

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 Bezahungsverlaufs, 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 ausbezahlt 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 abgedeckt 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 Crowdworker 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 Crowdworker 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 Crowdworker 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 Crowdworkern *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 Bonussyste-

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

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**. 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-

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/Roeder/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 befürchten 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 Pauschalloon 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 Niedriglohnssektors im gesamten Arbeitsrecht entfaltet.⁵ Der Mindestlohn soll einen Beitrag zur **Stabilität der so-**

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

2 TarifAutStG, 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

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-interimsmoeloesung-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 Landestariftreugesetze 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. Sicherergestellt 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 Zeitzunde“*

Der Arbeitnehmer hat einen Anspruch darauf, dass ihm jede geleistete **Arbeits-** **22**
stunde mit dem Mindestlohn vergütet wird, § 1 Abs. 2 MiLoG. Angefangene
 Zeitzunden sind pro rata temporis zu entlohnen.⁹² Entscheidend ist nicht die ver-
 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 ent-
 richtete Vergütung den gesetzlichen Mindestlohn nicht, begründet dies einen
 Anspruch auf Differenzvergütung.⁹⁵ Die **Darlegungs- und Beweislast** für ver-
 richtete 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 einlas-
 sen.⁹⁷

Welche Arbeitszeiten für die Bemessung des Mindestlohnsanspruches maßgeb- **23**
 lich sind – inwieweit also Überstunden, Arbeitsformen geringerer Beanspru-
 chung, Pausen- und Ruhezeiten, Reise-, Wege- und Umkleidezeiten sowie Zei-
 ten der Nichtarbeit als mindestlohnrelevant berücksichtigt werden müssen –, re-
 gelt das Gesetz nicht expressis verbis. Auch die allgemeinen Regeln des Arbeits-
 rechts kennen keinen einheitlichen Arbeitszeitbegriff,⁹⁸ sondern lediglich spe-
 zialgesetzliche 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 zu-
 grunde, in welcher der Arbeitnehmer die vertraglich geschuldete Arbeitsleistung
 erbringen soll.¹⁰⁰ Das Mindestlohngesetz dagegen stellt auf die tatsächlich er-
 brachte Arbeitsleistung ab, vgl. § 2 Abs. 1 Nr. 2 MiLoG. Hierzu zählt jede ver-
 gütungspflichtige Tätigkeit, die der Befriedigung eines Bedürfnisses des Arbeit-
 gebers dient.¹⁰¹ Dies ist der Fall, wenn der Arbeitnehmer die eigentlich geschul-
 dete 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 mindestlohnspflichtige 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 **verstetigtes 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 Mindestlohnanspruchs 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 aufbrachte 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 **So-kkelbetrag** 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 Entgeltsysteme	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 Verbandstarifvertrag	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

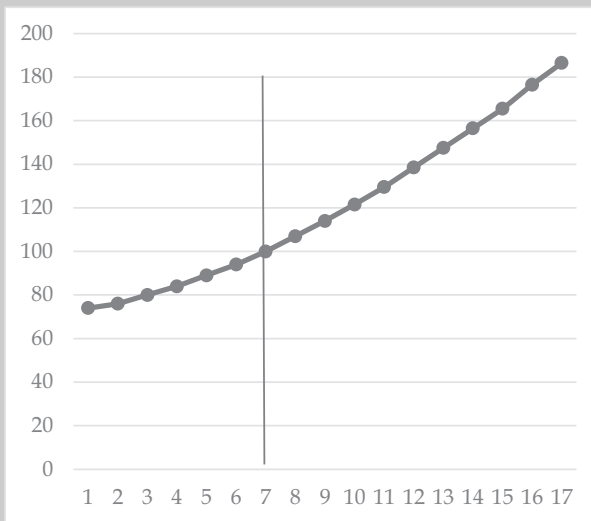
- 8 Zumeist wird eine bestimmte Entgeltgruppe – in der Regel ist diese diejenige, in der ein Facharbeiter/ein Beschäftigter mit Tätigkeiten, für die typischerweise eine drei- oder dreieinhalbjährige berufsbildungsgesetzmäßige Ausbildung erforderlich ist – zur „Eckentgeltgruppe“ definiert. Für diese wird 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 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 ohne Vergütungssystem festzulegen bzw. zu vereinbaren; bei tarifgebundenen Unternehmen gilt dies auch für den Bereich der außertariflichen Beschäftigten. **33**

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

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