs. 2 BetrVG stellt allein auf die arbeitsvertragliche Vergütung des freigestellten Betriebsratsmitglieds ab, die während der Freistellung nicht gemindert werden darf.¹⁰⁴

h) Widerrufsvorbehalt

- 21 Mit einem Widerrufsvorbehalt kann sich der Arbeitgeber die Möglichkeit des einseitigen Entzugs des Rechts auf Privatnutzung des Dienstwagens vorbehalten. Die Nutzungsvereinbarungen werden in der Praxis regelmäßig als vorformulierte Bedingungen mehreren Arbeitnehmern bei Überlassung des Dienstwagens vom Arbeitgeber gestellt. Es handelt sich daher um **Allgemeine Geschäftsbedingungen** i.S.d. § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB. Insoweit ist die Wirksamkeit eines Widerrufsvorbehalts zunächst an den Maßstäben der §§ 305 ff. BGB zu messen (Inhaltskontrolle).¹⁰⁵ Darüber hinaus sind bei Anwendung der Klausel im Einzelfall die Grundsätze von § 315 BGB (Ausübungskontrolle) zu beachten.¹⁰⁶ Im Rahmen der **Inhaltskontrolle** muss der Widerrufsvorbehalt den for-

100 BAG 18.9.1991, 7 AZR 41/90, NZA 1992, 936; Richardi-Thüsing, § 37 Rn. 53.

101 BAG 23.6.2004, 7 AZR 514/03, BB 2005, 111; MASIG-Eckert, 280 Rn. 22; Stoffels, FA 2009, 329, 332.

102 BAG 23.6.2004, 7 AZR 514/03, BB 2005, 111.

103 Zur Frage eines Anspruchs auf Dienstwagengewährung wegen der Mitgliedschaft im Betriebsrat siehe Rn. 31.

104 BAG 23.6.2004, 7 AZR 514/03, BB 2005, 111.

105 BAG 21.3.2012, 5 AZR 651/10, NZA 2012, 616; eingehend zur Inhaltskontrolle von Arbeitsverträgen siehe Stöhr, ZfA, 2013, 213 ff.

106 BAG 20.4.2011, 5 AZR 191/10, BB 2011, 2364.

mellen Anforderungen von § 308 Nr. 4 BGB gerecht werden.¹⁰⁷ Eine Klausel, die den Arbeitgeber jederzeit und aus jedem Anlass zum Widerruf der Privatnutzung des Dienstwagens berechtigt, ist nach § 308 Nr. 4 BGB unwirksam.¹⁰⁸ Es muss die Richtung angegeben werden, aus der der Widerruf möglich sein soll.¹⁰⁹ Wirtschaftliche Gründe, die Leistung und das Verhalten des Arbeitnehmers kommen zwar als Anknüpfungspunkte in Betracht.¹¹⁰ Der erforderliche Konkretisierungsgrad der Widerrufsklausel ist insoweit jedoch in der höchstrichterlichen Rechtsprechung noch ungeklärt.¹¹¹ Bis zur Klärung durch das BAG besteht daher Rechtsunsicherheit.¹¹² Außerdem muss der Entzug der Privatnutzung des Dienstwagens **weniger als 25 % des regelmäßigen Verdienstes** betreffen.¹¹³ Anderenfalls wird durch den Wegfall der privaten Nutzungsmöglichkeit das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung im Arbeitsverhältnis grundlegend gestört.¹¹⁴ Ohne **Angabe typisierender Sachgründe** für den Widerruf ist eine Widerrufsklausel insgesamt unwirksam, auch wenn die Privatnutzung weniger als 25 % des Verdienstes ausmacht.¹¹⁵

Neben der Inhaltskontrolle der Klausel steht die **Ausübungskontrolle** im Einzelfall gemäß § 315 BGB.¹¹⁶ Der Widerruf muss daher im Einzelfall billigem Ermessen entsprechen.¹¹⁷ In diesem Zusammenhang ist beim Widerruf der Privatnutzung des Dienstwagens eine **angemessene Auslauf- bzw. Ankündigungsfrist** zu beachten, da sich der Arbeitnehmer regelmäßig um ein Ersatzfahrzeug

107 Ergänzend sind die allgemeinen Wertungen von § 307 BGB heranzuziehen; vgl. BAG 21.3.2012, 5 AZR 651/10, NZA 2012, 616; BAG 19.12.2006, 9 AZR 294/06, BB 2007, 1624; BAG 12.1.2005, 5 AZR 364/04, BB 2005, 833.

108 BAG 19.12.2006, 9 AZR 294/06, BB 2007, 1624; Küttner-Griese, Dienstwagen, Rn. 3.

109 BAG 21.3.2012, 5 AZR 651/10, NZA 2012, 616; BAG 11.10.2006, 5 AZR 721/05, BB 2007, 109; BAG 12.1.2005, 5 AZR 364/04, BB 2005, 833.

110 BAG 21.3.2012, 5 AZR 651/10, NZA 2012, 616; BAG 12.1.2005, 5 AZR 364/04, BB 2005, 833.

111 Vgl. BAG 24.1.2017, 1 AZR 772/14, ZIP 2017, 1488 („Fall der wirtschaftlichen Notlage“ ist ausreichend); vgl. aber auch BAG 13.4.2010, 9 AZR 113/09, DB 2010, 1943 zum unwirksamen Widerrufsvorbehalt „aus wirtschaftlichen Gründen“; so i. E. auch LAG Niedersachsen 28.3.2018, 13 Sa 305/17, juris zum Widerrufsvorbehalt „aufgrund der wirtschaftlichen Entwicklung des Unternehmens“; eingehend zu den neuen Akzenten der Rechtsprechung bei Widerrufsvorbehalten *Stoffels*, NZA 2017, 1217.

112 Die Revision gegen das Urteil des LAG Niedersachsen vom 28.3.2018 (13 Sa 305/17) ist derzeit beim BAG unter dem Aktenzeichen 5 AZR 257/18 anhängig.

113 BAG 19.12.2006, 9 AZR 294/06, BB 2007, 1624.

114 BAG 11.10.2006, 5 AZR 721/05, BB 2007, 109; BAG 7.12.2005, 5 AZR 535/04, BB 2006, 829.

115 BAG 13.4.2010, 9 AZR 113/09, DB 2010, 1943.

116 Die Erklärung des Widerrufs ist eine Leistungsbestimmung durch den Arbeitgeber nach § 315 Abs. 1 BGB.

117 BAG 20.4.2011, 5 AZR 191/10, BB 2011, 2364.

Kap. 30 Dienstwagen – Rechtsfragen der Privatnutzung

bemühen muss.¹¹⁸ Rechtssicher ist in jedem Fall ein Widerruf zum Ende des Folgemonats.¹¹⁹ Die Widerrufsklausel selbst muss insoweit keine Ankündigungs- bzw. Auslauffrist enthalten.¹²⁰ Ihre ausdrückliche Regelung in der Widerrufsklausel beugt jedoch Unklarheiten vor (s. Rn. 52).

i) Änderungskündigung zur Beseitigung der Nutzungsvereinbarung

- 23 Haben die Arbeitsvertragsparteien hinsichtlich der Dienstwagenüberlassung keinen Widerrufsvorbehalt vereinbart und kommt auch keine einvernehmliche Änderung des Arbeitsvertrages in Betracht, so kann der Arbeitgeber nur zum Mittel der Änderungskündigung greifen, um eine **Fortsetzung des Arbeitsvertrages ohne die private Nutzungsmöglichkeit** des Dienstwagens zu erreichen.¹²¹ Da aber die Überlassung des Dienstwagens mit Privatnutzungsbefugnis Vergütungscharakter besitzt, sind hierfür die hohen Wirksamkeitsanforderungen einer **Änderungskündigung zur Entgeltabsenkung** zu beachten (s. Kap. 21 Rn. 27). Der Arbeitgeber greift nachhaltig in das arbeitsvertraglich vereinbarte Verhältnis von Leistung und Gegenleistung ein, wenn er die vereinbarte Vergütung reduzieren will.¹²² Die Dringlichkeit eines schwerwiegenden Eingriffs in das Leistungsgefüge ist deshalb nur begründet, wenn bei Aufrechterhaltung der bisherigen Personalkostenstruktur weitere, betrieblich nicht mehr auffangbare Verluste entstehen, die absehbar zu einer Reduzierung der Belegschaft oder sogar zu einer Schließung des Betriebes führen.¹²³ Regelmäßig setzt deshalb eine solche Situation einen **umfassenden Sanierungsplan** voraus, der alle gegenüber der beabsichtigten Änderungskündigung milderen Mittel ausschöpft.¹²⁴ Vom Arbeitgeber ist in diesem Zusammenhang zu verlangen, dass er die Finanzlage des

118 BAG 21.3.2012, 5 AZR 651/10, NZA 2012, 616; vgl. auch BAG 14.12.2010, 9 AZR 631/09, NZA 2011, 569, wo offengelassen wurde, ob eine Frist von einer Woche ausreichend ist.

119 Vgl. BAG 21.3.2012, 5 AZR 651/10, NZA 2012, 616; siehe auch Preis-Greiner, II D 20 Rn. 15; a. A. Lembke, BB 2007, 1627, 1628, wonach schon „etwa eine Woche“ ausreichend sei; vgl. auch MASIG-Eckert, 280 Rn. 37 („empfehlenswert: 8 bis 10 Tage vorab“).

120 BAG 21.3.2012, 5 AZR 651/10, NZA 2012, 616.

121 Nägele, S. 31; insbesondere kommt eine Teilkündigung einzelner Vertragsbestandteile nicht in Betracht; vgl. hierzu BAG 23.3.2011, 10 AZR 562/09, BB 2011, 2683 sowie BAG 23.8.1989, NZA 1990, 740; Schaub-Linck, § 123 Rn. 9.

122 BAG 12.1.2006, 2 AZR 126/05, BB 2006, 1115; BAG 23.6.2005, 2 AZR 642/04, BB 2006, 159; BAG 12.11.1998, 2 AZR 91/98, BB 1999, 956; BAG 20.8.1998, 2 AZR 84/98, BB 1999, 320.

123 BAG 12.1.2006, 2 AZR 126/05, BB 2006, 1115; siehe auch BAG 16.5.2002, 2 AZR 292/01, NZA 2003, 147 zur betriebsbedingten Änderungskündigung zum Abbau einer Zulage.

124 BAG 12.1.2006, 2 AZR 126/05, BB 2006, 1115; BAG 23.6.2005, 2 AZR 642/04, BB 2006, 159; BAG 12.11.1998, 2 AZR 91/98, BB 1999, 956.

Betriebs, den Anteil der Personalkosten, die Auswirkung der erstrebten Kostensenkungen für den Betrieb und für die Arbeitnehmer darstellt und ferner darlegt, warum andere Maßnahmen nicht in Betracht kommen.¹²⁵ Angesichts dieser hohen Wirksamkeitsanforderungen dürfte eine Änderungskündigung zum Entzug des Dienstwagens **überwiegend ohne Aussicht auf Erfolg** sein.¹²⁶

Verfügen im Unternehmen, insbesondere nach Umstrukturierungen, nur **einzelne Mitarbeitergruppen** über einen Dienstwagen mit Privatnutzungsbefugnis, stellt sich außerdem die Frage, ob der Arbeitgeber diese „Ungleichbehandlung“ durch Einziehung der Dienstwagen der insoweit begünstigten Gruppe im Wege der Änderungskündigung beseitigen darf. Hierfür ließe sich sein berechtigtes Interesse an der **Schaffung einheitlicher Vertragsbedingungen** und damit letztlich die Erhaltung des Betriebsfriedens ins Feld führen. Indes vermag dieses Interesse eine Änderungskündigung zum Entzug des Dienstwagens nicht sozial zu rechtfertigen.¹²⁷ Dem Arbeitgeber, der gegenüber einzelnen Arbeitnehmern einzelvertraglich an eine höhere Vergütung bzw. an eine Dienstwagenüberlassung mit Privatnutzungsbefugnis gebunden ist, ist es verwehrt, unter Berufung auf den **Gleichbehandlungsgrundsatz** diese Leistung dem Lohn der übrigen Arbeitnehmer anzupassen, mit denen er eine solche höhere Lohnvereinbarung nicht getroffen hat. Anderenfalls werde der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz in sein **Gegenteil verkehrt**. Der Gleichbehandlungsgrundsatz dient allein zur Begründung von Rechten, nicht aber zu deren Einschränkung.¹²⁸

5. Verweigerung der Dienstwagenherausgabe an den Arbeitgeber

a) Herausgabe des Dienstwagens bei Kündigung

Das Recht zum Besitz am Dienstwagen endet – wie die Lohnzahlungspflicht oder der Beschäftigungsanspruch – regelmäßig dann, wenn das Arbeitsverhältnis beendet wird. Grundsätzlich ist der Arbeitnehmer dann zur Herausgabe des Dienstwagens verpflichtet. Greift der Arbeitnehmer die Kündigung jedoch mit einer **Kündigungsschutzklage** an, so wird für die Parteien während des Rechtsstreits letztlich unklar sein, ob das Arbeitsverhältnis bereits beendet oder noch nicht beendet worden ist. Es entsteht ein „**Schwebezustand**“,¹²⁹ bei dem sich die

125 BAG 12.1.2006, 2 AZR 126/05, BB 2006, 1115; BAG 16.5.2002, 2 AZR 292/01, NZA 2003, 147.

126 So auch *Abeln/Meier*, AuA 2002, 264, 270 („zweifelhafte Erfolgsaussichten“); *MA-SIG-Eckert*, 280 Rn. 38 („nur in äußerst seltenen Fällen“) sowie *Schrader/Straube*, Rn. 186 („rechtlich kaum zu begründen“).

127 BAG 12.1.2006, 2 AZR 126/05, BB 2006, 1115; BAG 16.5.2002, 2 AZR 292/01, NZA 2003, 147.

128 BAG 16.5.2002, 2 AZR 292/01, NZA 2003, 147; BAG 20.1.2000, 2 ABR 40/99, BB 2000, 981.

129 LAG Hamm 9.11.2010, 12 Sa 1376/10, BeckRS 2011, 67819.

unterschiedlichen Ansichten über die Wirksamkeit der Kündigung gegenüber stehen. Klarheit schafft erst ein rechtskräftiges Urteil oder ein vorheriger Vergleich. Dieser Schwebezustand ist nach den allgemeinen **Regeln des Weiterbeschäftigungsanspruchs** aufzulösen.¹³⁰ Aufgrund der Ungewissheit über den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses, die durch die ausgesprochene und angegriffene Kündigung begründet wird, besteht zunächst grundsätzlich ein **Herausgabeanspruch** des Arbeitgebers an dem Dienstwagen, ungeachtet der Frage, ob die Kündigung wirksam ist oder nicht. Insoweit ist das Recht zum Besitz nicht anders zu beurteilen als die Vergütungsansprüche oder ein Weiterbeschäftigungsanspruch,¹³¹ die ebenfalls letztlich davon abhängen, ob das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung beendet wurde.¹³² Es besteht somit eine „**Vermutung der Wirksamkeit**“¹³³ einer durch den Arbeitgeber ausgesprochenen Kündigung.¹³⁴

- 26 Etwas anderes kann – wie beim Weiterbeschäftigungsanspruch – nur gelten, wenn die betreffende **Kündigung offensichtlich unwirksam** ist. Dann besteht eine hohe Wahrscheinlichkeit dafür, dass der Kläger im Prozess obsiegt und er deswegen seit dem tatsächlichen Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis einen Anspruch darauf hatte und künftig haben wird, dass ihm das Fahrzeug weiter zur Verfügung gestellt wird. In diesem Fall kann das Interesse des Arbeitnehmers an der tatsächlichen Nutzung überwiegen.¹³⁵ Offensichtlich unwirksam ist eine Kündigung nur dann, wenn sie ohne nähere Prüfung und Wertung den Makel der Unwirksamkeit auf der Stirn trägt.¹³⁶ Dies ist beispielsweise der Fall, wenn eine Kündigung unstreitig ohne die erforderliche behördliche Genehmigung, z. B. bei der Kündigung eines schwerbehinderten Arbeitnehmers, erklärt worden ist.¹³⁷ Liegen derartige Unwirksamkeitsgründe vor, gibt es **keinen Spielraum** hinsichtlich der Frage der Wirksamkeit der betreffenden Kündigung. Der Dienstwagen ist dann **nicht herauszugeben**.

130 LAG Nürnberg 25.1.2011, 7 Sa 521/10, BeckRS 2011, 71815; LAG Hamm 9.11.2010, 12 Sa 1376/10, BeckRS 2011, 67819; *ErfK-Preis*, § 611a BGB Rn. 522; Küttner-Griese, Dienstwagen, Rn. 11; *Schmiedl*, BB 2002, 992, 995.

131 Hierzu BAG GS 27.2.1985, GS 1/84, BB 1985, 1978 sowie bereits BAG 10.11.1955, 2 AZR 591/54, BAGE 2, 221.

132 LAG Nürnberg 25.1.2011, 7 Sa 521/10, BeckRS 2011, 71815.

133 Zutreffend *Schmiedl*, BB 2002, 992, 995.

134 Arbeitnehmer, die den Dienstwagen nach Ablauf der Kündigungsfrist (ggf. als Trotzreaktion) nicht herausgeben, bieten daher Angriffsfläche für eine Abmahnung und Folgekündigung; vgl. den Fall von LAG Nürnberg 25.1.2011, 7 Sa 521/10, BeckRS 2011, 71815; siehe auch LAG Hamm 9.11.2010, 12 Sa 1376/10, BeckRS 2011, 67819 sowie *MASIG-Eckert*, 280 Rn. 50.

135 LAG Nürnberg 25.1.2011, 7 Sa 521/10, BeckRS 2011, 71815; LAG Hamm, 9.11.2010, 12 Sa 1376/10, BeckRS 2011, 67819; *ErfK-Preis*, § 611a BGB Rn. 522.

136 LAG Nürnberg 25.1.2011, 7 Sa 521/10, BeckRS 2011, 71815.

137 LAG Nürnberg 25.1.2011, 7 Sa 521/10, BeckRS 2011, 71815.

b) Durchsetzung und Sicherung des Herausgabeanspruchs

Verweigert der Arbeitnehmer die Herausgabe des Dienstwagens trotz Bestehens einer Rückgabepflicht, kann der Arbeitgeber **auf Herausgabe klagen**. Neben vertraglichen Ansprüchen kommt insbesondere § 985 BGB in Betracht. Dem Herausgaberecht des Arbeitgebers als Eigentümer kann der Arbeitnehmer grundsätzlich während der Dauer des Arbeitsverhältnisses ein Recht zum Besitz (§ 986 BGB) des Dienstwagens entgegenhalten. Das vertragliche Recht zur Privatnutzung des Dienstwagens begründet ein Besitzmittlungsverhältnis i. S. d. § 868 BGB.¹³⁸ Dieses endet mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Somit endet auch das Recht zum Besitz des Dienstwagens gemäß § 986 BGB. Zur Sicherung des Herausgabeanspruchs kommt ein Antrag des Arbeitgebers auf Erlass einer **einstweiligen Verfügung** in Betracht.¹³⁹ Gemäß § 62 Abs. 2 ArbGG i. V. m. §§ 935, 940 ZPO sind an den **Verfügungsgrund strenge Anforderungen** zu stellen. Der Arbeitgeber hat darzulegen und glaubhaft zu machen, dass die Nichtherausgabe zu einer Rechtsverletzung oder wesentlichen Rechtserschwerung führt oder aus sonstigen Gründen dringend erforderlich ist.¹⁴⁰ Dies kann beispielsweise bei einer Weiternutzung des Fahrzeugs durch einen **Vertreter des ausgeschiedenen Arbeitnehmers** oder eines **Nachfolgers** denkbar sein.¹⁴¹ Demgegenüber reicht alleine die Behauptung einer wesentlichen Wertminderung des beim Arbeitnehmer abgestellten Dienstwagens für den Verfügungsgrund nicht aus.¹⁴²

6. Vertragswidriger Entzug des Dienstwagens*a) Schadensersatzansprüche infolge unberechtigter Nutzungsentziehung*

Kommt der Arbeitgeber seiner Vertragspflicht, dem Arbeitnehmer die Nutzung des Dienstwagens zu Privatzwecken weiter zu ermöglichen, nicht nach, wird die **vertraglich geschuldete Leistung wegen Zeitablaufs unmöglich**. In der Folge wird der Arbeitgeber nach § 275 Abs. 1 BGB von der Leistungspflicht befreit. Dies wiederum löst den **Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung** nach

138 Küttner-Griese, Dienstwagen, Rn. 14; vgl. auch Schmiedl, BB 2002, 992, 993.

139 Eingehend zur Sicherung des Herausgabeanspruchs des Arbeitgebers am Dienstwagen mittels einstweiliger Verfügung siehe Schmiedl, BB 2002, 992.

140 Vgl. in diesem Zusammenhang auch den taktischen Hinweis auf die Möglichkeit der Kündigung des Haftpflichtversicherungsvertrags zur anschließenden Stilllegung des Fahrzeugs durch die Straßenverkehrsbehörde bei Küttner-Griese, Dienstwagen, Rn. 14.

141 MASIG-Eckert, 280 Rn. 50; siehe aber LAG Berlin-Brandenburg 19.2.2007, 10 Sa 2171/06, juris zum Verfügungsgrund bei vorheriger Kündigung des Leasingvertrags durch den Arbeitgeber.

142 LAG Köln 12.6.2007, 9 SaGa 6/07, juris.

Kap. 30 Dienstwagen – Rechtsfragen der Privatnutzung

§ 280 Abs. 1, Abs. 3 BGB i.V.m. § 283 Satz 1 BGB aus. Dieser ist auf das positive Interesse gerichtet. Demgemäß ist der Arbeitnehmer in Fällen des vertragswidrigen Entzugs so zu stellen, wie er stehen würde, wenn der Arbeitgeber den Vertrag ordnungsgemäß erfüllt hätte.¹⁴³ Ein **Mitverschulden** des Arbeitnehmers kann nicht darin gesehen werden, dass er dem (unberechtigten) Rückgabeverlangen seines Arbeitgebers nachgekommen ist.¹⁴⁴ Ein Mitverschulden kann sich jedoch im Einzelfall aus einer unterlassenen Ersatzbeschaffung ergeben.¹⁴⁵ Zur **Berechnung des Schadens** ist eine Nutzungsausfallentschädigung auf der Grundlage der **steuerlichen Bewertung der privaten Nutzungsmöglichkeit** des Dienstwagens nach § 6 Abs. 1 Nr. 4 EStG mit monatlich 1 % des Listenpreises des Kraftfahrzeugs im Zeitpunkt der Erstzulassung in mittlerweile ständiger Rechtsprechung anerkannt.¹⁴⁶ Diese Abweichung von den beispielsweise im Verkehrsunfallrecht maßgeblichen Tabellen von *Sanden/Danner/Küpperbusch* hat ihren Grund in dem **spezifisch arbeitsvertraglich** zu bestimmenden Gebrauchsvorteil eines Dienstwagens mit Privatnutzungsbefugnis. Der Dienstwagen steht dem Arbeitnehmer nicht uneingeschränkt zur Verfügung. Privat kann er den Wagen nur nutzen, wenn und soweit keine vorrangige dienstliche Nutzung erfolgt.

- 29 Anders stellt sich die Rechtslage dar, wenn der Arbeitgeber den Dienstwagen grundsätzlich berechtigt, aber **verfrüht**, d.h. unter Missachtung oder Nichteinhaltung einer angemessenen Ankündigungsfrist, herausverlangt hat. Nach § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB hat der Schuldner den durch die Pflichtverletzung herbeigeführten Schaden („hierdurch entstehenden Schaden“) zu ersetzen. Dieser besteht bei der **Nichteinhaltung einer Ankündigungsfrist** als Verfrühungsschaden darin, dass der Arbeitnehmer sich nicht rechtzeitig auf den Nutzungsentzug hat einstellen können.¹⁴⁷ Dies können beispielsweise Mehrkosten für die spätere Buchung eines Mietwagens oder für notwendig werdende Taxifahrten sein.

b) Einstweilige Verfügung des Arbeitnehmers auf Dienstwagenherausgabe

- 30 Ein Antrag des Arbeitnehmers auf Herausgabe des Dienstwagens mittels einer einstweiligen Verfügung ist **häufig ohne Aussicht auf Erfolg**. Solche Anträge scheitern regelmäßig am fehlenden Verfügungsgrund, da es dem Arbeitnehmer

143 BAG 21.3.2012, 5 AZR 651/10, NZA 2012, 616.

144 BAG 23.6.1994, 8 AZR 537/92, BB 1994, 2276; *Lohr*, MDR 1999, 1353, 1357; a. A. BKA, S. 296.

145 Vgl. BAG 23.6.1994, 8 AZR 537/92, BB 1994, 2276.

146 So ausdrücklich BAG 21.3.2012, 5 AZR 651/10, NZA 2012, 616; BAG 19.12.2006, 9 AZR 294/06, BB 2007, 1624; BAG 27.5.1999, 8 AZR 415/98, BB 1999, 1660; so auch MASIG-Eckert, 280 Rn. 27; *Pauly*, ArbuR 1999, 467, 471; anders noch BAG 23.6.1994, 8 AZR 537/92, BB 1994, 2276 zur ADAC-Tabelle.

147 BAG 14.12.2010, 9 AZR 631/09, NZA 2011, 569.

zumutbar ist, selbst für Ersatz zu sorgen und die Kosten im Wege des Schadensersatzes durchzusetzen.¹⁴⁸ Etwas anderes kann dann gelten, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer das Fahrzeug durch **verbotene Eigenmacht** i.S.d. § 858 Abs. 1 BGB entzogen hat. Dann stehen dem Arbeitgeber seinerseits wegen der verbotenen Eigenmacht jedenfalls im einstweiligen Verfügungsverfahren gegenüber dem Besitzeinräumungsrecht des Arbeitnehmers keine Herausgabeansprüche zu, die er mit einem Widerantrag geltend machen könnte.¹⁴⁹

7. Dienstwagen für Betriebsratsmitglieder

Nach § 40 Abs. 1 BetrVG trägt der Arbeitgeber die durch die Tätigkeit des Betriebsrats entstehenden Kosten. Nach § 40 Abs. 2 BetrVG hat er außerdem für Sitzungen, die Sprechstunden und die laufende Geschäftsführung des Betriebsrats in erforderlichem Umfang Räume, sachliche Mittel, Informations- und Kommunikationstechnik sowie Büropersonal zur Verfügung zu stellen. Ein **Anspruch** eines Betriebsratsmitglieds auf **Überlassung eines Dienstwagens** lässt sich hieraus allerdings **nicht herleiten**.¹⁵⁰ War dem Arbeitnehmer der Dienstwagen vor Beginn der Amtsinhaberschaft zur ausschließlich dienstlichen Nutzung überlassen, hat er keinen Anspruch auf weitere Nutzung eines Dienstwagens zum Zweck der Wahrnehmung von Betriebsratstätigkeiten (s. Rn. 20).¹⁵¹ Die Vorenthaltung der Nutzungsmöglichkeit des Dienstwagens durch den Arbeitgeber stellt **keine Benachteiligung** i.S.d. § 78 Satz 2 BetrVG dar, wenn eine entsprechende Nutzungsmöglichkeit auch für einen nicht dem Betriebsrat angehörenden Arbeitnehmer nicht besteht.¹⁵² Im Gegenteil: Würde der Arbeitgeber dem Betriebsratsmitglied wegen der Amtsinhaberschaft einen Dienstwagen mit Privatnutzungsbefugnis überlassen, wäre dies eine nach § 78 Satz 2 BetrVG **unzulässige Begünstigung** des Betriebsratsmitglieds.¹⁵³

148 Vgl. nur LAG Köln 5.11.2002, 2 Ta 330/02, NZA-RR 2003, 300; ArbG Stuttgart 18.5.2010, 16 Ga 50/10, juris; Preis-Greiner, II D 20 Rn. 21; Schaub-Linck, § 68 Rn. 6f.

149 LAG Berlin-Brandenburg 31.3.2008, 13 Ta 519/08, juris.

150 *Stoffels*, FA 2009, 329, 332; vgl. auch MASIG-Eckert, 280 Rn. 23.

151 Ein vor der Amtsinhaberschaft bereits mit Privatnutzungsbefugnis überlassener Dienstwagen ist jedoch nach BAG 23.6.2004, 7 AZR 514/03, BB 2005, 111 weiter zu gewähren; so auch *Joussen*, NZA 2018, 139, 142.

152 BAG 25.2.2009, 7 AZR 954/07, juris.

153 MASIG-Eckert, 280 Rn. 23; *Stoffels*, FA 2009, 329, 332.

8. Berücksichtigung der Privatnutzung bei betrieblicher Altersversorgung

- 32** Im Bereich der betrieblichen Altersversorgung streiten die Arbeitsvertragsparteien häufig um die Frage, ob der geldwerte Vorteil der Privatnutzung bei der Bestimmung des ruhegehaltstfähigen Einkommens zu berücksichtigen ist. Entscheidend ist der jeweilige **Inhalt der Versorgungsordnung**.¹⁵⁴ Ist die Dienstwagenüberlassung in der Versorgungsordnung als Vergütungsbestandteil nicht ausdrücklich erwähnt, kommt es auf deren **Auslegung** an.¹⁵⁵ Weichenstellend ist hierbei stets die Bestimmung des ruhegehaltstfähigen Einkommens bzw. des maßgeblichen Bruttomonatseinkommens. Liegt der Versorgungsordnung insoweit ein **enges Begriffsverständnis** zugrunde, so spricht dies gegen die Berücksichtigung des Nutzungswerts. Ein enges Verständnis liegt beispielsweise dann vor, wenn für die Berechnung der Ruhestandsbezüge nur „das Zwölfwache des zuletzt bezogenen Bruttomonatsgehalt“ maßgeblich ist.¹⁵⁶ Kommt es demgegenüber nach der Versorgungsordnung für die Berechnung der Betriebsrenten beispielsweise auf das Arbeitsentgelt an, das der Mitarbeiter im Durchschnitt eines Zeitraums von 36 aufeinanderfolgenden Monaten bezogen hat, in denen es am höchsten war, ist davon auszugehen, dass **alle in diesen Referenzzeitraum fallenden Entgeltbestandteile** – mithin auch der mit der erlaubten privaten Nutzung des Dienstwagens erlangte geldwerte Vorteil – zu berücksichtigen sind.¹⁵⁷ Dann liegt der Versorgungsordnung nämlich insoweit ein **weites Begriffsverständnis** zugrunde.

9. Privatnutzung als Einkommensbestandteil einer Sozialplanabfindung

- 33** Bei zum Arbeitsplatzverlust führenden Betriebsstilllegungen oder -einschränkungen beinhalten Sozialpläne häufig einmalige Abfindungszahlungen.¹⁵⁸ Enthält der Sozialplan bei der Abfindungsberechnung keine ausdrückliche Regelung zur etwaigen Berücksichtigung des geldwerten Vorteils der Dienstwagen-

154 BAG 21.1.2014, 3 AZR 362/11, juris; BAG 13.11.2012, 3 AZR 557/10, juris; *Abeln/Steinkühler*, AuA 2002, 116, 117; *Lohr*, MDR, 1999, 1353; *ErfK-Preis*, § 611a BGB Rn. 522; *HWK-Thüsing*, § 611a BGB Rn. 239.

155 BAG 21.1.2014, 3 AZR 362/11, juris; BAG 13.11.2012, 3 AZR 557/10, juris; BAG 21.8.2012, 3 AZR 746/00, BB 2002, 735; BAG 14.8.1990, 3 AZR 321/89, BB 1991, 278.

156 Vgl. BAG 21.1.2014, 3 AZR 362/11, juris; BAG 13.11.2012, 3 AZR 557/10, juris; BAG 14.8.1990, 3 AZR 321/89, BB 1991, 343.

157 Vgl. BAG 19.1.2011, 3 AZR 6/09, juris; BAG 21.8.2001, 3 AZR 746/00, BB 2002, 735.

158 *Fitting*, §§ 112, 112a BetrVG Rn. 141.

nutzung, kommt es auf dessen **Auslegung** an.¹⁵⁹ Ist im Sozialplan der abfindungsrelevante Begriff „Bruttomonatseinkommen“ beispielsweise als „fester regelmäßiger monatlicher Einkommensbestandteil auf Basis der vereinbarten regelmäßigen Arbeitszeit“ definiert, sind die geldwerten Vorteile für die Privatnutzung eines an eine bestimmte Hierarchieebene geknüpften Dienstwagens für das maßgebende Bruttomonatseinkommen **nicht zu berücksichtigen**.¹⁶⁰ Denn es sollen dann nur diejenigen Einkommensbestandteile Berücksichtigung finden, die auf der vereinbarten **regelmäßigen Arbeitszeit** beruhen. Ausschlaggebende Bezugsgröße für die „festen“ Einkommensbestandteile ist daher allein die „vereinbarte regelmäßige Arbeitszeit“. Die Überlassung des Dienstwagens zur privaten Nutzung erfolgt zwar regelmäßig monatlich und hat einen festen Wert in Höhe der abgerechneten Vorteile. Ist sie aber an eine bestimmte Hierarchieebene geknüpft, fehlt es an einem unmittelbaren Bezug zu der vereinbarten regelmäßigen Arbeitszeit.¹⁶¹

10. Berücksichtigung der Privatnutzung bei Karenzentschädigung

Unterliegt der Arbeitnehmer einem nachvertraglichen Wettbewerbsverbot, so hat er im vereinbarten Umfang auf Konkurrenzttätigkeiten zu verzichten. Nach § 74 Abs. 2 HGB ist das **Wettbewerbsverbot** nur dann **verbindlich**, wenn für die Dauer des Verbots die Zahlung einer Karenzentschädigung vereinbart ist, die für jedes Jahr des Verbots **mindestens die Hälfte** der zuletzt bezogenen **vertragsgemäßen Leistung** erreicht.¹⁶² Zu den „vertragsgemäßen Leistungen“, nach denen die Karenzentschädigung berechnet wird, gehören Geld- und Sachleistungen, die der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber für die Arbeitsleistung (im Gegensatz zum Auslagenersatz, § 74b Abs. 3 HGB) erhält.¹⁶³ Da die Überlassung des Dienstwagens zur Privatnutzung einen Sachbezug darstellt, ist die **private Nutzungsmöglichkeit** bei der Berechnung der Karenzentschädigung zu **berücksichtigen**.¹⁶⁴ Von einem **vertraglichen Ausschluss** der Berücksichtigung

159 Siehe zur Auslegung von Sozialplänen insbesondere BAG 13.10.2015, 1 AZR 135/14, juris; BAG 5.5.2015, 1 AZR 826/13, BeckRS 2015, 71662; BAG 15.3.2011, 1 AZR 808/09, AP Nr. 214 zu § 112 BetrVG 1972.

160 BAG 13.10.2015, 1 AZR 135/14, juris.

161 BAG 13.10.2015, 1 AZR 135/14, juris; vgl. auch BAG 13.11.2012, 3 AZR 557/10, juris zur vergleichbaren Konstellation im Zusammenhang mit der Auslegung von Versorgungsordnungen.

162 Eingehend zu Ursachen und Rechtsfolgen der Unverbindlichkeit siehe *Bauer/Diller*, Rn. 155 ff.

163 *Bauer/Diller*, Rn. 376; *Dombrowski/Zettelmeyer*, NZA 1995, 155, 156.

164 BAG 15.1.2014, 10 AZR 243/13, NJW 2014, 2379; BAG 8.11.1994, 9 AZR 4/93, NZA 1995, 631; LAG Hamm 30.3.2000, 16 Sa 1684/99, juris; *Abeln/Steinkühler*, AuA 2002, 116, 117; *Schaub-Linck*, § 68 Rn. 9; *Dombrowski/Zettelmeyer*, NZA 1995, 155, 156.

Kap. 30 Dienstwagen – Rechtsfragen der Privatnutzung

der privaten Nutzungsmöglichkeit des Dienstwagens ist angesichts der Regelung des § 74 Abs. 2 HGB **abzuraten**. Bei der Berechnung der **Höhe der Karenzentschädigung** ist für die private Nutzung des Dienstwagens der steuerliche geldwerte Vorteil in Ansatz zu bringen.¹⁶⁵

11. Dienstwagen als Regelungsgegenstand eines Aufhebungsvertrags

- 35 Bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses stellt die Rückgabe des Dienstwagens häufig ein eher emotionales Problem dar.¹⁶⁶ Endet das Arbeitsverhältnis einvernehmlich durch den Abschluss eines Aufhebungsvertrages, sind hinsichtlich des Dienstwagens **mehrere Gestaltungsoptionen** denkbar.¹⁶⁷ Häufig wird dem Mitarbeiter das Fahrzeug bis zur rechtlichen Beendigung des Arbeitsvertrages zu den bisherigen Bedingungen zunächst weiter überlassen, bevor es entweder zurückgegeben oder an den Mitarbeiter verkauft wird. Einigen sich die Parteien auf die Rückgabe des Fahrzeugs, so sollten sie die **Einzelheiten der Übergabe**, insbesondere Ort und Zeitpunkt, präzise im Aufhebungsvertrag regeln. Dies beugt unnötigen Folgestreitigkeiten vor.

36 **Formulierungsbeispiel:**¹⁶⁸

Der Arbeitnehmer ist berechtigt, den ihm vom Arbeitgeber überlassenen Dienstwagen bis zum Endtermin in dem bisherigen Umfang wie bisher zu nutzen. Er wird den Dienstwagen zum Endtermin nebst sämtlichen Fahrzeugpapieren, Schlüsseln und sonstigem Zubehör (einschließlich Tank- und Servicekarten etc.) in ordnungsgemäßem Zustand am Sitz des Arbeitgebers zurückgeben.“

- 37 Fassen die Parteien den **Verkauf des Dienstwagens** an den ausscheidenden Mitarbeiter ins Auge, so kann ggf. noch ergänzt werden:

- 38 „Dem Arbeitnehmer wird das Recht eingeräumt, den ihm überlassenen Dienstwagen zum Händlerverkaufspreis käuflich zu erwerben. Hierbei wird der Kaufpreis durch ein DAT-Gutachten ermittelt. Die Kosten des Gutachtens und etwa zu entrichtende Steuern trägt der Mitarbeiter. Er hat spätestens zwei Wochen vor dem Ausscheiden unwiderruflich schriftlich zu erklären, ob er eine Übernahme des Dienstwagens wünscht. Der Arbeitgeber ist berechtigt, den Kaufpreis des Dienstwagens mit der Abfindung zu verrechnen.“

165 BAG 15.1.2014, 10 AZR 243/13, NJW 2014, 2379; LAG Hamm 30.3.2000, 16 Sa 1684/99, juris; OLG München 28.7.2010, 7 U 2417/10, GmbHR 2010, 1031; *Bauer/Diller*, Rn. 390.

166 BKA, S. 292; vgl. auch *Schmiedl*, BB 2002, 992, sowie *Becker-Schaffner*, DB 1993, 2078.

167 Hierzu ausführlich mit entsprechenden Formulierungsvorschlägen für die Praxis BKA, S. 297 f.

168 Vgl. *Lunk-Fandel/Kliemt*, § 1c Rn. 466.

12. Pfändbares Arbeitseinkommen bei Privatnutzung eines Dienstwagens

Der geldwerte Vorteil der privaten Nutzung eines Dienstwagens ist auch bei der Berechnung des **pfändbaren Arbeitseinkommens** zu berücksichtigen.¹⁶⁹ Nach § 107 Abs. 2 Satz 5 GewO darf der Wert der vereinbarten Sachbezüge oder die Anrechnung der überlassenen Waren auf das Arbeitsentgelt die Höhe des pfändbaren Teils des Arbeitsentgelts nicht übersteigen. Zusätzlich zum Arbeitsentgelt gewährte Sachbezüge werden von der Regelung nach der Gesetzesbegründung zwar nicht erfasst.¹⁷⁰ Das bedeutet nach dem im Wortlaut des § 107 Abs. 2 Satz 5 GewO ausgedrückten Zweck der Vorschrift jedoch nicht, dass die **Pfändungsgrenzen** des § 850c Abs. 1 ZPO nicht zu berücksichtigen sind.¹⁷¹ Dem Arbeitnehmer muss der unpfändbare Teil seines Arbeitsentgelts verbleiben. Der Arbeitnehmer soll nicht in eine Lage geraten, in der er Gegenstände, die er als „Naturallohn“ erhalten hat, erst verkaufen muss, bevor ihm Geld zur Verfügung steht.¹⁷² Sind die in Geld geleistete Nettovergütung und der Sachbezug aus der Überlassung eines Dienstwagens zur privaten Nutzung in ihrer Summe daher nach § 850c Abs. 1, § 850e Nr. 3 ZPO unpfändbar, verstößt eine vereinbarte Anrechnung des Sachbezugs auf das Arbeitseinkommen gegen das Verbotsgesetz des § 107 Abs. 2 Satz 5 GewO.¹⁷³ Eine entsprechende Verrechnungsregel bzw. Anrechnungsklausel ist dann nach § 134 1. Alt. BGB nichtig. Dies wiederum hat zur Folge, dass der monatliche Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers nicht durch Annahme an Erfüllung statt nach § 364 Abs. 1 BGB untergeht.¹⁷⁴

13. Mitbestimmung des Betriebsrats bei der Privatnutzung

Mitbestimmungspflichtig nach § 87 BetrVG sind nur **kollektive Tatbestände**.⁴⁰ Ein solcher ist immer dann gegeben, wenn sich eine Regelungsfrage stellt, die über eine ausschließlich einzelfallbezogene Rechtsausübung hinausgeht und

169 Vgl. schon LAG Hamm 10.4.1991, 2 (16) Sa 619/90, LAGE § 850e ZPO Nr. 2; *Stoffels*, FA 2009, 329, 333.

170 BAG 24.3.2009, 9 AZR 733/07, NZA 2009, 861 unter Hinweis auf BT-Drs. 14/8796, S. 25.

171 BAG 24.3.2009, 9 AZR 733/07, NZA 2009, 861; *Reifelsberger/Kopp*, NZA 2013, 641, 645.

172 Vgl. BT-Drs. 14/8796 S. 25; siehe auch *Reifelsberger/Kopp*, NZA 2013, 641 zu weiteren Fallkonstellationen.

173 Küttner-Griese, Dienstwagen, Rn. 4.

174 BAG 24.3.2009, 9 AZR 733/07, NZA 2009, 861; vgl. auch *Stoffels*, FA 2009, 329, 333.

kollektive Interessen der Arbeitnehmer des Betriebs berührt.¹⁷⁵ Die Mitbestimmung des Betriebsrats kommt daher nicht in Betracht, wenn ein Arbeitgeber lediglich einem Mitarbeiter einen Dienstwagen aufgrund einer **Einzelfallentscheidung** zur Verfügung stellt.¹⁷⁶ Liegt allerdings ein kollektiver Bezug vor, so ist die Frage nach dem jeweiligen Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats aufgeworfen.

a) § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG

- 41 Nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG hat der Betriebsrat, soweit eine gesetzliche oder tarifliche Regelung nicht besteht, in Fragen der Ordnung des Betriebs und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb mitzubestimmen. Hierbei geht es um Maßnahmen, die das sogenannte **Ordnungsverhalten der Mitarbeiter** im Betrieb betreffen. Hierzu zählen sowohl verbindliche Verhaltensregeln als auch Maßnahmen, die das Verhalten der Mitarbeiter in Bezug auf die betriebliche Ordnung betreffen und berühren, ohne Normen für das Arbeitsverhalten zum Inhalt zu haben.¹⁷⁷ Hiervon ausgehend unterfällt die Dienstwagenüberlassung als solche nicht dem Mitbestimmungstatbestand von § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG. Allerdings kann sich die Mitbestimmung aus § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG aus anderen Regelungen ergeben, die häufig im Zusammenhang mit der Dienstwagenüberlassung aufgestellt werden. So kann die Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG beispielsweise bei der **Festlegung der Nutzungsbedingungen** der vom Arbeitgeber ggf. zur Verfügung gestellten **Parkflächen** relevant werden.¹⁷⁸ Dies gilt insbesondere dann, wenn der Arbeitgeber einseitig ausgewählten Mitarbeitergruppen bestimmte Parkflächen zuweist.¹⁷⁹ Weitere Anknüpfungspunkte für eine sich aus § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG ergebende Mitbestimmung bilden in der Praxis häufig die **Anordnung zur Fahrtenbuchführung, Rauch- und Alkoholverbote** bei Nutzung des Fahrzeugs sowie die Beachtung von **Sicherheitsvorschriften**.¹⁸⁰ Demgegenüber ist § 87 Abs. 1 Nr. 1

175 BAG 24.4.2014, 1 ABR 47/06, NZA 2007, 818; BAG 22.10.1991, 1 ABR 28/91, BB 1992, 275; eingehend zur Notwendigkeit eines kollektiven Tatbestands als Voraussetzung der Mitbestimmung Richardi-Richardi, § 87 Rn. 15 ff.

176 So auch Laws, FA 2015, 234, 238; Moll/Roebers, DB 2010, 2672; Oelkers, NJW-Spezial, 2009, 514.

177 BAG 15.4.2014, 1 ABR 85/12, AP NR. 45 zu § 87 BetrVG (Ordnung des Betriebs); BAG 7.2.2012, 1 ABR 63/10, NZA 2012, 685.

178 BAG 7.2.2012, 1 ABR 63/10, NZA 2012, 685.

179 BAG 7.2.2012, 1 ABR 63/10, NZA 2012, 685; a. A. Nägele, S. 46 unter Hinweis auf LAG Düsseldorf 20.6.1978, 5 TaBV 90/77, DB 1979, 115.

180 Nägele, S. 47; Oelkers, NJW-Spezial 2009, 514; Yakhloufi/Klingenberg, BB 2013, 2102, 2006.

BetrVG nicht anwendbar, soweit es um Fabrikat, Kategorie, Motorisierung oder Nutzungsdauer des Dienstwagens geht.¹⁸¹

b) § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG

Nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG hat der Betriebsrat, soweit eine gesetzliche oder tarifliche Regelung nicht besteht, bei der **Einführung und Anwendung von technischen Einrichtungen** mitzubestimmen, die dazu bestimmt sind, das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen. Zur Überwachung „bestimmt“ sind technische Einrichtungen dann, wenn sie **objektiv geeignet** sind, Verhaltens- oder Leistungsinformationen der Arbeitnehmer zu erheben und aufzuzeichnen; auf die subjektive Überwachungsabsicht des Arbeitgebers kommt es nicht an.¹⁸² Insoweit kann der **Dienstwagen als solcher nicht als technische Einrichtung** angesehen werden. Zwar erfolgt über den Kilometerzähler des Fahrzeugs auf technische Art und Weise eine Ermittlung und Dokumentation der Fahrleistung, die auch für eine gewisse Dauer verfügbar bleibt und vom Arbeitgeber herangezogen werden könnte. Rückschlüsse auf das Verhalten oder die Arbeitsleistung des Mitarbeiters werden hierdurch jedoch nicht ermöglicht.¹⁸³ Es wird lediglich der Nutzungsumfang des Fahrzeugs festgehalten.¹⁸⁴ Denkbar ist allerdings, dass sich die Mitbestimmung aus § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG als Folge der Ausstattung des Dienstwagens mit einem **Navigationsgerät** ergibt.¹⁸⁵ Letztlich können aus den Daten des Navigationsgeräts jedoch **keinerlei Verhaltens- oder Leistungsinformationen** über den Arbeitnehmer gewonnen werden. Eine Überwachung durch ein Navigationsgerät kommt nicht in Betracht, da lediglich (eventuelle) Zielorte eingegeben werden. Diese Zielorte wiederum lassen schon deshalb keinen Rückschluss auf Leistung und Verhalten des Arbeitnehmers zu, weil nicht erkennbar ist, ob der Zielort jemals angesteuert wurde.¹⁸⁶ Auch eine Ortung des Dienstwagens ist alleine über das Navigationsgerät nicht möglich. Ein etwa im Dienstwagen eingebautes Navigationsgerät kontrolliert daher weder das Verhalten noch die Leistung des Arbeitnehmers.¹⁸⁷

181 *Abeln/Steinkühler*, AuA 2002, 116, 119; *Moll/Roebers*, DB 2010, 2672.

182 BAG 10.12.2013, 1 ABR 43/12, DB 2014, 1025.

183 So auch *Nägele*, S. 48.

184 Vgl. aber BAG 12.1.1988, 1 AZR 352/86, DB 1979, 2428, zum Mitbestimmungsrecht beim Einsatz eines Fahrtenschreibers; siehe auch BAG 10.12.2013, 1 ABR 43/12, DB 2014, 1025, zur Frage der Mitbestimmung beim Einsatz eines Routenplaners („Google Maps“) zu Abrechnungszwecken.

185 DKKW-Däubler, § 87 Rn. 197; hierzu auch *Stoffels*, FA 2009, 329, 332.

186 Zutreffend *Moll/Roebers*, DB 2010, 2672, 2673.

187 So auch GK-BetrVG-Wiese, § 87 Rn. 552; *Moll/Roebers*, DB 2010, 2672, 2673; a. A. DKKW-Däubler, § 87 Rn. 197 sowie *Nägele*, S. 199.

c) § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG

- 43 Nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG hat der Betriebsrat, soweit eine gesetzliche oder tarifliche Regelung nicht besteht, in Fragen der **betrieblichen Lohngestaltung**, insbesondere bei der Aufstellung von Entlohnungsgrundsätzen und der Einführung und Anwendung von neuen Entlohnungsmethoden sowie deren Änderung mitzubestimmen.¹⁸⁸ Das Mitbestimmungsrecht erfasst alle geldwerten Leistungen, bei denen die Bemessung nach bestimmten Grundsätzen oder nach einem System erfolgt.¹⁸⁹ Das LAG Hamm ist hierzu der Ansicht, dass auch die **Ausgestaltung** einer vom Arbeitgeber mitbestimmungsfrei eingeräumten **Möglichkeit zur Privatnutzung** von Firmenfahrzeugen dem **Mitbestimmungsrecht des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG** unterliege.¹⁹⁰ Anderer Ansicht waren das LAG Hessen und das LAG München, wonach die Privatnutzung nur ein mitbestimmungsrechtlich irrelevanter Reflex des vorrangig dienstlichen Fahrzeuggebrauchs sei.¹⁹¹ Angesichts der divergierenden Entscheidungen hatte das LAG Hamm die Rechtsbeschwerde zum BAG zugelassen. Dort wurde das Verfahren (1 ABR 17/14) am 20.4.2016 aufgrund anderweitiger Erledigung eingestellt. Insofern besteht für die Praxis zwar nach wie vor eine gewisse **Rechtsunsicherheit**. Die Ansicht des LAG Hamm ist jedoch zutreffend und sollte von der Praxis zugrunde gelegt werden. Hierfür lässt sich insbesondere der Zweck des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG anführen. Die von § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG geforderte angemessene und transparente Gestaltung des betrieblichen Lohngefüges macht es erforderlich, die **Verteilungsgrundsätze** der Nutzungsgewährung der **Mitbestimmung** zu unterwerfen.¹⁹² Die Arbeitgeberentscheidung über die **Dienstwagengewährung als solche** ist indes **mitbestimmungsfrei**.¹⁹³

III. Steuerrechtliche Aspekte der Privatnutzung

- 44 Zu den nach § 2 EStG der Einkommenssteuer unterliegenden Einkünften aus nichtselbstständiger Arbeit gehören nach § 19 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG Gehälter, Löhne, Gratifikationen, Tantiemen und andere Bezüge und Vorteile für eine Beschäftigung im öffentlichen oder privaten Dienst. Allein die arbeitsvertragli-

188 Zur Entwicklung der Rechtsprechung des BAG zu § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG siehe *Roloff*, RdA 2014, 228.

189 BAG 30.10.2012, 1 ABR 61/11, NZA 2013, 522.

190 LAG Hamm 7.2.2014, 13 TaBV 86/13, NZA-RR 2014, 425.

191 LAG München 20.2.1981, 4 (6) TaBV 33/80, BeckRS 2014, 70517; LAG Hessen 24.5.1983, 5 TaBV 20/83, BeckRS 204, 70516.

192 So auch *Küttner-Griese*, Dienstwagen, Rn. 15; *Keilich*, AuA 2009, 264; *Schaub-Koch*, § 235 Rn. 95; *Moll/Roebers*, DB 2010, 2672, 2673; *Oelkers*, NJW-Spezial 2009, 514; *Stoffels*, FA 2009, 329, 332; *GK-BetrVG-Wiese*, § 87 Rn. 823; *Yakhloufi/Klingenberg*, BB 2013, 2102, 2006.

193 So auch *Abeln/Steinkühler*, AuA 2002, 116, 119; *Laws*, FA 2015, 234, 239.

che Zusage, einen Dienstwagen auch privat nutzen zu dürfen, vermag den Zufluss von Arbeitslohn nicht zu begründen.¹⁹⁴ Zugeflossen ist eine Einnahme lohnsteuerrechtlich vielmehr erst dann, wenn der Empfänger die wirtschaftliche Verfügungsmacht über die in Geld oder Geldeswert bestehenden Güter erlangt hat.¹⁹⁵ Somit führt erst die **tatsächliche Überlassung eines Dienstwagens** durch den Arbeitgeber an den Arbeitnehmer mit der Befugnis zur Privatnutzung zu einer Bereicherung des Arbeitnehmers und damit dem Grunde nach zu einem entsprechenden Lohnzufluss im Sinne dieser Regelung.¹⁹⁶ Der lohnsteuerrechtliche Vorteil entsteht dann allerdings unabhängig davon, ob und in welchem Umfang der Arbeitnehmer den Dienstwagen tatsächlich privat nutzt.¹⁹⁷ Zahlt der Arbeitnehmer an den Arbeitgeber für die private Nutzung des Dienstwagens wiederum ein Nutzungsentgelt, mindert dies den Wert des geldwerten Vorteils aus der Nutzungsüberlassung.¹⁹⁸ Übersteigen die Eigenleistungen des Arbeitnehmers den privaten Nutzungsvorteil für die außerdienstliche Nutzung des Dienstwagens, so führt der übersteigende Betrag allerdings weder zu negativem Arbeitslohn noch zu Werbungskosten.¹⁹⁹

Nach § 8 Abs. 2 Sätze 2 bis 4 i. V. m. § 6 Abs. 1 Nr. 4 Satz 2 EStG ist der Vorteil aus der privaten Nutzungsüberlassung eines betrieblichen PKW der Höhe nach mit der 1 %-Regelung zu bewerten, sofern nicht das Verhältnis der privaten Fahrten zu den übrigen Fahrten durch ein ordnungsgemäßes Fahrtenbuch nachgewiesen wird. Somit stehen nach dem Gesetz **zwei Methoden zur steuerrechtlichen Bewertung** der Vorteilsermittlung zur Verfügung, zwischen denen die Wahl besteht: Die Nutzungspauschale (1 %-Regelung) und der Einzelnachweis (Fahrtenbuchregelung).²⁰⁰ Die jeweilige Methode der Vorteilsermittlung kann nicht beliebig gewechselt werden. Eine Änderung kommt nur zum Jahresende oder bei einem Wechsel des Dienstwagens in Betracht.²⁰¹

45

194 BFH 21.3.2013, VI R 31/10, DB 2013, 1528; BFH 23.6.2005, VI R 124/99, BB 2005, 1774.

195 BFH 4.5.2006, VI R 19/03, BB 2006, 1542.

196 BFH 3.9.2015, VI R 27/14, NJW 2015, 3743.

197 BFH 21.3.2013, VI R 31/10, DB 2013, 1528; zur steuerrechtlichen Behandlung von Zuschüssen des Arbeitgebers zum Dienstwagen (car allowance) siehe Haase, NZA 2002, 1199; zu lohnsteuerrechtlichen Folgen der Überlassung von Elektro- oder Hybridelektrofahrzeugen siehe Schiefer/Buse, DB 2017, 2103 ff. sowie Zange/Behrendt, AuA 2016, 556, 557.

198 BFH 30.11.2016, VI R 49/14, DB 2017, 345.

199 BFH 15.1.2018, VI B 77/17, juris.

200 Haase, NZA 2002, 1199.

201 BFH 20.3.2014, VI R 35/12, DB 2014, 1465; Küttner-Thomas, Dienstwagen, Rn. 21; Haase, NZA 2002, 1199, 1200.

1. Nutzungspauschale (1 %-Regelung)

- 46** Bei der Nutzungspauschale wird als monatlicher Nutzungsvorteil für die reinen Privatfahrten 1 % des auf volle 100 Euro abgerundeten **Bruttolistenpreises** des Dienstwagens angesetzt. Dieser Wert erhöht sich gemäß § 8 Abs. 2 Satz 3 EStG für jeden Kalendermonat um 0,03 % des genannten Listenpreises für jeden Kilometer der Entfernung zwischen Wohnung und Arbeitsstätte (**Zuschlag**), wenn das Fahrzeug für solche Fahrten genutzt werden kann.²⁰² Beispielsweise ergibt sich, ausgehend von einem Bruttolistenpreis eines Dienstwagens von 35.628,00 € und einem Arbeitsweg von 24 Kilometern, eine monatliche Nutzungspauschale von 356,00 €, zuzüglich der Fahrten zum Arbeitsplatz ($356 \times 0,03 \times 24 = 256,32$ €), insgesamt also 612,32 €. ²⁰³ Dieser geldwerte Vorteil der Dienstwagenüberlassung ist dem Bruttogehalt für die Ermittlung des steuerpflichtigen Lohns hinzuzurechnen.
- 47** Maßgeblich für die Ermittlung des Bruttolistenpreises ist der **Zeitpunkt der Erstzulassung** zuzüglich der Kosten für Sonderausstattungen einschließlich der Umsatzsteuer.²⁰⁴ Unter dem inländischen Listenpreis im Zeitpunkt der Erstzulassung i. S. d. § 6 Abs. 1 Nr. 4 Satz 2 EStG ist die an diesem Stichtag maßgebliche **Preisempfehlung des Herstellers** zu verstehen, die für den Endverkauf des tatsächlich genutzten Fahrzeugmodells auf dem inländischen Neuwagenmarkt gilt.²⁰⁵ Dieser Listenpreis gilt auch dann, wenn der Arbeitgeber das Fahrzeug als Leasingfahrzeug lediglich geleast hat oder ihm ein Rabatt beim Kauf des Neuwagens gewährt wurde.²⁰⁶ Auch die **Aufpreise** für werksseitig zusätzlich eingebaute Ausstattungen sind mit den Werten anzusetzen, die sich aus der Preisliste des Herstellers ergeben.²⁰⁷ Sie erhöhen den Listenpreis des Fahrzeugs entsprechend. Die 1 %-Regelung wird von der Rechtsprechung als eine grundsätzlich zwingende, stark typisierende und pauschalierende Bewertungsregelung aufgefasst.²⁰⁸ Deshalb bleiben **individuelle Besonderheiten** hinsichtlich der Art und der Nutzung des Dienstwagens grundsätzlich ebenso **unberücksichtigt** wie nachträgliche Änderungen des Fahrzeugwertes, beispielsweise durch **Einbau**

202 Werden nur Teilstrecken (bspw. bei park&ride) zurückgelegt, so ist nach BFH 4.4.2008, VI R 68/05, DB 2008, 1356, nur die tatsächlich mit dem Dienstwagen zurückgelegte Teilstrecke zugrunde zu legen.

203 Vgl. auch weitere Berechnungsbeispiele bei Hansen, AuA 7/03, 44; Keilich, AuA 2009, 264, 266; Küttner-Thomas, Dienstwagen, Rn. 26.

204 BFH 13.12.2012, VI R 51/11, DB 2013, 494.

205 BFH 16.2.2005, VI R 37/04, BB 2005, 1481; BFH 13.2.2003, X R 23/01, BB 2003, 1096.

206 BFH 13.2.2003, X R 23/01, BB 2003, 1096; Küttner-Thomas, Dienstwagen, Rn. 28; MASIG-Eckert, 280 Rn. 56.

207 Näher zu einzelnen Ausstattungen siehe Küttner-Thomas, Dienstwagen, Rn. 27, sowie Nägele, S. 250 ff.

208 BFH 7.11.2006, VI R 19/05, BB 2006, 2789.

von Zusatzausstattungen.²⁰⁹ Weiter bleibt im Rahmen der Anwendung der 1 %-Regelung der inländische Listenpreis auch dann Bemessungsgrundlage, wenn der Arbeitgeber das **Fahrzeug gebraucht angeschafft** hatte.²¹⁰ Gleiches gilt auch dann, wenn schon ein Großteil der Anschaffungskosten des Fahrzeugs als Betriebsausgaben (AfA) geltend gemacht worden war.²¹¹ § 6 Abs. 1 Nr. 4 Satz 2 EStG ist grundsätzlich auf jedes betriebliche Fahrzeug einzeln anzuwenden, das auch privat genutzt wird.²¹²

2. Fahrtenbuchmethode

Nach § 8 Abs. 2 Satz 4 EStG kann der Wert nach den Sätzen 2 und 3, nämlich der Wert der privaten Nutzung eines betrieblichen Kfz zu privaten Fahrten, statt mit der 1 %-Regelung auch mit dem auf die private Nutzung und die Nutzung zu Fahrten zwischen Wohnung und Arbeitsstätte entfallenden Teil der „gesamten Kraftfahrzeugaufwendungen“ angesetzt werden, wenn die durch das Kfz „insgesamt entstehenden Aufwendungen“ durch Belege und das Verhältnis der privaten Fahrten und der Fahrten zwischen Wohnung und Arbeitsstätte zu den übrigen Fahrten durch ein **ordnungsgemäßes Fahrtenbuch** nachgewiesen werden (sog. Fahrtenbuchmethode).²¹³ Der Begriff des ordnungsgemäßen Fahrtenbuchs ist **gesetzlich nicht näher bestimmt**. Aus dem Wortlaut und aus dem Sinn und Zweck der Regelung folgt allerdings, dass die dem Nachweis des zu versteuernden Privatanteils (Privatfahrten einschließlich der Fahrten zwischen Wohnung und Arbeitsstätte) an der Gesamtfahrleistung dienenden Aufzeichnungen eine hinreichende Gewähr für ihre Vollständigkeit und Richtigkeit bieten und mit vertretbarem Aufwand auf ihre materielle Richtigkeit hin überprüfbar sein müssen.²¹⁴ Dazu gehört auch, dass das Fahrtenbuch **zeitnah und in geschlossener Form** geführt worden ist.²¹⁵ Das Fahrtenbuch hat die nicht als Arbeitslohn zu erfassende anteilige berufliche Verwendung des Dienstwagens in einer schlüssigen Form

209 BFH 13.12.2012, VI R 51/11, DB 2013, 494; BFH 13.10.2010, VI R 12/09, NJW 2011, 1471; Küttner-Thomas, Dienstwagen, Rn. 27; a. A. Nägele, S. 252, sowie Urban, NJW 2011, 2465, 2467.

210 BFH 13.12.2012, VI R 51/11, DB 2013, 494; BFH 1.3.2001, IV R 27/00, BB 2001, 1133; MASIG-Eckert, 280 Rn. 56.

211 BFH 13.12.2012, VI R 51/11, DB 2013, 494; BFH 24.2.2000, III R 59/98, DB 2000, 1004.

212 BFH 13.6.2013, VI R 17/12, BB 2013, 3105; BFH 9.3.2010, VIII R 24/08, NJW 2010, 2831; Küttner-Thomas, Dienstwagen, Rn. 26; Urban, NJW 2011, 2465, 2567.

213 BFH 3.9.2015, VI R 27/14, NJW 2015, 3743; BFH 18.12.2014, VI R 75/13, BB 2015, 1634 m. w. N.

214 Grundlegend hierzu BFH 9.11.2005, VI R 27/05, NJW 2006, 2143 sowie BFH 16.11.2005, VI R 64/04, NJW 2006, 2063; vgl. Preis-Wagner, II D 20 Rn. 34 zu bestimmten Berufsgruppen, bei denen die Finanzverwaltung Erleichterungen vorsieht.

215 BFH 1.3.2012, VI R 33/10, NJW 2012, 2751.

zu belegen.²¹⁶ Die Aufzeichnungen müssen daher zu den geschäftlichen Reisen **Angaben** enthalten, anhand derer sich die **berufliche** Veranlassung der Fahrten **plausibel nachvollziehen** und gegebenenfalls auch **nachprüfen** lässt.²¹⁷ Hierfür hat das Fahrtenbuch neben dem **Datum** und den **Fahrtzielen** grundsätzlich auch den jeweils aufgesuchten **Kunden** oder **Geschäftspartner** bzw. – wenn ein solcher nicht vorhanden ist – den konkreten **Gegenstand** der dienstlichen Verrichtung (wie etwa den Besuch einer bestimmten behördlichen Einrichtung, einer Filiale oder einer Baustelle) aufzuführen.²¹⁸ Dabei ist **jede einzelne berufliche Verwendung** grundsätzlich für sich und mit dem bei Abschluss der Fahrt erreichten **Gesamtkilometerstand** des Fahrzeugs aufzuzeichnen.²¹⁹ Besteht allerdings eine einheitliche berufliche Reise aus mehreren **Teilabschnitten** (z.B. wenn nacheinander mehrere Kunden an verschiedenen Orten aufgesucht werden), so können diese Abschnitte miteinander zu einer zusammenfassenden Eintragung verbunden werden.²²⁰ Es genügt dann die Aufzeichnung des erst am Ende der gesamten Reise erreichten Kfz-Gesamtkilometerstands, wenn zugleich die einzelnen Kunden oder Geschäftspartner im Fahrtenbuch in der zeitlichen Reihenfolge aufgeführt werden, in der sie aufgesucht worden sind, sofern **nicht zwischenzeitlich eine Nutzungsänderung** durch eine private Fahrzeugverwendung erfolgt ist.²²¹ Die genannten Angaben müssen sich in **hinreichend übersichtlicher und geordneter Form** regelmäßig schon aus dem Fahrtenbuch selbst entnehmen lassen und dadurch eine stichprobenartige Überprüfung ermöglichen.²²²

- 49 Weist das Fahrtenbuch insoweit **kleinere Mängel** auf, kann es trotzdem noch ordnungsgemäß sein, wenn es noch eine hinreichende Gewähr für die Vollständigkeit und Richtigkeit der dort getroffenen Angaben bietet und der Nachweis des zu versteuernden privaten Anteils an der Gesamtfahrleistung des Dienstwagens möglich ist.²²³ Ein Fahrtenbuch gibt erst dann im gebotenen Umfang ohne die Möglichkeit nachträglicher Manipulation hinreichend Aufschluss über die Fahrten, wenn nicht nur die **Anzahl der gefahrenen Kilometer** in Form der zurückgelegten Strecke selbst, sondern auch die **Anfangs- und Endpunkte der**

216 BFH 16.3.2006, VI R 87/04, BB 2006, 977; vgl. auch *Urban*, NJW 2011, 2465, 246 („zeitgerecht und geordnet, vollständig und richtig“) unter Hinweis auf die §§ 145–149, 158 AO.

217 BFH 16.3.2006, VI R 87/04, BB 2006, 977; Küttner-Thomas, Dienstwagen, Rn. 23.

218 BFH 1.3.2012, VI R 33/10, NJW 2012, 2751; BFH 16.3.2006, VI R 87/04, BB 2006, 977.

219 BFH 1.3.2012, VI R 33/10, NJW 2012, 2751; BFH 9.11.2005, VI R 27/05, NJW 2006, 2143.

220 BFH 16.3.2006, VI R 87/04, BB 2006, 977.

221 BFH 1.3.2012, VI R 33/10, NJW 2012, 2751; BFH 16.3.2006, VI R 87/04, BB 2006, 977; Küttner-Thomas, Dienstwagen, Rn. 23.

222 BFH 16.3.2006, VI R 87/04, BB 2006, 977.

223 BFH 1.3.2012, VI R 33/10, NJW 2012, 2751.

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 **50**

V. Beispiel einer Dienstwagenüberlassungsvereinbarung

Eine Dienstwagenüberlassungsvereinbarung kann beispielsweise wie folgt lauten:²²⁹ **51**

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

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**

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; *ErfK-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 **geldwertem 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. Hromádka/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 **Staffelung** herausgebildet:**⁷⁴ **23**

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 Gleichmaßen 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 Anforder-

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 EftG, § 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; ErK-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 Schriker, 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 Werkmittler 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	1. Rechtsgrundlagen im Arbeits- verhältnis	5
II. Patente und Gebrauchsmuster . . .	2		

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 Patentes 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 Dienstserfindungen – auch gebundene Erfindungen genannt – und freie Erfindungen unterteilt. Eine Dienstserfindung 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.; *Oehlrich*, 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/Völz, 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 Anteilfaktor dazu führen, dass sich die Vergütung auf null reduziert; dennoch ist der Anteilfaktor immer hoch genug, dass dies für eine alleinige Reduzierung auf null nicht reicht.⁸¹ Erstens führt selbst die theoretisch geringste Punktzahl drei zu einem Anteilfaktor von 2% und zweitens ist die Bedeutung des Anteilfaktors 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 Cromegeal-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 – Cromegeal.

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

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.

zung der Erfindung nach Aufgabe des Schutzrechts ist nicht weiter zu vergüten, sie ist dann Stand der Technik.¹⁰⁶

f) Auskunft und Rechnungslegung

Zudem stehen dem Arbeitnehmer Ansprüche auf Auskunft (§ 242 BGB) und Rechnungslegung (§ 259 BGB) zu. Auch wenn sich keine gesetzlichen Regelungen im Arbeitnehmererfindungsgesetz finden, können die Regelungen des allgemeinen Patentrechts hierfür herangezogen werden, in denen der Auskunfts- und Rechnungslegungsanspruch im Verletzungsverfahren schon vor der gesetzlichen Teilnormierung (§ 140b PatG) anerkannt war. Zweck dieses Anspruches ist es, dass der Arbeitnehmer nachvollziehen kann, ob die periodisch gezahlte Vergütung der Höhe nach angemessen ist.¹⁰⁷ Es handelt sich hierbei um einen Hilfsanspruch, der sowohl schon bei beiderseitigen Verhandlungen zur Festlegung der Vergütung als auch zur späteren Nachprüfung einer evtl. Neufestsetzung geltend gemacht werden kann. Um dem Anspruch zu genügen, reicht es aus, wenn der Arbeitgeber die notwendigen Unterlagen einem Angehörigen eines zur Verschwiegenheit verpflichteten Berufs vorlegt.¹⁰⁸

Ursprünglich hat die Rechtsprechung den Anspruch sehr weit gefasst.¹⁰⁹ Als Schranke wurde dem Arbeitgeber nur ein berechtigtes Interesse an der Nichtvorlage zugestanden. Darunter wurde verstanden, dass der Arbeitgeber Geschäftsgeheimnisse aufgeben müsste.¹¹⁰ Zwar wurde dem Arbeitgeber zuerkannt, dass er nicht jegliche Informationen, die einen Nutzen für den Arbeitnehmer haben könnten, vorzulegen habe; vielmehr sei die Relation zwischen Nutzen für den Arbeitnehmer und dem Aufwand des Arbeitgebers abzuwägen.¹¹¹ Allerdings seien relevante Unterlagen und Informationen vorzulegen, wonach der Arbeitnehmer den Wert der Erfindung bestimmen könne, wozu auch der erwirtschaftete Gewinn zähle, den der Arbeitgeber mit der Erfindung erlangt hat. Diese Ansicht

106 BGH 13.11.1997, X ZR 132/95, GRUR 1998, 689, 694 f. – Copolyester II; *Bartenbach/Volz*, ArbNErfG, § 16 Rn. 24.

107 BGH 29.4.2003, X ZR 186/01, GRUR 2003, 789 – Abwasserbehandlung; BGH 13.11.1997, X ZR 132/95, GRUR 1998, 689, 691 f. – Copolyester II; BGH 13.11.1997, X ZR 6/96, GRUR 1998, 684, 687 – Spulkopf; BGH 17.5.1994, X ZR 82/92, GRUR 1994, 898, 899 f. – Copolyester.

108 BGH 17.5.1994, X ZR 82/92, GRUR 1994, 898, 900 – Copolyester.

109 BGH 29.4.2003, X ZR 186/01, GRUR 2003, 789 – Abwasserbehandlung; BGH 6.2.2002, X ZR 215/00, GRUR 2002, 609 – Drahtinjektionseinrichtung; BGH 13.11.1997, X ZR 132/95, GRUR 1998, 689 – Copolyester II; BGH 13.11.1997, X ZR 6/96, GRUR 1998, 684 – Spulkopf; BGH 17.5.1994, X ZR 82/92, GRUR 1994, 898 – Copolyester.

110 BGH 13.11.1997, X ZR 132/95, GRUR 1998, 689, 692 – Copolyester II; BGH 17.5.1994, X ZR 82/92, GRUR 1994, 898, 900 – Copolyester.

111 BGH 13.11.1997, X ZR 6/96, GRUR 1998, 684, 688 – Spulkopf.

hat der BGH mit der Entscheidung „Türinnenverstärkung“ aufgegeben. Es seien nur die Informationen offenzulegen, die geeignet seien, den Erfindungswert zu bestimmen, dabei sei auf den Einzelfall abzustellen. Dies seien bei der Lizenzanalogie die Stückzahl und der Umsatz pro Stück, wobei letzterer bei entsprechender technischer-wirtschaftlicher Bezugsgröße nur auf die Erfindung zu beziehen ist.¹¹² Entgegen seiner früheren Auffassung sei der Arbeitnehmererfinder hingegen nicht gegenüber dem freien Erfinder benachteiligt, da er durch die verbesserten Möglichkeiten zur Informationsbeschaffung den Wert nun selbstständig bestimmen könne.¹¹³ Es besteht allerdings die Möglichkeit, dass im Einzelfall weitere Angaben durch den Arbeitgeber gemacht werden müssen.¹¹⁴

- 45a** Bei Verwendung im Konzern bleibt das den Arbeitnehmer beschäftigende Unternehmen Anspruchsgegner auf Auskunft und Rechnungslegung, nicht jedoch Dritte konzernangehörige Unternehmen. Ein genereller Anspruch auf Auskunft gegenüber dem dritten Unternehmen besteht nicht.¹¹⁵ Wird die Erfindung aber durch ein anderes konzernangehöriges Unternehmen verwertet, so hat der konzernangehörige Arbeitgeber zur Erfüllung des Anspruchs des Arbeitnehmers die relevanten Informationen in zumutbarer Weise – mit Nachdruck – einzuholen.¹¹⁶

g) Berechtigte Geheimhaltung

- 46** Der Arbeitgeber kann auch berechtigte Gründe haben, die Erfindung nicht als Patent oder Gebrauchsmuster anzumelden. Vor allem dann, wenn mit der damit verbundenen Offenbarung der Erfindung relevante Geschäftsgeheimnisse preisgegeben würden und im Rahmen der Vermarktung des Produktes die technische Lehre der Erfindung durch Dritte nicht erkannt werden kann. Dies kann insbesondere bei Verfahren vorkommen.¹¹⁷ Für eine Vergütungspflicht muss er jedoch die Schutzfähigkeit anerkennen (§ 17 Abs. 1 ArbNErfG); wird die Schutzfähigkeit verneint, so ist die Schiedsstelle anzurufen (§ 17 Abs. 2 ArbNErfG). Sofern die Schutzfähigkeit feststeht, hat der Arbeitgeber genauso zu vergüten wie bei einem bestehenden Schutzrecht; es gelten die Grundsätze des § 9 ArbNErfG ohne Abzüge.¹¹⁸ Der Arbeitgeber hat zudem die Nachteile, die aus der Nichtanmeldung entstehen, ebenfalls zu vergüten (§ 17 Abs. 3 ArbNErfG). Die Vergü-

¹¹² BGH 17.11.2009, X ZR 137/07, GRUR 2010, 223, 225 – Türinnenverstärkung.

¹¹³ Kritisch hierzu *Jesgarzewski*, BB 2011, 2933, 2935.

¹¹⁴ *Volz*, GRUR 2010, 865, 869 f.

¹¹⁵ *Bartenbach/Volz*, ArbNErfVergRL, Einleitung Rn. 88.

¹¹⁶ BGH 17.11.2009, X ZR 137/07, GRUR 2010, 223, Rn. 40 – Türinnenverstärkung; OLG Frankfurt a. M. 7.12.2017, 6 U 204/16, GRUR-RS 2017, 138234.

¹¹⁷ *Bartenbach/Volz*, ArbNErfG, § 17 Rn. 3 ff.

¹¹⁸ *Bartenbach/Volz*, ArbNErfG, § 17 Rn. 59; *Bartenbach/Volz*, GRUR 1982, 133, 139.

tung ist so lange zu zahlen, wie das Schutzrecht bestehen würde und solange die Monopolstellung des Arbeitgebers bestehen bleibt.¹¹⁹

h) Abweichende Regelungen und pauschale Vergütung

Von den Regelungen des ArbNErfG kann nicht durch eine im Vorhinein geschlossene Vereinbarung – insbesondere auch nicht durch den Arbeitsvertrag, durch Tarifverträge oder durch Betriebsvereinbarungen – zulasten des Arbeitnehmers abgewichen werden (§ 22 Satz 1 ArbNErfG). Eine solche Vereinbarung ist nichtig (§ 134 BGB). Nach Erfindungsmeldung können jedoch abweichende Vereinbarungen getroffen werden (§ 22 Satz 2 ArbNErfG). Diese können allerdings nach den allgemeinen Regelungen des bürgerlichen Rechts oder nach der Unbilligkeitsregelung des § 23 Abs. 1 Satz 1 ArbNErfG unwirksam sein. Für den Fall, dass eine Vereinbarung unbillig ist und dies zulasten des Arbeitgebers geht, trägt der Arbeitgeber das Risiko für eine solche Unbilligkeit. Der Arbeitnehmer dagegen ist im umgekehrten Fall nicht zu einer Rückzahlung verpflichtet (§ 12 Abs. 6 Satz 2 ArbNErfG). Für die Geltendmachung gilt jedoch die Ausschlussfrist von sechs Monaten nach Ablauf des Arbeitsverhältnisses, wobei diese in Textform erfolgen muss (§ 23 Abs. 2 ArbNErfG).

Möglich ist es aber, von den Regelungen der Richtlinie abzuweichen und dabei andere Vergütungsregelungen zugrunde zu legen; hierbei sind auch unternehmensinterne Vergütungsrichtlinien denkbar. Sofern durch diese Regelungen eine angemessene, am Erfindungswert orientierte und periodisch gezahlte Vergütung im Sinne der §§ 9 ff. ArbNErfG zustande kommt, sind diese unproblematisch. Allerdings ist fraglich, ob sich der Aufwand für eine unternehmensinterne Richtlinie – insbesondere für kleine und mittelständische Unternehmen – lohnt.¹²⁰ Gerade im Hinblick auf die Konformität der Regelungen des ArbNErfG sind hierbei hohe rechtliche Hürden zu beachten.¹²¹ Bei einer Abweichung der Regelungen des ArbNErfG muss der Arbeitgeber für jede Erfindung – nach Erfindungsmeldung – mit dem Arbeitnehmer eine entsprechende Vereinbarung treffen. Sollte der Arbeitnehmer einer solchen Vereinbarung nicht zustimmen, so hat der Arbeitgeber weiterhin nach den Grundsätzen des ArbNErfG zu verfahren.

Von besonderem Interesse sind Vereinbarungen über eine Pauschalvergütung. Die Parteien sind frei darin – nach Erfindungsmeldung – eine Pauschalvergütungsvereinbarung zu treffen.¹²² Es sprechen in vielen Fällen Gründe dafür, vom starren Vergütungsmodell des ArbNErfG und der Richtlinie abzuweichen und

119 BGH 29.9.1987, X ZR 44/86, GRUR 1988, 123, 124 – Vinylpolymerisate.

120 Witt, GRUR-Prax 2016, 519.

121 Bartenbach/Volz, ArbNErfVergRL, Einleitung Rn. 137 f.

122 Beispiel einer Pauschalvergütungsvereinbarung in MASIG-Göpfert, 52 Rn. 21.

Kap. 35 Vergütung für Arbeitnehmererfindungen

ein Modell mit pauschaler Vergütung zu wählen. Die meisten Arbeitnehmererfindungen sind integrative Erfindungen und machen oft nur einen sehr kleinen Teil eines vertriebenen Produktes aus, zudem kann dieses Produkt selbst wieder aus sehr vielen einzelnen Erfindungen bestehen. Ferner ist überhaupt fraglich, ob das Schutzrecht jemals gewährt wird. Der Arbeitnehmer erhält bei einer pauschalen Vergütung einen Geldbetrag unabhängig davon, ob das Schutzrecht erteilt wird oder nicht. Der Arbeitgeber ist im Gegenzug von weiteren Verpflichtungen, insbesondere von der problematischen Verpflichtung zur Auskunft und Rechnungslegung, frei. Ob der wiederkehrende Verwaltungsaufwand durch die Vergütungsregelung des ArbNErfG jedoch wirklich so hoch ist wie behauptet,¹²³ darf im Hinblick auf moderne Möglichkeiten der EDV-gestützten Berechnung aber bezweifelt werden.¹²⁴

- 50** Sofern sich die Höhe der Pauschalvergütung am Erfindungswert orientiert, bestehen indessen kaum Bedenken, dass die Pauschalvergütung unbillig ist.¹²⁵ In dem Fall, in welchem keinerlei Beziehung zum Erfindungswert besteht, ist die Möglichkeit einer unbilligen Vereinbarung allerdings ungleich höher, vor allem wenn sich die Pauschalvergütung generell an Durchschnittsbeträgen orientiert.¹²⁶ Um der Gefahr der Unbilligkeit zu entgehen, kann es sinnvoll sein, eine gestaffelte pauschale Vergütung zu zahlen.¹²⁷ Die erste Pauschale mit Inanspruchnahme der Erfindung, die zweite Pauschale im Falle einer Schutzrechtserteilung und gegebenenfalls weitere Pauschalen bei wirtschaftlichem Erfolg der Erfindung.
- 51** Teilweise wird gefordert, das System der Vergütung grundsätzlich auf eine Pauschalvergütung umzustellen, da hierdurch eine bürokratische Entlastung des Arbeitgebers zu erreichen sei.¹²⁸ Allerdings soll die Vergütung für den Arbeitnehmererfinder gerade nicht eine gesonderte Leistung des Arbeitnehmers entlohnen, sondern stellt nur einen Ausgleich des wirtschaftlichen Werts der Erfindung dar, der durch die erlangte Monopolstellung des Unternehmens entsteht (s. Rn. 12). Insoweit sind generelle Pauschalvergütungen kritisch zu sehen. Dies schließt jedoch nicht aus, dass eine Pauschalvergütung in vielen Fällen sinnvoll sein kann. Insbesondere bei integrativen Erfindungen kann eine Pauschalvergütung aus Sicht beider Parteien eine sinnvolle Lösung sein, ohne dass einer der beiden Parteien ein unverhältnismäßig hoher Nachteil entstehen würde. Wenn sich dann zudem – aufgrund des geringen Erfindungswertes – die zu erwartende

123 *Hohagen/Burghart*, GRUR-Prax 2014, 317; *Trimborn*, Mitt. 2006, 160.

124 *Witt*, GRUR-Prax 2016, 519.

125 *Trimborn*, Mitt. 2006, 160, 163 f.

126 *Trimborn*, Mitt. 2006, 160, 162 f.; *Witt*, GRUR-Prax 2016, 519, 520.

127 In Verbindung mit Incentive-Systemen auch bei *Hohagen/Burghart*, GRUR-Prax 2014, 317, 318.

128 *Kraßer/Ann*, § 21 Rn. 159 ff.; kritisch *Strauß*, FS Bartenbach, S. 111, 117 ff.

Vergütung des Arbeitnehmers gerade noch oberhalb des Nullfalls befindet, ist eine generelle Pauschalvergütung für den Arbeitnehmer vorteilhaft. In dem selteneren Fall, dass die Erfindung des Arbeitnehmers alleine wirtschaftlich verwertbar ist oder in Verbindung mit bisherigen Erfindungen eine maßgebliche Verbesserung der wirtschaftlichen Situation des Arbeitgebers hervorbringt, sollte aber weiterhin nach den bisherigen Grundsätzen der periodischen Vergütung verfahren werden.

i) Incentive-Systeme

In der Praxis bietet es sich an, die Vergütung für Erfindungen mit einem Förderungssystem zur Schaffung von Innovation zu verbinden (sog. Incentive-Systeme).¹²⁹ Ein Incentive-Systeme dient vordergründig nicht als Ersatz der gesetzlich geschuldeten Vergütung des Arbeitnehmererfinders, sondern der Schaffung eines Innovationsanreizes beim Arbeitnehmer. Daher ist die Vergütung zunächst nur eine Zusätzliche.¹³⁰ Darüber hinaus bietet es sich an, das Incentive-System mit einer pauschalisierten Erfindervergütung zu verbinden. Im Gegensatz zur bisher dargelegten Erfindervergütung besteht bei Wegfall ihrer aufwendigen Berechnung, ein Vorteil sowohl für den Arbeitgeber als auch für den Arbeitnehmer.¹³¹ Der Vorteil für den Arbeitgeber besteht – neben der Förderung der Innovation im Betrieb – darin, dass er von gewissen Verpflichtungen frei wird. Der Arbeitnehmer erlangt demgegenüber eine garantierte und schnelle Vergütung, unabhängig von einem späteren Schutz seiner Erfindung.

Wird das Incentive-System nur zur Innovationsförderung betrieben, handelt es sich um eine freiwillige Leistung des Arbeitgebers. Zahlungen können sowohl pauschalisiert als auch zeitlich gestaffelt erfolgen. Die Beurteilung erfolgt ähnlich den Verbesserungsvorschlägen (s. Rn. 77 ff.). Soll mit dem Incentive-System aber auch die Erfindungsvergütung erfolgen, kann sich diese sowohl an der ArbNErfVergRL¹³² oder an eignen Richtlinien orientieren, als auch pauschal erfolgen. Bei Letzterem sind die Besonderheiten der Pauschalvergütung zu beachten (s. Rn. 49 ff.).

Weiterhin bietet es sich für den Arbeitgeber an, sich von den Verpflichtungen, die mit der Inanspruchnahme entstehen zu befreien, indem die Rechte des Arbeitnehmers abgekauft werden. Von Interesse sind hier vor allem die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Schutzrechtsanmeldung im Inland (§ 13 Abs. 1 ArbNErfG), die Verpflichtung der Freigabe der Erfindung für das Ausland bei nicht erfolgter Auslandsanmeldung (§ 14 Abs. 2 ArbNErfG) und die Übertragungsver-

129 Vgl. Franke/Steiling, FS 50 Jahre VPP, S. 281 ff.

130 Witt, GRUR-Prax 2016, 519, 520.

131 Hohagen/Burghart, GRUR-Prax 2014, 317, 318; Trimborn, Mitt. 2006, 160, 164.

132 Boemke/Kursawe-Engemann, ArbNErfG, § 9 Anh. Rn. 467.

Kap. 35 Vergütung für Arbeitnehmererfindungen

pflichtung des Schutzrechts an den Arbeitnehmer bei Aufgabe oder Nichtanmeldung der Erfindung (§ 16 Abs. 1 ArbNErfG).¹³³ Möglich ist aber auch der Erwerb aller Rechte des Arbeitnehmers aus dem ArbNErfG.¹³⁴ Ein solcher Rechtserwerb ist dem Arbeitnehmer – über die Erfindervergütung hinaus – gesondert zu vergüten.¹³⁵ Wie auch bei der Pauschalvergütung bestehen hier gewisse Risiken hinsichtlich der Unbilligkeit der Vergütung, welche für jedes Recht einzeln überprüft werden müssen.¹³⁶ Zudem können die Rechte aufgrund der Unabdingbarkeit der Regelungen des ArbNErfG (§ 22 Satz 1 ArbNErfG) nicht im Vorhinein erworben werden, sondern erst nach Erfindungsmeldung (s. Rn. 47).

3. Vergütung für freie Erfindungen

- 53 Die Vergütung von freien Erfindungen wird im ArbNErfG nicht geregelt. Der Arbeitnehmer hat – soweit die Erfindung in den Bereich des Betriebes fällt – dem Arbeitgeber ein nicht ausschließliches Benutzungsrecht zu angemessenen Bedingungen einzuräumen (§ 19 Abs. 1 ArbNErfG). Diese Rechtseinräumung hat jedoch nicht ohne Gegenleistung des Arbeitgebers zu erfolgen. Sofern der Arbeitgeber auf dieses nicht ausschließliche Nutzungsrecht zugreift, unterliegen die Höhe der Vergütung sowie die weiteren Bedingungen der freien Verhandlung der Vertragsparteien. Der Arbeitnehmer ist dem freien Erfinder gleichgestellt.¹³⁷ Sollten sich die Vertragsparteien nicht einigen, so können die Bedingungen gerichtlich festgelegt werden (§ 19 Abs. 3 ArbNErfG). Im Falle wesentlicher Änderungen können die Bedingungen später auch angepasst werden (§ 19 Abs. 4 ArbNErfG).

4. Nicht unter das ArbNErfG fallende Personengruppen

- 54 Die Vergütung für Organmitglieder, etwa für Geschäftsführer von GmbHs oder Vorstände von Aktiengesellschaften oder öffentlich-rechtlichen Körperschaften, richtet sich nicht nach den Regelungen des ArbNErfG. Folglich sind diese Personengruppen zunächst wie freie Erfinder zu behandeln. Sofern sich die juristische Person, für die das Organmitglied tätig ist, ein Zugriffsrecht auf die Erfindung sichern möchte, so muss sie dies vertraglich mit dem Organmitglied regeln. Hierbei sind auch die Vergütungsfragen zu klären. Sie unterliegen – wie auch bei

133 *Bartenbach/Volz*, ArbNErfVergRL, Einleitung Rn. 133; *Boemke/Kursawe-Engemann*, ArbNErfG, § 9 Anh. Rn. 465; *Hohagen/Burghart*, GRUR-Prax 2014, 317, 318; *Trimborn*, Mitt. 2006, 160, 164.

134 *Franke/Steiling*, FS 50 Jahre VPP, S. 281 ff.

135 *Bartenbach/Volz*, ArbNErfVergRL, Einleitung Rn. 133; *Boemke/Kursawe-Engemann*, ArbNErfG, § 9 Anh. Rn. 469.

136 Schiedsstelle vom 18.7.2012, Arb.Erf. 30/10.

137 *Bartenbach/Volz*, ArbNErfG, § 19 Rn. 20 ff.

freien Erfindern – grundsätzlich der freien Verhandlung der Vertragsparteien. Es besteht allerdings die Möglichkeit, im Rahmen des Vertrags zwischen dem Organmitglied und der juristischen Person die Regelungen des ArbNErfG für sinngemäß anwendbar zu erklären.¹³⁸

III. Urheberrechte

Urheberrechtlich geschützte Werke sind persönliche geistige Schöpfungen der Literatur, Wissenschaft oder Kunst (§§ 1, 2 Abs. 1 UrhG). Vorausgesetzt wird eine gewisse Schöpfungshöhe, wobei diese nicht zu hoch angesetzt werden darf. Vielmehr sind auch einfache Werke, die sog. „kleine Münze“, geschützt.¹³⁹ Im Urheberrecht gilt das Schöpferprinzip des § 7 UrhG, wonach das Urheberrecht immer in der Person des Urhebers entsteht. Urheber ist derjenige, der das Werk schafft, daher immer eine natürliche Person. Im Arbeitsverhältnis entsteht damit das Urheberrecht meist in der Person des Arbeitnehmers.¹⁴⁰ Es entsteht eo ipso mit dem Schöpfungsakt ohne staatliche Verleihung oder Anmeldung und erlischt 70 Jahre nach dem Tod des letzten beteiligten Urhebers (§§ 64 f. UrhG). Das Urheberrecht ist unter Lebenden nicht übertragbar (§ 29 Abs. 1 UrhG), möglich ist aber die derivative Einräumung von Nutzungsrechten (§§ 29 Abs. 2, 31 UrhG). Es stellt sich hierbei die Frage, ob und gegebenenfalls wie der Arbeitgeber solche Werke zu vergüten hat, sofern er überhaupt ein Zugriffsrecht auf das Werk hat. **55**

1. Rechtsgrundlagen im Arbeitsverhältnis

Entgegen der Situation im Patentrecht gibt es im Urheberrecht keine dem ArbNErfG äquivalenten Regelungen. Die einzigen Regelungen zum Urheber im Arbeitsverhältnis finden sich in §§ 43, 69b UrhG, wobei § 69b UrhG eine Sonderregelung für Computerprogramme ist (s. Rn. 71 ff.). Bei der Rechtsnatur des § 43 UrhG ist davon auszugehen, dass dieser die Gültigkeit des Unterabschnittes über Nutzungsrechte auch auf den Arbeitsvertrag normiert und abweichende Vereinbarungen für zulässig erachtet, soweit sich aus dem Wesen des Arbeitsverhältnisses nichts Gegenteiliges ergibt. Insoweit wird nur die zwingende Geltung einzelner Normen des Unterabschnittes eingeschränkt.¹⁴¹ Weitere Regelungen – **56**

138 BGH 10.5.1988, X ZR 89/87, GRUR 1988, 762, 763 – Windform; BGH 22.10.1964, Ia ZR 8/64, GRUR 1965, 302, 304 ff. – Schellenreiskupplung.

139 Vgl. *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 292 ff.

140 Dass das Urheberrecht direkt in der Person des Arbeitgebers entsteht, ist allenfalls dann denkbar, wenn der Arbeitgeber Einzelunternehmer ist und selbst das Werk schafft.

141 BGH 15.5.2010, I ZR 209/07, GRUR 2011, 59, 60 – Lärmschutzwand; Dreier/Schulze-Dreier, § 43 UrhG Rn. 15 ff.; *Konertz*, Das Arbeitnehmerurheberrecht an Hoch-

Kap. 35 Vergütung für Arbeitnehmererfindungen

insbesondere Vergütungsregelungen – sind diesem nicht zu entnehmen. § 43 UrhG dient insbesondere nicht der Sicherung der Äquivalenz zwischen der (geistigen) Leistung des Arbeitnehmers und der gezahlten Vergütung des Arbeitgebers.¹⁴² Daher regelt sich Weiteres durch den Arbeitsvertrag und die allgemeinen weiteren – dem Wesen nach anwendbaren – Regelungen des UrhG.

- 57 Es ist zunächst danach zu unterscheiden, ob der Arbeitgeber überhaupt ein Zugriffsrecht auf das urheberrechtlich geschützte Werk hat und erst danach, inwieweit dieses Werk dem Arbeitnehmer gegenüber zu vergüten ist, insbesondere ob eine gesonderte Vergütung zu zahlen ist. Für die bessere Differenzierung ist es von Vorteil, auch im Urheberrecht – angelehnt an das Patentrecht – zwischen den Kategorien des Pflichtwerkes und des freien Werkes zu differenzieren.¹⁴³
- 58 Pflichtwerke sind die Werke, um dessen Schaffung sich der Arbeitnehmer im Rahmen seines Arbeitsverhältnisses zu bemühen hat. Welche Werke das sind, richtet sich nach dem ursprünglichen Arbeitsvertrag, dessen Änderungen¹⁴⁴ oder nach der Konkretisierung durch das Weisungsrecht des Arbeitgebers.¹⁴⁵ Alle anderen Werke sind freie Werke. Im Gegensatz zum Arbeitnehmererfindungsrecht gibt es kein allgemeines Zugriffsrecht des Arbeitgebers auf alle Werke, die ein Arbeitnehmer schafft. Auch eine analoge Anwendung des § 19 ArbNErfG¹⁴⁶ scheidet aus.¹⁴⁷ Wenn der Arbeitnehmer solche Werke während der Arbeitszeit schafft und deren Schaffensverpflichtung nicht auf das Arbeitsverhältnis zurückzuführen ist, hat der Arbeitgeber darauf keinen Zugriff. Vielmehr hat der Arbeitnehmer während der Arbeitszeit nicht geleistet und es gelten die Regelungen der Leistungsstörung im Arbeitsverhältnis.¹⁴⁸ Teilweise wird in der Literatur vertreten, dass Werke mit einem Bezug zum Arbeitsverhältnis – beispielsweise, weil sie mit Erfahrung aus dem Arbeitsverhältnis geschaffen worden sind – dem Arbeitgeber anzubieten seien.¹⁴⁹ Dies ist abzulehnen, eine Rechtspflicht lässt sich weder aus dem Gesetz noch aus dem Arbeitsverhältnis herleiten. Die teilweise

schulen, S. 74 ff.; *Ulrici*, Vermögensrechtliche Grundfragen, S. 127 ff.; *Fuchs*, GRUR 2006, 561, 565; a. A. *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 1113 ff.

142 *Ulrici*, Vermögensrechtliche Grundfragen, S. 94 ff.

143 *Berger/Wündisch-Wündisch*, § 13 Rn. 11; *Kraßer/Schricker*, S. 97; *Rehbinder/Peukert*, Rn. 931 ff.; *Riesenhuber*, NZA 2004, 1363, 1364.

144 Vgl. *Hromadka*, RdA 1992, 234, 236 ff.

145 Für Weisungen, die über das Arbeitsverhältnis hinausgehen, vgl. *Ulrici*, Vermögensrechtliche Grundfragen, S. 26 ff.

146 So noch *Schmieder*, GRUR 1963, 297, 299; *Westen*, JR 1967, 401, 407 f.

147 *Dreier/Schulze-Dreier*, § 43 UrhG Rn. 25; *MüArbR-Bayreuther*, § 99 Rn. 29; *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 1117.

148 Ebenso *Wandtke/Bullinger-Wandtke*, § 43 UrhG Rn. 35 f.; *Kraßer*, FG Schricker, S. 77, 93.

149 *Haberstumpf*, ZUM 2001, 819, 825; *Möhring/Nicolini-Lindhorst*, § 43 UrhG, Rn. 8; *Rehbinder*, FS Hubmann, S. 359, 361; für manche Werke auch *Fromm/Nordemann-Nordemann*, § 43 UrhG Rn. 25 f.

Rückbesinnung auf das im Arbeitsrecht nicht mehr vertretene Konzept der Treuepflicht¹⁵⁰ geht fehl. Insoweit stehen alle Rechte an freien Werken dem Arbeitnehmer zu. Einzig aus §§ 241 Abs. 2, 242 BGB kann sich eine Pflicht zum Unterlassen – als Nebenpflicht des Arbeitnehmers¹⁵¹ – herleiten, das freie Werk nicht derart zu verwerten, dass die Verwertung dem Arbeitgeber schadet.

Liegt ein Pflichtwerk vor, dann hat der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber ein Nutzungsrecht einzuräumen. Im Urheberrecht gilt sowohl das Trennungs- als auch das Abstraktionsprinzip: Schuldrechtliche Grundlage zur Einräumung des Nutzungsrechts ist in der Regel der Arbeitsvertrag,¹⁵² die Einräumung des Nutzungsrechts selbst ist eine unabhängig wirksame Verfügung.¹⁵³ Problematisch ist die Regelung des Schriftformerfordernisses bei der Gattung nach geschuldeten zukünftigen Werken (§ 40 Abs. 1 UrhG). Überwiegende Teile des Schrifttums neigen dazu, die Regelung für unvereinbar mit dem Wesen des Arbeitsverhältnisses zu erklären.¹⁵⁴ Ob der Arbeitnehmerurheber allerdings weniger schutzbedürftig ist als der freie Urheber – insbesondere im Hinblick auf die Warnfunktion der Norm¹⁵⁵ – ist fraglich. Im Zweifel empfiehlt es sich, im Arbeitsvertrag eine Verpflichtung zur Einräumung aller Nutzungsrechte an allen zukünftigen – im Rahmen des Arbeitsverhältnisses – geschaffenen Werken zu vereinbaren.¹⁵⁶ **59**

Die Einräumung eines derivativen Nutzungsrechts (§§ 413, 398 BGB analog) **60** findet dagegen meist konkludent statt, entweder bei Abgabe des Werks an den Arbeitgeber oder durch eine Vorausverfügung.¹⁵⁷ Sofern keine gesonderte Vereinbarung über den Umfang der Rechtseinräumung getroffen wurde, gilt grundsätzlich die Zweckübertragungsregel (§ 31 Abs. 5 UrhG),¹⁵⁸ wonach der Urheber im Zweifel nur die Rechte übertragen möchte, die dem Zweck nach notwendig

150 Staudinger-Richardi/Fischinger, § 611 BGB Rn. 1162 f.; Boemke, S. 384 f.

151 Die Treuepflicht ablehnend auch Staudinger-Richardi/Fischinger, § 611 BGB Rn. 1167; Hromadka/Maschmann, § 6 Rn. 96 ff.

152 Schricker/Loewenheim-Rojahn, § 43 UrhG Rn. 38; Wandtke/Bullinger-Wandtke, § 43 UrhG Rn. 47.

153 Loewenheim-Nordemann, § 28 Rn. 4; Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 589 ff.; nur für die Übertragung bestehender Nutzungsrechte bejahend Schricker/Loewenheim-Ohly, § 31 UrhG Rn. 19.

154 Schricker/Loewenheim-Peukert, § 40 UrhG Rn. 20; Schricker/Loewenheim-Rojahn, § 43 UrhG Rn. 44; Kraßer, FG Schricker, S. 77, 93; Ulrici, Vermögensrechtliche Grundfragen, S. 222; Balle, NZA 1997, 868, 871.

155 BT-Drs. II/270, S. 59 f.

156 Ebenso Wandtke/Bullinger-Wandtke, § 40 UrhG Rn. 4; Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 1119.

157 Schricker/Loewenheim-Rojahn, § 43 UrhG Rn. 45 ff.; MüArbR-Bayreuther, § 99 Rn. 7; Balle, NZA 1997, 868, 870; Riesenhuber, NZA 2004, 1363, 1364.

158 BGH 15.5.2010, I ZR 209/07, GRUR 2011, 59, 60 – Lärmschutzwand.

Kap. 35 Vergütung für Arbeitnehmererfindungen

sind. Hierbei wird im Arbeitsverhältnis auf den Betriebszweck abgestellt.¹⁵⁹ Aufgrund des Abstraktionsprinzips ist die Wirksamkeit der Nutzungsrechtseinräumung von der Wirksamkeit des Arbeitsvertrags unabhängig.

- 61 Sofern mehrere Personen an der Schaffung des Werkes beteiligt sind, sind sie Miturheber am Werk (§ 8 Abs. 1 UrhG). Es ist für jeden Urheber einzeln zu klären, ob dies ein Pflichtwerk oder ein freies Werk ist. Die Vergütung ist dann gegenüber jeder einzelnen Partei anhand ihres Beitrags zu ermitteln.

2. Vergütung für Pflichtwerke

- 62 Erst wenn dem Arbeitgeber ein Zugriffsrecht auf das Werk zusteht, ist die Vergütungsfrage zu klären. Für die Vergütung von zur Schaffung von Werken tätigen Arbeitnehmern gilt die **Einheits- bzw. Abgeltungstheorie**. Danach besteht ein Zusammenhang zwischen dem Arbeitsentgelt und der Verpflichtung zur Nutzungsrechtseinräumung. Die teilweise vertretene **Trennungstheorie**, nach der das aus dem Arbeitsverhältnis resultierende Arbeitsentgelt von der Verpflichtung zur Nutzungsrechtseinräumung völlig losgelöst zu betrachten sei und damit das Arbeitsentgelt und das Entgelt für die Einräumung der Nutzung auseinanderfallen würde,¹⁶⁰ ist abzulehnen. Sie missachtet das synallagmatische Verhältnis im Arbeitsverhältnis,¹⁶¹ auch wenn bei entsprechender Verrechnung das gleiche Ergebnis zu erwarten ist. Allerdings kann eine Vergütung sowohl aus arbeitsrechtlichen als auch – im Sonderfall – aus urheberrechtlichen Regelungen hergeleitet werden. Somit ist zwischen einer arbeitsrechtlichen, tätigkeitsbezogenen Vergütung und einer urheberrechtlichen, werkbezogenen Vergütung zu trennen.¹⁶²

a) Tätigkeitsbezogene Vergütung

- 63 Die tätigkeitsbezogene Vergütung resultiert in der Regel aus dem Arbeitsvertrag und ist der **Regelfall** der Vergütung des Arbeitnehmers. Dieser erhält das vereinbarte Arbeitsentgelt für seine Tätigkeit unabhängig vom Erfolg. Sofern er sich um Werkschöpfung zu bemühen hat, ist die Nutzungsrechtseinräumung an solchen Werken mit dem Arbeitsentgelt abgegolten.¹⁶³ Ist das eingeräumte Nutzungsrecht des Arbeitnehmers nicht durch den Arbeitsvertrag gedeckt und han-

159 Dreier/Schulze-Dreier, § 43 UrhG Rn. 20; Schricker/Loewenheim-Rojahn, § 43 UrhG Rn. 48 ff.; Wandtke/Bullinger-Wandtke, § 43 UrhG Rn. 54 ff.; Grobys/Foerstl, NZA 2002, 1015, 1016.

160 Wandtke/Bullinger-Wandtke, § 43 UrhG Rn. 136 ff.

161 Ebenso Berger, ZUM 2003, 173, 175.

162 Ulrici, Vermögensrechtliche Grundfragen, S. 285.

163 Dreier/Schulze-Dreier, § 43 UrhG Rn. 30 ff.; Schricker/Loewenheim-Rojahn, § 43 UrhG Rn. 64.

delt es sich bei der Nutzungsrechtseinräumung um eine qualitative oder quantitative Mehrleistung, ist die Verpflichtung zur Zahlung einer weiteren Vergütung möglich. Wenn keine Regelung aus Arbeitsvertrag oder Tarifvertrag vorliegt, gilt § 612 Abs. 1 BGB.¹⁶⁴ Als quantitative Mehrleistung ist hier beispielsweise der Fall denkbar, dass der Arbeitnehmer außerhalb der Arbeitszeit an der eigentlichen Werkschöpfung arbeitet;¹⁶⁵ dies ist dann mit der Situation bei Überstunden vergleichbar (s. Kap. 32 Rn. 20 ff.). Qualitative Mehrleistung liegt beispielsweise vor, wenn der Arbeitnehmer während der Werkschaffung mehr schafft, als der Arbeitgeber eigentlich von diesem erwarten kann,¹⁶⁶ also eine höherwertige Leistung erbringt.¹⁶⁷

b) Werkbezogene Vergütung

Auch im Urheberrechtsgesetz sind Vergütungsregeln normiert. Dabei handelt es sich um gesetzliche werkbezogene Vergütungsansprüche oder sonstige vergütungsbezogene Ansprüche, die nicht am Arbeitsverhältnis, sondern am Werk anknüpfen. Diese sind im Unterabschnitt „Nutzungsrechte“ (§§ 31–44 UrhG) in den §§ 32 bis 32a und §§ 32c bis 32e UrhG normiert und somit ebenfalls vom Verweis des § 43 UrhG erfasst.¹⁶⁸ Ihr jeweiliger Tatbestand ist jedoch nur erfüllt, wenn eine Vergütung nicht dem angemessenen Äquivalent für die Rechtseinräumung entspricht, wobei der Gesetzgeber hierbei eigentlich den frei tätigen Urheber im Fokus hatte.¹⁶⁹ Die grundsätzliche Anwendung im Arbeitsverhältnis ist fraglich. Teilweise wird das Argument vorgebracht, dass hiermit eine „mittelbare gerichtliche Billigkeitskontrolle“ der Entgeltabrede eingeführt wird, die dem Arbeitsrecht fremd sei.¹⁷⁰ Allerdings ist dem Gesetz zu entnehmen, dass sich der Gesetzgeber bewusst für eine Geltung im Arbeitsverhältnis entschieden hat. Dem Wortlaut nach bestehen Ausnahmen für den Fall, dass tarifvertragliche Regelungen etwas abweichendes bestimmen. Die §§ 32 Abs. 1 Satz 3, 32a Abs. 1, 32d Abs. 1, 32e Abs. 1 UrhG sind gem. §§ 32 Abs. 4, 32a Abs. 4, 32d Abs. 3, 32e Abs. 3 UrhG bei abweichenden tarifvertraglichen Regelungen nicht anwendbar. Da der Gesetzgeber keine Beschränkung des Wortlautes auf arbeitnehmerähnliche Personen im Sinne des § 12a TVG vorgenommen hat und auch die Gesetzgebungsmaterialien jüngster Reformen sich widersprechen und somit

164 Staudinger-Richardi/Fischinger, § 612 BGB Rn. 15 ff.

165 Vgl. Reh binder/Peukert, Rn. 962; Ulrici, Vermögensrechtliche Grundfragen, S. 292 ff.

166 Zu beachten ist, dass ein Werk, welches ohne Wissen des Arbeitgebers geschaffen worden ist, gerade keine qualitative Mehrleistung mehr ist und damit kein Pflichtwerk.

167 Vgl. Reh binder/Peukert, Rn. 962; Ulrici, Vermögensrechtliche Grundfragen, S. 294 ff.

168 Ebenso Hilty/Peukert, GRUR Int. 2002, 643, 648; Konertz, NZA 2017, 614.

169 BT-Drs. 14/7564, S. 1 f.

170 MüArbR-Bayreuther, § 99 Rn. 23.

keinen weiteren Erkenntnisgewinn bringen, kann daraus nur geschlossen werden, dass diese gesetzlichen Ausnahmen alle Tarifverträge erfassen. Folglich ist eine Anwendung im Arbeitsverhältnis zu bejahen.¹⁷¹

- 65 Zunächst ist in § 32 Abs. 1 Satz 1 UrhG normiert, dass der Urheber Anspruch auf die vertraglich vereinbarte Vergütung hat. Da sich der Anspruch des Urhebers direkt aus dem Vertrag ergibt, ist diese Regelung nur deklaratorischer Natur.¹⁷² Die eigentlichen Anspruchsgrundlagen sind in § 32 UrhG Abs. 1 Satz 2 und 3 UrhG zu finden. In § 32 Abs. 1 Satz 2 UrhG ist geregelt, dass eine **angemessene Vergütung** zu zahlen sei, **wenn keine Vergütung vereinbart ist**. Dies verfolgt zunächst den gleichen Zweck wie § 612 BGB im Arbeitsverhältnis.¹⁷³ Zwar spricht der Wortlaut nicht von der „üblichen“, sondern von der „angemessenen“ Vergütung,¹⁷⁴ dies wird jedoch durch § 32 Abs. 2 UrhG konkretisiert. Als angemessene Vergütung gilt entweder eine Vergütung nach gemeinsamer Vergütungsregel (§ 36 UrhG) oder die Vergütung, die **am Markt als übliche und redliche Vergütung** festgesetzt würde (§ 32 Abs. 2 UrhG). Es liegt freilich im Wesen des Arbeitsverhältnisses, dass zwingend ein Arbeitsentgelt vereinbart ist. Dies findet entweder ausdrücklich im Arbeitsvertrag oder stillschweigend nach § 612 BGB statt, sodass sich der Anwendungsbereich des § 32 Abs. 1 Satz 2 UrhG auf null reduziert. Anders verhält es sich mit § 32 Abs. 1 Satz 3 UrhG, der einen **Anspruch auf Änderung des Vertrags** normiert, soweit die Vergütung nicht angemessen ist. Häufig wird die Anwendung des § 32 Abs. 1 Satz 3 UrhG auf die Einräumung von Nutzungsrechten, die aus dem Arbeitsvertrag resultieren, pauschal mit dem Argument verneint, dass dies eben nicht auf das Wesen des Arbeitsvertrages anwendbar sei.¹⁷⁵ Dagegen spricht jedoch, dass der Gesetzgeber im Gesetzgebungsverfahren auch die Norm des § 43 UrhG reformieren wollte.¹⁷⁶ Dies ist allerdings wieder fallen gelassen worden,¹⁷⁷ ohne dass sich jedoch der zugrunde liegende Gedanke der Anwendung im Arbeitsverhältnis geändert hätte. Es wurde klargestellt, dass sich die Anwendung im Arbeitsverhältnis im geplanten § 43 Abs. 3 UrhG-RegE und dessen Verweisung auf § 32 UrhG auch weiterhin durch §§ 32 Abs. 4, 32a Abs. 4 UrhG wiederfinden soll.¹⁷⁸ Der

171 Konertz, NZA 2017, 614, 615.

172 BT-Drs. 14/8058, S. 18; Dreier/Schulze-Schulze, § 32 UrhG Rn. 22; Schricker/Loewenheim-Schricker/Haedicke, § 32 UrhG Rn. 20; Wandtke/Bullinger-Wandtke/Grunert, § 32 UrhG Rn. 8; Voß, S. 50; Ulrici, Vermögensrechtliche Grundfragen, S. 301.

173 Wandtke/Bullinger-Wandtke/Grunert, § 32 UrhG Rn. 10; Ulrici, Vermögensrechtliche Grundfragen, S. 301.

174 Vgl. Schack, GRUR 2002, 853, 855.

175 Berger/Wündisch-Wündisch, § 13 Rn. 33; Loewenheim-v. Becker, § 29 Rn. 126 ff.; MüArbR-Bayreuther, § 99 Rn. 23; Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 1121; Bayreuther, GRUR 2003, 570, 574 ff.; Berger, ZUM 2003, 173, 176 f.

176 BT-Drs. 14/6433, S. 18.

177 BT-Drs. 14/8058, S. 21.

praktische Anwendungsbereich des § 32 UrhG dürfte im Bereich des Arbeitnehmerurheberrechts allerdings eher gering sein. Entweder erbringt der Arbeitnehmer Leistungen, deren Schöpfungshöhe knapp oberhalb der kleinen Münze liegt,¹⁷⁹ oder der Arbeitnehmer erhält ein marktübliches Entgelt für seine Tätigkeit, welches auch die Nutzungsrechtseinräumung für urheberrechtlich geschützte Leistungen beinhaltet. Marktüblich und redlich im Sinne des § 32 Abs. 2 Satz 2 UrhG ist dann das Gehalt, das branchenüblich¹⁸⁰ einem Arbeitnehmer in werkschaffender Tätigkeit gezahlt wird. Daher ist der Wortlaut „im Geschäftsverkehr“ im Arbeitnehmerurheberrecht unproblematisch.¹⁸¹ Allenfalls in der seltenen Situation, in der das Entgelt des für den Arbeitgeber werkschaffend tätigen Arbeitnehmers weit unter dem Entgelt eines Arbeitnehmers mit vergleichbarer Tätigkeit in der gleichen Branche liegt, ist eine Vertragsanpassung nach § 32 Abs. 1 Satz 3 UrhG denkbar.¹⁸²

In § 32a Abs. 1 Satz 1 UrhG erhält der Urheber einen gesetzlichen **Teilhabeanspruch am besonderen Erfolg des Werkes**. Diese Regelung ist auf das Arbeitsverhältnis anwendbar.¹⁸³ Denkbar sind hier Fälle, in welchem das vom Arbeitnehmer (mit-)geschaffene Werk einen im Vorhinein nicht vorhersehbaren Erfolg hat. Der Arbeitnehmer – als Urheber – soll an diesem Erfolg partizipieren. Allerdings darf dabei nicht außer Acht gelassen werden, dass der Arbeitgeber auch das wirtschaftliche Risiko trägt und ihm somit auch der wirtschaftliche Nutzen zusteht.¹⁸⁴ Insofern ist eine zusätzliche Vergütung aus § 32a Abs. 1 Satz 1 UrhG nur in den Fällen denkbar, in denen ein **unverhältnismäßiges und auffällig hohes Missverhältnis** zwischen der Vergütung des Arbeitnehmers und dem wirtschaftlichen Erfolg des Werkes für den Arbeitgeber besteht. Dabei ist auch die innerbetriebliche Stellung des Arbeitnehmers zu berücksichtigen. Bei einem Arbeitnehmer, welcher üblicherweise weniger mit der Schaffung von Pflichtwer-

178 „Die in Absatz 3 des Gesetzentwurfs vorgesehene Regelung zum Vergütungsanspruch für Urheber in Arbeits- oder Dienstverhältnissen findet sich nun in § 32 Abs. 4 [UrhG] und § 32a Abs. 4 [UrhG]“, BT-Drs. 14/8058, S. 21; im Ergebnis ebenso Schrickner/Loewenheim-Schricker/Haedicke, § 32 UrhG Rn. 4; Rehbindner/Peukert, Rn. 963; Voß, S. 50 ff.; Grobys/Foerstl, NZA 2002, 1015, 1016 f.; Hilty/Peukert, GRUR Int. 2002, 643, 648; Konertz, NZA 2017, 614, 615; Zirkel, WRP 2003, 59, 61 ff.; a. A. Berger, ZUM 2003, 173, 176; Bedenken jedoch bei Ulrici, Vermögensrechtliche Grundfragen, S. 370 ff.

179 Voß, S. 53.

180 Zur Branchenüblichkeit auch Schrickner/Loewenheim-Schricker/Haedicke, § 32 UrhG Rn. 30.

181 A. A. MüArbR-Bayreuther, § 99 Rn. 23.

182 Ebenso Grobys/Foerstl, NZA 2002, 1015, 1017.

183 LG Stuttgart 28.11.2017, 17 O 127/11, GRUR-Prax 2018, 103, Ls. 1; Berger/Wündisch-Wündisch, § 13 Rn. 33; Küttner-Poeche, Urheberrecht, Rn. 10; Bayreuther, GRUR 2003, 570, 573 f.; Grobys/Foerstl, NZA 2002, 1015, 1017 f.

184 Erkennt auch Bayreuther, GRUR 2003, 570, 573.

Kap. 35 Vergütung für Arbeitnehmererfindungen

ken betraut ist, ist eher von einem Missverhältnis auszugehen als bei einem Arbeitnehmer, der regelmäßig mit der Schaffung von (komplexen) Pflichtwerken betraut ist. Bei letzterem wird die Verpflichtung zur Schaffung von Pflichtwerken meist im Entgelt einkalkuliert.

- 67 Für **unbekannte Nutzungsarten** (§ 31a UrhG) soll dem Urheber ein gesetzlicher Anspruch auf angemessene Vergütung zustehen, wenn der Vertragspartner – also hier der Arbeitgeber – eine solche Nutzung aufnimmt, auch wenn unbekannte Nutzungsarten vertraglich mitgeregelt wurden (§ 32c Abs. 1 Satz 1 UrhG). Es handelt sich hierbei um einen Spezialfall des § 32 Abs. 1 Satz 1 UrhG.¹⁸⁵ Verfassungsrechtlich ist diese Norm unbedenklich.¹⁸⁶ Auf Werke im Arbeitsverhältnis ist dieser – wie § 32 UrhG – ebenfalls anwendbar (s. Rn. 65).
- 68 Bei diesen Vorschriften sind Übergangsvorschriften (§ 132 UrhG) zu beachten. Insbesondere aufgrund der Tatsache, dass Arbeitsverträge teilweise schon vor Jahrzehnten abgeschlossen wurden, muss auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses abgestellt werden. Mit Ausnahme der §§ 42, 43 UrhG sind die Regelungen des UrhG auf Verträge, die vor dem 1.1.1966 geschlossen wurden, zunächst nicht anwendbar (§ 137 Abs. 1 UrhG). Die Regelungen der §§ 32, 32a UrhG gelten uneingeschränkt für Verträge, die ab dem 1.7.2002 geschlossen worden sind (§ 132 Abs. 3 Satz 1 UrhG). § 32a UrhG ist anzuwenden, soweit das Missverhältnis nach dem 28.3.2002 entstand, wobei dann der Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht von Relevanz ist.¹⁸⁷ § 32 UrhG ist auch auf Verträge anzuwenden, die zwischen dem 1.6.2001 und dem 30.6.2002 geschlossen wurden, soweit das Recht auch nach dem 30.6.2002 in Anspruch genommen wird (§ 132 Abs. 3 Satz 3 UrhG). Für ältere Verträge, die nach dem 1.1.1966 geschlossen wurden, ist auf die vorherige Rechtslage, insbesondere auf vergütungsrelevante Regelung des § 36 a. F. UrhG (Bestellerparagraf), abzustellen.
- 69 Zum 1.3.2017 hat der Gesetzgeber die rechtliche Stellung des Urhebers bezüglich seiner Vergütung weiter verbessert.¹⁸⁸ Der Vertragspartner (§ 32d UrhG) oder der Inhaber eines wirtschaftlich relevanten Nutzungsrechts (§ 32e UrhG) hat dem Urheber gegenüber einmal jährlich Auskunft und Rechenschaft über den Umfang der Werknutzung sowie der erzielten Erträge – auf Verlangen des Urhebers – zu erbringen. Ausnahmen sind nur dann zulässig, wenn der Urheber lediglich einen kleinen Beitrag geleistet hat, ein unverhältnismäßig hoher Aufwand mit der Anspruchserfüllung verbunden ist (§ 32d UrhG-RegE) oder das

185 Schricker/Loewenheim-Spindler, § 32c UrhG Rn. 6.

186 BVerfG 24.11.2009, 1 BvR 213/08, GRUR 2010, 332.

187 So auch für Verträge, die vor dem 1.1.1966 geschlossen wurden, Dreier/Schulze-Schulze, § 32a UrhG Rn. 11.

188 Gesetz zur verbesserten Durchsetzung des Anspruchs der Urheber und ausübenden Künstler auf angemessene Vergütung und zur Regelung von Fragen der Verlegerbeteiligung, BGBl. I v. 20.12.2016, S. 3037 ff.; BT-Drs. 18/8625; BT-Drs. 18/10637.

Werk ein Computerprogramm ist (§ 69a Abs. 5 UrhG). Hier hatte der Gesetzgeber eher den Urheber im Auge, der nicht im Arbeits- oder Dienstverhältnis steht, da ihm eine schwächere Marktmacht zugesprochen wird.¹⁸⁹ Allerdings sind die Regelungen auf das Arbeitsverhältnis uneingeschränkt anwendbar.¹⁹⁰ Der Gesetzgeber erkennt zwar, dass der Arbeitnehmer in der Regel nicht eines Auskunftsanspruchs bedarf, da sich dies aus dem „Wesen des Arbeitsverhältnisses“ ergebe.¹⁹¹ Es verwundert aber, dass in den §§ 32d, 32e UrhG ebenfalls Tarifvertragsausnahmen vorhanden sind und sich die Regelungen damit systematisch in die §§ 32, 32a UrhG einfügen. Dennoch ist aber davon auszugehen, dass sich der Anwendungsbereich im Arbeitsverhältnis – wie auch bei den gesonderten Vergütungsregeln – auf Ausnahmereiche beschränkt. In vielen Fällen ist der Beitrag eines einzelnen Arbeitnehmers unwesentlich oder die Ausübung dieses Rechts wird unverhältnismäßig sein.¹⁹²

3. Vergütung für Freie Werke

Bei freien Werken ist die Vergütung der freien Vereinbarung zwischen den Parteien überlassen. Sofern der Arbeitgeber auf diese Werke Zugriff wünscht, hat er sich mit dem Arbeitnehmer hierüber zu einigen. Die Vergütung unterliegt hier der freien Disposition der Parteien, wobei sich die Verhandlung und die Vergütung sich nach den Kriterien des freien Lizenzmarktes richten. Dem Arbeitgeber steht hier kein Vorzugsrecht zu (s. Rn. 56). Sollte der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber Nutzungsrechte von seinem freien Werk einräumen, gelten hier auch uneingeschränkt die gesetzlichen Vergütungsregelungen (§§ 32, 32a, 32c, 32d, 32e UrhG).¹⁹³ **70**

4. Sonderfall: Computerprogramme

Im Falle von Computerprogrammen gehen die – mit der Computer-RL¹⁹⁴ in das Urheberrechtsgesetz eingeführten – Regelungen der §§ 69a UrhG den allgemeinen Regelungen vor. Im Bereich des Arbeitnehmerurheberrechts regelt § 69b UrhG, dass dem Arbeitgeber alle vermögensrelevanten Rechte am Computerprogramm zustehen. Auch wenn die gewählte Terminologie nicht dem des weiteren deutschen Urheberrechts entspricht, ist hierin ein zeitlich und räumlich **71**

189 BT-Drs. 18/8625, S. 12.

190 Konertz, NZA 2017, 614, 615 ff.; a. A. Berger/Freyer, ZUM 2016, 567, 573.

191 BT-Drs. 18/8625, S. 22.

192 Konertz, NZA 2017, 614, 617.

193 Berger/Wündisch-Wündisch, § 13 Rn. 34.

194 Ursprünglich RL 91/250/EWG, umgesetzt durch das „Zweite Gesetz zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes“, BGBl. I vom 2.6.1993, S. 910, Nachfolgerichtlinie RL 2009/24/EG.

Kap. 35 Vergütung für Arbeitnehmererfindungen

uneingeschränktes, ausschließliches Nutzungsrecht zugunsten des Arbeitgebers zu sehen.¹⁹⁵ Über die zu leistende Vergütung sind im § 69b UrhG keine Regelungen zu finden. Zudem gilt die Regelung des § 69b UrhG freilich nur, wenn das Werk ein Dienstwerk ist. Bei freien Werken sind im Bereich von Computerprogrammen keine arbeitnehmerurheberrechtlichen Grundsätze zu beachten, es gilt das Gleiche wie für alle anderen Werkarten.

- 72 Die Anwendung der §§ 32d, 32e UrhG sind gem. § 69a Abs. 5 UrhG für Computerprogrammen ausgenommen. Ob aber die Regelungen der §§ 32, 32a, 32c UrhG anwendbar sind, ist fraglich. Zu bedenken ist aber, dass dem Arbeitgeber bei Computerprogrammen eigentlich mehr Rechte zustehen, als bei anderen Werkarten. Daher könnte sich eher ein grobes Missverhältnis zwischen Arbeitsentgelt und wirtschaftlichem Erfolg des Werkes einstellen. § 69a Abs. 4 UrhG verweist auf die Regelungen für Sprachwerke, damit auch auf die Regelungen des allgemeinen Urheberrechts, sofern der Abschnitt über Computerprogramme nichts anderes bestimmt. Die fehlenden Vergütungsregelungen und der Verweis auf die Regelungen für Sprachwerke in diesem Abschnitt sprechen dafür, dass die Regelungen der §§ 32, 32a, 32c UrhG auch für Computerprogramme gelten.¹⁹⁶ Es gelten damit die gleichen Grundsätze wie für alle anderen Werkarten (s. Rn. 56 ff.).
- 73 Sofern Computerprogramme sowohl dem urheberrechtlichen als auch dem patentrechtlichen Schutz unterliegen, gelten sowohl die Regelungen des UrhG als auch die des ArbNErfG. Für den seltenen Fall, dass der Arbeitnehmer aus beiden Schutzrechten Vergütungsansprüche geltend machen kann, gelten zunächst beide Ansprüche parallel. Damit allerdings nicht der Fall der doppelten Vergütung eintritt, kann sich die zusätzliche urheberrechtliche werkbezogene Vergütung bis auf null reduzieren, weil der Arbeitnehmer schon durch die Vergütung aus der Arbeitnehmererfindung angemessen vergütet worden ist.¹⁹⁷

5. Urheberrechtsvereinbarungen

- 73a Um Rechtssicherheit – insbesondere bezüglich der einzuräumenden Rechte – zu erhalten, sind abweichende Vereinbarungen hinsichtlich der Schaffung von ur-

195 Dreier/Schulze-Dreier, § 69b UrhG Rn. 9; Fromm/Nordemann-Czychowski, § 69b UrhG Rn. 13; Schricker/Loewenheim-Loewenheim/Spindler, § 69b UrhG Rn. 11 f.; Wandtke/Bullinger-Grützmacher, § 69b UrhG Rn. 18.

196 Nach BGH 23.10.2001, I ZR 72/98, GRUR 2002, 149, 151 ff. – Wetterführungspläne II, sei „kein Platz mehr“ für weitere Vergütungsansprüche, die Anwendung des § 36 a. F. UrhG wird aber weiter bejaht; zustimmend Dreier/Schulze-Dreier, § 69b UrhG Rn. 10; Schricker/Loewenheim-Loewenheim/Spindler, § 69b UrhG Rn. 17 ff.; Wandtke/Bullinger-Grützmacher, § 69b UrhG Rn. 23; a. A. Czychowski, FS Nordemann, S. 157, 159 ff.; gegen § 32 UrhG auch Zirkel, WRP 2003, 59, 65.

197 Czychowski, FS Nordemann, S. 157, 164.

heberrechtlich geschützten Werken im Arbeitsverhältnis möglich. Es bietet sich an, diese im Arbeitsvertrag oder in einer Anlage (als sog. Urheberrechtsvereinbarung) zu regeln. Neben der Rechtssicherheit kann es auch das Ziel einer solchen Vereinbarung sein, dass der Arbeitgeber ein möglichst umfangreiches – in der Regel ausschließliches Nutzungsrecht – an den im Arbeitsverhältnis geschaffenen Werken erhält.¹⁹⁸ Eine solche Vereinbarung muss sich aber an den oben beschriebenen Vergütungsregelungen messen lassen, da durch individuelle Abrede nicht von diesen Regelungen abgewichen werden kann. Sollten dem Arbeitgeber möglichst umfangreiche Rechte eingeräumt werden, besteht die Gefahr, dass das gezahlte Entgelt unangemessen ist.

IV. Weitere Immaterialgüterrechte

In den gesetzlichen Bestimmungen über die weiteren Immaterialgüterrechte sind nur wenige bis gar keine Regelungen über die Zuordnung und Vergütung im Arbeitsverhältnis vorhanden. Beim **eingetragenen Design** (früher Geschmacksmuster) steht dem Arbeitgeber das Recht auf das Design zu, sofern es in Ausübung der Tätigkeit des Arbeitnehmers entstanden ist (§ 7 Abs. 2 DesignG). Insofern entsteht das Schutzrecht direkt in der Person des Arbeitgebers. Der Arbeitnehmer hat jedoch das Recht gegenüber dem Deutschen Patent- und Markenamt, als Entwerfer genannt zu werden (§ 10 DesignG). Regelungen zu Vergütungsansprüchen bestehen nicht. Es ist jedoch zu beachten, dass das eingetragene Design auch urheberrechtlichen Schutz erlangen kann.¹⁹⁹ Insofern gelten dann zusätzlich die Vergütungsregelungen im Urheberrecht (s. Rn. 62 ff.). Ähnlich verhält es sich beim **Topographieschutz (Halbleiterschutz)**. Auch hier steht das Recht auf Eintragung dem Arbeitgeber zu (§ 2 Abs. 2 HalblSchG). In beiden Fällen ist die Leistung – von Sonderleistungen durch den Arbeitnehmer abgesehen – durch das Arbeitsentgelt abgedeckt.

Im **Markenrecht** bestehen keine Regelungen des Zugriffs des Arbeitgebers oder spezielle Regelungen zur Vergütung von Arbeitnehmern. Die Thematik ist aber auch im Markenrecht von keiner größeren Relevanz. Bei einer Anmeldung seitens eines Arbeitnehmers, der sich um markenrechtlich schützbares Zeichen zu bemühen hat, bestünden vertragliche Löschungs- und Beseitigungsansprüche,²⁰⁰ zudem ist fraglich, ob der Arbeitnehmer das Zeichen überhaupt markenmäßig nutzen würde. Es empfiehlt sich aber bei diesen, entsprechende Regelungen in den Arbeitsvertrag mit aufzunehmen. Gesonderte Vergütungsansprüche seitens des Arbeitnehmers bestehen nicht.²⁰¹

¹⁹⁸ Vgl. *Wandtke*, Rn. 207.

¹⁹⁹ *Eichmann/v. Falckenstein/Kühne-Kühne*, § 7 DesignG Rn. 26.

²⁰⁰ Vgl. *Ingerl/Rohnke*, § 13 MarkenG Rn. 16.

²⁰¹ *Moll-Gennen*, § 16 Rn. 321 f.

- 76 Im Falle des **Sortenschutzes** (Schutz von Pflanzenzüchtungen) ist die Rechtslage umstritten. Das Recht des Sortenschutzes steht der Person des Züchters oder Entdeckers (§ 8 Abs. 1 Satz 1 SortSchG) zu, also im Arbeitsverhältnis in der Regel dem Arbeitnehmer. Ein Teil des Schrifttums neigt dazu, die Regelungen des ArbNErfG unmittelbar oder zumindest analog anzuwenden. Eine direkte Anwendung²⁰² scheidet aber aus, da Pflanzenzüchtungen weder patent- noch gebrauchsmusterfähig und daher keine Erfindungen im Sinne des ArbNErfG sind.²⁰³ Die teilweise vertretene analoge Anwendung des ArbNErfG²⁰⁴ scheitert schon am für eine Analogie notwendigen Zweck des ArbNErfG. Der Zweck des ArbNErfG liegt eben nicht allein in der Regelung des Verhältnisses zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, sondern auch in der Förderung des technischen Fortschritts für die Allgemeinheit (s. Rn. 12). Eine vergleichbare Interessenlage ist im Sortenschutzrecht nicht erkennbar.²⁰⁵ Auch die Einordnung als technischer Verbesserungsvorschlag²⁰⁶ kommt nicht in Betracht, da Pflanzenzüchtungen schon die hierfür erforderliche Voraussetzung des technischen Erfordernisses fehlt.²⁰⁷ Insofern fehlt es an Vergütungsregelungen im Sortenschutz. Daher empfiehlt es sich, bei solchen Arbeitnehmern, bei denen Pflanzenzüchtungen wahrscheinlich sind, entsprechende Klauseln in den Arbeitsvertrag mit aufzunehmen, die eine Rechtsübertragung an den Arbeitgeber regeln.²⁰⁸

V. Verbesserungsvorschläge

- 77 Nicht zum klassischen Immaterialgüterrecht gehören die Verbesserungsvorschläge von Arbeitnehmern über technische, kaufmännische oder sonstige Abläufe des Arbeitgebers. Dennoch wird bei diesen durch eine geistige Leistung dem Arbeitgeber meist ein Vorteil gegenüber Wettbewerbern verschafft. Fraglich ist, ob eine solche Leistung des Arbeitnehmers Vergütungspflichten des Arbeitgebers auslösen kann. Teilweise wird der Umgang solcher Verbesserungsvorschläge im Betrieb oder Konzern unter dem Begriff „betriebliches Vor-

202 BayVGh 31.3.1982, 45 V 78, GRUR 1982, 559 (Ls.).

203 Ebenso Boemke/Kursawe-Boemke, ArbNErfG, § 1 Rn. 13.

204 Leßmann/Würtenberger, § 2 Rn. 24; kritisch aber Leßmann, GRUR 1986, 279, 282.

205 Boemke/Kursawe-Boemke, ArbNErfG, § 1 Rn. 16.

206 Schultze-Süchtung, GRUR 1973, 293, 294.

207 Boemke/Kursawe-Boemke, ArbNErfG, § 1 Rn. 14; Bartenbach/Volz, ArbNErfG, § 2 Rn. 8; Hesse, GRUR 1980, 404, 406; Keukenschrijver, FS Bartenbach, S. 243 ff.

208 Ebenso Keukenschrijver, FS Bartenbach, S. 243, 256.

schlagswesen“²⁰⁹ oder auch „Ideenmanagement“²¹⁰ geführt. Zu unterscheiden ist hier zunächst zwischen den gesetzlich ausführlich geregelten qualifizierten technischen Verbesserungsvorschlägen und den sonstigen bzw. einfachen Verbesserungsvorschlägen.

1. Qualifizierte technische Verbesserungsvorschläge

Qualifizierte technische Verbesserungsvorschläge sind nicht durch Patent oder Gebrauchsmuster schutzfähige Lehren zur Verbesserung der Situation des Arbeitgebers (§ 3 ArbNErfG). Im Wortlaut des Gesetzes selbst kommt der Begriff „qualifiziert“ nicht vor, dennoch wird er zur Abgrenzung zum einfachen technischen Verbesserungsvorschlag verwendet. Während die Vergütung sonstiger technischer Verbesserungsvorschläge Tarifverträgen oder Betriebsvereinbarungen überlassen ist (§ 20 Abs. 2 ArbNErfG), ist der qualifizierte technische Verbesserungsvorschlag im ArbNErfG **abschließend geregelt**. Im Unterschied zum einfachen technischen Verbesserungsvorschlag erhält der Arbeitgeber durch den qualifizierten technischen Verbesserungsvorschlag eine **ähnliche Monopolstellung** wie bei einem Patent oder Gebrauchsmuster.²¹¹ **78**

Der Arbeitnehmer hat einen entsprechenden Vorschlag zu melden. Sofern der Arbeitnehmer sich um technische Verbesserungen zu bemühen hat, hat der Arbeitgeber ein direktes Zugriffsrecht auf diesen Verbesserungsvorschlag.²¹² Ein generelles Zugriffsrecht auf betriebsbezogene Verbesserungsvorschläge besteht nicht, es kann auch nicht aus dem veralteten Konzept der arbeitsrechtlichen Treuepflicht (s. Rn. 58) hergeleitet werden.²¹³ Dies gilt erst recht für Verbesserungen, die erkennbar nicht betriebsbezogen sind. Dennoch hat der Arbeitgeber jede Meldung zunächst darauf zu überprüfen, ob die vom Arbeitnehmer gemeldete Lehre nicht doch patent- oder gebrauchsmusterfähig ist.²¹⁴ Gem. § 11 Abs. 7 AÜG gilt bei technischen Verbesserungsvorschlägen zudem der Entleiher als Arbeitgeber des Leiharbeitnehmers. **79**

Sofern der Arbeitgeber den qualifizierten technischen Verbesserungsvorschlag nutzt, besteht nach § 20 ArbNErfG ein **zwingender Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers**. Hierbei wird sinngemäß auf die Regelungen der §§ 9 und 12 ArbNErfG für patentfähige technische Lehren verwiesen. Dies gilt insbesondere **80**

209 Richardi-Richardi, § 87 BetrVG Rn. 951.

210 Vgl. Wollwert, NZA 2012, 889.

211 Boemke/Kursawe-Raif, ArbNErfG, § 3 Rn. 6; Boemke/Kursawe-Kursawe/Nebel, ArbNErfG, § 20 Rn. 8 ff.

212 Küttner-Poeche, Verbesserungsvorschläge, Rn. 3.

213 Küttner-Poeche, Verbesserungsvorschläge, Rn. 3.

214 OLG Karlsruhe 28.4.2010, 6 U 147/08, GRUR 2001, 318; Grobys/Panzer-Heemeier-Richter, Verbesserungsvorschlag, Rn. 2.

Kap. 35 Vergütung für Arbeitnehmererfindungen

für Ansprüche aus Auskunft und Rechnungslegung.²¹⁵ Die Vergütungspflicht entsteht erst, wenn der Arbeitgeber die technische Lehre auch anwendet, nicht jedoch schon, wenn sie sich noch in der Erprobungsphase befindet.²¹⁶ Die Entscheidung, ob und wann er den qualifizierten technischen Verbesserungsvorschlag umsetzt, obliegt hierbei dem Arbeitgeber. Wenn mehrere Arbeitnehmer einen qualifizierten technischen Verbesserungsvorschlag machen, steht ihnen jeweils einzeln anteilig eine Vergütung zu. Sofern die Monopolposition des Arbeitgebers weggefallen ist – beispielsweise indem Dritte die technische Lehre ebenfalls anwenden – fällt die Vergütungspflicht weg.²¹⁷

- 81** Auch wenn kein Verweis auf § 11 ArbNErfG erfolgt, so ist in Nr. 29 ArbNErfVergRL für qualifizierte technische Verbesserungsvorschläge die Vergütung geregelt. Danach sollen die gleichen Regelungen wie bei Erfindungen angewandt werden (Satz 4), jedoch ohne die nicht genutzte wirtschaftliche Verwertbarkeit im Sinne des Nr. 24 der Richtlinie zu berücksichtigen (Satz 5).²¹⁸

2. Sonstige Verbesserungsvorschläge

- 82** Zugriffs- und Vergütungsfragen für alle sonstigen Verbesserungsvorschläge sind nicht gesetzlich geregelt. Eine generelle Vergütungspflicht für diese Leistungen besteht nicht, kann sich aber aus Betriebsvereinbarung oder Tarifvertrag ergeben. Dennoch wird vertreten, dass, wenn der Arbeitnehmer eine gesonderte Leistung erbringt, sich eine Vergütungsverpflichtung auch aus dieser Sonderleistung ergeben kann.²¹⁹ Allerdings werden die sonstigen Verbesserungsvorschläge im Rahmen des betrieblichen Vorschlagswesens erbracht. Nach § 87 Abs. 1 Nr. 12 BetrVG besteht ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats an der Ausgestaltung des betrieblichen Vorschlagswesens, mit Ausnahme der qualifizierten technischen Verbesserungsvorschläge. Dieses Mitbestimmungsrecht erstreckt sich indes nur auf die organisatorischen Bestandteile, den berechtigten Personenkreis, die allgemeinen Bewertungskriterien von Vorschlägen sowie die Grundsätze der Vergütung.²²⁰ Die Höhe des Gesamtbudgets für Vergütungen, aber auch die Vergütung einzelner sonstiger Verbesserungsvorschläge sowie deren Annahme, sind mitbestimmungsfrei; sie unterliegen gänzlich der Entschei-

215 Küttner-Poeche, Verbesserungsvorschläge, Rn. 4.

216 BAG 30.4.1965, 3 AZR 291/63, GRUR 1966, 88 f. – Abdampfverwertung.

217 BGH 26.11.1968, X ZR 15/67, GRUR 1969, 341, 344 – Räumzange.

218 Vgl. Bartenbach/Volz, ArbNErfVergRL, Nr. 29 Rn. 39 ff.

219 BAG 20.1.2004, 9 AZR 393/03, NZA 2004, 994, 997; BAG 30.4.1965, 3 AZR 291/63, GRUR 1966, 88, 89 f. – Abdampfverwertung; Bartenbach/Volz, ArbNErfG, § 20 Rn. 65; Grobys/Panzer-Heemeier-Richter, Verbesserungsvorschlag, Rn. 7.

220 Richardi-Richardi, § 87 BetrVG Rn. 957 ff.

derung des Arbeitgebers. Eine generelle Vergütungspflicht für sonstige Verbesserungsvorschläge besteht demnach nicht.²²¹

VI. Steuer- und Sozialversicherungspflicht

Gesondert gezahlte Vergütungen aus Immaterialgüterrechten und Verbesserungsvorschlägen unterliegen der Einkommenssteuerpflicht nach § 19 EStG. Für den Fall, dass ein Arbeitgeber ein Zugriffsrecht erhält, gilt diese Vergütung als sonstiger Bezug im Sinne des § 39b Abs. 3 EStG.²²² Die für Arbeitnehmererfindungen bis zum 31.12.1988 geltende steuerliche Begünstigung aus der Arbeitnehmererfinderverordnung und der Erfinderverordnung ist ersatzlos weggefallen.²²³ Nach § 14 SGB IV sind diese Vergütungen auch sozialversicherungspflichtig,²²⁴ es handelt sich um eine Zahlung aus einem Arbeitsverhältnis.²²⁵ Dies gilt auch für Vergütungen bei Pflichtwerken aus den §§ 32, 32a, 32c UrhG.²²⁶ Für den Fall, dass das Arbeitsverhältnis endet und weiter vergütet wird, gilt die entsprechende Steuer- und Sozialversicherungspflicht weiterhin, in diesem Fall wird die Zahlung wie Lohn aus einem früheren Arbeitsverhältnis behandelt.²²⁷

Bei der Verwertung einer freien Erfindung, eines freien Werkes oder eines anderen Immaterialgüterrechts ohne arbeitsvertragliche oder gesetzliche Zugriffsmöglichkeit des Arbeitgebers kontrahiert der Arbeitnehmer frei und außerhalb seiner Stellung im Arbeitsverhältnis. Diese Vergütungen sind dann Einkünfte aus selbstständiger Tätigkeit.²²⁸

VII. Prozessuales

Für Rechtsstreitigkeiten im Arbeitnehmererfindungsrecht sind nach § 39 Abs. 1 Satz 1 ArbNErfG i.V. m. § 143 PatG die Gerichte für Patentstreitigkeiten, also die ordentlichen Gerichte zuständig. Die meisten Bundesländer haben von der Regelung des § 143 Abs. 2 Satz 2 PatG Gebrauch gemacht und die Streitigkeiten an einzelnen Landgerichten konzentriert.²²⁹ Die Regelungen über Patentstreitig-

221 Grobys/Panzer-Heemeier-Richter, Verbesserungsvorschlag, Rn. 14; Richardi-Richardi, § 87 BetrVG Rn. 963 ff.

222 Küttner-Seidel, Arbeitnehmererfindungen, Rn. 31.

223 Zur Kritik vgl. Bartenbach/Volz, ArbNErfVergRL, Einleitung Rn. 193 ff.

224 BAG 15.1.1986, 6 AZR 621/78, BB 1986, 1223.

225 BSG 26.3.1998, B 12 KR 17/97 R, NZA-RR 1998, 510, 511.

226 Zur alten Rechtslage Küttner-Schlegel, Urheberrecht, Rn. 14.

227 BFH 21.10.2009, I R 70/08, BB 2010, 1006.

228 BFH 23.4.2003, IX R 57/99, BeckRS 2003, 25002174; zur Sozialversicherungspflicht Küttner-Schlegel, Arbeitnehmererfindungen, Rn. 32 ff.

229 Vgl. BeckOKPatG-Kircher, § 143 Rn. 24 ff. mit Auflistung der Zuständigkeiten.

Kap. 35 Vergütung für Arbeitnehmererfindungen

keiten gelten bei Streitigkeiten über Regelungen des ArbNErfG nach § 39 Abs. 1 Satz 2 ArbNErfG weiter. Die Regelungen aus dem Arbeitnehmererfindungsrecht gelten auch für qualifizierte technische Verbesserungsvorschläge. Für Streitigkeiten aus einfachen Verbesserungsvorschlägen sind dagegen die Arbeitsgerichte ausschließlich zuständig (§ 2 Abs. 1 Nr. 3 lit. a ArbGG).²³⁰

- 86** Bei Klagen über die Festsetzung oder Zahlung der Vergütung für Dienstserfindungen oder bei Klagen über die Vergütung von technischen Verbesserungsvorschlägen ist die Schiedsstelle des DPMA zwingend vorzuschalten (§ 37 Abs. 1 ArbNErfG). Gleiches gilt für den Fall, dass sich die Parteien über die angemessenen Bedingungen einer freien Erfindung nicht einig sind.²³¹ Nur im Falle eines Verfahrens über die Leistung aus einer bereits festgesetzten Vergütung sind nach § 2 Abs. 2 lit. a ArbGG die Arbeitsgerichte für Streitigkeiten zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern zuständig. Dies setzt voraus, dass bereits eine Vergütung festgesetzt, festgestellt oder eine Vergütungsvereinbarung zwischen den Parteien geschlossen wurde.²³² Wann eine Vergütung als festgesetzt oder festgestellt gilt, bestimmt sich nach § 12 ArbNErfG. Daher spielt es keine Rolle, wenn bei Auslegung oder Anwendung einer Vergütungsvereinbarung in Sinne des § 12 ArbNErfG patentrechtliche Fragen relevant werden; in diesem Fall bleibt es bei der Zuständigkeit der Arbeitsgerichte.²³³
- 87** Im Urheberrecht ist die Situation vergleichbar. Hier sind nach § 140 Satz 1 UrhG die ordentlichen Gerichte zuständig. Auch können die Bundesländer nach § 105 Abs. 1 und 2 UrhG die Zuständigkeiten an bestimmten Amts- und Landgerichten konzentrieren. Auch hier sind die Arbeitsgerichte nach § 2 Abs. 2 lit. b ArbGG bei einer Streitigkeit über eine bereits vereinbarte Vergütung zuständig.
- 88** Im Bereich der anderen Immaterialgüterrechte fehlen gesonderte Regelungen zur Zuständigkeit im Arbeitsverhältnis. Sofern sich die Streitigkeit aus der Zuordnung des Rechts ergibt, sind Sonderregelungen zu beachten (§ 52 DesignG, § 36 SortSchG). Bei Fragen der Sondervergütung sind sodann die Arbeitsgerichte zuständig.

230 LAG Nürnberg 27.8.2004, 9 Ta 62/04, BeckRS 2004, 41608 (Ls.).

231 *Bartenbach/Volz*, ArbNErfG, § 19 Rn. 60 f.

232 *Boemke/Kursawe-Boemke*, § 39 ArbNErfG Rn. 22.

233 BAG 31.5.2016, 9 AZB 3/16, NZA-RR 2016, 548.

Kapitel 36

Hinausgeschobenes Entgelt: Betriebliche Altersversorgung

Schrifttum: *Diller*, Die Geltung von Gesamtzusagen für künftige Betriebsangehörige, BB 2007, 830; *Lembke*, Die Gestaltung von Vergütungsvereinbarungen, NJW 2010, 257; *Meissner*, Einführung in das Betriebsrentenstärkungsgesetz (BRSG), DStR 2017, 2633; *Raulf/Gunia*, Zwang zur geschlechtsneutralen Kalkulation in der betrieblichen Altersversorgung?, NZA 2003, 534; *Reinecke*, Die Änderungen des Gesetzes zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung durch das Altersvermögensgesetz – neue Chancen für die betriebliche Altersversorgung, NJW 2001, 3511; *Reinecke*, Handlungsoptionen für Arbeitgeber und Arbeitnehmer in der betrieblichen Altersversorgung, DB 2016, 651; *Rolfs*, Stärkung der Betriebsrenten, NZA 2017, 1225; *Schipp*, Zusagen auf betriebliches Ruhegeld nach dem System des BetrAVG, NZA 2011, 445; *Schlewing*, Hinausgeschobenes Entgelt: Mitarbeiterbindung durch betriebliche Altersversorgung?, NZA-Beil. 2014, 127; *Schnittker/Grau*, Fixkostenblock betriebliche Altersversorgung?, NZA-Beil. 2010, 68; *Stiefermann*, Vorsorge für Freiheit und Sicherheit im Alter, NZA-Beil. 2008, 26; *Uckermann*, Aktuelle Anwendungsfragen der betrieblichen Altersversorgung: Übertragung von versicherungsförmigen Versorgungsansprüchen im Rahmen des § 4 BetrAVG unter Berücksichtigung der „Wertgleichheitsdiskussion“ – Die Beitragszusage mit Mindestleistung bei vorzeitigem Bezug von Versorgungsleistungen im Sinne des § 6 BetrAVG, RdA 2012, 353; *Uckermann*, Betriebliche Altersversorgung versus Altersarmut, NZA 2012, 1268; *Uckermann/Fuhrmanns*, Die Rechtsbegründungsakte der betrieblichen Altersversorgung, NZA 2011, 138; *Ulber*, Die Erfüllung von Mindestlohnansprüchen, RdA 2014, 176; *Waltermann*, Die betriebliche Übung, RdA 2006, 257; *Zülch*, Das Betriebsrentenstärkungsgesetz – ein Überblick, ArbRAktuell 2017, 290.

Übersicht

	Rn.		Rn.
I. Einführung	1	a) Leistungszusage	10
II. Grundlagen der betrieblichen Altersversorgung	5	b) Beitragsorientierte Leistungszusage	11
1. Gegenstand betrieblicher Altersversorgung	5	c) Beitragszusage mit Mindestleistung	12
a) Einbindung der Versorgungszusage in ein Arbeitsverhältnis	6	d) Beitragszusage	14
b) Biologisches Ereignis als Anlass für die Leistung (Alter, Invalidität oder Tod)	7	3. Durchführungswege der betrieblichen Altersversorgung .	16
c) Versorgungszweck der Leistung	8	a) Unmittelbare Versorgungszusage	17
2. Formen der Zusage	9	b) Mittelbare Versorgungszusagen	19
		aa) Direktversicherung ...	21
		bb) Pensionskasse	23
		cc) Pensionsfonds	26

Kap. 36 Hinausgeschobenes Entgelt: Betriebliche Altersversorgung

dd) Unterstützungskasse	29	b) Anspruch aus arbeitsrechtlichem Gleichbehandlungsgrundsatz	45
4. Vergütungscharakter	31	c) Anspruch aus Gesamtzusage	46
a) Vergütungsrechtlicher Charakter von betrieblicher Altersversorgung	32	3. Kollektivrechtliche Anspruchsgrundlagen	47
b) Betriebliche Altersversorgung als Vergütung im engeren Sinne	33	a) Tarifvertrag	48
III. Anspruchsgrundlagen	39	b) Betriebsvereinbarung	49
1. Arbeitsvertraglicher Anspruch	41	IV. Sozialversicherungs- und steuerrechtliche Aspekte	50
2. Sonstige individualrechtliche Anspruchsgrundlagen	43	V. Praxishinweise	51
a) Anspruch aus betrieblicher Übung	44	1. Präferenz bzgl. Form der Zusage	52
		2. Zusätzliche private Insolvenzversicherung	56

I. Einführung

- 1 Das System der Alterssicherung von Arbeitnehmern beruht auf der sogenannten „Drei-Säulen-Theorie“.¹ Danach sollen Leistungen im Alter idealerweise auf drei Bausteinen beruhen, nämlich der gesetzlichen, der betrieblichen und der privaten Altersvorsorge.²
- 2 Der demographische Wandel³ der Gesellschaft in Deutschland rückt seit längerer Zeit wieder die Diskussion um die Sicherung einer angemessenen Altersvorsorge in den Fokus der Bevölkerung. Nach dem allgemeinen politischen⁴ und teilweise wirtschaftswissenschaftlichen⁵ Meinungsbild ist die klassische Form der Altersvorsorge, nämlich die gesetzliche Rentenversicherung, künftig alleine nicht mehr ausreichend, um eine angemessene Versorgung im Ruhestand zu gewährleisten. Häufig wird insoweit von der drohenden Altersarmut⁶ gesprochen.
- 3 Um dies zu verhindern, bewerben diverse Interessengruppen vor allem eine zusätzliche Versorgung im Alter, welche betrieblich organisiert wird.⁷ Die betrieb-

1 BVerfG 19.10.1983, 2 BvR 298/81, NJW 1984, 476, 477.

2 BVerfG 19.10.1983, 2 BvR 298/81, NJW 1984, 476, 477; *Schlewing*, NZA-Beil. 2014, 127.

3 Vgl. hierzu *Uckermann*, NZA 2012, 1268, 1269.

4 <http://www.tagesspiegel.de/politik/debatte-um-altersvorsorge-die-gesetzliche-rente-all-ein-bringts-nicht/13466122.html> (Abruf: 31.1.2017).

5 http://www.focus.de/finanzen/altersvorsorge/rente/tid-17588/rentenstudie-2030-reicht-nicht-mehr-zum-leben_aid_490424.html (Abruf: 31.1.2017).

6 <http://www.handelsblatt.com/politik/deutschland/altersarmut-immer-mehr-senioren-leben-am-existenzminimum/10999744.html> (Abruf: 31.1.2017).

7 <http://www.spiegel.de/wirtschaft/soziales/betriebsrente-schauble-plant-foerderung-bis-zu-450-euro-a-1091353.html> (Abruf: 31.1.2017).

liche Altersversorgung ist ein bekannter und bewährter Versorgungsbaustein für den Ruhestand. Gemessen an der Zahl der bestehenden Versorgungsverträge⁸ hat es den Anschein, dass der weit überwiegende Teil der Arbeitnehmer⁹ in Deutschland über eine betriebliche Altersversorgung verfügt. Aus unterschiedlichen Gründen werden solche Angebote jedoch im Wesentlichen nur von Unternehmen angeboten, welche eine gewisse Größe aufweisen.¹⁰ Gerade in kleinen und mittelgroßen Betrieben wird Arbeitnehmern eine betriebliche Altersvorsorge nicht angeboten.¹¹

Die Notwendigkeit zum Angebot einer betrieblichen Altersversorgung wird 4 gleichwohl auch solche Unternehmen und Industriezweige ereilen, welche dies derzeit noch nicht tun. Der demographische Wandel geht schließlich mit einem zunehmenden Mangel an Fachkräften einher – Unternehmen müssen daher in Zukunft besondere Anreize setzen, um sich im Markt gegen die Konkurrenz durchzusetzen.¹² Die teils instrumentalisierte Furcht vor der Altersarmut, aber auch die Forderung nach Sozialleistungen zusätzlich zum regulären Gehalt, insbesondere von Arbeitnehmern der sog. Generation Y, wird die Diskussion um die betriebliche Altersversorgung als wichtiger Bestandteil der Gesamtvergütung weiter in Bewegung halten.

II. Grundlagen der betrieblichen Altersversorgung

1. Gegenstand betrieblicher Altersversorgung

Betriebliche Altersversorgung im Sinne des BetrAVG sind Leistungen der Al- 5 ters-, Invaliditäts- oder Hinterbliebenenversorgung, die der Arbeitgeber für einen Arbeitnehmer aus Anlass seines Arbeitsverhältnisses erbringt (vgl. § 1 Abs. 1 Satz 1 BetrAVG). Diese Legaldefinition enthält somit drei Elemente, welche kumulativ vorliegen müssen – anderenfalls ist der Anwendungsbereich des Gesetzes nicht eröffnet:¹³

8 Ca. 15–19 Mio. Verträge, vgl. <https://www.welt.de/finanzen/altersvorsorge/article154986736/Diese-neue-Rente-soll-den-Deutschen-ihre-Urangst-nehmen.html> (Abruf: 31.1.2017); <http://www.aba-online.de/news/131/a-alterssicherungsbericht-2012-entwicklung-der-zah.html> (Abruf: 31.1.2017).

9 Bezogen auf das Jahr 2007 ca. 2/3 aller sozialversicherungspflichtig Beschäftigten, vgl. *Stieffermann*, NZA-Beil. 2008, 26.

10 Nach einer Studie des Marktforschungsinstituts Psychonomics bieten 98 % der Großunternehmen eine betriebliche Altersvorsorge an.

11 <http://www.handelsblatt.com/unternehmen/mittelstand/betriebliche-altersvorsorge-mittelstand-geizt-mit-betriebsrenten/2769286.html> (Abruf: 31.1.2017).

12 Vgl. auch *Schlewing*, NZA-Beil. 2014, 127, 133, sowie *Stieffermann*, NZA-Beil. 2008, 26, 27.

13 *Erk-Steinmeyer*, § 1 BetrAVG Rn. 2; *BRO-Rolfs*, § 1 BetrAVG Rn. 6; vgl. auch schon BAG 30.9.1986, 3 AZR 22/85, NZA 1987, 456, 457.

Kap. 36 Hinausgeschobenes Entgelt: Betriebliche Altersversorgung

a) Einbindung der Versorgungszusage in ein Arbeitsverhältnis

- 6 Die Versorgungszusage muss aus Anlass des Arbeitsverhältnisses erfolgen. Zwischen seinem Bestehen und der Versorgungszusage muss folglich ein kausaler Zusammenhang bestehen.¹⁴ Erfolgt die Zusage aus anderen Gründen, fällt die Zusage nicht in den Anwendungsbereich des BetrAVG.¹⁵ Zusagen, welche aufgrund freundschaftlich-familiärer Beziehungen oder aus politisch-gesellschaftlichen Motiven erteilt werden, sind nicht vom BetrAVG erfasst.

b) Biologisches Ereignis als Anlass für die Leistung (Alter, Invalidität oder Tod)

- 7 Die versprochene Leistung darf nur aus Anlass eines bestimmten, in § 1 Abs. 1 Satz 1 BetrAVG abschließend aufgezählten biologischen Ereignisses zu zahlen sein,¹⁶ d. h. aus Anlass des Alters, der Invalidität oder des Todes.¹⁷ Anderenfalls liegt ebenfalls keine betriebliche Altersversorgung im Sinne des Gesetzes vor. Somit sind Hilfeleistungen, die in Notfällen gewährt werden, keine Leistungen der betrieblichen Altersversorgung, da der Leistungsgrund nicht in einem biologischen Ereignis liegt.¹⁸ Ebenso wenig stellt z. B. eine Beihilfe für den Fall einer Krankheit, welche z. B. aus einem vom Arbeitgeber eingerichteten Härtefonds gezahlt wird, eine Leistung der betrieblichen Altersversorgung dar. Eine solche Leistung ist nämlich nicht an den Eintritt eines biologischen Ereignisses i. S. d. BetrAVG, sondern an den Eintritt eines Krankheitsfalles gekoppelt.¹⁹

c) Versorgungszweck der Leistung

- 8 Leistungen dienen allein dann der Versorgung im Alter, wenn diese den Lebensstandard des Arbeitnehmers oder seiner Hinterbliebenen im Versorgungsfall verbessern sollen.²⁰ Diese Verbesserung muss jedoch nicht in Form einer auf unbestimmte Dauer angelegten Leistung erfolgen. Vielmehr liegt eine dem Anwendungsbereich des BetrAVG unterfallende betriebliche Altersversorgung auch vor, wenn lediglich für einen bestimmten Zeitraum ein Rentenbezug zugesagt

14 BAG 25.1.2000, 3 AZR 769/98, NZA 2001, 959, 962; BAG 20.4.2004, 3 AZR 297/03, NZA 2005, 927, 928; BAG 11.11.2014, 3 AZR 404/13, NZA-RR 2015, 208, 210.

15 BAG 19.1.2010, 3 AZR 42/08, NZA 2010, 1066, 1067; BRO-Rolfs, § 1 BetrAVG Rn. 30 m. w. N.

16 ErfK-Steinmeyer, § 1 BetrAVG Rn. 5; BeckOKArbR-Clemens, § 1 BetrAVG Rn. 14.

17 BRO-Rolfs, § 1 BetrAVG, Rn. 12.

18 BAG 25.10.1994, 3 AZR 279/94, NZA 1995, 373, 374; vgl. auch BAG 26.6.1990, 3 AZR 641/88, NZA 1991, 144, 145.

19 BAG 10.2.2009, 3 AZR 653/07, NZA 2009, 796, 798; vgl. auch BAG 12.12.2006, 3 AZR 476/05, NZA-RR 2007, 653, 657.

20 BAG 14.2.2012, 3 AZR 260/10, NJOZ 2012, 1131, 1132; BAG 16.3.2010, 3 AZR 130/09, BeckRS 2010, 72859, Rn. 19.

wird.²¹ Gleiches gilt auch bei einmaligen Kapitalzuwendungen,²² etwa in Form einer Einmalzahlung zu Beginn des Ruhestands. Doch nicht nur reine Geldleistungen können Leistungen der betrieblichen Altersvorsorge darstellen. Auch Sach- oder Naturalleistungen, wie z.B. der Bezug von verbilligtem Strom ab dem Eintritt in den Ruhestand,²³ stellen betriebliche Altersversorgung dar, wenn die unter II. 1. a) und b) beschriebenen weiteren Voraussetzungen ebenfalls erfüllt sind.

2. Formen der Zusage

Der Anwendungsbereich des BetrAVG ist erst eröffnet, wenn eine bestimmte Zusage durch den Arbeitgeber erteilt wird. Das Gesetz sieht vier Formen von Zusagen vor. Diese Aufzählung ist abschließend – andere Zusagen fallen nicht in den Anwendungsbereich des BetrAVG. 9

a) Leistungszusage

Bei einer Leistungszusage verpflichtet sich der Arbeitgeber dazu, nach den Regelungen eines bestimmten Leistungsplans bei Eintritt des Versorgungsfalles eine bestimmte Leistung (Defined Benefit) zu erbringen.²⁴ Eine klassische Leistungszusage ist etwa das Versprechen, bei Erreichen der gesetzlichen Regelaltersgrenze eine der Höhe nach bestimmte betriebliche Rentenzahlung zu leisten. Bei derartigen Leistungszusagen trägt der Arbeitgeber beachtliche Finanzierungsrisiken, da er – ungeachtet der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen²⁵ – bei Eintritt des Versorgungsfalles die Betriebsrente in der entsprechenden Höhe zu zahlen hat. Gerade bei sogenannten endgehaltsbezogenen Versorgungszusagen, bei denen der Arbeitnehmer z. B. einen bestimmten Prozentsatz des letzten Grundgehaltes als Betriebsrente erhält, lässt sich im Zeitpunkt der Erteilung der Versorgungszusage der Finanzierungsaufwand für die späteren Rentenzahlungen nur schwer prognostizieren. 10

b) Beitragsorientierte Leistungszusage

Statt der Zusage bestimmter Leistungen kann der Arbeitgeber sich auch dazu verpflichten, bestimmte Beiträge für die Altersversorgung aufzuwenden und in 11

21 BAG 18.3.2003, 3 AZR 313/02, NZA 2004, 848, 849 – das BAG nennt hier einen Bezugszeitraum von 10 Jahren.

22 BAG 30.10.1980, 3 AZR 805/79, NJW 1981, 1470, 1471; BAG 18.3.2003, 3 AZR 313/02, NZA 2004, 848, 849.

23 BAG 12.12.2006, 3 AZR 476/05, NZA-RR 2007, 653, 657.

24 BAG 18.2.2003, 3 AZR 81/02, NZA 2004, 98, 100.

25 Gerade das aktuell schwierige Zinsumfeld zeigt vermehrt Unternehmen dieses Risiko auf.

Kap. 36 Hinausgeschobenes Entgelt: Betriebliche Altersversorgung

eine Anwartschaft auf Alters-, Invaliditäts- oder Hinterbliebenenversorgung umzuwandeln (beitragsorientierte Leistungszusage, § 1 Abs. 2 Nr. 1 BetrAVG). Im Unterschied zur reinen Leistungszusage bezieht sich die Verpflichtung des Arbeitgebers hier auf die Entrichtung bestimmter Beträge und die Umwandlung dieser Beträge in Rentenanswartschaften.²⁶ Aus Sicht des Arbeitnehmers liegt der Schwerpunkt der Verpflichtungen des Arbeitgebers hier im Vorfeld des biologischen Ereignisses, da die Beiträge bis zu diesem Zeitpunkt zu entrichten sind. Gleichwohl handelt es sich rechtlich auch hierbei um eine Leistungszusage, da aus dem Versorgungsaufwand die konkrete Versorgungsleistung im Ruhestand ermittelt wird, für die der Arbeitgeber eintreten muss.²⁷

c) Beitragszusage mit Mindestleistung

- 12 Eine weitere Möglichkeit der Leistungszusage besteht in einer sogenannten Beitragszusage mit Mindestleistung (§ 1 Abs. 2 Nr. 2 BetrAVG). Diese Form der Leistungszusage ist dadurch gekennzeichnet, dass der Arbeitgeber sich verpflichtet, bestimmte Beiträge zur Finanzierung der Leistungen der betrieblichen Altersversorgung zu zahlen und für Leistungen zur Altersversorgung das planmäßig zuzurechnende Versorgungskapital auf der Grundlage der gezahlten Beiträge (Beiträge und die daraus erzielten Erträge), mindestens aber die Summe der zugesagten Beiträge, soweit sie nicht rechnungsmäßig für einen biometrischen Risikoausgleich verbraucht wurden, hierfür zur Verfügung zu stellen.²⁸ Das wirtschaftliche Risiko, zumindest in einem gewissen Umfang, tragen bei dieser Leistungszusage die Arbeitnehmer,²⁹ da, abhängig von den wirtschaftlichen Rahmenbedingungen, mitunter keine die Beiträge übersteigenden Erträge erzielt werden.
- 13 Die Beitragszusage mit Mindestleistung ist gem. § 1 Abs. 2 Nr. 2 BetrAVG nur bei den externen Durchführungswegen (s. Rn. 19 ff.) über Pensionsfonds, Direktversicherungen und Pensionskassen möglich. Die Durchführung unmittelbar über den Arbeitgeber ist nicht zulässig.³⁰

d) Beitragszusage

- 14 Seit dem Inkrafttreten des Betriebsrentenstärkungsgesetzes (BRSg) am 1.1.2018 sieht das BetrAVG anders als bisher nun auch die reine Beitragszusage (Defined

26 Schaub-Vogelsang, § 273 Rn. 44; BRO-Rolfs, § 1 BetrAVG Rn. 83; Reinecke, NJW 2001, 3511, 3512.

27 BAG 7.9.2004, 3 AZR 550/03, NZA 2005, 1239, 1241; BRO-Rolfs, § 1 BetrAVG Rn. 84.

28 MüArbR-Cisch, § 141 Rn. 19; Küttner-Kreitner, Betriebliche Altersvorsorge, Rn. 17.

29 MüArbR-Cisch, § 141 Rn. 20; Schipp, NZA 2011, 445, 446.

30 Uckermann, RdA 2012, 353, 359.

Contribution) als Form der betrieblichen Altersvorsorge vor (§ 1 Abs. 2 Nr. 2a BetrAVG). Hierbei verpflichtet sich der Arbeitgeber, bestimmte Beiträge zur Altersvorsorge an externe Versorgungsträger zu zahlen, ohne dass der Arbeitgeber zugleich eine Leistungsgarantie abgeben darf (§ 22 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG). Charakteristisch ist, dass der Arbeitgeber damit keine Verpflichtung zur Erbringung einer sich aus der Beitragszahlung zu errechnenden bestimmten Versorgungsleistung übernimmt. Diese Versorgungsleistung schuldet bei Eintritt des Versorgungsfalls allein der externe Versorgungsträger,³¹ wobei der Arbeitnehmer das Anlagerisiko trägt.³²

Die reine Beitragszusage ist gem. § 1 Abs. 2 Nr. 2a BetrAVG wie die Beitragszusage mit Mindestleistung nur bei den externen und versicherungsförmigen Durchführungswegen über Pensionsfonds, Direktversicherung und Pensionskasse möglich³³ und kann grundsätzlich nur durch einen Tarifvertrag eingeführt werden, um auch die Interessen der Arbeitnehmerseite zu wahren (Sozialpartnermodell).³⁴ **15**

3. Durchführungswege der betrieblichen Altersversorgung

Von der Art und Weise, wie zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer Ansprüche auf Leistungen der betrieblichen Altersversorgung begründet werden und welchen Inhalt diese Leistungszusagen haben, ist die Frage des Durchführungsweges der betrieblichen Altersversorgung zu unterscheiden. Das BetrAVG sieht insgesamt fünf Durchführungswege vor. Dabei wird zwischen einer unmittelbaren Versorgungszusage und mittelbaren Versorgungszusagen (Versorgungszusage über Direktversicherung, Pensionskasse, Pensionsfonds oder Unterstützungskasse) unterschieden. Bei der Durchführung und Steuerung einer reinen Beitragszusage sind die Gewerkschaften zu beteiligen (§ 21 Abs. 1 BetrAVG, § 2 Abs. 1 Alt. 1 TVG).³⁵ **16**

a) Unmittelbare Versorgungszusage

Bei einer unmittelbaren Versorgungszusage, einer sogenannten Direktzusage, beruht das Versorgungsverhältnis auf einer Zweierbeziehung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer.³⁶ Der Arbeitgeber erteilt selbst die Versorgungszusage und erbringt nach Eintritt des Versorgungsfalls unmittelbar aus eigenem Vermö- **17**

31 Rolf, NZA 2017, 1225, 1227.

32 Zülch, ArbRAktuell 2017, 290.

33 Rolf, NZA 2017, 1225, 1227.

34 Meissner, DStR 2017, 2633.

35 Rolf, NZA 2017, 1225, 1226.

36 BeckOKArbR-Clemens, § 1 BetrAVG Rn. 33; BRO-Rolf, § 1 BetrAVG Rn. 202.

Kap. 36 Hinausgeschobenes Entgelt: Betriebliche Altersversorgung

gen die Leistung.³⁷ Der Arbeitgeber ist somit sowohl Versorgungsträger als auch Verpflichteter aus dem Versorgungsverhältnis.

- 18 Häufig wird diese Art der Versorgungszusage über den Abschluss einer Rückdeckungsversicherung finanziert und abgesichert.³⁸

b) Mittelbare Versorgungszusagen

- 19 Eine mittelbare Versorgungszusage liegt vor, wenn die betriebliche Altersversorgung über einen externen Versorgungsträger abgewickelt wird.³⁹ Bei der mittelbaren Versorgungszusage entsteht also eine Dreierbeziehung: Zu Arbeitgeber und Arbeitnehmer tritt der Versorgungsträger. Dieser erhält vom Arbeitgeber die notwendigen Mittel, aus denen er bei Eintritt eines Versorgungsfalles die Leistungen an die Begünstigten erbringt. Nach der Rechtsnatur des zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer geschalteten Versorgungsträgers unterscheidet man als mittelbare Durchführungswege der betrieblichen Altersversorgung die Direktversicherung, die Pensionskasse, den Pensionsfonds und die Unterstützungskasse, wobei die Unterstützungskasse für die reine Beitragszusage als Durchführungsweg nicht in Betracht kommt.⁴⁰
- 20 Auch bei den mittelbaren Versorgungszusagen beruhen die Rechte des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber auf der im Arbeitsverhältnis begründeten Zusage (zu den möglichen arbeitsrechtlichen Begründungstatbeständen s. Rn. 39 ff.). Das bedeutet insbesondere: Bleiben die Leistungen des externen Versorgungsträgers hinter den zugesagten Leistungen zurück, z. B. wenn nicht oder nicht in ausreichendem Umfang Beiträge an den externen Versorgungsträger gezahlt wurden, richten sich die Differenzansprüche unmittelbar gegen den Arbeitgeber. Diese subsidiäre Haftung gem. § 1 Abs. 1 Satz 3 BetrAVG ist zwingend und kann vertraglich nicht abbedungen werden.⁴¹ Dem Arbeitnehmer steht somit ein (potenzieller) gesetzlicher Verschaffungsanspruch in Höhe der „Versorgungslücke“ gegen den Arbeitgeber zu.⁴² Bei der reinen Beitragszusage ist die subsidiäre Haftung des Arbeitgebers für eventuelle Differenzansprüche jedoch ausgeschlossen (§ 1 Abs. 1 Satz 3, Abs. 2 Nr. 2a BetrAVG).⁴³

37 ErfK-Steinmeyer, § 1 BetrAVG Rn. 12.

38 Vgl. etwa BAG 17.1.2012, 3 AZR 10/10, NZA-RR 2013, 86, 88; BRO-Rolfs, § 1 BetrAVG Rn. 208.

39 Schipp, NZA 2011, 445, 447.

40 Rolfs, NZA 2017, 1225, 1227.

41 BRO-Rolfs, § 1 BetrAVG Rn. 278 ff. m. w. N.

42 Vgl. BAG 19.6.2012, 3 AZR 408/10, NZA-RR 2013, 426, 430.

43 Rolfs, NZA 2017, 1225, 1227.

aa) Direktversicherung

Gem. § 1b Abs. 2 Satz 1 BetrAVG erfolgt die betriebliche Altersversorgung im Wege einer Direktversicherung, wenn eine Lebensversicherung auf das Leben des Arbeitnehmers abgeschlossen ist und der Arbeitnehmer oder die Hinterbliebenen bezugsberechtigt sind. Bei der Direktversicherung ist der externe Versorgungsträger eine Lebensversicherungsgesellschaft. Der Arbeitgeber ist Versicherungsnehmer,⁴⁴ die versicherte Person ist der Arbeitnehmer. Lebensversicherungen, die direkt vom Arbeitnehmer abgeschlossen werden, ggf. auf Vermittlung des Arbeitgebers, unterfallen daher nicht den Regelungen des BetrAVG.⁴⁵ Bezugsberechtigte hinsichtlich der Leistungen des Versicherers sind der Arbeitnehmer und/oder seine Hinterbliebenen. **21**

Der Arbeitgeber muss durch Beitragszahlung sicherstellen, dass der Versicherer im Versorgungsfall die Leistung an den oder die Begünstigten erbringen kann; andernfalls haftet er unmittelbar gegenüber dem Versorgungsberechtigten (vgl. § 1 Abs. 1 Satz 3 BetrAVG). Ein solcher Fall kann z.B. eintreten, wenn ein Arbeitgeber – ohne in der Versorgungszusage selbst dazu berechtigt gewesen zu sein – versicherungsrechtlich von seinem Recht zur Beitragsfreistellung oder zum Rückkauf der Lebensversicherung Gebrauch gemacht hat und deshalb bei einem Versicherungsfall die Leistung der Versicherungsgesellschaft geringer ist als die dem Arbeitnehmer vom Arbeitgeber zugesagte Versorgungsleistung. **22**

bb) Pensionskasse

Die Durchführung der betrieblichen Altersvorsorge über eine Pensionskasse gem. § 1 Abs. 3 Satz 1 BetrAVG setzt voraus, dass diese eine rechtsfähige Versorgungseinrichtung ist und dem Arbeitnehmer oder den Hinterbliebenen einen Rechtsanspruch auf Leistungen der Altersvorsorge gewährt. Die Pensionskasse ist als Versorgungsträger in der Rechtsform der Aktiengesellschaft oder des Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit (VVaG) eine Sonderform einer Lebensversicherungsgesellschaft. Die Pensionskasse unterscheidet sich vom Durchführungsweg der Direktversicherung dadurch, dass bei der Pensionskasse der Arbeitnehmer Versicherungsnehmer des durch die Mitgliedschaft begründeten Versicherungsverhältnisses ist,⁴⁶ bei der Direktversicherung der Arbeitgeber. Zugleich ist der Arbeitnehmer Versicherter. **23**

44 Der Durchführungsweg der Direktversicherung im Sinne des BetrAVG liegt nicht vor, wenn ein Arbeitgeber lediglich Rahmenbedingungen für einen Gruppenversicherungsvertrag aushandelt, der einzelne Arbeitnehmer aber selbst Versicherungsnehmer wird; vgl. auch BAG 10.3.1992, 3 AZR 153/91, NZA 1993, 25, 26; BAG 31.7.2007, 3 AZR 446/05, NZA-RR 2008, 32, 34.

45 BAG 10.3.1992, 3 AZR 153/19, NZA 1993, 25, 26.

46 Vgl. BeckOKArbR-Clemens, § 1 BetrAVG Rn. 37.

Kap. 36 Hinausgeschobenes Entgelt: Betriebliche Altersversorgung

- 24 Aus arbeitsrechtlicher Sicht sind die Verhältnisse weitgehend identisch mit denen bei der Direktversicherung. Die Arbeitnehmer haben einen Anspruch auf die zugesagten Leistungen gegen den externen Versorgungsträger. Auch bei der Pensionskasse muss der Arbeitgeber durch Beitragszahlung sicherstellen, dass die zugesagten Versorgungsleistungen erbracht werden können. Geschieht dies nicht, kann es zu unmittelbaren Ansprüchen der Versorgungsberechtigten gegen den Arbeitgeber selbst kommen.
- 25 Es gibt zum einen Pensionskassen, die in ihrem Wirkungsbereich auf einen Betrieb, ein Unternehmen oder einen Konzern (Gruppenpensionskassen) beschränkt sind. Zum anderen gibt es aber auch kommerzielle Pensionskassen, die z. B. von Banken und Versicherungen betrieben werden und einer gesamten Branche oder grundsätzlich jeglichen Trägerunternehmen offenstehen, auch wenn diese nicht miteinander verbunden sind. Pensionskassen unterliegen der Aufsicht durch die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin).

cc) Pensionsfonds

- 26 Der Pensionsfonds ist eine rechtsfähige Versorgungseinrichtung, die im Wege des Kapitaldeckungsverfahrens Leistungen der betrieblichen Altersversorgung für einen oder mehrere Arbeitgeber zu Gunsten von Arbeitnehmern erbringt. Pensionsfonds können nur in der Rechtsform der Aktiengesellschaft oder des Pensionsfondsvereins auf Gegenseitigkeit (PVaG) betrieben werden. Sie unterliegen der Aufsicht durch die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin). Es handelt sich bei ihnen allerdings nicht um Versicherungsgesellschaften.
- 27 Die Arbeitnehmer haben einen eigenen Rechtsanspruch gegen den Pensionsfonds. Zum möglichen Wirkungsbereich eines Pensionsfonds gelten die Ausführungen bei Pensionskassen entsprechend. Der Arbeitgeber haftet auch beim Pensionsfonds subsidiär für die Erfüllung der zugesagten Leistungen.
- 28 Der Pensionsfonds unterscheidet sich von der Pensionskasse dadurch, dass die Höhe der Versorgungsleistungen oder die Höhe der für diese Leistungen zu entrichtenden künftigen Beiträge nicht für alle im Pensionsplan vorgesehenen Leistungsfälle durch versicherungsförmige Garantien zugesagt werden kann (§ 112 Abs. 1 Nr. 2 VAG).⁴⁷ Bei einer Beitragszusage mit Mindestleistung kann es also zum Beispiel bei einer Abwicklung über einen Pensionsfonds zu einer Nullverzinsung kommen. Ein weiterer wichtiger Unterschied liegt in der freieren Mittelanlage.⁴⁸

47 Hierzu ausführlich BRO-Rolfs, § 1 BetrAVG Rn. 235; BeckOKArbR-Clemens, § 1 BetrAVG Rn. 40.

48 Hierzu ausführlich BRO-Rolfs, § 1 BetrAVG Rn. 246; ErfK-Steinmeyer, § 1b BetrAVG Rn. 51.

dd) Unterstützungskasse

Die Unterstützungskasse ist eine rechtsfähige Versorgungseinrichtung, die auf ihre Leistungen keinen Rechtsanspruch gewährt (vgl. § 1 Abs. 4 Satz 1 BetrAVG). Der Ausschluss des Rechtsanspruchs hat historische Gründe. Er hat zur Folge, dass die Unterstützungskasse nicht als Versicherungsunternehmen anzusehen ist. Damit unterliegt sie nicht der Versicherungsaufsicht und ist deutlich freier in der Kapitalanlage. Im Ergebnis wird der Ausschluss des Rechtsanspruches heute für bedeutungslos gehalten⁴⁹ und auf ein an sachliche Gründe gebundenes Widerrufsrecht reduziert.⁵⁰ Die Unterstützungskasse wird vielfach in der Rechtsform eines eingetragenen Vereins (e. V.) betrieben. Es gibt aber auch Unterstützungskassen in der Rechtsform einer GmbH oder einer Stiftung. Die Unterstützungskasse wird durch Zuwendungen des Arbeitgebers in die Lage versetzt, bei Eintritt eines Versorgungsfalles Leistungen an den Begünstigten zu erbringen. Zum möglichen Wirkungsbereich einer Unterstützungskasse gelten die Ausführungen bei Pensionskassen entsprechend.

Auch bei der Unterstützungskasse haftet der Arbeitgeber – ebenso wie bei den anderen mittelbaren Durchführungswegen – für die Erfüllung der zugesagten Leistungen. Hieran ändert auch die Tatsache nichts, dass die Unterstützungskasse selbst keinen Rechtsanspruch auf ihre Leistungen gewährt.

4. Vergütungscharakter

Bei Leistungen der betrieblichen Altersversorgung handelt es sich um eine Geldzuwendung anlässlich des Arbeitsverhältnisses.⁵¹ Da der Arbeitnehmer aber bei Zusage der Leistungen im aktiven Arbeitsverhältnis keinen sofortigen Wertzuwachs des eigenen Vermögens erhält, stellt sich die Frage, wie Leistungen der betrieblichen Altersversorgung rechtlich zu qualifizieren sind. Ob Leistungen der betrieblichen Altersversorgung als Vergütung im engeren Sinne oder als sonstige Leistung mit entgeltlichem Charakter zu betrachten sind, ist Gegenstand anhaltender Diskussionen.

a) Vergütungsrechtlicher Charakter von betrieblicher Altersversorgung

Leistungen der betrieblichen Altersversorgung dienen primär der Versorgung im Alter. Gleichwohl erfolgen diese Leistungen nicht allein aus reiner „Nächstenliebe“, sondern als Entlohnung für geleistete und künftige Arbeitsleistung. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts handelt es sich

49 Hierzu ausführlich BRO-Rolfs, § 1 BetrAVG Rn. 262 m. w. N.

50 BAG 17.4.1985, 3 AZR 72/83, NZA 1986, 57, 58; BAG 31.7.2007, 3 AZR 373/06, NJOZ 2010, 174, 176; BAG 16.2.2010, 3 AZR 181/08, NZA 2011, 42, 45.

51 Somit ist dies rechtlich als Vergütung zu werten, vgl. Lembke, NJW 2010, 257, 258.

Kap. 36 Hinausgeschobenes Entgelt: Betriebliche Altersversorgung

bei Leistungen der betrieblichen Altersversorgung daher um eine Gegenleistung aus dem Arbeitsvertrag und somit um eine besondere Form der Vergütung.⁵² Die Arbeitnehmer sind insoweit durch ihre Betriebstreue in Vorleistung getreten.⁵³ Ihre Vorleistung wird dann im Ruhestand ausgeglichen. Die Erfüllung ihrer Leistungspflicht erfolgt im Vertrauen darauf, dass der Arbeitgeber sämtliche seiner originären Leistungspflichten ebenfalls erfüllt. Die zuvorderst vom Arbeitgeber zu erbringende Leistungspflicht ist die Vergütungspflicht.⁵⁴ Somit müssen auch Leistungen der betrieblichen Altersversorgung jedenfalls Vergütungscharakter haben.

b) Betriebliche Altersversorgung als Vergütung im engeren Sinne

- 33** Noch nicht abschließend geklärt ist jedoch die Frage, ob Leistungen der betrieblichen Altersversorgung lediglich Vergütungscharakter haben oder ob sie sogar Vergütung im engeren Sinne, d. h. unmittelbare Gegenleistung für geleistete Arbeit, darstellen. Die Bejahung dieser Frage würde zur Folge haben, dass Leistungen der betrieblichen Altersversorgung, z. B. die Beiträge des Arbeitgebers zu einer Direktversicherung, auf den gesetzlichen Mindestlohn angerechnet werden können (s. Kap. 3).
- 34** Für die Qualifizierung als Vergütung im engeren Sinne sprechen verschiedene gesetzliche Wertungen innerhalb des BetrAVG. Dies gilt zunächst hinsichtlich der Regelungen zur Unverfallbarkeit von Anwartschaften auf eine betriebliche Altersversorgung, die unter bestimmten Voraussetzungen (vgl. § 1b BetrAVG) eintritt. Die Regelungen über die Unverfallbarkeit von Versorgungsanwartschaften sind zwingend. Von diesen kann auch nicht durch Tarifverträge abgewichen werden (vgl. § 17 Abs. 3 BetrAVG). Ein solch extensiver Schutz des Arbeitnehmers ist auffällig und lässt sich in erster Linie mit dem Vergütungscharakter erklären. Da der Arbeitnehmer für das „hinausgeschobene Entgelt“ der betrieblichen Altersversorgung signifikant in Vorleistung tritt, mitunter über Jahrzehnte, bedarf er eines besonderen Schutzes, damit er seine durch Arbeitsleistung „erdienten“ Ansprüche nicht verliert.
- 35** Ebenso streiten die Bestimmungen zum Insolvenzschutz für diese Auffassung. Nach den Regelungen des BetrAVG sind unverfallbare Anwartschaften auf betriebliche Altersversorgung sowie bereits fällige Versorgungsansprüche, sofern diese nicht über den Durchführungsweg der Pensionskasse gewährt werden oder auf der Grundlage einer reinen Beitragszusage durchgeführt werden,⁵⁵ gegen das

52 BVerfG 19.10.1983, 2 BvR 298/81, NJW 1984, 476, 477 f.; BVerfG 29.2.2012, 1 BvR 2378/10, NZA 2012, 788, 790; *Schlewing*, NZA-Beil. 2014, 127, 130.

53 BVerfG 19.10.1983, 2 BvR 298/81, NJW 1984, 476, 477 f.; BVerfG 29.2.2012, 1 BvR 2378/10, NZA 2012, 788, 790; *Schlewing*, NZA-Beil. 2014, 127, 130.

54 *ErfK-Preis*, § 611 BGB Rn. 389.

55 *Rolfs*, NZA 2017, 1225, 1228.

Risiko der Insolvenz abgesichert (vgl. § 7 BetrAVG). Auch hierdurch soll erneut verhindert werden, dass Arbeitnehmer trotz mitunter jahrzehntelanger Vorleistung ihre „erdienten“ Ansprüche auf betriebliche Altersversorgung verlieren.

Nicht zuletzt kann auch die Rechtsprechung des BAG zur Beendigung und Änderung von Versorgungszusagen für die Qualifizierung als Vergütung im engeren Sinne herangezogen werden. Sofern Leistungen der betrieblichen Altersvorsorge auf Basis einer Betriebsvereinbarung gewährt werden, können verschlechternde Versorgungsregelungen nur unter Berücksichtigung des Vertrauensschutzes und der Verhältnismäßigkeit erfolgen. Das Bundesarbeitsgericht prüft die Beachtung dieser Grundsätze anhand der sogenannten Drei-Stufen-Theorie.⁵⁶ Somit kann der Arbeitgeber, auch wenn er an sich frei bei der Einführung eines betrieblichen Altersversorgungssystems ist (s. Rn. 56 ff.), sich nicht ohne Weiteres von bestehenden oder künftigen Pensionsverpflichtungen lösen. **36**

Teile der Literatur erachten Leistungen der betrieblichen Altersversorgung nicht als Vergütung im engeren Sinne. Nach der Auffassung von *Ulber* ergibt sich dies aus der fehlenden funktionalen Äquivalenz zwischen geleisteter Arbeit und Zweck der Leistung. Damit scheidet z. B. auch eine Anrechnung auf den gesetzlichen Mindestlohn aus.⁵⁷ Diese Auffassung erscheint zutreffend. Sinn und Zweck von Vergütung im engeren Sinne, insbesondere des gesetzlichen Mindestlohns, ist nicht zuletzt, dass dem Arbeitnehmer effektiv ein bestimmter Stundenlohn für geleistete Arbeit zur Verfügung steht (s. Kap. 3). Insoweit hat der Gesetzgeber mit der Einführung eines gesetzlichen Mindestlohns eine Entscheidung getroffen, was ein Arbeitnehmer im Rahmen eines sozialversicherungspflichtigen Arbeitsverhältnisses zur Sicherung seines Lebensunterhalts mindestens erhalten muss. Leistungen der betrieblichen Altersversorgung stehen dem Arbeitnehmer außerhalb des Bezugszeitraums hingegen nicht zur Verfügung und können nicht für die Befriedigung alltäglicher Bedürfnisse des Lebensunterhalts eingesetzt werden. **37**

Auch wenn Leistungen der betrieblichen Altersversorgung somit keine Vergütung im engeren Sinne darstellen, haben sie aber gleichwohl Vergütungscharakter, sodass im Ergebnis zu Recht von „hinausgeschobenem Entgelt“ gesprochen werden kann. **38**

⁵⁶ BAG 8.12.1981, 3 ABR 53/80, AP BetrAVG § 1 Ablösung Nr. 1; BAG 22.5.1990, 3 AZR 128/89, NZA 1990, 813; ausführlich zur Drei-Stufen-Theorie siehe *Schnitker/Grau*, NZA-Beil. 2010, 68, 72 m. w. N.

⁵⁷ *Ulber*, RdA 2014, 176, 181, der sich auf die Entscheidung des EuGH vom 7.11.2013, Rs. C-52/12 (Isbir), bezieht. Dort entschied der EuGH in Bezug auf vermögenswirksame Leistungen, dass diese nicht auf den Mindestlohn anrechenbar sind.

III. Anspruchsgrundlagen

- 39** Für die Schaffung von Ansprüchen auf Leistungen der betrieblichen Altersversorgung bedarf es eines Rechtsbegründungsaktes während der Laufzeit des Arbeitsverhältnisses. Unter Rechtsbegründungsakt wird der konkrete arbeitsrechtliche Verpflichtungstatbestand für die Begründung eines Anspruchs auf betriebliche Altersversorgung verstanden.⁵⁸ Der Rechtsbegründungsakt ist vom Durchführungsweg (s. Rn. 47 ff.) zu unterscheiden. Für jeden Rechtsbegründungsakt können alle fünf Durchführungswege gewählt werden. Der Rechtsbegründungsakt ist nicht nur maßgebend für die Begründung der Leistungsverpflichtung des Arbeitgebers, sondern auch rechtliche Basis für deren Änderung oder Aufhebung.
- 40** Ohne einen entsprechenden Rechtsbegründungsakt hat der Arbeitnehmer keinen Anspruch auf eine arbeitgeberfinanzierte betriebliche Altersversorgung.⁵⁹ Lediglich im Hinblick auf die arbeitnehmerfinanzierte betriebliche Altersversorgung durch Entgeltumwandlung besteht ein Anspruch der Arbeitnehmer.⁶⁰ Der Aufwand des Arbeitgebers beschränkt sich in diesem Fall allerdings auf die Verwaltung der Pensionsordnung. Er ist grundsätzlich nicht zur Eigenfinanzierung von Leistungen verpflichtet. Lediglich bei der reinen Beitragszusage besteht im Falle der Entgeltumwandlung ein Aufstockungsanspruch gegen den Arbeitgeber in Höhe von 15% des umgewandelten Betrages (§ 23 Abs. 2 BetrAVG).

1. Arbeitsvertraglicher Anspruch

- 41** Haben sich die Parteien arbeitsvertraglich auf eine bestimmte Form der arbeitgeberfinanzierten Altersversorgung geeinigt, hat der Arbeitnehmer selbstredend einen Anspruch auf eine solche Versorgung. Oft wird im Rahmen einer solchen Regelung nicht jedes Detail zwischen den Parteien des Arbeitsvertrages direkt vereinbart. Vielmehr wird oft auf ein bestimmtes, z. B. tarifliches, Regelungswerk verwiesen. Im Einzelfall kann es bei solchen Verweisungen etwa zu Streitigkeiten kommen, ob die Verweisung statischer oder dynamischer Natur ist. Typischerweise handelt es sich nach der Rechtsprechung um dynamische Verweisungen.⁶¹
- 42** Bei Vorständen, Geschäftsführern und leitenden Angestellten erfolgt hingegen oft eine detaillierte Zusage von Leistungen der betrieblichen Altersversorgung

⁵⁸ *Uckermann/Fuhrmanns*, NZA 2011, 138.

⁵⁹ Vor diesem Hintergrund verlangt u. a. der DGB eine entsprechende Verpflichtung des Arbeitgebers, vgl. Stellungnahme zum „Neuen Sozialpartnermodell Betriebsrente“ vom 5.3.2015.

⁶⁰ Siehe hierzu umfassend *ErfK-Steinmeyer*, § 1a BetrAVG Rn. 2 m. w. N.

⁶¹ BAG 27.6.2006, 3 AZR 255/05, NZA 2006, 1285, 1286; BAG 17.6.2008, 3 AZR 553/06, NJOZ 2008, 4613, 4617; BAG 18.9.2012, 3 AZR 415/10, NZA 2013, 210, 213.

im Anstellungsvertrag. Dies geschieht insbesondere dann, wenn diesen Führungskräften gegebenenfalls zusätzlich zur allgemeinen Pensionsordnung des Unternehmens individuelle Pensionszusagen erteilt werden sollen.

2. Sonstige individualrechtliche Anspruchsgrundlagen

Neben einer schriftlich fixierten, arbeitsvertraglichen Anspruchsgrundlage **43** kommen auch alle anderen individualrechtlichen Anspruchsgrundlagen als Rechtsbegründungsakt in Betracht, wobei diese in der Regel für mehrere Arbeitnehmer gelten und damit trotz ihrer rechtlichen Verankerung im Arbeitsvertrag kollektiven Charakter haben.

a) Anspruch aus betrieblicher Übung

Ein Anspruch auf Leistungen der betrieblichen Altersversorgung kann auf Basis einer betrieblichen Übung begründet werden.⁶² Dies stellt nicht zuletzt auch § 1b Abs. 1 Satz 4 BetrAVG klar. Im Bereich der betrieblichen Altersversorgung verdichtet sich eine betriebliche Praxis erst nach einem gewissen Zeitraum zu einer betrieblichen Übung.⁶³ Nach der Rechtsprechung ist ein Zeitraum von fünf bis acht Jahren geeignet, das Entstehen einer betrieblichen Übung zu rechtfertigen.⁶⁴ **44**

b) Anspruch aus arbeitsrechtlichem Gleichbehandlungsgrundsatz

Auch auf Basis des sogenannten arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes⁶⁵ kann ein Anspruch auf Leistungen der betrieblichen Altersvorsorge begründet werden. Dies ergibt sich auch – deklaratorisch – aus § 1b Abs. 1 Satz 4 BetrAVG. **45**

c) Anspruch aus Gesamtzusage

Dem Arbeitgeber ist es ferner unbenommen, Leistungen der betrieblichen Altersversorgung im Wege einer Gesamtzusage⁶⁶ zu gewähren. Eine Gesamtzusage ist die an alle Arbeitnehmer des Betriebs oder einen nach abstrakten Merkmalen **46**

⁶² Zum Begriff der betrieblichen Übung siehe umfassend *Waltermann*, RdA 2006, 257 m. w. N.

⁶³ BAG 28.8.2008, 2 AZR 15/07, NZA 2009, 196, 199; BAG 15.5.2012, 3 AZR 610/11, NZA 2012, 1279, 1287.

⁶⁴ BAG 28.8.2008, 2 AZR 15/07, NZA 2009, 196, 199; BAG 15.5.2012, 3 AZR 610/11, NZA 2012, 1279, 1287.

⁶⁵ Zum Begriff des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes siehe umfassend *MüArB-Richardi*, § 9 m. w. N.

⁶⁶ Zur Gesamtzusage siehe auch *Diller/Löwisch*, BB 2007, 830.

bestimmten Teil von ihnen in allgemeiner Form gerichtete Erklärung des Arbeitgebers, jedem Arbeitnehmer, der die von ihm abstrakt festgelegten Voraussetzungen erfüllt, eine bestimmte Leistung zu gewähren.⁶⁷ Solche Zusagen werden üblicherweise durch Veröffentlichung in geeigneter Form, z. B. im Intranet oder durch Aushang am „schwarzen Brett“,⁶⁸ erteilt, damit die Versorgungsbedingungen allen Berechtigten klar und verständlich sind.

3. Kollektivrechtliche Anspruchsgrundlagen

- 47 Überwiegend werden Ansprüche auf betriebliche Altersversorgung in kollektivrechtlichen Vereinbarungen begründet. Bei der reinen Beitragszusage können Verpflichtungsgrundlagen für Ansprüche auf betriebliche Altersversorgung ausschließlich kollektivrechtliche Vereinbarungen sein.⁶⁹

a) Tarifvertrag

- 48 Gerade bei größeren Unternehmen werden jedenfalls bestimmte Aspekte der betrieblichen Altersversorgung, wie z. B. das Verfahren bei Entgeltumwandlung und damit zusammenhängende Arbeitgeberzuschüsse,⁷⁰ im Rahmen von Tarifverträgen geregelt. Dies beruht nicht zuletzt auch darauf, dass in Tarifverträgen von den mitunter strengen Regelungen des BetrAVG abgewichen werden kann (§ 17 Abs. 3 BetrAVG). Zum Beispiel können vom Gesetz abweichende Regelungen zu § 1a BetrAVG (Anspruch auf Entgeltumwandlung) oder Modifikationen zu § 4 BetrAVG (Übertragung von unverfallbaren Anwartschaften) getroffen werden.⁷¹ Wenn Leistungen der betrieblichen Altersversorgung in Tarifverträgen geregelt sind, kommt es nicht selten zu Konflikten der Tarifvertragsparteien,⁷² sofern z. B. aus wirtschaftlichen Gründen notwendige Anpassungen von tariflichen Versorgungsordnungen anstehen.

67 BAG 15.5.2012, 3 AZR 610/11, NZA 2012, 1279, 1286.

68 Uckermann/Fuhrmanns, NZA 2011, 138, 139.

69 Rolfs, NZA 2017, 1225, 1226.

70 Vgl. etwa die sogenannte Chemietarifförderung gem. § 19 des Tarifvertrags über Einmalzahlungen und über Altersvorsorge zwischen dem BAVC und der IG BCE vom 18.11.2001, in der Fassung vom 9.6.2008.

71 Im Einzelfall ist vieles umstritten: Vgl. etwa zur Möglichkeit des völligen Ausschlusses von § 1a BetrAVG sowie zu weiteren Aspekten BRO-Rolfs, § 17 BetrAVG Rn. 154 m. w. N.

72 Vgl. zuletzt Tarifstreit zwischen der Lufthansa und den Gewerkschaften Cockpit und UFO.

b) Betriebsvereinbarung

Möchte der Arbeitgeber eine arbeitgeberfinanzierte Form der betrieblichen Altersversorgung einführen, hat er etwaige Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats zu beachten. Zwar kann der Arbeitgeber mitbestimmungsfrei entscheiden, ob er überhaupt eine betriebliche Altersversorgung anbietet, in welcher Höhe er diese dotiert und welchen Durchführungsweg er wählt.⁷³ Gleichwohl hat der Betriebsrat ein zwingend zu beachtendes Mitbestimmungsrecht gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG.⁷⁴ Hiernach kann der Betriebsrat bei der konkreten Ausgestaltung des Pensionssystems, etwa beim Leistungsplan, mitbestimmen. Angesichts des Mitbestimmungsrechtes des Betriebsrats sind Betriebsvereinbarungen die häufigste Form umfassender kollektivrechtlicher Regelung von Pensionsordnungen, wenn im Unternehmen Betriebsräte gewählt wurden. Unternehmenseinheitliche Regelungen, die vom Arbeitgeber regelmäßig gewollt sind, werden in Großunternehmen dann in Gesamt- oder Konzernbetriebsvereinbarungen niedergelegt.

IV. Sozialversicherungs- und steuerrechtliche Aspekte

Leistungen der betrieblichen Altersversorgung sind immer mit sozialversicherungs- und steuerrechtlichen Aspekten verknüpft, die es zu beachten gilt. Die steuer- und sozialversicherungsrechtlichen Vor- und Nachteile der einzelnen Durchführungswege der betrieblichen Altersversorgung sind sorgfältig abzuwägen. Einen Überblick über die wesentlichen Themen gibt nachfolgende Tabelle:

⁷³ Reinecke, DB 2016, 651, 653.

⁷⁴ Reinecke, DB 2016, 651, 653.

Kap. 36 Hinausgeschobenes Entgelt: Betriebliche Altersversorgung

Durchführungsweg	Beiträge/Zusage		Rentenleistungen	
	Steuer	Sozialversicherung	Steuer	Sozialversicherung
Pensionskasse (ohne besondere Versorgungsformen)	Steuerfrei bis zu 4 % der Beitragsbemessungsgrenze (BBG) West in der gesetzlichen Rentenversicherung (2016 = 2.976 EUR jährlich, 248 EUR mtl.) Zusätzlich hierzu können noch bis zu 1.800 EUR pro Jahr steuerfrei eingezahlt werden. Dieser zusätzliche Betrag ist jedoch nicht beitragsfrei zur Sozialversicherung! Betriebsausgabenabzug für Arbeitgeber (AG) (vgl. § 4c EStG) Keine bilanzielle Erfassung	Beitragsfrei bis zu 4 % der BBG RV West (2016 = 2.976 EUR jährlich, 248 EUR mtl.), unabhängig, ob arbeitgeber- oder arbeitnehmerfinanziert	Sonstige Einkünfte nach § 22 Nr. 5 EStG: Besteuerung in vollem Umfang	Beitragspflicht KV/PV mit Zahlbetrag
	Steuerpflichtig, LSt nach ELStAM, Förderung durch Altersvorsorgezulage bzw. zusätzlichen Sonderausgabenabzug	Beitragspflichtig	Sonstige Einkünfte nach § 22 Nr. 5 EStG: Besteuerung in vollem Umfang	Beitragspflicht KV/PV mit Zahlbetrag
	Steuerpflichtig, LSt nach ELStAM, keine Förderung durch Altersvorsorgezulage bzw. zusätzlichen Sonderausgabenabzug	Beitragspflichtig	Sonstige Einkünfte nach § 22 Nr. 1 Satz 3 lit. a EStG: Besteuerung nur in Höhe des Ertragsanteils	Beitragspflicht KV/PV mit Zahlbetrag
Pensionsfonds	Steuerfrei bis zu 4 % der BBG RV West (2016 = 2.976 EUR jährlich, 248 EUR mtl.) Zusätzlich hierzu können noch bis zu 1.800 EUR pro Jahr steuerfrei eingezahlt werden. Dieser zusätzliche Betrag ist jedoch nicht beitragsfrei zur Sozialversicherung! Betriebsausgabenabzug für AG (vgl. § 4e EStG) Keine bilanzielle Erfassung	Beitragsfrei bis zu 4 % der BBG RV West (2016 = 2.976 EUR jährlich, 248 EUR mtl.), unabhängig, ob arbeitgeber- oder arbeitnehmerfinanziert	Sonstige Einkünfte nach § 22 Nr. 5 EStG: Besteuerung in vollem Umfang	Beitragspflicht KV/PV mit Zahlbetrag

	Steuerpflichtig, LSt nach ELStAM, Förderung durch Altersvorsorgezulage bzw. zusätzlichen Sonderausgabenabzug	Beitragspflichtig	Sonstige Einkünfte nach § 22 Nr. 5 EStG; Besteuerung in vollem Umfang	Beitragspflicht KV/PV mit Zahlbetrag
	Steuerpflichtig, LSt nach ELStAM, keine Förderung durch Altersvorsorgezulage bzw. zusätzlichen Sonderausgabenabzug	Beitragspflichtig	Sonstige Einkünfte nach § 22 Nr. 1 Satz 3 Buchst. a EStG; Besteuerung nur in Höhe des Ertragsanteils	Beitragspflicht KV/PV mit Zahlbetrag
Direktversicherung	Steuerfrei bis zu 4 % der BBG RV West (2016 = 2.976 EUR jährlich, 248 EUR mtl.) Zusätzlich hierzu können noch bis zu 1.800 EUR pro Jahr steuerfrei eingezahlt werden. Dieser zusätzliche Betrag ist jedoch nicht beitragsfrei zur Sozialversicherung! Betriebsausgabenabzug für Arbeitgeber; keine Aktivierung des Versicherungsanspruchs, soweit dieser nicht dem Arbeitgeber zusteht Keine bilanzielle Erfassung	Beitragsfrei bis zu 4 % der BBG RV West (2016 = 2.976 EUR jährlich, 248 EUR mtl.), unabhängig, ob arbeitgeber- oder arbeitnehmerfinanziert	Sonstige Einkünfte nach § 22 Nr. 5 EStG; Besteuerung in vollem Umfang	Beitragspflicht KV/PV mit Zahlbetrag; ausgenommen die Rentenleistungen, die ein Arbeitnehmer nach Beendigung seiner Erwerbstätigkeit auf den Lebensversicherungsvertrag unter Einrücken in die Stellung eines Versicherungsnehmers eingezahlt hat
	Steuerpflichtig, LSt nach ELStAM, keine Förderung durch Altersvorsorgezulage bzw. zusätzlichen Sonderausgabenabzug	Beitragspflichtig	Sonstige Einkünfte nach § 22 Nr. 1 Satz 3 Buchst. a EStG; Besteuerung nur in Höhe des Ertragsanteils	Beitragspflicht KV/PV mit Zahlbetrag
	Steuerpflichtig, LSt nach ELStAM, Förderung durch Altersvorsorgezulage bzw. durch zusätzlichen Sonderausgabenabzug	Beitragspflichtig	Sonstige Einkünfte nach § 22 Nr. 5 EStG; Besteuerung in vollem Umfang	Beitragspflicht KV/PV mit Zahlbetrag
Unterstützungskasse	Zusage der Leistung/Beitragszahlung an Unterstützungskasse löst keinen Lohnzufluss aus, d. h. steuerfrei unabhängig von der Höhe der Beiträge Betriebsausgabenabzug für AG (vgl. § 4d EStG) Keine bilanzielle Erfassung	Beitragsfrei bei Entgeltumwandlung bis maximal 4 % der BBG RV West (2016 = 2.976 EUR jährlich, 248 EUR mtl.)	Einkünfte aus nichtselbstständiger Tätigkeit nach § 19 EStG (Versorgungsbezüge); Lohnsteuerabzug nach Lohnsteuerkarte durch den Arbeitgeber unter Berücksichtigung des Versorgungsfreibetrags (§ 19 Abs. 2 EStG)	Beitragspflicht KV/PV mit Zahlbetrag

Kap. 36 Hinausgeschobenes Entgelt: Betriebliche Altersversorgung

<p>Pensionszusage (Direktzusage)</p>	<p>Zusage der Leistung löst keinen Lohnzufluss aus, d. h. steuerfrei unabhängig von der Höhe etwaiger Beiträge z. B. an eine Rückdeckungsversicherung</p> <p>SfB: Bildung einer Pensionsrückstellung gem. § 6a EStG; Aktivierung des Deckungskapitals einer Rückdeckungsversicherung</p> <p>HB: Bildung einer Pensionsrückstellung (vgl. Art. 28 Abs. 1 Satz 1 EGHGB); Aktivierung einer evtl. Rückdeckungsversicherung; bei Verpfändung muss zwingend saldiert werden (Offenlegung im Anhang); zusätzlicher Aufwand im Jahr der Vereinbarung der Pensionszusage durch Passivierung des erdienten Barwerts vor Ertteilung der Pensionszusage, durch Differenz zwischen Beiträgen zur Rückdeckungsversicherung und jährlicher Aktivierung des Rückdeckungsanspruchs und durch Differenz zwischen Rentenzahlung und Verringerung der Rückstellung; Ertrag bei vorzeitigem Eintritt des Versicherungsfalles in Höhe der Differenz zwischen Versicherungsleistung und aktiviertem Deckungskapital IAS/IFRS: Pensionsrückstellungen i. d. R. deutlich höher als nach HGB, da auch (wahrscheinliche) künftige Erhöhungen einbezogen werden müssen; Saldierung mit Planvermögen (Deckungsvermögen); ausführende Offenlegungspflichten im Anhang nach IAS 19</p>	<p>Beitragsfrei; bei Entgeltumwandlung bis maximal 4 % der BBG RV West (2016 = 2.976 EUR jährlich, 248 EUR mtl.).</p>	<p>Einkünfte aus nichtselbstständiger Tätigkeit nach § 19 EStG (Versorgungsbezüge); Lohnsteuerabzug nach Lohnsteuerkarte durch den Arbeitgeber unter Berücksichtigung des Versorgungsfreibetrags (§ 19 Abs. 2 EStG)</p>	<p>Beitragspflicht KV/PV mit Zahlbetrag</p>
---	--	---	---	---

V. Praxishinweise

Die Implementierung von arbeitgeberfinanzierten Pensionsordnungen bedarf gründlicher Planung, da diese sehr kostenintensiv sind. Auch wenn nicht alle möglichen Aspekte hier behandelt werden können, sind zwei besonders praxisrelevante Themen hervorzuheben: **51**

1. Präferenz bzgl. Form der Zusage

Die Erfahrungen aus den globalen Wirtschafts- und Finanzkrisen der letzten Jahre sowie deren Folgen lassen die beitragsorientierte Leistungszusage als vorzugswürdige Form der betrieblichen Altersversorgung erscheinen. Dies beruht auf mehreren Gründen: **52**

Der Arbeitgeber kann diese Form der Zusage in allen denkbaren Konstellationen erteilen. Das BetrAVG schließt keine bestimmten Durchführungswege für diese Form der Zusage aus. So kann die Zusage unmittelbar oder mittelbar erfolgen und sie kann im Rahmen jedes mittelbaren Durchführungswegs ausgestaltet werden. **53**

Überschussanteile, d. h. Erträge aus Beiträgen, stehen ohne gesonderte Vereinbarung dem Arbeitgeber zu. Er kann dann nach seinem Ermessen entscheiden, zu welchem Zweck er diese Überschüsse verwendet. **54**

Im Gegensatz zur reinen Leistungszusage sind der Finanzierungsaufwand und etwaige finanzielle Risiken dieser Form der Leistungszusage besser zu kalkulieren. Der Arbeitgeber oder auch ein externes Beratungsunternehmen kann errechnen, welcher Aufwand vom Arbeitgeber zu leisten ist und welche Verpflichtungen auf ihn zukommen. Bei Einführung der Pensionsordnung ggf. nicht vorhersehbare Einflüsse von Wirtschafts- oder Finanzkrisen und deren Folgen (z. B. Niedrig-Zinsumfeld) können vernachlässigt werden. Ebenso sind unvorhergesehene, massive Steigerungen der Anwartschaften eines Arbeitnehmers und damit zusammenhängende finanzielle Mehrbelastungen wie z. B. bei einer endgehaltsbezogenen Leistungszusage nicht möglich (s. Rn. 10). **55**

2. Zusätzliche private Insolvenzversicherung

Für bestimmte Zusagearten und Durchführungswege⁷⁵ sieht das BetrAVG eine gesetzliche Insolvenzversicherung für etwaige Anwartschaften auf betriebliche Altersversorgung vor. Neben der grundsätzlichen gesetzlichen Absicherung über den Pensionssicherungsverein auf Gegenseitigkeit (PSV aG) nutzen Arbeitgeber vermehrt auch privatrechtliche Absicherungsmodelle. **56**

⁷⁵ Dies gilt beispielsweise nicht für die neu eingeführte reine Beitragszusage, § 1 Abs. 2 Nr. 2a BetrAVG.

- 57 Ein bekanntes Modell der privatrechtlichen Absicherung ist das sogenannte Contractual Trust Arrangement (CTA). Ein CTA dient dazu, die finanziellen Mittel für die Erbringung von Versorgungsverpflichtungen treuhänderisch auf einen externen Rechtsträger zu übertragen, der in der Regel auch die Administration und das Asset Management des Versorgungswerkes übernimmt. Durch ein CTA werden in der Regel zwei Zwecke verfolgt:
- 58 Durch ein CTA wird ein zusätzlicher privatrechtlicher Insolvenzschutz für die Ansprüche und Anwartschaften auf betriebliche Altersversorgung herbeigeführt, der insbesondere für Zusagen relevant ist, welche die Höchstgrenze für die Leistungen des PSV aG (§ 7 Abs. 3 BetrAVG) übersteigen.⁷⁶ Dies geschieht durch eine spezielle zivilrechtliche Ausgestaltung des Treuhandvertrages, nämlich entweder durch ein sogenanntes „Verpfändungsmodell“ oder eine „doppel-seitige Treuhand“.
- 59 Der noch wichtigere Gesichtspunkt liegt in den Folgen für die Bilanzierung des Unternehmens: Für deutsche Tochtergesellschaften internationaler Konzerne und insbesondere auch für deutsche Konzerne, die Bilanzen nach internationalen oder nach US-amerikanischen Rechnungslegungsvorschriften (IAS und US-GAAP) erstellen, entstehen aus der Bildung von Pensionsrückstellungen für Versorgungsverpflichtungen im internationalen Wettbewerb substantielle Nachteile. Denn nach den internationalen Rechnungslegungsvorschriften müssen Pensionsrückstellungen als ungedeckte Pensionsverbindlichkeiten (Unfunded Pension Liabilities) ausgewiesen werden. Dies führt zu einer Verschlechterung des Unternehmensratings, die Eigenkapitalverzinsung sinkt und erhöht damit auch die Kosten zur Selbstfinanzierung. Auch um dieses Problem zu lösen, bietet sich die Etablierung eines CTA an. Bei richtiger Ausgestaltung wird das auf den Treuhänder übertragene Vermögen gegen die Pensionsrückstellungen aufgerechnet (saldiert) und nur noch die verbleibende Differenz bilanziert. Voraussetzung dafür, dass lediglich die ungedeckten Pensionsverpflichtungen ausgewiesen werden müssen, ist, dass die auf den Treuhänder übertragenen Deckungsmittel die nach den internationalen Rechnungslegungsstandards (vgl. IAS 19 oder FFAS 87) aufgestellten Anforderungen an Planvermögen (Plan Assets) erfüllen. Erforderlich für die Anerkennung ist insbesondere, dass das Vermögen von einer rechtlich selbstständigen Einheit gehalten wird, die von dem zusagenden Unternehmen rechtlich unabhängig ist. Das Vermögen muss ausschließlich für die Erfüllung von Versorgungsverpflichtungen reserviert sein und darf nicht an den Arbeitgeber oder seine Gläubiger gezahlt werden können, bevor nicht die Versorgungsverpflichtungen erfüllt sind.

76 Diese Grenze liegt aktuell bei 9.135 EUR in den alten und bei 8.085 EUR in den neuen Bundesländern.

Kapitel 37

Entgeltabrechnung

Schrifttum: Arbeitsgemeinschaft für wirtschaftliche Verwaltung e.V., Entgeltbescheinigungsverordnung Kommentierung, Version 1.0, Stand: 12.4.2013; *Backfisch*, Das Wichtigste auf einen Blick – Formen und Fristen, AuA 2003, 22; *Göhle-Sander*, Aus der Rechtsprechung der Beschwerdekammern des LAG Hamm, in: Wolmerath/Gallner/Krasshöfer/Weyand (Hrsg.), FS Düwell, 2011, S. 247; *Hilderink/Patz*, Datenschutz und ELENA – Is Big Brother watching us?, AuA Sonderheft 2010, 48; *Kremer/Schmidt*, Übermittlung elektronischer Entgeltabrechnungen an Arbeitnehmer, CR 2014, 228; *Lembke*, Die Gestaltung von Vergütungsvereinbarungen, NJW 2010, 257; *Mitsch*, Gesetzliche Informationspflichten des Arbeitgebers als Konkretisierung seiner allgemeinen Fürsorgepflicht, 2008; *Müller*, Die klageweise Durchsetzung von Zeitvergütungsansprüchen, NZA 2008, 977; *Perren*, Änderung der Gewerbeordnung – Erste Fassung eines Arbeitsgesetzbuches?, AiB 2002, 521; *Reiter/Kühnel*, Auskünfte des Arbeitgebers, AuA 2004, 40; *Schöne*, Die Novellierung der Gewerbeordnung und die Auswirkungen auf das Arbeitsrecht, NZA 2002, 829; *Tettinger/Wank/Ennuschat*, Gewerbeordnung, Kommentar, 8. Aufl. 2011; *Tiedemann*, Zwangsvollstreckung titulierter Ansprüche auf Entgeltabrechnung – Arbeitgebern drohen neuerdings Zwangsgeld und Ersatzzwangshaft, ArbRB 2010, 96; *Wedde*, ELENA – Meilenstein auf dem Weg zum Bürokratieabbau oder Stolperstein für das Persönlichkeitsrecht?, ArbuR 2010, 94; *Wisskirchen*, Novellierung arbeitsrechtlicher Vorschriften in der Gewerbeordnung, DB 2002, 1886.

Übersicht

	Rn.		Rn.
I. Allgemeines	1	b) Art und Höhe der Abzüge, Abschlagszahlungen und Vorschüsse	15
II. Anspruchsinhaber und -gegner	4	VI. Wirkung der Abrechnung	21
III. Fälligkeit der Abrechnung	5	VII. Verstoß gegen die Abrechnungspflicht	24
IV. Form	7	1. Allgemeines	24
V. Inhalt der Abrechnung	9	2. Prozessuale Durchsetzung	25
1. Angabe des Abrechnungszeitraums	10	3. Zurückbehaltungsrecht und Schadensersatz	27
2. Angaben über die Zusammensetzung	12		
a) Art und Höhe des Arbeitsentgelts	13		

I. Allgemeines

Was ein Arbeitnehmer „unter dem Strich“ verdient, ist häufig das Ergebnis einer komplizierten Berechnung. Zum Grundentgelt kommen nicht selten Zuschläge und Zulagen hinzu, darüber hinaus auch jährliche Sonderzahlungen, Gratifikationen, Prämien und Boni. Von dieser „Bruttovergütung“ erfolgen diverse lohn-

Kap. 37 Entgeltabrechnung

steuer- und beitragsrechtliche Abzüge. Damit der Arbeitnehmer hier den Überblick behält – nicht zuletzt, um ggf. Berechnungsfehler zu beanstanden¹ –, verpflichtet § 108 Abs. 1 GewO den Arbeitgeber zur Erstellung **regelmäßiger Entgeltabrechnungen**.² Deren **Mindestinhalt** wird durch § 108 Abs. 1 Satz 2 GewO gesetzlich vorgegeben. Da bei einer sozialversicherungspflichtigen Beschäftigung (s. Kap. ■ Rn. 5 ff.) vom Arbeitsentgelt der Sozialversicherungsbeitrag abzuführen ist, benötigen auch die Träger der Sozialversicherung eine Abrechnung. Die hierfür erforderlichen Angaben regelt seit dem 1.7.2013 die **Entgeltbescheinigungsverordnung (EBV)**.³ Diese sorgt dafür, dass den Trägern der Sozialversicherung bundesweit einheitliche Angaben aus der Bescheinigung zur Verfügung stehen.⁴ Zudem sollen die Softwarehersteller einheitliche Vorgaben für die Programmierung der Bescheinigungssoftware erhalten.⁵

- 2 Benötigt der Arbeitnehmer eine Entgeltbescheinigung nicht zu sozialrechtlichen, sondern zu anderen Zwecken – etwa zur **Vorlage bei einem neuen Arbeitgeber**,⁶ bei einer **Bank** zum Erhalt eines Darlehens oder bei einem **Vermieter** vor Abschluss eines Mietvertrages⁷ –, muss der Arbeitgeber sie ihm nach § 108 Abs. 3 Satz 3 GewO erstellen. Die Bescheinigung ist auf die Angaben nach § 108 Abs. 1 GewO beschränkt, also auf den **Abrechnungszeitraum** und die **Zusammensetzung des Arbeitsentgelts** (§ 108 Abs. 1 Satz 2, 3 GewO). Die Aufnahme darüber hinausgehender Informationen kann nicht verlangt werden.⁸ Eine Kopie der bereits erhaltenen Entgeltabrechnung genügt.⁹
- 3 **Daten, die nicht zu den nach § 1 EBV fest definierten Mindestangaben** gehören, darf der Arbeitnehmer **vor der Weitergabe an Dritte schwärzen**. Dazu gehören außer dem in § 2 Abs. 2 EBV ausdrücklich genannten Kirchensteuermerkmal Angaben wie z.B. die Bankverbindung und die Steuernummer, aber auch Urlaubsbestände, Krankheitstage (Fehlzeiten und Gründe), Pfändungsempfänger (nicht aber der Pfändungsbetrag), Tarif-/Arbeitszeitmerkmale, Anschrift/Ansprechpartner der abrechnenden Stelle sowie nachrichtliche Hinweise, die nicht im unmittelbaren Zusammenhang mit der Abrechnung stehen (z.B. Hinweis auf Prüfung des Entgeltnachweises durch den Arbeitnehmer und Verständi-

1 BAG 12.7.2006, 5 AZR 646/05, BAGE 119, 62 Rn. 13 = NZA 2006, 1294; BAG 15.12.2015, 9 AZR 611/14, NZA 2016, 772.

2 HWK-Lembke, § 107 GewO Rn. 11; Perreng, AiB 2002, 521, 522; Tiedemann, ArbRB 2010, 96.

3 VO zur Erstellung einer Entgeltbescheinigung nach § 108 Abs. 3 Satz 1 GewO (Entgeltbescheinigungsverordnung – EBV) v. 19.12.2012, BGBl. I 2012, S. 2712.

4 BR-Drs. 657/12, S. 4.

5 BR-Drs. 657/12, S. 4.

6 BT-Drs. 16/6540, S. 30.

7 HWK-Lembke, § 108 GewO Rn. 32; LR-Gotthardt, § 108 GewO Rn. 19.

8 HWK-Lembke, § 108 GewO Rn. 33.

9 So im Ergebnis auch HWK-Lembke, § 108 GewO Rn. 34.

gung des Arbeitgebers bei fehlerhaften Zahlungen, Information zum ELStAM-Datenabruf).¹⁰ Hierüber hat der Arbeitgeber den Arbeitnehmer in geeigneter Weise zu informieren.¹¹ Die Steueridentifikationsnummer darf von Dritten nur im Rahmen des § 139b AO erhoben werden. Eine über die gesetzlichen Erfordernisse hinausgehende Einwilligung ist unwirksam.

II. Anspruchsinhaber und -gegner

Jeder Arbeitnehmer hat Anspruch auf Abrechnung seines Entgelts. Es gilt der Arbeitnehmerbegriff im allgemeinen arbeitsrechtlichen Sinne (vgl. § 611a BGB).¹² Auf die Größe des Betriebs kommt es ebenso wenig an wie auf den Umfang der versprochenen Arbeitsleistung.¹³ Die Verpflichtung gilt **auch für Berufsausbildungsverhältnisse** nach § 1 Abs. 1 BBiG, §§ 10 ff. BBiG¹⁴ sowie für andere Vertragsverhältnisse i. S. d. § 26 BBiG (**z. B. Praktikanten, Volontäre**). Die Abrechnung ist dem Arbeitnehmer von seinem (vertraglichen) **Arbeitgeber** zu erteilen.¹⁵ Im Falle **gewerblicher Arbeitnehmerüberlassung nach dem AÜG** trifft die Abrechnungspflicht deshalb den **Verleiher**, nicht den Entleiher.¹⁶ 4

III. Fälligkeit der Abrechnung

Die Abrechnung ist **bei Zahlung des Arbeitsentgelts** zu erteilen. Auf die **Fälligkeit des Zahlungsanspruchs kommt es nicht an**.¹⁷ Bei **Barauszahlung** ist der Zeitpunkt der Übergabe entscheidend.¹⁸ Im praktisch bedeutenderen Fall der **Banküberweisung** muss die Abrechnung spätestens mit der Gutschrift auf dem Konto des Arbeitnehmers erfolgen.¹⁹ Hier genügt es, die gesonderte Abrechnung gleichzeitig mit dem Überweisungsauftrag zu versenden.²⁰ Die Abrechnungs- 5

10 AGWV, Entgeltbescheinigungsverordnung, S. 6.

11 AGWV, Entgeltbescheinigungsverordnung, S. 6.

12 Dazu zuletzt BAG 23.5.2018, 5 AZR 263/17, NJW 2018, 3532; vgl. ausf. *Maschmann*, Arbeitsverträge, S. 36 ff.

13 LR-*Gotthardt*, § 108 GewO Rn. 10; Tettinger/Wank/Ennuschat-Wank, § 108 GewO Rn. 2; *Schöne*, NZA 2002, 829, 832.

14 LAG Rheinland-Pfalz 24.10.2013, 10 Sa 173/13, BeckRS 2014, 65476.

15 LR-*Gotthardt*, § 108 GewO Rn. 10; HWK-*Lembke*, § 108 GewO Rn. 9.

16 HWK-*Lembke*, § 108 GewO Rn. 10.

17 LAG Hamm 18.3.2009, 6 Sa 1284/08, BeckRS 2009, 08487; *Wisskirchen*, DB 2002, 1886, 1888.

18 AR-*Kolbe*, § 108 GewO Rn. 7; Boemke-*Boemke*, § 108 GewO Rn. 8; HWK-*Lembke*, § 108 GewO Rn. 12; Tettinger/Wank/Ennuschat-Wank, § 108 GewO Rn. 3.

19 AR-*Kolbe*, § 108 GewO Rn. 7; Boemke-*Boemke*, § 108 GewO Rn. 8; HWK-*Lembke*, § 108 GewO Rn. 12; LR-*Gotthardt*, § 108 GewO Rn. 11; Tettinger/Wank/Ennuschat-Wank, § 108 GewO Rn. 3; *Schöne*, NZA 2002, 829, 832.

20 LR-*Gotthardt*, § 108 GewO Rn. 11.

Kap. 37 Entgeltabrechnung

pflicht entsteht **für jede (Teil-)Auszahlung gesondert**, gleich ob sie rechtsgrundlos²¹ erfolgt oder ob es sich um eine Voraus-, Abschlags-, Abschluss- oder Nachzahlung handelt.²² Ein Anspruch auf bloße Berichtigung früherer Gehaltsabrechnungen kommt folglich nicht in Betracht.²³ Begleitet allerdings der Arbeitgeber mit einer Zahlung mehrere Teil- und/oder Nachzahlungsansprüche, besteht kein Anspruch auf Einzelabrechnungen über den jeweiligen Nachzahlungsbetrag, sondern nur auf eine Abrechnung über die tatsächliche Teil- und/oder Gesamtnachzahlung.²⁴

- 6 Um den bürokratischen Aufwand des Arbeitgebers zu verringern, sieht § 108 Abs. 2 GewO einen **Ausschluss** der Abrechnung vor, wenn sich gegenüber der letzten (ordnungsgemäßen) Abrechnung **nichts geändert hat**. Das gilt auch für die Entgeltbescheinigung nach der EBV (s. § 2 Abs. 1 Satz 2 EBV).²⁵ Es handelt sich dabei um eine **rechtsvernichtende Einwendung**.²⁶ Ordnungsmäßig ist die Abrechnung, wenn der Arbeitgeber die tatsächlich ausgezahlte Vergütung unter Beachtung der Inhalts- und Formvorschriften des Abs. 1 in der Abrechnung aufführt.²⁷ **Ändern** sich die Umstände, die der Abrechnung zugrunde liegen, auch nur **geringfügig**, so greift der Ausschluss nicht ein, gleichgültig, worauf die Änderung zurückzuführen ist.²⁸ Bei lediglich einmaligen Änderungen, wie etwa Weihnachtsgeld, kann z. B. mit dem Hinweis „ab Januar wie bisher November“ wieder auf die vor der Änderung erteilte Abrechnung verwiesen werden.²⁹

IV. Form

- 7 Die Abrechnung genügt dem Formerfordernis, wenn sie in **Textform (§ 126b BGB)** erteilt wird. Schriftform i. S. d. § 126 BGB ist nicht notwendig. Die Ab-

21 Vgl. LAG Köln 12.4.2002, 11 Sa 1327/01, NZA-RR 2003, 128, 129.

22 Vgl. BAG 9.6.2010, 5 AZR 122/09, BeckRS 2010, 73884; LR-Gotthardt, § 108 GewO Rn. 11; HWK-Lembke, § 108 GewO Rn. 13; Perrong, AiB 2002, 521, 522.

23 BAG 9.6.2010, 5 AZR 122/09, BeckRS 2010, 73884 Rn. 28; LAG Berlin-Brandenburg 6.10.2011, 6 Sa 932/11, BeckRS 2011, 77522; ArbG Köln 26.6.2012, 11 Ca 7490/11, BeckRS 2012, 73122; a. A. LAG Hessen 23.8.2011, 19 Sa 550/11, BeckRS 2011, 76280.

24 LAG Hamm 18.3.2009, 6 Sa 1284/08, BeckRS 2009, 08487.

25 Erweitert den Wegfall aber um die Konstellationen, in denen sich nur der Abrechnungszeitraum selbst (§ 1 Abs. 1 Nr. 6 EBV) ändert. Ergänzend dazu muss bei inhaltlichen Änderungen angegeben werden, für welche Entgeltabrechnungszeiträume mangels Änderungsbedarfs keine Bescheinigung ausgestellt wurde, um einen durchgehenden Nachweis zu ermöglichen (§ 2 Abs. 1 Satz 3 EBV).

26 LR-Gotthardt, § 108 GewO Rn. 20.

27 Boemke-Boemke, § 108 GewO Rn. 9.

28 Boemke-Boemke, § 108 GewO Rn. 9; HWK-Lembke, § 108 GewO Rn. 28; LR-Gotthardt, § 108 GewO Rn. 17; Tiedemann, ArbRB 2010, 96, 97.

29 LR-Gotthardt, § 108 GewO Rn. 17; Reiter/Kühnel, AuA 2004, 40, 42.

rechnung braucht also nicht vom Arbeitgeber unterschrieben zu werden. Das gilt auch für die Entgeltbescheinigung nach der EBV (vgl. § 2 Abs. 1 Satz 1 EBV). Das Textformerfordernis ist bereits dann erfüllt, wenn die Abrechnung den **Arbeitgeber als Person** des Erklärenden nennt und sie auf einem **dauerhaften Datenträger** abgegeben wird. Ein dauerhafter Datenträger ist jedes Medium, das es dem Empfänger ermöglicht, eine auf dem Datenträger befindliche, an ihn persönlich gerichtete **Erklärung so aufzubewahren oder zu speichern**, dass sie ihm während eines für ihren Zweck angemessenen Zeitraums **zugänglich** ist und die **Erklärung unverändert wiedergegeben wird**. Die Erklärung muss beim Empfänger in Schriftzeichen lesbar sein. Dabei kann sich der Arbeitnehmer einer Vorlesehilfe bedienen, z. B. bei E-Mails eines sog. Mail-Call-Dienstes.³⁰

Als empfangsbedürftige Erklärung muss die Abrechnung dem Arbeitnehmer **zu- 8 gehen**.³¹ Dazu genügt es, wenn sie ihn als **(Computer-)Fax, Kopie oder E-Mail** erreicht.³² Das gilt jedenfalls dann, wenn der **Inhalt nicht dynamisch aus dem Internet nachgeladen** werden muss und der Empfänger mit der elektronischen Übermittlung einverstanden ist, etwa durch Mitteilung seiner Mailadresse; bei einem betrieblichen E-Mail-Account ist sein Einverständnis entbehrlich.³³ Aus datenschutzrechtlichen Gründen empfiehlt sich jedoch der Abruf (Download) der elektronischen Abrechnung von einer Homepage im Intranet des Unternehmens oder im Internet (s. Kap. 16 Rn. 32). Stets ist der Schluss der Erklärung durch einen **eindeutig wahrnehmbaren Hinweis** zu kennzeichnen, der sich räumlich am Ende der Erklärung befinden muss.³⁴ Außer der **Namensunterschrift** ist auch ein Zusatz wie „diese Erklärung ist nicht unterschrieben“, ein Faksimile, eine eingescannte Unterschrift, eine Datierung oder eine Grußformel ausreichend.³⁵ Ferner muss aus der Abrechnung auch der Aussteller erkennbar sein.³⁶ Verbreitete Abrechnungssysteme (z. B. DATEV) wahren diese Voraussetzungen regelmäßig.³⁷ Eine nach der EBV erstellte Bescheinigung ist **als Abrechnung nach § 108 Abs. 3 Satz 1 GewO zu kennzeichnen** (§ 1 Abs. 4 EBV). Dahinter steht der Gedanke, den Leistungsträgern erkennbar zu machen, dass die Daten den Anforderungen der Verordnung entsprechen.³⁸

30 BeckOKBGB-*Wendtland*, § 126b BGB Rn. 4.

31 LR-*Gotthardt*, § 108 GewO Rn. 12.

32 MüKoBGB-*Einsele*, § 126b BGB Rn. 9.

33 *Kremer/Schmidt*, CR 2014, 228, 229.

34 BGH 3.11.2011, IX ZR 47/11, WM 2012, 760 Rn. 20.

35 BGH 3.11.2011, IX ZR 47/11, WM 2012, 760 Rn. 20; OLG Hamm, NJW-RR 2007, 852; HWK-*Lembke*, § 108 GewO Rn. 14; LR-*Gotthardt*, § 108 GewO Rn. 12; MüKoBGB-*Einsele*, § 126b BGB Rn. 6.

36 HWK-*Lembke*, § 108 GewO Rn. 14; LR-*Gotthardt*, § 108 GewO Rn. 12.

37 HWK-*Lembke*, § 108 GewO Rn. 14; *Schöne*, NZA 2002, 829, 832.

38 BR-Drs. 657/12, S. 5.

Kap. 37 Entgeltabrechnung

- 8a** Der Arbeitnehmer kann nach § 82 Abs. 2 BetrVG verlangen, dass ihm die Berechnung und Zusammensetzung seines Arbeitsentgelts erläutert wird. Der Arbeitnehmer soll dadurch in die Lage versetzt werden, die Entscheidung des Arbeitgebers nachzuvollziehen und sich mit ihr auseinanderzusetzen.³⁹ Eine Angabe von Gründen ist für die Geltendmachung nicht erforderlich.⁴⁰ Sie kann jederzeit erfolgen, unabhängig vom Zeitpunkt der Auszahlung des Arbeitsentgelts und der etwaigen Aushändigung der Abrechnung.⁴¹ Der Arbeitgeber hat die Sichtweise des Arbeitnehmers zur Kenntnis zu nehmen und in seine Entscheidung einzubeziehen. Zu seiner Unterstützung kann der Arbeitnehmer ein Mitglied des Betriebsrats seiner Wahl⁴² hinzuziehen (§ 82 Abs. 2 S. 2 BetrVG). Das kann während der Arbeitszeit geschehen.⁴³ Da der Arbeitgeber zu solchen Erläuterungen schon aus Gründen seiner Fürsorgepflicht (§ 241 Abs. 2 BGB) gehalten ist, gilt die Vorschrift auch in betriebsratslosen Betrieben.⁴⁴ In Gemeinschaftsbetrieben trifft die Auskunftspflicht den jeweiligen Vertragsarbeitgeber.⁴⁵ Für in Heimarbeit nach dem HAG Beschäftigten trifft § 28 Abs. 2 HAG eine dem § 82 Abs. 2 BetrVG entsprechende Regelung.

V. Inhalt der Abrechnung

- 9** § 108 Abs. 1 Satz 2 GewO legt den Mindestinhalt der Abrechnung fest. Erforderlich ist die Angabe des Abrechnungszeitraums sowie der Zusammensetzung des Arbeitsentgelts (Satz 2), wozu Satz 3 die wichtigsten Abrechnungsposten aufzählt. Der Inhalt einer Entgeltbescheinigung nach der EBV regelt sich ausschließlich nach dieser. § 1 Abs. 1 EBV bestimmt abschließend Angaben zu den Vertragsparteien (z. B. Versicherungsnummer, Steuer- und Sozialversicherungstage, Steuermerkmale, Beitragsgruppenschlüssel, Beschäftigungsverhältnis in der Gleitzone, Mehrfachbeschäftigung etc.), während § 1 Abs. 2 EBV einen Mindestinhalt an Entgeltbestandteilen aufführt und § 1 Abs. 3 EBV erhöhende, mindernde und neutrale Werte bei der Ermittlung des Gesamtbruttoentgeltes nach § 1 Abs. 2 Nr. 2 lit. c EBV konkretisiert.

1. Angabe des Abrechnungszeitraums

- 10** Maßgeblich für die Dauer des Abrechnungszeitraums ist die einzel- oder kollektivvertraglich **vereinbarte Fälligkeit** der Vergütung.⁴⁶ § 108 GewO bestimmt

39 BAG 20.4.2010, 1 ABR 85/05, NZA 2010, 1307.

40 *Fitting*, § 82 BetrVG Rn. 9.

41 GK-BetrVG-Franzen, § 82 Rn. 12.

42 BAG 16.11.2004, 1 ABR 53/03, NZA 2005, 416.

43 DKKW-Buschmann, § 82 BetrVG Rn. 2; GK-BetrVG-Franzen, § 82 Rn. 3.

44 ErfK-Kania, § 82 BetrVG Rn. 1; *Fitting*, § 82 BetrVG Rn. 1.

45 *Fitting*, § 82 BetrVG Rn. 9.

46 BT-Drs. 14/8796, S. 25.

diese nicht selbst.⁴⁷ Fehlt eine Vereinbarung, wird sich regelmäßig ein **Abrechnungszeitraum von einem Monat** ergeben (§ 614 BGB).⁴⁸ Dies gilt auch hinsichtlich des Mindestlohns bzw. des Vergütungsanteils, der dem Mindestlohn entspricht. § 2 Nr. 2 MiLoG bestimmt nämlich, dass dieser spätestens am letzten Bankarbeitstag in Frankfurt am Main (d.h. Montag bis Freitag mit Ausnahme gesetzlicher Feiertage) des auf die Arbeitsleistung folgenden *Monats* zu leisten ist. Bei längeren oder kürzeren Vergütungsintervallen (z.B. wochenweise oder halbjährlich) bemisst sich der Abrechnungszeitraum entsprechend.⁴⁹ Wurde lediglich die Fälligkeit der Vergütung verschoben, etwa auf den 15. eines Monats, ist auf den jeweiligen Kalendermonat als solchen abzustellen.⁵⁰ Im Fall von Leistungsentgelt bezieht sich der Abrechnungszeitraum auf die gesamte leistungsbemessene Tätigkeit, wobei gegebenenfalls geleistete Vorschüsse entsprechend in Ansatz zu bringen sind.⁵¹ Im Übrigen sind auch über die jeweiligen Vorschüsse Abrechnungen zu erstellen.⁵²

Für eine Reihe von Arbeitsverhältnissen ist die **Fälligkeit** des Entgeltanspruchs **besonders geregelt**.⁵³ Für **Handlungsgehilfen** ist etwa § 64 HGB zu beachten, wonach die Entgeltzahlung am Schluss jedes Monats zu erfolgen hat. Abweichende Vereinbarungen sind nichtig.⁵⁴ Der Anspruch eines **Handelsvertreters** auf Provision wird am letzten Tag des Monats fällig, in dem nach § 87c Abs. 1 HGB über den Anspruch abzurechnen ist (§ 87a Abs. 4 HGB). Nach § 18 Abs. 2 BBiG ist die Vergütung für den laufenden Kalendermonat in **Berufsausbildungsverhältnissen** spätestens am letzten Arbeitstag des Monats zu zahlen. Tantiemen werden fällig, sobald die Bilanz festgestellt ist oder bei ordnungsgemäßigem Geschäftsgang hätte festgestellt sein können.⁵⁵ Das **Urlaubsentgelt** ist vor Antritt des Urlaubs auszuzahlen (§ 11 Abs. 2 BUrlG). Bei **Seeleuten** ist § 38 Abs. 2 SeeArbG, bei Arbeitnehmern auf **Binnenschiffen** § 24 BinnSchG zu beachten.

2. Angaben über die Zusammensetzung

Aus der Abrechnung muss sich die Zusammensetzung des Arbeitsentgelts ergeben. § 108 Abs. 1 Satz 3 GewO stellt klar, dass hierzu **auch Zulagen, Zuschläge und sonstige Vergütungen sowie sämtliche Abzüge** zählen. Dadurch sollen die

47 BeckOKGewO-Schulte, § 108 GewO Rn. 2.

48 BT-Drs. 14/8796, S. 25.

49 Boemke-Boemke, § 108 GewO Rn. 5; HWK-Lembke, § 108 GewO Rn. 17.

50 HWK-Lembke, § 108 GewO Rn. 16.

51 Boemke-Boemke, § 108 GewO Rn. 5.

52 Boemke-Boemke, § 108 GewO Rn. 5.

53 S. zu arbeitsrechtlichen Sonderregelungen MüKoBGB-Müller-Glöge, § 614 Rn. 3 ff.

54 BAG 7.11.2007, 5 AZR 910/06, NZA-RR 2008, 399.

55 MüKoBGB-Müller-Glöge, § 614 Rn. 6.

Kap. 37 Entgeltabrechnung

Beschäftigten in die Lage versetzt werden, die Berechnung ihres Entgeltanspruchs nachvollziehen und überprüfen zu können.

a) Art und Höhe des Arbeitsentgelts

- 13 Unter das Arbeitsentgelt fällt zunächst **jeder geldwerte Vorteil**, der im vertraglichen **Synallagma ausschließlich** die in einem bestimmten Zeitraum erbrachte **Arbeitsleistung vergüten** soll, d.h. das „Arbeitsentgelt im engeren Sinne“. ⁵⁶ Dementsprechend muss die Zusammensetzung des Grundentgelts ausgewiesen werden. Anzugeben ist folglich stets die **Bruttovergütung**. ⁵⁷ Im Falle von **Zeitvergütung** ist dabei **die geleistete Zeit** mit dem dazugehörigen Berechnungssatz (z. B. jeweilige Stundenzahl mit Stundensatz), bei **Leistungsvergütung** die **geleistete Arbeitsmenge** samt dazugehörigem **Zeit- und Geldfaktor** anzugeben. ⁵⁸ Wie sich aus dem Begriff „sonstige Vergütungen“ ergibt, zählen zum **Arbeitsentgelt i. S. v. § 108 GewO** auch alle mit Rücksicht auf das bestehende Arbeitsverhältnis gewährten Leistungen, die über die periodische Abgeltung der Arbeitsleistung hinausgehen und außerhalb des vertraglichen Synallagmas stehen (**Arbeitsentgelt im weiteren Sinne**). ⁵⁹ Hierunter fallen etwa **Weihnachts- und Urlaubsgeld**. ⁶⁰
- 14 Die Aufzählung in § 108 Abs. 1 Satz 3 GewO sieht **beispielhaft** vor, dass zur Zusammensetzung Angaben über Art und Höhe von **Zulagen, Zuschlägen** und sonstigen Vergütungen gehören. In Betracht kommen etwa **Überstundenzuschläge, Zuschläge für ungünstige Arbeitszeiten** (z. B. Schichtzuschläge, Nachtzuschläge oder Zuschläge für Sonn- und Feiertagsarbeit) ⁶¹ **oder sonstige Erschwernisse** (z. B. Schmutzzulagen, Lärmzulagen, Zulagen für besonders gefährliche oder gesundheitsschädigende Arbeit und bei Arbeit unter besonderer psychischer Belastung oder Zulagen für weite Entfernung der Arbeitsstelle) ⁶² sowie **Funktionszulagen** (z. B. für bestimmte Kassentätigkeiten) und **Sozialzulagen** ⁶³ (z. B. Verheirateten-, Kinder-, Alters-, Wohn- oder Ortszuschläge). ⁶⁴ Werden **Sachleistungen** zugewendet, so ist bei der Wertbemessung auf die **Sozial-**

56 Vgl. zu den Entgeltbegriffen: *Lembke*, NJW 2010, 257, 259 ff.

57 HWK-*Lembke*, § 108 GewO Rn. 20; HBD-*Schöne*, § 108 GewO Rn. 10; DHSW-*Becker*, § 108 GewO Rn. 8.

58 Boemke-*Boemke*, § 108 GewO Rn. 6; HWK-*Lembke*, § 108 GewO Rn. 20; Schaub-*Linck*, § 71 Rn. 17.

59 HWK-*Lembke*, § 108 GewO Rn. 18; LR-*Gotthardt*, § 108 GewO Rn. 14.

60 *Lembke*, NJW 2010, 257, 259; *Tiedemann*, ArbRB 2010, 96, 97.

61 Schaub-*Linck*, § 69 Rn. 28 ff.

62 Schaub-*Linck*, § 69 Rn. 35.

63 Schaub-*Linck*, § 69 Rn. 36.

64 MüArbR-Krause, § 64 Rn. 54; Schaub-*Linck*, § 69 Rn. 1 ff.

versicherungsentgeltverordnung⁶⁵ zurückzugreifen, sofern keine anderweitige Vereinbarung besteht.⁶⁶ Es genügt nicht, die Höhe der Zuschläge, Zulagen und sonstigen Vergütungen insgesamt anzugeben; sie müssen als **individuelle Posten** getrennt aufgeführt werden.⁶⁷ **Nicht anzugeben** sind noch **offene Urlaubstage**⁶⁸ oder Ansprüche auf einen Freizeitausgleich für geleistete Mehrarbeit, da dieser keine „sonstige Vergütung“ i. S. d. § 108 GewO darstellt.⁶⁹ Entsprechendes gilt für **Verzugszinsen** auf verspätete Entgeltzahlungen, da es sich hierbei um Kapitaleinkünfte handelt.⁷⁰

b) Art und Höhe der Abzüge, Abschlagszahlungen und Vorschüsse

Die Abrechnung muss neben der Vergütung auch die Art und die Höhe aller Abzüge, Abschlagszahlungen und Vorschüsse **getrennt ausweisen** (§ 108 Abs. 1 Satz 3 GewO). Nur so kann der Arbeitnehmer den Schritt von der ausgezahlten Netto- zur Bruttovergütung auf seine Richtigkeit hin nachprüfen.⁷¹ Die Nettovergütung ist anschließend ebenfalls separat auszuweisen.⁷² **15**

Unter dem Begriff „**Abzüge**“ sind **alle Arten von Abzugsposten** zu verstehen.⁷³ **16** Die praktisch bedeutendsten sind **Steuern** und **Sozialversicherungsbeiträge**. Bei letzteren ist nur der vom Arbeitnehmer zu tragende Beitragsteil in der gesetzlichen Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung aufzuführen.⁷⁴ Die Beiträge zur gesetzlichen Unfallversicherung hat der Arbeitgeber allein zu tragen; in der Abrechnung sind sie deshalb nicht anzugeben (§§ 150 ff. SGB VII). Bei den abgezogenen Steuern **genügt die Angabe der Steuerarten** (Lohn- und Kirchensteuer, Solidaritätszuschlag).⁷⁵ Eine weitere Aufschlüsse-

65 Verordnung über die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung von Zuwendungen des Arbeitgebers als Arbeitsentgelt (Sozialversicherungsentgeltverordnung – SvEV) v. 21.12.2006, BGBl. I 2006, S. 3385, zuletzt geändert durch Art. 1 der Verordnung v. 6.11.2018, BGBl. I 2018, S. 1842.

66 Früher: SachbezugsVO; Boemke-Boemke, § 108 GewO Rn. 6; HWK-Lembke, § 108 GewO Rn. 21.

67 LR-Gotthardt, § 108 GewO Rn. 14.

68 HWK-Lembke, § 108 GewO Rn. 23; LR-Gotthardt, § 108 GewO Rn. 14.

69 BAG 15.12.2015, 9 AZR 611/14, NZA 2016, 772.

70 LAG Berlin-Brandenburg 6.10.2011, 6 Sa 932/11, BeckRS 2011, 77522; ArbG Köln 26.6.2012, 11 Ca 7490/11, BeckRS 2012, 73122; vgl. auch BFH 29.9.1981, VIII R 39/79, NJW 1982, 792; krit. LR-Gotthardt, § 108 GewO Rn. 14.

71 BAG 12.7.2006, 5 AZR 646/05, NZA 2006, 1294 Rn. 14; BeckOKGewO-Schulte, § 108 GewO Rn. 32.

72 Boemke-Boemke, § 108 GewO Rn. 6; HWK-Lembke, § 108 GewO Rn. 24; LR-Gotthardt, § 108 GewO Rn. 15.

73 HWK-Lembke, § 108 GewO Rn. 24.

74 HWK-Lembke, § 108 GewO Rn. 24; LR-Gotthardt, § 108 GewO Rn. 15.

75 LAG Düsseldorf 9.6.2006, 9 (12) Sa 1629/05, BeckRS 2011, 70936; LR-Gotthardt, § 108 GewO Rn. 15.

Kap. 37 Entgeltabrechnung

lung innerhalb einer einzelnen Steuerart, also innerhalb der Lohnsteuer etwa zwischen laufender Vergütung und Sonderzahlungen nach Maßgabe des § 39b EStG, ist bei § 108 Abs. 1 Satz 3 GewO nicht vorgesehen.⁷⁶

- 17 **Als weitere Abzüge kommen in Betracht:** nach § 107 Abs. 2 GewO angerechnete Waren, Mietzinsen, Darlehenszurückzahlungen, Vertragsstrafen, Gehaltsabtretungen, vermögenswirksame Leistungen und Kautionsseinbehalte.⁷⁷
- 18 Unter **Abschlagszahlungen** sind **Zahlungen des Arbeitgebers auf bereits fällige Ansprüche** zu verstehen, die noch nicht abgerechnet wurden.⁷⁸ Derartige Abschläge werden bei der endgültigen Entgeltabrechnung in Abzug gebracht, ohne dass es einer Aufrechnung bedarf.⁷⁹
- 19 **Vorschüsse** sind **Zahlungen auf ein noch nicht verdientes und noch nicht fälliges Arbeitsentgelt** in Erwartung der künftigen Gegenleistung des Arbeitnehmers.⁸⁰ Eine Abrechnung muss dann sowohl im Zeitpunkt der Auszahlung des Vorschusses als auch bei Zahlung des sonstigen Entgelts erstellt werden.⁸¹
- 20 Bei der Berechnung des pfändbaren Teils des Gesamteinkommens ist sowohl bei Entgeltvorschüssen als auch bei Abschlagszahlungen die Zahlung regelmäßig auf den entsprechenden unpfändbaren Entgeltbestandteil des Schuldners anzurechnen, da sie unmittelbar dem Schuldner zugutekommt und damit insoweit auch den Zweck des Pfändungsschutzes erfüllt.⁸²

VI. Wirkung der Abrechnung

- 21 Mit der Abrechnung ist in aller Regel **weder ein abstraktes noch ein deklaratorisches Schuldanerkennnis verbunden**.⁸³ Streitig gewordene Ansprüche

76 LAG Düsseldorf 9.6.2006, 9 (12) Sa 1629/05, BeckRS 2011, 70936.

77 HWK-Lembke, § 108 GewO Rn. 24; LR-Gotthardt, § 108 GewO Rn. 15.

78 BAG 11.2.1987, 4 AZR 144/86, NZA 1987, 485, 486; BeckOKGewO-Schulte, § 108 GewO Rn. 35; MüKoBGB-Müller-Glöge, § 614 Rn. 20; MüArbR-Krause, § 67 Rn. 19; Schaub-Linck, § 70 Rn. 11.

79 Schaub-Linck, § 70 Rn. 11.

80 BAG 11.2.1987, 4 AZR 144/86, NZA 1987, 485, 486; BeckOKGewO-Schulte, § 108 GewO Rn. 36; MüKoBGB-Müller-Glöge, § 614 Rn. 14; MüArbR-Krause, § 67 Rn. 19; Schaub-Linck, § 70 Rn. 12.

81 HWK-Lembke, § 108 GewO Rn. 22.

82 BAG 11.2.1987, 4 AZR 144/86, NZA 1987, 485, 486; MüKoBGB-Müller-Glöge, § 614 Rn. 19.

83 BAG 10.3.1987, 8 AZR 610/84, NZA 1987, 557, 558; Boemke-Boemke, § 108 GewO Rn. 3; HWK-Lembke, § 108 GewO Rn. 7; LR-Gotthardt, § 108 GewO Rn. 9; Schaub-Linck, § 71 Rn. 16.

sollen durch die Entgeltabrechnung nicht endgültig festgelegt werden.⁸⁴ Die Annahme eines abstrakten Schuldanerkenntnisses i. S. v. § 781 BGB scheitert dabei regelmäßig bereits an der erforderlichen **Schriftform**.⁸⁵ Mangels Mitwirkung des Arbeitnehmers an der Abrechnung findet auch § 782 BGB keine Anwendung.⁸⁶ Die Abrechnung stellt auch kein deklaratorisches Schuldanerkenntnis dar.⁸⁷ Sie gibt nur die Höhe der aktuellen Vergütung wieder. Dadurch bestimmt sie aber nicht den Anspruch selbst.⁸⁸ Da mit ihr der Anspruch nicht endgültig festgelegt werden soll, handelt es sich bei ihr nicht um eine Willens-, sondern um eine **reine Wissenserklärung**.⁸⁹

Weist eine Abrechnung die Vergütung einmal schriftlich aus, so gilt diese als **streitlos** gestellt und muss nicht noch einmal zur Wahrung etwaiger Ausschlussfristen schriftlich geltend gemacht werden.⁹⁰ Aus dem Zweck der Ausschlussfristen folgt, dass der Arbeitnehmer als Gläubiger des Vergütungsanspruchs gehalten wird, die Begründetheit und Erfolgsaussichten seiner Ansprüche zu prüfen, während der Arbeitgeber sich darauf verlassen können soll, nach Ablauf der Ausschlussfrist nicht mehr in Anspruch genommen zu werden.⁹¹ Dies ist bei Zuleitung einer vorbehaltlosen Entgeltabrechnung der Fall, ohne dass es einer weiteren Geltendmachung bedarf.⁹² Besteht eine **Ausschlussfrist**, so wird diese **durch die Abrechnung in Gang gesetzt**, wenn der Arbeitnehmer ohne diese nicht in der Lage ist, die Höhe seiner Forderungen zu berechnen.⁹³ Dabei kann sich eine Ausschlussklausel im Arbeitsvertrag auch auf den Abrechnungsanspruch nach § 108 GewO erstrecken.⁹⁴

84 BAG 10.3.1987, 8 AZR 610/84, NZA 1987, 557, 558; LAG Baden-Württemberg 13.10.2010, 2 Sa 20/10, BeckRS 2011, 70882; LAG Rheinland-Pfalz 9.10.2002, 9 Sa 654/02, DB 2003, 156.

85 Vgl. BAG 10.3.1987, 8 AZR 610/84, NZA 1987, 557; Boemke-Boemke, § 108 GewO Rn. 3; HWK-Lembke, § 108 GewO Rn. 7; Schaub-Linck, § 71 Rn. 16.

86 BAG 10.3.1987, 8 AZR 610/84, NZA 1987, 557, 558; Boemke-Boemke, § 108 GewO Rn. 3; HWK-Lembke, § 108 GewO Rn. 7.

87 BAG 10.3.1987, 8 AZR 610/84, NZA 1987, 557, 558; Boemke-Boemke, § 108 GewO Rn. 3; HWK-Lembke, § 108 GewO Rn. 7; LR-Gotthardt, § 108 GewO Rn. 9; Schaub-Linck, § 71 Rn. 16.

88 BAG 19.10.2011, 5 AZR 359/10, NZA-RR 2012, 344 Rn. 19; BeckOKGewO-Schulte, § 108 GewO Rn. 11; LR-Gotthardt, § 108 GewO Rn. 9.

89 Boemke-Boemke, § 108 GewO Rn. 3; HWK-Lembke, § 108 GewO Rn. 8; MüArbR-Krause, § 69 Rn. 13; Schaub-Linck, § 71 Rn. 16.

90 BAG 28.7.2010, 5 AZR 521/09, NZA 2010, 1241 Rn. 18; LR-Gotthardt, § 108 GewO Rn. 9; Schaub-Linck, § 71 Rn. 18.

91 Schaub-Linck, § 71 Rn. 18.

92 Schaub-Linck, § 71 Rn. 18.

93 BAG 27.11.1984, 3 AZR 596/82, AP TVG § 4 Ausschlussfristen Nr. 89; Schaub-Linck, § 71 Rn. 19.

94 LAG Berlin-Brandenburg 18.7.2011, 10 Ta 1325/11, BeckRS 2011, 75304.

- 23 Die **Abrechnung** muss **nicht** aufzeigen, wie das Entgelt richtigerweise zu berechnen gewesen wäre, sondern nur, wie der Arbeitgeber es tatsächlich **berechnet hat**, insbesondere, welche Abzüge er aus welchen Gründen vorgenommen und welche Beträge er tatsächlich abgeführt hat.⁹⁵ **Ordnungsgemäß** ist die Abrechnung also schon dann, wenn der Arbeitgeber die ausgezahlte Vergütung unter Beachtung der Inhalts- und Formvorschriften des Abs. 1 in der Abrechnung aufführt.⁹⁶ Berücksichtigt der Arbeitgeber z. B. einen objektiv begründeten Bewährungsaufstieg und die daraus resultierende Höhergruppierung des Arbeitnehmers nicht, sondern weist die Abrechnung weiterhin die bisherige Entgeltgruppe aus, liegt hierin kein Verstoß gegen die Abrechnungspflichten aus § 108 Abs. 1 GewO.⁹⁷ Allerdings kann der **Arbeitnehmer** nach § 241 Abs. 2 BGB **verpflichtet** sein, den **Arbeitgeber auf Fehler hinzuweisen**, wenn er diese erkennt. Zwar ist der Arbeitnehmer grundsätzlich nicht gehalten, die Abrechnung auf Fehler zu untersuchen. Etwas anderes kann aber gelten, wenn er eine **ungewöhnlich hohe Zahlung** oder **laufend evident rechtsgrundlose Lohnüberzahlungen** erhält.⁹⁸ Streitigkeiten, die die materielle Richtigkeit des ausgezahlten Entgelts, der Art und Höhe der Zuschüsse sowie der Abzugsposten betreffen, sind allein im Klagewege und nicht im Vollstreckungsverfahren zu klären.⁹⁹
- 23a In der Abrechnung kann der Arbeitgeber eine **Tilgungsbestimmung** treffen.¹⁰⁰ Eine solche ist an sich nicht erforderlich, weil der Arbeitgeber den (Brutto-)Entgeltanspruch des Arbeitnehmers schon dadurch erfüllt, dass er den sich daraus ergebenden Auszahlungsbetrag („Nettoverdienst“) an den Arbeitnehmer zahlt sowie die darauf anfallende Einkommensteuer, deren Schuldner der Arbeitnehmer ist (§ 38 Abs. 2 EStG), und den Arbeitnehmeranteil des Gesamtsozialversicherungsbeitrags (§ 28g SGB IV) an die zuständigen Stellen abführt.¹⁰¹ Nach der **Theorie der realen Leistungsbewirkung** tritt die Erfüllungswirkung i. S. d. § 362 Abs. 1 BGB als objektive Folge der Leistungsbewirkung ein.¹⁰² Ein zusätzliches subjektives Element ist nicht erforderlich.¹⁰³ Kann die Leistung des Arbeitgebers keiner konkreten Forderung zugeordnet werden oder reicht sie zur Tilgung aller Verbindlichkeiten aus dem Arbeitsverhältnis aus, bedarf es zum

95 BAG 7.9.2009, 3 AZB 19/09, NZA 2010, 61 Rn. 17.

96 Boemke-Boemke, § 108 GewO Rn. 9.

97 LAG Düsseldorf 10.4.2018, 3 Sa 144/17, juris.

98 BAG 28.8.2008, 2 AZR 15/07, NZA 2009, 193 Rn. 21; BAG 1.6.1995, 6 AZR 912/94, NZA 1996, 135 f.; HWK-Lembke, § 108 GewO Rn. 30; Küttner/Poeche, Anzeigepflichten Arbeitnehmer, Rn. 6.

99 LAG Hessen 22.10.2008, 12 Ta 325/08, BeckRS 2008, 58098.

100 BAG 17.1.2018, 5 AZR 69/17, NZA 2018, 781 Rn. 21.

101 Vgl. BAG 21.12.2016, 5 AZR 273/16, NZA 2017, 449.

102 BAG 6.12.2017, 5 AZR 864/16, NZA 2018, 525 Rn. 19; BGH 21.11.2013, IX ZR 52/13, NJW 2014, 547 Rn. 21.

103 MüKoBGB-Fetzer § 362 BGB Rn. 7.

Erlöschen der Forderungen keiner weiteren Bestimmungen. Nur wenn das vom Arbeitgeber Geleistete nicht zur Tilgung sämtlicher Forderungen genügt, wird diejenige Schuld getilgt, die er bestimmt (§ 366 Abs. 1 BGB) oder die sich aus der gesetzlichen Tilgungsreihenfolge (§ 366 Abs. 2 BGB) ergibt.¹⁰⁴ Durch eine „**negative Tilgungsbestimmung**“ kann der Arbeitgeber die durch die Leistungsbewirkung an sich eintretende **Erfüllungswirkung ausschließen**. Eine solche Bestimmung braucht **nicht ausdrücklich getroffen** zu werden,¹⁰⁵ sondern kann sich auch aus den Umständen des Einzelfalls, insbesondere aus der Interessenlage ergeben.¹⁰⁶ Sie verlangt keine rechtlich zutreffende Qualifizierung der geschuldeten Forderung.¹⁰⁷ Notwendig ist nur, dass der Arbeitnehmer **spätestens „bei der Leistung“ tatsächlich eine Abrechnung erhält**.¹⁰⁸ Eine nachträgliche Tilgungsbestimmung kommt lediglich dann in Betracht, wenn der Arbeitgeber sich eine solche ausdrücklich oder konkludent vorbehalten hat.¹⁰⁹

VII. Verstoß gegen die Abrechnungspflicht

1. Allgemeines

Die **Rechtsfolgen** einer unterbliebenen oder fehlerhaften Abrechnung **regelt § 108 GewO nicht**.¹¹⁰ Es gelten die **allgemeinen Grundsätze des Schuldrechts**. Zunächst besteht weiterhin der **Erfüllungsanspruch**; daneben können sich **Zurückbehaltungsrechte** und **Schadensersatzansprüche** ergeben. Zu beachten ist, dass der Arbeitgeber nicht bereits durch eine fehlerhafte Abrechnung **gegen § 108 GewO verstößt**. Das ist **erst bei völliger Unbrauchbarkeit** der Abrechnung der Fall.¹¹¹ Die materielle (Un-)Richtigkeit der ausgewiesenen Beträge ist grundsätzlich unerheblich.¹¹² Der Anspruch auf Erteilung der Entgeltabrechnung verjährt in drei Jahren (§ 195 BGB).¹¹³ Für den Fristbeginn ist insbe-

104 Vgl. BGH 3.12.1990, II ZR 215/89, NJW 1991, 1294 Rn. 8.

105 BAG 10.7.2013, 10 AZR 777/12, AP Nr. 301 zu § 611 BGB Gratifikation Rn. 22.

106 BGH 27.6.1995, XI ZR 213/94, BB 1995, 1979.

107 BAG 29.5.2002, 5 AZR 680/00, NZA 2002, 1328.

108 BAG 17.1.2018, 5 AZR 69/17, NZA 2018, 781 Rn. 14.

109 BAG 6.12.2017, 5 AZR 864/16, NZA 2018, 525 Rn. 19; BAG, 17.1.2018, 5 AZR 69/17, NZA 2018, 781.

110 LR-Gotthardt, § 108 GewO Rn. 20.

111 Vgl. BAG 9.11.1999, 9 AZR 771/98, NZA 2000, 1335, 1336; LAG Düsseldorf 12.12.2006, 6 Sa 913/06, BeckRS 2007, 43847; HWK-Lembke, § 108 GewO Rn. 27; LR-Gotthardt, § 108 GewO Rn. 16; Boemke-Boemke, § 108 GewO Rn. 9; zur ähnlichen Problematik bei der Abrechnung gegenüber Handelsvertretern s. OLG Köln NJW-RR 1996, 100.

112 LAG Düsseldorf 12.12.2006, 6 Sa 913/06, BeckRS 2007, 43847; HWK-Lembke § 108 GewO Rn. 27; LR-Gotthardt § 108 GewO Rn. 16.

113 LAG Nürnberg 6.11.2012, 7 Sa 251/12, BeckRS 2013, 65928.

sondere der Schluss des Jahres, in dem der Abrechnungsanspruch entstand, maßgeblich (§ 199 Abs. 1 BGB).

2. Prozessuale Durchsetzung

- 25** Erfüllt der Arbeitgeber den **Abrechnungsanspruch** nicht, muss ihn der Arbeitnehmer gerichtlich durchsetzen. Da es sich um einen unselbständigen Auskunftsanspruch¹¹⁴ handelt, ist die **klageweise Geltendmachung nur in Verbindung mit dem Zahlungsanspruch zulässig**.¹¹⁵ Der Antrag auf Erteilung der Abrechnung kann mit einer unbedingten Zahlungsklage verbunden werden.¹¹⁶ Der zugrunde liegende Zahlungsanspruch muss begründet sein, sonst geht auch die Leistungsklage auf Erfüllung des Abrechnungsanspruchs fehl.¹¹⁷ Ferner muss die Besorgnis der Leistungsverweigerung nach § 259 ZPO bestehen, da es sich beim Abrechnungsanspruch um eine künftige Leistung i. S. v. § 259 ZPO handelt.¹¹⁸ Der Gegenstandswert für eine eingeklagte Lohnabrechnung ist mit 5 Prozent der Vergütung für den geltend gemachten Abrechnungszeitraum anzusetzen.¹¹⁹
- 26** Ein **Klageantrag** auf „ordnungsgemäße Abrechnung“ ist nicht hinreichend bestimmt (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO).¹²⁰ Erforderlich ist ein **vollstreckungsfähiger Inhalt**, sodass sowohl die erwartete Lohnhöhe als auch die Anzahl der abzurechnenden Stunden bzw. der konkrete Zeitraum, der abgerechnet werden soll, aufgenommen werden müssen.¹²¹ Was unter einer „ordnungsgemäßen“ Abrechnung zu verstehen ist, muss Gegenstand des Erkenntnisverfahrens sein.¹²² Das **Erstel-**

114 HWK-Lembke, § 108 GewO Rn. 6.

115 BAG 7.9.2009, 3 AZB 19/09, NZA 2010, 61 Rn. 17; BAG 10.1.2007, 5 AZB 665/06, NZA 2007, 679 Rn. 18; LR-Gotthardt, § 108 GewO Rn. 8; MüArbR-Krause, § 69 Rn. 13; Schaub-Linck, § 71 Rn. 13; Tiedemann, ArbRB 2010, 96, 97.

116 LAG Düsseldorf 13.11.2013, 7 Sa 758/13, BeckRS 2014, 66909; LAG Nürnberg 6.11.2012, 7 Sa 251/12, BeckRS 2013, 65928.

117 LAG Düsseldorf 13.11.2013, 7 Sa 758/13, BeckRS 2014, 66909; LAG Rheinland-Pfalz 12.3.2008, 7 Sa 8/08, BeckRS 2008, 53633.

118 LR-Gotthardt, § 108 GewO Rn. 20; vgl. auch LAG Hessen 23.8.2011, 19 Sa 550/11, BeckRS 2011, 76280.

119 LAG Rheinland-Pfalz 9.2.2016, 5 Ta 264/15, AE 2016, 167.

120 BAG 25.4.2001, 5 AZR 395/99, NZA 2001, 1157, 1158; LAG Rheinland-Pfalz 29.11.2011, 11 Ta 254/11, BeckRS 2012, 65652; LAG Hamm 23.3.2011, 1 Ta 62/11, BeckRS 2011, 69912; LAG Hessen 12.3.2009, 12 Ta 380/08, BeckRS 2009, 63877; vgl. auch BGH NJW 2011, 3161 Rn. 13; a. A. wohl LAG Nürnberg 6.11.2012, 7 Sa 251/12, BeckRS 2013, 65928.

121 LAG Rheinland-Pfalz 29.11.2011, 11 Ta 254/11, BeckRS 2012, 65652; LAG Hamm 23.3.2011, 1 Ta 62/11, BeckRS 2011, 69912; Göhle-Sander, FS Düwell, S. 247, 268 f.; Tiedemann, ArbRB 2010, 96, 97.

122 BAG 25.4.2001, 5 AZR 395/99, NZA 2001, 1157, 1158.

len der Abrechnung ist in zwangsvollstreckungsrechtlicher Hinsicht als **unvertretbare Handlung i.S.d. § 888 ZPO** zu werten.¹²³ Die Informationen, um eine ordnungsgemäße Abrechnung i.S.v. § 108 GewO zu erteilen, liegen ausschließlich im Bereich des Arbeitgebers.¹²⁴ Dass ein Dritter, der Einblick in die Unterlagen des Arbeitgebers hat, in der Lage wäre, diese Abrechnung ebenfalls zu erstellen, ändert daran nichts, da allein ausschlaggebend ist, ob der Dritte die Handlung auch selbstständig ohne Mitwirkung des Schuldners vornehmen kann.¹²⁵ Das ist bei einer Abrechnung über tatsächlich vorgenommene Abzüge und Abführungen nicht der Fall.¹²⁶ Folglich kommen zur **Durchsetzung** der Erteilungspflicht sowohl **Zwangsgeld** als auch **Zwangshaft** in Betracht (§ 888 Abs. 1 Satz 1 ZPO).¹²⁷ Im praktisch bedeutenderen Fall der Vollstreckung einer vergleichsweise eingegangenen Abrechnungsverpflichtung, bei der sich der Arbeitgeber erst zu einer Abrechnung und Auszahlung verpflichtet und § 108 GewO deshalb nicht anwendbar ist, kommt die Vollstreckung als vertretbare Handlung über § 887 ZPO in Betracht.¹²⁸ Daneben ist auch ein Anspruch auf **Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung** denkbar (§ 259 Abs. 2 BGB), wenn die erstellte Abrechnung die erforderliche Sorgfalt vermissen lässt.¹²⁹

2. Zurückbehaltungsrecht und Schadensersatz

Verstößt der Arbeitgeber gegen seine Abrechnungspflicht, kann der Arbeitnehmer seine **Arbeitsleistung gem. § 273 BGB zurückhalten**.¹³⁰ Regelmäßig wird dies aber angesichts der Geringfügigkeit (vgl. § 320 Abs. 2 BGB) gegen Treu und Glauben verstoßen.¹³¹ Daneben kann ein **Schadensersatzanspruch** gem. § 280 Abs. 1 BGB bestehen.¹³² Die Pflicht zur Erteilung einer Entgeltabrech-

27

123 BAG 7.9.2009, 3 AZB 19/09, NZA 2010, 61 Rn. 18; LAG Nürnberg 9.6.2011, 7 Ta 15/11, BeckRS 2011, 73470; AR-Kolbe, § 108 GewO Rn. 9; BeckOKGewO-Schulte, § 108 GewO Rn. 12a; HWK-Lembke, § 108 GewO Rn. 29; Tiedemann, ArbRB 2010, 96, 98; a. A. LAG Hessen 12.3.2009, 12 Ta 380/08, BeckRS 2009, 63877; LAG Rheinland-Pfalz 20.3.2008, 8 Ta 22/08, BeckRS 2008, 51706; LAG Köln 19.5.2008, 11 Ta 119/08, BeckRS 2008, 54084; LR-Gotthardt, § 108 GewO Rn. 21; MüArbR-Krause, § 69 Rn. 13.

124 BAG 7.9.2009, 3 AZB 19/09, NZA 2010, 61 Rn. 17.

125 BAG 7.9.2009, 3 AZB 19/09, NZA 2010, 61 Rn. 18.

126 BAG 7.9.2009, 3 AZB 19/09, NZA 2010, 61 Rn. 18.

127 Ausf. zur Vollstreckung Tiedemann, ArbRB 2010, 96.

128 Göhle-Sander, FS Düwell, S. 247, 268 f.; so auch tendenziell, aber im Ergebnis offengelassen LAG Rheinland-Pfalz 29.11.2011, 11 Ta 254/11, BeckRS 2012, 65652.

129 Vgl. LAG Hamm 26.11.2004, 10 Sa 2236/03, BeckRS 2005, 40639; HWK-Lembke, § 108 GewO Rn. 29.

130 AR-Kolbe, § 108 GewO Rn. 10; HWK-Lembke, § 108 GewO Rn. 29.

131 AR-Kolbe, § 108 GewO Rn. 10.

132 LAG Hamm 9.6.2011, 15 Sa 410/11, BeckRS 2011, 79293; AR-Kolbe, § 108 GewO Rn. 10; HWK-Lembke, § 108 GewO Rn. 29; LR-Gotthardt, § 108 GewO Rn. 20.

Kap. 37 Entgeltabrechnung

nung stellt eine Nebenpflicht des Arbeitgebers dar (§ 241 Abs. 2 BGB).¹³³ Erforderlich ist eine Vermögenseinbuße des Arbeitnehmers, z. B. die Versagung eines zinsgünstigen Kredits, weil der Arbeitnehmer seine Lohnabrechnung nicht vorlegen kann.¹³⁴

133 LAG Hamm 9.6.2011, 15 Sa 410/11, BeckRS 2011, 79293.

134 AR-Kolbe, § 108 GewO Rn. 10; HWK-Lembke, § 108 GewO Rn. 29.

Kapitel 38

Rückzahlung überzahlten Entgelts

Schrifttum: *Bieder*, Überzahlung von Arbeitsentgelt und formularvertraglicher Ausschluss des Entreicherungseinwands, DB 2006, 1318; *Groß*, Brutto oder Netto?, ZIP 1987, 5; *Hromadka*, Irrtümliche Überzahlung von Lohn, FS Söllner, 1990, S. 105; *Klebeck*, Beitragsüberzahlung – Zum Erstattungsanspruch des Arbeitgebers wegen zu Unrecht entrichteter Sozialversicherungsbeiträge, ZfA 2007, 295; *Lüderitz*, Rückforderung von Vergütung – brutto oder netto?, BB 2010, 2629; *Möller*, Die Rückforderung überzahlten Arbeitsentgelts, ZTR 1989, 306; *Schwab*, Verwirkung des Anspruchs des Arbeitgebers auf Rückerstattung von Lohnüberzahlungen, BB 1995, 2212.

Übersicht

Rn.	Rn.
I. Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung 1	II. Vertragsgestaltung 10
1. Voraussetzungen und Höhe . . . 2	III. Schadensersatzansprüche des Arbeitgebers 11
2. Ausschluss nach § 814 BGB . . 4	IV. Fälligkeit des Anspruchs, Ausschlussfristen, Verjährung 12
3. Ausschluss des Anspruchs nach § 817 BGB 6	
4. Wegfall der Bereicherung nach § 813 Abs. 3 BGB 7	

I. Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung

Die Rückzahlung überzahlten Entgelts richtet sich – vorbehaltlich einer abweichenden vertraglichen oder tarifvertraglichen¹ Regelung – nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung (§§ 812 ff. BGB). 1

1. Voraussetzungen und Höhe

Das irrtümlich überzahlte Entgelt ist ein ohne rechtlichen Grund erlangter Vermögensvorteil. Der Arbeitgeber hat unter den Voraussetzungen des § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB (Leistungskondiktion) einen Anspruch gegen den Arbeitnehmer auf dessen Herausgabe.² Eine irrtümlich fehlerhafte Eingruppierung kann Rechtsgrund für die gezahlten Leistungen sein. Ein Anspruch nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB besteht dann nicht. Erst nach erfolgter wirksamer Änderungs- 2

¹ Vgl. dazu BAG 7.2.2007, 5 AZR 260/06, NZA 2007, 1007.

² BAG 13.10.2010, 5 AZR 648/09, NZA 2011, 219; BAG 9.4.2008, 4 AZR 164/07, NJOZ 2008, 5178; BAG 10.3.2005, 6 AZR 217/04, NZA 2006, 1102; BAG 19.1.1999, 9 AZR 405/97, AP Nr. 1 zu § 70 BAT-O; MüArbR-Krause, § 72 Rn. 1.

kündigung (oder nach korrigierender Rückgruppierung³) wird ein geringeres Entgelt geschuldet.⁴ Die Höhe des Rückzahlungsanspruchs ist durch Saldierung des tatsächlich gezahlten und des geschuldeten Entgelts zu ermitteln.⁵ Zu berücksichtigen sind dabei die dem Arbeitnehmer bei von Anfang an ordnungsgemäßer Abwicklung des Arbeitsverhältnisses zustehenden Ansprüche. So im Fall eines (vermeintlichen) freien Mitarbeiters, dem als Arbeitnehmer ggf. Ansprüche auf Entgeltfortzahlung nach dem BUrlG oder dem EfzG zustanden.⁶

- 3 Umstritten ist, ob der Anspruch auf Herausgabe des an den Arbeitnehmer gezahlten Nettolohns gerichtet ist⁷ oder ob der Arbeitgeber auch die abgeführten Sozialversicherungsbeiträge und den Wert der Lohnsteuer herausverlangen kann. Wenngleich dies in der Literatur gelegentlich anders dargestellt wird,⁸ bejaht das BAG einen Herausgabeanspruch in Höhe des Bruttobetrag.⁹ Erlangt sein soll demnach nicht nur das an den Arbeitnehmer ausgezahlte (Netto-)Arbeitsentgelt, sondern auch der Wert der an das Finanzamt gezahlten Lohnsteuer und der abgeführten Arbeitnehmeranteile (nicht die Arbeitgeberanteile¹⁰) zur Arbeitslosen- (§ 346 Abs. 1 Satz 1 SGB III), Kranken- (§ 249 Abs. 1 SGB V), Renten- (§ 168 Abs. 1 Nr. 1 SGB VI) und Pflegeversicherung (§ 58 Abs. 1 SGB XI).¹¹ Dementsprechend ist der Anspruch auf Abtretung des Erstattungsanspruchs des Arbeitnehmers¹² nach § 26 Abs. 2 und 3 SGB IV für die zu Unrecht entrichteten Sozialversicherungsbeiträge gerichtet¹³ bzw. – nach bereits erfolgter Auszahlung an den Arbeitnehmer – auf Wertersatz.¹⁴ Gleiches gilt entsprechend hinsichtlich des Werts der vom Arbeitgeber für den Arbeitnehmer an das Finanzamt gezahlten Lohnsteuer.¹⁵ Bezüglich der Arbeitgeberanteile zur Sozialversi-

3 Siehe zur Möglichkeit der korrigierenden Rückgruppierung BAG 30.5.1990, 4 AZR 74/90, NZA 1990, 147.

4 BDDH-Brors, § 611 Rn. 762; ErfK-Preis, § 611a BGB Rn. 411.

5 Schaub-Linck, § 74 Rn. 1.

6 HR-Reufels, § 4 Rn. 54.

7 So Küttner-Griese, Entgeltrückzahlung, Rn. 14; Lüderitz, BB 2010, 2629 m. w. N.; differenzierend Groß, ZIP 1987, 5.

8 Vgl. ErfK-Preis, § 611a BGB Rn. 416; BKBN-Becker, § 17 Rn. 590; Küttner-Griese, Entgeltrückzahlung, Rn. 12.

9 BAG 9.4.2008, 4 AZR 164/07, NJOZ 2008, 5178; BAG 11.10.2006, 5 AZR 755/05, NJOZ 2008, 121; BAG 29.3.2001, 6 AZR 653/99, NZA 2003, 105; BAG 5.4.2000, 10 AZR 257/99, NZA 2000, 1008; BAG 9.7.1992, 6 AZR 623/90, BeckRS 1992, 30741720.

10 BAG 23.4.1997, 5 AZR 29/96, NZA 1997, 1002.

11 Schaub-Linck, § 74 Rn. 6.

12 Dazu umfassend und mit zahlreichen weiteren Nachweisen Klebeck, ZfA 2007, 295.

13 BAG 21.1.2015, 10 AZR 84/14, NZA 2015, 875; BAG 9.4.2008, 4 AZR 164/07, NJOZ 2008, 5178; BAG 29.3.2001, 6 AZR 653/99, NZA 2003, 100.

14 DHSW-Kreuder, § 611 BGB Rn. 369; vgl. zur richtigen Antragstellung: Hamacher-Hamacher, Stichwort: Rückzahlungsansprüche des Arbeitgebers.

15 MüArbR-Krause, § 72 Rn. 2; Schaub-Linck, § 74 Rn. 7.

cherung besteht ein eigener Erstattungsanspruch des Arbeitgebers gegen die Einzugsstelle nach § 26 SGB IV.¹⁶

2. Ausschluss nach § 814 BGB

Der Anspruch auf Rückzahlung ist gemäß § 814 BGB ausgeschlossen, wenn der Leistende wusste, dass er zu der Zahlung (in der überzahlten Höhe) nicht verpflichtet war.¹⁷ Gemeint ist die positive Kenntnis der tatsächlichen Rechtslage; der Leistende musste wissen, dass er das Entgelt nicht wie gezahlt schuldete,¹⁸ wobei die zutreffende rechtliche Schlussfolgerung nach dem Maßstab der „Parallelwertung in der Laiensphäre“ genügt.¹⁹ Der Anspruch besteht somit grundsätzlich auch dann, wenn die Überzahlung auf einer vom Arbeitgeber zu vertretenden fehlerhaften Berechnung beruht oder einer (grob fahrlässigen²⁰) Fehlinterpretation der Rechtslage.²¹ Der Arbeitgeber kann daher das an einen vermeintlichen freien Mitarbeiter gezahlte Honorar (anteilig) zurückverlangen, wenn dessen (leichtfertig verkannter) Arbeitnehmerstatus nachträglich festgestellt wird und das Honorar das arbeitsvertraglich (ggf. i.V.m. § 612 Abs. 2 BGB) geschuldete Entgelt übersteigt.²² Die Rückzahlung kann aber nach § 814 BGB i.V.m. § 817 Satz 2 BGB ausgeschlossen sein, wenn es sich bei der Vereinbarung der freien Mitarbeit um ein Umgehungsgeschäft handelte.²³

Die positive Kenntnis des Leistenden von der Nichtschuld kann nicht durch Zurechnung des Wissens anderer (§ 166 Abs. 1 BGB) ersetzt werden. Positive Kenntnis in diesem Sinne liegt daher nicht vor, wenn der leistende Vertreter des Arbeitgebers keine Kenntnis von der Nichtschuld hatte, wohl aber ein anderer Vertreter.²⁴

3. Ausschluss des Anspruchs nach § 817 BGB

Der Anspruch auf Rückzahlung ist gemäß § 817 Satz 2 BGB ausgeschlossen, wenn der Leistende durch die Leistung gegen die guten Sitten oder ein gesetzli-

16 Küttner-Griese, Entgeltrückzahlung, Rn. 24.

17 BAG 1.2.2006, 5 AZR 395/05, BeckRS 2006, 41459.

18 BAG 13.10.2010, 5 AZR 648/09, NZA 2011, 219, 220; BAG 1.2.2006, 5 AZR 395/05, NJOZ 2006, 3373, 3374.

19 BAG 20.3.2014, 8 AZR 269/13, NZA 2015, 189, 191; BAG 13.10.2010, 5 AZR 648/09, NZA 2011, 219, 220; BAG 9.2.2005, 5 AZR 175/04, NZA 2005, 814, 816.

20 BAG 8.11.2006, 5 AZR 706/05, NZA 2007, 321.

21 Küttner-Griese, Entgeltrückzahlung, Rn. 5.

22 BAG 8.11.2006, 5 AZR 706/05, NZA 2007, 321; BAG 9.2.2005, 5 AZR 175/04, NZA 2005, 814; Küttner-Griese, Entgeltrückzahlung, Rn. 7.

23 LAG Köln 31.10.2002, 6 Sa 378/02, BeckRS 2015, 66213.

24 BAG 13.10.2010, 5 AZR 648/09, NZA 2011, 219.

ches Verbot verstoßen hat. Dies kann der Fall sein, wenn die Zahlung erfolgt, um einen Lkw-Fahrer zur Arbeit unter Verstoß gegen gesetzliche Lenk- und Ruhezeiten zu animieren, um illegale Ausländerarbeit²⁵ oder die Tätigkeit ohne Approbation²⁶ zu vergüten, und unter Umständen bei „Schwarzgeldabreden“.²⁷

4. Wegfall der Bereicherung nach § 813 Abs. 3 BGB

- 7 Der Arbeitnehmer kann sich gegenüber dem bereicherungsrechtlichen Herausgabeanspruch des Arbeitgebers auf den Wegfall der Bereicherung (Entreicherung) gemäß § 818 Abs. 3 BGB berufen.²⁸ Eine Entreicherung ist gegeben, wenn das Erlangte ersatzlos weggefallen ist, wobei ersparte anderweitige Aufwendungen oder die Tilgung von Schulden als erlangte Vermögensvorteile zu berücksichtigen sind.²⁹ Im Grundsatz kommt es darauf an, ob der Arbeitnehmer das überzahlte Entgelt restlos für das Bestreiten seines Lebensunterhalts verbraucht hat oder ob sich in seinem Vermögen noch ein der Überzahlung entsprechender Gegenwert befindet. Typischerweise kommt eine Entreicherung im Sinne des § 818 Abs. 3 BGB dann in Betracht, wenn der Arbeitnehmer das überzahlte Entgelt für Ausgaben verbraucht hat, die ohne die Überzahlung nicht erfolgt wären (Luxausgaben).³⁰
- 8 In Literatur und Rechtsprechung anerkannt ist eine zu Gunsten des Arbeitnehmers wirkende Beweiserleichterung,³¹ wonach bei geringfügigen Überzahlungen bei Arbeitnehmern, deren Einkommen im unteren oder mittleren Bereich liegt, von einem Verbrauch der Überzahlung für den laufenden Lebensunterhalt auszugehen und die Bereicherung insoweit weggefallen ist.³² Richtigerweise geht es dabei nicht allein um den Verbrauch der Überzahlung,³³ sondern um de-

25 Küttner-Griese, Entgeltrückzahlung, Rn. 7.

26 Lüderitz, BB 2010, 2629, 2630.

27 Vgl. BGH 11.6.2015, VII ZR 216/14, NZA 2015, 941.

28 ErfK-Preis, § 611a BGB Rn. 408; Küttner-Griese, Entgeltrückzahlung, Rn. 8; vgl. auch Schwab, BB 1995, 2212, zum Verhältnis vom Wegfall der Bereicherung zur Verwirkung.

29 BAG 9.2.2005, 5 AZR 175/04, NZA 2005, 814; BAG 23.5.2001, 5 AZR 374/99, AP Nr. 25 zu § 812 BGB; BAG 25.4.2001, 5 AZR 497/99, NZA 2001, 966; BeckOKArbR-Joussen, § 611a BGB Rn. 252.

30 BAG 17.7.1985, 5 AZR 131/84, juris; ErfK-Preis, § 611a BGB Rn. 408; grundlegend Hromadka, FS Söllner, S. 105.

31 ErfK-Preis, § 611a BGB Rn. 408 f.: „Beweis des ersten Anscheins“.

32 BAG 18.1.1995, 5 AZR 817/93, BB 1995, 2215; BAG 12.1.1994, 5 AZR 597/92, NJW 1994, 2636; Küttner-Griese, Entgeltrückzahlung, Rn. 9; Lüderitz, BB 2010, 2629, 2630.

33 Dies betonend LAG Köln 10.5.2010, 5 Sa 1295/09, BeckRS 2010, 72979; vgl. auch ErfK-Preis, § 611 BGB Rn. 408 f.; BeckOKArbR-Joussen, § 611a BGB Rn. 252.

ren Verbrauch zur vorübergehenden Hebung des Lebensstandards.³⁴ Für die geringfügigkeit der Überzahlung soll in Anlehnung an den öffentlich-rechtlichen Maßstab der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift für das Bundesbesoldungsgesetz vom 11.7.1997 (BBesGVwV) eine Größenordnung von nicht mehr als „300 DM“ oder höchstens 10% der Gesamtbezüge gelten,³⁵ wobei die Summe von 300 DM entsprechend anzupassen ist.³⁶ Nicht näher bestimmt ist der Maßstab eines Einkommens im unteren oder mittleren Bereich. Nach der Rechtsprechung kommt es darauf an, ob unter Berücksichtigung der Lebenssituation des Arbeitnehmers und insbesondere seiner wirtschaftlichen Lage die Verwendung der Überzahlung für die laufende Lebensführung naheliegt.³⁷ Vernünftigerweise muss es dabei darauf ankommen, ob der Arbeitnehmer sein Einkommen im Regelfall im Wesentlichen zur Deckung grundlegender Bedürfnisse (Lebensmittel, Wohnung, Transport) verbraucht oder ob es ihm ohnehin die Bildung erheblicher Rücklagen oder Luxusaufwendungen gestattet. Ein höheres Einkommen soll jedenfalls dann anzunehmen sein, wenn dieses oberhalb der Jahresarbeitsentgeltgrenze des § 6 Abs. 1 Nr. 1 SGB V liegt³⁸ (Stand 2016: 56.250 €³⁹).

Nach § 819 Abs. 1 BGB kann sich der Bereicherungsschuldner auf einen Wegfall der Bereicherung bei Bösgläubigkeit nicht berufen. Dies gilt uneingeschränkt auch für den Fall einer Entgeltüberzahlung.⁴⁰ Erforderlich ist die positive Kenntnis vom Mangel des rechtlichen Grundes.⁴¹ Ein Kennenmüssen genügt nicht,⁴² wohl aber prinzipiell die Kenntnis von der Tatsachengrundlage der Rechtsgrundlosigkeit.⁴³ Jedenfalls bei auffällig hohen oder offenkundig fehlerhaften Lohnüberzahlungen kann Bösgläubigkeit angenommen werden.⁴⁴ Dies kann der Fall sein bei Zahlung trotz Beendigung des Arbeitsverhältnisses,⁴⁵ bloße Zweifel an der Wirksamkeit der Beendigung genügen indes nicht.⁴⁶

34 BAG 25.4.2001, 5 AZR 497/99, NZA 2001, 966; BAG 18.1.1995, 5 AZR 817/93, NZA 1996, 27; BAG 12.1.1994, 5 AZR 597/92, NJW 1994, 2636; BAG 18.9.1986, 6 AZR 517/83, NZA 1987, 380.

35 BAG 12.1.1994, 5 AZR 597/92, NZA 1994, 658; LAG Hamm 3.12.1999, 5 Sa 97/99, NZA-RR 2000, 181; *ErfK-Preis*, § 611a BGB Rn. 409 m. w. N.; BeckOKArbR-*Joussen*, § 611a BGB Rn. 252.

36 *Lüderitz*, BB 2010, 2629.

37 *HR-Mengel*, § 1 Rn. 2436 m. w. N.

38 *DHSW-Kreuder*, § 611 BGB Rn. 366.

39 § 4 Abs. 1 der Verordnung über maßgebende Rechengrößen der Sozialversicherung für 2016.

40 BAG 13.10.2010, 5 AZR 648/09, NZA 2011, 219.

41 *Schaub-Linck*, § 74 Rn. 15.

42 *Schaub-Linck*, § 74 Rn. 15.

43 BGH 12.7.1996, V ZR 117/95, NJW 1996, 2652.

44 *Küttner-Griese*, Entgeltrückzahlung, Rn. 9.

45 *Küttner-Griese*, Entgeltrückzahlung, Rn. 9.

46 LAG Hamm 3.2.1999, 5 Sa 97/99, NZA-RR 2000, 181.

II. Vertragsgestaltung

- 10** Der Arbeitgeber hat ein Interesse daran, die Möglichkeit des Arbeitnehmers zu beschränken, sich auf den Einwand der Entreicherung zu berufen. Ob und inwieweit die Rechte des Arbeitnehmers aus § 818 Abs. 3 BGB vertraglich abbedungen werden können, ist durch die Rechtsprechung noch nicht abschließend geklärt⁴⁷ und in der Literatur umstritten. Grundsätzlich ist die Regelung des § 818 Abs. 3 BGB dispositiv.⁴⁸ Eine Klausel, wonach der Arbeitnehmer in jedem Fall verpflichtet sein soll, Gehaltsüberzahlungen ohne Rücksicht auf eine etwaig noch vorhandene Bereicherung zurückzuzahlen, dürfte indes den Arbeitnehmer wegen des Abweichens vom gesetzlichen Leitbild des § 818 Abs. 3 BGB unangemessen benachteiligen und daher nach § 307 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Nr. 1 BGB in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam sein.⁴⁹ Zugleich könnte in einer solchen Klausel ein Verstoß gegen § 309 Nr. 7 BGB liegen, wenn die Klausel den Arbeitgeber für grob fahrlässige Verstöße gegen die ihn treffende arbeitsvertragliche Nebenpflicht zur richtigen Lohnberechnung⁵⁰ freizeichnet.⁵¹ Möglich – wenngleich von beschränktem praktischem Nutzen – dürfte eine Vertragsgestaltung sein, wonach dem Arbeitnehmer besondere Prüfpflichten auferlegt werden und er sich (in Abweichung von § 819 Abs. 1 BGB) auch für den Fall erkennbarer oder offensichtlicher Überzahlungen nicht auf den Wegfall der Bereicherung berufen kann.⁵²

III. Schadensersatzansprüche des Arbeitgebers

- 11** Ein Anspruch des Arbeitgebers auf Rückzahlung überzahlten Entgelts kann sich auch aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB (ggf. auch aus unerlaubter Handlung) ergeben.⁵³ Zwar gibt es keine generelle Verpflichtung des Arbeitnehmers, Gehaltsabrechnungen des Arbeitgebers auf ihre inhaltliche Richtigkeit hin zu überprüfen.⁵⁴ Es besteht aber eine arbeitsvertragliche Nebenpflicht, dem Arbeitgeber die für die Berechnung der Vergütung wesentlichen Umstände mitzuteilen. Dies

47 Offengelassen von BAG 13.10.2010, 5 AZR 648/09, NZA 2011, 219.

48 BAG 13.10.2010, 5 AZR 648/09, NZA 2011, 219; *ErfK-Preis*, § 310 BGB Rn. 93.

49 *Bieder*, DB 2006, 1318, 1319 ff.; *Schaub-Linck*, § 74 Rn. 16; *HR-Mengel*, § 1 Rn. 2443 f.; *DBD-Bonin*, § 307 BGB Rn. 235a BGB; *Preis-Preis*, II A 80 Rn. 7 ff.

50 Vgl. BAG 8.2.1964, 5 AZR 371/63, NJW 1964, 1241; vgl. auch *Küttner-Griese*, Entgeltrückzahlung, Rn. 3; *Preis-Preis*, II A 80 Rn. 13.

51 *Bieder*, DB 2006, 1318, 1319; *ErfK-Preis*, § 310 BGB Rn. 93.

52 *Preis-Preis*, II A 80 Rn. 15; vgl. zu weiteren Gestaltungsmöglichkeiten solcher „qualifizierter Erstattungsklauseln“ insb. *Bieder*, DB 2006, 1318, 1320 ff.

53 BAG 13.10.2010, 5 AZR 648/09, NZA 2011, 219; *Schaub-Linck*, § 74 Rn. 11; *Möller*, ZTR 1989, 306; *DHSW-Kreuder*, § 611 BGB Rn. 370.

54 BAG 10.3.2005, 6 AZR 217/04, NZA 2005, 812; BAG 29.4.1982, 5 AZR 1229/79, juris; *DHSW-Kreuder*, § 611 BGB Rn. 373; *ErfK-Preis*, § 611a BGB Rn. 417.

gilt insbesondere hinsichtlich der Mitteilung über die tatsächlichen Umstände gewährter Zulagen,⁵⁵ einen eventuell nach § 615 Satz 2 BGB anzurechnenden Verdienst⁵⁶ oder über anderweitig bezogene Renten.⁵⁷ Ist die Verletzung dieser Nebenpflichten ursächlich für die Überzahlung, kann sie eine entsprechende Verpflichtung zum Schadensersatz begründen.

IV. Fälligkeit des Anspruchs, Ausschlussfristen, Verjährung

Der Anspruch auf Rückzahlung überzahlten Entgelts entsteht im Moment der Überzahlung und wird nach § 271 Abs. 1 BGB grundsätzlich zugleich fällig.⁵⁸ Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Arbeitgeber den Vergütungsanspruch fehlerhaft berechnet, obwohl ihm die maßgeblichen Berechnungsgrundlagen bekannt waren oder hätten bekannt sein müssen.⁵⁹ Auf die Kenntnis des Arbeitgebers von seinem Rückzahlungsanspruch kommt es indes nicht an.⁶⁰ Anderes kann gelten, wenn der Arbeitgeber die Überzahlung nicht erkennen konnte,⁶¹ insbesondere weil der Arbeitnehmer die Mitteilung für die Berechnung maßgeblicher Umstände unterlassen hat.⁶² **12**

Wann ein Rückzahlungsanspruch fällig wird, ist insbesondere für die Berechnung tariflicher Ausschlussfristen von Bedeutung. Deren Beginn kann durch eine Zahlung „unter Vorbehalt“ nicht hinausgeschoben werden.⁶³ Nach § 242 BGB kann es dem Arbeitnehmer verwehrt sein, sich auf den eventuellen Ablauf einer tariflichen Ausschlussfrist zu berufen, wenn er eine erhebliche Vergütungsüberzahlung erhalten, er dies erkannt und pflichtwidrig unterlassen hat, sie dem Arbeitgeber anzuzeigen.⁶⁴ Der Arbeitgeber muss dann nach Kenntniserlangung seinen Rückzahlungsanspruch innerhalb einer nach Treu und Glauben zu bestimmenden Frist (in der Regel zeitnah) ordnungsgemäß geltend machen.⁶⁵ **13**

55 DHSW-Kreuder, § 611 BGB Rn. 370.

56 ErfK-Preis, § 611a BGB Rn. 415.

57 BAG 27.3.1990, 3 AZR 187/88, NZA 1990, 776; BRO-Rolfs, § 6 BetrAVG Rn. 233; HR-Mengel, § 1 Rn. 2431.

58 BAG 14.9.1994, 5 AZR 407/93, NZA 1995, 897; Schaub-Linck, § 74 Rn. 4; ErfK-Preis, § 611a BGB Rn. 417.

59 BAG 10.3.2005, 6 AZR 217/04, NZA 2005, 812; BAG 19.2.2004, 6 AZR 664/02, NJOZ 2004, 3333.

60 BAG 10.3.2005, 6 AZR 217/04, NZA 2005, 812; BAG 1.6.1995, 6 AZR 912/94, NZA 1996, 136.

61 Schaub-Linck, § 74 Rn. 4.

62 BAG 14.9.1994, 5 AZR 407/93, NZA 1995, 897.

63 BAG 27.3.1996, 5 AZR 336/94, NZA 1997, 45.

64 BAG 10.3.2005, 6 AZR 217/04, NZA 2005, 812.

65 BAG 10.3.2005, 6 AZR 217/04, NZA 2005, 812.

Kap. 38 Rückzahlung überzahlten Entgelts

- 14** Entgeltrückzahlungsansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung verjähren gemäß §§ 195, 199 Abs. 1 BGB innerhalb der regelmäßigen Verjährungsfrist von drei Jahren beginnend mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Arbeitgeber Kenntnis erlangt hat oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätte erlangen müssen.

Kapitel 39

Lohnsteuer

Schrifttum: *Blümich*, EStG, KStG, GewStG, 143. EL 2018; *Buse*, Die Festsetzung und Verjährung der Lohnsteuer, DB 2016, 1712; *Diezel*, Selbstbindung der Verwaltung und Gewährung von Vertrauensschutz durch Billigkeitsmaßnahmen bei BMF-Schreiben, StuB 2006, 454; *Ditz/Bärsch/Quilitzsch*, Das neue OECD-Musterabkommen 2017, DB 2018, 1171; *Fuhrmann/Potsch*, Sachzuwendungen an Arbeitnehmer, Geschäftsfreunde und Dritte – Pauschalversteuerung nach § 37b EStG – Verfahren und Rechtsfolgen, kösdi 2015, 19619; *Heinmüller*, BFH: Kein Lohnsteuer-Haftungsbescheid gegen den Arbeitgeber bei Festsetzungsverjährung der Lohnsteuerschuld gegenüber dem Arbeitnehmer, BB 2016, 1445; *Herrmann/Heuer/Raupach*, EStG, 287. EL 2018; *Heuermann/Wagner*, Lohnsteuer, 54. Aufl. 2015; *Höreth*, Steuerberatungsgebühren bei Nettolohnvereinbarungen, DStR 2010, 1169; *Kirchhof/Söhn*, Einkommensteuergesetz, 291. EL 2018; *Krüger*, Arbeitslohn und ganz überwiegendes eigenbetriebliches Interesse, DStR 2013, 2029; *Küch*, Lohnsteuerrecht, 2008; *Reiserer/Christ/Heinz*, Beschäftigten-Datenschutz und EU-Datenschutzgrundverordnung, DStR 2018, 1501; *Schmidt*, Einkommensteuergesetz: EStG, 37. Aufl. 2018; *Schönfeld/Plenker*, Lexikon für das Lohnbüro, 60. Aufl. 2018; *Wassermeyer/Kaesler/Schwenke/Drüen* (Hrsg.), Doppelbesteuerung, 73. Auflage 2018.

Übersicht

	Rn.		Rn.
I. Einführung	1	c) Lohnsteuer-Jahresausgleich	54
II. Begriffsbestimmungen	6	IV. Möglichkeiten der Lohnsteuerpauschalierung	58
1. Steuerrechtlicher Arbeitgeber	6	1. Pauschalierungsverfahren	58
2. Steuerrechtlicher Arbeitnehmer	8	2. Die Pauschalierungsnormen im Einzelnen	62
3. Arbeitslohn	13	V. Ausgewählte verfahrensrechtliche Themen	68
a) Definition	13	1. Haftung des Arbeitgebers für Lohnsteuer	68
b) Abgrenzung zu nicht steuerbaren Leistungen des Arbeitgebers	17	a) Grundsätzliches	68
c) Steuerbefreiungen	24	b) Haftungstatbestände	70
III. Grundzüge des Lohnsteuerabzugsverfahrens	26	c) Inanspruchnahme	75
1. Rechtliche Grundlagen	26	d) Haftungsbescheid	76
2. Lohnsteuerabzugsmerkmale	30	2. Anrufungsauskunft	79
3. Durchführung des Lohnsteuerabzugs	36	3. Lohnsteuer-Außenprüfung/Lohnsteuer-Nachschau	82
a) Höhe und Ermittlung der Lohnsteuer	36		
b) Anmeldung und Abführung der Lohnsteuer	44		

I. Einführung

- 1 Die Lohnsteuer ist eine besondere Erhebungsform der Einkommensteuer bei den Einkünften aus nichtselbstständiger Arbeit (§ 19 EStG). Im Wege des Quellensteuerabzugs wird diese vom Arbeitgeber durch den Abzug vom Arbeitslohn erhoben und für Rechnung des Arbeitnehmers an das Finanzamt abgeführt (§ 38 EStG). Es handelt sich im materiellen Sinne um eine Vorauszahlung auf die mit Ablauf des Kalenderjahrs entstehende und auf die Einkünfte aus nichtselbstständiger Arbeit entfallende Einkommensteuerschuld, welche im Rahmen der Veranlagung gemäß § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG angerechnet wird. Soweit für den betreffenden Arbeitnehmer eine Veranlagung zur Einkommensteuer nicht in Betracht kommt, ist die Einkommensteuer durch den Lohnsteuerabzug abgegolten (§§ 46 Abs. 4, 50 Abs. 2 Satz 1 EStG).¹
- 2 Der Arbeitgeber hat eine zentrale Position im Lohnsteuerabzugsverfahren inne und erfüllt Aufgaben, welche im Allgemeinen dem Finanzamt oder dem Steuerschuldner bei der Steuererhebung obliegen.² So hat er die Arbeitnehmereigenschaft festzustellen, zu prüfen, ob Zuwendungen an den Arbeitnehmer steuerpflichtigen oder steuerfreien Arbeitslohn darstellen bzw. nicht steuerbar sind und die zutreffende Höhe des Arbeitslohns zu ermitteln. Die fehlerfreie Berechnung sowie die fristgerechte Anmeldung und Abführung der Lohnsteuer gehören ebenso zu den gesetzlichen Pflichten des Arbeitgebers. Der Arbeitgeber hat die pflichtgemäße Erfüllung des Lohnsteuerabzugs im Lohnkonto zu dokumentieren und die damit zusammenhängenden Aufzeichnungs- und Bescheinigungsvorschriften zu berücksichtigen.³ Verstößt er gegen die ihm zukommenden Aufgaben mit der Folge, dass die Lohnsteuer nicht oder in unzutreffender Höhe an das Finanzamt abgeführt wird, kann er dafür in Haftung genommen werden (s. Rn. 68 ff.).
- 3 Die den Lohnsteuerabzug regelnden Vorschriften sind vielfältig. So bilden die §§ 38 ff. EStG die Rechtsgrundlagen, welche durch die zum Einkommensteuergesetz ergangene Lohnsteuer-Durchführungsverordnung konkretisiert werden. Ergänzend hierzu sind eine Vielzahl von Verwaltungserlassen der obersten Finanzbehörden des Bundes und der Länder ergangen, die bei der Beantwortung von Zweifelsfragen oder für Zwecke der Auslegung der gesetzlichen Regelungen zu Hilfe genommen werden können. Die Lohnsteuer-Richtlinien⁴ stellen dabei die wichtigsten Verwaltungsanweisungen dar und gliedern sich in die eigentlichen Richtlinien auf der einen und die amtlichen Hinweise zu diesen auf der anderen Seite. Eine Änderung der Lohnsteuerrichtlinien erfolgt regelmäßig alle

1 Blümich-Thürmer, § 38 EStG Rn. 61.

2 Schönfeld/Plenker, S. 5.

3 Schönfeld/Plenker, S. 5.

4 Lohnsteuer-Richtlinien 2015 in der Fassung der Lohnsteuer-Änderungsrichtlinien 2015, 22.10.2014, BStBl. I 2014, 1344.

drei Jahre, wohingegen die amtlichen Lohnsteuer-Hinweise jährlich aktualisiert werden.⁵

Hinsichtlich der Bindungswirkung der das Lohnsteuerabzugsverfahren regelnden Vorschriften ist zu unterscheiden. Gesetze, Verordnungen und im Bundessteuerblatt veröffentlichte Entscheidungen binden den Steuerpflichtigen, die Finanzverwaltung und die Gerichte. Im Gegensatz dazu sind die Verwaltungsanweisungen (Lohnsteuer-Richtlinien sowie Erlasse) nur von der Finanzverwaltung verpflichtend anzuwenden (sogenannte Selbstbindung der Finanzverwaltung), nicht jedoch von den Steuergerichten.⁶ Gleichwohl gelten nach ständiger Rechtsprechung Vereinfachungsregelungen sowie typisierende Bewertungsvorschriften unter dem Gesichtspunkt der Selbstbindung der Verwaltung und der Gleichmäßigkeit der Besteuerung grundsätzlich im Rahmen der Sachverhaltsermittlung auch für die Gerichte.⁷

Die allgemeinen Verfahrensvorschriften der Abgabenordnung gelten ebenso für das Lohnsteuerabzugsverfahren und ergänzen die spezialgesetzlichen Regelungen (insbesondere hinsichtlich Erstattung und Verjährung der Lohnsteuer, Rechtsbehelfs- und Strafverfahren u. a.).⁸

II. Begriffsbestimmungen

1. Steuerrechtlicher Arbeitgeber

Zum Lohnsteuerabzug ist nach § 38 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG der inländische Arbeitgeber verpflichtet. Inländischer Arbeitgeber ist, wer nach den §§ 8 bis 13 AO im Inland einen Wohnsitz, seinen gewöhnlichen Aufenthalt, seine Geschäftsleitung, seinen Sitz, eine Betriebsstätte oder einen ständigen Vertreter hat.⁹ So kann auch ein im Ausland ansässiger Arbeitgeber, der im Inland eine Betriebsstätte oder einen ständigen Vertreter hat, inländischer Arbeitgeber sein. In derartigen Fällen sind zunächst die jeweils einschlägigen DBA zu prüfen, da eine Besteuerung eines vorübergehend im Inland tätigen Arbeitnehmers in Deutschland sich nach der sogenannten 183-Tage-Regelung richtet. Maßgebend für die Prüfung einer inländischen Betriebsstätte ist ausschließlich § 12 AO.¹⁰ Daneben ist auch der ausländische Verleiher im Sinne des § 38 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG wie ein inländischer Arbeitgeber zum Lohnsteuerabzug für seine im Inland verliehenen Arbeitnehmer verpflichtet (Arbeitnehmer-Überlassung).¹¹

⁵ Schönfeld/Plenker, S. 5.

⁶ Diezel, StuB 2006, 454.

⁷ Vgl. BFH 30.9.1997, IX R 39/94, BFH/NV 1998, 446.

⁸ Schönfeld/Plenker, S. 5.

⁹ Vgl. § 38 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG i. V. m. § 8 bis 13 AO.

¹⁰ Heuermann/Wagner-Wagner, G. Lohnsteuerabzugsverfahren, Rn. 3.

¹¹ Schmidt-Krüger, § 38 EStG Rn. 4.

- 7 Das Steuerrecht knüpft zunächst ebenfalls an das Zivilrecht an. Arbeitgeber ist danach derjenige, zu dem eine bestimmte Person in einem Arbeitsverhältnis steht.¹² Gleichwohl kann zum Lohnsteuerabzug auch verpflichtet sein, wer nicht zivilrechtlicher Arbeitgeber ist. In der Praxis sind Sachverhalte mit Auslandsbezug wohl der häufigste Anwendungsfall. Bei einer grenzüberschreitenden Arbeitnehmer-Entsendung zwischen verbundenen Unternehmen ist der wirtschaftliche Arbeitgeber maßgeblich. Arbeitgeber in diesem Sinne kann nicht nur der zivilrechtliche Arbeitgeber sein, sondern auch jede andere natürliche oder juristische Person, soweit diese die Vergütung für die an sie erbrachte Arbeitsleistung wirtschaftlich trägt.¹³ Das Einkommensteuergesetz hat sich dem abkommensrechtlichen Begriff des wirtschaftlichen Arbeitgebers angelehnt und diesen auch in § 38 Abs. 1 Satz 2 EStG verankert.¹⁴ Ein in Deutschland ansässiges aufnehmendes Unternehmen qualifiziert als wirtschaftlicher Arbeitgeber, wenn der Arbeitnehmer in dieses organisatorisch eingegliedert und weisungsgebunden ist und die aufnehmende Gesellschaft den Arbeitslohn wirtschaftlich trägt oder nach Verrechnungspreisgrundsätzen hätte tragen müssen. Es ist unerheblich, ob die Vergütungen direkt vom aufnehmenden Unternehmen ausgezahlt werden oder dieses erst durch Rückbelastung der Aufwendungen wirtschaftlich belastet ist.¹⁵ Die Verpflichtung zur Einbehaltung der Lohnsteuer entsteht seitens des wirtschaftlichen Arbeitgebers bereits im Zeitpunkt der Auszahlung des Lohns an den Arbeitnehmer, auch wenn die Weiterbelastung erst später erfolgt.¹⁶

2. Steuerrechtlicher Arbeitnehmer

- 8 Arbeitnehmer sind nach § 1 Abs. 1 Satz 1 LStDV im öffentlichen oder privaten Dienst angestellte oder beschäftigte natürliche Personen, die aus diesem oder einem früheren Dienstverhältnis Arbeitslohn erhalten. Auch die Rechtsnachfolger dieser Personen erfüllen den lohnsteuerrechtlichen Arbeitnehmerbegriff. Auf die Geschäftsfähigkeit kommt es nicht an.¹⁷
- 9 Der Feststellung der Arbeitnehmereigenschaft kommt sowohl im Lohnsteuer- als auch im Sozialversicherungsrecht zentrale Bedeutung zu. Im Rahmen der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs¹⁸ wurden eine Vielzahl von Kriterien entwickelt, die bei der Abgrenzung zwischen selbstständiger und nichtselbstständiger Arbeit herangezogen werden können. Danach können u. a. folgende Indizien für die Nichtselbstständigkeit und somit für das Vorliegen eines steuer-

12 Schmidt-Krüger, § 38 EStG Rn. 2.

13 Vgl. BMF-Schreiben vom 3.5.2018, BStBl. I 2018, 643, Rn. 128.

14 Vgl. Blümich-Thürmer, § 38 EStG Rn. 75.

15 Vgl. BMF-Schreiben vom 3.5.2018, BStBl. I 2018, 643, Rn. 132 ff.

16 Heuermann/Wagner-Wagner, G. Lohnsteuerabzugsverfahren, Rn. 4a.

17 Schmidt-Krüger, § 19 EStG Rn. 20.

18 BFH 14.6.1985, VI R 150-152/82, BStBl. II 1985, 661.

rechtlichen Dienstverhältnisses sprechen: fehlendes Unternehmerrisiko sowie -initiative, Weisungsgebundenheit, persönliche Abhängigkeit, Eingliederung in den Betrieb, Schulden der Arbeitskraft und nicht des Arbeitserfolgs.¹⁹ Aus praktischer Sicht deuten u. a. feste Arbeitszeiten und Bezüge, Urlaubsanspruch, Anspruch auf sonstige Sozialleistungen, Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall und die fehlende Verpflichtung zur Beschaffung von Arbeitsmitteln auf das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung hin. Dagegen gelten z. B. die Unterhaltung eines eigenen Büros, die Tätigkeit für mehrere Arbeitgeber oder die Beschäftigung eigener Mitarbeiter als Indizien für Selbständigkeit. Die steuerrechtliche Würdigung hat einzelfallbezogen unter Berücksichtigung des Gesamtbildes der tatsächlichen Verhältnisse zu erfolgen. Dabei sind die einzelnen, für oder gegen eine abhängige Beschäftigung sprechenden, Kriterien herauszuarbeiten, gegeneinander abzuwiegen und – vom Finanzgericht als Tatsacheninstanz – zu gewichten. Die Bezeichnung der Tätigkeit, die zivil-, arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Behandlung sowie der Willen der Vertragsparteien haben lediglich Indizwirkung. Entscheidend ist die vertragliche Vereinbarung und, ob diese tatsächlich gelebt wird.²⁰

Trotz zahlreicher Übereinstimmungen, sind der lohnsteuerrechtliche Arbeitnehmerbegriff einerseits und die arbeits- oder sozialversicherungsrechtliche Würdigung andererseits nicht deckungsgleich. Ursächlich hierfür ist, dass das Arbeits- und Sozialversicherungsrecht im Gegensatz zum Steuerrecht vom Gedanken der Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers geprägt sind.²¹ Innerhalb des Sozialversicherungsrechts stellen die persönliche und wirtschaftliche Abhängigkeit vom Arbeitgeber das zentrale Abgrenzungskriterium dar. Der Weisungsgebundenheit – als entscheidendes Merkmal einer abhängigen Beschäftigung – wird größere Aussagekraft als im Steuerrecht beigemessen.²² Für Zwecke der Sozialversicherung kann ein sogenanntes Statusfeststellungsverfahren beim zuständigen Rentenversicherungsträger angestrebt werden. In Bezug auf das Besteuerungsverfahren entfalten derartige Entscheidungen allerdings nur hinsichtlich sozialversicherungsrechtlicher Anknüpfungspunkte Bindungswirkung.²³ In Zweifelsfällen kann der Arbeitgeber zur Prüfung der Arbeitnehmereigenschaft eine gebührenfreie Anrufungsauskunft nach § 42e EStG beim zuständigen Betriebsstättenfinanzamt²⁴ einholen (s. Rn. 79 ff.).

Im Zusammenhang mit der Abgrenzung zwischen steuerrechtlichem Dienstverhältnis und selbstständiger Tätigkeit ist die sogenannte Scheinselbstständigkeit **11**

19 Schmidt-Krüger, § 19 EStG Rn. 22.

20 Blümich-Geserich, § 19 EStG Rn. 73.

21 Blümich-Geserich, § 19 EStG Rn. 73.

22 Schönfeld/Plenker, S. 6 ff.

23 Schmidt-Krüger, § 19 EStG Rn. 21.

24 Gemäß § 41a Abs. 1 EStG ist das Betriebsstättenfinanzamt das Finanzamt, in dessen Bezirk sich der Betrieb des Arbeitgebers befindet.

in der jüngeren Vergangenheit in den Fokus gerückt. Diese Fälle sind z. B. dadurch gekennzeichnet, dass ein Vertrag über die Tätigkeit als freier Mitarbeiter geschlossen wird, obwohl die tatsächlichen Verhältnisse denen einer abhängigen Beschäftigung entsprechen. Kritisch zu hinterfragen sind insbesondere Vereinbarungen über freie Mitarbeit, die zunächst als Arbeitsvertrag geschlossen wurden. Hintergrund derartiger Gestaltungen sind in der Regel weniger steuerrechtliche Überlegungen, als vielmehr die Absicht, die gesetzlich anfallenden Sozialversicherungsabgaben zu umgehen. Soweit die Finanzverwaltung im Rahmen einer Außenprüfung entgegen der Auffassung der Vertragsparteien von einem Arbeitsverhältnis ausgeht, haftet der vermeintliche Auftraggeber im Hinblick auf die steuerrechtlichen Konsequenzen für die nicht oder nicht in zutreffender Höhe einbehaltene Lohnsteuer.²⁵ In derartigen Fällen trifft den Auftraggeber zudem ein umsatzsteuerrechtliches Risiko. Soweit der vermeintliche Scheinselbstständige in seinen Rechnungen die Umsatzsteuer gesondert ausgewiesen hat, wird dem die Leistung empfangenden Unternehmer der Vorsteuerabzug verweigert.²⁶ In der Praxis finden Außenprüfungen häufig mit einer nicht unwesentlichen zeitlichen Verzögerung statt, sodass dem Auftraggeber gegebenenfalls auch ein nicht unerheblicher Umsatzsteuer-Zinsschaden droht (§ 233a AO).

- 12 Die Qualifizierung als steuerrechtliches Dienstverhältnis schließt im Gegenzug das Vorliegen einer selbstständigen Tätigkeit im Sinne des Umsatzsteuer- und Gewerbesteuergesetzes aus (§ 2 Abs. 1 Satz 1 UStG; § 2 Abs. 1 Satz 2 GewStG i. V. m. §§ 2 Abs. 1 Nr. 2, 15 EStG). So ist die Abgrenzung zwischen nichtselbstständiger und selbstständiger Tätigkeit für Zwecke der Einkommen-, Umsatz- und Gewerbesteuer grundsätzlich einheitlich vorzunehmen. Gleichwohl entfaltet die steuerliche Würdigung in einem Rechtsgebiet keine verfahrensrechtliche Bindungswirkung für die beiden anderen Rechtsgebiete. Dem Steuerpflichtigen verbleibt in derartigen Fällen nur die Möglichkeit eines Einspruchs im Rahmen der Rechtsbehelfsfrist von einem Monat oder eines Antrags auf Änderung aufgrund widerstreitender Steuerfestsetzungen nach § 174 AO.²⁷

3. Arbeitslohn

a) Definition

- 13 Der im Arbeits- und Sozialrecht geprägte Begriff des Arbeitsentgelts findet sich im Steuerrecht nicht wieder. Die Einnahmen, die dem Steuerpflichtigen im Rahmen der Einkünfte aus nichtselbstständiger Arbeit zufließen, werden im Allgemeinen als Arbeitslohn bezeichnet. Dabei werden die Lohnbegriffe der §§ 19

25 Heuermann/Wagner-Wagner, C. Arbeitsverhältnis, Rn. 41 ff.

26 Vgl. Abschnitt 14c.1 Abs. 1 Satz 6 UStAE.

27 Blümich-Geserich, § 19 EStG Rn. 26 f.

und 38 EStG übereinstimmend verwendet.²⁸ Die Bezeichnung Arbeitslohn leitet sich aus den §§ 19 Abs. 1 i. V. m. 8 Abs. 1 EStG und § 2 LStDV her, und umfasst alle Einnahmen, die dem Arbeitnehmer oder seinem Rechtsnachfolger aus einem früheren, gegenwärtigen oder künftigen Dienstverhältnis zufließen. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs²⁹ zählen sämtliche Vergütungen in Geld oder Geldeswert zum Arbeitslohn, die der Arbeitnehmer im Rahmen seiner nichtselbstständigen Tätigkeit als Gegenleistung für die Zurverfügungstellung seiner persönlichen Arbeitskraft erhält. Die Einnahmen müssen durch das individuelle Dienstverhältnis veranlasst sein³⁰ bzw. für die Beschäftigung gewährt werden. Somit ist steuerbarer Arbeitslohn durch seinen Entlohnungscharakter gekennzeichnet.³¹

Im Sinne dieser weiten Auslegung des Arbeitslohnbegriffs gehören auch Zuwendungen Dritter zum Arbeitslohn. Arbeitslohn von dritter Seite liegt vor, wenn die Bezüge dem Arbeitnehmer für eine Leistung eingeräumt werden, welche er im Rahmen des Beschäftigungsverhältnisses für seinen Arbeitgeber erbracht hat.³² Dürfen Mitarbeiter aufgrund ihres Dienstverhältnisses z. B. an dem Prämiensprogramm eines Geschäftspartners ihres Arbeitgebers teilnehmen, und erhalten gegen die Einlösung von Punkten bestimmte Prämien, dann können diese Arbeitslohn von dritter Seite darstellen. Voraussetzung hierfür ist, dass die Zuwendungen zusätzlich zu dem zwischen Arbeitgeber und Geschäftspartner bestehenden Leistungsaustausch, z. B. Lieferung von Waren (Grundgeschäft), hinzutreten.³³

Unerheblich ist, ob es sich um laufende oder einmalige Einnahmen handelt, dem Arbeitnehmer ein arbeitsrechtlicher Anspruch auf diese zusteht und unter welcher Bezeichnung bzw. in welcher Form die Vorteile zufließen.³⁴ Zum Arbeitslohn gehören Geld- und Sachzuwendungen. D. h. sowohl der in einem nominalen Geldbetrag ausgezahlte Barlohn, als auch sämtliche unbar gewährten sogenannten Sachbezüge (s. Kap. 29, 30), z. B. unentgeltliche oder verbilligte Überlassung von Waren, Wohnungen oder Dienstleistungen, private Nutzung eines Firmenwagens (zu Letzterem s. Kap. 30), sind dem Arbeitslohnbegriff zuzurechnen. Sachzuwendungen werden in der Regel als geldwerte Vorteile bezeichnet und gemäß § 8 Abs. 2 EStG grundsätzlich mit dem üblichen Endpreis am Abgabeort bewertet.³⁵

28 Blümich-Thürmer, § 38 EStG Rn. 64.

29 BFH 17.9.1982, VI R 75/79, BStBl. II 1983, 39; BFH 7.12.1984, VI R 164/79, BStBl. II 1985, 164; BFH 22.3.1985, VI R 170/82, BStBl. II 1985, 529; BFH 30.6.2011, VI R 80/10, BStBl. II 2011, 948.

30 Sogenannter Veranlassungszusammenhang.

31 Küch, S. 21.

32 Schmidt-Krüger, § 19 EStG Rn. 70.

33 Vgl. BFH vom 21.2.2018, VI R 25/16; BStBl. II 2018, 389.

34 Schönfeld/Plenker, S. 7.

35 Blümich-Geserich, § 19 EStG Rn. 161 f., 240 f.

- 16 Neben den in § 19 Abs. 1 EStG beispielhaft aufgeführten Gehältern, Löhnen, Gratifikationen, Tantiemen und anderen Vorteilen, welche für eine Beschäftigung im öffentlichen oder privaten Dienst bezahlt werden, zählen auch Warte-, Ruhe-, Witwen- und Waisengelder sowie laufende Beiträge und Zuwendungen des Arbeitgebers aus einem bestehenden Dienstverhältnis zum Aufbau einer betrieblichen Altersversorgung zu den Vergütungen einer nichtselbstständigen Tätigkeit. Darüber hinaus ergänzt § 2 Abs. 2 LStDV den Katalog der den Einkünften aus nichtselbstständiger Arbeit zuzurechnenden Bezüge, z. B. um Entschädigungen, Lohnzuschüsse und Zukunftssicherungsleistungen.³⁶

b) Abgrenzung zu nicht steuerbaren Leistungen des Arbeitgebers

- 17 Soweit Leistungen des Arbeitgebers (Geld- oder Sachzuwendungen) dem Arbeitnehmer nicht für die Zurverfügungstellung seiner persönlichen Arbeitskraft zufließen, stellen diese keinen Arbeitslohn dar. Es fehlt insoweit am Entlohnungscharakter. Derartige nichtsteuerbare Zuwendungen des Arbeitgebers lassen sich in Aufmerksamkeiten und Aufwendungen im überwiegenden eigenbetrieblichen Interesse des Arbeitgebers untergliedern.³⁷ Hiervon zu unterscheiden ist der Arbeitslohn (= steuerbare Zuwendungen des Arbeitgebers), der sowohl steuerpflichtig als auch steuerfrei sein kann (s. Rn. 24 ff.).³⁸

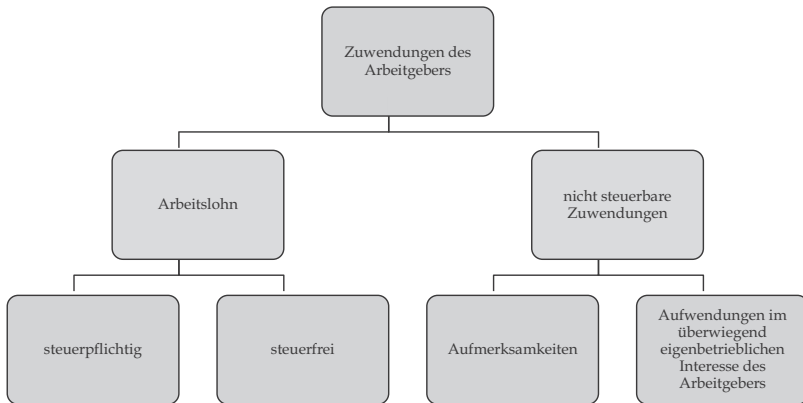


Abbildung 1: Leistungen des Arbeitgebers³⁹

36 Heuermann/Wagner-Wagner, D. Arbeitslohn, Rn. 3.

37 Blümich-Geserich, § 19 EStG Rn. 154.

38 Abweichend hierzu unterscheidet ein Teil der Literatur in steuerbare und nicht steuerbare Einnahmen. Vgl. z. B. Hermann/Heuer/Raupach-Pflüger, § 19 EStG Rn. 105.

39 Angelehnt an Küch, S. 25.

Aufmerksamkeiten stellen Sachleistungen des Arbeitgebers dar, deren Austausch auch im gesellschaftlichen Verkehr als üblich betrachtet wird und auf Seiten des Arbeitnehmers keine ins Gewicht fallende Bereicherung bewirkt. Davon erfasst werden Geschenke bis zu einem Wert in Höhe von EUR 60,00 (z. B. Blumen, Genussmittel, Buch oder CD), die der Arbeitnehmer oder seine Angehörigen aus Anlass eines besonderen persönlichen Ereignisses (z. B. runder Geburtstag, Hochzeit, Geburt, Examen) erhalten. Derartige bloße Aufmerksamkeiten gehören nicht zum Arbeitslohn und unterliegen demnach nicht dem Lohnsteuerabzug. Im Gegensatz dazu sind Geldzuwendungen – auch in geringer Höhe – stets Arbeitslohn.⁴⁰ **18**

Die Überlassung von Getränken und Genussmitteln an die Mitarbeiter zum Verzehr im Betrieb gehört als Aufmerksamkeit ebenfalls nicht zum Arbeitslohn. Gleiches gilt für eine Bewirtung der Arbeitnehmer durch den Arbeitgeber aufgrund und während eines außergewöhnlichen Arbeitseinsatzes (z. B. außergewöhnliche betriebliche Besprechung oder Sitzung), deren Wert inklusive Getränke EUR 60,00 nicht übersteigt. Voraussetzung dafür ist, dass die Bewirtung im ganz überwiegenden betrieblichen Interesse des Arbeitgebers erfolgt und einer günstigen Gestaltung des Arbeitsablaufs dient (z. B. Beschleunigung des Arbeitsablaufs bei unerwarteten Überstunden).⁴¹ **19**

Arbeitslohn ist auch dann nicht gegeben, wenn der Arbeitnehmer zwar infolge einer Zuwendung durch den Arbeitgeber bereichert ist, diese Bereicherung aber auf dem ganz überwiegend eigenbetrieblichen Interesse des Arbeitgebers beruht. Davon kann nach ständiger Rechtsprechung des BFH⁴² ausgegangen werden, wenn im Rahmen einer Gesamtwürdigung der Umstände des Einzelfalls (z. B. Anlass, Art und Höhe des Vorteils, Auswahl der Begünstigten, Freiwilligkeit oder Zwang bezüglich der Teilnahme, Geeignetheit des Vorteils zur Verwirklichung der betriebsfunktionalen Zielsetzung) der vom Arbeitgeber jeweils verfolgte betriebliche Zweck im Vordergrund steht und ein eigenes Interesse des Arbeitnehmers, den Vorteil zu erlangen, vernachlässigt werden kann. In diesen Fällen stellen die gewährten Vorteile keine Entlohnung des Arbeitnehmers für seine Arbeitskraft dar, sondern sind vielmehr notwendige Begleiterscheinung betriebsfunktionaler Zielsetzungen. Mit anderen Worten fehlt es bei Leistungen im überwiegend eigenbetrieblichen Interesse des Arbeitgebers an der Veranlassung durch das individuelle Dienstverhältnis.⁴³ **20**

Es besteht eine Wechselwirkung zwischen der Ausprägung des betrieblichen Eigeninteresses des Arbeitgebers einerseits und der Höhe der wirtschaftlichen Be- **21**

40 Vgl. R 19.6 Abs. 1 EStR.

41 Vgl. R 19.6 Abs. 2 EStR; *Küch*, S. 25.

42 BFH 24.1.1975, VI R 242/71, BStBl. II 1975, 340; BFH 28.2.1975, VI R 28/73, BStBl. II 1976, 134; BFH 11.3.2010, VI R 7/08, BStBl. II 2010, 763.

43 Schmidt-Krüger, § 19 EStG Rn. 55.

reicherung des Arbeitnehmers andererseits. Je höher die Bereicherung des Arbeitnehmers ausfällt, umso stärker treten die für diese maßgebenden betriebsfunktionalen Gründe des Arbeitgebers in den Hintergrund und desto eher ist die Zuwendung als Arbeitslohn einzuordnen.⁴⁴ Die Schwierigkeit der Abgrenzung wird deutlich, wenn man folgendes Beispiel betrachtet: Steht den Arbeitnehmern die Möglichkeit offen, an gesundheitsfördernden Maßnahmen im arbeitgeberbereigten Fitnessstudio teilzunehmen, handelt es sich in der Regel nicht um Arbeitslohn. Leistet der Arbeitgeber hingegen einen Zuschuss zum privaten Fitnessstudio führt dieser zu steuerpflichtigem Arbeitslohn, der gegebenenfalls unter Anwendung der EUR 44,00-Grenze steuerfrei gestellt werden kann, vgl. § 8 Abs. 2 Satz 11 EStG. Die Auslegung des Arbeitslohnbegriffs wird weiterhin regelmäßig durch die Finanzgerichte geprüft. Hierzu hat das Finanzgericht Bremen in seinem rechtskräftigen Urteil vom 21. September 2017⁴⁵ jüngst entschieden, dass der Besuch von Fußballspielen zusammen mit Geschäftsfreunden des Arbeitgebers bei den teilnehmenden Arbeitnehmern zum Zufluss von Arbeitslohn führt. Obwohl die Teilnahme aus Sicht des Arbeitgebers betrieblich veranlassten Repräsentations- und Werbezwecken diene, kann das eigene Interesse der Mitarbeiter infolge des hohen Erlebniswerts nach Auffassung des Gerichts nicht vernachlässigt werden.

22 Leistungen im überwiegend eigenbetrieblichen Interesse des Arbeitgebers dienen in der Regel der Erfüllung seiner Fürsorgepflichten, der Verbesserung der allgemeinen Arbeitsbedingungen oder der Förderung des Betriebsklimas. Die nachfolgenden Beispiele sollen dies verdeutlichen:

- Ausgestaltung der Arbeitsplätze durch moderne Maschinen oder Büroeinrichtungen; Ausstattung von Pausen-, Kantinen-, Dusch- und Umkleieräumen,
- unentgeltliche Mahlzeitengestellung an Mitarbeiter auf einer Offshore-Plattform zur optimalen Gestaltung der Arbeitsabläufe,⁴⁶
- unentgeltliche Überlassung von Arbeitsmitteln zur beruflichen Nutzung,
- verpflichtende Teilnahme eines Arbeitnehmers an einer für Kunden und Geschäftspartner veranstalteten Incentive-Reise,
- Fort- oder Weiterbildungskosten, soweit diese die Einsatzfähigkeit des Mitarbeiters erhöhen (s. Kap. 31),
- übliche Betriebsveranstaltungen im Sinne des § 19 Abs. 1a EStG, soweit diese allen Mitarbeitern des Betriebs offenstehen, die Zuwendungen je Betriebsveranstaltung (maximal zwei pro Jahr) und teilnehmenden Arbeitnehmer einen Freibetrag in Höhe von EUR 110,00 nicht übersteigen.⁴⁷

44 Blümich-Geserich, § 19 EStG Rn. 200.

45 Vgl. FG Bremen 21.9.2017, 1 K 20/17, DStRE 2018, 1242.

46 Vgl. FG Hamburg 17.9.2015, 2 K 54/15, EFG 2016, 36.

47 Krüger, DStR 2013, 2029 ff.; Küch, S. 26 ff.

Die Übernahme der Beiträge zu Berufskammern (z. B. Steuerberater- und Wirtschaftsprüferkammer)⁴⁸ oder zur Berufshaftpflichtversicherung⁴⁹ einer angestellten Rechtsanwältin werden vom BFH hingegen als Arbeitslohn beurteilt. Dementsprechend überwiegen in diesen Fällen das Einzelinteresse und die Bereicherung der Betroffenen das betriebliche Eigeninteresse der Arbeitgeber. Dieses Ergebnis erscheint insoweit kritisch, als die vom Arbeitgeber übernommenen Beitragsleistungen ausschließlich der beruflichen Sphäre der Arbeitnehmer dienen und innerhalb dieser verbraucht werden.⁵⁰

23

c) Steuerbefreiungen

Leistungen des Arbeitgebers sind grundsätzlich als Arbeitslohn einzuordnen und der Lohnsteuer zu unterwerfen, soweit es sich nicht um Aufmerksamkeiten oder Aufwendungen zur Verfolgung betriebsfunktionaler Zwecke handelt. Auf die Versteuerung als Arbeitslohn kann der Arbeitgeber nur dann verzichten, wenn eine der im Einkommensteuergesetz geregelten Befreiungsvorschriften Anwendung findet.⁵¹ Steuerbefreiungen, die Arbeitnehmer betreffen, sind vorwiegend in § 3 EStG zu finden, werden jedoch zudem durch weitere Vorschriften ergänzt (z. B. §§ 3b, 8 Abs. 2 Satz 11 EStG). Dabei haben einzelne Befreiungsvorschriften lediglich deklaratorischen Charakter und dienen einer vereinfachten Rechtsanwendung, da es sich bereits dem Grunde nach um nicht steuerbare Leistungen des Arbeitgebers handelt.⁵²

24

Als steuerfreier Arbeitslohn gelten u. a.:

25

- Arbeitslosen-, Teilarbeitslosen-, Kurzarbeiter- und Übergangsgeld nach § 3 Nr. 2a EStG,
- Beihilfen und Unterstützungen nach § 3 Nr. 11 EStG,
- der Ersatz von Reisekosten (s. Kap. 34), von Aufwendungen im Zusammenhang mit einer doppelten Haushaltsführung und Umzugskosten nach § 3 Nr. 13 und Nr. 16 EStG,
- „Übungsleiterfreibetrag“ (maximal EUR 2.400 im Jahr) nach § 3 Nr. 26 EStG,
- Leistungen nach dem Altersteilzeitgesetz nach § 3 Nr. 28 EStG (Aufstockungsbetrag),
- zusätzlich zum geschuldeten Arbeitslohn erbrachte Leistungen des Arbeitgebers für die Unterbringung und Betreuung von nicht schulpflichtigen Kindern nach § 3 Nr. 33 EStG,

48 BFH 17.1.2008, VI R 26/06, BStBl. II 2008, 678.

49 BFH 26.7.2007, VI R 64/06, BStBl. II 2007, 892.

50 Krüger, DStR 2013, 2029 ff.

51 Küch, S. 34.

52 Heuermann/Wagner-Wagner, E. Steuerfreiheit von Arbeitslohn, Rn. 2.

Kap. 39 Lohnsteuer

- zusätzlich zum geschuldeten Arbeitslohn erbrachte Leistungen des Arbeitgebers zur Verbesserung des allgemeinen Gesundheitszustands und der betrieblichen Gesundheitsförderung nach § 3 Nr. 34 EStG,
- Sachprämien aus Kundenbindungsprogrammen nach § 3 Nr. 38 EStG,
- geldwerte Vorteile aus der privaten Nutzung betrieblicher Datenverarbeitungs- und Telekommunikationsgeräte nach § 3 Nr. 45 EStG,
- zusätzlich zum geschuldeten Arbeitslohn gewährte Vorteile für das Aufladen von Elektro- oder Hybridelektrofahrzeugen beim Arbeitgeber und für die private Nutzung überlassene betriebliche Ladevorrichtung nach § 3 Nr. 46 EStG,
- durchlaufende Gelder und Auslagenersatz nach § 3 Nr. 50 EStG,
- Trinkgelder nach § 3 Nr. 51 EStG (s. Kap. 29),
- Leistungen des Arbeitgebers im Rahmen der betrieblichen Altersvorsorge nach § 3 Nr. 63 EStG (s. Kap. 36),
- Zuschläge für Sonntags-, Feiertags- oder Nachtarbeit nach § 3b EStG (s. Kap. 33),
- einzeln bewertete Sachzuwendungen, wenn die sich – nach Anrechnung der vom Steuerpflichtigen bezahlten Entgelte – ergebenden Vorteile insgesamt EUR 44,00 im Monat nicht übersteigen (z. B. Benzingutscheine, monatliche Überlassung einer Monatsfahrkarte für öffentliche Verkehrsmittel (s. Kap. 28)),
- sogenannte Streuwerbeartikel bis zu einem Betrag in Höhe von EUR 10,00 (z. B. Kugelschreiber, Tasse o. Ä.).⁵³

III. Grundzüge des Lohnsteuerabzugsverfahrens

1. Rechtliche Grundlagen

- 26** Die gesetzlichen Grundlagen der Lohnsteuer sind im Erhebungsverfahren (§§ 38 ff. EStG) geregelt. Es handelt sich dabei vorwiegend um verfahrensrechtliche Vorschriften insbesondere zur Höhe der Lohnsteuer (§ 38a EStG), zu den Besteuerungsgrundlagen (Lohnsteuerklassen § 38b EStG, Lohnsteuerabzugsmerkmale § 39 EStG, Freibetrag und Hinzurechnungsbetrag § 39a EStG) und zur Durchführung des Lohnsteuerabzugs durch den Arbeitgeber (§§ 39b ff. EStG).⁵⁴
- 27** Dabei bildet § 38 EStG eine zentrale Vorschrift und verpflichtet den Arbeitgeber bzw. in besonderen Fällen einen Dritten (§ 38 Abs. 3a EStG) zur Erhebung der

⁵³ Es handelt sich dabei um eine Vereinfachungsregelung der Finanzverwaltung, die im Gesetz nicht näher geregelt ist. Die Finanzgerichte sind daran grundsätzlich nicht gebunden.

⁵⁴ Heuermann/Wagner-Wagner, B. Lohnsteuerpflicht, Rn. 8.

Einkommensteuer auf Einkünfte aus nichtselbstständiger Tätigkeit durch Abzug vom Arbeitslohn (Lohnsteuer). Die Regelung enthält somit zugleich eine Legaldefinition der Lohnsteuer.⁵⁵ Schuldner der Lohnsteuer ist gemäß § 38 Abs. 2 Satz 1 EStG der Arbeitnehmer. Der Arbeitgeber hat nach § 38 Abs. 3 Satz 1 EStG die Lohnsteuer für Rechnung des Arbeitnehmers bei jeder Lohnzahlung vom Arbeitslohn einzubehalten und an das zuständige Betriebsstättenfinanzamt abzuführen (s. zu den Begriffen Arbeitgeber, Arbeitnehmer und Arbeitslohn Rn. 6 ff.). Die Lohnsteuer und damit die Einbehaltungspflicht des Arbeitgebers entstehen gemäß § 38 Abs. 2 Satz 2 EStG im Zeitpunkt des Zuflusses beim Arbeitnehmer (s. Rn. 44 ff.). Maßgebend für die Entstehung ist der Tag, an dem der Arbeitnehmer die wirtschaftliche Verfügungsmacht über die Arbeitslohnzahlung erhält.⁵⁶

Grundvoraussetzung für die Erhebung der Lohnsteuer ist die Einkommensteuerpflicht bezüglich der Einnahmen aus dem Dienstverhältnis. Hat der Arbeitnehmer seinen Wohnsitz (§ 8 AO) oder gewöhnlichen Aufenthalt (§ 9 AO) im Inland, ist er unbeschränkt einkommensteuerpflichtig (§ 1 EStG) und unterliegt mit seinen Bezügen aus dem Arbeitsverhältnis in Deutschland vollumfänglich der Lohnsteuer. Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, ist gleichwohl zu prüfen, ob der Arbeitnehmer im Inland gegebenenfalls eine beschränkte Steuerpflicht begründet. Dies ist dann der Fall, wenn der Betreffende Einnahmen aus nichtselbstständiger Arbeit erwirtschaftet, die im Inland ausgeübt oder verwertet wird (§ 49 Abs. 1 Nr. 4 EStG).⁵⁷ **28**

In Fällen mit Auslandsbezug sind neben den nationalen steuerrechtlichen Vorschriften regelmäßig auch bilaterale Abkommen (DBA) zu berücksichtigen. Deutschland hat mit einer Vielzahl anderer Länder DBA auf dem Gebiet verschiedener Steuerarten geschlossen, die der Zuweisung des Besteuerungsrechts und der Vermeidung einer Doppelbesteuerung dienen. Viele DBA folgen dabei dem OECD-MA, im Einzelfall sind jedoch die Regelungen des jeweils einschlägigen DBA maßgeblich. Ein in Deutschland beschränkt steuerpflichtiger Arbeitnehmer unterliegt aufgrund des Territorialitätsprinzips mit seinen inländischen Einkünften im Sinne des § 49 Abs. 1 Nr. 4 EStG der deutschen Besteuerung. Ist der Arbeitnehmer zudem in seinem Heimatland mangels Aufgabe seines dortigen Wohnsitzes unbeschränkt steuerpflichtig, droht aufgrund des Welteinkommensprinzips eine Doppelbesteuerung. DBA sollen hier Abhilfe schaffen, indem zunächst das Besteuerungsrecht dem Wohnsitz- oder Tätigkeitsstaat zugeordnet wird. Anschließend beschreibt der sogenannte Methodenartikel die Möglichkei- **29**

⁵⁵ Heuermann/Wagner-Wagner, B. Lohnsteuerpflicht, Rn. 8.

⁵⁶ Hermann/Heuer/Raupach-Pflüger, § 38 EStG Rn. 44.

⁵⁷ Die Ergänzungen zur unbeschränkten und beschränkten Steuerpflicht in den §§ 1a EStG und 2 AStG sollen hier nicht näher dargestellt werden.

ten zur Vermeidung der Doppelbesteuerung. Bei Arbeitnehmern findet regelmäßig Art. 15 OECD-MA Anwendung. Diese Verteilungsnorm weist das Besteuerungsrecht zunächst ausschließlich dem Ansässigkeitsstaat zu, es sei denn, die Arbeit wird auch im Tätigkeitsstaat (Deutschland) ausgeübt (Abs. 1). Das Besteuerungsrecht fällt jedoch wieder dem Wohnsitzstaat zu, wenn nach der sogenannten 183 Tage-Regelung (Abs. 2), der ausländische Arbeitnehmer sich weniger als 183 Tage in Deutschland aufhält und seine Vergütung – vereinfacht dargestellt – nicht in Deutschland gezahlt oder getragen wird. Darf der Tätigkeitsstaat nach Art. 15 OECD-MA besteuern, wird die Doppelbesteuerung regelmäßig durch Freistellung der Einkünfte unter Progressionsvorbehalt im Wohnsitzstaat erreicht.⁵⁸ D. h. die Einkünfte werden zwar von der Besteuerung ausgenommen, allerdings bei der Ermittlung des individuell anzuwendenden Steuersatzes mit einbezogen. Dabei schränkt § 50d Abs. 8 EStG das OECD-MA dahingehend ein, dass eine Freistellung in Deutschland nur dann erfolgt, wenn der unbeschränkt Steuerpflichtige nachweist, dass die Einkünfte im anderen Staat (Tätigkeitsstaat) tatsächlich besteuert werden und die festgesetzte Steuer entrichtet wurde.⁵⁹ Der in einem solchen Fall in Deutschland freistellende Arbeitgeber ist nicht zur Prüfung des § 50d Abs. 8 EStG verpflichtet. Vielmehr erfolgt diese im Rahmen der Einkommensteuerveranlagung. Das Betriebsstättenfinanzamt erteilt auf Antrag des Arbeitnehmers oder Arbeitgebers eine Bescheinigung über die Freistellung des Arbeitslohns vom Steuerabzug aufgrund eines DBA, welche einen Hinweis auf die abschließende Prüfung im Veranlagungsverfahren enthält.⁶⁰

- 29a** Im Zuge des Lohnsteuerabzugsverfahrens verarbeiten Arbeitgeber regelmäßig personenbezogene Daten natürlicher Personen. Vor diesem Hintergrund sind die seit dem 25.5.2018 geltenden Vorschriften der neuen EU-Datenschutzgrundverordnung gleichfalls zu beachten. Wie bereits in der Vergangenheit gelten dabei bekannte Prinzipien, wie Treu und Glauben, Rechtmäßigkeit, Zweckbindung, Richtigkeit, Speicherbegrenzung sowie Vertraulichkeit, welche jedoch in Teilen – insbesondere im Hinblick auf die Rechte der Betroffenen – verschärft wurden. Da jegliche Verstöße seitens der Unternehmen gegen die Datenschutzgrundverordnung künftig mit sensiblen Geldbußen geahndet werden können, empfiehlt sich eine Prüfung und etwaige Anpassung bestehender Prozesse in datenschutzrechtlicher Hinsicht.⁶¹

58 Vgl. BMF-Schreiben vom 3.5.2018, BStBl. I 2018, 643. Die OECD hat am 21.11.2017 ein neues Musterabkommen sowie die dazugehörige Kommentierung in englischer und deutscher Sprache veröffentlicht. Vgl. *Ditz/Bärsch/Quilitzsch*, DB 2018, 1171 ff.

59 Vgl. § 50d Abs. 8 EStG.

60 Vgl. BMF-Schreiben vom 3.5.2018, BStBl. I 2018, 643, Rn. 45 ff.

61 Vgl. *Reiserer/Christ/Heinz*, DStR 2018, 1501.

2. Lohnsteuerabzugsmerkmale

Die Bildung der elektronischen Lohnsteuerabzugsmerkmale (ELStAM) kann automatisiert oder auf Veranlassung des Arbeitgebers erfolgen (§§ 39, 39e EStG). Das BZSt bildet für jeden Arbeitnehmer auf Basis der von den Meldebehörden verpflichtend mitzuteilenden Daten (z.B. aktueller Familienstand, Religionszugehörigkeit, Kinder) die Steuerklasse und die Zahl der zu berücksichtigenden Kinder in den Steuerklassen I bis IV und speichert diese gesamten Angaben unter der zugehörigen Identifikationsnummer. Darüber hinaus ist für die Änderung dieser und die Bildung anderer Lohnsteuerabzugsmerkmale das Finanzamt zuständig (§ 39 Abs. 1, 2 EStG). Wünscht der Arbeitnehmer z.B. die Berücksichtigung eines Freibetrags,⁶² einer abweichenden Steuerklasse oder einer geringeren Zahl an Kinderfreibeträgen, hat er dazu einen Antrag bei dem zuständigen Finanzamt zu stellen (Antrag auf Lohnsteuerermäßigung). Durch das Amtshilferichtlinien-Umsetzungsgesetz vom 26.6.2013 wurde die Möglichkeit geschaffen, Freibeträge für eine maximale Gültigkeitsdauer von zwei Jahren zu beantragen (§ 39a Abs. 1 Sätze 3 bis 5 EStG). Der Arbeitnehmer kann innerhalb des Gültigkeitszeitraums eine Anpassung des Freibetrags zu seinen Gunsten beantragen. Ändern sich die die ELStAM betreffenden Verhältnisse zuungunsten des Arbeitnehmers, ist er verpflichtet dies dem Finanzamt umgehend mitzuteilen.⁶³ Die Änderungen sind dem BZSt durch das Finanzamt mitzuteilen, um die Bereitstellung zum elektronischen Abruf zu gewährleisten.⁶⁴ Bei Teilnahme am Lohnsteuerermäßigungsverfahren ist der Arbeitnehmer regelmäßig zur Abgabe einer Einkommensteuererklärung für den betreffenden Veranlagungszeitraum verpflichtet.⁶⁵

Lohnsteuerabzugsmerkmale sind gemäß § 39e Abs. 3 Satz 2 EStG für jedes Dienstverhältnis eines Arbeitnehmers zu bilden und gelten – vorbehaltlich von Änderungen – für die gesamte Dauer der Beschäftigung. Es handelt sich bei deren Bildung um eine gesonderte Feststellung von Besteuerungsgrundlagen nach § 179 Abs. 1 AO, welche unter dem Vorbehalt der Nachprüfung (§ 164 AO) steht.⁶⁶ Das BZSt muss die ELStAM (Steuerklasse § 38b EStG, Zahl der Kinderfreibeträge § 39 EStG, Freibetrag und Hinzurechnungsbetrag § 39a EStG sowie

62 Der Arbeitnehmer kann gemäß § 39a Abs. 1 i.V. m. Abs. 2 EStG bis zum 30.11. des Kalenderjahres, in dem der Freibetrag gilt, nach amtlich vorgeschriebenem Vordruck beantragen, dass Werbungskosten, Sonderausgaben oder außergewöhnliche Belastungen in Form eines lohnsteuerermindernden Freibetrags bereits im Lohnsteuerabzugsverfahren berücksichtigt werden, vorausgesetzt, die Summe dieser Aufwendungen übersteigt den Betrag von EUR 600,00. Die Freibeträge dürfen das sozialversicherungspflichtige Entgelt nicht mindern (vgl. *Schönfeld/Plenker*, S. 431).

63 Vgl. § 39a Abs. 1 Satz 5 EStG, *Schönfeld/Plenker*, S. 1138.

64 Schmidt-Krüger, § 39e EStG Rn. 1 ff.

65 Vgl. § 46 Abs. 2 Nr. 4 EStG.

66 Vgl. § 39 Abs. 1 Satz 4 EStG.

den Faktor § 39f EStG) zum unentgeltlichen digitalen Abruf durch den Arbeitgeber bereitstellen. Darüber hinaus werden jedoch noch weitere, für die Lohnsteuererhebung maßgebliche Daten, gespeichert (Identifikationsnummer, Tag der Geburt, Merkmale für den KiSt-Abzug).⁶⁷

- 32** Bei Aufnahme eines Dienstverhältnisses, hat der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber zum Zweck des Abrufs der individuellen ELStAM seine Identifikationsnummer und eine gegebenenfalls vorliegende Mehrfachbeschäftigung mitzuteilen.⁶⁸ Der Arbeitgeber hat zu Beginn der Beschäftigung die ELStAM abzurufen und in das Lohnkonto des Arbeitnehmers zu übernehmen. Dies erfordert zunächst eine Authentifizierung und die Mitteilung seiner Wirtschafts-Identifikationsnummer über das Elster-Online-Portal der Finanzverwaltung. Der Arbeitgeber hat die ELStAM monatlich beim BZSt abzurufen und dem Einbehalt der Lohnsteuer so lange zugrunde zu legen, bis geänderte Lohnsteuerabzugsmerkmale bereitgestellt werden oder er dem BZSt die Beendigung des Arbeitsverhältnisses mitteilt.⁶⁹ Die ELStAM gelten gegenüber dem Arbeitgeber mit dem automatisierten Abruf beim BZSt und gegenüber dem Arbeitnehmer durch Übergabe oder elektronische Bereitstellung der Lohnabrechnung als bekannt gegeben.⁷⁰
- 33** Wurde einem Arbeitnehmer keine Identifikationsnummer zugeteilt, hat das zuständige Finanzamt⁷¹ auf Antrag eine Bescheinigung für den Lohnsteuerabzug auszustellen. Diese gilt jedoch längstens bis zum Ablauf des Kalenderjahres.⁷² Versäumt es der Arbeitnehmer schuldhaft, seinem Arbeitgeber seine Identifikationsnummer und sein Geburtsdatum mitzuteilen oder lehnt das BZSt die Mitteilung ab, kann kein elektronischer Abruf der ELStAM durchgeführt werden. In diesem Fall hat der Arbeitgeber die Lohnsteuer nach Steuerklasse VI zu berechnen.⁷³
- 34** Das Lohnsteuerabzugsverfahren wird von einer Vielzahl von Dokumentationspflichten seitens des Arbeitgebers begleitet. Zu diesem Zweck verpflichtet § 41 Abs. 1 EStG den Arbeitgeber, für jeden Mitarbeiter und jedes Kalenderjahr ein Lohnkonto am Ort der Betriebsstätte⁷⁴ zu führen. Im Lohnkonto sind insbesondere die abgerufenen ELStAM bzw. die für den Lohnsteuerabzug maßgebenden Merkmale der Bescheinigung des Finanzamts sowie bei jeder Lohnzahlung diverse Angaben zum Arbeitslohn und zur Lohnsteuer aufzuzeichnen. Darüber hi-

67 Heuermann/Wagner-Wagner, G. Lohnsteuerabzugsverfahren, Rn. 57.

68 Vgl. § 39e Abs. 4 Satz 1 EStG.

69 Vgl. § 39 Abs. 5 EStG.

70 Vgl. § 39 Abs. 6 Sätze 1 und 3 EStG.

71 Bei unbeschränkt steuerpflichtigen Arbeitnehmern ist das Wohnsitzfinanzamt (§ 39e Abs. 8 EStG), bei beschränkt steuerpflichtigen Beschäftigten das Betriebsstättenfinanzamt (§ 39 Abs. 3 i. V. m. Abs. 2 EStG) für den Antrag zuständig.

72 Vgl. §§ 39 Abs. 3 i. V. m. Abs. 2, 39e Abs. 8 EStG.

73 Vgl. § 39c Abs. 1 EStG.

74 Abweichender Betriebsstättenbegriff zu § 12 AO. Betriebsstätte im Sinne des § 41 Abs. 2 EStG ist der Ort, an dem der maßgebende Arbeitslohn ermittelt wird.

naus sind gegebenenfalls einzelne Berechnungsunterlagen und Belege dem Lohnkonto hinzuzufügen. Die §§ 4 und 5 LStDV enthalten eine Aufzählung der aus steuerlicher Sicht erforderlichen Eintragungen in das Lohnkonto.⁷⁵ Soweit die Nachprüfbarkeit durch das Finanzamt weiterhin gewährleistet ist, können unter bestimmten Voraussetzungen Erleichterungen bei der Führung des Lohnkontos in Anspruch genommen werden.⁷⁶

In Abhängigkeit von der Art der Lohnabrechnung kann das Lohnkonto in Form einer Kartei oder eines elektronischen Stammblasses fortlaufend (getrennt für jedes Wirtschaftsjahr) geführt werden. Die im Lohnkonto festgehaltenen Aufzeichnungen stehen in enger Verbindung zur elektronischen Lohnsteuerbescheinigung. Sie dienen einerseits als Nachweise bei einer künftigen Lohnsteuer-Außenprüfung (s. Rn. 82 ff.) und andererseits als Basis für die Lohnsteuerbescheinigung. Die Aufbewahrungsfrist für das Lohnkonto beträgt sechs Jahre und geht als „lex specialis“ der Frist von zehn Jahren (§ 143 Abs. 3 AO) vor.⁷⁷ **35**

3. Durchführung des Lohnsteuerabzugs

a) Höhe und Ermittlung der Lohnsteuer

Bei der Erhebung der Lohnsteuer ist zwischen laufendem Arbeitslohn (s. Rn. 13 ff.) und sonstigen Bezügen zu unterscheiden.⁷⁸ Zum laufenden Arbeitslohn zählt der Arbeitslohn, der dem Arbeitnehmer regelmäßig fortlaufend zufließt, z. B. Monatsgehälter, Wochen- und Tagelöhne, Mehrarbeitsvergütungen, Zuschläge und Zulagen oder geldwerte Vorteile aus der Überlassung eines Dienstwagens. Im Gegensatz dazu gilt Arbeitslohn, welcher nicht als laufender Arbeitslohn zufließt, als sonstiger Bezug. Beispiele hierfür sind u. a. dreizehnte Monatsgehälter, einmalige Abfindungen und Entschädigungen, Gratifikationen und Tantiemen, Weihnachtsgelder oder Jubiläumszuwendungen. Nachzahlungen und Vorauszahlungen werden dem laufenden Arbeitslohn zugerechnet, wenn sie sich auf Zeiträume beziehen, die im laufenden Kalenderjahr enden. Andernfalls handelt es sich um sonstige Bezüge.⁷⁹ **36**

Der Zeitraum, für den der laufende Arbeitslohn bezogen wird, ist der Lohnzahlungszeitraum. Dieser ergibt sich im Allgemeinen aus dem Tarif- oder Arbeitsvertrag bzw. einer Betriebsvereinbarung.⁸⁰ Bemessungsgrundlage für die Jahreslohnsteuer ist der dem Arbeitnehmer innerhalb eines Kalenderjahres zufließende Arbeitslohn (Jahresarbeitslohn). Bei der Ermittlung ist unter Berücksichtigung **37**

⁷⁵ Schönfeld/Plenker, S. 594 ff.

⁷⁶ Vgl. § 41 Abs. 1 Satz 8 EStG, § 4 Abs. 3 LStDV.

⁷⁷ Schönfeld/Plenker, S. 602.

⁷⁸ Vgl. § 38a Abs. 1 EStG.

⁷⁹ Vgl. R 39b.2 Abs. 1, 2 EStR.

⁸⁰ Schmidt-Krüger, § 38a EStG Rn. 3.

des Einkommensteuertarifs (§ 32a EStG) so vorzugehen, als würde der Arbeitnehmer ausschließlich Einkünfte aus nichtselbstständiger Tätigkeit erzielen. Dabei sind vom Arbeitgeber die individuellen Besteuerungsgrundlagen anhand der Lohnsteuerabzugsmerkmale (s. Rn. 30 ff.) zu berücksichtigen.⁸¹

- 38** Die Ermittlung der einzubehaltenden Lohnsteuer für unbeschränkt und beschränkt Steuerpflichtige regelt im Einzelnen § 39b EStG. Auch hier ist zwischen laufendem Arbeitslohn und sonstigen Bezügen zu unterscheiden.⁸²
- 39** Der Arbeitgeber muss für die Einbehaltung der Lohnsteuer vom laufenden Arbeitslohn (§ 39b Abs. 2 EStG) zunächst die Höhe des laufenden Arbeitslohns im Lohnzahlungszeitraum feststellen und auf einen Jahresarbeitslohn hochrechnen. Je nach Lohnzahlungszeitraum ist ein Vervielfältiger von zwölf (Monatslohn), 360/7 (Wochenlohn) oder 360 (Tagelohn) heranzuziehen. Der hochgerechnete Jahresarbeitslohn ist – bei Vorliegen der Voraussetzungen – wie folgt zur Berechnung des zu versteuernden Jahresbetrags anzupassen:
- Kürzung eines Versorgungsfreibetrags (§ 19 Abs. 2 EStG) bei Versorgungsbezügen
 - Kürzung eines Altersentlastungsbetrags (§ 24a EStG)
 - Kürzung eines als Lohnsteuerabzugsmerkmal mitgeteilten Freibetrags (§ 39a Abs. 1 EStG) oder Erhöhung um einen Hinzurechnungsbetrag (§ 39a Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 EStG)
 - Verminderung um den Arbeitnehmer-Pauschbetrag (§ 9a EStG) und/oder Verminderung um den Pauschbetrag für Versorgungsbezüge (§ 9a EStG) in den Steuerklassen I bis V sowie den Zuschlag zum Versorgungsfreibetrag (§ 19 Abs. 2 EStG)
 - Verminderung um den Sonderausgaben-Pauschbetrag (§ 10c Satz 1 EStG) in den Steuerklassen I bis V
 - Verminderung um eine Vorsorge-Pauschale in sämtlichen Steuerklassen (Mindestvorsorgepauschale für Kranken- und Rentenversicherung in Höhe von 12 % des Arbeitslohns, höchstens EUR 1.900,00 bzw. EUR 3.000,00)⁸³
 - Verminderung um den Entlastungsbetrag für Alleinerziehende für ein Kind (§ 24b Abs. 2 Satz 1 EStG) in der Steuerklasse II.
- 40** Die Anpassungen sind unter Berücksichtigung der jeweils vollen Jahresbeträge vorzunehmen. Für den zu versteuernden Jahresbetrag ist die Lohnsteuer unter Anwendung der als Lohnsteuerabzugsmerkmal abgerufenen Steuerklasse grundsätzlich nach dem sich gemäß § 32a EStG ergebenden Tarif zu berechnen (s. bei fehlenden Lohnsteuerabzugsmerkmalen Rn. 33). Der Arbeitgeber kann

⁸¹ Hermann/Heuer/Raupach-Tillmann, § 38a EStG Rn. 14, 25.

⁸² Vgl. § 39b Abs. 1 EStG.

⁸³ Vgl. § 39b Abs. 2 EStG; Schmidt-Krüger, § 39b EStG Rn. 3; Schönfeld/Plenker, S. 1179.

zur Erleichterung bei der maschinellen Lohnabrechnung die Berechnung nach Maßgabe des jährlich vom BMF veröffentlichten Programmablaufplans durchführen.⁸⁴ Praktisch bedeutet dies, dass die für die einzelnen Mitarbeiter maßgeblichen ELStAM in das verwendete Lohnprogramm einzupflegen und laufend zu aktualisieren sind. Die Berechnung erfolgt im Allgemeinen programmseitig.

Zur unterjährigen Glättung von schwankendem Arbeitslohn oder einem Ausfall ganzer Lohnzahlungszeiträume hat der Gesetzgeber in § 39b Abs. 2 Satz 12 EStG den antragsgebundenen permanenten Lohnsteuerjahresausgleich verankert. Dieser gestattet bereits im aktuellen Lohnzahlungszeitraum die Ermittlung der Lohnsteuer nach dem voraussichtlichen Jahresarbeitslohn, der auf Basis des bisherigen Arbeitslohns hochgerechnet wird. Dadurch soll schon während des laufenden Lohnsteuerabzugs gewährleistet werden, dass die zutreffende Jahreslohnsteuer erhoben wird und Überzahlungen vermieden werden, die andernfalls erst im Rahmen des Lohnsteuer-Jahresausgleichs (s. Rn. 54) bzw. des Veranlagungsverfahrens zur Erstattung kämen.⁸⁵ **41**

Die Steuerberechnung für sonstige Bezüge weicht von der bei laufendem Arbeitslohn ab und richtet sich nach § 39b Abs. 3 EStG. In der Praxis erfolgt die Ermittlung EDV-gesteuert, in dem die betreffende Vergütung als Einmalbezug im Lohnprogramm geschlüsselt und damit vom laufenden Arbeitslohn abgegrenzt wird. Bestimmte sonstige Bezüge, wie z. B. Entschädigungen oder Vergütungen für mehrjährige Tätigkeiten (§ 34 Abs. 2 Nr. 2 bzw. Nr. 4 EStG), werden grundsätzlich bereits im Lohnsteuerabzugsverfahren ermäßigt unter Berücksichtigung der sogenannten Fünftelregelung (§ 34 Abs. 1 EStG) besteuert, wenn die Voraussetzungen für außerordentliche Einkünfte erfüllt sind. Zwingend erforderlich ist insbesondere, dass es zu einer Zusammenballung von Einkünften innerhalb eines Kalenderjahres kommt. Dies ist u. a. regelmäßig bei Abfindungen wegen der Auflösung des Beschäftigungsverhältnisses oder bei der Nachzahlung von Tantiemen für mehrere Jahre gegeben. Ein Antrag ist nicht erforderlich. Aufgrund der ermäßigten Besteuerung bei der Lohnsteuererhebung ist der Arbeitnehmer zur Abgabe einer Einkommensteuererklärung für das betreffende Kalenderjahr verpflichtet.⁸⁶ **42**

Im Allgemeinen wird im Arbeitsvertrag die Höhe der Bruttovergütung festgelegt. Dementsprechend hat der Arbeitnehmer die gesetzlichen Abgaben (Lohnsteuer, Kirchensteuer sowie Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung) selbst zu tragen.⁸⁷ Im Gegensatz dazu regelt eine Nettolohnvereinbarung, dass dem Arbeitnehmer ein bestimmter Nettobetrag als konstante Größe auszuzahlen ist. Der Arbeitgeber trägt in diesem Zusammenhang sämtliche anfallenden Steuern und **43**

84 Heuermann/Wagner-Wagner, G. Lohnsteuerabzugsverfahren, Rn. 94, 103.

85 Schmidt-Krüger, § 39b EStG Rn. 4.

86 Küch, S. 126 ff.

87 Schmidt-Krüger, § 39b EStG Rn. 12.

Abgaben, der Arbeitnehmer wird nicht belastet. Zumeist wird aus diesem Grund ebenfalls vertraglich geregelt, dass etwaige Erstattungen an den Arbeitgeber durchzureichen sind. Nettolohnvereinbarungen finden insbesondere bei der grenzüberschreitenden Entsendung von Mitarbeitern Anwendung (tax equalization arrangements). Dem betroffenen Arbeitnehmer wird mithilfe einer Nettolohnvereinbarung – trotz Arbeitsausübung und Besteuerung im Ausland – ein Nettolohn zugesichert, der etwa dem im Heimatland entspricht. Insoweit dienen derartige Vereinbarungen auch dazu, einen Anreiz für entsendewillige Mitarbeiter zu schaffen, indem mindestens ein partieller Teil der Steuerbelastung übernommen wird.⁸⁸ Für die Einbehaltung der Lohnsteuer ist der vereinbarte Nettolohn auf den zutreffenden Bruttolohn hochzurechnen. Dabei sind die vom Arbeitgeber getragenen Steuern und Sozialversicherungsbeiträge als geldwerter Vorteil erhöhend zu berücksichtigen.⁸⁹ Ein weiterer Anwendungsfall kann sich im Rahmen einer Betriebsprüfung ergeben, wenn dabei festgestellt wird, dass Lohnbestandteile zu Unrecht steuerfrei gestellt oder sonstige steuerpflichtige Zuwendungen nicht der Lohnsteuer unterworfen wurden. Um bei derartigen Feststellungen den Arbeitnehmer schadlos zu halten, wird gelegentlich die Nettolohnvereinbarung herangezogen. Trägt der Arbeitgeber in diesen Fällen die nach zu erhebende Steuer, gilt auch diese als steuerpflichtiger Arbeitslohn, sodass sich regelmäßig eine hohe Belastung seitens des Arbeitgebers ergibt.

b) Anmeldung und Abführung der Lohnsteuer

- 44** Der Arbeitgeber hat spätestens am zehnten Tag nach Ablauf des Lohnsteuer-Anmeldungszeitraums eine Lohnsteuer-Anmeldung einzureichen, in welcher er die einzubehaltende und zu übernehmende Steuer selbst ermittelt.⁹⁰ Die Lohnsteuer-Anmeldung (§ 150 Abs. 1 Satz 3 AO) entspricht einer Steuerfestsetzung unter dem Vorbehalt der Nachprüfung (§§ 167, 168 AO) und kann, solange der Vorbehalt Wirkung entfaltet, aufgehoben oder geändert werden (§ 164 Abs. 2 AO). Resultiert aus der Lohnsteuer-Anmeldung eine Erstattung zugunsten des Arbeitgebers (z. B. Änderung der Lohnsteuerpauschalierung, versehentliche Doppelzahlung), muss das Finanzamt erst zustimmen, bevor die Vorbehaltsfestsetzung eintritt. Dies kann konkludent durch Auszahlung des Erstattungsbetrags erfolgen.⁹¹
- 45** Die Anmeldung ist nach amtlich vorgeschriebenem Datensatz durch Datenfernübertragung an das Betriebsstättenfinanzamt zu übermitteln. Der Arbeitgeber hat für jede Betriebsstätte und jeden Lohnsteuer-Anmeldungszeitraum eine gesonderte Lohnsteuer-Anmeldung einzureichen. Zur Vermeidung unbilliger Här-

⁸⁸ Höreth, DStR 2010, 1169.

⁸⁹ Wassermeyer-Wassermeyer/Schwenke, OECD-MA, Art. 15 MA Rn. 56 f.

⁹⁰ Vgl. § 41a Abs. 1 EStG.

⁹¹ Schmidt-Krüger, § 41a EStG Rn. 1.

ten steht es dem Arbeitgeber frei, beim Finanzamt einen Antrag auf Verzicht zur elektronischen Datenübermittlung zu stellen. In diesen Fällen sind die jährlich veröffentlichten amtlichen Vordrucke auszufüllen und von einer zur Vertretung berechtigten Person zu unterschreiben. Denkbar wäre dies, wenn der Arbeitgeber nicht über die technischen Voraussetzungen zur Erfüllung der Steuerdaten-Übermittlungsverordnung verfügt.⁹²

Die einzubehaltende und übernommene Lohnsteuer ist am zehnten Tag nach Ablauf des Lohnsteuer-Anmeldungszeitraums – und somit zeitgleich mit der Lohnsteuer-Anmeldung – zur Zahlung an die Finanzkasse des Betriebsstättenfinanzamts fällig (§ 41a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG). Bei verspäteter Abführung drohen Säumniszuschläge nach § 240 AO.⁹³ Vorbehaltlich einer Steuerverkürzung oder Steuerhinterziehung unterliegt die Lohnsteuer keiner Verzinsung.⁹⁴ **46**

Lohnsteuer-Anmeldungszeitraum ist grundsätzlich der Kalendermonat; richtet sich jedoch zudem nach der Höhe der im Vorjahr abzuführenden Lohnsteuer. Lag diese im vorangegangenen Jahr zwischen EUR 1.080,00 und EUR 5.000,00 ist das Kalendervierteljahr Anmeldungszeitraum. War die abzuführende Lohnsteuer im Vorjahr nicht höher als EUR 1.080,00 ist die Übermittlung einer Jahreserklärung ausreichend.⁹⁵ **47**

Ist dem Arbeitgeber bei der Erhebung der Lohnsteuer ein Fehler unterlaufen, stehen ihm verschiedene Änderungsmöglichkeiten offen: **48**

Der Arbeitgeber ist zur Änderung des Lohnsteuerabzugs gemäß § 41c Abs. 1 EStG im Rahmen der jeweils nächstfolgenden Lohnzahlung berechtigt, wenn ihm rückwirkende Lohnsteuerabzugsmerkmale oder ein fehlerhafter Lohnsteuerabzug nachträglich bekannt werden. Eine derartige Änderung ist nach Übermittlung oder Ausschreibung der Lohnsteuerbescheinigung jedoch nicht mehr zulässig. D. h. nach Ablauf des Kalenderjahres kann eine Erstattung nur noch im Rahmen des Lohnsteuer-Jahresausgleichs erfolgen. Von besonderer Bedeutung sind die in § 41c Abs. 4 EStG geregelte Anzeigepflichten des Arbeitgebers, für die Fälle, in denen er von seiner Änderungsmöglichkeit keinen Gebrauch gemacht hat bzw. nicht machen kann. Dies gilt auch für eine rückwirkende Gesetzesänderung. Durch eine unverzügliche⁹⁶ und umfassende Anzeige des Sachverhalts, durch die das Finanzamt in die Lage versetzt wird, die Lohnsteuer vom Arbeitnehmer nachzufordern, kann der Arbeitgeber eine Haftung gemäß § 42d EStG (s. dazu Rn. 68 ff.) ausschließen.⁹⁷ Dabei hat er seine Anzeigepflichten ge- **49**

92 Heuermann/Wagner-Wagner, G. Lohnsteuerabzugsverfahren, Rn. 164 f.

93 Vgl. Heuermann/Wagner-Wagner, G. Lohnsteuerabzugsverfahren, Rn. 168.

94 Vgl. §§ 233a Abs. 1 Satz 2, 235 i. V. m. 370 AO.

95 Vgl. § 41a Abs. 2 EStG.

96 D. h. ohne schuldhaftes Verzögerung.

97 Schmidt-Krüger, § 41c EStG Rn. 5.

genüber dem für ihn zuständigen Betriebsstättenfinanzamt zu erfüllen, wohingegen die Nachforderung im Regelfall durch das Wohnsitzfinanzamt des Arbeitnehmers erfolgt.⁹⁸

- 50** Zudem ist der Arbeitgeber berechtigt, gegen die Lohnsteuer-Anmeldung innerhalb der Rechtsbehelfsfrist von einem Monat Einspruch einzulegen oder unter den Voraussetzungen des § 164 Abs. 2 AO eine berichtigte Lohnsteuer-Anmeldung zu übermitteln. Zur Einlegung eines Rechtsbehelfs ist auch der Arbeitnehmer als Steuerschuldner befugt.⁹⁹
- 51** Der Arbeitgeber ist am Ende des Kalenderjahres sowie bei Beendigung eines Arbeitsverhältnisses nach § 41b EStG zum Abschluss des Lohnkontos (s. Rn. 34 ff.) verpflichtet. In diesem Zusammenhang hat er spätestens bis zum 28. Februar des Folgejahres eine elektronische Lohnsteuerbescheinigung nach amtlich vorgeschriebenen Datensatz an die Finanzverwaltung zu übermitteln. Die erforderlichen Angaben werden aus dem Lohnkonto übernommen und sind im Einzelnen in § 41b Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 bis 15 EStG geregelt. In diesem Zusammenhang ist vom Arbeitgeber zu berücksichtigen, dass nicht nur der Bruttoarbeitslohn sowie die Steuerabzugsbeträge und Beiträge zur Sozialversicherung zutreffend zu bescheinigen sind. Hat ein Mitarbeiter im Kalenderjahr Bezüge erhalten, bei denen eine Steuerfreistellung zulässig war, sind auch diese in exakter Höhe in der Lohnsteuerbescheinigung auszuweisen. So sind z. B. das steuerfreie Kurzarbeitergeld oder der Aufstockungsbetrag im Sinne des § 3 Nr. 28 EStG in Zeile 15 der Lohnsteuerbescheinigung einzutragen. Auch der nach einem DBA steuerfreie Arbeitslohn des Mitarbeiters (Vergütung im Tätigkeitsstaat), ist zwingend richtig in Zeile 16a anzugeben.¹⁰⁰ Der zutreffende Ausweis derartiger Bezüge hat insofern erhebliche Bedeutung, dass diese zwar steuerfrei gestellt, jedoch bei der Ermittlung des im Rahmen der Einkommensteuerveranlagung maßgebenden Steuersatzes mit einzubeziehen sind. Bei unzutreffenden oder fehlenden Angaben ist es dem Finanzamt nicht möglich, die Einkommensteuer in der richtigen Höhe festzusetzen. Dem Arbeitnehmer ist ein Ausdruck der übermittelten Lohnsteuerbescheinigung auszuhändigen oder elektronisch bereitzustellen.¹⁰¹ Nach Übermittlung der elektronischen Lohnsteuerbescheinigung ist eine Änderung des Lohnsteuerabzugs nicht mehr möglich. Die Berichtigung von Fehlern bei der Lohnsteuererhebung kann dann nur noch im Rahmen der Veranlagung zur Einkommenssteuer beantragt werden.¹⁰²

98 Vgl. H 41c.3 EStH, Nachforderung von Lohnsteuer, Stichwort „Zuständigkeit“; bei beschränkter Steuerpflichtigen ist stets das Betriebsstättenfinanzamt zuständig.

99 Heuermann/Wagner-Wagner, G. Lohnsteuerabzugsverfahren, Rn. 170.

100 Vgl. BMF-Schreiben vom 27.9.2017, BStBl. I 2017, 1339.

101 Vgl. § 41 Abs. 1 EStG.

102 Schmidt-Krüger, § 41b EStG Rn. 1.

Der Arbeitnehmer ist an die vom Arbeitgeber gewählte lohnsteuerliche Würdigung eines Sachverhalts grundsätzlich nicht gebunden. Vielmehr steht es ihm frei, im Rahmen seiner persönlichen Einkommensteuererklärung, eine vom Lohnsteuerabzug abweichende steuerliche Behandlung einzufordern. Als Beispiel kann hier die Besteuerung des geldwerten Vorteils aus der Überlassung eines Dienstwagens zur Privatnutzung genannt werden. Hat der Arbeitgeber die Ermittlung des steuerpflichtigen Arbeitslohns pauschal nach der 1-%-Methode durchgeführt, kann der Arbeitnehmer gleichwohl die Anwendung der Fahrtenbuchmethode beantragen. Auch die Steuerfreiheit von bisher als steuerpflichtig behandelten Zuwendungen des Arbeitgebers kann der Arbeitnehmer im Rahmen der Einkommensteuerveranlagung anstreben. **52**

Bezüglich des Lohnsteuerabzugs bei beschränkt steuerpflichtigen Arbeitnehmern gelten folgende Besonderheiten: Der ausländische Arbeitnehmer hat dem inländischen Arbeitgeber eine sogenannte „Bescheinigung für beschränkt einkommensteuerpflichtige Arbeitnehmer“ vorzulegen, die die maßgebenden Lohnsteuerabzugsmerkmale (insbesondere die regelmäßig anzuwendende Steuerklasse I) enthält. Diese ist vom Arbeitnehmer oder Arbeitgeber (im Namen des Arbeitnehmers) beim Betriebsstättenfinanzamt zu beantragen.¹⁰³ Ein elektronischer Abruf der ELStAM für beschränkt steuerpflichtige Arbeitnehmer war für 2018 noch nicht möglich.¹⁰⁴ Fehlt die Bescheinigung, hat der Arbeitgeber der Lohnsteuererhebung die Steuerklasse VI zugrunde zu legen. Bei Verstoß gegen diese Verpflichtung trifft ihn grundsätzlich das Haftungsrisiko. Durch den Lohnsteuerabzug ist die Einkommensteuer beschränkt steuerpflichtiger Arbeitnehmer in der überwiegenden Zahl der Fälle abgegolten (§ 50 Abs. 2 Satz 1 EStG). **53**

c) Lohnsteuer-Jahresausgleich

Der vom Arbeitgeber durchgeführte Lohnsteuer-Jahresausgleich (§ 42b EStG) **54** dient dazu, die monatlich nach der Monatslohnsteuertabelle erhobene Lohnsteuer nach dem Ende des Kalenderjahres (Ausgleichsjahres) anhand der Jahreslohnsteuertabelle zu überprüfen. Soweit sich anhand dieser Überprüfung herausstellt, dass unterjährig zu viel Lohnsteuer erhoben wurde, ist dem Arbeitnehmer der Unterschiedsbetrag zu erstatten. Der überhöhte Lohnsteuerabzug kann sowohl aufgrund von schwankendem Arbeitslohn, als auch durch unterjährige Änderung der Lohnsteuerabzugsmerkmale erfolgt sein. Resultiert aus dem Lohnsteuer-Jahresausgleich eine Nachforderung, ist der Arbeitgeber nur dann zur nachträglichen Einbehaltung der Lohnsteuer vom Arbeitslohn des Arbeitnehmers verpflichtet, wenn der Lohnsteuer-Fehlbetrag auf einem Fehler beim unterjährigen Lohnsteuerabzug beruht. Unterlässt der Arbeitgeber in diesem Fall die nach-

¹⁰³ Vgl. § 39 Abs. 3 EStG, R 39.3 LStR.

¹⁰⁴ Vgl. Schönfeld/Plenker, S. 198.

trägliche Erhebung, haftet er für die zu wenig einbehaltene Lohnsteuer nach § 42d EStG. Wurde der Lohnsteuerabzug hingegen zutreffend durchgeführt, erfolgt die Nacherhebung im Rahmen der Veranlagung des Arbeitnehmers durch das Finanzamt.¹⁰⁵

- 55** Arbeitgeber mit mindestens zehn Mitarbeitern sind zum Lohnsteuer-Jahresausgleich verpflichtet, Arbeitgeber mit weniger als zehn Mitarbeitern gleichwohl dazu berechtigt. Voraussetzung für die frühzeitige Erstattung der Lohnsteuer ist, dass es sich um unbeschränkt steuerpflichtige Arbeitnehmer handelt, die während des gesamten Ausgleichsjahres in einem Dienstverhältnis zum Arbeitgeber standen und am 31. Dezember noch bei diesem beschäftigt sind.¹⁰⁶ In § 42b Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 bis 6 EStG sind abschließend die Fälle aufgeführt, die einen Lohnsteuer-Jahresausgleich ausschließen (z.B. Antrag des Arbeitnehmers, Berücksichtigung eines Freibetrags bei der Lohnabrechnung, Bezug von Kurzarbeitergeld oder von nach DBA unter Progressionsvorbehalt steuerfreien ausländischen Einkünften aus nichtselbstständiger Arbeit).¹⁰⁷
- 56** Der Arbeitgeber darf den Lohnsteuer-Jahresausgleich für das Ausgleichsjahr frühestens in der Lohnsteuer-Anmeldung für den Monat Dezember durchführen. Der späteste Zeitpunkt ist die Lohnabrechnung für den Monat März im Folgejahr (§ 42b Abs. 3 EStG). Zu berücksichtigen sind hingegen ausschließlich die auf das Ausgleichsjahr entfallenden Bezüge.¹⁰⁸
- 57** Der Erstattungsbetrag ist im Lohnkonto des Arbeitnehmers gesondert zu dokumentieren (§ 42b Abs. 4 EStG). Zusammen mit dem Lohnsteuer-Jahresausgleich ist auch die Kirchensteuer auszugleichen.¹⁰⁹

IV. Möglichkeiten der Lohnsteuerpauschalierung

1. Pauschalierungsverfahren

- 58** Der Steuergesetzgeber ermöglicht eine Pauschalierung der Lohnsteuer für verschiedene Fallgruppen in den §§ 40 bis 40b EStG sowie §§ 37a und 37b EStG. Diese Regelungen dienen insbesondere der Vereinfachung und Typisierung des Steuererhebungsverfahrens und können vollkommen losgelöst von den Vorschriften zum individuellen Lohnsteuerabzugsverfahren angewendet werden.¹¹⁰
- 59** Die gemeinsamen Regelungen für alle Pauschalierungsfälle finden sich in § 40 Abs. 3 EStG. Danach ist die im Zeitpunkt des Zuflusses von Arbeitslohn entste-

105 *Schönfeld/Plenker*, S. 626 ff.

106 *Schönfeld/Plenker*, S. 627.

107 Vgl. § 42b Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 bis 6 EStG

108 Kirchhof/Söhn-Hummel, § 42b EStG Rn. D1 f.

109 Schmidt-Krüger, § 42b EStG Rn. 4.

110 Heuermann/Wagner-Wagner, H. Pauschalierung der Lohnsteuer, Rn. 1, 2.

hende pauschale Lohnsteuer vom Arbeitgeber zu übernehmen. Dieser ist – abweichend zum Lohnsteuerabzugsverfahren – auch Steuerschuldner. Sowohl der pauschal besteuerte Arbeitslohn, als auch die Pauschalsteuer bleiben bei der Veranlagung des Arbeitnehmers zur Einkommensteuer außer Ansatz. Zudem ist eine Anrechnung der pauschalen Lohnsteuer ausgeschlossen.¹¹¹ Dem Arbeitgeber steht es frei, die pauschale Lohnsteuer dem Arbeitnehmer weiter zu belasten („abzuwälzen“). Steuerrechtlich wirkt sich die Abwälzung jedoch nicht aus, da die pauschale Lohnsteuer als zugeflossener Arbeitslohn gilt, vom Arbeitnehmer jedoch aus dem Nettolohn zu zahlen ist (Verrechnung durch den Arbeitgeber). D.h. wirtschaftlich wird die pauschale Lohnsteuer vom Arbeitnehmer getragen.¹¹²

Der Arbeitnehmer hat keinen Einfluss auf das Pauschalierungsverfahren. Vielmehr obliegt die Entscheidung, ob eine Pauschalierungsvorschrift in Anspruch genommen wird oder nicht ausschließlich dem Arbeitgeber (Pauschalierungswahlrecht).¹¹³ **60**

Erfolgt eine Pauschalierung der Lohnsteuer, ist davon auch die Kirchensteuer umfasst. Dabei kann diese vereinfachend mit einem in der Regel um 1 % bis 2 % geringeren Kirchensteuer-Hebesatz für sämtliche von einer Pauschalierung betroffenen Arbeitnehmer ermittelt werden. Dadurch wird der Tatsache Rechnung getragen, dass im Unternehmen auch nicht kirchensteuerpflichtige Mitarbeiter beschäftigt sind. Der Arbeitgeber kann die pauschale Kirchensteuer auch auf Basis der individuellen Konfession seiner Arbeitnehmer ermitteln und die nicht kirchensteuerpflichtigen Beschäftigten außer Acht lassen. Er hat dafür, z.B. anhand der abgerufenen Lohnsteuermerkmale, nachzuweisen, welcher Kirchengemeinde die betreffenden Mitarbeiter angehören.¹¹⁴ **61**

2. Die Pauschalierungsnormen im Einzelnen

§ 40 EStG regelt die Pauschalierung der Lohnsteuer mit variablen (Abs. 1) bzw. festen (Abs. 2) Steuersätzen in besonderen Fällen. Danach kann die Lohnsteuer auf Antrag des Arbeitgebers beim Betriebsstättenfinanzamt anhand eines selbst ermittelten pauschalen (= variablen) Durchschnittssteuersatzes erhoben werden, wenn der Arbeitgeber sonstige Bezüge in einer größeren Zahl von Fällen¹¹⁵ zu- **62**

¹¹¹ *Küch*, S. 140.

¹¹² Blümich-*Thürmer*, § 40 EStG Rn. 129.

¹¹³ Heuermann/Wagner-*Wagner*, H. Pauschalierung der Lohnsteuer, Rn. 41.

¹¹⁴ Heuermann/Wagner-*Wagner*, H. Pauschalierung der Lohnsteuer, Rn. 45 ff. Die Erhebung der pauschalierten Kirchensteuer hat die Finanzverwaltung in einem gleichlautenden Ländere rlass vom 8.8.2016, BStBl. I 2016, 773, geregelt. Die Kirchensteuer-Hebesätze legen die Religionsgemeinschaften fest.

¹¹⁵ Vgl. dazu R 40.1 Abs. 1 LStR.

wendet oder in einer größeren Zahl von Fällen Lohnsteuer nach zu erheben hat.¹¹⁶ Die wahlweise Anwendung fester Pauschalsteuersätze durch den Arbeitgeber sieht das Gesetz u. a. für folgende Konstellationen vor:

- pauschaler Steuersatz 25 %: Abgabe von Mahlzeiten im Betrieb, Zuwendungen bei Betriebsveranstaltungen, Gewährung von Erholungsbeihilfen, steuerpflichtiger Ersatz von Verpflegungskosten bei Auswärtstätigkeit, Übereignung von Datenverarbeitungsgeräten (z. B. PC) und von Ladevorrichtungen für Elektro- oder Hybridelektrofahrzeuge sowie Zuschüsse des Arbeitgebers zum Erwerb und die Nutzung derartiger Ladevorrichtungen;
- pauschaler Steuersatz 15 %: Fahrtkostenzuschüsse/Job Tickets/Firmenwagen-gestellung für Fahrten zwischen Wohnung und erster Tätigkeitsstätte bis zur Höhe der abziehbaren Werbungskosten.¹¹⁷

- 63** Die Vorschriften zur Pauschalierung der Lohnsteuer für Teilzeitbeschäftigte und geringfügig Beschäftigte finden sich in § 40a EStG. Der Arbeitgeber kann die Lohnsteuer für kurzfristig Beschäftigte mit einem Steuersatz von 25 % pauschal vom Arbeitslohn erheben. Im Falle von geringfügigen Beschäftigungsverhältnissen, bei denen der Arbeitgeber einen pauschalen Beitrag zur Sozialversicherung (Renten- und Krankenversicherung) leisten muss,¹¹⁸ steht es ihm frei, die Lohnsteuer in Form einer einheitlichen Pauschsteuer (Lohnsteuer einschließlich Solidaritätszuschlag und Kirchensteuer) in Höhe von 2 % des sozialversicherungspflichtigen Arbeitsentgelts zu erheben. Ein pauschaler Lohnsteuersatz von 20 % kommt bei geringfügiger Beschäftigung in Frage, wenn der Arbeitgeber keinen Pauschalbeitrag zur Sozialversicherung, sondern die vollen Sozialabgaben, zu entrichten hat. Im Ergebnis sind geringfügige Beschäftigungsverhältnisse (Verdienstgrenze EUR 450,00) stets steuerpflichtig.¹¹⁹
- 64** Für bestimmte Zukunftssicherungsleistungen sieht § 40b EStG die Erhebung der Lohnsteuer mit einem Pauschalsteuersatz in Höhe von 20 % vor (z. B. Gruppenunfallversicherung nach § 40b Abs. 3 EStG).¹²⁰
- 65** Die Gewährung von Sachprämien im Sinne des § 3 Nr. 38 EStG (z. B. Prämienprogramm „Miles and More“) kann gemäß § 37a EStG auf Antrag des zuwendenden Unternehmens mit einem Steuersatz in Höhe von 2,25 % pauschaliert besteuert werden. Von der Pauschalierung betroffen ist der wertmäßige Teil der Prämien, der einen steuerfreien Betrag in Höhe von EUR 1.080,00 überschreitet, soweit die Prämien im Inland zufließen.¹²¹

116 Vgl. § 40 Abs. 1 EStG.

117 *Schönfeld/Plenker*, S. 685.

118 *Schmidt-Krüger*, § 40a EStG Rn. 2. Es handelt sich um das sogenannte Haushaltscheck-Verfahren bei der Deutschen Rentenversicherung Knappschaft-Bahn-See.

119 Heuermann/Wagner-Wagner, G. Lohnsteuerabzugsverfahren, Rn. 84.

120 Vgl. § 40b EStG.

121 Vgl. § 37a Abs. 1 i. V. m. § 3 Nr. 38 EStG.

Von besonderer praktischer Bedeutung ist die Möglichkeit der Einkommensteuerpauschalierung gemäß § 37b EStG¹²² bei betrieblich veranlassten Zuwendungen oder Geschenken. Anwendungsbeispiele für diese Vorschrift sind Belohnungssessen, Incentive-Reisen, VIP-Logen, Einladungen zu Sportveranstaltungen oder ähnliche Sachbezüge. Sie wird im Wirtschaftsleben von Unternehmen besonders dann genutzt, wenn Geschäftspartnern zur Vertiefung und Stärkung der Kundenbeziehungen Sachzuwendungen gewährt werden. Auch die Auszeichnung eines Mitarbeiters für besondere Leistungen kann ein Motiv sein. In der Regel führen die Geschenke beim Empfänger zu steuerpflichtigen Einnahmen (Betriebsseinnahmen beim Geschäftspartner, Drittlohn bei dessen Arbeitnehmern, Arbeitslohn bei den eigenen Arbeitnehmern). § 37b EStG unterscheidet dementsprechend zwischen Zuwendungen an die eigenen Arbeitnehmer und an dritte Personen und ermöglicht es dem Zuwendenden, die ertragssteuerlichen Konsequenzen für den Empfänger zu tragen.¹²³ Die Wahlrechtsausübung zur Pauschalierung nach § 37b EStG hat zwingend für alle Sachzuwendungen (in Höhe von maximal EUR 10.000,00 je Empfänger und Wirtschaftsjahr oder für die einzelne Zuwendung) eines Wirtschaftsjahres einheitlich zu erfolgen. Der Unternehmer kann das Wahlrecht für die verschiedenen Personenkreise jedoch unabhängig voneinander ausüben und hat den Zuwendungsempfänger darüber zu unterrichten. Der Pauschalsteuersatz beträgt 30% zuzüglich Solidaritätszuschlag und Kirchensteuer.¹²⁴

Insbesondere im Hinblick auf Zuwendungssachverhalte, die erst im Rahmen einer Betriebsprüfung von der Finanzverwaltung festgestellt werden, lässt sich in der Praxis das Bestreben erkennen, diese möglichst der Pauschalierung nach § 37b EStG zu unterwerfen. Der zuwendende Unternehmer beabsichtigt regelmäßig eine Vertiefung der Kundenbeziehung und möchte daher den Empfänger von steuerlichen Belangen möglichst schadlos halten. Gleichwohl sollte in jedem Fall genau geprüft werden, ob der Anwendungsbereich der Vorschrift eröffnet ist, da die Pauschalierung andernfalls keine Abgeltungswirkung entfaltet (fehlgeschlagene Pauschalierung). Darüber hinaus ist das Wohnsitzfinanzamt des Zuwendungsempfängers zur erneuten Prüfung der Anwendungsvoraussetzungen des § 37b EStG berechtigt, da es sich beim Pauschalierungsverfahren nicht um einen Grundlagenbescheid handelt. Dementsprechend kann in Zweifelsfällen eine Anrufungsauskunft gemäß § 42e EStG (s. Rn. 79 ff.) eingeholt werden. Diese schützt jedoch nur den Arbeitgeber vor einer Inanspruchnahme als Haftungsschuldner.¹²⁵

122 Vgl. BMF-Schreiben vom 19.5.2015, BStBl. I 2015, 468.

123 Schmidt-Loschelder, § 37b EStG Rn. 1 f.

124 Schönfeld/Plenker, S. 713 ff.

125 Fuhrmann/Potsch, KöSDi 2015, 19626 f.

- 67a** Die Inanspruchnahme von Pauschalierungsvorschriften knüpft – ähnlich wie bei diversen Steuerbefreiungen (s. Rn. 25) – regelmäßig an die Voraussetzung, dass die Zuwendung durch den Arbeitgeber zusätzlich zum ohnehin geschuldeten Arbeitslohn gewährt wird.¹²⁶ Dies ist anhand des jeweiligen Einzelfalls sowohl für das Steuerrecht als auch das Sozialversicherungsrecht gesondert zu prüfen. Zudem setzt die häufig angestrebte Sozialversicherungsfreiheit bei Pauschalierung der Lohnsteuer nach § 40 Abs. 2 EStG mit festen Steuersätzen voraus, dass die tatsächliche Anmeldung und Abführung der pauschal erhobenen Lohnsteuer bis zum 28. Februar des Folgejahres durchgeführt wird.¹²⁷

V. Ausgewählte verfahrensrechtliche Themen

1. Haftung des Arbeitgebers für Lohnsteuer

a) Grundsätzliches

- 68** Die Haftung des Arbeitgebers gemäß § 42d EStG gehört zu einem der zentralsten Haftungstatbestände im Steuerrecht und ist daher für den Unternehmer besonders wichtig.¹²⁸ Die Vorschrift dient dazu, die Steuerforderungen der Finanzverwaltung gegenüber abhängig Beschäftigten durch den Abzug an der Quelle zu sichern, mit dem Ziel Steuerausfälle zu vermeiden. Praktisch bedeutet die Haftung des Arbeitgebers, dass er für eine fremde Schuld – die persönliche Einkommensteuerschuld des Arbeitnehmers – in Anspruch genommen werden kann. Existiert keine materiell-rechtlich begründete Steuerschuld des Arbeitnehmers (Erstschild), bleibt kein Raum mehr für die etwaige Haftung des Arbeitgebers (Akzessorietät der Haftung).¹²⁹ Die Arbeitgeberhaftung bezieht sich während des laufenden Kalenderjahrs auf die entstandene Lohnsteuer, nach Ablauf des Kalenderjahrs ist jedoch die endgültige – auf Einkünfte gemäß § 19 EStG entfallende – Einkommensteuerschuld des Arbeitnehmers maßgebend. Der Arbeitgeber hat in derartigen Fällen nachzuweisen, dass die Einkommensteuerschuld geringer als der Haftungsbetrag ist oder gegebenenfalls bereits in vollem Umfang gezahlt wurde.¹³⁰ In den Fällen der Lohnsteuerpauschalierung kann der Arbeitgeber nicht als Haftungsschuldner in Anspruch genommen werden, da er

¹²⁶ Vgl. z. B. § 37b Abs. 2 EStG bei Zuwendungen an Arbeitnehmer.

¹²⁷ *Schönfeld/Plenker*, S. 685 f.

¹²⁸ Die in § 42d Abs. 6 ff. EStG geregelten Vorschriften zur Haftung bei Arbeitnehmer-Überlassung werden nachfolgend nicht näher besprochen. Diese ermöglichen grundsätzlich die Inanspruchnahme des Entleihers als Haftungsschuldner. Unter bestimmten Voraussetzungen ist die Inanspruchnahme jedoch ausgeschlossen. Vgl. *Schmidt-Krüger*, § 42d EStG Rn. 66 ff.

¹²⁹ *Hermann/Heuer/Raupach-Gersch*, § 42d EStG Rn. 20.

¹³⁰ *Schmidt-Krüger*, § 42d EStG Rn. 2; *Hermann/Heuer/Raupach-Gersch*, § 42d EStG Rn. 22; a. A. *Blümich-Wagner*, § 42d EStG Rn. 31 ff.

selbst Steuerschuldner ist. Hier kann die zu gering einbehaltene Steuer ausschließlich mittels Nachforderungsbescheid erhoben werden.¹³¹

Nach dem Wortlaut des § 42d EStG kommt es auf ein Verschulden des Arbeitgebers für eine Inanspruchnahme als Haftender nicht an. Darin unterscheidet sich die Vorschrift zu den die gesetzlichen Vertreter eines Unternehmens betreffenden Haftungsrisiken (§§ 34, 69 AO), welche nur dann drohen, wenn eine vorsätzliche oder grob fahrlässige Pflichtverletzung vorliegt. Das Finanzamt hat nach herrschender Meinung und Rechtssprechung allerdings bei der Ermessensentscheidung, an wen es seine Steuernachforderung richtet, zu berücksichtigen, ob ein Verschulden des Arbeitgebers gegeben ist oder nicht.¹³² Die Haftung des Arbeitgebers kann z. B. ermessensfehlerhaft sein, wenn die lohnsteuerliche Behandlung eines bestimmten Sachverhalts im Rahmen einer Außenprüfung mit dem Prüfer besprochen wurde und zu keinen Beanstandungen führte.¹³³ **69**

b) Haftungstatbestände

Die Haftungstatbestände regelt im Einzelnen § 42d Abs. 1 EStG. Danach haftet der Arbeitgeber für **70**

- die Lohnsteuer, die er einzubehalten und abzuführen bzw. die er im Rahmen des Lohnsteuer-Jahresausgleichs unzutreffend erstattet hat,
- die aufgrund fehlerhafter Eintragungen im Lohnkonto oder in der Lohnsteuerbescheinigung verkürzte Einkommensteuer bzw. Lohnsteuer,
- die Lohnsteuer, die in Fällen des § 38 Abs. 3a EStG ein Dritter zu übernehmen hat.¹³⁴

Anhand der Aufzählung wird deutlich, dass die Arbeitgeberhaftung sehr weit reicht. Der Arbeitgeber hat zur Vermeidung von Haftungsrisiken insbesondere die vorschriftsmäßige Berechnung und Abführung der Lohnsteuer sicherzustellen.¹³⁵ **71**

Die Inanspruchnahme des Arbeitgebers ist trotz Erfüllung einer der vorstehenden Voraussetzungen ausgeschlossen, soweit eines der in § 42d Abs. 2 EStG genannten negativen Tatbestandsmerkmale zutrifft. Das wichtigste Ausschlusskriterium ist dabei die Anzeige nach § 41c Abs. 4 EStG. Stellt der Arbeitgeber Feh- **72**

¹³¹ Schmidt-Krüger, § 42d EStG Rn. 2, Hermann/Heuer/Raupach-Gersch, § 42d EStG Rn. 94.

¹³² Heuermann/Wagner-Wagner, J. Haftung für Lohnsteuer, Rn. 36. Andere Stimmen in der Literatur vertreten die Auffassung, dass der Tatbestand der Haftung nicht erfüllt sein kann, wenn kein Verschulden (schuldhaftes Pflichtverletzung) des Arbeitgebers vorliegt. Vgl. Hermann/Heuer/Raupach-Gersch, § 42d EStG Rn. 23.

¹³³ Vgl. H 42d.1 EStH Inanspruchnahme des Arbeitgebers, Stichwort „Ermessensausübung“.

¹³⁴ Vgl. § 42d Abs. 1 EStG.

¹³⁵ Hermann/Heuer/Raupach-Gersch, § 42d EStG Rn. 40 ff.

ler bei der Lohnabrechnung fest und zeigt diese unverzüglich seinem Betriebsstättenfinanzamt an, dann ist eine Haftung nach § 42d EStG ausgeschlossen. Voraussetzung ist jedoch zunächst, dass er die nicht vorschriftsmäßige Einbehaltung erkennt. Die Aufzählung in § 42d Abs. 2 EStG ist nicht abschließend. Vielmehr kann sich ein Ausschluss u. a. auch aus § 42e EStG (Anrufungsauskunft) oder den Grundsätzen von Treu und Glauben ergeben, z. B. wenn der Arbeitgeber auf die Angaben in der Reisekostenabrechnung des Arbeitnehmers vertraut.¹³⁶

- 73 Der Umfang der Haftung richtet sich im Allgemeinen nach den für das individuelle Lohnsteuerabzugsverfahren geltenden Vorschriften. Lassen sich die maßgeblichen individuellen Besteuerungsgrundlagen nicht ermitteln oder berechnen, hat das Finanzamt die Haftungsschuld zu schätzen, soweit die Voraussetzungen des § 162 AO erfüllt sind bzw. der Arbeitgeber dem zustimmt. Bei einer Schätzung kommen Durchschnittssteuersätze zur Anwendung.¹³⁷
- 74 Der Haftungsanspruch entsteht im Zeitpunkt der Verwirklichung eines Haftungstatbestands gemäß § 38 AO i. V. m. § 42d Abs. 1 EStG. Der Erlass eines Haftungsbescheids ist dafür nicht erforderlich.¹³⁸ Die Haftungsschuld erlischt insbesondere durch Zahlung, Erlass oder Verjährung (§ 47 AO). Aufgrund der Gesamtschuldnerschaft¹³⁹ wirkt die Begleichung der Haftungsschuld durch einen der Gesamtschuldner auch für die restlichen Schuldner (§ 44 Abs. 2 AO). Folgende Besonderheiten sind im Zusammenhang mit der Festsetzungsverjährung, die grundsätzlich vier Jahre beträgt,¹⁴⁰ zu berücksichtigen: Die Festsetzungsfrist für den Erlass eines Haftungsbescheids endet nicht vor dem Ablauf der für den Steuerbescheid geltenden Frist zur Festsetzung (§ 191 Abs. 3 Satz 4 AO). Ein Haftungsbescheid kann nicht mehr ergehen, soweit die Steuer nicht festgesetzt wurde und eine Steuerfestsetzung wegen Fristablaufs unzulässig ist. Gleiches gilt, wenn die festgesetzte Steuer durch Verjährung oder Erlass erloschen ist. Diese beiden Hinderungsgründe sind der Akzessorietät des Haftungsanspruchs geschuldet: Ohne Steuerschuld kann es keinen Haftungsanspruch geben. Zudem resultiert aus der mit Wirkung zum 30.6.2013 in § 171 Abs. 15 AO neu eingeführten Ablaufhemmung bezüglich der Festsetzungsfrist eine weitere Verknüpfung. Danach endet die Frist zur Festsetzung der Steuerschuld (gegenüber dem Arbeitnehmer) nicht bevor die Festsetzungsfrist gegenüber dem Entrichtungspflichtigen (in der Regel der Arbeitgeber) abgelaufen ist. Der damit verankerte Gleichlauf bewirkt in der Praxis, dass eine beim Arbeitgeber begon-

136 Schmidt-Krüger, § 42d EStG Rn. 14; Hermann/Heuer/Raupach-Gersch, § 42d EStG Rn. 60 ff.

137 Hermann/Heuer/Raupach-Gersch, § 42d EStG Rn. 26 ff.

138 Hermann/Heuer/Raupach-Gersch, § 42d EStG Rn. 24; Heuermann/Wagner-Wagner, J. Haftung für Lohnsteuer, Rn. 42; a. A. Schmidt-Krüger, § 42d EStG Rn. 10.

139 S. Rn. 75.

140 Vorbehaltlich leichtfertige Steuerverkürzung (fünf Jahre) und Steuerhinterziehung (zehn Jahre).

nene Außenprüfung auch die Festsetzungsfrist bezüglich des individuellen Lohnsteueranspruchs gegenüber dem Steuerschuldner hemmt.¹⁴¹

c) Inanspruchnahme

Bezüglich des Haftungsanspruchs legt § 42d Abs. 3 EStG die gesamtschuldnerische Haftung von Arbeitgeber (Haftungsschuldner) und Arbeitnehmer (Steuerschuldner) fest. Damit wird klargestellt, dass Haftungs- und Steuerschuld auf dieselbe Leistung abzielen müssen (§ 44 Abs. 1 AO). Das Betriebsstättenfinanzamt kann die Leistung grundsätzlich nur einmal fordern und muss im Rahmen seines pflichtgemäßen Ermessens (§ 5 AO) entscheiden, an wen es sich richtet.¹⁴² Zur Art der Ermessensausübung wurden unzählige einzelfallbezogene Grundsätze von der Rechtsprechung entwickelt, die teilweise in den Lohnsteuerhinweisen¹⁴³ zu finden sind. So ist eine vorrangige Inanspruchnahme des Arbeitnehmers als Steuerschuldner nicht vorgeschrieben. Gleichwohl kann es ermessensfehlerhaft sein, den Arbeitgeber vorrangig in Anspruch zu nehmen, wenn die Steuer im Rahmen der Pflichtveranlagung des Arbeitnehmers ebenso schnell und einfach nachgefordert werden kann, insbesondere dann, wenn das Arbeitsverhältnis zwischenzeitlich beendet ist. Eine fehlerhafte Ermessensausübung ist auch dann gegeben, wenn das Betriebsstättenfinanzamt den Haftungsbetrag vom Arbeitgeber fordert, obwohl der Fehler für die unzutreffende Lohnsteuererhebung auf Seiten der Finanzverwaltung liegt. Da der Arbeitnehmer als Steuerschuldner immer in Anspruch genommen werden kann, liegt eine Ermessensentscheidung nur vor, wenn sich das Finanzamt mittels Haftungsbescheid an den Arbeitgeber richtet.¹⁴⁴

d) Haftungsbescheid

Für den Haftungsbescheid, der regelmäßig das Leistungsgebot sowie eine Rechtsbehelfsbelehrung enthalten muss, gilt grundsätzlich die Schriftform.¹⁴⁵ Jedoch bedarf es keines Haftungsbescheids, wenn der Arbeitgeber die einzubehaltende Steuer angemeldet hat oder seine Zahlungsverpflichtung nach einer Lohnsteuer-Außenprüfung gegenüber dem Betriebsstättenfinanzamt schriftlich anerkennt.¹⁴⁶ Von besonderer Bedeutung ist jedoch die Ermessensbegründung. Im Haftungsbescheid sind zwingend die Ermessenserwägungen darzulegen, insbesondere warum der Haftungsschuldner anstelle des Steuerschuldners in

141 Heuermann/Wagner-Wagner, J. Haftung für Lohnsteuer, Rn. 42 f.; Heinmüller, BB 2016, 1445, 1447.

142 Schmidt-Krüger, § 42d EStG Rn. 16.

143 H 42d.1 LStH.

144 Hermann/Heuer/Raupach/Gersch, § 42d EStG Rn. 70 ff., Schönfeld/Plenker, S. 511 f.

145 Vgl. § 191 Abs. 1 Satz 3 AO.

146 Schmidt-Krüger, § 42d EStG Rn. 45.

Anspruch genommen wird. Fehlt die Begründung, ist die Ermessensentscheidung im Allgemeinen ermessensfehlerhaft.¹⁴⁷

- 77 Da es sich bei einem Haftungsbescheid nicht um einen Steuerbescheid handelt, sind für dessen Aufhebung oder Änderung die §§ 129 ff. AO maßgeblich. Dabei ist für den Arbeitgeber hinsichtlich des Erlasses eines zweiten Haftungsbescheids Folgendes von Bedeutung: Ein bestandskräftiger Haftungsbescheid hindert den Erlass eines weiteren Haftungsbescheides zum selben Sachverhalt. Nur bei Aufdeckung eines neuen Sachverhalts, darf auch ein neuer Haftungsbescheid ergehen. Andernfalls hat das Finanzamt ausschließlich die Möglichkeit, den Erstbescheid zu ändern, soweit eine Änderungsvorschrift einschlägig ist.¹⁴⁸
- 78 Die Inanspruchnahme des Arbeitnehmers erfolgt mittels Nachforderungsbescheid. Arbeitgeber und Arbeitnehmer können gegen die sie betreffenden Bescheide Einspruch einlegen.¹⁴⁹

2. Anrufungsauskunft

- 79 Die Abgabenordnung ermöglicht es dem Steuerpflichtigen, sich hinsichtlich der steuerlichen Würdigung von genau bezeichneten Sachverhalten verbindlich abzustimmen (§ 89 AO). Jedoch darf sich eine solche verbindliche Auskunft nicht auf bereits verwirklichte Sachverhalte beziehen und ist zudem kostenpflichtig. Im Bereich der Lohnsteuer wurde ein eigenes Instrument zur Abstimmung mit dem Finanzamt verankert, die Anrufungsauskunft nach § 42e EStG. Es handelt sich dabei um eine gebührenfreie Auskunft, die sowohl der Arbeitgeber als auch der Arbeitnehmer beantragen kann.¹⁵⁰ Die Anrufungsauskunft kann auch im Hinblick auf bereits abgeschlossene Sachverhalte beansprucht werden und ist insbesondere dadurch geeignet, Haftungsrisiken zu minimieren.¹⁵¹
- 80 Zuständig für eine Anrufungsauskunft ist grundsätzlich das Betriebsstättenfinanzamt des Arbeitgebers. Soweit die Anfrage durch den Arbeitnehmer erfolgt, soll auch das Wohnsitzfinanzamt in die Abstimmung einbezogen werden.¹⁵² Lediglich das Finanzamt wird in den Richtlinien angewiesen, die Auskunft schriftlich zu erteilen. Gleichwohl ist die Schriftform auch den Auskunftsberechtigten aus Dokumentationsgründen und zur Vermeidung von Unklarheiten zu empfehlen, kann vom Finanzamt aber auch gefordert werden.¹⁵³

147 H 42d.1 LStH, Inanspruchnahme des Arbeitgebers, Stichwort „Ermessensbegründung“.

148 Hermann/Heuer/Raupach-Gersch, § 42d EStG Rn. 108 f.

149 Schmidt-Krüger, § 42d EStG Rn. 58.

150 Vgl. R 42e Abs. 1 LStR.

151 Kirchhoff/Söhn-Hummel, § 42e EStG A1, A 11.

152 Vgl. R 42e Abs. 1 Satz 2 LStR.

153 Schmidt-Krüger, § 42e EStG Rn. 3 f.

Die Anrufungsauskunft bindet das Betriebsstättenfinanzamt im Lohnsteuerabzugsverfahren gegenüber allen Beteiligten. Soweit sich der Arbeitgeber an die erteilte Auskunft hält, ist seine Haftung ausgeschlossen. Auch gegenüber dem Arbeitnehmer ist das Betriebsstättenfinanzamt im Hinblick auf das Lohnsteuerabzugsverfahren als auch das Lohnsteuernachforderungsverfahren gebunden. Voraussetzung für die Bindungswirkung ist, dass der tatsächlich verwirklichte Sachverhalt nicht von dem in der Anfrage dargestellten abweicht. Das Wohnsitzfinanzamt ist bezüglich der Einkommensteuerveranlagung des Arbeitnehmers nicht an die Anrufungsauskunft gebunden und kann eine abweichende Würdigung vornehmen.¹⁵⁴ Insoweit empfiehlt sich, ergänzend die Stellung eines Antrags auf Erteilung einer verbindlichen Auskunft gemäß § 89 AO.

3. Lohnsteuer-Außenprüfung/Lohnsteuer-Nachschau

Bei der Lohnsteuer-Außenprüfung nach § 42f EStG handelt es sich um eine Außenprüfung im Sinne der §§ 193 ff. AO, sodass grundsätzlich die gleichen Vorschriften gelten. Insbesondere ist eine schriftliche Prüfungsanordnung erforderlich, die der zu prüfende Betrieb anfechten kann. Sämtliche im Zusammenhang mit dem individuellen und pauschalen Lohnsteuerabzugsverfahren stehenden Sachverhalte können Prüfungsgegenstand sein. Auch die Einordnung von Leistungen als nicht steuerbare Zuwendungen oder steuerfreier Arbeitslohn oder die Feststellung der Arbeitnehmereigenschaft können geprüft werden. Arbeitgeber und Arbeitnehmer müssen bei der Prüfung des Sachverhalts mitwirken.¹⁵⁵ Die vom zuständigen Betriebsstättenfinanzamt durchgeführte Lohnsteuer-Außenprüfung wird vorwiegend unter Zuhilfenahme von Datenverarbeitungssystemen vorgenommen. Zu diesem Zweck sind dem Prüfer die steuerrelevanten Daten der Lohn-, Finanz- und Anlagenbuchhaltung in elektronischer Form (GoBD-konform) zur Auswertung zur Verfügung zu stellen.¹⁵⁶

Nach Abschluss der Lohnsteuer-Außenprüfung ist der Vorbehalt der Nachprüfung aufzuheben (§ 164 Abs. 3 Satz 3 AO), wodurch die Lohnsteuer-Anmeldungen in materielle Bestandskraft erwachsen. Nun wird die sogenannte Änderungsperre nach § 173 Abs. 2 AO wirksam, die die Änderung des Lohnsteuerabzugs bzw. den Erlass eines Haftungsbescheids einschränkt. Die Vorschrift ordnet an, dass aufgrund einer Außenprüfung ergangene Steuerbescheide nur bei Vorliegen einer Steuerhinterziehung oder leichtfertigen Steuerverkürzung geändert werden können. Die Lohnsteuer-Außenprüfung gilt als Prüfung im Sin-

¹⁵⁴ Hermann/Heuer/Raupach-Gersch, § 42e EStG Rn. 24 ff.

¹⁵⁵ Blümich-Heuermann, § 42f EStG Rn. 1 ff.

¹⁵⁶ Vgl. BMF-Schreiben vom 14.11.2014, BStBl. I 2014, 1450. GoBD sind die Grundsätze zur ordnungsmäßigen Führung und Aufbewahrung von Büchern, Aufzeichnungen und Unterlagen in elektronischer Form sowie zum Datenzugriff.

ne des § 173 Abs. 2 AO, wodurch diese Änderungssperre grundsätzlich auch im Hinblick auf Nachforderungsbescheide (z.B. pauschale Lohnsteuer) und Haftungsbescheide Anwendung findet. Die Änderungssperre betrifft jedoch nur das Lohnsteuerrechtsverhältnis und wirkt nicht auf die Einkommensteuerveranlagung. Die unmittelbare Inanspruchnahme des Arbeitnehmers als Steuerschuldner bleibt davon unberührt.¹⁵⁷

- 84** Die in § 42g EStG verankerte Lohnsteuer-Nachschau löst hingegen nicht die Rechtsfolgen einer Lohnsteuer-Außenprüfung aus. Diese wird von der Finanzverwaltung jedoch gerne genutzt, um die vorschriftsmäßige Lohnsteuererhebung und -abführung zu prüfen, räumt sie den beauftragten Amtsträgern doch die Möglichkeit ein, ohne vorherige Ankündigung Grundstücke und Räumlichkeiten von gewerblich oder beruflich Tätigen (insbesondere gewerbliche Unternehmer und Selbstständige, aber auch Arbeitnehmer) zu betreten. Eine Lohnsteuer-Nachschau muss nicht geduldet werden, wenn Personen nur im Privathaushalt Arbeitnehmer beschäftigen. Die Lohnsteuer-Nachschau soll eine kurzfristige Aufklärung steuererheblicher Sachverhalte ermöglichen, darf jedoch ohne weitere Prüfungsanordnung anlassbezogen in eine Lohnsteuer-Außenprüfung übergehen. Zudem dürfen die Feststellungen über die Lohnsteuer hinaus, auch bezüglich anderer Steuerarten (Kirchensteuer, Gewerbesteuer, Umsatzsteuer) von der Finanzverwaltung ausgewertet werden.¹⁵⁸ In Abhängigkeit von der konkreten Feststellungen können sich hieraus auch zusätzliche Beiträge zur Sozialversicherung ergeben.

¹⁵⁷ Buse, DB 2016, 1717.

¹⁵⁸ Schmidt-Krüger, § 42g EStG Rn. 1 ff.

Kapitel 40

Arbeitsentgelt und Sozialversicherungsbeitragsrecht

Schrifttum: *Axer/Wiegand*, Eigentumsschutz und Vertrauensschutz in der sozialen Pflegeversicherung, SGB 2015, 477; *Becker*, Vollstreckung seitens Leistungsträger, SGB 2018, 456; *Berchtold*, Verfahrensrechtliche Probleme des § 7a SGB IV, NZS 2014, 885; *Bigge*, Neue Wege in der Zwangsvollstreckung bei den Sozialversicherungsträgern, WzS 2014, 41; *Bigge/Ertel*, Die Erhebung von Säumniszuschlägen nach § 24 Abs. 1 SGB IV – in der jetzigen Form noch vertretbar?, WzS 2016, 169; *Ehlers/Fehling/Pünder* (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. 3, 3. Aufl. 2013; *Eßling*, Der Beitrag bei fehlerhaften Gefahrraten, NZS 2005, 359; *Estelmann*, Das „Beitragskinderurteil“ des Bundesverfassungsgerichts vom 3.4.2001 – 1 BvR 1629/94, SGB 2012, 245; *Floeth*, Strafbarkeit wegen Vorenthalten und Veruntreuens von Arbeitsentgelt (§ 266a StGB) in Fällen sog. Scheinselbstständigkeit – Feststellung des Beschäftigungsverhältnisses, Abgrenzung zur Arbeitnehmerüberlassung sowie Ermittlung der vorenthaltenen Beiträge, NZS 2015, 60; *Hackenbroich/Pschorr*, Ausgestaltung und Grenzen des Beitragsabzuges nach § 28g SGB IV, VSSR 2016, 115; *Hedermann*, Arbeitnehmerbeschäftigung als Kriterium zur Beurteilung der „Hauptberuflichkeit“ einer selbständigen Tätigkeit nach dem neuen § 5 Abs. 5 Satz 2 SGB V, NZS 2016, 8; *Kingreen*, Familie als Kategorie des Sozialrechts, JZ 2004, 938; *Kirchhof*, Die Entwicklung des Sozialverfassungsrechts, NZS 2015, 1; *May*, Zwangsvollstreckung durch die Sozialversicherungsbehörden und Sozialversicherungsträger, DGVZ 2012, 88; *Ruland/Becker/Axer* (Hrsg.), Sozialrechtshandbuch, 6. Aufl. 2018; *Mecke*, Alles Pauschalen? – Zur Pauschalierung von Sozialversicherungsbeiträgen, SGB 2016, 61; *Merten*, § 7a SGB IV: Statusverfahren erlaubt keine Elementenfeststellung, SGB 2010, 271; *Möller*, Finanzierung der Sozialversicherung, VSSR 2014, 219; *Rittweger*, Beitragsrechtliche Arbeitgeberprüfung – strukturelle Anachronismen und Regelungsbedarf, NZA 2016, 338; *ders./Zieglmeier*, Anwaltliche Tätigkeit in der sozialversicherungsrechtlichen Betriebsprüfung, AnwBl 2015, 660; *Sodan* (Hrsg.), Handbuch des Krankenversicherungsrechts, 3. Aufl. 2018; *Stäbler*, Schulden im Sozialrecht – Beitragsrecht, SGB 2018, 81; *Voßkuhle*, Der Sozialstaat in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, SGB 2011, 181; *von Wulffen/Schütze* (Hrsg.), SGB X, 8. Aufl. 2014; *Zieglmeier*, Die sozialversicherungsrechtliche Statusbeurteilung – ein unterschätztes Compliancerisiko, NJW 2015, 1914; *ders.*, Rechtswegzersplitterung bei der Nichtabführung von Sozialversicherungsbeiträgen, NZA 2015, 651.

Übersicht

	Rn.		Rn.
I. Einführung	1	b) Hauptberufliche Selbstständigkeit	12
II. Versicherungs- und Beitragspflicht aufgrund abhängiger Beschäftigung	5	c) Geringfügige Beschäftigung	13
1. Grundsatz	5	d) Weitere Ausnahmen	17
2. Ausnahmen	8	III. Begriffe: Beiträge und Umlagen	18
a) Überschreiten der Jahresarbeitsentgeltgrenze	8	IV. Zuständigkeiten	20

Kap. 40 Arbeitsentgelt und Sozialversicherungsbeitragsrecht

1. Gesamtsozialversicherungsbeitrag	20	7. Ausnahmen	43
2. Umlagen	22	VIII. Beitragsbemessungsgrenzen	45
3. Beitrag zur Unfallversicherung	24	1. Arbeitslosenversicherung	46
V. Gegenstand der Verbeitragung	25	2. Kranken- und Pflegeversicherung	47
1. Gesamtsozialversicherungsbeitrag	25	3. Rentenversicherung	48
2. Umlagen	28	4. Unfallversicherung	49
3. Beitrag zur Unfallversicherung	29	IX. Beitragsschuldner	50
VI. Entstehen und Fälligkeit des Beitragsanspruchs	31	X. Verfahren der Beitragszahlung	55
1. Gesamtsozialversicherungsbeitrag	31	1. Aufzeichnungs- und Meldepflichten	55
2. Umlagen	33	2. Beitragsnachweis und Zahlung	57
3. Beitrag zur Unfallversicherung	34	3. Arbeitgeberprüfung (§ 28p SGB IV)	60
VII. Beitragssatz und Beitrags- tragung	35	XI. Vollstreckung	64
1. Arbeitsförderung	36	XII. Sanktionen bei Beitragssäumnis und -vorenthaltung	69
2. Krankenversicherung	37	XIII. Verjährung und Verwirkung	73
3. Rentenversicherung	38	XIV. Erstattung von Beiträgen	75
4. Pflegeversicherung	39	XV. Rechtsschutz	79
5. Umlagen	41	1. Anfechtungswiderspruch und -klage	79
6. Unfallversicherung	42	2. Einstweiliger Rechtsschutz	80

I. Einführung

- 1 Abhängige Beschäftigung** führt grundsätzlich zu Sozialversicherungspflicht und die Vergütung abhängiger Beschäftigung, das **Arbeitsentgelt** (zu dem Begriff noch unten Rn. 25 ff.), ist damit grundsätzlich beitragspflichtig. Die Finanzierung der einzelnen Zweige der Sozialversicherung, also der Arbeitsförderung (SGB III), der Krankenversicherung (SGB V), der Rentenversicherung (SGB VI), der Unfallversicherung (SGB VII) und der Pflegeversicherung (SGB XI) erfolgt im Wesentlichen durch Beiträge (vgl. § 340 SGB III, § 220 Abs. 1 SGB V, § 153 Abs. 2 SGB VI, §§ 150 ff. SGB VII, § 54 Abs. 1 SGB XI).¹ Die Beitragsfinanzierung ist konstitutives Merkmal der Sozialversicherung.² Staatliche Zuschüsse und sonstige Einnahmen (§ 20 Abs. 1 SGB IV) treten hinzu;³ eine größe-

1 Siehe dazu HbStR-Kirchhof, Bd. V, § 125; Sodan-Rixen, § 37.

2 Ruland/Becker/Axer-Axer, § 14 Rn. 45; Ehlers/Fehling/Pünder-Kingreen, § 76 Rn. 49.

3 Der pauschale Zuschuss des Bundes zu den Aufwendungen der Krankenkassen für versicherungsfremde Leistungen betrug 10,5 Mrd. Euro für das Jahr 2014, 11,5 Mrd. Euro für das Jahr 2015, 14 Mrd. Euro für das Jahr 2016 und beträgt ab 2017 jährlich 14,5

re Rolle spielen sie nur in der Rentenversicherung (vgl. §§ 213 ff. SGB VI), weil hier auch sog. versicherungsfremde Leistungen zu finanzieren sind, und in der landwirtschaftlichen Sozialversicherung (vgl. etwa § 78 Gesetz über die Alterssicherung der Landwirte [ALG]).⁴

§ 21 SGB IV verpflichtet die Versicherungsträger, die Beiträge, soweit sie von ihnen – und nicht vom Gesetzgeber selbst – festzusetzen sind, so zu bemessen, dass die Beiträge zusammen mit den anderen Einnahmen die gesetzlich vorgeschriebenen und zugelassenen Ausgaben des Versicherungsträgers decken und sicherstellen, dass die gesetzlich vorgeschriebenen und zugelassenen Betriebsmittel und Rücklagen bereitgehalten werden können. Relevanz kommt dem nur in der gesetzlichen Krankenversicherung (teilweise) und der gesetzlichen Unfallversicherung zu, weil ansonsten die Beitragsfestsetzung durch den Gesetzgeber erfolgt. Auch im Bereich der Kranken- und der Unfallversicherung wird § 21 SGB IV indes durch speziellere Regelungen ergänzt bzw. verdrängt.⁵

Die Sozialversicherungs- und die damit einhergehende Beitragspflicht stellen (eigenständige) **Eingriffe** in die **Berufsfreiheit** (Art. 12 Abs. 1 GG), jedenfalls aber in die **allgemeine Handlungsfreiheit** (Art. 2 Abs. 1 GG) der beitragspflichtigen Arbeitgeber und Arbeitnehmer dar,⁶ die aber vom BVerfG grundsätzlich und auch in den meisten Einzelfragen angesichts des Sozialstaatsprinzips des Grundgesetzes (Art. 20 Abs. 1 GG) stets gebilligt worden sind,⁷ zumal das BVerfG dem Gesetzgeber im Bereich des Sozialrechts regelmäßig einen weiten Gestaltungsspielraum einräumt.⁸

Durch **Beitragsleistungen erworbene Anwartschaften und Ansprüche** stellt das BVerfG unter bestimmten Voraussetzungen unter den **grundrechtlichen Schutz des Eigentums** aus Art. 14 Abs. 1 GG, wenn es sich um vermögenswerte Rechtspositionen handelt, die nach Art eines Ausschließlichkeitsrechts dem

Mrd. Euro (§ 221 Abs. 1 SGB V); zum Vergleich: Die Beitragseinnahmen der gesetzlichen Krankenkassen im Jahr 2015 betrugen 181,6 Mrd. Euro (Geschäftsbericht 2015 des GKV-Spitzenverbandes, S. 83 f.); siehe hierzu auch Ehlers/Fehling/Pünder-Kingreen, § 76 Rn. 49 ff.

4 Ehlers/Fehling/Pünder-Becker/Kingreen/Rixen, § 75 Rn. 75; Küttner-Schlegel, Sozialversicherungsbeiträge, Rn. 21.

5 jurisPK-SGB IV-Schlegel, § 21 Rn. 5.

6 BVerfG 18.2.1998, 1 BvR 1318/86 u. a., BVerfGE 97, 271, 286 m. w. N.; BVerfG 9.12.2003, 1 BvR 558/99, BVerfGE 109, 96, 109; vgl. auch Ruland/Becker/Axer-Axer, § 14 Rn. 2, 8, 55, 60.

7 Allgemein zur Rechtsprechung des BVerfG zum Sozialstaatsprinzip Kirchhof, NZS 2015, 1 ff.; Voßkuhle, SGB 2011, 181 ff.

8 Etwa BVerfG (K) 3.6.2014, 1 BvR 79/09, juris, Rn. 59, 79 m. w. N.

Rechtsträger privatnützig zugeordnet sind, auf nicht unerheblichen Eigenleistungen des Versicherten beruhen und seiner Existenzsicherung dienen.⁹

II. Versicherungs- und Beitragspflicht aufgrund abhängiger Beschäftigung

1. Grundsatz

- 5 Gegen Arbeitsentgelt Beschäftigte sind grundsätzlich versicherungspflichtig in der Arbeitslosenversicherung (§ 25 Abs. 1 Satz 1 SGB III), in der Krankenversicherung (§ 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V), in der Rentenversicherung (§ 1 Satz 1 Nr. 1 SGB VI) und in der Pflegeversicherung (§ 20 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB XI). In der Unfallversicherung sind ebenfalls unter anderem die Beschäftigten versichert (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 SGB VII).
- 6 Beschäftigung wird in § 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV als die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis, definiert. Die von der Rechtsprechung bereits seit den 1950er Jahren¹⁰ für die **Abgrenzung** abhängiger Beschäftigung von selbständiger Tätigkeit herangezogenen **Merkmale** – persönliche Abhängigkeit, Eingliederung in den Betrieb, Weisungsgebundenheit hinsichtlich Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung der Arbeit einerseits, eigenes Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft sowie die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit andererseits¹¹ – sind vom Gesetzgeber ab dem 1.1.1999 in § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB IV (ähnlich wie in § 84 Abs. 1 Satz 2 HGB, § 2 Abs. 2 Nr. 1 UStG und seit dem 1.4.2017 in § 611a Abs. 1 BGB), nach dem Anhaltspunkte für eine Beschäftigung eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers sind, teilweise positiviert worden, ohne dass damit abschließende Kriterien aufgestellt werden sollten.¹² Entsprechend greift die sozialgerichtliche Rechtsprechung noch heute auf die tradierten, allerdings unter ganz anderen wirtschaftlichen Rahmenbedingungen entwickelten Abgrenzungsmerkmale zurück. Freilich trägt die **objektive Beweislast** dafür, dass abhängige Beschäftigung vorliegt, derjenige, der dies im Rechtsstreit geltend macht, in Beitragsstreitigkeiten also regelmäßig die Sozial-

9 BVerfG 21.7.2010, 1 BvR 2530/05 u. a., BVerfGE 126, 369, 390 m. w. N.; siehe auch BeK-Sieckmann, Art. 14 Rn. 48 f.; speziell zur Pflegeversicherung Axer/Wiegand, SGB 2015, 477 ff.

10 Siehe etwa BSG 31.7.1958, 3 RK 46/55, BB 1958, 1312.

11 Etwa BSG 18.11.2015, B 12 KR 16/13 R, juris, Rn. 16 m. w. N.; zur Verfassungsmäßigkeit der Kriterien BVerfG (K) 20.5.1996, 1 BvR 21/96, juris, Rn. 6 ff.

12 Siehe die Begründung des Gesetzentwurfes auf BT-Drs. 14/1855, S. 6.

versicherungsträger.¹³ Das BSG hat in einer schon älteren Entscheidung zutreffend darauf hingewiesen, dass es keine gesetzliche Vermutung für das Vorliegen abhängiger Beschäftigung gibt und auch keine Beweislastumkehr zulasten desjenigen, der die Selbständigkeit behauptet.¹⁴

Bestehen auf Seiten des Arbeitgebers oder Arbeitnehmers Unklarheiten, ob ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis besteht, sollte eine **Statusfeststellungsentscheidung nach § 7a SGB IV**, für die die Deutsche Rentenversicherung Bund zuständig ist (siehe noch Rn. 21), beantragt werden (sog. fakultatives Anfrageverfahren).¹⁵ Die Einzugsstelle (siehe Rn. 20) hat einen solchen Antrag zu stellen, wenn sich aus der Meldung des Arbeitgebers (§ 28a SGB IV) ergibt, dass der Beschäftigte Ehegatte, Lebenspartner oder Abkömmling des Arbeitgebers oder geschäftsführender Gesellschafter einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist (sog. obligatorisches Anfrageverfahren).

2. Ausnahmen

a) Überschreiten der Jahresarbeitsentgeltgrenze

Trotz versicherungspflichtiger Beschäftigung ist derjenige **nicht in der gesetzlichen Krankenversicherung versicherungspflichtig**, sondern insoweit **versicherungsfrei**, dessen Jahresarbeitsentgelt die **Jahresarbeitsentgeltgrenze** regelmäßig übersteigt (§ 6 Abs. 1 Nr. 1 SGB V). Solche Personen sind allerdings gemäß § 193 Abs. 3 VVG verpflichtet, sich entweder freiwillig in der gesetzlichen Krankenversicherung oder bei einem privaten Krankenversicherer zu versichern. Entscheiden sie sich für eine freiwillige Mitgliedschaft in der gesetzlichen Krankenversicherung, sind sie gemäß § 20 Abs. 3 SGB XI **in der sozialen Pflegeversicherung versicherungspflichtig**, können sich aber gemäß § 22 Abs. 1 SGB XI beim Nachweis entsprechenden Versicherungsschutzes bei einem privaten Versicherungsunternehmen von der Versicherungspflicht befreien lassen. Haben sie sich für eine private Krankenversicherung entschieden, müssen sie sich auch **privat pflegeversichern** (§ 23 Abs. 1 und 2 SGB XI).

Das **maßgebende regelmäßige Arbeitsentgelt** ist das Arbeitsentgelt, auf das jemand im Laufe des auf den Beurteilungszeitpunkt folgenden Jahres (nicht notwendig des Kalenderjahres) einen Anspruch hat oder das ihm sonst mit hinrei-

13 BSG 24.10.1978, 12 RK 58/76, juris, Rn. 14; LSG Baden-Württemberg 14.10.2015, L 4 R 3874/14, juris, Rn. 51.

14 BSG 24.10.1978, 12 RK 58/76, juris, Rn. 14; ebenso LSG Baden-Württemberg 14.10.2015, L 4 R 3874/14, juris, Rn. 51.

15 Zu verfahrensrechtlichen Problemen des § 7a SGB IV *Berchtold*, NZS 2014, 885 ff.; *Merten*, SGB 2010, 271 ff.

chender Sicherheit zufließen wird;¹⁶ bei schwankenden Bezügen ist zu schätzen.¹⁷ Überschreitet ein bislang Versicherungspflichtiger erstmals die Jahresarbeitsentgeltgrenze, endet die Versicherungspflicht mit Ablauf des Kalenderjahres, in dem sie überschritten wird (§ 6 Abs. 4 Satz 1 SGB V). Dies gilt nicht, wenn das Entgelt die vom Beginn des nächsten Kalenderjahres an geltende Jahresarbeitsentgeltgrenze nicht übersteigt (§ 6 Abs. 4 Satz 2 SGB V). Bei rückwirkender Erhöhung des Entgelts endet die Versicherungspflicht mit Ablauf des Kalenderjahres, in dem der Anspruch auf das erhöhte Entgelt entstanden ist (§ 6 Abs. 4 Satz 3 SGB V).

- 10** Die **Jahresarbeitsentgeltgrenze** betrug im Jahr 2003 45.900 Euro (§ 6 Abs. 6 Satz 1 SGB V). Sie ändert sich seitdem zum 1. Januar eines jeden Jahres in dem Verhältnis, in dem die Bruttolöhne und -gehälter je Arbeitnehmer (§ 68 Abs. 2 Satz 1 SGB VI) im vergangenen Kalenderjahr zu den entsprechenden Bruttolöhnen und -gehältern im vorvergangenen Kalenderjahr stehen (§ 6 Abs. 6 Satz 2 SGB V). Die Bundesregierung setzt die Jahresarbeitsentgeltgrenze in der Rechtsverordnung nach § 160 SGB VI fest. Sie beträgt im Jahr 2019 60.750 Euro.¹⁸ Aus Vertrauensschutzgesichtspunkten gilt gemäß § 6 Abs. 7 SGB V für Arbeiter und Angestellte, die am 31.12.2002 wegen Überschreitens der an diesem Tag geltenden Jahresarbeitsentgeltgrenze versicherungsfrei und bei einem privaten Krankenversicherungsunternehmen in einer substitutiven Krankenversicherung versichert waren, eine niedrigere Jahresarbeitsentgeltgrenze. Sie beträgt im Jahr 2019 54.450 Euro.¹⁹
- 11** In der **Arbeitslosen- und in der Rentenversicherung** besteht Versicherungspflicht, unabhängig von der Höhe des erzielten Arbeitsentgeltes; hier greifen Beitragsbemessungsgrenzen lediglich hinsichtlich der Höhe des zu entrichtenden Beitrages ein (s. Rn. 46, 48).

b) Hauptberufliche Selbständigkeit

- 12** An sich versicherungspflichtig beschäftigte Personen sind – vorbehaltlich des Auffangtatbestandes nach § 5 Abs. 1 Nr. 13 SGB V – nicht in der Krankenversicherung versicherungspflichtig, wenn sie hauptberuflich selbständig sind (§ 5 Abs. 5 Satz 1 SGB V); Gleiches gilt aufgrund § 20 Abs. 1 Satz 1 SGB XI für die soziale Pflegeversicherung. Ob die selbständige Tätigkeit im Vergleich zur ab-

16 LSG Baden-Württemberg 16.10.2012, L 11 KR 5514/11, juris, Rn. 30; LSG Nordrhein-Westfalen 20.2.2013, L 8 R 920/10, juris, Rn. 89.

17 BSG 30.6.1965, GS 2/64, BSGE 23, 129, 131.

18 § 4 Abs. 1 der Verordnung über maßgebende Rechengrößen der Sozialversicherung für 2019 (Sozialversicherungs-Rechengrößenverordnung 2019) vom 27.11.2018, BGBl. I, S. 2024.

19 § 4 Abs. 2 Sozialversicherungs-Rechengrößenverordnung 2019 vom 27.11.2018, BGBl. I, S. 2024.

hängigen Beschäftigung hauptberuflich ausgeübt wird, ist anhand ihrer wirtschaftlichen Bedeutung und ihres zeitlichen Umfangs zu beurteilen.²⁰ Bei Personen, die im Zusammenhang mit ihrer selbständigen Erwerbstätigkeit regelmäßig mindestens einen Arbeitnehmer mehr als geringfügig beschäftigen, wird seit dem 23.7.2015 gemäß § 5 Abs. 5 Satz 2 SGB V (widerleglich²¹) vermutet, dass sie hauptberuflich selbständig erwerbstätig sind;²² als Arbeitnehmer gelten für Gesellschafter auch die Arbeitnehmer der Gesellschaft.

c) Geringfügige Beschäftigung

Sonderregelungen gibt es zudem bei geringfügigen Beschäftigungen. Eine geringfügige Beschäftigung liegt nach § 8 Abs. 1 SGB IV vor, wenn das Arbeitsentgelt aus dieser Beschäftigung regelmäßig im Monat 450 Euro (seit dem 1.1.2013) nicht übersteigt (Nr. 1 – **Entgeltgeringfügigkeit**) oder die Beschäftigung innerhalb eines Kalenderjahres auf längstens zwei Monate oder 50 Arbeitstage nach ihrer Eigenart begrenzt zu sein pflegt oder im Voraus vertraglich begrenzt ist, es sei denn, dass die Beschäftigung berufsmäßig ausgeübt wird und ihr Entgelt 450 Euro im Monat übersteigt (Nr. 2 – **Zeitgeringfügigkeit**).²³ § 8 Abs. 2 SGB IV regelt die Behandlung mehrerer geringfügiger Beschäftigungen sowie das Zusammentreffen von geringfügiger und nicht geringfügiger Beschäftigung.

Geringfügig Beschäftigte sind gemäß § 27 Abs. 2 Satz 1 SGB III und § 7 SGB V (grundsätzlich²⁴) **versicherungsfrei** in der gesetzlichen **Arbeitslosenversicherung** und der gesetzlichen **Krankenversicherung**. Für die soziale **Pflegeversicherung** folgt die Versicherungsfreiheit aus der Versicherungsfreiheit in der gesetzlichen Krankenversicherung (vgl. § 20 Abs. 1 Satz 1 SGB XI).²⁵

Trotz der Versicherungsfreiheit hat der Arbeitgeber für entgeltgeringfügig Beschäftigte, die aus anderen Gründen (insbesondere als Rentner, Studenten oder als Familienangehörige)²⁶ gesetzlich krankenversichert sind, in der **Krankenversicherung** sog. **Pauschalbeiträge** in Höhe von 13 Prozent des Arbeitsentgeltes, bei Beschäftigten in Privathaushalten in Höhe von fünf Prozent, zu entrichten (§ 249b SGB V). Diese Pauschalbeiträge sind an den Gesundheitsfonds bzw. bei

20 Dazu Hedermann, NZS 2016, 8 ff. m. w. N.

21 Begründung des Gesetzentwurfes auf BT-Drs. 18/4095, S. 71; jurisPK-SGB V-Felix, § 5 Rn. 111; Hedermann, NZS 2016, 8, 11.

22 Kritisch zu dieser gesetzlichen Vermutungsregelung Hedermann, NZS 2016, 8, 11 f.

23 Zur Abgrenzung entgeltgeringfügiger von zeitgeringfügiger Beschäftigung und zum Merkmal der Regelmäßigkeit bei entgeltgeringfügiger Beschäftigung BSG 5.12.2017, B 12 KR 16/15 R, juris, Rn. 11 ff.

24 Zu Rückausnahmen § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB V.

25 Für analoge Anwendung des § 7 SGB IV jurisPK-SGB IV-Schlegel, § 8 Rn. 21.

26 Zum Anwendungsbereich etwa jurisPK-SGB V-Propp, § 249b Rn. 35 ff.

Versicherten in der landwirtschaftlichen Versicherung an die Sozialversicherung für Landwirtschaft, Forsten und Gartenbau weiterzuleiten (§ 28k Abs. 2 Satz 1 SGB IV).

- 16 In der gesetzlichen **Rentenversicherung** besteht Versicherungsfreiheit nur bei zeitgeringfügiger Beschäftigung, hingegen besteht seit dem 1.1.2013 bei entgeltgeringfügiger Beschäftigung grundsätzlich Versicherungspflicht, wobei der Arbeitgeber in diesem Fall einen Beitrag in Höhe von 15 Prozent (bei Beschäftigung in Privathaushalten fünf Prozent) des Arbeitsentgeltes, den Rest bis zum gesetzlichen Rentenbeitragssatz der Arbeitnehmer trägt (§ 168 Abs. 1 Nr. 1b und 1c SGB VI). Entgeltgeringfügig Beschäftigte können sich allerdings von der Versicherungspflicht befreien lassen (§ 6 Abs. 1b SGB VI). Dann trägt der Arbeitgeber (allein) einen Pauschalbeitrag in Höhe von 15 Prozent (Privathaushalte fünf Prozent).

d) Weitere Ausnahmen

- 17 Weitere bereichsspezifische Anordnungen der Versicherungsfreiheit abhängiger Beschäftigungen enthalten insbesondere § 27 Abs. 1 und Abs. 3 bis 5 SGB III für den Bereich der Arbeitsförderung, § 6 SGB V für die Krankenversicherung, § 5 Abs. 1, 3 und 4 SGB VI für die Rentenversicherung sowie § 4 SGB VII für die Unfallversicherung. Dies betrifft in der Rentenversicherung (unter bestimmten Voraussetzungen) etwa **Beamte** (§ 5 Abs. 1 SGB VI) und **Altersvollrentner** (§ 5 Abs. 4 Nr. 1 SGB VI). Die Versicherungspflicht in der Pflegeversicherung ist akzessorisch zu derjenigen in der Krankenversicherung (§ 20 Abs. 1 Satz 1 SGB XI), sodass sich die Versicherungsfreiheit in der Krankenversicherung grundsätzlich (s. Rn. 8) auch auf die Pflegeversicherung auswirkt.

III. Begriffe: Beiträge und Umlagen

- 18 § 28d Satz 1 SGB IV bestimmt, dass die Beiträge in der Kranken- oder Rentenversicherung für einen kraft Gesetzes versicherten Beschäftigten sowie der Beitrag aus Arbeitsentgelt aus einer versicherungspflichtigen Beschäftigung nach dem Recht der Arbeitsförderung als **Gesamtsozialversicherungsbeitrag** gezahlt werden (vgl. auch § 348 Abs. 2 SGB III, § 253 SGB V, § 174 Abs. 1 SGB VI, § 60 Abs. 1 Satz 2 SGB XI). Dies gilt auch für den Beitrag zur Pflegeversicherung für einen in der Krankenversicherung kraft Gesetzes versicherten Beschäftigten (§ 28d Satz 2 SGB IV).²⁷

27 Die nicht nach dem Arbeitsentgelt zu bemessenden Beiträge in der landwirtschaftlichen Krankenversicherung für einen kraft Gesetzes versicherten Beschäftigten gelten zusammen mit den Beiträgen zur Rentenversicherung und Arbeitsförderung im Sinne des Satzes 1 ebenfalls als Gesamtsozialversicherungsbeitrag (§ 28d Satz 3 SGB IV).

Sonstige Beiträge sind die Beiträge zur gesetzlichen Unfallversicherung. Hinzu kommen noch die **Umlagen** gemäß dem Gesetz über den Ausgleich der Arbeitgeberaufwendungen für Entgeltfortzahlung (Aufwendungsausgleichsgesetz – AAG) für die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall (U1-Verfahren) und die Mutterschaftsaufwendungen (U2-Verfahren). Mit den Umlagen werden die Aufwendungen von sog. Kleinbetrieben (Betriebe, die regelmäßig nicht mehr als 30 Arbeitnehmer ausschließlich der zu ihrer Ausbildung Beschäftigten beschäftigen) nach dem EFZG (teilweise) und dem MuSchG finanziert. Die Krankenkassen mit Ausnahme der landwirtschaftlichen Krankenkassen erstatten diesen Kleinbetrieben ihre diesbezüglichen Aufwendungen.²⁸ Eine dritte Umlage ist die in den §§ 358 ff. SGB III geregelte **Umlage für das Insolvenzgeld**. 19

IV. Zuständigkeiten

1. Gesamtsozialversicherungsbeitrag

Einzugsstellen für den Gesamtsozialversicherungsbeitrag (s. Rn. 18) sind die Krankenkassen (§ 28h Abs. 1 Satz 1 SGB IV), also im konkreten Fall die Krankenkasse, bei der der betroffene Beschäftigte krankenversichert ist (§ 28i Satz 1 SGB IV). Für Beschäftigte, die – etwa wegen Überschreitung der Jahresarbeitsentgeltgrenze (s. Rn. 8 ff.) – bei keiner Krankenkasse versichert sind, werden Beiträge zur Rentenversicherung und zur Arbeitsförderung an die Einzugsstelle gezahlt, die der Arbeitgeber in entsprechender Anwendung des § 175 Abs. 3 Satz 2 SGB V gewählt hat (§ 28i Satz 2 SGB IV). Bei geringfügig Beschäftigten (s. Rn. 13 ff.) ist Einzugsstelle die Deutsche Rentenversicherung Knappschaft-Bahn-See (§ 28i Satz 5 SGB IV). 20

Die Einzugsstelle überwacht die Einreichung des Beitragsnachweises und die Zahlung des Gesamtsozialversicherungsbeitrags (§ 28h Abs. 1 Satz 2 SGB IV), sie hat Beitragsansprüche, die nicht rechtzeitig erfüllt worden sind, geltend zu machen (§ 28h Abs. 1 Satz 3 SGB IV) und sie entscheidet über die Versicherungspflicht und Beitragshöhe in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung und erlässt insofern auch den Widerspruchsbescheid (§ 28h Abs. 2 Satz 1 SGB IV). Die Zuständigkeit für die Feststellung der Versicherungspflicht wird durch die **Zuständigkeit der Deutschen Rentenversicherung Bund** verdrängt, wenn ein **Statusfeststellungsverfahren** nach § 7a SGB IV anhängig ist,²⁹ und durch die Zuständigkeit des jeweils regional zuständigen Trägers der Rentenversicherung im Rahmen der in § 28p SGB IV geregelten, mindestens alle vier Jahre durchzuführenden Prüfungen bei den Arbeitgebern (s. Rn. 60 ff.).³⁰ 21

²⁸ Dazu näher Küttner-Ruppelt, Kleinbetrieb, Rn. 17 ff.

²⁹ Siehe jurisPK-SGB IV-Scheer, § 28h Rn. 75 ff.

³⁰ Etwa BSG 28.5.2015, B 12 R 16/13 R, juris, Rn. 23.

2. Umlagen

- 22 Zuständig für die Durchführung der **Umlageverfahren nach dem AAG** (s. Rn. 19) ist die Krankenkasse, bei der der Arbeitnehmer, der Auszubildende oder die nach § 11 oder § 14 Abs. 1 MuSchG anspruchsberechtigten Frauen versichert sind (§ 2 Abs. 1 Satz 1 AAG). Für geringfügig Beschäftigte (s. Rn. 13 ff.) ist zuständige Krankenkasse die Deutsche Rentenversicherung Knappschaft-Bahn-See als Trägerin der knappschaftlichen Krankenversicherung (§ 2 Abs. 1 Satz 2 AAG). Für Arbeitnehmer, die nicht Mitglied einer Krankenkasse sind, gilt § 175 Abs. 3 Satz 2 SGB V, also das Wahlrecht des Arbeitgebers, entsprechend (§ 2 Abs. 1 Satz 3 AAG).
- 23 Die **Insolvenzgeldumlage** ist zusammen mit dem Gesamtsozialversicherungsbeitrag an die Einzugsstelle zu zahlen (§ 359 Abs. 1 Satz 1 SGB III). Die Einzugsstelle leitet die Umlage einschließlich der Zinsen und Säumniszuschläge arbeitstäglich an die Bundesagentur weiter (§ 359 Abs. 2 SGB III).

3. Beitrag zur Unfallversicherung

- 24 Die Beiträge zur Unfallversicherung sind an den jeweils zuständigen Träger der Unfallversicherung zu entrichten, der auch für den Erlass der Beitragsbescheide zuständig ist (s. Rn. 34).

V. Gegenstand der Verbeitragung

1. Gesamtsozialversicherungsbeitrag

- 25 Der Höhe nach bestimmt sich der geschuldete Gesamtsozialversicherungsbeitrag in allen Zweigen der Sozialversicherung einschließlich dem Recht der Arbeitsförderung nach dem **Arbeitsentgelt** aus der versicherungspflichtigen Beschäftigung (§ 226 Abs. 1 Satz 1 SGB V, § 161 Abs. 1, § 162 Nr. 2 SGB VI, § 57 Abs. 1 SGB XI, § 341 Abs. 3 Satz 1, § 342 SGB III, § 358 Abs. 2 Satz 1 SGB III). § 14 Abs. 1 Satz 1 SGB IV definiert Arbeitsentgelt als **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. Arbeitsentgelt sind nach § 14 Abs. 1 Satz 2 SGB IV auch alle Entgeltteile, die durch Entgeltumwandlung nach § 1 Abs. 2 Nr. 3 des Betriebsrentengesetzes für betriebliche Altersversorgung (BetrAVG) in den Durchführungswegen Direktzusage oder Unterstützungskasse verwendet werden, soweit sie vier vom Hundert der jährlichen Beitragsbemessungsgrenze der allgemeinen Rentenversicherung übersteigen.

Ist ein **Nettoarbeitsentgelt** vereinbart, gelten gemäß § 14 Abs. 2 Satz 1 SGB IV als Arbeitsentgelt die Einnahmen des Beschäftigten einschließlich der darauf entfallenden Steuern und der seinem gesetzlichen Anteil entsprechenden Beiträge zur Sozialversicherung und zur Arbeitsförderung. Sind bei illegalen Beschäftigungsverhältnissen Steuern und Beiträge zur Sozialversicherung und zur Arbeitsförderung nicht gezahlt worden, gilt ein Nettoarbeitsentgelt als vereinbart (§ 14 Abs. 2 Satz 2 SGB IV). Diese **Nettolohnfiktion** kann zu einer erheblichen Beitragsmehrbelastung des Arbeitgebers führen.³¹ **26**

§ 1 der gemäß § 17 Abs. 1 Satz 1 SGB IV erlassenen **Sozialversicherungsentgeltverordnung (SvEV)**³² listet dem Arbeitsentgelt nicht zuzurechnende Zuwendungen auf, §§ 2 und 3 SvEV regeln die Berücksichtigung von **Sachbezügen** (s. Kap. 23). Die Verordnungsermächtigung gibt dabei vor, eine möglichst weitgehende Übereinstimmung mit den Regelungen des Steuerrechts sicherzustellen (§ 17 Abs. 1 Satz 2 SGB IV). **27**

2. Umlagen

Auch die **Umlagen** sind jeweils in einem **Prozentsatz des Arbeitsentgelts** (Umlagesatz) festzusetzen, nach dem die Beiträge zur gesetzlichen Rentenversicherung für die im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer und Auszubildenden bemessen werden oder bei Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung zu bemessen wären (§ 7 Abs. 2 Satz 1 AAG, § 358 Abs. 2 Sätze 2 und 3 SGB III; s. Rn. 38). **28**

3. Beitrag zur Unfallversicherung

Berechnungsgrundlagen für die Beiträge zur Unfallversicherung sind gemäß § 153 Abs. 1 SGB VII grundsätzlich der Finanzbedarf (Umlagesoll), die Arbeitsentgelte der Versicherten und die Gefahrklassen. Dabei wird das Arbeitsentgelt der Versicherten bis zur Höhe des Höchstjahresarbeitsverdienstes (§ 85 Abs. 2 SGB VII) zugrunde gelegt (§ 153 Abs. 2 SGB VII).³³ Die Satzung kann bestimmen, dass die Beiträge nicht nach Arbeitsentgelten, sondern nach der **29**

³¹ Dazu *Zieglmeier*, NJW 2015, 1914, 1915 ff.

³² Art. 1 der Verordnung zur Neuordnung der Regelungen über die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung von Zuwendungen des Arbeitgebers als Arbeitsentgelt vom 21.12.2006, BGBl. I, S. 3385, zuletzt geändert durch Art. 1 der Verordnung vom 6.11.2018, BGBl. I, S. 1842.

³³ Gemäß § 153 Abs. 3 SGB VII kann die Satzung bestimmen, dass der Beitragsberechnung mindestens das Arbeitsentgelt in Höhe des Mindestjahresarbeitsverdienstes für Versicherte, die das 18. Lebensjahr vollendet haben, zugrunde gelegt wird. Waren die Versicherten nicht während des ganzen Kalenderjahres oder nicht ganzjährig beschäftigt, wird ein entsprechender Teil dieses Betrages zugrunde gelegt.

Kap. 40 Arbeitsentgelt und Sozialversicherungsbeitragsrecht

Zahl der Versicherten unter Berücksichtigung der Gefährdungsrisiken berechnet werden (§ 155 Satz 1 SGB VII), oder dass das für die Berechnung der Beiträge maßgebende Arbeitsentgelt nach der Zahl der geleisteten Arbeitsstunden oder den für die jeweiligen Arbeiten nach allgemeinen Erfahrungswerten durchschnittlich aufzuwendenden Arbeitsstunden berechnet wird; als Entgelt für die Arbeitsstunde kann höchstens der 2.100. Teil der Bezugsgröße (§ 18 SGB IV) bestimmt werden (§ 156 SGB VII).

- 30 Die gewerblichen Berufsgenossenschaften haben unter Berücksichtigung der anzuzeigenden Versicherungsfälle **Zuschläge** aufzuerlegen oder **Nachlässe** zu bewilligen, wobei Wegeunfälle dabei außer Ansatz bleiben (§ 162 Abs. 1 Satz 1 SGB VII). Dabei besteht entgegen der herrschenden Meinung die Verpflichtung zu kombinierten Nachlass-Zuschlags-Verfahren; die bloße Möglichkeit von Beitragszuschlägen ohne Möglichkeit von Nachlässen reicht nicht aus.³⁴

VI. Entstehen und Fälligkeit des Beitragsanspruchs

1. Gesamtsozialversicherungsbeitrag

- 31 Gemäß § 22 Abs. 1 Satz 1 SGB IV entstehen die Beitragsansprüche der Versicherungsträger, sobald ihre im Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes bestimmten Voraussetzungen vorliegen. Es bedarf also keiner gesonderten Feststellung der Beitragspflicht durch Verwaltungsakt. Die **Entstehung der Beitragspflicht** ist grundsätzlich unabhängig davon, ob das geschuldete Arbeitsentgelt tatsächlich gezahlt wird, also dem Arbeitnehmer zufließt.³⁵ Etwas Anderes gilt insbesondere bei einmalig gezahltem Arbeitsentgelt sowie bei Arbeitsentgelt, das aus Arbeitszeitguthaben abgeleiteten Entgeltguthaben errechnet wird; insofern entstehen Beitragsansprüche erst mit Auszahlung des Arbeitsentgeltes (§ 22 Abs. 1 Satz 2 SGB IV).
- 32 Die **Fälligkeit der Beitragsansprüche** regelt § 23 SGB IV. Beiträge, die nach dem Arbeitsentgelt zu bemessen sind, sind in voraussichtlicher Höhe der Beitragsschuld spätestens am drittletzten Bankarbeitstag des Monats fällig, in dem die Beschäftigung, mit der das Arbeitsentgelt erzielt wird, ausgeübt worden ist oder als ausgeübt gilt; ein verbleibender Restbeitrag wird zum drittletzten Bankarbeitstag des Folgemonats fällig (§ 23 Abs. 1 Satz 2 SGB IV).³⁶

34 Dazu eingehend SG Reutlingen 5.6.2007, S 2 U 1791/06, juris, Rn. 16 ff.; aufgehoben durch LSG Baden-Württemberg 30.6.2008, L 1 U 3732/07, juris, Rn. 32 ff. m. w. N.; wie hier auch *Eßling*, NZS 2005, 359, 361.

35 BSG 26.10.1982, 12 RK 8/81, BSGE 54, 136, 137 ff.; BSG 16.11.1985, 12 RK 51/83, BSGE 59, 183, 189; BSG 21.5.1996, 12 RK 64/94, BSGE 78, 224, 226.

36 Der Arbeitgeber kann abweichend von Satz 2 den Betrag in Höhe der Beiträge des Vormonats zahlen, wenn Änderungen der Beitragsabrechnung regelmäßig durch Mitarbeiterwechsel oder variable Entgeltbestandteile dies erfordern; für einen verbleibenden

2. Umlagen

Die Umlagen sind zusammen mit dem Gesamtsozialversicherungsbeitrag an die Einzugsstelle zu zahlen: Die für den Gesamtsozialversicherungsbeitrag geltenden Vorschriften des SGB IV finden auf die Insolvenzgeldumlage grundsätzlich entsprechende Anwendung (§ 359 Abs. 1 Satz 2 SGB III); das Gleiche gilt durch die Anordnung der entsprechenden Anwendung der für die gesetzliche Krankenversicherung geltenden Vorschriften in § 10 AAG für die Umlagen U1 und U2 (s. Rn. 19). **33**

3. Beitrag zur Unfallversicherung

Anders als der Gesamtsozialversicherungsbeitrag wird der Beitrag zur Unfallversicherung grundsätzlich durch schriftlichen **Beitragsbescheid** festgesetzt; § 168 Abs. 1 SGB VII spricht insofern von schriftlicher Mitteilung, § 168 Abs. 2 SGB VII von „Beitragsbescheid“. Der Sache nach handelt es sich in jedem Fall um einen Verwaltungsakt.³⁷ Geschuldete Beiträge der Unfallversicherung werden am 15. des Monats fällig, der dem Monat folgt, in dem der Beitragsbescheid dem Zahlungspflichtigen bekannt gegeben worden ist (§ 23 Abs. 3 Satz 1 SGB IV). Die Satzung des Unfallversicherungsträgers kann allerdings auch bestimmen, dass die Unternehmer ihren Beitrag selbst zu errechnen haben, und das Verfahren und die Fälligkeit des Beitrages regeln (§ 168 Abs. 3 SGB VII). **34**

VII. Beitragssatz und Beitragstragung

Die Beitragssätze werden zumeist durch Parlamentsgesetz oder aufgrund eines Parlamentsgesetzes durch Rechtsverordnung geregelt, in der Krankenversicherung teilweise und in der Unfallversicherung vollständig aber der Festlegung durch die Sozialversicherungsträger überlassen. Ebenfalls durch Gesetz ist die Beitragstragung geregelt, also die Frage, wer – Arbeitgeber oder Beschäftigter – zu welchem Anteil die Beiträge zu tragen hat. Davon zu unterscheiden ist, wer die Beitragszahlung schuldet (s. Rn. 50 ff.). **35**

1. Arbeitsförderung

Der Beitragssatz zur Arbeitslosenversicherung betrug seit dem 1.1.2011 3,0 Prozent und beträgt seit dem 1.1.2019 2,6 Prozent (§ 341 Abs. 2 SGB III). Die Beiträge sind von den versicherungspflichtigen Beschäftigten und den Arbeitgebern je zur Hälfte zu tragen (§ 346 Abs. 1 Satz 1 SGB III). Der Arbeitgeber trägt die **36**

Restbetrag bleibt es bei der Fälligkeit zum drittletzten Bankarbeitstag des Folgemonats (§ 23 Abs. 1 Satz 3 SGB IV).

37 jurisPK-SGB VII-Ertel/Niemann, § 168 Rn. 9.

Beiträge allein für Auszubildende, die in einer außerbetrieblichen Einrichtung im Rahmen eines Berufsausbildungsvertrages nach dem Berufsbildungsgesetz ausgebildet werden (§ 346 Abs. 1b SGB III), und für behinderte Menschen, die in einer anerkannten Werkstatt für behinderte Menschen oder in einer Blindenwerkstätte im Sinne des § 143 SGB IX beschäftigt sind und deren monatliches Bruttoarbeitsentgelt ein Fünftel der monatlichen Bezugsgröße (§ 18 SGB IV) nicht übersteigt.

2. Krankenversicherung

- 37 Der allgemeine Beitragssatz in der Krankenversicherung, der (auch) für versicherungspflichtige Beschäftigte gilt, wird durch Gesetz geregelt und beträgt seit dem 1.1.2015 14,6 Prozent der beitragspflichtigen Einnahmen der Mitglieder (§ 241 SGB V). Versicherungspflichtige Beschäftigte und ihre Arbeitgeber tragen die nach dem Arbeitsentgelt zu bemessenden Beiträge jeweils zur Hälfte (§ 249 Abs. 1 Satz 1 SGB V).³⁸ § 242 Abs. 1 Satz 1 SGB V ermächtigt die Krankenkassen, in ihren Satzungen zu bestimmen, dass von ihren Mitgliedern ein einkommensabhängiger Zusatzbeitrag erhoben wird, soweit der Finanzbedarf einer Krankenkasse durch die Zuweisungen aus dem Gesundheitsfonds³⁹ (§§ 266, 270 SGB V) nicht gedeckt ist (kassenindividueller Zusatzbeitrag).⁴⁰ Dieser Zusatzbeitrag war bis zum 31.12.2018 nur von den Versicherten zu tragen; seit dem 1.1.2019 unterliegt auch er der paritätischen Beitragstragung.

3. Rentenversicherung

- 38 Der Beitragssatz zur Rentenversicherung wird aufgrund der Ermächtigung in § 160 Nr. 1 SGB VI von der Bundesregierung durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrats festgesetzt. Er beträgt seit dem 1.1.2018 in der allgemeinen Rentenversicherung 18,6 Prozent⁴¹ und wird von dem Beschäftigten und dem Arbeitgeber **je zur Hälfte** getragen (§ 168 Abs. 1 Nr. 1 SGB VI). In der knappschaftlichen Rentenversicherung⁴² haben die Beschäftigten den Beitrag in

38 Anderes gilt für Beiträge, die nicht auf Arbeitsentgelt gezahlt werden. Siehe hierzu §§ 226 ff. SGB V.

39 Dazu etwa Sodan-Kluckert, § 39.

40 Dazu auch Mecke, SGB 2016, 61, 68; eingeschränkt durch § 242 Abs. 1 Satz 2 SGB V in der seit dem 1.1.2019 geltenden Fassung.

41 § 1 Verordnung zur Bestimmung der Beitragssätze in der gesetzlichen Rentenversicherung für das Jahr 2018 (Beitragssatzverordnung 2018) vom 18.12.2017, BGBl. I, S. 3976.

42 In der knappschaftlichen Rentenversicherung ist versichert, wer (1.) in einem knappschaftlichen Betrieb beschäftigt ist, (2.) ausschließlich oder überwiegend knappschaftliche Arbeiten verrichtet oder (3.) bei Arbeitnehmerorganisationen oder Arbeitgeberorganisationen, die berufsständische Interessen des Bergbaus wahrnehmen, oder bei

der Höhe des Vomhundertsatzes zu tragen, den sie zu tragen hätten, wenn sie in der allgemeinen Rentenversicherung versichert wären, also derzeit in Höhe von 9,3 Prozent; im Übrigen tragen die Arbeitgeber die Beiträge (§ 168 Abs. 3 SGB VI), derzeit in Höhe von 15,4 Prozent.⁴³ Abweichende Regelungen über die Beitragstragungen gibt es insbesondere bei geringfügig Beschäftigten (s. Rn. 15 f.).

4. Pflegeversicherung

Der Beitragssatz in der gesetzlichen Pflegeversicherung betrug seit dem 1.1.2017 2,55 Prozent (zuvor 2,35 Prozent) und beträgt seit dem 1.1.2019 3,05 Prozent der beitragspflichtigen Einnahmen der Mitglieder (§ 55 Abs. 1 SGB XI). In Umsetzung eines Urteils des BVerfG⁴⁴ wird zudem seit dem 1.1.2005 ein Beitragszuschlag für Kinderlose erhoben, die das 23. Lebensjahr vollendet haben. Er beträgt derzeit 0,25 Beitragssatzpunkte (§ 55 Abs. 3 Satz 1 SGB XI).

Die versicherungspflichtig Beschäftigten und ihre Arbeitgeber tragen die nach dem Arbeitsentgelt zu bemessenen Beiträge **jeweils zur Hälfte** (§ 58 Abs. 1 Satz 1 SGB XI), den Beitragszuschlag für Kinderlose jedoch die Beschäftigten **allein** (§ 58 Abs. 1 Satz 3 SGB XI). **40**

5. Umlagen

Der Umlagesatz für das Insolvenzgeld beträgt 0,15 Prozent (§ 360 SGB III). Die Höhe der Umlagesätze für die Umlagen 1 und 2 nach dem AAG werden in den Satzungen der Krankenkassen geregelt (§ 9 Abs. 1 Nr. 1 AAG). Die Umlagen werden von den **Arbeitgebern allein** getragen (§ 7 Abs. 1 AAG; § 358 Abs. 1 Satz 1 SGB III). **41**

6. Unfallversicherung

Die Beiträge zur Unfallversicherung werden von den **Arbeitgebern allein** getragen.⁴⁵ Die Beiträge werden nach Ablauf des Kalenderjahres, in dem die Beitragsansprüche dem Grunde nach entstanden sind, im Wege der Umlage festgesetzt **42**

den Bergämtern, Oberbergämtern oder bergmännischen Prüfstellen, Forschungsstellen oder Rettungsstellen beschäftigt ist und für ihn vor Aufnahme dieser Beschäftigung für fünf Jahre Beiträge zur knappschaftlichen Rentenversicherung gezahlt worden sind (§ 133 SGB VI).

43 Vgl. § 1 Beitragssatzverordnung 2018 vom 18.12.2017, BGBl. I, S. 3976.

44 BVerfG 3.4.2001, 1 BvR 1629/94, BVerfGE 103, 242, 263 ff.; dazu etwa *Estelmann*, SGB 2002, 245 ff.; *Kingreen*, JZ 2004, 938 ff.; Ehlers/Fehling/Pünder-Rixen, § 77 Rn. 20 ff., Letzterer mit dem Vorwurf des judicial activism gegenüber dem BVerfG.

45 Dazu und generell zur Finanzierung der Unfallversicherung *Möller*, VSSR 2014, 219, 228 ff.

Kap. 40 Arbeitsentgelt und Sozialversicherungsbeitragsrecht

(§ 152 Abs. 1 Satz 1 SGB VII). Die Umlage muss den Bedarf des abgelaufenen Kalenderjahres einschließlich der zur Ansammlung der Rücklage sowie des Verwaltungsvermögens nötigen Beträge decken (§ 152 Abs. 1 Satz 2 SGB VII). Darüber hinaus dürfen Beiträge nur zur Zuführung zu den Betriebsmitteln erhoben werden (§ 152 Abs. 1 Satz 3 SGB VII).

7. Ausnahmen

- 43 Von den dargestellten grundsätzlichen Regelungen zur Beitragstragung gibt es **verschiedene allgemeine und bereichsspezifische Ausnahmen**. So trägt beispielsweise der Arbeitgeber den Gesamtsozialversicherungsbeitrag allein, wenn Versicherte, die zu ihrer Berufsausbildung beschäftigt sind, ein Arbeitsentgelt erzielen, das auf den Monat bezogen 325 Euro nicht übersteigt, oder Versicherte ein freiwilliges soziales Jahr oder ein freiwilliges ökologisches Jahr im Sinne des Jugendfreiwilligendienstgesetzes oder einen Bundesfreiwilligendienst nach dem Bundesfreiwilligendienstgesetz leisten (§ 20 Abs. 3 Satz 1 SGB IV).
- 44 Bei Arbeitnehmern, deren monatliches Arbeitsentgelt zwischen 450,01 Euro und 850,00 Euro beträgt (sog. **Gleitzone**; § 20 Abs. 2 SGB IV), werden die Beiträge von den Arbeitgebern in Höhe der Hälfte des Betrages, der sich ergibt, wenn der Beitragssatz auf das der Beschäftigung zugrundeliegende Arbeitsentgelt angewendet wird, im Übrigen vom Versicherten getragen (§ 346 Abs. 1a SGB III; § 249 Abs. 3 Satz 1 SGB V; § 168 Abs. 1 Nr. 1d SGB VI; § 58 Abs. 5 Satz 2 SGB XI). Die Versicherten „wachsen“ dabei in die hälftige Beitragstragung hinein⁴⁶ (zur Berechnung § 2 Abs. 2 BVV). Die Gleitzone wird ab dem 1.7.2019 durch den sog. Übergangsbereich ersetzt, der Arbeitsentgelte aus mehr als geringfügigen Beschäftigungen nach § 8 Abs. 1 Nr. 1 SGB IV umfasst, die regelmäßig 1.300 Euro im Monat nicht übersteigen.

VIII. Beitragsbemessungsgrenzen

- 45 Die Beiträge sind grundsätzlich auf das Arbeitsentgelt zu entrichten, werden aber durch die sog. Beitragsbemessungsgrenzen gedeckelt. Das die jeweiligen Beitragsbemessungsgrenzen überschreitende Arbeitsentgelt unterliegt nicht der Beitragspflicht.

1. Arbeitslosenversicherung

- 46 Beitragsbemessungsgrenze in der Arbeitslosenversicherung ist kraft der dynamischen Verweisung in § 341 Abs. 4 SGB III die Beitragsbemessungsgrenze in der allgemeinen Rentenversicherung (s. Rn. 48).

46 Küttner-Schlegel, Krankenversicherungsbeiträge, Rn. 30.

2. Kranken- und Pflegeversicherung

In der Kranken- und in der Pflegeversicherung sind die beitragspflichtigen Einnahmen bis zu einem Betrag von einem Dreihundertsechzigstel der Jahresarbeitsentgeltgrenze nach § 6 Abs. 7 SGB V (siehe Rn. 10) für den Kalendertag zu berücksichtigen (§ 223 Abs. 3 Satz 1 SGB V, § 55 Abs. 2 SGB XI). Die Beitragsbemessungsgrenze beträgt im Jahr 2019 54.450 Euro.⁴⁷ **47**

3. Rentenversicherung

Die Beitragsbemessungsgrenze in der Rentenversicherung wird aufgrund der Ermächtigung in § 160 Nr. 2 SGB VI von der Bundesregierung durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrats festgesetzt. Sie beträgt im Jahr 2019 in der allgemeinen Rentenversicherung in den alten Ländern im Monat 6.700 Euro (im Jahr: 80.400 Euro) und in den neuen Ländern im Monat 6.150 Euro (im Jahr: 73.800 Euro) und in der knappschaftlichen Rentenversicherung in den alten Ländern im Monat 8.200 Euro (im Jahr: 98.400 Euro) und in den neuen Ländern im Monat 7.600 Euro (im Jahr: 91.200 Euro).⁴⁸ **48**

4. Unfallversicherung

In der Unfallversicherung werden die Arbeitsentgelte der Beschäftigten – sofern überhaupt (s. Rn. 29) – nur bis zur Höhe der Jahresarbeitsverdienstgrenze (§ 85 Abs. 2 SGB VII) berücksichtigt (§ 153 Abs. 2 SGB VII). Die Arbeitsentgelte bilden aber neben dem Finanzbedarf der Unfallversicherungsträger und den Gefährklassen nur einen Faktor für die Berechnung der Beiträge (§ 153 Abs. 1 SGB VII). **49**

IX. Beitragsschuldner

Schuldner des Gesamtsozialversicherungsbeitrags und der Umlagen ist grundsätzlich der Arbeitgeber (§ 28e Abs. 1 Satz 1 SGB IV; § 7 Abs. 1 AAG; § 358 Abs. 1 Satz 1 SGB III), wobei die Zahlung des vom Beschäftigten zu tragenden Teils des Gesamtsozialversicherungsbeitrags als aus dem Vermögen des Beschäftigten erbracht gilt (§ 28e Abs. 1 Satz 2 SGB IV). Der Arbeitgeber muss also vom Bruttoentgelt den Arbeitnehmeranteil des Beitrags abziehen und diesen sowie zusätzlich noch seinen Beitragsanteil abführen. Die Haftung des Arbeitgebers umfasst die Beiträge und Säumniszuschläge sowie die Zinsen für ge- **50**

⁴⁷ § 4 Abs. 2 Sozialversicherungs-Rechengrößenverordnung 2019 vom 27.11.2018, BGBl. I, S. 2024.

⁴⁸ § 3 Sozialversicherungs-Rechengrößenverordnung 2019 vom 27.11.2018, BGBl. I, S. 2024.

stundete Beiträge, die von § 28e Abs. 4 SGB IV als Beitragsansprüche legaldefiniert werden.

- 51 Für die Erfüllung der Zahlungspflicht des Arbeitgebers haftet gemäß § 28e Abs. 2 Satz 1 SGB IV bei einem wirksamen (**Arbeitnehmerüberlassungs-Vertrag** der Entleiher wie ein selbstschuldnerischer Bürge, soweit ihm Arbeitnehmer gegen Vergütung zur Arbeitsleistung überlassen worden sind. Er kann die Zahlung verweigern, solange die Einzugsstelle den Arbeitgeber nicht gemahnt hat und die Mahnfrist nicht abgelaufen ist (§ 28e Abs. 2 Satz 2 SGB IV). Zahlt der Verleiher das vereinbarte Arbeitsentgelt oder Teile des Arbeitsentgelts an den Leiharbeitnehmer, obwohl der Vertrag nach § 9 Nr. 1 AÜG unwirksam ist, so hat er auch den hierauf entfallenden Gesamtsozialversicherungsbeitrag an die Einzugsstelle (s. Rn. 20) zu zahlen (§ 28e Abs. 2 Satz 3 SGB IV). Hinsichtlich dieser Zahlungspflicht nach Satz 3 gilt der Verleiher neben dem Entleiher als Arbeitgeber; beide haften insoweit als Gesamtschuldner (§ 28e Abs. 2 Satz 4 SGB IV).
- 52 Für die Erfüllung der Zahlungspflicht des Arbeitgebers von **Seeleuten** (§ 13 Abs. 1 Satz 2 SGB IV) haften Arbeitgeber und Reeder als Gesamtschuldner (§ 28e Abs. 3 SGB IV). **Ein Unternehmer des Baugewerbes**, der einen anderen Unternehmer mit der Erbringung von Bauleistungen (legaldefiniert in § 101 Abs. 2 SGB III) beauftragt, haftet für die Erfüllung der Zahlungspflicht dieses Unternehmers oder eines von diesem Unternehmer beauftragten Verleihers wie ein selbstschuldnerischer Bürge (§ 28e Abs. 3a Satz 1 SGB IV). Dies gilt entsprechend für die vom Nachunternehmer gegenüber ausländischen Sozialversicherungsträgern abzuführenden Beiträge (§ 28e Abs. 3a Satz 2 SGB IV).
- 53 Der **Arbeitgeber** wiederum hat **gegen den Beschäftigten** einen **Anspruch** auf den von diesem zu tragenden Teil des Gesamtsozialversicherungsbeitrags (§ 28g Satz 1 SGB IV).⁴⁹ Dieser Anspruch kann nur durch Abzug vom Arbeitsentgelt geltend gemacht werden (§ 28g Satz 2 SGB IV), wobei ein unterbliebener Abzug nur bei den drei nächsten Lohn- oder Gehaltszahlungen nachgeholt werden darf, danach nur dann, wenn der Abzug ohne Verschulden des Arbeitgebers unterblieben ist (§ 28g Satz 3 SGB IV). Die Einschränkungen hinsichtlich der Abzugsmöglichkeiten gelten nicht, wenn der Beschäftigte seinen Pflichten nach § 28o Abs. 1 SGB IV (s. Rn. 56) vorsätzlich oder grob fahrlässig nicht nachkommt oder er den Gesamtsozialversicherungsbeitrag allein trägt oder solange der Beschäftigte nur Sachbezüge erhält (§ 28g Satz 4 SGB IV).
- 54 Der **Arbeitnehmer** ist nur **ausnahmsweise selbst Schuldner** des Gesamtsozialversicherungsbeitrags, nämlich wenn sein Arbeitgeber ein ausländischer Staat, eine über- oder zwischenstaatliche Organisation oder eine Person ist, die nicht

49 Dazu eingehend *Hackenbroich/Pschorr*, VSSR 2016, 115 ff.

der inländischen Gerichtsbarkeit untersteht und die Zahlungspflicht nach § 28e Abs. 1 Satz 1 SGB IV nicht erfüllt (§ 28m Abs. 1 SGB IV).

X. Verfahren der Beitragszahlung

1. Aufzeichnungs- und Meldepflichten

Der Beitragszahlung vorgelagert sind Aufzeichnungs- und Meldepflichten gegenüber der Einzugsstelle, die wiederum **insbesondere dem Arbeitgeber** obliegen. Der Arbeitgeber hat der Einzugsstelle für jeden kraft Gesetzes Versicherten zahlreiche, in § 28a Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 SGB IV aufgeführte Angaben zu melden; dies erfolgt grundsätzlich durch elektronische Datenübermittlung (§ 28a Abs. 1 Satz 3 SGB IV); näheres ist in der Datenerfassungs- und -übermittlungsverordnung (DEÜV)⁵⁰ geregelt. Ähnliche Meldepflichten enthält § 28a Abs. 2a, Abs. 3 SGB IV gegenüber dem zuständigen Unfallversicherungsträger. Zudem hat der Arbeitgeber für jeden Beschäftigten, getrennt nach Kalenderjahren, Entgeltunterlagen in deutscher Sprache zu führen und bis zum Ablauf des auf die letzte Prüfung (§ 28p SGB IV; siehe noch Rn. 60 ff.) folgenden Kalenderjahres geordnet aufzubewahren (§ 28f Abs. 1 Satz 1 SGB IV; zu den Folgen pflichtwidriger Nichtaufbewahrung s. Rn. 61 und 72).⁵¹ Sonderregelungen für die Meldung für einen im privaten Haushalt entgeltgeringfügig (s. Rn. 13) Beschäftigten sieht § 28a Abs. 7 bis 9 SGB IV vor (sog. **Haushaltsscheckverfahren**). 55

Der **Beschäftigte** wiederum hat gemäß § 28o Abs. 1 SGB IV dem Arbeitgeber die zur Durchführung des Meldeverfahrens und der Beitragszahlung erforderlichen Angaben zu machen und, soweit erforderlich, Unterlagen vorzulegen; dies gilt bei mehreren Beschäftigungen sowie bei Bezug weiterer in der gesetzlichen Krankenversicherung beitragspflichtiger Einnahmen gegenüber allen beteiligten Arbeitgebern. Gegenüber den zuständigen Versicherungsträgern hat der Beschäftigte unverzüglich Auskunft über die Art und Dauer seiner Beschäftigungen, die hierbei erzielten Arbeitsentgelte, seine Arbeitgeber und die für die Erhebung von Beiträgen notwendigen Tatsachen zu erteilen und alle für die Prüfung der Meldungen und der Beitragszahlung erforderlichen Unterlagen vorzulegen (§ 28o Abs. 2 SGB IV). Wer versichert ist oder als Versicherter in Betracht kommt, hat gemäß § 206 Abs. 1 SGB V der Krankenkasse, soweit er nicht nach § 28o SGB IV auskunftspflichtig ist, 1. auf Verlangen über alle für die Feststellung der Versicherungs- und Beitragspflicht und für die Durchführung der der 56

⁵⁰ Verordnung über die Erfassung und Übermittlung von Daten für die Träger der Sozialversicherung vom 23.1.2006, BGBl. I, S. 152, zuletzt geändert durch Art. 3 der Verordnung vom 7.12.2017, BGBl. I, S. 3906.

⁵¹ Sonderregelungen für Beschäftigte in privaten Haushalten, mitarbeitende Familienangehörige in der Landwirtschaft und bei der Ausführung eines Dienst- oder Werkvertrages im Baugewerbe enthalten § 28f Abs. 1 Sätze 2 und 3, Abs. 2 SGB IV.

Krankenkasse übertragenen Aufgaben erforderlichen Tatsachen unverzüglich Auskunft zu erteilen, 2. Änderungen in den Verhältnissen, die für die Feststellung der Versicherungs- und Beitragspflicht erheblich sind und nicht durch Dritte gemeldet werden, unverzüglich mitzuteilen. Er hat auf Verlangen die Unterlagen, aus denen die Tatsachen oder die Änderung der Verhältnisse hervorgehen, der Krankenkasse in deren Geschäftsräumen unverzüglich vorzulegen. Entsprechende Pflichten gelten gemäß § 196 Abs. 1 SGB VI gegenüber dem zuständigen Rentenversicherungsträger.

2. Beitragsnachweis und Zahlung

- 57 Der **Arbeitgeber** hat die Gesamtsozialversicherungsbeiträge **selbst zu berechnen** und **ohne Aufforderung** oder vorherige Entscheidung durch Verwaltungsakt an die Einzugsstelle zu **zahlen**.⁵² Er hat der Einzugsstelle einen Beitragsnachweis zwei Arbeitstage vor Fälligkeit der Beiträge durch Datenübertragung zu übermitteln; dies gilt nicht hinsichtlich der Beschäftigten in privaten Haushalten bei Verwendung von Haushaltsschecks (§ 28f Abs. 3 Satz 1 SGB IV). Übermittelt der Arbeitgeber den **Beitragsnachweis** nicht zwei Arbeitstage vor Fälligkeit der Beiträge, so kann die Einzugsstelle das für die Beitragsberechnung maßgebende Arbeitsentgelt schätzen, bis der Nachweis ordnungsgemäß übermittelt wird (§ 28f Abs. 3 Satz 2 SGB IV). Der Beitragsnachweis gilt für die Vollstreckung als Leistungsbescheid der Einzugsstelle und im Insolvenzverfahren als Dokument zur Glaubhaftmachung der Forderungen der Einzugsstelle (§ 28f Abs. 3 Satz 3 SGB IV). Bei dem Beitragsnachweis handelt es sich um Selbstberechnungserklärungen.⁵³ Näheres regelt die **Beitragsverfahrensverordnung** (BVV).⁵⁴ Die Umlagen U1 und U2 sind den Einzugsstellen ebenfalls im Beitragsnachweis zu übermitteln⁵⁵ und an diese zu entrichten. Auch die **Insolvenzgeldumlage** ist zusammen mit dem Gesamtsozialversicherungsbeitrag an die Einzugsstelle zu zahlen (§ 359 Abs. 1 Satz 1 SGB III). Die für den Gesamtsozialversicherungsbeitrag geltenden Vorschriften des SGB IV finden grundsätzlich entsprechende Anwendung (§ 359 Abs. 1 Satz 2 SGB III).
- 58 In der **Unfallversicherung** hat der Unternehmer gemäß § 165 Abs. 1 SGB VII zur Berechnung der Umlage (s. Rn. 29) innerhalb von sechs Wochen nach Ablauf eines Kalenderjahres die Arbeitsentgelte der Versicherten und die geleisteten Arbeitsstunden in der vom Unfallversicherungsträger geforderten Aufteilung zu melden (Lohnnachweis). Soweit die Unternehmer die Angaben nicht,

52 Küttner-Schlegel, Sozialversicherungsbeiträge, Rn. 44.

53 Küttner-Schlegel, Sozialversicherungsbeiträge, Rn. 46.

54 Verordnung über die Berechnung, Zahlung, Weiterleitung, Abrechnung und Prüfung des Gesamtsozialversicherungsbeitrages vom 3.5.2006, BGBl. I, S. 1138; zuletzt geändert durch Art. 2 der Verordnung vom 7.12.2017, BGBl. I, S. 3906.

55 Küttner-Ruppelt, Kleinbetrieb, Rn. 24.

nicht rechtzeitig, falsch oder unvollständig machen, kann der Unfallversicherungsträger eine Schätzung vornehmen (§ 165 Abs. 3 SGB IV).

§ 76 Abs. 1 SGB IV verpflichtet die Beitragsgläubiger, die Beiträge rechtzeitig und vollständig zu erheben. Unter bestimmten, in § 76 Abs. 2 SGB IV geregelten Voraussetzungen darf der Versicherungsträger die Beitragsansprüche **stunden, niederschlagen oder erlassen**.⁵⁶ Für Ansprüche auf den Gesamtsozialversicherungsbeitrag (s. Rn. 18) liegt die Entscheidung hierüber bei der Einzugsstelle (s. Rn. 20). **59**

3. Arbeitgeberprüfung (§ 28p SGB IV)

Beitragsbescheide können insbesondere als Ergebnis einer – mit den Mitteln des Verwaltungszwanges durchsetzbaren⁵⁷ – **Betriebsprüfung** erlassen werden.⁵⁸ Die prüfenden Rentenversicherungsträger sind umfassend ermächtigt, im Rahmen einer solchen Prüfung Verwaltungsakte zur Versicherungspflicht und zur Beitragshöhe einschließlich der Widerspruchsbescheide zu erlassen.⁵⁹ **60**

Eine Möglichkeit der Beitragsfestsetzung ist der sog. **Summenbescheid**. Hat ein Arbeitgeber die Aufzeichnungspflicht nicht ordnungsgemäß erfüllt und können dadurch die Versicherungs- oder Beitragspflicht oder die Beitragshöhe nicht festgestellt werden, kann der prüfende Träger der Rentenversicherung den Beitrag in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung und zur Arbeitsförderung von der Summe der vom Arbeitgeber gezahlten Arbeitsentgelte geltend machen (§ 28f Abs. 2 Satz 1 SGB IV). Dies gilt nicht, soweit ohne unverhältnismäßig großen Verwaltungsaufwand festgestellt werden kann, dass Beiträge nicht zu zahlen waren oder Arbeitsentgelt einem bestimmten Beschäftigten zugeordnet werden kann (§ 28f Abs. 2 Satz 2 SGB IV). **61**

Soweit der prüfende Träger der Rentenversicherung die Höhe der Arbeitsentgelte nicht oder nicht ohne unverhältnismäßig großen Verwaltungsaufwand ermitteln kann, hat er diese **zu schätzen** (§ 28f Abs. 2 Satz 3 SGB IV). Dabei ist für das monatliche Arbeitsentgelt eines Beschäftigten das am Beschäftigungsort ortsübliche Arbeitsentgelt mitzuberücksichtigen (§ 28f Abs. 2 Satz 3 SGB IV). Der prüfende Träger der Rentenversicherung hat einen auf diesen Regelungen beruhenden Bescheid insoweit zu widerrufen, als nachträglich Versicherungs- oder Beitragspflicht oder Versicherungsfreiheit festgestellt und die Höhe des Arbeitsentgelts nachgewiesen werden (§ 28f Abs. 2 Satz 5 SGB VII). **62**

⁵⁶ Zu den Voraussetzungen vgl. jurisPK-SGB II-Burkiczak, § 44 Rn. 10 ff.

⁵⁷ Dazu etwa LSG Baden-Württemberg 27.5.2015, L 4 R 1167/15 B, juris, Rn. 15 ff.

⁵⁸ Dazu auch Rittweger/Zieglmeier, AnwBl 2015, 660 ff.

⁵⁹ BSG 28.5.2015, B 12 R 16/13 R, juris, Rn. 23.

- 63 Nach einer **neueren Entscheidung des BSG** kommt einem **Zahlungsbescheid** mit der Nachforderung von Gesamtsozialversicherungsbeiträgen allerdings nur der Charakter eines **Grundlagenbescheides** für die Erhebung der Beiträge zu, weil Betriebsprüfungen ihrerseits eine über die bloße Kontrollfunktion hinausgehende Bedeutung nicht entfalten.⁶⁰ Die Betriebsprüfung habe insbesondere den Zweck, den Einzugsstellen durch Sicherstellung von Arbeitgeberunterlagen und -aufzeichnungen eine Berechnungsgrundlage zu verschaffen, damit diese die notwendigen Schritte zur Geltendmachung von Ansprüchen auf (rückständige) Beiträge (vgl. § 28h Abs. 1 Satz 3 SGB IV) unternehmen können; im Insolvenzverfahren habe der Nachforderungsbescheid des Rentenversicherungsträgers vor allem die Funktion, den Einzugsstellen die Glaubhaftmachung ihrer Beitragsforderungen zu ermöglichen, wenn Beitragsnachweise und/oder Meldungen des Arbeitgebers fehlen bzw. unvollständig oder unzutreffend sind (vgl. § 28f Abs. 3 Satz 3 SGB IV).⁶¹ In diesem Sinne regelt ein im Rahmen einer Betriebsprüfung erlassener Zahlungsbescheid des Rentenversicherungsträgers für die Einzugsstellen verbindlich die maximale Höhe der (rückständigen) Gesamtsozialversicherungsbeiträge als Ausgangsbasis für den Beitragseinzug.⁶² Der Beitragseinzug sei nach der dem Beitrags(erhebungs)verfahren des SGB IV immanenten Trennung zwischen Überprüfung des Arbeitgebers einerseits und seiner Überwachung sowie der Geltendmachung von Beitragsansprüchen andererseits nämlich Sache der Einzugsstellen als Gläubiger der Beitragsforderungen und von diesen in einem gesonderten Verwaltungsverfahren vorzunehmen, wenn wegen versicherungs- und/oder beitragsrechtlicher Änderungen eine Abweichung von den Prüffeststellungen in Betracht komme.⁶³ Erst der Zahlungsbescheid des Rentenversicherungsträgers schaffe die Grundlage für die Verwirklichung der Ansprüche aus dem Beitragsschuldverhältnis und vermittele insoweit den Nachweis einer Rechtsstellung, **ohne gleichzeitig bereits die Funktion eines Vollstreckungstitels** im engeren Sinne zu haben, die Verwaltungsakten mit einem Zahlungsgebot üblicherweise zukomme.⁶⁴

XI. Vollstreckung

- 64 Die Vollstreckung von Verwaltungsakten und damit auch von Beitragsbescheiden richtet sich nach § 66 SGB X, der danach differenziert, zu wessen Gunsten die Vollstreckung erfolgt.⁶⁵ Für die **Vollstreckung zugunsten der Behörden des Bundes**, der bundesunmittelbaren Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des

60 BSG 28.5.2015, B 12 R 16/13 R, juris, Rn. 23.

61 BSG 28.5.2015, B 12 R 16/13 R, juris, Rn. 23.

62 BSG 28.5.2015, B 12 R 16/13 R, juris, Rn. 23.

63 BSG 28.5.2015, B 12 R 16/13 R, juris, Rn. 23.

64 BSG 28.5.2015, B 12 R 16/13 R, juris, Rn. 23.

65 Siehe zum Ganzen auch *Becker*, SGB 2018, 456 ff.

öffentlichen Rechts, gilt gemäß § 66 Abs. 1 Satz 1 SGB X das Verwaltungs-Vollstreckungsgesetz. Bundesunmittelbare Versicherungsträger sind Versicherungsträger, deren Zuständigkeit sich über das Gebiet eines Landes hinaus erstreckt (§ 90 Abs. 1 Satz 1 SGB IV). Dies betrifft insbesondere die Deutsche Rentenversicherung Bund und die Deutsche Rentenversicherung Knappschaft-Bahn-See (vgl. § 125 Abs. 2 Satz 1 SGB VI), die zum 1.1.2015 errichtete Unfallversicherung Bund und Bahn sowie die zum 1.1.2016 errichtete Berufsgenossenschaft Verkehrswirtschaft Post-Logistik.⁶⁶ Bundesunmittelbare Körperschaften sind außerdem die Krankenkassen, deren Zuständigkeitsbereich sich über mehr als drei Länder erstreckt (vgl. Art. 87 Abs. 2 GG, § 90 Abs. 3 SGB IV), und die bei ihnen errichteten Pflegekassen. Dies betrifft insbesondere die Ersatzkrankenkassen und meisten Betriebskrankenkassen, die überwiegend bundesweit tätig sind. Auch die Bundesagentur für Arbeit ist eine rechtsfähige bundesunmittelbare Körperschaft des öffentlichen Rechts (§ 367 Abs. 1 SGB III); sie gilt gemäß § 1 Abs. 1 Satz 3 SGB IV als Sozialversicherungsträger.

Gemäß § 66 Abs. 1 Satz 3 SGB X kann die oberste Verwaltungsbehörde bestimmen, dass die Aufsichtsbehörde nach Anhörung der in Satz 1 genannten Behörden für die Vollstreckung fachlich geeignete Bedienstete als Vollstreckungsbeamte und sonstige hierfür fachlich geeignete Bedienstete dieser Behörde als Vollziehungsbeamte bestellen darf. Die oberste Verwaltungsbehörde kann auch bestimmen, dass die Aufsichtsbehörde nach Anhörung der in Satz 1 genannten Behörden für die Vollstreckung von Ansprüchen auf Gesamtsozialversicherungsbeiträge fachlich geeignete Bedienstete 1. der Verbände der Krankenkassen oder 2. einer bestimmten Krankenkasse als Vollstreckungsbeamte und sonstige hierfür fachlich geeignete Bedienstete der genannten Verbände und Krankenkassen als Vollziehungsbeamte bestellen darf (§ 66 Abs. 1 Satz 4 SGB X). Der nach Satz 4 beauftragte Verband der Krankenkassen ist berechtigt, Verwaltungsakte zur Erfüllung der mit der Vollstreckung verbundenen Aufgabe zu erlassen (§ 66 Abs. 1 Satz 5 SGB X). **65**

Zuständig für die Vollstreckung sind nach § 4 lit. b VwVG, § 249 Abs. 1 Satz 3 AO die **Hauptzollämter** als Vollstreckungsbehörden der Bundesfinanzverwaltung.⁶⁷ Für die Anordnung der Ersatzzwangshaft ist das Sozialgericht zuständig (§ 66 Abs. 1 Satz 2 SGB X). **66**

Für die **Vollstreckung zugunsten der übrigen Behörden** gelten gemäß § 66 Abs. 3 Satz 1 SGB X die jeweiligen landesrechtlichen Vorschriften über das Verwaltungsvollstreckungsverfahren.⁶⁸ Dies betrifft die landesunmittelbaren Versicherungsträger, also die Versicherungsträger, deren Zuständigkeitsbereich sich **67**

⁶⁶ Vgl. jurisPK-SGB VII-*Quabach*, § 114 Rn. 14.

⁶⁷ Dazu näher *Bigge*, WzS 2014, 41, 43 ff.

⁶⁸ Zu den einzelnen landesrechtlichen Regelungen siehe die Nachweise bei jurisPK-SGB X-*Feddern*, § 66 Rn. 40; von Wulffen/Schütze-*Roos*, § 66 Rn. 5.

nicht über das Gebiet eines Landes hinaus erstreckt (§ 90 Abs. 2 SGB IV). Dies sind insbesondere die Regionalkörperschaften der gesetzlichen Rentenversicherung, die Kranken- und Pflegekassen, deren Zuständigkeit sich nicht auf mehr als drei Länder erstreckt (namentlich die Allgemeine Ortskrankenkasse), sowie die derzeit 23 landesunmittelbaren Unfallversicherungsträger.⁶⁹ Gemäß § 66 Abs. 3 Satz 2 SGB X gilt § 66 Abs. 1 Satz 2 bis 5 für die landesunmittelbaren Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts entsprechend. Die Vollstreckung zugunsten der landesunmittelbaren Krankenkassen, die sich über mehr als ein Land erstrecken, erfolgt indes nach den Vorschriften des VwVG (§ 66 Abs. 3 Satz 3 SGB X).

- 68 Schließlich kann gemäß § 66 Abs. 4 Satz 1 SGB X aus einem Verwaltungsakt auch die Zwangsvollstreckung in **entsprechender Anwendung der ZPO** stattfinden.⁷⁰ Der Vollstreckungsschuldner soll vor Beginn der Vollstreckung mit einer Zahlungsfrist von einer Woche gemahnt werden (§ 66 Abs. 4 Satz 2 SGB X). Die vollstreckbare Ausfertigung erteilt der Behördenleiter, sein allgemeiner Vertreter oder ein anderer auf Antrag eines Leistungsträgers von der Aufsichtsbehörde ermächtigter Angehöriger des öffentlichen Dienstes (§ 66 Abs. 4 Satz 3 SGB X). Bei den Versicherungsträgern und der Bundesagentur für Arbeit tritt in Satz 3 an die Stelle der Aufsichtsbehörden der Vorstand (§ 66 Abs. 4 Satz 4 SGB X).

XII. Sanktionen bei Beitragssäumnis und -vorenthaltung

- 69 Für Beiträge und Beitragsvorschüsse, die der Zahlungspflichtige nicht bis zum Ablauf des Fälligkeitstages gezahlt hat, ist für jeden angefangenen Monat der Säumnis ein **Säumniszuschlag** von einem Prozent des rückständigen, auf 50 Euro nach unten abgerundeten Betrags zu zahlen (§ 24 Abs. 1 Satz 1 SGB IV).⁷¹ Bei einem rückständigen Betrag unter 100 Euro ist der Säumniszuschlag nicht zu erheben, wenn dieser gesondert schriftlich anzufordern wäre (§ 24 Abs. 1 Satz 2 SGB IV).
- 70 Wird eine Beitragsforderung durch Bescheid mit Wirkung für die Vergangenheit festgestellt, ist ein darauf entfallender Säumniszuschlag nicht zu erheben, soweit der Beitragsschuldner glaubhaft macht, dass er unverschuldet keine Kenntnis von der Zahlungspflicht hatte (§ 24 Abs. 2 SGB IV). Dabei ist in der Rechtspre-

69 Vgl. jurisPK-SGB VII-*Quabach*, § 114 Rn. 13.

70 Dazu näher *Bigge*, WzS 2014, 41, 46 ff.; *May*, DGVZ 2012, 88 ff.

71 Dazu *Bigge/Ertel*, WzS 2016, 169 ff., die die Höhe der Säumniszuschläge (zwölf Prozent pro Jahr) wegen eines Verstoßes gegen das Übermaßverbot zu Recht für verfassungswidrig erachten; kritisch auch *Stäbler*, SGB 2018, 81, 84 f.; zur ähnlichen Problematik im Steuerrecht BFH 25.4.2018, IX B 21/18, juris, Rn. 15 ff.; keine verfassungsrechtlichen Bedenken hingegen etwa bei LSG Niedersachsen-Bremen 28.2.2018, L 2 R 258/17, juris, Rn. 129 ff.

chung des BSG umstritten, ob unverschuldeter Unkenntnis von der Beitragspflicht nur bedingter Vorsatz entgegensteht⁷² oder ob sowohl fahrlässiges wie auch vorsätzliches Verhalten ausreicht.⁷³

Unternehmer, die Schwarzarbeit nach § 1 des SchwarzArbG erbringen und dadurch bewirken, dass Beiträge zur **Unfallversicherung** nicht, nicht in der richtigen Höhe oder nicht rechtzeitig entrichtet werden, haben den Unfallversicherungsträgern die Aufwendungen zu erstatten, die diesen infolge von Versicherungsfällen bei Ausführung der Schwarzarbeit entstanden sind (§ 110 Abs. 1a Satz 1 SGB VII). 71

Verletzungen insbesondere der in §§ 28a, 28e, 28f und 28o SGB IV bzw. § 165 SGB VII enthaltenen Melde-, Auskunfts- und Aufbewahrungsverpflichtungen im Zusammenhang mit dem Gesamtsozialversicherungsbeitrag stellen **Ordnungswidrigkeiten** dar (§ 111 SGB IV, § 209 Abs. 1 Nr. 5 bis 7 SGB VII). Das Vorenthalten und Veruntreuen von Sozialversicherungsbeiträgen ist schließlich in § 266a StGB **strafrechtlich** bewehrt.⁷⁴ 72

XIII. Verjährung und Verwirkung

Ansprüche auf Beiträge **verjähren** gemäß § 25 Abs. 1 Satz 1 SGB IV in vier Jahren nach Ablauf des Kalenderjahrs, in dem sie fällig geworden sind. Ansprüche auf vorsätzlich vorenthaltene Beiträge verjähren in dreißig Jahren nach Ablauf des Kalenderjahrs, in dem sie fällig geworden sind (§ 25 Abs. 1 Satz 2 SGB IV). Maßgeblich ist die Gut- bzw. Bösgläubigkeit im Zeitpunkt der Fälligkeit der Beiträge.⁷⁵ Für die Hemmung, die Ablaufhemmung, den Neubeginn und die Wirkung der Verjährung ordnet § 25 Abs. 2 SGB IV insbesondere die sinnge- 73
mäßige Anwendung der Vorschriften des BGB an. Zudem ist die Verjährung unter anderem für die Dauer einer Prüfung beim Arbeitgeber gehemmt (§ 25 Abs. 2 Satz 2 HS 1 SGB IV).

Eine **Verwirkung** von Beitragsansprüchen ist nur in engen Ausnahmefällen anzunehmen, wenn aufgrund des Verhaltens des Versicherungsträgers (Verwirkungsverhalten) der Beitragspflichtige darauf vertrauen konnte, keine Beiträge mehr bezahlen zu müssen (Vertrauensgrundlage), und tatsächlich darauf vertraut hat, dass das Recht nicht mehr ausgeübt wird (Vertrauenstatbestand) und sich infolge dessen in seinen Vorkehrungen und Maßnahmen so eingerichtet hat (Vertrauensverhalten), dass ihm durch die verspätete Durchsetzung des Rechts ein unzumutbarer Nachteil entstehen würde.⁷⁶ Dies ist etwa der Fall, wenn sich der 74

72 So BSG 9.11.2011, B 12 R 18/09 R, juris, Rn. 28.

73 So BSG 1.7.2010, B 13 R 67/09 R, juris, Rn. 23; *Zieglmeier*, NJW 2015, 1914, 1916.

74 Dazu etwa *Floeth*, NZS 2015, 60 ff.

75 Küttner-Schlegel, Sozialversicherungsbeiträge, Rn. 29.

76 BSG 1.7.2010, B 13 R 67/09 R, juris, Rn. 31 m. w. N.

Versicherungsträger hätte gedrängt fühlen müssen, den Versicherten auf den bestehenden Versicherungsschutz hinzuweisen,⁷⁷ oder wenn der Versicherungsträger den Versicherungsschutz zunächst zu Unrecht verneint hatte.⁷⁸

XIV. Erstattung von Beiträgen

- 75 Zu Unrecht entrichtete Beiträge** sind gemäß § 26 Abs. 2 SGB IV zu erstatten, es sei denn, dass der Versicherungsträger bis zur Geltendmachung des Erstattungsanspruchs aufgrund dieser Beiträge oder für den Zeitraum, für den die Beiträge zu Unrecht entrichtet worden sind, Leistungen erbracht oder zu erbringen hat; Beiträge, die für Zeiten entrichtet worden sind, die während des Bezugs von Leistungen beitragsfrei sind, sind jedoch zu erstatten. Im Bereich der Arbeitsförderung gilt abweichend davon, dass sich der zu erstattende Betrag um den Betrag der Leistung mindert, der in irrtümlicher Annahme der Versicherungspflicht gezahlt worden ist (§ 351 Abs. 1 Satz 1 SGB III). Erstattungsberechtigt ist derjenige, der die Beiträge getragen hat (§ 26 Abs. 3 Satz 1 SGB IV). Soweit dem Arbeitgeber Beiträge, die er getragen hat, von einem Dritten ersetzt worden sind, entfällt sein Erstattungsanspruch (§ 26 Abs. 3 Satz 2 SGB IV).
- 76** Zu Unrecht sind Beiträge dann entrichtet, wenn die Entrichtung weder der **materiellen Rechtslage** entspricht noch ein **formeller Rechtsgrund** für die Entrichtung vorliegt.⁷⁹ Beruht die Beitragsentrichtung auf einem entsprechenden (rechtswidrigen) Verwaltungsakt, ist zunächst dieser (ggf. bestandskräftige) Verwaltungsakt nach §§ 44 ff. SGB X aufzuheben.⁸⁰
- 77** Sind Pflichtbeiträge in der Rentenversicherung für Zeiten nach dem 31.12.1972 trotz Fehlens der Versicherungspflicht nicht spätestens bei der nächsten Prüfung beim Arbeitgeber beanstandet worden, gilt § 45 Abs. 2 SGB X entsprechend (§ 26 Abs. 1 Satz 1 SGB IV). Eine Beanstandung ist also nicht mehr möglich, wenn der Beschäftigte auf die Wirksamkeit der Beiträge vertraut hat und sein Vertrauen unter Abwägung mit dem öffentlichen Interesse an einer Beanstandung schutzwürdig ist.⁸¹ Beiträge, die nicht mehr beanstandet werden dürfen, **gelten als zu Recht entrichtete Pflichtbeiträge** (§ 26 Abs. 1 Satz 2 SGB IV). Gleiches gilt gemäß § 26 Abs. 1 Satz 3 SGB IV für zu Unrecht entrichtete Beiträge nach Ablauf der Vierjahresfrist des § 27 Abs. 2 Satz 1 SGB IV.
- 78** Der Erstattungsanspruch ist gemäß § 27 Abs. 1 Satz 1 SGB IV nach Ablauf eines Kalendermonats nach Eingang des vollständigen Erstattungsantrags, beim Fehlen eines Antrags nach der Bekanntgabe der Entscheidung über die Erstattung

77 Vgl. BSG 17.12.1980, 12 RK 34/80, juris, Rn. 38.

78 Vgl. BSG 4.6.1991, 12 RK 52/90, juris, Rn. 14 ff.

79 jurisPK-SGB IV-Waßer, § 26 Rn. 70.

80 BSG 17.1.2000, B 12 KR 10/99 R, juris, Rn. 14.

81 HN-Udsching, § 26 SGB IV Rn. 3b (Juli 2015).

bis zum Ablauf des Kalendermonats vor der Zahlung mit vier vom Hundert **zu verzinsen**. Verzinst werden volle Eurobeträge (§ 27 Abs. 1 Satz 2 SGB IV). Dabei ist der Kalendermonat mit dreißig Tagen zugrunde zu legen (§ 27 Abs. 1 Satz 3 SGB IV). Der Erstattungsanspruch **verjährt in vier Jahren** nach Ablauf des Kalenderjahrs, in dem die Beiträge entrichtet worden sind (§ 27 Abs. 2 Satz 1 SGB IV). Beanstandet der Versicherungsträger die Rechtswirksamkeit von Beiträgen, beginnt die Verjährung mit dem Ablauf des Kalenderjahrs der Beanstandung (§ 27 Abs. 2 Satz 2 SGB IV); dies gilt nicht im Bereich der Arbeitsförderung (§ 351 Abs. 1 Satz 2 SGB III). Für die Hemmung, die Ablaufhemmung, den Neubeginn und die Wirkung der Verjährung gelten wiederum die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs sinngemäß (§ 27 Abs. 3 Satz 1 SGB IV; s. Rn. 73).

XV. Rechtsschutz

1. Anfechtungswiderspruch und -klage

Werden Beiträge durch Verwaltungsakt festgesetzt, kann der Adressat des Bescheides sich hiergegen mit dem Anfechtungswiderspruch (§ 78 Abs. 1 Satz 1 SGG) und der Anfechtungsklage (§§ 87 ff. SGG) vor den Gerichten der Sozialgerichtsbarkeit wenden. Der von der Beitragsfestsetzung gegenüber dem Arbeitgeber betroffene Arbeitnehmer ist bereits imilverwaltungsverfahren zu beteiligen (§ 12 Abs. 2 SGB X) und im gerichtlichen Verfahren nach § 75 Abs. 2 SGG notwendig **beizuladen**.⁸² Das Gleiche gilt für die anderen betroffenen Versicherungsträger.⁸³ **79**

2. Einstweiliger Rechtsschutz

Widerspruch und Klage haben bei der Entscheidung über Versicherungs-, Beitrags- und Umlagepflichten sowie der Anforderung von Beiträgen, Umlagen und sonstigen öffentlichen Abgaben einschließlich der darauf entfallenden Nebenkosten **keine aufschiebende Wirkung** (§ 86a Abs. 2 Nr. 1 SGG). Die Stelle, die den Verwaltungsakt erlassen oder über den Widerspruch zu entscheiden hat, kann die sofortige Vollziehung ganz oder teilweise aussetzen (§ 86a Abs. 3 Satz 1 SGG), in den Fällen des § 86a Abs. 2 Nr. 1 SGG soll die Aussetzung allerdings nur erfolgen, wenn ernsthafte Zweifel an der Rechtmäßigkeit **80**

⁸² BSG 6.3.1986, 12 RK 23/83, juris, Rn. 20; näher zum Ganzen Roos/Wahrendorf-Straßfeld, § 75 SGG Rn. 95 ff.

⁸³ BSG 6.3.1986, 12 RK 23/83, juris, Rn. 17; a. A. jetzt für das Betriebsprüfungsverfahren BSG 5.12.2017, B 12 R 10/15 R, juris, Rn. 10; zum Statusfeststellungsverfahren einerseits LSG Baden-Württemberg 18.1.2018, L 7 R 850/17, juris, Rn. 62 m. w. N.; andererseits LSG Baden-Württemberg 11.10.2018, L 10 BA 2747/18, juris, Rn. 5 ff.

des angegriffenen Verwaltungsaktes bestehen oder wenn die Vollziehung für den Abgaben- oder Kostenpflichtigen eine unbillige, nicht durch überwiegende öffentliche Interessen gebotene Härte zur Folge hätte (§ 86a Abs. 3 Satz 2 SGG). Auf Antrag kann auch das Gericht der Hauptsache – auch schon vor Klageerhebung (§ 86b Abs. 3 SGG) – durch Beschluss (§ 86b Abs. 4 SGG) die aufschiebende Wirkung von Widerspruch oder Anfechtungsklage ganz oder teilweise anordnen (§ 86b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGG). Dabei hat es allerdings im Ergebnis ähnliche Maßstäbe wie die in § 86a Abs. 3 Satz 2 SGG Normierten zu beachten.⁸⁴ Die Anordnung der aufschiebenden Wirkung ist daher in der Praxis eher die Ausnahme. Nach herrschender Meinung beeinflusst die aufschiebende Wirkung zudem nicht die **Fälligkeit der Beiträge**, sodass auch bei Anordnung der aufschiebenden Wirkung **Säumniszuschläge** (Rn. 69f.) anfallen.⁸⁵ Zu deren Vermeidung müssten **Stundungsvereinbarungen** mit der Behörde getroffen werden.⁸⁶

- 81** Die bereits oben (Rn. 63) erwähnte jüngere Rechtsprechung des BSG, wonach im Rahmen von Betriebsprüfungen ergangene Zahlungsbescheide der Rentenversicherungsträger noch nicht die Funktion eines Vollstreckungstitels hätten,⁸⁷ beseitigt das Rechtsschutzbedürfnis für einen Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung eines Widerspruchs oder einer Klage gegen einen solchen Bescheid nicht, da die aufschiebende Wirkung bereits die (auch bescheidmäßige) Vollziehung des Betriebsprüfungsbescheides und nicht erst deren (eventuelle) Vollstreckung hindert.⁸⁸
- 82** Neben der Zuständigkeit der Gerichte der Sozialgerichtsbarkeit⁸⁹ in den genannten Konstellationen sind die **Finanzgerichte** zuständig, soweit sich der Betroffene gegen die Durchführung der **Zwangsvollstreckung** durch die Hauptzollämter (s. Rn. 66) wendet (§ 33 Abs. 1 Nr. 2 FGO).⁹⁰ Wird eine Vollstreckungsbehörde im Sinne der ZPO eingeschaltet, wird für die Überprüfung deren Maßnahmen eine Zuständigkeit des Amtsgerichts angenommen.⁹¹

⁸⁴ Dazu jurisPK-SGG-Burkiczak, § 86b Rn. 183.

⁸⁵ BVerwG 20.4.2000, 9 B 109/03, juris, Rn. 8; LSG Baden-Württemberg 29.8.2018, L 11 KR 2686/18 ER-B, juris, Rn. 17; zum Ganzen und auch zur Gegenposition jurisPK-SGG-Burkiczak, § 86b Rn. 209 m. w. N.

⁸⁶ Stäbler, NZS 2018, 792.

⁸⁷ BSG 28.5.2015, B 12 R 16/13 R, juris, Rn. 23.

⁸⁸ LSG Baden-Württemberg 14.7.2016, L 4 R 1086/16 ER-B, juris, Rn. 18.

⁸⁹ Siehe zur Rechtswegzersplitterung bei der Nichtabführung von Sozialversicherungsbeiträgen auch Ziegler, NZA 2015, 651 ff.; vgl. aber auch BSG 25.9.2013, B 8 SF 1/13 R, juris, Rn. 5 ff.

⁹⁰ Vgl. LSG Bayern 29.4.2014, L 7 AS 260/14 B ER, juris, Rn. 29; Becker, SGB 2018, 456, 463; vgl. aber auch LSG Bayern 12.6.2017, L 5 KR 360/17 B ER, juris, Rn. 9.

⁹¹ So Becker, SGB 2018, 456, 463.