

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

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

a) Schranken der Tarifautonomie beim Entgeltsystem

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

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

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

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

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

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

Kap. 5 Eingruppierung

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

b) Aufbau einer Entgeltordnung

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Kap. 5 Eingruppierung

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

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

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

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

c) Tarifliche Richt-, Tätigkeits- oder Regelbeispiele

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

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

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

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

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

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

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

22

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

23

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

24

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

25

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

26

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

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

Kap. 5 Eingruppierung

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

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

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

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

a) Normative Geltung eines tarifvertraglichen Vergütungssystems

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

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

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

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

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

b) Arbeitsvertragliche Bezugnahme auf den Tarifvertrag

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

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

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

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

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

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

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

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

Kap. 5 Eingruppierung

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

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

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

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

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

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

c) Die Benennung einer Entgeltgruppe im Arbeitsvertrag

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Kap. 5 Eingruppierung

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

40

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

d) Die Anwendung des Tarifvertrags durch betriebliche Übung

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

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

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

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

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

3. Die Bestimmung der zu bewertenden „Arbeitseinheit“

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

a) Die Notwendigkeit einer Zusammenfassung von Arbeitsschritten

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

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

Kap. 5 Eingruppierung

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

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

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

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

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

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

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

Kap. 5 Eingruppierung

b) Das allgemeine „Muster“ des öffentlichen Dienstes

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

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

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

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

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

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

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

Beispiele:

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

51

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

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

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

Kap. 5 Eingruppierung

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

4. Der Zuordnungsvorgang der Eingruppierung

a) Die Anwendung der Tätigkeitsmerkmale

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

47 Vgl. dazu oben Rn. ■.

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

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

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

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

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

Kap. 5 Eingruppierung

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

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

b) Bedeutung der Erst-Eingruppierung

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

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

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

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

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

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

c) Umgruppierung

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

aa) Umgruppierung bei Änderung der Entgeltordnung

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

⁵³ BAG 11.7.2018, 4 AZR ■.

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

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

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

Kap. 5 Eingruppierung

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

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

bb) Umgruppierung bei Änderung der Tätigkeit

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

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

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

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

cc) Der Sonderfall der „korrigierenden Rückgruppierung“

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

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

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

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

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

Kap. 5 Eingruppierung

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

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

5. Die gerichtliche Überprüfung der Eingruppierung

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

a) Antrag

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

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

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

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

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

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

b) Darlegungs- und Beweislast

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

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

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

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

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

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

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

Kap. 5 Eingruppierung

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

III. Die „betriebsverfassungsrechtliche Eingruppierung“

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

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

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

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

1. Rechtsgrundlage für die betriebsverfassungsrechtliche Eingruppierung

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

2. Das „betriebliche Entgeltschema“

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

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

Kap. 5 Eingruppierung

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

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

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

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

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

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

3. Die Pflicht zur betriebsverfassungsrechtlichen Eingruppierung

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

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

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

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

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

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

Kap. 5 Eingruppierung

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4. Das Eingruppierungszustimmungsverfahren

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

a) Die Information des Betriebsrats durch den Arbeitgeber

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

b) Die Reaktionsmöglichkeiten des Betriebsrats

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

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

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

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

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

⁹¹ Boemke, ZfA 1992, 473, 498.

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

Kap. 5 Eingruppierung

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

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

c) Das gerichtliche Zustimmungsersetzungsverfahren

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

⁹³ BAG 13.5.2014, 1 ABR 9/12, BB 2014, 2357.

⁹⁴ Rechtlich erforderlich ist dies aber nicht, *Fitting*, § 99 BetrVG Rn. 10.

⁹⁵ Z. B. BAG 14.8.2013, 7 ABR 56/11, DB 2014, 308.

⁹⁶ BAG 28.1.1986, 1 ABR 10/84, BAGE 51, 42.

wendung der zutreffenden Entgeltordnung, zu prüfen.⁹⁷ In dem Rahmen kann es dazu kommen, dass das Gericht die Tatsachen selbst ermittelt, die den Widerspruch des Betriebsrats dann – unabhängig von dessen dort vorgebrachten Argumenten – begründen können.⁹⁸ Die Entscheidung des Gerichts ergeht nur über die Frage, ob die Zustimmung des Betriebsrats zu der beabsichtigten Eingruppierung zu ersetzen ist oder nicht. Die Feststellung einer anderen als der vorgesehenen Entgeltgruppe darf das Gericht nicht treffen.

5. Rechtsfolgen der betriebsverfassungsrechtlichen Eingruppierung für das einzelne Arbeitsverhältnis

Die Frage, welche Rechtsfolgen sich aus der Durchführung des betrieblichen Zustimmungs- und ggf. des arbeitsgerichtlichen Zustimmungsersetzungsverfahrens nach § 99 BetrVG für das Individualarbeitsverhältnis, insbesondere den Entgeltanspruch des betroffenen Arbeitnehmers ergibt, gehört zu den derzeit umstrittensten Fragen des Arbeitsrechts. Das Bundesarbeitsgericht hat hier in den letzten Jahren mehrfach Rechtsprechungsänderungen vorgenommen, die höchst folgenreich sind, aber – teilweise mit guten Gründen – kritisiert werden. Es hat vor allem die Frage aufgeworfen und noch nicht abschließend eindeutig beantwortet, ob und unter welchen Umständen sich aus der betriebsverfassungsrechtlichen Eingruppierung ein Anspruch des Arbeitnehmers auf das sich aus dieser Eingruppierung ergebende Entgelt der angewandten Entgeltordnung ergibt, soweit keine entsprechende einzelvertragliche Vereinbarung getroffen worden ist.⁹⁹ Halbwegs gesichert erscheint die Feststellung, dass nach derzeitigem Stand davon auszugehen ist, dass dann, wenn der Arbeitnehmer nach dem Entgeltschema zu vergüten ist, es dem Arbeitgeber verwehrt ist, sich auf eine Entgeltgruppe zu berufen, die entweder niedriger ist als diejenige, die er selbst im gerichtlichen Zustimmungsersetzungsverfahren durchgesetzt hat, oder die derjenigen entspricht, mit der er bei Gericht gescheitert ist. Die entsprechende gerichtliche Entscheidung soll danach einseitig zwingende präjudizielle Wirkung entfalten.¹⁰⁰

In der Praxis spielt diese Frage vielleicht deshalb keine so große Rolle, weil der Arbeitgeber die Vorgaben des betrieblich „geltenden“ und angewandten Entgeltschemas, vor allem, wenn es auf einem Tarifvertrag beruht, an den er selbst gebunden ist, ungeachtet der Mitgliedschaft des Arbeitnehmers in der tarifschlie-

97 Vgl. dazu *Creutzfeldt/Eylert*, FS Klebe, S. 77, 85 ff.

98 Vgl. dazu *GMP-Spinner*, § 84 ArbGG Rn. 86.

99 Insoweit kritisiert die Literatur die Auffassung des BAG als die Schaffung eines „Anspruchs ohne Anspruchsgrundlage“, vgl. z. B. *Reichold*, RdA 2013, 108; *Salamon*, NZA 2012, 899.

100 Grundlegend BAG 3.5.1994, 1 ABR 58/93, NZA 1995, 484; bestätigt u. a. durch BAG 28.8.2008, 2 AZR 967/06, Rn. 36 m. w. N., NZA 2009, 505.

Kap. 5 Eingruppierung

ßenden Gewerkschaft anwendet, z. B. aufgrund einer vertraglichen Verweisungsklausel. Soweit dies nicht der Fall ist, sollten Arbeitgeber als „Arbeitshypothese“ einstweilen davon ausgehen, dass im Zweifel die betriebsverfassungsrechtliche Eingruppierung zumindest als „Untergrenze“ der dem einzelnen Arbeitnehmer geschuldeten Vergütung angesehen werden kann. Die Rechtslage ist sehr umstritten; eine Prognose über die Entwicklung der Rechtsprechung des BAG ist in diesem Punkt kaum zu treffen.

IV. Fazit

- 92 Die Durchführung des gedanklichen Prozesses einer Eingruppierung ist in seinen Voraussetzungen, Verfahrensregeln und Rechtsfolgen ein komplexes und schwieriges, darüber hinaus fehlerträchtiges und entsprechend unbeliebtes Unterfangen. Angesichts der Bedeutung insbesondere der Richtigkeit seiner Durchführung und Ergebnisse führt an einer intensiven Beschäftigung mit diesem Thema kein Weg vorbei. Die Erarbeitung der Grundsätze ist auf lange Sicht für die damit Beschäftigten unerlässlich. Die Kenntnis der Strukturen macht den Vorgang verständlicher. Sich in diesem Bereich stellende Unsicherheiten über die Entwicklung der Rechtsprechung werden dadurch jedoch nicht beseitigt. Die daraus erwachsenden Risiken sind in der praktischen Anwendung für (jeweils) beide Seiten so weit wie möglich zu entschärfen.

Kapitel 6

Vergütung von außertariflichen Angestellten

Schrifttum: *Annuß*, Arbeitsrechtliche Aspekte von Zielvereinbarungen in der Praxis, NZA 2007, 290 ff.; *Baeck/Winzer*, Stichtagsklauseln – was geht noch?, NZG 2012, 657 ff.; *Bauer/Diller/Göpfert*, Zielvereinbarungen auf dem arbeitsrechtlichen Prüfstand, BB 2002, 882 ff.; *Blanke* (Hrsg.), Handbuch Außertarifliche Angestellte, 3. Auflage 2003; *Blanke/Weike*, Außertarifliche (AT-)Beschäftigte, Handbuch der IG BCE BR-Stichworte 08, 2012; *Breisig*, AT-Angestellte, 2010; *Brors*, Die Individualarbeitsrechtliche Zulässigkeit von Zielvereinbarungen, RdA 2004, 273 ff.; *Faustmann/van den Woldenberg*, Rechtliche Wirkung tarifvertraglicher Bestimmungen auf außertarifliche Arbeitsverhältnisse, NZA 2001, 1113 ff.; *Franke*, Der außertarifliche Angestellte, München 1991; *von Friesen*, Die Rechtsstellung des Betriebsrats gegenüber nichtleitenden AT-Angestellten, DB 1980, Beilage Nr. 1; *Heins/Leder*, Stichtagsklauseln und Bonuszusagen – unvereinbar?, NZA 2014, 520 ff.; *Henssler/Willemsen/Kalb*, Arbeitsrecht Kommentar, 4. Auflage 2010; *Hromadka/Schmitt-Rolfes*, Die AGB-Rechtsprechung des BAG zu Tätigkeit, Entgelt und Arbeitszeit, NJW 2007, 1777 ff.; *Hunold*, Außertarifliche Angestellte: Gehalt, Arbeitszeit, Betriebsrat, NZA-RR 2010, 505 ff.; *Hunold*, Arbeitsentgelt und Arbeitszeit von AT-Angestellten, AuA 2010, 468 ff.; *Hunold*, Aktenlesen in der Bahn-Probleme von Arbeitszeit und Vergütung bei Dienstreisen, NZA 2006, Beilage Nr. 1, 38 ff.; *Hunold*, Außertarifliche Vertragsverhältnisse und übertarifliche Vertragsbestandteile, DB 1981, Beilage Nr. 26; *Hunold*, Anpassungsüberprüfung bei Gehältern von außertariflichen und leitenden Angestellten, BB 1977, 1654 ff.; *Lakies*, Inhaltskontrolle von Vergütungsvereinbarungen im Arbeitsrecht, NZA-RR 2002, 337 ff.; *Lindemann/Simon*, Flexible Bonusregelungen im Arbeitsvertrag, BB 2002, 1807 ff.; *Loritz*, Variable erfolgsbezogene Vergütungen der Mitarbeiter, AuA 1997, 224 ff.; *Lunk/Leder*, Der Arbeitsvertrag – Einzelne Vertragsklauseln, NJW 2015, 3766 ff.; *Maschmann*, Die Befristung einzelner Arbeitsbedingungen, RdA 2005, 212 ff.; *Mauer*, Zielbonusvereinbarungen als Vergütungsgrundlage im Arbeitsverhältnis, NZA 2002, 540 ff.; *Salamon/Hoppe/Rogge*, Überstunden im Fokus der jüngeren Rechtsprechung, BB 2013, 1720 ff.; *Reiserer*, Zielvereinbarung – ein Instrument der Mitarbeiterführung, NJW 2008, 609 ff.; *Riesenhuber/von Steinau-Steinrück*, Zielvereinbarungen, NZA 2005, 785 ff.; *Schwarze*, Der „Kernbereich des Arbeitsvertrages“ – zum richterrechtlichen Stetigkeitsschutz im Arbeitsvertrag, RdA 2012, 321 ff.; *Willemsen/Grau*, Alternative Instrumente zur Entgeltflexibilisierung im Standardarbeitsvertrag, NZA 2005, 1137 ff.; *Willemsen/Jansen*, Die Befristung von Entgeltbestandteilen als Alternative zu Widerrufs- und Freiwilligkeitsvorbehalten, RdA 2010, 1 ff.

Übersicht

	Rn.		Rn.
1. Der außertarifliche Angestellte . .	1	4. Gehaltsanpassungsanspruch . . .	9
1. Begriff des außertariflichen-Angestellten	2	a) Anspruch auf regelmäßige Gehaltsüberprüfung/Anpassung	10
2. Abgrenzung zu leitenden und übertariflichen Angestellten . .	5	b) Anspruch auf Einhaltung Mindestabstandsgebot . . .	11
3. Begründung des AT-Status und Anstellungsverhältnisses	8		

Kap. 6 Vergütung von außertariflichen Angestellten

5. Rechtsfolgen bei Unterschreitung Mindestabstandsgebot . . .	25	d) Wartezeit/Probezeit	62
6. Gleichbehandlung bei generellen Gehaltserhöhungen.	30	3. „Welcome-Boni“ oder „Sign on Boni“	63
a) Voraussetzungen	30	4. Sondervergütungen.	64
b) Auskunftsanspruch	35	5. Sozialleistungen – „Cafeteria“-Konzepte	69
7. Gehaltsanpassungsanspruch aufgrund betrieblicher Übung	38	6. Entgeltumwandlung	70
II. Vergütung	44	7. Dienstreisen	71
1. Jahresvergütung	44	8. Mehrvergütung für Überstunden/Mehrarbeit	72
2. Variable Vergütung	45	a) Objektive Vergütungserwartung	72
a) Verhältnis Jahresgrundgehalt zu variabler Vergütung.	46	b) Abgeltungsklauseln in Arbeitsverträgen	75
b) Bonus – Zielvereinbarung, Zielvorgaben	48	c) Höhe der Vergütung	80
c) Vorzeitiges Ausscheiden, Stichtagsregeln/Rückzahlung	58	d) Darlegungs- und Beweislast	82
		9. Mehrvergütung für höherwertige Tätigkeit	83

I. Der außertarifliche Angestellte

- 1 Der Anteil von außertariflichen Angestellten (AT-Angestellte) im Unternehmen hat über die letzten Jahrzehnte stetig zugenommen, was insbesondere auf die zunehmende Akademisierung der Arbeitswelt zurückzuführen ist. Sie sind in der Regel Mitarbeiter mit besonderen Führungsaufgaben oder in hervorgehobenen Positionen, aber auch Spezialisten mit besonderen Qualifikationsaufgaben, die überdurchschnittlich vergütet werden.

1. Der Begriff des außertariflichen Angestellten

- 2 Außertarifliche Angestellte sind regelmäßig Arbeitnehmer, die nicht mehr von dem persönlichen Geltungsbereich des für den Betrieb einschlägigen Tarifvertrages erfasst werden, aber noch nicht zu den leitenden Angestellten (§ 5 Abs. 3 BetrVG) gehören.¹
- 3 Die Festlegung des persönlichen Geltungsbereichs des Tarifvertrages und die Definition des **AT-Status** liegen allein in der Verhandlungsmacht der jeweiligen zuständigen Tarifvertragsparteien und richtet sich daher ausschließlich nach dem jeweils einschlägigen Tarifvertrag.² Die Tarifvertragsparteien stellen dabei

1 BAG 18.9.1973, 1 ABR 7/73, NJW 1974, 334 = AP zu § 80 BetrVG 1972 Nr. 8; BAG 28.5.1974, 1 ABR 22/73, AP zu § 80 BetrVG 1972 Nr. 6; BAG 21.8.1990, 1 ABR 72/89, NZA 1991, 434; Schaub-Vogelsang, § 13 Rn. 13; ErfK-Preis, § 611 Rn. 108.

2 So zutreffend bereits Hunold, DB 1981 Beilage Nr. 26, S. 4.

grundsätzlich auf die Wertigkeit des Aufgabengebiets und/oder die Vergütungshöhe ab.³ Überwiegend wird vorausgesetzt, dass der Arbeitnehmer **im Arbeitsvertrag ausdrücklich** als AT-Angestellter **bezeichnet** wird, das **Aufgabengebiet höhere Anforderungen**⁴ als die höchste tarifliche Beschäftigungsgruppe stellt, die allgemeinen Vertragsbedingungen bei einer Gesamtbetrachtung **über dem Niveau der höchsten Tarifgruppe** liegen und/oder das **Gehalt die Vergütung der höchsten Tarifgruppe** um einem bestimmten Prozentsatz, einen angemessenen oder absoluten Betrag **übersteigt**.⁵ Diese Voraussetzungen müssen je nach Tarifvertrag einzeln oder kumulativ vorliegen.

Die Begründung außertariflicher Arbeitsverhältnisse setzt demnach einen für den Betrieb kraft Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband oder Allgemeinverbindlicherklärung **einschlägigen Tarifvertrag**⁶ sowie die **Erfüllung der tariflich bestimmten Voraussetzungen des AT-Status** voraus. **4**

2. Abgrenzung zu leitenden und übertariflichen Angestellten

Außertarifliche Angestellte fallen kraft ihrer Tätigkeit und/oder ihrer Vergütungshöhe zwar nicht mehr unter den persönlichen Geltungsbereich des einschlägigen Tarifvertrages. Sie sind und bleiben aber Arbeitnehmer im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes und unterfallen daher dem Geltungsbereich des Betriebsverfassungsgesetzes. Sie werden daher wie Tarifmitarbeiter von der Zuständigkeit des Betriebsrats umfasst. Arbeitnehmerschutzgesetze finden auf sie in gleichem Umfang wie auf Tarifmitarbeiter Anwendung. Außertarifliche Angestellte können zugleich leitende Angestellte sein, müssen es aber nicht. Umgekehrt sind leitende Angestellte aber in der Regel außertarifliche Angestellte. **5**

Ein **leitender Angestellter** steht ebenfalls wie ein außertariflicher Angestellter außerhalb des Tarifvertrages. Das Betriebsverfassungsgesetz findet gemäß § 5 Abs. 3 Satz 1 BetrVG auf ihn aber keine Anwendung, soweit das Gesetz nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt. Unabhängig von ihrer betriebsverfassungsrechtlichen Sonderstellung, sind leitende Angestellte dennoch individualrechtlich grundsätzlich außertarifliche Angestellte.⁷ **6**

3 Hunold, NZA-RR 2010, 505.

4 Seltener findet sich heute das Abgrenzungsmerkmal eines „andersartigen“ Aufgabengebiets in Tarifverträgen, hierzu von Friesen, DB 1980, Beilage Nr. 1, S. 3 f.

5 Blanke-Blanke, Außertarifliche Angestellte, Rn. 36; einen Überblick über in der Praxis vorkommende Regelungen bietet Breisig, AT-Angestellte, S. 16 ff.

6 BAG 30.4.1981, 6 ABR 77/78, AP zu § 80 BetrVG 1972 Nr. 13.

7 Franke, Der außertarifliche Angestellte, S. 17, 25; Hunold, NZA 2010, 505; Schaub-Vogelsang, § 13 Rn. 13 führt zwar aus, dass es begrifflich denkbar sei, dass leitende Angestellte ausnahmsweise nicht zugleich außertarifliche Angestellte sind, weil sie eine tarifliche Vergütung erhalten. Dieser Fall ist aber in der Praxis selten.

- 7 Ein Tarifangestellter, der zu seinem Tarifgehalt lediglich eine **übertarifliche Zulage** erhält, wird hierdurch nicht zum außertariflichen, sondern **übertariflichen Angestellten**.⁸ Eine übertarifliche Bezahlung begründet allein nicht den Status eines AT-Angestellten. Er bleibt Tarifangestellter, soweit Tarifbindung vorliegt. In Abgrenzung zu außertariflichen Angestellten werden die übertariflichen Angestellten vom persönlichen Geltungsbereich des einschlägigen Tarifvertrags umfasst, sind regelmäßig in eine bestimmte Tarifgruppe eingruppiert und werden nur durch ergänzende einzelvertragliche Abmachung übertariflich bezahlt.

3. Begründung des AT-Status und Anstellungsverhältnisses

- 8 Bei **beiderseitiger Tarifbindung** sehen die Tarifverträge wie Mantel-, Entgelt- bzw. Gehaltstarifverträge und entsprechende Rahmentarifverträge in der Regel vor, unter welchen Voraussetzungen ein außertariflicher Anstellungsvertrag begründet werden kann. Die **Wertigkeit der Aufgaben** und die **Entgelthöhe** sind dabei die wichtigsten Kriterien. Zudem muss der außertarifliche Status häufig ausdrücklich durch **schriftlichen Einzelarbeitsvertrag** zugesichert werden. Eine Abweichung von den jeweiligen tariflichen Vorgaben ist bei beiderseitiger Tarifbindung nicht zulässig (§§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 TVG). Fehlt eine der tariflichen, konstitutiven Voraussetzungen für die Begründung der AT-Eigenschaft, macht den Arbeitnehmer auch eine Bezeichnung eines Arbeitsvertrags als AT-Vertrag nicht zum AT-Angestellten.⁹ Auf eine **Tarifbindung des Arbeitnehmers** kommt es bei der Begründung der AT-Eigenschaft hingegen nicht an. Ist der Arbeitnehmer tarifungebunden, wird die AT-Eigenschaft durch den Tarifvertrag zumindest begrifflich definiert.¹⁰

4. Gehaltsanpassungsanspruch

- 9 Außertarifliche Arbeitsverhältnisse, die wirksam unter Beachtung der einschlägigen Tarifvorschriften begründet worden sind, unterliegen grundsätzlich keiner Tarifbindung. Ihre Arbeitsbedingungen richten sich grundsätzlich nach den individualvertraglichen Abreden der Parteien unter Beachtung der zwingenden Arbeitsschutzvorschriften.¹¹ Dies gilt insbesondere auch für die Festlegung und Er-

8 Hunold, NZA-RR 2010, 505; Hunold, NZA 2007, 912, 914.

9 BAG 31.10.1995, 1 ABR 5/95, NZA 1996, 890.

10 Vgl. BAG 28.5.1974, 1 ABR 22/73, AP BetrVG 1972 zu § 80 Nr. 6, wonach AT-Angestellter ist, wer für den Fall einer Tarifgebundenheit außerhalb des persönlichen Geltungsbereichs des einschlägigen Tarifvertrags steht; Blanke-Blanke, Außertarifliche Angestellte, Rn. 47; Blanke/Weike, Außertarifliche (AT-)Beschäftigte, S. 10; a. A. Franke, Der außertarifliche Angestellte, S. 2 ff.

11 BAG 18.9.1973, 1 ABR 7/73, NJW 1974, 333, 334.

höhung von außertariflichen Gehältern.¹² Tarifvertragliche Regelungen finden auf diese Arbeitsverhältnisse nur dann Anwendung, sofern dies einzelvertraglich vereinbart worden ist.¹³

a) Anspruch auf regelmäßige Gehaltsüberprüfung/Anpassung

Grundsätzlich besteht kein Rechtsanspruch auf eine regelmäßige Überprüfung oder Anpassung des Gehalts. Ein solcher Anspruch besteht nur dann, wenn die Parteien dies ausdrücklich¹⁴ im Arbeitsvertrag oder in einer Betriebsvereinbarung vorgesehen haben. Arbeitsvertragsklauseln, die eine regelmäßige Überprüfung des AT-Gehalts etwa unter Beachtung der wirtschaftlichen Entwicklung oder der Leistung des Angestellten vorsehen, sind in der Praxis allerdings weit verbreitet. Anpassungsklauseln hingegen weniger. Eine regelmäßige Überprüfung des Gehalts wird in der Regel entweder in angemessenen Abständen oder in bezifferten Abständen wie z. B. jährlich zugesagt. Im Gegensatz zu den konkret bezifferten Überprüfungszeiträumen ist eine Überprüfung in angemessenen Abständen rechtlich in der Regel nicht durchsetzbar. Die Zusage einer jährlichen Gehaltsüberprüfung wird ggf. um weitere Parameter wie die Gehaltsentwicklung der Branche, Anlehnung an Tarifierhöhungen, besondere Leistungen oder zunehmende Erfahrungen ergänzt.¹⁵ **10**

b) Anspruch auf Einhaltung Mindestabstandsgebot

Nach den tariflichen Bestimmungen muss das Entgelt des AT-Angestellten in der Regel aber das Tarifgehalt der höchsten tariflichen Entgeltgruppe entweder um einen bestimmten Prozentsatz, einen angemessenen Abstand oder absoluten Betrag übersteigen (sog. **Mindestabstandsgebot**). **11**

Tarifliche Mindestabstandsgebote begründen nach einhelliger Meinung einen **individualrechtlichen Anspruch** des außertariflichen Angestellten auf Wahrung dieses Gehaltsabstands zur Tarifentwicklung und entsprechende Anpassung des AT-Gehalts, soweit der außertarifliche Status auch einzelvertraglich zugesagt wurde.¹⁶ Es umfasst sowohl nach Prozentsatz oder absolutem Betrag bezifferte Gehaltsabstandsklauseln als auch lediglich einen angemessenen Ab- **12**

12 BAG 17.5.1978, 5 AZR 132/77, NJW 1979, 181 = DB 1978, 1888.

13 BAG 21.6.2000, 4 AZR 793/98, NZA 2001, 336.

14 Franke, Der außertarifliche Angestellte, S. 2 ff.; Faustmann/van den Woldenberg, NZA 2001, 1113, 1117.

15 Blanke-Blanke, Außertarifliche Angestellte Rn. 87.

16 St. Rspr. u. a. BAG 21.6.2000, 4 AZR 793/98, NZA 2001, 336 mit Verweis auf BAG 11.2.1998, 5 AZR 126/97 n. v.; BAG 18.6.1997, 5 AZR 146/96, NZA 1997, 1352; LAG München 24.4.2008, 3 Sa 964/07, BeckRS 2009, 67669; LAG München 8.5.1996, 7 Sa 584/95, NZA 1997, 735.; LAG Düsseldorf 27.7.1999, 16 (3) Sa 213/99, BeckRS 1999, 41306.

Kap. 6 Vergütung von außertariflichen Angestellten

stand fordernde Gehaltsabstandsklauseln. Eine solche Klausel stellt auch keine unzulässige Effektivklausel dar.¹⁷ Ein tariflicher Anspruch besteht richtigerweise nicht, da Tarifverträge keine unmittelbare und zwingende Wirkung auf ein AT-Arbeitsverhältnis haben.¹⁸ Das Gebot gilt für den **Neuabschluss eines AT-Vertrages**¹⁹ ebenso wie für die Ernennung zum AT-Angestellten während der **Dauer des Arbeitsverhältnisses**.²⁰ Denn durch die einzelvertragliche Zusage des außertariflichen Status verpflichtet sich der Arbeitgeber, der **Tarifentwicklung** bei Abschluss und während der Dauer des Arbeitsverhältnisses **Rechnung zu tragen**.²¹

- 13 Diesen Gehaltsanpassungsanspruch hat das Bundesarbeitsgericht in Fällen **beiderseitiger Tarifbindung** bestätigt.²² Der Tarifvertrag ist in diesem Fall konstitutiv für die Begründung der AT-Eigenschaft, d.h. die Parteien können den Status von AT-Angestellten nicht mehr abweichend durch arbeitsvertragliche Regelungen bestimmen.²³ Dies wird auch dann gelten müssen, wenn der Arbeitgeber später aus dem Verband ausgetreten und nicht mehr tarifgebunden ist.²⁴
- 14 Auch dem **tarifungebundenen AT-Angestellten** wird man einen **Erfüllungsanspruch** auf Wahrung des tariflichen Mindestabstands zubilligen müssen. Durch die einzelvertragliche Zusage des AT-Status stellt der Arbeitgeber auch beim tarifungebundenen Arbeitnehmer einen Bezug zum Tarifvertrag her und bringt damit seinen Willen zum Ausdruck, dauerhaft vom Tarifvertrag abhängig sein zu wollen.
- 15 Bei **tarifungebundenen Parteien** kann sich ein arbeitsvertraglicher Gehaltsanpassungsanspruch durch die Zusage des AT-Status i.V.m. dem tariflichen Mindestabstandsgebot durch Vertragsauslegung ergeben, wenn das Arbeitsverhältnis an sich vom Geltungsbereich eines Tarifvertrages erfasst wird. Hinsichtlich der Vergütungsbedingungen gilt zwar grundsätzlich das Prinzip der Vertragsfreiheit zwischen den Parteien. Sichert der Arbeitgeber aber einen AT-Status zu und stellt damit einen Bezug zum Tarifvertrag her, ergibt sich durch Auslegung der individualvertraglichen Vereinbarung, dass er sich dauerhaft abhängig vom Tarifvertrag und der Wahrung des Mindestabstands machen will. Will

17 Vgl. LAG München 8.5.1996, 7 Sa 584/95, NZA 1997, 735; *Blanke*, Außertarifliche Angestellte, Rn. 49; *Franke*, Außertarifliche Angestellte, S. 91.

18 *Faustmann/van den Woldenberg*, NZA 2001, 1113, 1116; offengelassen BAG 21.6.2000, 4 AZR 793/98, NZA 2001, 336.

19 Vgl. BAG 25.4.2018, NZA 2018, 1224.

20 Vgl. BAG 3.9.2014, AP § 1 TVG Tarifverträge: Metallindustrie Nr. 235.

21 So zutreffend LAG Düsseldorf 27.7.1999, 16 (3) Sa 213/99, BeckRS 1999, 41306.

22 BAG 19.5.2009, 9 AZR 505/08, NZA 2010, 184; BAG, 11.2.1998, 5 AZR 126/97, BeckRS 1998, 30368679.

23 LAG München 8.5.1996, 7 Sa 584/95, NZA 1997, 735.

24 LAG Düsseldorf 27.7.1999, 16 (3) Sa 213/99, BeckRS 1999, 41306.

der Arbeitgeber dies nicht, muss er im Arbeitsvertrag ausdrücklich vereinbaren oder zumindest hinreichend deutlich machen, dass die Vergütung ohne Berücksichtigung des Tarifabstands aus dem Tarifvertrag vereinbart werden soll.²⁵

Die Höhe des Gehaltsanpassungsanspruchs kann bei einer **beziiferten Gehaltsabstandsklausel** konkret errechnet und die jeweilige Mindesthöhe des außertariflichen Gehalts bestimmt werden. **16**

Bei **allgemeinen Gehaltsabstandsklauseln** und der Frage nach der Wahrung eines angemessenen Abstands zum höchsten Tarifgehalt wird dasselbe wie bei (einseitigen) Leistungsbestimmungen gelten dürfen. Sie sind vom Arbeitgeber nach billigem Ermessen vorzunehmen (§ 315 BGB).²⁶ Die Arbeitgeberentscheidung ist gerichtlich überprüfbar und ggf. durch das Gericht zu treffen (§ 315 Abs. 3 Satz 2 BGB). Die Angemessenheit beurteilt sich nach den Umständen des Einzelfalls.²⁷ **17**

In einer Entscheidung erachtete das Bundesarbeitsgericht in Übereinstimmung mit den Vorinstanzen²⁸ einen Abstand von 25 % zum entsprechenden höchsten Tarifgehalt für billig, nachdem die Arbeitgeberin dem AT-Angestellten über Jahre hinweg um 30 % höhere als die höchste Tarifgruppe liegende Gehälter gezahlt hatte und erst in den letzten drei Jahren eine Gehaltsanpassung, zuletzt auf 16,06 %, vornahm.²⁹ Aus den früheren Abständen sei ersichtlich, was die Arbeitgeberin selbst in etwa für angemessen erachtete. Ohne eine besondere Begründung erscheine daher eine Absenkung der Differenz unter 25 % als unbillig. **18**

Eine entscheidende Frage ist, ob es für die Wahrung des Mindestabstands zwischen dem Vertragsentgelt des AT-Beschäftigten und dem höchsten Tarifentgelt auf die **Differenz der jeweiligen Regelarbeitszeit** der beiden Gruppen ankommt. Das Landesarbeitsgericht Düsseldorf war ausgegangen, dass das Gehalt des AT-Angestellten bei einer Arbeitszeit von 39 Stunden in der Woche zum höchsten Tarifgehalt mit einer 35-Stunden-Woche ins Verhältnis gesetzt und das Tarifgehalt mithin 39/35 angehoben werden müsse.³⁰ **19**

Der Vierte Senat des Bundesarbeitsgerichts lehnte dieses Ergebnis mit der Begründung ab, die Arbeitszeit des AT-Angestellten sei aufgabenorientiert, die Berücksichtigung der Differenz der unterschiedlichen Regelarbeitszeiten widerspreche dem Sinn und Zweck des AT-Vertrags, der nach dem Willen der Arbeits- **20**

25 BAG 25.4.2018, NZA 2018, 1224.

26 So BAG, 18.6.1997, 5 AZR 146/96, NZA 1997, 1352.

27 BAG 18.6.1997, 5 AZR 146/96, NZA 1997, 1352.

28 LAG Hamburg, 13.9.1995, 5 Sa 32/95, BeckRS 1995, 30756767.

29 Vgl. BAG 18.6.1997, 5 AZR 146/96, NZA 1997, 1352, 1353.

30 LAG Düsseldorf 14.8.1998, 10 (11) Sa 957/98, BeckRS 1998, 41643.

Kap. 6 Vergütung von außertariflichen Angestellten

vertragsparteien doch gerade die Lösung vom Tarifvertrag zum Ziel hat.³¹ Diese Begründung überzeugt nicht, denn dann wäre die zeitliche Dauer der Arbeitspflicht nicht länger maßgebend für die Hauptleistungspflicht eines AT-Arbeitnehmers.³² Es ist aber die Arbeitszeit und nicht seine Arbeitsaufgabe, die das Äquivalent für seine Vergütung darstellt, so sieht es jedenfalls auch der Zehnte Senat des Bundesarbeitsgerichts.³³

- 21 Im Ergebnis ist dem Bundesarbeitsgericht aber dennoch zuzustimmen. Eine Auslegung der Tarifregelung verbietet jedes andere Ergebnis. Denn die Tarifvertragsparteien haben die Mindestabstandsklausel trotz und in Kenntnis der für AT-Angestellte üblichen höheren Arbeitszeit formuliert und eine Berücksichtigung bzw. Umrechnung auf die jeweils zugrundeliegende Arbeitszeit nicht vorgesehen. Eine ergänzende Auslegung des Tarifvertrages verbot sich; die Arbeitszeit des AT-Angestellten ist kein durch Auslegung zu ergänzendes Tatbestandsmerkmal der Abstandsklausel.³⁴ Den Tarifvertragsparteien stand und steht es jederzeit frei, ausdrücklich im Tarifvertrag etwas anderes zu bestimmen.
- 22 Aus denselben Gründen wird auch eine zwischen den Tarifvertragsparteien **vereinbarte Arbeitszeitverkürzung bei Tarifangestellten** bei vollem Lohn-/Gehaltsausgleich zu keinem anderen Ergebnis führen, soweit der Tarifvertrag nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt.³⁵

31 BAG 21.6.2000, 4 AZR 793/98, NZA 2001, 336 = AP zu § 5 BetrVG 1972 Nr. 65; BAG 26.11.2003, 4 ABR 54/02, NZA 2004, 1107; *Franke*, Der außertarifliche Angestellte, S. 76; a. A. *Blanke*, Außertarifliche Angestellte, Rn. 50.

32 Insoweit ist die von *Blanke-Blanke*, Außertarifliche Angestellte, Rn. 50 geäußerte Kritik zutreffend.

33 In diesem Sinne vgl. BAG 15.5.2013, 10 AZR 325/12, AP BGB zu § 611 Arbeitszeit Nr. 42 zur Frage der Anwesenheitspflicht eines AT-Angestellten im Betrieb; ähnlich auch *Blanke*, Außertarifliche Angestellte, Rn. 50.

34 BAG 21.6.2000, 4 ARZ 793/98, NZA 2001, 336 = AP BetrVG 1972 § 5 Nr. 65 entschieden für MTV Stahl; BAG 26.11.2003, 4 ABR 54/02, NZA 2004 1108 entschieden für GRTV/GTV, welches zusätzlich – anders als MTV Stahl – durch die Vergleichsgröße „Monatseinkommen – ohne Grundvergütung und Zuschläge für gesondert abgerechnete Mehrarbeitsstunden“ eine Arbeitszeitkomponente enthielt. Daraus folgt im Umkehrschluss zwingend, dass nach dem Willen der Tarifvertragsparteien eine vereinbarte Mehrarbeitspauschale für regelmäßig anfallende Mehrarbeitsstunden für die Vergleichsgröße „Monatseinkommen“ mitzählte. Nach dem ausdrücklichen Tarifwortlaut darf auch bei einer der Mehrarbeit mitabgeltenden vereinbarten Gesamtvergütung die Vergleichsgröße „Monatseinkommen“ nicht um einen Mehrarbeitsvergütungsanteil gekürzt werden. Wenn aber schon Vergütung für Mehrarbeit, sofern es sich nicht um solche „für gesondert abgerechnete Mehrarbeitsstunden“ handelt, für die Vergleichsgröße „Monatseinkommen“ mitzählt, gilt dies erst recht für das gesamte „Monatseinkommen“ des Angestellten, das die Gegenleistung für seine Arbeit in einer die tarifliche regelmäßige Arbeitszeit überschreitenden vereinbarten Regelarbeitszeit ist.

35 *Faustmann/van den Woldenberg*, NZA 2001, 1113, 1117.

Bei der Berechnung des Mindestabstandsgebots sind die Vertragsbedingungen den Tarifbedingungen gegenüberzustellen und zu vergleichen. Nach der höchst- **23**
richterlichen Rechtsprechung ist das außertarifliche Gehalt dabei nicht nur das monatliche Fixgehalt. Vielmehr ist die gesamte monatliche Vergütung zu berücksichtigen. Diese umfasst auch variable leistungs- und erfolgsabhängige Zahlungen.³⁶ Arbeitsbedingungen und weitere Leistungen an außertarifliche Angestellte, für die es im Tarifvertrag keine entsprechende Regelung gibt, sind zusätzlich zu berücksichtigen.³⁷ Die Leistungen der außertariflichen Mitarbeiter sind zu denen der tariflichen Mitarbeiter in Bezug zu setzen. Hierfür ist es ausreichend, wenn die Jahresvergütung (einschließlich variabler Bestandteile) auf den Monat umgerechnet den jeweils tariflich vorgeschriebenen Mindestabstand wahrt.³⁸

Wird eine Anpassungsprüfung unterlassen oder eine Anpassung abgelehnt, kann **24**
der AT-Angestellte hierüber eine gerichtliche Entscheidung herbeiführen oder unmittelbar auf Zahlung klagen. Der Anspruch des tarifgebundenen AT-Angestellten auf Anpassung seines Gehalts besteht zu dem Zeitpunkt, in dem die tariflichen Gehälter erhöht werden³⁹ und zugleich das Mindestabstandsgebot nicht mehr gewahrt wird. Eine anderweitige Entscheidung würde mit der Tarifbindung der Parteien in Widerspruch stehen.⁴⁰

5. Rechtsfolgen bei Unterschreitung Mindestabstandsgebot

Uneinigkeit besteht hinsichtlich der Frage, ob bei Unterschreitung des tariflichen Mindestabstandsgebots der AT-Angestellte automatisch seinen AT-Status verliert. Hier ist wie folgt zu differenzieren: Ist **bei beiderseitiger Tarifbindung** der AT-Status – wie häufig in Tarifverträgen gefordert – zusätzlich **einzelvertraglich wirksam unter den tariflichen Voraussetzungen** begründet worden, leitet sich hieraus nach einhelliger Meinung ein einzelvertraglicher Anspruch des AT-Angestellten auf Wahrung des Mindestabstandsgebotes.⁴¹ Erfolgt eine Gehaltsanpassung unter Verstoß gegen das Mindestabstandsgebot nicht, hat der AT-Angestellte demnach einen **Anspruch auf Vertragserfüllung**, der im Rechtsweg durchsetzbar ist. Durch die einzelvertragliche Begründung des AT- **25**

36 BAG 19.5.2009, 9 AZR 505/08, NJOZ 2010, 458.

37 LAG Düsseldorf 14.8.1998, 10 (11) Sa 957/98, BeckRS 1998, 41643.

38 BAG 19.5.2009, 9 AZR 505/08, NJOZ 2010, 458.

39 LAG München, 8.5.1996, 7 Sa 584/95, NZA 1997, 735; *Franke*, Der außertarifliche Angestellte, S. 92.

40 *Franke*, Der außertarifliche Angestellte, S. 92.

41 Vgl. BAG 18.6.1997, 5 AZR 146/96, NZA 1997, 1352; BAG 11.2.1998, 5 AZR 126/97, n. v.; LAG München 8.5.1996, 7 Sa 584/95, NZA 1997, 735; *Blanke-Blanke*, Außertarifliche Angestellte, Rn. 49; *Franke*, Der Außertarifliche Angestellte, 1991, 91; *Humold*, DB 1981, Beilage Nr. 26, S. 4.

Kap. 6 Vergütung von außertariflichen Angestellten

Status haben die Arbeitsvertragsparteien ausdrücklich ihren Willen erklärt, das Arbeitsverhältnis als AT-Anstellungsverhältnis zu führen und einen neuen Arbeitsvertrag geschlossen.⁴²

- 26 Nicht abschließend geklärt ist aber die Frage, ob eine Nichtanpassung bei Unterschreitung des tariflichen Mindestabstands **automatisch** zum Rückfall in den Status eines Tarifmitarbeiters führt. Dies dürfte aber bei einer einzelvertraglichen Zusage des AT-Status ausgeschlossen sein, da dies mit einer Veränderung der **wesentlichen Vertragsinhalte** verbunden wäre und eine Arbeitsvertragsänderung nur **einvernehmlich** oder **durch Änderungskündigung** wirksam herbeigeführt werden kann.⁴³ Eine **einvernehmliche Beendigung** liegt hierin nicht. Es wäre schon zu weitgehend in der Nichtgewährung einer den Mindestabstand wahrenden Vergütung zugleich ein Angebot auf Aufhebung des AT-Vertrages zu sehen. In jedem Fall läge im Schweigen bzw. der stillschweigenden Hinnahme der Unterschreitung des tariflichen Mindestabstandsgebots auch keine Annahme zur Änderung des Arbeitsverhältnisses zu tariflichen Bedingungen. Abgesehen davon wird dem Arbeitgeber in der Regel der Wille zur Anwendbarkeit der tariflichen Arbeitsbedingungen, insbesondere einer Rückkehr zur geringeren Arbeitszeit, fehlen. Denn zu dieser stünde die dem Arbeitnehmer außertariflich zugesagte Vergütung in der Regel außer Verhältnis.⁴⁴
- 27 Selbst wenn der Arbeitgeber im Ausnahmefall doch ein solches Interesse haben sollte, wäre er zu einer **einseitigen Abänderung** nicht berechtigt. Denn dies würde zu einer Umgehung der Bestimmungen des Kündigungsschutzgesetzes, insbesondere der materiellen und formellen Voraussetzungen der betriebsbedingten Änderungskündigung, führen.⁴⁵
- 28 Nur wenn der außertarifliche Status **nicht einzelvertraglich** zugesagt worden ist, sondern sich ausschließlich aus dem persönlichen Geltungsbereich des Tarifvertrages ergibt, kann von einem automatischen Rückfall des AT-Arbeitnehmers zum Status als Tarifangestellter ausgegangen werden. Denn hier unterfällt der Mitarbeiter wieder dem persönlichen Geltungsbereich des einschlägigen Tarifvertrages, soweit auch er **tarifgebunden** ist.⁴⁶
- 29 Bei **fehlender Tarifbindung des Angestellten** wird der AT-Status ausschließlich **individualvertraglich** begründet. Ein automatischer Rückfall zum Status des Tarifangestellten ist hier ausgeschlossen.

42 LAG München, 8.5.1996, 7 Sa 584/95, NZA 1997, 735.

43 LAG München, 8.5.1996, 7 Sa 584/95, NZA 1997, 735.

44 So zutreffend *Faustmann/van den Woldenberg*, NZA 2001, 1113.

45 LAG München 8.5.1996, 7 Sa 584/95, NZA 1997, 735; *Franke*, Der Außertarifliche Angestellte, S. 91; *Blanke-Blanke*, Außertarifliche Angestellte, Rn. 50; *Faustmann/van den Woldenberg*, NZA 2001, 1113.

46 So zutreffend differenziert *Faustmann/van den Woldenberg*, NZA 2001, 1113.

6. Gleichbehandlung bei generellen Gehaltserhöhungen*a) Voraussetzungen*

Trotz des Vorrangs der Vertragsfreiheit, kann sich ein Gehaltserhöhungsanspruch eines AT-Angestellten aus dem **allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz** ergeben. Dies gilt dann, wenn der Arbeitgeber Leistungen an eine **Gruppe begünstigter Arbeitnehmer nach einem erkennbaren und generalisierenden Prinzip** gewährt.⁴⁷ Der Arbeitgeber muss dabei freiwillig und damit ohne rechtliche Verpflichtung über die Vertragserfüllung hinaus Leistungen gewähren. Hieran fehlt es, wenn der Arbeitgeber bei der Gehaltserhöhung für andere AT-Angestellte **lediglich normative oder vertragliche Verpflichtungen** erfüllt.⁴⁸ 30

Wenn ein Arbeitgeber zu einem bestimmten Zeitpunkt die Vergütungen der tariflichen und der meisten außertariflichen Beschäftigten erhöht und in den Erhöhungen auch ein **Mindest- oder Grundbetrag zum Ausgleich gestiegener Lebenshaltungskosten** enthalten ist, findet der Gleichbehandlungsgrundsatz Anwendung.⁴⁹ Erhöht der Arbeitgeber die Gehälter der ganz überwiegenden Mehrheit der Gesamtbelegschaft (hier 80 bis 90 %) regelmäßig über mehrere Jahre, spreche sogar eine **tatsächliche Vermutung** dafür, dass in diesen Erhöhungen ein **Grundbetrag zum Ausgleich des Kaufkraftverlustes** enthalten sei, auch wenn die Erhöhungen in individuell unterschiedlicher Höhe und zu unterschiedlichen Zeitpunkten durchgeführt wurden.⁵⁰ Dient die Lohnerhöhung (auch) dem Zweck des Ausgleichs der Verteuerung der Lebenshaltungskosten, darf weder die Gruppe der außertariflichen Beschäftigten noch ein AT-Angestellter ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes insoweit ausgeschlossen werden.⁵¹ 31

Selbst wenn Lohn- und Gehaltserhöhungen für außertarifliche Angestellte daher **vorrangig nach Leistungsgesichtspunkten** erfolgen, steht auf dem Prüfstand, ob eine kollektive, lineare Komponente in Form eines **Mindest- oder Grundbetrages** als Ausgleich für die **Steigerung des Lohn- und Preisniveaus** darin enthalten ist, auf den der AT-Angestellte einen Anspruch hat. 32

47 St. Rspr. u. a. BAG 21.9.2011, 5 AZR 520/10, NZA 2012, 31 = AP BGB § 242 Gleichbehandlung Nr. 215; BAG 17.3.2010, 5 AZR 168/09, NZA 2010, 696 = AP BGB § 242 Gleichbehandlung Nr. 211; BAG 15.7.2009, 5 AZR 486/08, AP BGB § 242 Gleichbehandlung Nr. 209.

48 BAG 21.9.2011, 5 AZR 520/10, NZA 2012, 31 = AP BGB § 242 Gleichbehandlung Nr. 215.

49 BAG 9.11.1972, 5 AZR 224/72, AP BGB § 242 Gleichbehandlung Nr. 36.

50 BAG 11.9.1985, 7 AZR 371/83, AP zu § 242 BGB Gleichbehandlung Nr. 76 = NZA 1987, 156.

51 St. Rspr. BAG 17.5.1978, 5 AZR 132/77, AP BGB § 242 Gleichbehandlung Nr. 42 = NJW 1978, 181; BAG 21.3.2002, 6 AZR 144/01, NJOZ 2003, 1616; BAG 9.11.1972, 5 AZR 224/72, AP BGB § 242 Gleichbehandlung Nr. 36.

- 33 Die Gerichte haben dabei über das Vorliegen einer Regelhaftigkeit und die Schätzung der Höhe des enthaltenen Grundbetrages, dessen Obergrenze der Lebenshaltungskostenanstieg sein wird, zu entscheiden.
- 34 Der Gleichbehandlungsgrundsatz findet zwar keine Anwendung, wenn es sich um **individuell vereinbarte Löhne und Gehälter** handelt und der Arbeitgeber **nur einzelne Arbeitnehmer besserstellt**.⁵² Der Anwendungsbereich dieser Regelung ist aber deutlich eingeschränkt. Der Grundsatz der Vertragsfreiheit findet nur noch dann Anwendung, wenn ein Arbeitgeber Entgelte **losgelöst von Vergütungssystemen** und von **jeglicher Systematik** individuell mit dem außertariflichen Mitarbeiter frei verhandelt oder einen Einzelnen gegenüber einem Vergütungssystem individuell besserstellt.⁵³ Der Gleichbehandlungsgrundsatz kommt hiernach nicht zur Anwendung, wenn der Arbeitgeber **nur eine geringe Zahl von Arbeitnehmern** begünstigt wird. Eine **Besserstellung einer kleinen Gruppe** von Arbeitnehmern lasse in der Regel **nicht** den Schluss zu, die Beklagte habe eine Gruppenbildung nach einem oder mehreren Kriterien vorgenommen, die bei allen Begünstigten vorliegt.⁵⁴ Dies soll nach der Auffassung des Bundesarbeitsgerichts bei weniger als **fünf Prozent von besser gestellten Arbeitnehmern** gelten.⁵⁵ Die vorgenannten Grundsätze finden nicht nur für **freiwillige Leistungen**, sondern auch **für Arbeitsvergütung** Anwendung.⁵⁶

b) Auskunftsanspruch

- 35 Die Darlegungs- und Beweislast für den Gehaltserhöhungsanspruch obliegt zwar grundsätzlich dem von der Gehaltserhöhung ausgeschlossenen AT-Angestellten. Da ihm die von dem Arbeitgeber angewandten Verfahrensregeln in der Regel nicht bekannt sein werden, steht ihm gegenüber seinem Arbeitgeber ein Auskunftsanspruch über die für die Gehaltserhöhung verwendeten Regelungen zu.⁵⁷ Nach der st. Rspr. des Bundesarbeitsgerichts besteht die Nebenpflicht zur Auskunftserteilung (§ 242 BGB), wenn die Auskunft zur Geltendmachung eines Leistungsanspruchs erforderlich ist, für den Vertragspartner keine übermäßige

52 BAG 13.2.2002, 5 AZR 713/00, NZA 2003, 215 ff. = AP BGB § 242 Gleichbehandlung Nr. 184.

53 Blanke-Blanke, Außertarifliche Angestellte, Rn. 82.

54 Nach BAG 13.2.2002, 5 AZR 713/00, AP BGB § 242 Gleichbehandlung Nr. 184 = NZA 2003, 215 ff., 216, 217 würde sie zudem auch nicht von dem Gebot der Verteilungsgerechtigkeit getragen werden.

55 BAG 13.2.2002, 5 AZR 713/00, AP BGB § 242 Gleichbehandlung Nr. 184 = NZA 2003, 215 ff.; BAG 14.6.2006, 5 AZR 584/05, NZA 2007, 221 = AP BGB § 242 Gleichbehandlung Nr. 200.

56 BAG 14.6.2006, 5 AZR 584/05, NZA 2007, 221 = AP BGB § 242 Gleichbehandlung Nr. 200.

57 BAG 27.7.2010, 1 AZR 874/08, NZA 2010, S. 1369 = AP BGB § 242 Gleichbehandlung Nr. 212.

Belastung bedeutet und die gesetzliche Verteilung der Darlegungs- und Beweislast im Prozess gewahrt bleibt.⁵⁸

Der Auskunftsanspruch bezieht sich **inhaltlich** darauf, **unter welchen Voraussetzungen** und **in welchem Umfang** die Gehälter anderer, vergleichbarer AT-Arbeitnehmer erhöht worden sind **und** die von dem Arbeitgeber dabei **angewandten Verfahrensregelungen**. Dabei sind die Arbeitnehmerdaten vom Arbeitgeber anonymisiert darzustellen. **36**

Von entscheidender Bedeutung ist, dass der Auskunftsanspruch des AT-Angestellten **nicht nur bei linearen Gehaltserhöhungen**, sondern auch **bei nach leistungsbezogenen Kriterien** erfolgten Gehaltserhöhungen besteht.⁵⁹ Eine vom Arbeitgeber behauptete leistungsbezogene Gehaltserhöhung kann den Auskunftsanspruch des Arbeitnehmers daher nicht präkludieren. Dieser kann gegebenenfalls im Wege der Stufenklage mit einem Leistungsantrag verbunden werden. **37**

7. Gehaltsanpassungsanspruch aufgrund betrieblicher Übung

Wenn der Arbeitgeber über Jahre die Gehälter seiner AT-Angestellten regelmäßig in Anlehnung an die Tarifentwicklung erhöht, stellt sich die Frage, ob dies einen Anspruch auf zukünftige Erhöhungen entsprechend der Tarifentwicklung begründen kann. Ein solcher Gehaltsanpassungsanspruch scheidet **bei tarifgebundenen Arbeitgebern** von vornherein aus, denn hier vollzieht der Arbeitgeber lediglich seine Verpflichtungen auf Umsetzung der Tarifregelungen – hier Wahrung des Mindestabstandsgebots –, und will keine weitergehende Bindungen eingehen.⁶⁰ **38**

Aber auch bei **nicht tarifgebundenen Arbeitgebern** entsteht aus regelmäßigen Erhöhungen in Anlehnung an die Tarifentwicklung **grundsätzlich kein Anspruch aus betrieblicher Übung** auf eine entsprechende Erhöhung auch in den Folgejahren.⁶¹ Eine betriebliche Übung liegt nur bei regelmäßiger Wiederholung **39**

58 Vgl. Palandt-Grüneberg, § 260 Rn. 4; BAG 1.12.2004, 5 AZR 664/03, NZA 2005, 289.

59 BAG 1.12.2004, 5 AZR 664/03, NZA 2005, 289.

60 BAG 19.5.2009, 9 AZR 505/08, NJOZ 2010, 458; BAG 3.11.2004, 5 AZR 73/04, BeckRS 2004, 30345778. Früher lehnte das BAG 4.9.1985, 7 AZR 262/83 einen Anspruch auf Gehaltsanpassung aus betrieblicher Übung ab, weil im AT-Bereich regelmäßig davon auszugehen sei, dass Gehaltserhöhungen jeweils im Wege freier Vereinbarung erfolgen sollen; eine ausdrückliche Differenzierung nach Tarifbindung erfolgte hier noch nicht.

61 BAG 13.3.2002, 5 AZR 755/00, NJOZ 2003, 1552; BAG 16.1.2002, 5 AZR 715/00, AP BGB § 242 Betriebliche Übung Nr. 56; BAG 20.6.2001, 4 AZR 290/00, NJOZ 2002, 669; BAG 4.9.1985, 7 AZR 262/83, AP BGB § 242 Betriebliche Übung Nr. 22 = NZA 1986, 521 = DB 1986, 1627 ff.

Kap. 6 Vergütung von außertariflichen Angestellten

bestimmter Verhaltensweisen, die bei den Betriebsangehörigen den Eindruck einer Gesetzmäßigkeit oder eines Brauchs, jedenfalls aber eines Verpflichtungswillens des Arbeitgebers erwecken, vor. Aus einem solchen als Vertragsangebot zu wertenden Verhalten des Arbeitgebers, das von den Arbeitnehmern in der Regel gem. § 151 BGB stillschweigend angenommen wird, erwachsen vertragliche Ansprüche auf die üblich gewordenen Leistungen.⁶² Die betriebliche Übung ist ein Unterfall des konkludenten Vertragsangebots und weist einen Kollektivbezug auf.⁶³ Fehlt ein Kollektivbezug kann auch ein individuelles konkludentes Vertragsangebot vorliegen.⁶⁴

- 40** Entscheidend für die Entstehung eines Anspruchs aus betrieblicher Übung ist nach dem Bundesarbeitsgericht nicht der Verpflichtungswille, sondern wie der Erklärungsempfänger die Erklärung oder das Verhalten des Arbeitgebers nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung aller Begleitumstände verstehen musste und durfte (§§ 133, 157 BGB).⁶⁵ Es ist im Wege der Auslegung des arbeitgeberseitigen Verhaltens zu ermitteln, ob der Arbeitnehmer davon ausgehen muss, die Leistung werde nur unter bestimmten Voraussetzungen oder nur für eine bestimmte Zeit gewährt.⁶⁶
- 41** Ein **tarifungebundener Arbeitgeber** will sich grundsätzlich nicht der Regelungsmacht der Verbände unterwerfen. Er will Löhne und Gehälter nicht stets entsprechend der Tarifentwicklung erhöhen, sondern sich seine Entscheidungsfreiheit für die künftige Gehaltsentwicklung erhalten. Genau dies drückt sich in seiner fehlenden Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband aus.⁶⁷ Daher müsse es **deutliche Anhaltspunkte im Verhalten eines tarifungebundenen Arbeit-**

62 Z. B. BAG 1.3.1972, 4 AZR 200/71, AP BGB § 242 Betriebliche Übung Nr. 11.

63 BAG 17.4.2013, 10 ARZ 251/12, AP BGB § 611 Tantieme Nr. 5 = DB 2013, 2568.

64 Die Rechtsprechung des BAG tendiert neuerdings auch dahin individuelle konkludente Vertragsangebote zu prüfen vgl. hierzu für Sonderzahlungen BAG 13.5.2015, 10 AZR 266/13, AP § 611 BGB Gratifikationen Nr. 304; BAG 17.4.2013, 10 AZR 251/12, DB 2013, 1568, 2569; BAG 8.12.2012, 10 AZR 671/09, AP BGB § 242 Betriebliche Übung Nr. 91; BAG 14.9.2011, 10 AZR 526/10, AP § 307 BGB Nr. 56; erstmals BAG 21.4.2010, 10 AZR 163/09, AP BGB § 151 Nr. 5. Das BAG legt Ansprüche aus betrieblicher Übung in den letzten Jahren wieder enger aus und konzentriert sich wieder mehr auf die Auslegung des Erklärungsverhaltens der Parteien (§§ 133, 157 BGB); *ErfK-Preis*, 15. Aufl. 2015, § 611 BGB Rn. 22 m. w. N.

65 St. Rspr. u. a. BAG 20.6.2001, 4 AZR 290/00, NJOZ 2002, 669; BAG 16.1.2002, 5 AZR 715/00, NZA 2002, 632.

66 BAG 19.10.2011, 5 AZR 359/10, AP BGB § 242 Betriebliche Übung Nr. 92; BAG 4.9.1985, 7 AZR 262/83, NZA 1986, 521 = DB 1986, 1627.

67 BAG 13.3.2002, 5 AZR 755/00, NZA 2002, 1232 (Ls.) = NJOZ 2003, 1552 = BeckRS 2002, 41265.

gebers dafür geben, er wolle auf Dauer die von den Tarifvertragsparteien ausgehandelten Tariflohnerhöhungen übernehmen.⁶⁸

Dabei betont das Bundesarbeitsgericht zutreffend, dass auch kein Widerspruch zur Rechtsprechung des Zehnten Senats besteht, der von einem arbeitgeberseitigen Verpflichtungswillen in der Regel bei der Gewährung von Zulagen oder Jahressonderzahlungen selbst bei unterschiedlichen Zahlungen und Zeitpunkten ausgeht, soweit nicht Umstände etwas anderes ergeben.⁶⁹ Die nicht vorhersehbare Dynamik der Lohnentwicklung und die hierdurch entstehenden ggf. unüberschaubaren Personalkosten sprechen grundsätzlich gegen den bindenden Willen des Arbeitgebers für eine dauerhafte Entgeltanhebung entsprechend der Tarifentwicklung. Auch in den Fällen der Zulagen oder Jahressonderzahlungen entstünden zwar weitere Kosten; diese seien aber statisch und damit vorhersehbar und nicht unüberschaubar dynamisch ausgestaltet.⁷⁰ **42**

Dieses Ergebnis gilt selbst dann, wenn sich der Arbeitgeber zu **jährlichen Gehaltsüberprüfungen** verpflichtet hat,⁷¹ sei es aufgrund einer Betriebsvereinbarung oder eines Einzelarbeitsvertrages. Zwar kann nach dem objektiven Empfängerhorizont in dieser Formulierung kein Vorbehalt nach Grund und Höhe der Gehaltserhöhung gesehen werden.⁷² Hierauf kommt es aber nicht an, da der Anspruch regelmäßig an den weiteren Voraussetzungen scheitert. **43**

II. Vergütung

1. Jahresvergütung

Mit außertariflichen Angestellten wird regelmäßig ein **Jahresgehalt** – zahlbar in zwölf gleichen Monatsbeträgen – vereinbart. Wegen einer zunehmenden Differenzierung von Entgeltbestandteilen bietet eine Vergütung auf der Basis von Jahres- statt Monatsgehältern mehr Transparenz und Vergleichbarkeit.⁷³ In der Regel wird dabei ein **Jahreszielgehalt** vereinbart, welches sich aus einem Jah- **44**

68 BAG 23.3.2011, 4 AZR 268/09, AP BetrVG 1972 § 77 Nr. 101; BAG 13.3.2002, 5 AZR 755/00, NJOZ 2003, 1552 = BeckRS 2002, 41265; BAG 19.10.2011, 5 AZR 359/10, NZA-RR 2012, 344 = BAG AP BGB § 242 Betriebliche Übung Nr. 92; BAG 13.3.2002, 5 AZR 755/00, NZA 2002, 1232 (Ls.) = NJOZ 2003, 1552; BAG 16.1.2002, 5 AZR 715/00, NZA 2002, 632; BAG 20.6.2001, 4 AZR 290/00, NJOZ 2002, 669; BAG 4.9.1985, 7 AZR 262/83, NZA 1986, 521 = DB 1986, 1627.

69 Zuletzt BAG 13.5.2015, 10 AZR 266/14, AP § 611 BGB Gratifikation Nr. 304.

70 BAG 13.3.2002, 5 AZR 755/00, EzA ZPO § 259 Nr. 1 = NJOZ 2003, 1552 = BeckRS 2002, 41265.

71 BAG 16.9.1998, 5 AZR 598/97, NZA 1999, 203.

72 BAG 4.9.1985, 7 AZR 262/83, NZA 1986, 521; a. A. noch die Vorinstanz LAG Hamburg 26.11.1982 – 6 Sa 66/82; abl. Vorbehalt auch BAG 13.5.2015, 10 AZR 266/14, AP § 611 BGB Gratifikation Nr. 304.

73 Blanke-Blanke, Außertarifliche Angestellte, Rn. 76.

Kap. 6 Vergütung von außertariflichen Angestellten

resgrundgehalt⁷⁴ und einem variablen Bestandteil zusammensetzt. Die Höhe des Gehalts sollte in einem angemessenen Verhältnis zur Wertigkeit der Arbeitsaufgabe und Arbeitsleistung stehen. Zur Gehaltsfindung werden in der Regel Methoden der Arbeitsbewertung herangezogen, die auf stellen- und funktionsbezogenen sowie marktbezogenen Kriterien aufbauen.⁷⁵

2. Variable Vergütung

- 45 Der variable Vergütungsanteil setzt meist beim Jahresgrundgehalt an und bemisst sich **in Prozent zum Jahresgrundgehalt**. Dabei steigt er mit zunehmender Verantwortung bzw. höherer Stellung des AT-Angestellten im Unternehmen und mit zunehmendem Gehaltsniveau an. In der Praxis sind im AT-Bereich neben den am weitest verbreiteten Bonuszahlungen, auch Provisionen im Vertrieb und Außendienst, Beteiligungen am Unternehmenserfolg wie Umsatz- und Gewinnbeteiligungen (auch Tantiemen) und Aktienoptionen zu finden.

a) Verhältnis Jahresgrundgehalt zu Variabler Vergütung

- 46 Der variable Anteil im AT-Bereich liegt **in der Regel zwischen 5 und 30 Prozent des Jahresgrundgehalts**. Die Frage ist, inwieweit Arbeitsvertragsparteien das Entgelt vertraglich flexibilisieren können. Eine zwingende Vorgabe, in welchem prozentualen Verhältnis fester und variabler Bestandteil zueinander vereinbart werden dürfen, gibt es nicht. Dies war zwar in der Literatur umstritten,⁷⁶ ist aber durch das Bundesarbeitsgericht zwischenzeitlich klargestellt worden. **Auch im Arbeitsverhältnis** ist die Vereinbarung einer **ausschließlich leistungsbezogenen Vergütung** demnach nicht ausgeschlossen.⁷⁷
- 47 Eine solche Vereinbarung darf allerdings nicht gegen die **Grenzen der Sittenwidrigkeit** verstoßen (§ 138 BGB). Das Arbeitsentgelt darf zum Wert der erbrachten Leistung nicht in einem **auffälligen Missverhältnis** stehen und damit dem rechtlichen Äquivalenzprinzip nicht genügen. Die Rechtsprechung und Li-

74 Auch Jahresfestgehalt oder garantiertes Jahresentgelt genannt.

75 Zu den in der Praxis zu findenden Methoden der Arbeitsbewertung, Blanke-Blanke, Außertarifliche Angestellte, Rn. 79 ff.

76 Blanke-Blanke, Außertarifliche Angestellte, Rn. 78 gab seine noch in seinen Voraufträgen vertretene Forderung nach rechtlich verbindlichen Mindestprozeßsätzen für das Grundentgelt („richterrechtlicher Mindestlohn“) wieder auf; Loritz, AuA 1997, 224 ff. wollte unternehmenserfolgsabhängige Vergütungen von 10 Prozent unter dem Regellohn für zulässig erachtete; Annuß, NZA 2007, 290, 291, erachtete die vollständige Flexibilisierung außerhalb bestehender Tarifbindung hingegen für zulässig.

77 Nach dem BAG 16.2.2012, 8 AZR 242/11, NZA 2012, 1307 ergibt sich dies aus § 65 HGB, wonach Provisionen für abhängig beschäftigte Handlungsgehilfen und damit auch für kaufmännische Angestellte ohne jede Fixvergütung zulässig sind; so zuvor bereits Riesenhuber/v. Steinau-Steinrück, NZA 2005, 785, 791.

teratur ist uneinheitlich in Bezug auf den anzuwendenden Grenzwert wie auch auf dessen Basis (übliches Gehalt oder Tariflohn).⁷⁸ Nach einer neueren Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts liegt bei Tarifbindung ein auffälliges Missverhältnis vor, wenn 2/3 des in der Branche und Wirtschaftsregion üblichen Tariflohns nicht erreicht wird, oder der Mitarbeiter trotz vollen Einsatzes seiner Arbeitskraft kein ausreichendes Einkommen erzielen kann.⁷⁹ Hierbei kommt es nicht auf eine vertragliche Zusicherung, sondern alleine darauf an, mit welchem Einkommen bei gewöhnlichem Lauf der Dinge gerechnet werden kann.⁸⁰ Im außertariflichen Bereich dürfte es allerdings schwierig werden, auf den Tariflohn abzustellen. Dies gilt insbesondere bei sehr hohen außertariflichen Gehältern nebst variablem Anteil. Hier wird man auf die nach Markt übliche Vergütung abstellen müssen.⁸¹ Weitere Grenzen können sich aus der Inhaltskontrolle (§§ 305 ff. BGB) und der Billigkeitskontrolle (§§ 106 GewO, 315 Abs. 3 BGB). Hierzu unter Kapitel ■.

b) Bonus – Zielvereinbarungen, Zielvorgaben

Ein Bonus hängt grundsätzlich von der Erreichung persönlicher Leistungsziele und/oder vom Unternehmenserfolg ab.⁸² Er wird entweder auf der Grundlage des Erreichens einer **Zielvereinbarung** oder **Zielvorgabe** gezahlt.⁸³ Während bei der Zielvorgabe der Arbeitgeber ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht im Rahmen seines Direktionsrechts ausübt, kommt die **Zielvereinbarung** im Wege der Einigung der Arbeitsvertragsparteien zustande.⁸⁴ Zielvereinbarungen werden über die Erreichung von Leistungszielen in einem bestimmten Zeitraum,⁸⁵ meist eines (Geschäfts-)Jahres, getroffen.⁸⁶ Mit der Zielerreichung ist eine prozentuale Bonuszahlung ausgelobt.

78 BAG 23.5.2001, 5 AZR 527/99, BeckRS 2009, 52775 m.w.N; Brors, RdA 2004, 273, 275; Lakies, NZA-RR 2002, 340; Mauer NZA 2002, 540, 542, der davon ausgeht, dass eine Flexibilisierung nur wirksam ist, wenn der Arbeitnehmer stets die tarifliche Mindestvergütung erhält.

79 So BAG 16.2.2012, 8 AZR 242/11, NZA 2012, 1307.

80 Zutreffend Annuß, NZA 2007, 290, 291.

81 Riesenhuber/v. Steinau-Steinrück, NZA 2005, 785, 790; BAG 23.5.2001, 5 AZR 527/99, ArbuR 2001, 509 stellt auch auf die übliche Vergütung ab.

82 Einen Überblick zu Regelungen in der Praxis bietet Breisig, AT-Angestellte, S. 71 ff.

83 Ausführlich zu Zielvereinbarungen als Steuerungs- und Entlohnungsinstrument, Blanke-Breisig, Rn. 97 ff.

84 Riesenhuber/v. Steinau-Steinrück, NZA 2005, 785, 786.

85 ErfK-Preis, § 611 BGB Rn. 504.

86 Schaub-Vogelsang, § 77 Rn. 1 und 11.

- 49 Im AT-Bereich sind sowohl Zielvereinbarungen wie auch Zielvorgaben weit verbreitet.⁸⁷ Bei Zielvereinbarungen oder –vorgaben gelten rechtliche Grenzen, die ausführlich in Kapitel 11 dargestellt werden. Bei den **AT-Anstellungsverträgen** gelten diesbezüglich **keine Besonderheiten**.
- 50 **Zielvereinbarungen** werden in der Praxis in der Regel vom Arbeitgeber vorformuliert und unterliegen, auch bei nur einmaliger Klauselverwendung, der **Transparenzkontrolle, nicht aber der Billigkeits- oder Inhaltskontrolle**.⁸⁸ Das **Transparenzgebot** (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB) fordert, dass die Ziele und die Voraussetzungen der Zielerreichung zu definieren sind.⁸⁹
- 51 Bei arbeitgeberseitig gesetzten **einseitigen Zielvorgaben**, aber auch bei **Zielvereinbarungen, soweit** die Parteien die **Zielbestimmung** nach den vertraglichen Bestimmungen **dem Arbeitgeber** überlassen haben, ist eine **Billigkeitskontrolle** (§§ 106 GewO, 315 BGB) durchzuführen. Letzteres ist z. B. der Fall, wenn bestimmt ist, dass die Ermittlung der Zielerreichung durch Beschluss der Gesellschafterversammlung⁹⁰ oder, wie in der Praxis häufig, einem vom Arbeitgeber gebildeten Komitee übertragen wurde. Hierbei muss der Arbeitgeber **nach billigem Ermessen** handeln und die beiderseitigen Interessen angemessen berücksichtigen und die wesentlichen Umstände des Falles abwägen.⁹¹ Die Entscheidung der Billigkeit unterliegt der gerichtlichen Kontrolle.
- 52 Ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht und damit eine Billigkeitskontrolle **scheidet** allerdings **aus**, wenn die Parteien die einzelnen Voraussetzungen der Zahlung vertraglich vereinbart haben und die Vergütungshöhe somit **durch Auslegung** ermittelt werden kann (§§ 133 157 BGB).
- 53 Wenn der Arbeitgeber den Bonus nicht oder nicht in voller Höhe zahlt, kann der Arbeitnehmer Leistungsklage vor dem Arbeitsgericht erheben. Da dem Arbeitnehmer in der Regel entscheidungserhebliche Tatsachen nicht bekannt sind, kann er einen **Auskunftsanspruch** (§ 242 BGB) gegen seinen Arbeitgeber gegebenenfalls im Wege der Stufenklage mit einem Leistungsantrag geltend machen. Der Arbeitgeber hat hier die für seine Ermittlung zu Grunde gelegten Kriterien offenzulegen.
- 54 Den Arbeitgeber trifft auch die Darlegungs- und Beweislast für die Billigkeit seiner getroffenen Entscheidung.⁹² Entspricht die Leistungsbestimmung nicht billi-

87 Näher zu Zielvereinbarungssystemen im AT-Bereich vgl. Blanke-Breisig, Außertarifliche Angestellte, Rn. 69 ff.

88 BAG 12.12.2007, 10 AZR 97/07, NZA 2008, 409; *Annuf*, NZA 2002, 290.

89 *ErfK-Preis*, § 611 Rn. 505.

90 Vgl. LAG Nürnberg 23.7.2002, 6 Sa 269/01, BeckRS 2002, 41255.

91 St. Rspr. u. a. BAG 12.10.2011, 10 AZR 746/10, AP zu § 315 BGB Nr. 92; BAG 25.8.2010, 10 AZR 275/09, AP zu § 106 GewO Nr. 11.

92 Palandt-Grüneberg, § 315 BGB Rn. 20.

gem Ermessen oder wird sie durch den Arbeitgeber nicht bestimmt, wird diese gem. § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB durch das Gericht getroffen.

55 Geht es um eine Zielvereinbarung und soll die Zielerreichung einvernehmlich festgestellt werden, so trifft den Arbeitnehmer die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass er die vereinbarten Ziele erreicht hat.⁹³ Einer abgestuften Darlegungs- und Beweislast, nach der eine überdurchschnittlicher Leistung vom Arbeitnehmer und eine unterdurchschnittliche Leistung vom Arbeitgeber zu beweisen ist, wird abgelehnt.⁹⁴

56 Fehlt eine Zielvereinbarung oder Zielvorgabe führt dies nicht stets zum Wegfall eines Bonusanspruchs des Arbeitnehmers. Vielmehr kann der Arbeitnehmer unter bestimmten Voraussetzungen bei Fehlen einer Zielvereinbarung zum **Schadensersatz** (§§ 280 Abs. 1 und 3, 283 BGB) verpflichtet sein.⁹⁵ Dieser setzt aber voraus, dass dem Arbeitgeber eine Initiativpflicht zur Führung eines Gesprächs mit dem Arbeitnehmer über eine Zielvereinbarung oblag oder er der Aufforderung des Arbeitnehmers nicht nachgekommen ist, mit ihm eine Zielvereinbarung zu schließen.⁹⁶ Bleibt ein objektiver Zweifel hinsichtlich des Bestehens der Initiativpflicht, ist zu Lasten des Arbeitgebers von einer einseitigen Initiativpflicht auszugehen (§ 305 Abs. 2 BGB).

57 Ein Schadensersatzanspruch kann nur dann begründet sein, wenn der Arbeitgeber das Nichtzustandekommen der Zielvereinbarung zu **vertreten** hat. Ein Mitverschulden des Arbeitnehmers ist angemessen zu berücksichtigen, schließt den Schadensersatzanspruch hingegen nicht aus. Die Schadenshöhe richtet sich grundsätzlich nach dem für den **Fall der Zielerreichung zugesagten Bonus**. Es ist grundsätzlich davon auszugehen, dass der Arbeitnehmer die vereinbarten Ziele erreicht hätte, wenn **nicht besondere Umstände** diese Annahme ausschließen. Solche besonderen Umstände hat der Arbeitgeber darzulegen und ggf. zu beweisen.⁹⁷ Es ist daher grundsätzlich bedeutungslos, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang der Arbeitnehmer in vorhergehenden Zielperioden die vereinbarten Ziele erreicht hat.⁹⁸

93 *Riesenhuber/v. Steinau-Steinrück*, NZA 2005, 785, 791; *Mauer*, NZA 2002, 540, 549.

94 *Riesenhuber/v. Steinau-Steinrück*, NZA 2005, 785, 791.

95 BAG 10.12.2008, 10 AZR 889/07, NZA 2009, 256 = NJW 2009, 1227; BAG 12.12.2007, 10 AZR 97/07, NZA 2008, 409 = NJW 2008, 872.

96 BAG 12.12.2007, 10 AZR 97/07, NZA 2008, 409 = NJW 2008, 872 = AP zu § 280 BGB Nr. 7.

97 BAG 10.12.2008, 10 AZR 889/07, NZA 2009, 256 = NJW 2009, 1227; BAG 12.12.2007, 10 AZR 97/07, NZA 2008, 409 = NJW 2008, 872.

98 BAG 12.12.2007, 10 AZR 97/07, NZA 2008, 409 = NJW 2008, 872.

c) Vorzeitiges Ausscheiden, Stichtagsregeln/Rückzahlung

- 58 Für den Fall eines unterjährigen Ausscheidens kann nach einhelliger Meinung eine **proportionale Kürzung** eines Bonus oder sonstiger variabler Vergütung vorgesehen werden.⁹⁹
- 59 Ein Streitpunkt ist, ob die Vertragsparteien für den Fall des unterjährigen Austritts auch einen **vollständigen Ausschluss** vorsehen können. Die Wirksamkeit von Klauseln, die als Bedingung für den Bonusanspruch vorsehen, dass der Arbeitnehmer an einem bestimmten Zeitpunkt noch **oder** gar noch in einem ungekündigten Arbeitsverhältnis (sog. Stichtagsklauseln) steht, ist zweifelhaft. Das Bundesarbeitsgericht geht von der Unwirksamkeit von Stichtagsklauseln **außerhalb** des Bezugszeitraums aus.¹⁰⁰ Hingegen ist über Klauseln, die den Fortbestand bzw. den ungekündigten Bestand eines Arbeitsverhältnisses **im oder am Ende** des Bezugszeitraums vorsehen, noch nicht abschließend entschieden. Zum Teil werden solche Klauseln im Schrifttum und von Instanzgerichten für zulässig erachtet.¹⁰¹ Das Bundesarbeitsgericht differenzierte und ging davon aus, dass eine **Stichtagsklausel, die auf den ungekündigten Bestand des Arbeitsverhältnisses** am Ende des Geschäftsjahres abstellt, zwar eine unangemessene Benachteiligung darstellt, hat es aber für zulässig erachtet, wenn der Anspruch auf Bonuszahlung bei **jährlicher Zielvereinbarung** ein **bestehendes Arbeitsverhältnis am Ende des Geschäftsjahres** voraussetzt.¹⁰²
- 60 Von der wohl überwiegenden Meinung im Schrifttum wird dies eher abgelehnt.¹⁰³ **Leistungsbezogene Boni** hängen von der im Bonusjahr tatsächlich erbrachten Arbeitsleistung ab und stehen daher im synallagmatischen Verhältnis zur Arbeitsleistung. Ein Ausschluss wäre als unangemessene Beschränkung des Kündigungsrechts unwirksam (§ 622 Abs. 4 BGB). Ob ein Ausschluss für rein

99 *Annuß*, NZA 2007, 290, 294, der zu Recht darauf hinweist, dass eine dahingehende ausdrückliche Regelung im Arbeitsvertrag zu empfehlen ist; a. A. *Lindemann/Simon*, BB 2002, 1807, 1813 hingegen hält eine ausdrückliche Regelung für entbehrlich.

100 Vgl. BAG 18.1.2012, 10 AZR 612/10, NZA 2012, 561 = NJW 2012, 1532 = AP zu § 611 BGB Gratifikation Nr. 292, in dem ein Arbeitsvertrag einen gewinn- und leistungsorientierter Bonus für das Kalenderjahr vorsah, den Bonusanspruch aber ausschloss, wenn das Arbeitsverhältnis am 1. April des Folgejahrs nicht mehr ungekündigt bestand.

101 So *Bauer/Diller/Göpfert*, BB 2002, 882, 885; dagegen *Reiserer*, NJW 2008, 609, 612 aber mit Verweis auf befürwortende Instanzenrechtsprechung.

102 Vgl. BAG 6.5.2009, 10 AZR 443/08, NZA 2009, 783, wo Voraussetzung für die Auszahlung des Bonus ein ungekündigtes Arbeitsverhältnis zum Abschluss des Kalender-(Geschäfts)jahres war, der Arbeitnehmer am 3.12. verstarb.

103 Diese Auffassung teilend *Riesenhuber/v. Steinau-Steinrück*, NZA 2005, 785, 790; *Baeck/Winzer*, NZG 2012, 657 auch zum Rechtsprechungsstand; a. A. *Heins/Leder*, NZA 2014, 520 für Bonizahlungen, mit denen ein zusätzlicher Erfolg/Arbeitserfolg vergütet werden soll.

unternehmensbezogene Boni bei unterjährigem Ausscheiden zulässig ist, wird ebenfalls unterschiedlich beantwortet.¹⁰⁴ Das Bundesarbeitsgericht hat hierzu allerdings jüngst klargestellt, dass eine Sonderzahlung auch dann im Synallagma steht, wenn sie **nur vom Betriebsergebnis** abhängt.¹⁰⁵ Damit wird man auch diesen Bonus nach den für leistungsbezogene Bonuszahlungen anwendbaren Grundsätzen behandeln müssen.

Nichts anderes dürfte dann für **Rückzahlungsklauseln** bei Bonuszahlungen oder sonstigen variablen Vergütungsbestandteilen gelten, die als Gegenleistung für erbrachte Dienste gezahlt werden.¹⁰⁶ **61**

d) Wartezeit/Probezeit

Übereinstimmung besteht dahingehend, dass ein Bonusanspruch an eine **Wartezeit**, insbesondere eine erfolgreich bestandene Probezeit gebunden werden kann. Auch gegen eine längere Wartezeit ist nichts einzuwenden.¹⁰⁷ **62**

3. „Welcome-Boni“ oder „Sign-on-Boni“

Anders ist die Rechtslage bei sogenannten „Welcome-Boni“ oder „Sign-on-Boni“ zu beurteilen. Solche Einmalzahlungen werden in der Praxis vermehrt in hervorgehobenen Positionen als Anreiz zum Vertragsabschluss und/oder zugleich zum Ausgleich entgehender Zahlungen beim vorangegangenen Arbeitgeber gewährt. In der Regel werden solche Sonderzahlungen mit einer Rückzahlungsverpflichtung oder Stichtagsklausel versehen. Da diese Sonderzahlungen nicht als Gegenleistung für die Arbeitsleistung gezahlt werden, dürften Rückzahlungsverpflichtungen oder Stichtagsklauseln hier wirksam sein.¹⁰⁸ **63**

4. Sondervergütungen

Sondervergütungen¹⁰⁹ sind alle Leistungen, die nicht regelmäßig mit dem Arbeitsentgelt ausgezahlt werden, sondern aus bestimmten Anlässen oder zu bestimmten Terminen gewährt werden und in der Regel nicht von Leistungs- und **64**

¹⁰⁴ Dafür *Riesenhuber/v. Steinau-Steinrück*, NZA 2005, 785, 790; *Reiserer*, NJW 2008, 609, 612; LAG München 14.3.2007, 10 Sa 1001/06, BeckRS 2009, 61901.

¹⁰⁵ Vgl. BAG 18.1.2012, 10 AZR 612/10, NZA 2012, 561 = NJW 2012, 1532 = AP zu § 611 BGB Gratifikation Nr. 292.

¹⁰⁶ *Lindemann/Simon*, BB 2002, 1807, 1813.

¹⁰⁷ *Mauer*, NZA 2002, 540, 541; *Annuß*, NZA 2007, 291, 294.

¹⁰⁸ Im Anwendungsbereich der InstitutsVergV sind weitere Besonderheiten (vgl. §§ 19, 20 InstitutsVergV) zu beachten.

¹⁰⁹ Auch Sonderzahlungen, Sonderzuwendungen genannt.

Kap. 6 Vergütung von außertariflichen Angestellten

Erfolgskriterien abhängen.¹¹⁰ Hierzu gehören u. a. Gratifikationen, „13. Monatsgehalt“, Jahresabschlussvergütungen, Weihnachtsgeld und Jubiläumsgelder,¹¹¹ Urlaubsgeld wie auch Welcome oder Sign-on Boni.

- 65 Im Bereich der Sondervergütungen sind gerade im AT-Bereich Entgeltflexibilisierungsinstrumente von Relevanz. Zu den Grundsätzen von Änderungsvorbehalten (Freiwilligkeits- und Widerrufsvorbehalt) sowie von Befristungen bei Sonderzuwendungen und seinen rechtlichen Grenzen wird auf das Kapitel ■ verwiesen.
- 66 Bei sämtlichen Entgeltflexibilisierungsinstrumenten ist noch nicht abschließend geklärt, ob der in ständiger Rechtsprechung vertretene **Kernbereichsschutz** mit den vom Bundesarbeitsgericht **entwickelten Prozentgrenzen** uneingeschränkt auch auf außertarifliche Anstellungsverhältnisse Anwendung finden kann. Hiernach ist ein Widerrufsvorbehalt nicht nach § 308 Nr. 4 BGB unwirksam, wenn der im Gegenseitigkeitsverhältnis stehende widerrufliche Teil des Gesamtverdienstes unter 25 % liegt **und** der Tariflohn nicht unterschritten wird. Sind darüber hinaus Zahlungen widerruflich, die keine unmittelbare Gegenleistung im Arbeitsverhältnis darstellen, sondern Ersatz für Aufwendungen sind, die an sich der Arbeitnehmer selbst tragen müsste, erhöht sich der widerrufliche Teil der Arbeitsvergütung auf bis zu 30 %.¹¹²
- 67 Auf **Besserverdiener** dürften die für Durchschnittsverdiener entwickelten Prozentgrenzen **nicht** ohne weiteres übertragbar sein. Nach der überwiegenden Auffassung im Schrifttum ist dem Besserverdiener ein größeres Maß an Entgeltflexibilität im Rahmen der Angemessenheitsprüfung (§ 307 BGB) zuzumuten.¹¹³ Das Bundesarbeitsgericht wies im Zusammenhang mit der Klauselkontrolle bei Widerrufsvorbehalten darauf hin, dass sich die gebotene Interessenabwägung in Anlehnung an § 307 BGB insbesondere nach der Art und Höhe der Leistung, die widerrufen werden soll, nach der Höhe des verbleibenden Verdienstes **und** der Stellung des Arbeitnehmers im Unternehmen richtet.¹¹⁴ Bislang hat das Bundesarbeitsgericht aber nur für **leitende Angestellte** angenommen, dass sich ein Arbeitgeber weitergehende einseitige Bestimmungsrechte vorbehalten kann als gegenüber Mitarbeitern in weniger herausgehobener Stellung. Bei einem Chefarzt ging das Bundesarbeitsgericht von der Zulässigkeit einer einseitigen Kürzung

110 ErfK-Preis, § 611 BGB Rn. 527.

111 ErfK-Preis, § 611 BGB Rn. 527.

112 St. Rspr. vgl. BAG 11.10.2006, 5 AZR 721/05, NZA 2007, 87 = AP zu § 308 BGB Nr. 6 m. w. N.; BAG 12.1.2005, 5 AZR 364/04, NZA 2005, 465 = AP zu § 308 BGB Nr. 1.

113 So u. a. *Willemsen/Jansen*, RdA 2010, 1, 3 m. w. N.; *Hromadka/Schmitt-Rolfes*, NJW 2007, 1777, 1781; *Willemsen/Grau*, NZA 2005, 1137, 1139; *Schwarze*, RdA 2012, 321, 323.

114 BAG 12.1.2005, 5 AZR 364/04, AP zu § 308 BGB Nr. 1.

von 40% eines Gesamteinkommens aus, da dieser nach der Kürzung noch ein Vielfaches des höchsten Tarifgehalts beanspruchen konnte.¹¹⁵

Es überzeugt nicht, die 25% Grenze stereotyp auf alle Mitarbeiter – außer den Leitenden – anzuwenden. Dies berücksichtigt nicht ausreichend die doch sehr unterschiedlichen Höhen eines verbleibenden Verdienstes **und** AT-Angestellte in hervorgehobene Stellungen im Unternehmen. Eine darüberhinausgehende Entgeltflexibilisierung muss für besserverdienende AT-Angestellte in hervorgehobenen Positionen zulässig sein. Es bleibt die Frage offen, wer als **Besserverdiener** angesehen werden kann und welche generellen betragsmäßigen Höchstgrenzen auf **Besserverdiener** Anwendung finden. Hier könnte u. U. auf die vom Bundesarbeitsgericht für Mehrarbeitsvergütung herangezogene Definition des Mitarbeiters, dessen Vergütung die Beitragsbemessungsgrenze in der gesetzlichen Rentenversicherung übersteigt, herangezogen werden. Eine weitergehende Entgeltflexibilisierung bei den Besserverdienern könnte bis zu einer Höchstgrenze bis zu 33% (1/3 des Gehalts) angemessen erscheinen. **68**

5. Sozialleistungen – „Cafeteria“-Konzepte

Häufig erhalten AT-Angestellte auch **Sozialleistungen** sowie **Beiträge zur betrieblichen Altersversorgung** als Teil ihres Vergütungspakets. Die Sozialleistungen werden immer häufiger in ein sogenanntes „Cafeteria“-Konzept eingebunden, nach dem der außertarifliche Mitarbeiter – wie in einer Cafeteria – aus mehreren Vergütungsbestandteilen auswählen kann. Es wird dem AT-Mitarbeiter ein monatlicher Betrag zur Verfügung gestellt, für den er sich aus einem Leistungsangebot die für ihn individuell passenden Leistungen auswählt. In der Regel geht es hier um zusätzliche betriebliche Altersversorgung durch Entgeltumwandlung (deferred compensation), Firmenwagen zur dienstlichen und privaten Nutzung, Barauszahlung etc.¹¹⁶ **69**

6. Entgeltumwandlung

Mitarbeiter können bis zu **vier Prozent der Beitragsbemessungsgrenze** in der allgemeinen Rentenversicherung von ihrer Vergütung in die Altersvorsorge einbringen. Bis zu diesem Betrag bleibt eine Entgeltumwandlung (deferred compensation) steuer- und sozialabgabenfrei (vgl. § 3 Nr. 63 S. 1 EStG). Wegen der **70**

115 Diese Rechtsprechung betraf allerdings Entwicklungs- und Anpassungsklauseln in Chefarztverträgen. Der Kernbereich soll hier auch dann nicht angetastet sein, wenn die Gesamteinnahmen mit Nebentätigkeiten auf 60–65% des bisherigen Einkommensniveaus sinken vgl. BAG 28.5.1997, 5 AZR 125/96, NZA 1997, 1160 = AP zu § 611 BGB Arzt-Krankenhaus-Vertrag Nr. 36; BAG 13.3.2003, 6 AZR 557/01, NZA 2004, 735 = AP zu § 611 BGB Arzt-Krankenhaus-Vertrag Nr. 47.

116 Dies ergab die Marktanalyse von *Breisig*, AT-Angestellte, 2010.

Kap. 6 Vergütung von außertariflichen Angestellten

Umwandlung von Lohn in zukünftige betriebliche Altersversorgungsansprüche entfällt auch der Arbeitgeberanteil zur Sozialversicherung. Hinzu kommt für den Arbeitnehmer ein weiterer Steuerfreibetrag von Euro 1.800 (vgl. § 3 Nr. 63 S. 3 EStG), der aber sozialversicherungspflichtig ist. Oftmals werden diese Regelungen ergänzt mit arbeitgeberfinanzierten Beiträgen. Zur steuerlichen Privilegierung muss sich um künftige Entgeltansprüche handeln. Sie müssen aus Einmalzahlungen vorgenommen werden, regelmäßige monatliche Entgeltbestandteile dürfen nicht umgewandelt werden. Insbesondere lassen sich daher Sonderzahlungen wie Weihnachtsgeld, Boni, Gratifikationen oder Guthaben auf Arbeitszeitkonten für Gehaltsumwandlungen in die betriebliche Altersvorsorge nutzen.

7. Dienstreisen

- 71 **Angeordnete Dienstreisen** sind grundsätzlich als Arbeitszeit zusätzlich zu vergüten. Etwas anderes gilt nur dann, wenn die Dienstreisen zur geschuldeten Hauptleistung gehören oder die mit ihr verbundene Mehrleistung nach den Umständen von der Vergütung abgedeckt.¹¹⁷ Will ein Arbeitgeber Reisezeiten **pauschalisiert** abgelden, ist auch hier eine angemessene und transparente Vertragsgestaltung erforderlich.¹¹⁸ Eine solche ist bereits unwirksam, wenn sich aus dem Arbeitsvertrag nicht, welche Reisetätigkeit in welchem Umfang von der Vergütung erfasst werden soll.¹¹⁹

8. Mehrvergütung für Überstunden/Mehrarbeit

a) Objektive Vergütungserwartung

- 72 Bedeutsam ist bei außertariflichen Angestellten die Frage der **Mehrvorgütung für Überstunden/Mehrarbeit**.¹²⁰ Es gibt keinen allgemeinen Rechtsgrundsatz, dass Mehrarbeitszeit stets zu vergüten ist.¹²¹ Eine Vergütung gilt nur dann als stillschweigend vereinbart, wenn die Umstände der Arbeitsleistung im Einzelfall nur gegen zusätzliche Vergütung zu erwarten war (§ 612 Abs. 1 BGB). Die Ver-

117 ErfK-Preis, § 612 Rn. 18 m.w.V.

118 ErfK-Preis, § 612 Rn. 18 m.w.V.

119 BAG 20.4.2011, NZA 2011, 917.

120 Überstunden liegen bei Überschreitung der einzelvertraglich, tariflich oder betrieblich vereinbarten regelmäßigen Arbeitszeit vor; Mehrarbeit ist dagegen die Überschreitung der gesetzlichen Höchstarbeitszeit, vgl. ErfK-Preis, § 611 BGB Rn. 486; HWK-Thüsing, § 611 BGB Rn. 134. Die Begriffe werden aber häufig synonym verwendet.

121 Zuletzt BAG 21.9.2011, 5 AZR 629/10, NJW 2012, 1387; BAG 17.8.2011, 5 AZR 406/10, NZA 2011, S. 1335, 1337; ErfK-Preis, § 612 BGB Rn. 18; HWK-Thüsing, § 612 BGB Rn. 23 jeweils m. w. N.

gütungserwartung ist anhand eines **objektiven Maßstabs** unter Berücksichtigung der Verkehrssitte, der Art, des Umfangs und der Dauer der Leistung sowie der Stellung der Beteiligten zueinander zu beurteilen.¹²² Von einer solchen kann in der Regel – ohne Vorliegen besonderer Umstände – nicht bei zeitlicher Verschränkung arbeitszeitbezogener und arbeitszeitunabhängiger vergüteter Arbeitsleistungen (z. B. Provisionen) ausgegangen werden.¹²³

Auch kann eine Vergütung regelmäßig nicht erwartet werden, wenn **Dienste höherer Art** geschuldet werden, aber nach jüngster Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts auch, wenn eine **deutlich herausgehobene Vergütung** gezahlt wird.¹²⁴ **Dienste höherer Art** schulden **leitende Angestellte und Chefärzte**.¹²⁵ Von einer **deutlich herausgehobenen Vergütung** geht das Bundesarbeitsgericht nunmehr aus, wenn das **Entgelt des Arbeitnehmers die Beitragsbemessungsgrenze in der gesetzlichen Rentenversicherung** überschreitet. Diese Personengruppe gehört zu den **Besserverdienern**, die letztlich nach der Erfüllung ihrer Arbeitsaufgaben und nicht eines Stundensolls beurteilt und ein besonderes Entgelt für die über die regelmäßige Arbeitszeit hinaus geleistete Arbeit objektiv in der Regel nicht erwartet werden kann. Etwas anderes gilt hier nur bei Vorliegen besonderer Umstände, d. h. wenn sich z. B. der Arbeitgeber zur gesonderten Vergütung von Mehrarbeit ausdrücklich bereit erklärt hat.¹²⁶

Sonstige außertarifliche Angestellte haben grundsätzlich einen Anspruch auf Überstundenvergütung von ausdrücklich oder konkludent angeordneten Überstunden oder sich aus den Umständen ergebenden Überstunden, die der Arbeitgeber kennt und duldet oder wenn er dem Arbeitnehmer eine Arbeit zuweist, die in der regelmäßigen Arbeitszeit nicht erledigt werden kann.¹²⁷ Eine Ausnahme hiervon gilt nur bei der Vereinbarung **wirksamer Abgeltungsklauseln** im Arbeitsvertrag.

122 Vgl. BAG 11.10.2000, 5 AZR 122/99, NZA 2001, 458, das hier über einen Anspruch nach § 612 BGB in Bezug auf Umkleiden, Waschen und sonstige Rüsttätigkeiten zu entscheiden hatte.

123 BAG 21.9.2011, 5 AZR 629/10, NJW 2012, 1387; BAG 22.2.2012, 5 AZR 765/10, NZA 2012, 861.

124 BAG 22.2.2012, 5 AZR 765/10, NZA 2012, 861 = AP BGB § 612 Nr. 75; BAG 17.8.2011, 5 AZR 406/10, NZA 2011, 1335, 1337.

125 BAG 17.11.1966, 5 AZR 225/66, NJW 1967, 413 zu leitenden Angestellten und BAG 17.3.1982, 5 AZR 1047/79, NJW 1982, 2139 zu Chefärzten.

126 So zutreffend Z. B. *Lunk/Leder*, NJW 2015, 3766, 3768.

127 Vgl. BAG 17.4.2002, 5 AZR 644/00, NZA 2002, 1340, 1344 = AP BGB § 611 Mehrarbeitsvergütung Nr. 40; BAG 4.5.1994, 4 AZR 445/93, NZA 1994, 1035 = AP TVG § 1 Tarifverträge: Arbeiterwohlfahrt Nr. 1; BAG 25.11.1993, 2 AZR 517/93, NZA 1994, 837; HWK-*Thüsing*, § 611 BGB Rn. 136; MüArbR-*Matthes*, Bd. 2, § 245 Rn. 19

b) Abgeltungsklauseln in Arbeitsverträgen

- 75 In AT-Arbeitsverträgen finden sich in der Regel Vereinbarungen, wonach **Überstunden mit dem vereinbarten Gehalt (pauschal) abgegolten** sein sollen. Denn der AT-Status wird regelmäßig mit einem Verzicht auf tarifliche Ansprüche wie z. B. eine Überstundenvergütung und feste Arbeitszeiten verbunden.
- 76 Pauschale Abgeltungsklauseln sind intransparent und damit unwirksam.¹²⁸ Solche Klauseln über den Ausschluss einer Überstundenvergütung wie auch dessen Gewährung unterliegen der Transparenz- und Inhaltskontrolle.¹²⁹ Sie genügen dem Transparenzgebot nur dann, wenn sich aus dem **Arbeitsvertrag selbst ergibt, welche Arbeitsleistungen in welchem zeitlichen Umfang** von ihr erfasst werden sollen.¹³⁰ Der Angestellte soll bereits bei Vertragsschluss erkennen können, was gegebenenfalls „auf ihn zukommt“ und welche Arbeitsleistung er für die vereinbarte Vergütung maximal erbringen muss.¹³¹ Die gesetzliche Begrenzung des § 3 Arbeitszeitgesetz genügt hierfür nicht.¹³²
- 77 Eine weitere Schranke für eine **Pauschalabgeltung** ergibt sich bei beidseitiger Tarifbindung dann, wenn die Vergütung des AT-Angestellten durch die Nichtzahlung von Mehrarbeitsvergütung den Mindestabstand nicht mehr wahrt.¹³³ Wird daher die außertarifliche Vergütung bzw. der Gehaltsabstand zur Vergütung der höchsten Tarifgruppe durch Mehrarbeit faktisch unterschritten, dass er trotz AT-Stellung unter das Tarifstunden-Niveau sinkt, wird eine Klage auf gesonderte Vergütung der Mehrarbeit gem. § 612 BGB erfolgreich sein.¹³⁴
- 78 Sieht der Arbeitsvertrag die **Abgeltung einer bestimmten Anzahl von Überstunden** vor, wird zu differenzieren sein. Wird die Pauschalabgeltung mit einer Verpflichtung zur Leistung von Überstunden kombiniert, unterliegt diese auch der Angemessenheitskontrolle. Der Vorbehalt des Arbeitgebers, Mehrarbeit anordnen zu dürfen berechtigt ihn, zu einem Eingriff in das Äquivalenzverhältnis

128 Vgl. auch BAG 17.8.2011, 5 AZR 406/10, NZA 2011, S. 1335 ff. Denn regelmäßig handelt es sich bei solchen Klauseln um allgemeine Geschäftsbedingungen gem. §§ 305, 305 Absatz 1 Satz 1 und Satz 2 BGB, die dem Transparenzgebot des § 307 Abs. I Satz 2 BGB standhalten müssen.

129 *ErfK-Preis*; §§ 305–310 BGB, Rn. 91; *Preis-Preis*, *Der Arbeitsvertrag*, II M 20 Rn. 25.

130 BAG 1.9.2010, 5 AZR 517/09, NZA 2011, S. 575 = AP BGB § 307 Nr. 47; *HWK-Gotthardt*, Anh. §§ 305–310 Rn. 39.

131 BAG 1.9.2010, 5 AZR 517/09, NZA 2011, S. 575 = AP BGB § 307 Nr. 47; BAG 20.4.2011, 5 AZR 200/10, NZA 2011, 917 jeweils m.w.N.; *ErfK-Preis*, 11. Aufl., §§ 305–310 BGB Rn. 92; *HWK-Gotthardt*, Anh. §§ 305–310 BGB Rn. 39.

132 *ErfK-Preis*, §§ 305–310, Rn. 92.

133 *ErfK-Preis*, § 611 Rn. 109; *ErfK-Krause* §§ 305–310 Rn. 91 f.; *Franke*, *Der außertarifliche Angestellte*, S. 99 ff.

134 LAG Köln 20.12.2001 6 Sa 965/01, BeckRS 1999, 09932.

zwischen Leistung und Gegenleistung,¹³⁵ der angemessen sein muss. Grundsätzlich dürfte eine pauschale Abgeltung von bis zu 10 % der Arbeitszeit zulässig sein; die Grenze kann bei einer Beschränkung auf bestimmte Fallkonstellationen auch höher, maximal bei 25 % liegen.¹³⁶ Sieht der Arbeitsvertrag hingegen keine einseitige Anordnungsbefugnis von Überstunden für den Arbeitgeber vor, dürfte nur eine Transparenzkontrolle stattfinden.¹³⁷

Nicht einheitlich beurteilt wird auch, in welchem Umfang eine objektive Vergütungserwartung bei einer **unwirksamen Pauschalabgeltungsklausel** eines AT-Angestellten besteht. Das Landesarbeitsgericht Köln ging davon aus, dass eine Vergütung **nur für die gesetzliche Höchstwochenarbeitszeit von 48 Stunden hinausgehende Mehrarbeit** zu erwarten war.¹³⁸ **79**

c) Höhe der Vergütung

Für Über- und Mehrarbeit ist die **übliche Vergütung** zu zahlen (§ 612 Abs. 2 BGB).¹³⁹ Die übliche Vergütung ist diejenige, die in gleichen oder ähnlichen Gewerben oder Berufen am gleichen Ort für vergleichbare Tätigkeit für Überstunden gezahlte Vergütung, wobei die persönlichen Verhältnisse des Arbeitnehmers zu berücksichtigen sind.¹⁴⁰ Entscheidend sind auch stets die Umstände des Einzelfalls. Maßgebend ist die **Vergütung im vergleichbaren Wirtschaftsbereich**. **80**

Für **organisierte Arbeitnehmer** ist **im Regelfall** die tarifliche Vergütung und für die AT-Angestellten die Vergütung unter Wahrung des **tariflichen Mindestabstands** die übliche Vergütung. Sie bestimmt sich daher in der tariflich geforderten Differenz (prozentualer oder angemessener Abstand oder absoluter Betrag) zur höchsten Tarifgruppe.¹⁴¹ Ob dies auch für **nicht organisierte AT-Angestellte** gilt, ist im Schrifttum strittig. Nach einer Auffassung soll dies nur dann gelten, wenn es zusätzliche Anhaltspunkte dafür gibt, dass der Arbeitgeber auch hier stets den tariflichen Maßstab anlegt.¹⁴² Die Höhe der üblichen Vergütung hat das Gericht unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung zu treffen (§ 287 Abs. 2 ZPO). Eines Rückgriffs auf eine ergänzende Vertragsauslegung (§§ 133, 157 BGB) durch Beurteilung des allgemeinen Lohnniveaus im **81**

135 ErfK-Preis, §§ 305–310, Rn. 92; Preis-Preis, Der Arbeitsvertrag, II M 20, Rn. 30.

136 Vgl. zutreffend Lunk/Leder, NJW 2015, 3766, 3768.

137 Vgl. Lunk/Leder, NJW 2015, 3766, 3768.

138 Vgl. LAG Köln 20.12.2001, 6 Sa 965/01, BeckRS 9999, 09932 zu einem außertariflichen.

139 ErfK-Preis, § 612 BGB Rn. 18; Preis-Preis, Der Arbeitsvertrag, II M 20, Rn. 53.

140 MüKo-Müller-Glöge, Bd. I, § 612 Rn. 29; ErfK-Preis, § 612 BGB Rn. 37; Schaub-Vogelsang, § 67 Rn. 67.

141 Preis-Preis, Der Arbeitsvertrag, II M 20, Rn. 53.

142 ErfK-Preis, § 612 BGB Rn. 38 ausführlich zum Streitstand.

Kap. 6 Vergütung von außertariflichen Angestellten

Wirtschaftsgebiet oder gar durch einseitige Leistungsbestimmung (§§ 315, 316 BGB) bedarf es daher regelmäßig nicht.¹⁴³

d) Darlegungs- und Beweislast

- 82 Die Darlegungs- und Beweislast für den Mehrarbeitsvergütungsanspruch liegt beim Arbeitnehmer. Nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung hat der Arbeitnehmer im Einzelnen darzulegen, wie viele Stunden an welchen Tagen und zu welchen Tageszeiten er über die übliche Arbeitszeit hinaus gearbeitet hat. Zudem hat er darzulegen, dass die Mehrarbeit zur Erledigung der ihm obliegenden Arbeitsaufgaben erforderlich gewesen ist.¹⁴⁴ Hieran scheitern in der Praxis viele Klagen. Anschließend muss zunächst der Arbeitgeber dem Vortrag des Arbeitnehmers substantiiert entgegenreten.¹⁴⁵ Auf dieser Grundlage werden die streitigen Tatsachen ermittelt und der Arbeitnehmer hat dann im Einzelnen Beweis für die geleisteten Stunden anzutreten.¹⁴⁶

9. Mehrvergütung für höherwertige Tätigkeit

- 83 Neben der quantitativen Mehrarbeit deckt § 612 Abs. 1 BGB auch den Fall der **qualitativen Mehrleistung** ab. Ob eine solche vorliegt, hängt davon ab, ob die vorübergehende oder vertretungsweise vorgenommene Tätigkeit von der vereinbarten Tätigkeit und damit der arbeitsvertraglichen Vergütungsabrede mit umfasst wird. Erbringt ein AT-Angestellter höherwertigere Leistungen als die vertraglich geschuldete Arbeitsleistung, hängt eine gesonderte Vergütung davon ab, ob die Leistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten war.
- 84 Diese objektive Vergütungserwartung ist bei einer qualitativen Mehrleistung im Tarifbereich gegeben, wenn im betreffenden Wirtschaftszweig entweder Tarifverträge gelten, die für eine vorübergehend und/oder vertretungsweise ausgeübte höherwertige Tätigkeit eine zusätzlich Vergütung vorsehen. Im **tarifungebundenen** Wirtschaftsbereich wird anhand eines **objektiven Maßstabs** unter Berücksichtigung der Verkehrssitte, der Art, des Umfangs und der Dauer der Leistung sowie der Stellung der Beteiligten zueinander zu beurteilen sein, ob eine Vergütung zu erwarten ist. Die Höhe der zusätzlichen Vergütung bemisst sich nach der Vergütung, die der Vertretene üblicherweise bei dem Arbeitgeber erhält.¹⁴⁷

143 Preis-Preis, Der Arbeitsvertrag, II M 20, Rn. 53.

144 BAG 16.1.1985, 7 AZR 501/83, BeckRS 1985, 30712535; BAG vom 14.10.1997, 7 AZR 562/96, BeckRS 1997, 30928089.

145 BAG 17.4.2002, 5 AZR 644/00, NZA 2002, 1340, 1343 = AP BGB § 611 Mehrarbeitsvergütung Nr. 40

146 Vgl. BAG 25.11.1993, 2 AZR 517/93, NZA 1994, 837.

147 BAG 25.3.2015, 5 AZR 874/12, NJOZ 2015, 1662.

Die übliche Vergütung ist diejenige, die in gleichen oder ähnlichen Gewerben oder Berufen am gleichen Ort für vergleichbare Tätigkeit für Überstunden gezahlte Vergütung, wobei die persönlichen Verhältnisse des Arbeitnehmers zu berücksichtigen sind.¹⁴⁸ Entscheidend sind auch stets die Umstände des Einzelfalls. Maßgebend ist die **Vergütung im vergleichbaren Wirtschaftsbereich**. **85**

148 MüKo-Müller-Glöge, Bd. I, § 612 Rn. 29; ErfK-Preis, § 612 BGB Rn. 37; Schaub-Vogelsang, § 67 Rn. 67.

Kapitel 7

Vergütung von GmbH-Geschäftsführern

Schrifttum: *Baack/Götze/Arnold*, Festsetzung und Herabsetzung der Geschäftsführervergütung – Welche Änderungen bringt das VorstAG?, NZG 2009, 1121 ff.; *Bauer/Romero*, Offene Fragen des Entgelttransparenzgesetzes – was Arbeitgeber beachten sollten, NZA 2017, 809 *Bauder*, Die Bezüge des GmbH-Geschäftsführers in Krise und Konkurs der Gesellschaft, BB 1993, 369; *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 21. Aufl. 2017; *Besgen*, Handbuch Führungskräfte, 2011; *Boemke*, Aktuelles zum GmbH-Geschäftsführer aus arbeitsrechtlicher Sicht, RdA 2018, 1; *Broß*, Managementbeteiligungen bei Private-Equity Transaktionen, GmbHR 2016, 104; *Cramer*, Abschluss der GmbH-Geschäftsführerverträge bei satzungsmäßigen Sonderrechten, NZG 2011, 171; *Deilmann/Dornbusch*, Drittanstellungen im Konzern, NZG 2016, 201; *Gaul/Janz*, Das neue VorstAG – Veränderte Vorgaben auch für die Geschäftsführer und den Aufsichtsrat der GmbH, GmbHR 2009, 959; *Gehrlein/Witt/Volmer*, GmbH-Recht in der Praxis, 3. Aufl. 2015; *Greven*, Die Bedeutung des VorstAG für die GmbH, BB 2009, 2154; *Jaeger*, Die Zuständigkeit des ArbG und Geltung des Kündigungsschutzes für Geschäftsführer, NZA 1998, 961; *Jula*, Der GmbH-Geschäftsführer, 4. Aufl. 2012; *Kaufmann/Kleemann*, Keine Befreiung des Minderheits-Gesellschafter-Geschäftsführers von der Sozialversicherungspflicht mehr?, BB 2014, 821; *Kempermann*, Wann sind Geschäftsführer Arbeitnehmer? Abgrenzungskriterien und praktische Hinweise, ArbRAktuell 2016, 201; *Klasen*, Sic-Non-Fälle und materieller Arbeitnehmerstatus, BB 2013, 1849; *Köhler*, Fehlerhafte Vorstandsverträge, NZG 2008, 161; *Lange*, Das Nachzahlungsverbot, GmbHR 1991, 426; *Lunk/Stolz*, Die Bezüge des GmbH-Geschäftsführers in der Krise, NZA 2010, 121; *Lörcher/Lörcher*, Organisation eines Ad-hoc-Schiedsverfahrens, SchiedsVZ 2005, 179; *Meier*, Der fehlerhafte Anstellungsvertrag von Organmitgliedern und die Rückabwicklung der Vergütung, NZA 2011, 267; *Michalski*, Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz), 3. Aufl. 2017; *Mohr*, Die Angemessenheit der Gesamtvergütung des GmbH-Geschäftsführers im Gesellschaftsrecht, GmbHR 2011, 402; *Moll*, Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2012; *Oberthür*, Das Gesetz zur Förderung der Transparenz von Entgeltstrukturen, NJW 2017, 2228; *Oppenländer/Trölitzsch*, GmbH-Geschäftsführung, 2. Aufl. 2011; *Reichert*, GmbH & Co. KG, 7. Aufl. 2015; *Reinfelder*, Arbeitnehmer – Gesellschafter – Geschäftsführer, RdA 2016, 87; *Reiserer/Heß-Emmerichs/Peters*, Der GmbH-Geschäftsführer, 3. Aufl. 2008; *Scheuffele*, Stimmrecht und Grenzen der Mehrheitsmacht des geschäftsführenden Gesellschafters einer GmbH bei der Festlegung seiner Vergütung, GmbHR 2009, 1254; *Schneider*, Der Anstellungsvertrag des Geschäftsführers einer GmbH im Konzern, GmbHR 1993, 10; *Seibt*, Geschäftsführerbestellung und Anstellungsvertrag, NJW-Spezial 2004, 123; *Sosnitza*, Manager- und Mitarbeitermodelle im Recht der GmbH – Zur aktuellen Rechtsprechung im Zusammenhang mit Hinauskündigungsklauseln, DStR 2006, 99; *Stagat*, Der Rechtsweg des GmbH-Geschäftsführers zum Arbeitsgericht – Änderung der Rechtsprechung und Folgen für die Praxis, NZA 2015, 193; *Stenzel*, Grundlagen von Managementbeteiligungen an AG und GmbH, DStR 2018, 82 (Teil 1), 139 (Teil 2); *Uckermann/Heilck*, Versorgungszusagen an Gesellschafter-Geschäftsführer, NZA 2014, 1187; *Ulmer/Habersack/Löbbe*, GmbHG, Großkommentar, 2. Aufl.; *Umbeck*, Managerhaftung als Gegenstand schiedsgerichtlicher Verfahren, SchiedsVZ 2009, 143; *von Medem*, Die Auswirkung einer Stimmbindungsvereinbarung auf die Sozialversicherungspflicht von Gesellschafter-Geschäftsführern, DStR 2014,

Kap. 7 Vergütung von GmbH-Geschäftsführern

2027; *Wank*, Das Entgelttransparenzgesetz – Prämissen und Umsetzung, RdA 2018, 34; *Wertenbruch*, Geschäftsführungsbezogene Gesellschafterbeschlüsse in KG und GmbH & Co. KG, NZG 2016, 1081; *Wimmer*, Der Anstellungsvertrag des GmbH-Geschäftsführers, DStR 1997, 247; *Winstel*, Kündigung eines Komplementär-GmbH-Geschäftsführers, Anm. zu OLG Hamburg, Urteil vom 22.3.2013 – 11 U 27/12, EWiR 2013, 459.

Übersicht

Rn.	Rn.
I. Die GmbH und die Rechtsstellung ihres Geschäftsführers 1	2. Variable Vergütungsbestandteile 39
1. Die GmbH als verbreitetste Rechtsform in Deutschland . . . 1	a) Gewinn- und Umsatz- tantiemen 40
2. Der Geschäftsführer als Organ der Gesellschaft 3	b) Ermessentantiemen 44
3. Grundlagen der Geschäftsführervergütung 5	c) Echte und virtuelle Unternehmensbeteiligungen . . . 46
a) Geschäftsführeranstellungsvertrag 7	d) Unterjähriges Ausscheiden des Geschäftsführers 47
b) Vergütungserwartung des Geschäftsführers nach § 612 Abs. 1 BGB 10	e) Anwendbarkeit des Entgelttransparenzgesetzes 47a
c) Vergütung bei Drittanstellung 14	3. Nebenleistungen 48
d) Vergütung bei nichtigem Anstellungsvertrag 16	a) Dienstwagen 48
II. Zuständigkeit für die Regelung der Vergütung 18	b) D&O-Versicherungen . . . 49
1. Zuständigkeit in der GmbH und Disposivität 18	c) Dienstverhinderung, Entgeltfortzahlung 50
2. Zuständigkeit in der nach MitbestG mitbestimmten GmbH 24	d) Darlehensvergabe an Geschäftsführer 53
3. Zuständigkeit in der drittelmitbestimmten GmbH nach dem DrittelbG 27	e) Aufwendungsersatz 55
4. Drittanstellung, insbesondere in der GmbH & Co. KG . . . 28	4. Mechanismen zur Anpassung der Vergütung 57
III. Vergütung, Vergütungsformen und -höhe 30	a) Herabsetzung der Vergütung 58
1. Festgehalt 30	b) Anspruch des Geschäftsführers auf Erhöhung der Vergütung 60
a) Modalitäten und Höhe des Festgehalts 30	5. Sozialversicherungs- und steuerrechtliche Fragestellungen 63
b) Besonderheiten bei Gesellschafter-Geschäftsführern 32	a) Sozialversicherung 63
	b) Besteuerung der Geschäftsführervergütung 68
	6. Sonstige Fragen 69
	IV. Prozessuale Fragestellungen bei Vergütungsstreitigkeiten 72

I. Die GmbH und die Rechtsstellung ihres Geschäftsführers

1. Die GmbH als verbreitetste Rechtsform in Deutschland

Die **Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)** ist die beliebteste unter den Gesellschaftsformen in Deutschland – und jede GmbH hat mindestens einen Geschäftsführer (§ 35 Abs. 1 GmbHG). Allein im Jahr 2014 wurden 48.689 und damit nahezu 40% aller in Deutschland gegründeten Unternehmen in der Rechtsform der GmbH errichtet.¹ Hinzu kommen weitere 8,9% der Unternehmen, die als Unternehmergeinschaft (haftungsbeschränkt) – oder kurz UG – gegründet wurden.² Die **Unternehmergeinschaft oder UG (haftungsbeschränkt)** ist indes keine eigene Gesellschaftsform, sondern eine „kleine“ GmbH, auf die, abgesehen von den in § 5a GmbHG geregelten Ausnahmen, alle Regelungen für die GmbH anwendbar sind³ – und damit auch die Grundsätze zur Vergütung der Geschäftsführer.⁴

Nicht nur aus steuerlichen Gründen⁵ sind die Gesellschaft und ihre Geschäftsführer regelmäßig bemüht, günstige Anstellungsverträge abzuschließen. *Kienbaum* hat im Jahr 2014 Daten von 1.294 Geschäftsführern in 704 Unternehmen untersucht. Die Geschäftsführer verdienten in diesem Jahr im Schnitt 389.000 € brutto. Die **Gesamtvergütung** lag bei Vorsitzenden der Geschäftsführung mit im Schnitt 549.000 € an der Spitze. Die Allein-Geschäftsführer verdienten demgegenüber 287.000 € und Mitglieder von mehrköpfigen Geschäftsführungen 385.000 €. ⁶ Diese im Vergleich zum durchschnittlichen Gehalt eines Arbeitnehmers beachtlichen Zahlen und die immer anspruchsvoller werdenden rechtlichen Fragestellungen in der Schnittmenge von Gesellschafts-, Vertrags-, Arbeits-, Sozialversicherungs- und Steuerrecht zeigen die Bedeutsamkeit der Themen rund um die Vergütung für Geschäftsführer in der GmbH.

2. Der Geschäftsführer als Organ der Gesellschaft

Die GmbH wird gesetzlich nach § 35 Abs. 1 GmbH gerichtlich und außergerichtlich von den Geschäftsführern vertreten. Der Geschäftsführer ist das einzige **Organ**, das die Gesellschaft im Außenverhältnis repräsentiert. Die Gesellschafts-

1 Statistisches Bundesamt, Jahr: 2014. Im Vergleich dazu wurde nur 1 % der Unternehmen in der Form einer Aktiengesellschaft errichtet.

2 Statistisches Bundesamt, Jahr: 2014.

3 Statistisches Bundesamt, Jahr: 2014.

4 Soweit nachfolgend die Grundsätze für die GmbH dargestellt werden, gelten diese – sofern nicht auf Besonderheiten hingewiesen wird – unmittelbar auch für die Geschäftsführer der UG (haftungsbeschränkt).

5 Das Geschäftsführergehalt ist als Betriebsausgabe abzugsfähig, vgl. nur *Wimmer*, DStR 1997, 247.

6 http://www.kienbaum.com/desktopdefault.aspx/tabid-16/149_read-1251/.

Kap. 7 Vergütung von GmbH-Geschäftsführern

terversammlung ist – von Ausnahmen abgesehen – nicht befugt, die GmbH zu vertreten.

- 4 Die Rechtsfragen, die sich um die Vergütung für GmbH-Geschäftsführer ranken, hängen in vielfacher Hinsicht davon ab, ob der Geschäftsführer zugleich als Gesellschafter an der GmbH beteiligt ist. In diesem Zusammenhang ist zwischen **Fremdgeschäftsführer** und **Gesellschafter-Geschäftsführer** zu unterscheiden, bei Letzterem wiederum zwischen dem mit beherrschender und dem nicht mit **beherrschender Mehrheit** an der GmbH beteiligten Geschäftsführer. Diese Unterscheidung ist in Bezug auf die Vergütung der Geschäftsführer insbesondere aus gesellschafts-, steuer- und sozialversicherungsrechtlicher Sicht von Bedeutung. Mit Blick auf die unterschiedlichen gesetzlichen Regelungen und ihren unterschiedlichen Telos sind die jeweiligen Grundsätze nicht allgemein, sondern im Zusammenhang mit der konkreten Vorschrift zu entwickeln.

3. Grundlagen der Geschäftsführervergütung

- 5 Der Geschäftsführer wird grundsätzlich⁷ von der Gesellschafterversammlung bestellt und abberufen, § 46 Nr. 5 GmbHG. Die Bestellung und Abberufung bezieht sich nach der weit überwiegend vertretenen **Trennungstheorie** ausschließlich auf die **Organstellung** des Geschäftsführers, d. h. die Implementierung des Geschäftsführers als gesetzlichem Vertreter der Gesellschaft und die Verleihung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis.⁸ Aus dieser Bestellung ergeben sich insbesondere die Pflichten des Geschäftsführers gegenüber der GmbH als Organ. Das **Anstellungsverhältnis** wird demgegenüber durch einen schuldrechtlichen Vertrag begründet. Es regelt im Innenverhältnis zwischen Geschäftsführer und GmbH die vertragliche Situation des Geschäftsführers. Das muss indes nicht zwingend die Gesellschaft sein, deren Organ der Geschäftsführer ist.⁹
- 6 Folge der Trennungstheorie ist mit Blick auf die hier im Fokus stehenden Vergütungsregelungen, dass der Bestellungsbeschluss der Gesellschafterversammlung im Hinblick auf die Organstellung des Geschäftsführers nicht unmittelbar einen Vergütungsanspruch für den Geschäftsführer nach sich zieht. Der **Vergütungsanspruch** kann sich vielmehr – je nach Konstellation – jenseits des Bestellungsbeschlusses nach § 46 Nr. 5 GmbHG auf folgende Rechtsgrundlagen stützen,

7 Baumbach/Hueck-Zöllner, § 46 Rn. 33, 96; OLG Stuttgart 28.12.1998, 20 W 14/98, GmbHR 1999, 538; OLG Düsseldorf 8.6.1989, 6 U 223/88, NJW 1990, 1122; Cramer, NZG 2011, 171 f.

8 BGH 14.7.1980, II ZR 161/79, BB 1980, 1397; 28.10.2002, II ZR 146/02, NJW 2002, 351; ausführlich zum GmbH-Geschäftsführer Reiserer/Heß-Emmerich/Peters, S. 23 ff.; MüGesR III-Marsch-Barner/Diekman, § 42 Rn. 19; Oppenländer/Trölitzsch-Baumann, § 13 Rn. 1 ff.; Seibt, NJW-Spezial 2004, 123.

9 Julia, S. 163, 170; Oppenländer/Trölitzsch-Baumann, § 13 Rn. 1 sowie zur Drittanstellung vgl. unter II. 4.

wobei in diesem Zusammenhang auch die strikte Trennung zwischen Organstellung und dem schuldrechtlichen Anstellungsvertrag durchbrochen wird:

a) Geschäftsführeranstellungsvertrag

In aller Regel schließt die Gesellschaft mit dem Geschäftsführer einen Anstellungsvertrag, der zum einen regelt, dass der Geschäftsführer diese Funktion übernimmt, zum anderen aber auch, dass ihm für diese Tätigkeit eine entsprechende Vergütung zusteht.¹⁰ Naturgemäß will und wird der Geschäftsführer die ihm obliegenden Aufgaben, aber auch die mit dem Amt verbundene Haftung, insbesondere die **Verantwortlichkeit nach § 43 Abs. 1 GmbHG**, nicht übernehmen, ohne dafür eine Vergütung zu bekommen.¹¹ 7

Der Anstellungsvertrag des Geschäftsführers ist in der Regel¹² als Dienstvertrag zu qualifizieren und enthält auch eine **Vergütungsabrede**. Er wird meist unmittelbar im Zusammenhang mit dem Bestellungsbeschluss der Gesellschafterversammlung abgeschlossen. Der Anspruch des Geschäftsführers auf die vereinbarte Vergütung ergibt sich in diesen Fällen aus § 611 Abs. 1 BGB in Verbindung mit dem – meist schriftlich abgeschlossenen – Anstellungsvertrag. Auf die Frage, ob der Geschäftsführer in bestimmten Konstellationen als Arbeitnehmer zu qualifizieren ist, kommt es dabei für die Vergütung nicht an. 8

Der Anstellungsvertrag unterliegt indes nicht der **Schriftform**, sodass er insbesondere auch mündlich oder sogar stillschweigend abgeschlossen werden kann.¹³ Stellt der Geschäftsführer schon vor Beschlussfassung über seine Bestellung konkrete Bedingungen im Hinblick auf seinen Anstellungsvertrag, entsteht der Vergütungsanspruch in aller Regel schon mit der Mitteilung an den Geschäftsführer über seine Bestellung zum Organ der Gesellschaft, weil in der Bestellung regelmäßig auch die Annahme der anstellungsvertraglichen Forderungen des Geschäftsführers liegt. In gleicher Weise ist es im umgekehrten Fall, in dem die Gesellschaft dem Geschäftsführer ein konkretes Angebot für einen An- 9

¹⁰ Oppenländer/Trölitzsch-Baumann, § 13 Rn. 3 f.

¹¹ So schon RG 18.10.1910, II 660/09, RGZ 74, 276, 279 f.; Oppenländer/Trölitzsch-Baumann, § 13 Rn. 3 f.

¹² In Ausnahmefällen kann der GmbH-Geschäftsführer Arbeitnehmer sein, vgl. den Überblick bei Kempermann, ArbRAktuell 2016, 201 f. und Reinfelder, RdA 2016, 87 ff.

¹³ BGH 20.12.1993, II ZR 217/92, BB 1994, 305, 306; 27.1.1997, II ZR 213/95, DSfR 1997, 459; Baumbach/Hueck-Zöllner/Noack, § 35 Rn. 168; MüKoGmbHG-Jaeger, § 35 Rn. 261; Gehrlein/Witt/Volmer-Witt, Kap. 5 Rn. 47; MüGesR III-Marsch-Barner/Diekmann, § 43 Rn. 16.

Kap. 7 Vergütung von GmbH-Geschäftsführern

stellungsvertrag unterbreitet und ihn danach durch Beschluss mit seiner Zustimmung zum Organ der Gesellschaft bestellt.¹⁴

b) Vergütungserwartung des Geschäftsführers nach § 612 Abs. 1 BGB

- 10 Bei Gesellschaften im **Gründungsstadium** oder in Fällen der Drittanstellung kommt es vor, dass ein Geschäftsführer – meist, aber nicht zwingend ein Gesellschafter – bestellt, mit diesem aber kein Anstellungsvertrag geschlossen wird.¹⁵ In diesem Zusammenhang stellt sich häufig die Frage, ob dem Geschäftsführer gleichwohl und trotz fehlender Vergütungsabrede ein Anspruch auf eine **übliche Vergütung** zusteht (§ 612 Abs. 1 BGB). Nachdem der Anstellungsvertrag nicht der Schriftform bedarf, ist freilich – wie im Rahmen des § 612 BGB¹⁶ üblich – zunächst durch Auslegung zu ermitteln, ob die Parteien nicht doch stillschweigend eine bestimmte Vergütung vereinbart oder ausgeschlossen haben.
- 11 Fehlt selbst eine solche **stillschweigende Vergütungsabrede**, stellt sich die Frage nach der Anwendbarkeit des § 612 Abs. 1 BGB. Nach § 612 Abs. 1 BGB gilt eine Vergütung als stillschweigend vereinbart, wenn die Dienstleistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist. Auch hier ist zwischen Fremd- und Gesellschafter-Geschäftsführer zu unterscheiden. Insbesondere verbietet sich – wie in der Literatur zum Teil vertreten – eine schematische Betrachtung:¹⁷
- 12 Bei einem mit Mehrheit beteiligten **Gesellschafter-Geschäftsführer** einer GmbH besteht regelmäßig keine generelle Erwartung, dass er nur gegen Entgelt für die Gesellschaft tätig wird, sodass es bei Fehlen eines Anstellungsvertrags zusätzlicher Umstände bedarf, die nach § 612 Abs. 1 BGB auf eine Vergütungspflicht schließen lassen.¹⁸ Dies ist etwa dann der Fall, wenn die Dienstleistung in den Rahmen des von dem Geschäftsführer ausgeübten Hauptberufs fällt.¹⁹ In Fällen wie dem vorgenannten darf also nicht von einer unentgeltlichen Dienstleistung des (beherrschenden) Gesellschafter-Geschäftsführers für die GmbH ausgegangen werden, es sei denn, dies wäre eigens vereinbart. Im Zweifel muss

14 Oppenländer/Trölitzsch-Baumann, § 13 Rn. 3 f.

15 MüKoGmbHG-Jaeger, § 35 Rn. 39; Reichert-Breitfeld, § 16 Rn. 74; Deilmann/Dornbusch, NZG 2016, 201 ff.

16 BeckOKArbR-Joussen, § 612 BGB Rn. 16.

17 LG Essen 20.6.2000, 41 O 71/00, NJW-RR 2001, 412; a. A. Lutter/Hommelhoff-Klein-diek, Anh. § 6 Rn. 2.

18 OLG Frankfurt a. M. 10.6.1992, 9 U 73/91, DStR 1993, 659; LG Essen 20.6.2000, 41 O 71/00, NJW-RR 2001, 412; Schaub-Vogelsang, § 67 Rn. 17; Ulmer/Habersack/Löbbe-Paefgen, § 35 Rn. 181.

19 So auch Palandt-Weidenkaff, § 612 BGB Rn. 4.

man daher davon ausgehen, dass die Tätigkeit des Geschäftsführers in diesen Fällen über die Dividendenerwartung mit abgegolten sein wird.²⁰

Ist der Geschäftsführer mit der GmbH gesellschaftsrechtlich nicht verbundener **Fremdgeschäftsführer** bzw. hält nur eine **Minderheitsbeteiligung** an der GmbH, wird – jedenfalls bei einer gewerblich tätigen GmbH – regelmäßig angenommen werden müssen, dass er seine Dienste entgeltlich erbringt.²¹ **13**

c) Vergütung bei Drittanstellung

Mit Blick auf den Grundsatz der Trennung von Organstellung und Anstellungsvertrag des Geschäftsführers ist es ohne Weiteres möglich, dass die Gesellschaft, bei der der Geschäftsführer sein Amt ausübt, nicht diejenige ist, mit der der Geschäftsführer den Anstellungsvertrag abgeschlossen hat.²² Diese Situation trifft man vorwiegend in **Konzernverhältnissen** an, in denen ein Arbeitnehmer oder Geschäftsführer der Obergesellschaft zugleich und auf Grundlage seines Vertrags mit der Muttergesellschaft als Organ einer Tochtergesellschaft tätig wird. Ferner werden bei der **GmbH & Co. KG** die Anstellungsverträge der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH nicht mit dieser, sondern – aus Gründen der meist nur minimal kapitalisierten Komplementär-GmbH – mit der Kommanditgesellschaft abgeschlossen. Diese Fälle werden als sog. Drittanstellung bezeichnet. Die Zulässigkeit der **Drittanstellung** ist einhellig anerkannt.²³ In den Fällen der Drittanstellung wird und sollte die Körperschaft, die den Geschäftsführer bestellt, schon bei der Bestellung darauf verweisen, dass der Geschäftsführer für diese Tätigkeit keine gesonderte Vergütung erhält, sondern nur auf Grundlage des Anstellungsvertrags mit dem Dritten entlohnt wird. Der Geschäftsführer darf bei einem solchen konkreten Hinweis nicht davon ausgehen, neben dem mit der Obergesellschaft oder der Kommanditgesellschaft abgeschlossenen Anstellungsvertrag eine weitere Vergütung von der Tochtergesellschaft bzw. der Komplementär-GmbH zu erhalten. **14**

Es kann jedoch vorkommen, dass die involvierten Parteien eine solche Klarstellung bei der Bestellung zum Geschäftsführer versäumen. Auch in diesen Fällen ist zu ermitteln, ob der Geschäftsführer, der das Amt bei der Tochtergesellschaft **15**

20 Ulmer/Habersack/Löbbecke-Paeffgen, § 35 Rn. 181; a. A., weil das Gehalt des Geschäftsführers auch beim Gesellschafter-Geschäftsführer abzugsfähige Betriebsausgabe ist Lutter/Hommelhoff-Kleindiek, Anh. § 6 Rn. 31.

21 OLG Frankfurt a. M. 10.6.1992, 9 U 73/91, DStR 1993, 659; LG Essen 20.6.2000, 41 O 71/00, NJW-RR 2001, 412; KG 20.12.2012, 23 U 53/12, BeckRS 2014, 12837; OLG Celle 8.7.1998, 9 U 145/97, NZG 1999, 78, 79; Ulmer/Habersack/Löbbecke-Paeffgen, § 35 Rn. 347; Gehrlein/Witt/Volmer-Witt, Kap. 5 Rn. 50.

22 Ausführlich Deilmann/Dornbusch, NZG 2016, 201 ff.; MüKoGmbHG-Jaeger, § 35 Rn. 39; Reichert-Breitfeld, § 16 Rn. 74 ff. und Boemke, RdA 2018, 1, 5, jew. m. w. N.

23 Jula, S. 163, 170; Oppenländer/Trölitzsch-Baumann, § 13 Rn. 1.

Kap. 7 Vergütung von GmbH-Geschäftsführern

übernimmt, neben seiner Vergütung als Geschäftsführer oder Arbeitnehmer der Muttergesellschaft zugleich auf der Grundlage des § 612 Abs. 1 BGB eine Vergütung von der Tochtergesellschaft bzw. der Komplementär-GmbH verlangen kann. Nach der Rechtsprechung bedarf es trotz der Stellung als Fremdgeschäftsführer in diesen Konstellationen für die Annahme einer **unentgeltlichen Geschäftsführertätigkeit** nicht stets einer gesonderten Vereinbarung. Insbesondere wenn der Geschäftsführer oder Mitarbeiter trotz seiner Bestellung zum Geschäftsführer eines verbundenen Unternehmens auch weiterhin für das ursprüngliche Unternehmen tätig ist, bildet die Geschäftsführertätigkeit für das verbundene Unternehmen meist einen unselbstständigen Teil des fortbestehenden Dienst- oder Arbeitsvertrags mit dem entsendenden Unternehmen.²⁴ Eine gesonderte Vergütung schuldet die Körperschaft, bei der der Geschäftsführer zusätzlich bestellt wird, damit in der Regel nicht. Auch eine gesamtschuldnerische oder subsidiäre Haftung der Tochtergesellschaft bzw. Komplementär-GmbH für die Vergütungsansprüche des Geschäftsführers scheidet damit aus; dem Geschäftsführer bleibt in diesen Fällen nur der Weg über eine Kündigung des Anstellungsvertrags wegen Nichterfüllung der Vergütungsansprüche mit der Anstellungsgesellschaft und die Niederlegung seines Amtes bei der GmbH.²⁵

d) Vergütung bei nichtigem Anstellungsvertrag

- 16** Neben dem Fehlen einer Vergütungsabrede kann es auch vorkommen, dass der Anstellungsvertrag insgesamt nicht wirksam abgeschlossen wurde oder aus anderen Gründen (unerkannt) unwirksam bzw. nichtig ist,²⁶ der Geschäftsführer aber gleichwohl seine Dienste für die Gesellschaft erbringt. Ist der Vertrag insgesamt nicht wirksam geworden, stellt sich ebenfalls die Frage nach der Vergütung des Geschäftsführers. § 612 Abs. 1 BGB hilft in diesen Fällen insoweit nicht weiter, als dieser nicht anwendbar ist, wenn der Dienstvertrag insgesamt nichtig ist; § 612 Abs. 1 BGB erfasst nämlich nur die **fehlende oder nichtige Vergütungsabrede** selbst.²⁷
- 17** Der Bundesgerichtshof hat im Falle des nichtigen Anstellungsvertrags eines Organs – in concreto des Vorstands einer Aktiengesellschaft – früh die Rechtsprechung zu den faktischen Arbeitsverhältnissen auf den Vorstand der AG und spä-

24 *Schneider*, GmbHR 1993, 14 m.w.N.; OLG Frankfurt a.M. 10.6.1992, 9 U 73/91, DStR 1993, 659; LG Essen 20.6.2000, 41 O 71/00, NJW-RR 2001, 412; Ulmer/Habersack/Löbbe-Paefgen, § 35 Rn. 188; zum Gesellschafter-Geschäftsführer BGH 22.3.2004, II ZR 50/02, BB 2004, 906 f.

25 Oppenländer/Trölitzsch-Baumann, § 13 Rn. 3 f.

26 Ein Beispiel war die Entscheidung des KG 20.12.2012, 23 U 53/12, BeckRS 2014, 12837.

27 BAG 26.5.1993, 4 AZR 461/92, BB 1993, 1664; BAG 16.6.1993, 4 AZR 317/92, BB 1993, 2532; *ErfK-Preis*, § 612 BGB Rn. 2, 5; *MüKoBGB-Müller-Glöge*, § 612 BGB Rn. 7.

ter auch den Geschäftsführer der GmbH übertragen. Unter Berufung auf die gesellschaftsrechtlich anerkannte Figur des „**faktischen Geschäftsführers**“ stellte der BGH auch für die GmbH fest, dass dem Geschäftsführer für die tatsächliche Dauer der Beschäftigung die versprochene und nicht bloß die angemessene Vergütung zusteht.²⁸

II. Zuständigkeit für die Regelung der Vergütung

1. Zuständigkeit in der GmbH und Dispositivität

Obwohl im GmbH-Gesetz nicht explizit geregelt, ist es einhellige Meinung, dass mangels anderweitiger Regelung oder mitbestimmungsrechtlicher Besonderheiten – etwa nach dem MitbestG – **nur die Gesellschafterversammlung** sowohl für die Bestellung des Geschäftsführers als Organ der GmbH als auch für den Abschluss des Anstellungsvertrags und damit für die Vergütungsabrede mit dem Geschäftsführer zuständig ist. Abgeleitet wird dies aus einer Annexkompetenz zur **Bestellungszuständigkeit** der Gesellschafterversammlung nach § 46 Nr. 5 GmbHG.²⁹

Die Gesellschafterversammlung entscheidet über den Abschluss des Anstellungsvertrags und die Vergütungsregelung durch Gesellschafterbeschluss.³⁰ Der betroffene Gesellschafter-Geschäftsführer unterliegt dabei nach allgemeiner Auffassung keinem Stimmverbot nach § 47 Abs. 4 GmbHG.³¹ Dieser **Gesellschafterbeschluss** ist zwingende Voraussetzung für die Wirksamkeit des Anstellungsvertrags und unterliegt hinsichtlich seiner Wirksamkeitsvoraussetzungen den allgemeinen Anforderungen an Beschlussfassungen der Gesellschafterversammlung. Ein Anstellungsvertrag, der ohne zugrunde liegenden Gesellschafterbeschluss oder aufgrund eines Beschlusses abgeschlossen wird, der infolge einer Anfechtungsklage nach § 241 Nr. 5 AktG analog für nichtig erklärt wurde, sowie ein von einem nicht zuständigen Organ – etwa einem Mitgeschäftsführer oder einem einzelnen Gesellschafter – abgeschlossener Anstellungsvertrag ist nicht wirksam. Er kann damit keine Grundlage für einen Vergütungsanspruch des Geschäftsführers sein. Ob dem Geschäftsführer trotz des

28 BGH 6.4.1964, II ZR 75/62, NJW 1964, 1367; 16.1.1995, II ZR 290/93, BB 1995, 536; Meier, NZA 2011, 267, 269.

29 BGH 15.3.2016, II ZR 114/15, DB 2016, 1562; 9.11.1992, II ZR 234/91, BB 1992, 2453; 3.7.2000, II ZR 282/98, BB 2000, 1751; OLG Köln 21.2.1990, 13 U 195/89, GmbHR 1991, 156, 157; OLG Düsseldorf 10.10.2003, I – 17 U 35/03, NZG 2004, 478, 479; Baumbach/Hueck-Zöllner, § 46 Rn. 36; Scholz-Schmidt, § 46 Rn. 70; Ulmer/Habersack/Löbbecke-Hüffer/Schürnbrand, § 46 Rn. 61; MüKoGmbHG-Liebscher, § 46 Rn. 124.

30 OLG Düsseldorf 10.10.2003, I – 17 U 35/03, NZG 2004, 478, 479; Gehrlein/Witt/Volmer-Witt, Kap. 5 Rn. 45.

31 Eingehend MüKoGmbHG-Drescher, § 47 Rn. 165; Scheufele, GmbHR 2009, 1254 ff.

Kap. 7 Vergütung von GmbH-Geschäftsführern

nicht wirksamen Anstellungsvertrags gleichwohl ein Vergütungsanspruch zusteht, richtet sich dann nach den oben (s. Rn. 16f.) dargestellten Grundsätzen zur Vergütung des faktischen Geschäftsführers.

- 20 In der Praxis kommt es jedoch häufig vor, dass der Geschäftsführer trotz Fehlens des erforderlichen Gesellschafterbeschlusses die Geschäfte der Gesellschaft führt. In diesen Fällen wird meist darüber gestritten, ob die Gesellschafterversammlung den unwirksamen Vertrag durch **Entgegennahme bzw. Dulden** der Tätigkeit des Geschäftsführers genehmigt hat mit der Folge, dass dieser rückwirkend – ex tunc – wirksam wird und dem Geschäftsführer ein Vergütungsanspruch zusteht.
- 21 Nach der Rechtsprechung kann ein z.B. mangels Gesellschafterbeschlusses nicht wirksam zustande gekommener Anstellungsvertrag durch nachträgliche **Zustimmung (Genehmigung)** der Gesellschafter gemäß §§ 184, 182 BGB genehmigt werden.³² Die Zustimmung kann nach der Rechtsprechung auch konkludent erfolgen, etwa wenn der Zustimmungsberechtigte das Rechtsgeschäft als gültig behandelt und das Verhalten des Zustimmungsberechtigten dem Erklärungsempfänger als Zustimmung erkennbar ist.³³ Nach der Rechtsprechung des OLG Stuttgart genügt dafür die unwidersprochene Entgegennahme der Dienste des Geschäftsführers und eine stillschweigende Zustimmung der Gesellschafter; ein Gesellschafterbeschluss sei dafür nicht erforderlich, weil die Genehmigung nicht der für das Rechtsgeschäft bestimmten Form bedürfe (§ 182 Abs. 2 BGB). Diese Rechtsprechung ist indes zu weit und mit dem Kammergericht einzuschränken. Voraussetzung für eine **konkludente Genehmigung** des Anstellungsvertrags ist nämlich, dass der Genehmigende die Unwirksamkeit des Vertrags kennt oder zumindest mit ihr rechnet, und darüber hinaus in seinem Verhalten der Ausdruck des Willens zu sehen ist, das bis dahin unverbindliche Geschäft verbindlich zu machen.³⁴ Fehlt dieses Bewusstsein aber, was regelmäßig der Fall ist, kann eine Genehmigung nur dann angenommen werden, wenn der Betroffene bei Anwendung pflichtgemäßer Sorgfalt hätte erkennen und vermeiden können, dass seine Äußerung als genehmigende Willenserklärung aufgefasst werden konnte; der Empfänger der Erklärung muss sie tatsächlich auch in diesem

32 OLG Stuttgart 22.12.2010, 9 U 102/10, BeckRS 2011, 04083; KG 20.12.2012, 23 U 53/12, BeckRS 2014, 12837.

33 BGH 19.9.2002, V ZB 37/02, NJW 2002, 3629, 3630; MüKoBGB-Schubert, § 177 Rn. 22; Palandt-Ellenberger, § 182 BGB Rn. 3.

34 KG 20.12.2012, 23 U 53/12, BeckRS 2014, 12837 unter Verweis auf BGH 22.2.2005, XI ZR 41/04, NJW 2005, 1488, 1490; OLG München, 24.3.2016, 23 U 1884/15, GmbHR 2016, 875 ff.; anders möglicherweise BGH 29.6.2010, XI ZR 293/09, BeckRS 2010, 16739, der einen Genehmigungswillen für nicht erforderlich hält.

Sinne verstanden haben.³⁵ Auch das ist regelmäßig nicht der Fall, wenn der Anstellungsvertrag unerkantet unwirksam ist. Daneben ist fraglich, ob die Vorschrift des § 182 Abs. 2 BGB, die nur die Form und nicht die Zuständigkeit für die Abgabe einer Willenserklärung betrifft, einen nach § 46 Nr. 5 GmbHG erforderlichen Gesellschafterbeschluss entbehrlich machen kann.³⁶ Richtigerweise wird man – außerhalb der Einmann-GmbH – anzunehmen haben, dass in der Duldung der Geschäftsführertätigkeit zwar keine Genehmigungserklärung zu sehen ist, die Gesellschaft in diesen Fällen die Möglichkeit zur Berufung auf die Unwirksamkeit des Anstellungsvertrags indes verwirkt. An dem Vergütungsanspruch des Geschäftsführers ändert dies freilich nichts.

Die **Kompetenz** der Gesellschafterversammlung nach § 46 Nr. 5 GmbHG zur Bestellung und als Annex auch die Kompetenz zum Abschluss des Anstellungsvertrags sind indes nicht zwingend und können von der Gesellschafterversammlung auf **Dritte** übertragen werden.³⁷ In Betracht kommen in der Praxis etwa der Beirat oder ein fakultativer Aufsichtsrat. Insbesondere in Gesellschaften mit verschiedenen Gesellschafterlagern oder -stämmen kommt es häufig vor, dass jedes Lager bzw. jeder Stamm ein gesellschaftsvertragliches Sonderrecht hat, einen „eigenen“ Geschäftsführer zu bestellen oder zumindest einen Geschäftsführer zu benennen, der dann zwingend von der Gesellschafterversammlung zu bestellen ist.³⁸ In diesen Fällen kann Streit darüber entstehen, ob der oder die zur Bestellung oder zur Benennung berechnigte(n) Gesellschafter auch für den Abschluss des Anstellungsvertrags mit dem Auserwählten zuständig sind. Richtigerweise wird man hier mit Blick auf die **Annexkompetenz** des Bestellungsorgans zwischen Bestellungs- und Benennungsrecht unterscheiden müssen: Im Falle des Bestellungsrechts ist der zur Bestellung ermächtigte Gesellschafter auch für den Abschluss des Anstellungsvertrags zuständig.³⁹ Die Vergütung hat sich in diesen Fällen als Ausfluss der Treuepflicht des Gesellschafters⁴⁰ aber in einem angemessenen Rahmen zu bewegen, für den die Vergütung der übrigen Geschäftsführer – soweit vorhanden – ein tauglicher Anhaltspunkt sein wird.

35 KG 20.12.2012, 23 U 53/12, BeckRS 2014, 12837 unter Verweis auf OLG Celle 17.5.2006, 3 U 254/05, ZIP 2006, 2163, 2167; Palandt-Ellenberger, § 133 BGB Rn. 11 und § 177 BGB Rn. 6.

36 BGH 21.1.1991, II ZR 144/90, NJW 1991, 1727; Köhler, NZG 2008, 161, 163; MüKoAktG-Spindler, § 84 Rn. 234, vgl. auch jüngst OLG München 24.3.2016, 23 U 1884/15, GmbHR 2016, 875 ff.

37 Baumbach/Hueck-Zöllner, § 46 Rn. 33, 96; OLG Stuttgart 28.12.1998, 20 W 14/98, GmbHR 1999, 538; OLG Düsseldorf 8.6.1989, 6 U 223/88, NJW 1990, 1122; Cramer, NZG 2011, 171 f.

38 MüGesR III-Marsch-Barner/Diekmann, § 42 Rn. 24; Cramer, NZG 2011, 171 f. m. w. N.

39 Cramer, NZG 2011, 173 f. m. w. N.

40 Zum Ganzen MüGesR III-Schiessl, § 32 Rn. 12 ff.; Baumbach/Hueck-Fastrich, § 13 Rn. 20 ff.

- 23 Dürfen der oder die Gesellschafter demgegenüber nur der Gesellschafterversammlung einen Geschäftsführer benennen, bleibt die Gesellschafterversammlung selbst auch für den Abschluss des Anstellungsvertrags das zuständige Organ.⁴¹

2. Zuständigkeit in der nach MitbestG mitbestimmten GmbH

- 24 Beschäftigt eine GmbH mehr als 2.000 Mitarbeiter im Inland, hat diese nach § 1 Abs. 1, 7 MitbestG einen zur Hälfte mit Arbeitnehmern besetzten Aufsichtsrat zu errichten. In paritätisch mitbestimmten GmbHs ist nur⁴² der **Aufsichtsrat** für den Abschluss des Anstellungsvertrags mit dem Geschäftsführer zuständig. Zwar regelt § 31 Abs. 1 MitbestG – wie § 46 Nr. 5 GmbHG für die nicht mitbestimmte GmbH – nur die Kompetenz zur Organbestellung. Auch dort ist es aber allgemeine Meinung, dass diese Bestellungskompetenz als Annex auch die **Kompetenz** zum Abschluss des Anstellungsvertrags mit dem Geschäftsführer in sich trägt.⁴³
- 25 Das am 5.8.2009 in Kraft getretene Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) hat für Aktiengesellschaften weit reichende Folgen nach sich gezogen, nicht zuletzt bei der Frage, in welcher Zusammensetzung der Aufsichtsrat in der AG über die Frage der Vergütung zu beschließen hat. Vor Inkrafttreten der Neuregelung war es gängige Praxis, dass der Aufsichtsrat Personalentscheidungen und damit einhergehend auch die Vergütungsfragen auf einen Ausschuss, meist den Personal- oder Präsidialausschuss, delegierte. Nach der mit dem VorstAG erfolgten Ergänzung des § 107 AktG um das **Verbot der Delegation** der Aufgaben nach § 87 Abs. 1 und Abs. 2 Sätze 1 und 2 AktG in § 107 Abs. 3 Satz 4 AktG ist die Festlegung der Vergütung – nicht der Anstellungsvertrag in Gänze⁴⁴ – abschließende Aufgabe des Plenums des Aufsichtsrats.
- 26 Es ist fraglich und seit Inkrafttreten des VorstAG umstritten, ob diese für die AG geltenden Regeln auch auf die paritätisch mitbestimmte GmbH übertragbar sind. Die Unklarheit rührt daher, dass zwar einerseits § 25 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 MitbestG (auch) auf das Verbot der Delegation der Entscheidung über die Vorstandsvergütung des § 107 Abs. 3 Satz 4 AktG verweist und dieses für die mitbestimmte GmbH für anwendbar erklärt. Andererseits hat der Gesetzgeber im Zuge der Neufassung der Vergütungsregelung des § 87 Abs. 1 Sätze 2 und 3

41 Cramer, NZG 2011, 173 f. m. w. N.

42 Eingehend MüKoGmbHG-Jaeger, § 35 Rn. 157 m. w. N.

43 BGH 14.11.1983, II ZR 33/83, BGHZ 89, 48, 57; ErfK-Oetker, § 31 MitbestG Rn. 10 m. w. N.

44 ErfK-Oetker, § 31 MitbestG Rn. 9; Greven, BB 2009, 2154; Baeck/Götze/Arnold, NZG 2009, 1121, 1126; Gaul/Janz, GmbHR 2009, 959, 962; Lunk/Stolz, NZA 2010, 121, 127.

AktG erklärt, dass die materiellen Vergütungsgrundsätze für den Vorstand der AG in § 87 AktG nicht für Geschäftsführer der **paritätisch mitbestimmten GmbH** gelten.⁴⁵ Einige Stimmen in der Literatur wollen daraus folgern, dass aufgrund der Unanwendbarkeit der inhaltlichen Grundsätze der Geschäftsführervergütung in § 87 AktG auch das Delegationsverbot des § 107 Abs. 3 Satz 4 AktG leerlaufe. Die herrschende Meinung geht demgegenüber davon aus, dass das Delegationsverbot des § 107 Abs. 3 Satz 4 AktG auch in der paritätisch mitbestimmten GmbH gelte. Dem ist zuzustimmen. Sinn und Zweck des Delegationsverbots ist die Herstellung von Transparenz über die Vergütung der Unternehmensleiter, der auch in der paritätisch mitbestimmten GmbH seine Rechtfertigung findet.

3. Zuständigkeit in der drittelmitbestimmten GmbH nach dem DrittelbG

Hat die GmbH mehr als 500 inländische Mitarbeiter, muss sie nach §§ 1 Abs. 1, 4 DrittelbG einen mit einem Drittel Arbeitnehmer besetzten Aufsichtsrat einrichten. Nachdem das DrittelbG keine Übertragung der **Kompetenz** für Bestellung und Anstellungsvertrag auf den Aufsichtsrat regelt, bleibt es nach der Grundregel des § 46 Nr. 5 GmbHG bei der Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung für die Vergütung des Geschäftsführers.⁴⁶ **27**

4. Drittanstellung, insbesondere in der GmbH & Co. KG

Bei der **Drittanstellung**, insbesondere in der GmbH & Co. KG, stellt sich die Frage, welches Organ für den Abschluss des Anstellungsvertrags mit dem Geschäftsführer und die Vereinbarung der Vergütung zuständig ist, nachdem bei der Drittanstellung Bestellungs- und Anstellungskörperschaft auseinanderfallen.⁴⁷ **28**

Nach der Rechtsprechung des BGH, der Obergerichte und der herrschenden Meinung in der Literatur wird die Anstellungskörperschaft in Fällen der Drittanstellung von ihrem gesetzlichen Vertreter vertreten. Dies bedeutet, dass in der **GmbH & Co. KG** der Geschäftsführer selbst für den Abschluss seines Anstellungsvertrags mit der GmbH & Co. KG zuständig ist.⁴⁸ Die GmbH vertritt als **29**

45 BT-Drs. 16/13433, S. 10.

46 BGH 3.7.2000, II ZR 282/98, BB 2000, 1751, 1752; MüKoGmbHG-Jaeger, § 35 Rn. 260; ErfK-Oetker, § 1 DrittelbG Rn. 17.

47 Eingehend Reichert-Breitfeld, § 16 Rn. 74 ff. m. w. N.

48 BGH 16.7.2007, II ZR 109/06, BB 2007, 1914; vorausgesetzt, der Geschäftsführer ist vom Verbot des Insichgeschäfts nach § 181 BGB befreit, vgl. BGH 1.12.1969, II ZR 224/67, BB 1970, 226; Reichert-Breitfeld, § 16 Rn. 78 m. w. N.

Kap. 7 Vergütung von GmbH-Geschäftsführern

persönlich haftende Gesellschafterin die KG (§§ 161 Abs. 2, 125 Abs. 1 HGB), die wiederum nach § 35 Abs. 1 GmbHG von ihrem Geschäftsführer vertreten wird. Ein **Gesellschafterbeschluss** auf Ebene der Kommanditgesellschaft ist nach der Rechtsprechung nicht erforderlich, weil es sich beim Abschluss des Anstellungsvertrags mit der KG nicht um ein Grundlagengeschäft, sondern um ein Geschäft der laufenden Verwaltung handelt.⁴⁹ Heftig umstritten ist hingegen, ob es eines zusätzlichen Gesellschafterbeschlusses auf Ebene der Komplementär-GmbH zum Abschluss des Anstellungsvertrags bedarf.⁵⁰ Dies hat der BGH zuletzt ausdrücklich offengelassen.

III. Vergütung, Vergütungsformen und -höhe

1. Festgehalt

a) Modalitäten und Höhe des Festgehalts

- 30** In aller Regel vereinbaren die Gesellschaft und der Geschäftsführer, dass dieser als Grundvergütung ein Festgehalt erhält. Als Ausfluss der **Privatautonomie** können Gesellschaft und Geschäftsführer die Vergütung frei vereinbaren. Als Untergrenze ist im Falle eines groben Missverhältnisses von Leistung und Gegenleistung die Grenze der Sittenwidrigkeit (§ 138 Abs. 1 BGB) zu beachten. Sollte diese Konstellation tatsächlich einmal vorliegen und (nur) die Vergütungsabrede nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig sein,⁵¹ richtet sich die Höhe der Vergütung nach § 612 Abs. 2 BGB. Diesbezüglich ist zwar eine Festvergütung nebst entsprechenden Sachbezügen oder auch Gratifikationen für einen Geschäftsführer üblich, nicht jedoch die Zahlung einer Tantieme. Diese wäre stets gesondert und ausdrücklich zu vereinbaren.⁵²
- 31** Daneben gibt es keine besonderen gesetzlichen Vorgaben für die **Höhe der Geschäftsführervergütung**. Anders ist dies für den Vorstand der AG. Für diesen sieht § 87 Abs. 1 AktG vor, dass seine Vergütung in einem angemessenen Verhältnis zu den Aufgaben und Leistungen des Vorstandsmitglieds sowie zur Lage

49 BGH 1.12.1969, II ZR 224/67, BB 1970, 226; 19.4.2016, II ZR 123/15, BB 2016, 1811, 1812; *Wertenbruch*, NZG 2016, 1081, 1082 f.

50 BGH 19.4.2016, II ZR 123/15, BB 2016, 1811, 1812; einen Gesellschafterbeschluss auf Ebene der Komplementär-GmbH halten für entbehrlich OLG Frankfurt a. M. 12.4.2006, 21 U 37/05, ZIP 2006, 1904, 1905; *Ulmer/Habersack/Löbbe-Paefgen*, § 35 Rn. 188; a. A. (Gesellschafterbeschluss erforderlich) *Baumbach/Hueck-Zöllner/Noack*, § 35 Rn. 20; *Lutter/Hommelhoff-Kleindiek*, Anh. § 6 Rn. 9.

51 Ein Beispielsfall findet sich bei KG 12.3.1996, 14 U 7775/95, GmbHR 1996, 613, 614; *Gehrlein/Witt/Volmer-Witt*, Kap. 5 Rn. 50; ablehnend *Baumbach/Hueck-Zöllner/Noack*, § 35 Rn. 182.

52 *Ulmer/Habersack/Löbbe-Paefgen*, § 35 Rn. 187; *Lutter/Hommelhoff-Kleindiek*, Anh. § 6 Rn. 32; *Gehrlein/Witt/Volmer-Witt*, Kap. 5 Rn. 51.

der Gesellschaft stehen muss. Nach ganz herrschender Meinung ist § 87 Abs. 1 AktG indes nicht analog auf die GmbH anwendbar, und zwar nach umstrittener Meinung auch dann nicht, wenn diese nach dem MitbestG oder dem DrittelbG einen mit Arbeitnehmern besetzten Aufsichtsrat bilden muss.⁵³ Freilich wird § 87 Abs. 1 AktG auch von den Anhängern der herrschenden, ablehnenden Ansicht in der paritätisch mitbestimmten GmbH als Ausprägung des Grundsatzes der verantwortungsvollen Unternehmensführung angesehen und empfohlen, sie als **Richtschnur** für Höhe und Zusammensetzung der Geschäftsführervergütung zugrunde zu legen.⁵⁴

b) Besonderheiten bei Gesellschafter-Geschäftsführern

Anders als bei Fremdgeschäftsführern gibt es bei Gesellschafter-Geschäftsführern aufgrund ihrer mitgliedschaftlichen Beteiligung an der GmbH weitere Besonderheiten zu beachten: **32**

Zunächst muss sich die Gestaltung des Geschäftsführergehalts an den Grundsätzen der **Kapitalerhaltung** orientieren (§ 30 GmbHG) und darf auch nicht zu einer **verdeckten Gewinnausschüttung** im Sinne der steuerrechtlichen Vorschriften (§ 8 Abs. 3 Satz 2 KStG) führen.⁵⁵ **33**

Nach § 30 Abs. 1 GmbHG ist die Auszahlung des zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögens der Gesellschaft an Gesellschafter und damit auch an Gesellschafter-Geschäftsführer nicht zulässig und führt zu einem Rückgewähranspruch der Gesellschaft gegen den begünstigten Gesellschafter-Geschäftsführer. Solche Auszahlungen müssen aber nicht zwangsläufig offen, sondern können insbesondere auch verdeckt erfolgen. Dies ist bei der Vergütung eines Gesellschafter-Geschäftsführers dann der Fall, wenn die Vergütung einerseits aus dem zur **Deckung des Stammkapitals** erforderlichen Vermögen gezahlt wird und sie andererseits im Vergleich zur vergüteten Leistung nicht angemessen ist.⁵⁶ In diesen Fällen liegt meist zugleich auch ein Verstoß des Gesellschafter-Geschäftsführers gegen seine mitgliedschaftliche Treuepflicht vor.⁵⁷ **34**

Die Angemessenheit der Vergütung wird auf Grundlage eines Fremd- bzw. Drittvergleichs (at-arm'-length) ermittelt, der sich insbesondere an der Branche, der Größe und der wirtschaftlichen Situation der Gesellschaft ausrichtet. Zugleich sind auch die Erfahrung und die Ausbildung des Geschäftsführers zu berücksichtigen. **35**

53 Eingehende Darstellung bei Besgen-Velten, Teil 3 Rn. 92; Greven, BB 2009, 2154 ff.

54 Scholz-Schneider/Hohenstatt, § 35 Rn. 352; MüKoGmbHG-Jaeger, § 35 Rn. 315; MüGesR III-Marsch-Barner/Diekmann, § 43 Rn. 23.

55 Scholz-Schneider/Hohenstatt, § 35 Rn. 353 f.; Jula, S. 194 f.

56 Gehrlein/Witt/Volmer-Witt, Kap. 5 Rn. 52; Ulmer/Habersack/Löbbecke-Paefgen, § 35 Rn. 183.

57 Scholz-Schneider/Hohenstatt, § 35 Rn. 353; MüKoGmbHG-Jaeger, § 35 Rn. 307.

Kap. 7 Vergütung von GmbH-Geschäftsführern

sichtigen. Gleichwohl wird der Gesellschaft hier ein **Ermessensspielraum** zugestanden, der es auch ermöglicht, besondere Situationen wie etwa das Fehlen weiterer geeigneter Kandidaten für das Amt bei der Höhe der Vergütung zu berücksichtigen.⁵⁸

- 36 Das Erfordernis der Angemessenheit der Vergütung nach § 30 Abs. 1 GmbHG und die Vereinbarkeit mit den Grundsätzen der Kapitalerhaltung sind von der steuerlichen Frage zu unterscheiden, ob die Zahlung des Geschäftsführergehalts an einen Gesellschafter-Geschäftsführer zu einer **verdeckten Gewinnausschüttung** an den Gesellschafter führt.⁵⁹ Die überhöhte Geschäftsführervergütung führt steuerlich auf Ebene der Gesellschaft dazu, dass sich – vereinfacht zusammengefasst – der körperschaftsteuerliche Gewinn (§ 8 Abs. 3 Satz 2 KStG) und damit auch die Bemessungsgrundlage für die Gewerbesteuer (§ 7 GewStG) erhöhen. Beim Geschäftsführer kann sie zu einer Korrektur der steuerlichen Einkunftsarten (meist Kapitaleinkünfte statt Einkommen) führen und weitere Nachteile zur Folge haben.⁶⁰
- 37 Zur Feststellung einer verdeckten Gewinnausschüttung hat die **Finanzverwaltung** eine dreistufige Methode entwickelt, die – vereinfacht dargestellt – ermittelt, ob (1) die Vergütungsleistungen grundlegend von dem abweichen, was mit einem Fremdgeschäftsführer vereinbart werden würde, ob (2) die einzelnen Vergütungsleistungen der Höhe nach gerechtfertigt sind und ob (3) die Vergütung in ihrer Gesamtbetrachtung unter Einbeziehung aller Vergütungsbestandteile gerechtfertigt ist.⁶¹ Der diese Schwellen überschreitende Teil der Vergütung wird dann als verdeckte Gewinnausschüttung an den Gesellschafter-Geschäftsführer behandelt.⁶²
- 38 Neben diesen materiellen Voraussetzungen sind aus steuerlicher Sicht auch **formale Voraussetzungen** bei der Vergütung des Gesellschafter-Geschäftsführers einzuhalten. Die Vergütung muss klar im Vorhinein (schriftlich) vereinbart sein (Klarheits- und Nachzahlungsgebot) und auch entsprechend der schriftlichen Vereinbarungen durchgeführt werden (Durchführungsgebot).⁶³

58 BGH, 14.5.1990, II ZR 126/89, BGHZ 111, 224, 226; Ulmer/Habersack/Löbbe-Paefgen, § 35 Rn. 184.

59 Dabei ist unerheblich, ob es sich um einen Mehrheits- oder einen nur mit einer Minderheit beteiligten Gesellschafter-Geschäftsführer handelt, vgl. Michalski-Spönemann, Systematische Darstellung 3 Rn. 595.

60 Vgl. die Darstellung bei *Jula*, S. 195, und *Reiserer/Heß-Emmerich/Peters*, S. 175 ff.

61 Ausführlich Scholz-Schneider/Hohenstatt, § 35 Rn. 354 m. w. N.

62 Scholz-Schneider/Hohenstatt, § 35 Rn. 354 unter Verweis auf BFH 12.10.1995, 1 R 27/95, BB 1996, 250, 251; *Uckermann/Heilck*, NZA 2014, 1187, 1189.

63 *Uckermann/Heilck*, NZA 2014, 1187, 1189; *Lange*, GmbHR 1991, 427; *Scheuffele*, GmbHR 2009, 1254, 1259.

2. Variable Vergütungsbestandteile

In den allermeisten Fällen vereinbaren Gesellschaft und Geschäftsführer neben dem Festgehalt variable Vergütungsbestandteile. Die Formen der variablen Vergütung sind vielfältig. Sie können an mit dem Geschäftsführer vereinbarte Ziele,⁶⁴ an den wirtschaftlichen Erfolg der Gesellschaft geknüpft sein oder aber beide Elemente miteinander verbinden.

a) Gewinn- und Umsatztantiemen

Besonders streitanfällig sind in der Praxis Tantiemen, die nach dem wirtschaftlichen Erfolg der Gesellschaft bemessen sind, weil oftmals die **Berechnungs- und Bemessungsgrundlage** der variablen Vergütung nicht hinreichend klar vereinbart⁶⁵ wird oder die Tantieme weit über oder unter dem erwarteten Betrag liegt, etwa aufgrund der Berücksichtigung außerordentlicher Erträge. Aus diesem Grund sollte aus Sicht der Gesellschaft stets eine Obergrenze (Cap) für die Tantieme vorgesehen werden.⁶⁶ **40**

Möglich sind Tantiemen, die an den Jahresüberschuss, den Bilanzgewinn oder aber das Ergebnis der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit anknüpfen. In der Praxis werden Tantiemen häufig nach dem handelsbilanziellen⁶⁷ **Jahresüberschuss** der Gesellschaft (§ 266 Abs. 3 (A) V HGB) bemessen, wobei auch diesbezüglich viele Einzelheiten umstritten sind. Dies betrifft etwa die Berücksichtigung von Rücklagen und Rückstellungen, von Gewinn- oder Verlustvorträgen oder aber die Berücksichtigungsfähigkeit außerordentlicher Erträge sowie der Steuern der Gesellschaft.⁶⁸ **41**

Umsatztantiemen sind in der Praxis sehr selten. Zum einen liegt dies daran, dass der Geschäftsführer den Umsatz zulasten des Gewinns leicht beeinflussen kann, zum anderen sieht die Finanzverwaltung in der Zahlung einer Umsatztantieme an den Gesellschafter-Geschäftsführer eine verdeckte Gewinnausschüttung.⁶⁹ Nur in Ausnahmefällen, etwa für die Dauer einer Anlaufphase der Gesell- **42**

64 Hier gelten die arbeitsrechtlichen Grundsätze entsprechend, vgl. Besgen-Velten, Teil 3 Rn. 24 ff. und Kap. 20.

65 Praxisbeispiele unklarer Regelungen bei Oppenländer/Trölitzsch-Weber, § 40 Rn. 56.

66 Oppenländer/Trölitzsch-Baumann, § 14 Rn. 37.

67 MüKoGmbHG-Jaeger, § 35 Rn. 314; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Koppensteiner, § 35 Rn. 89; Ulmer/Habersack/Löbbe-Paefgen, § 35 Rn. 209; Mohr, GmbHR 2011, 402, 405; MüGesR III-Marsch-Barner/Diekmann, § 43 Rn. 29.

68 Ulmer/Habersack/Löbbe-Paefgen, § 35 Rn. 210; Gehrlein/Witt/Volmer-Witt, Kap. 5 Rn. 51; Scholz-Schneider/Hohenstatt, § 35 Rn. 359; Oppenländer/Trölitzsch-Weber, § 40 Rn. 67; MüGesR III-Marsch-Barner/Diekmann, § 43 Rn. 29.

69 BFH 28.6.1989, I R 89/85, DB 1989, 2049; Besgen-Velten, Teil 3 Rn. 7; Moll-Bengelsdorf, § 49 Rn. 151.

Kap. 7 Vergütung von GmbH-Geschäftsführern

schaft bei einer Begrenzung der Höhe der Tantieme, kann dies anders gesehen werden.⁷⁰

- 43 Die Finanzgerichte und die Finanzverwaltung stecken bei Gesellschafter-Geschäftsführern ferner enge Grenzen für die **Zusammensetzung** der Gesamtvergütung des Geschäftsführers. Übersteigt die Tantieme des Gesellschafter-Geschäftsführers 50 % des Jahresüberschusses der GmbH, soll der übersteigende Betrag nach dem Beweis des ersten Anscheins als verdeckte Gewinnausschüttung zu werten sein. Daneben sollte grundsätzlich der Anteil der variablen Vergütung nicht mehr als 25 % der Gesamtvergütung betragen.⁷¹

b) Ermessenstantiemen

- 44 Häufig werden in Anstellungsverträgen auch Tantiemen vereinbart, die in das **Ermessen** des für die Vergütung zuständigen Organs gestellt werden, etwa der Gesellschafterversammlung oder des Aufsichtsrats. Die Ausübung des Ermessens hat in diesem Fall – ggf. konkretisiert durch im Anstellungsvertrag vereinbarte Kriterien – nach billigem Ermessen (§ 315 Abs. 1 BGB) zu erfolgen.
- 45 **Ermessenstantiemen** können demgegenüber bei Gesellschafter-Geschäftsführern nicht vereinbart werden, weil dies mit dem steuerlichen Verbot der Nachzahlung der Vergütung unvereinbar wäre.⁷² Danach muss bei der Berechnung der zu zahlenden Vergütung die Bemessungsgrundlage so bestimmt sein, dass allein durch Rechenvorgänge deren Höhe ermittelt werden kann, ohne dass es noch der Ausübung irgendwelcher Ermessensakte seitens der Geschäftsführung oder der Gesellschafterversammlung bedarf.⁷³

c) Echte und virtuelle Unternehmensbeteiligungen

- 46 Neben Tantiemen können die Gesellschaft und der Geschäftsführer weitere variable Vergütungsstrukturen vereinbaren, beispielsweise direkte Beteiligungen an der Gesellschaft (sog. **Managermodell**).⁷⁴ Diesbezüglich hat die Gesellschaft in aller Regel ein Interesse daran, diese Anteile nur für die Dauer der Anstellung zu gewähren und Rückübertragungsrechte zu vereinbaren. Daher ist die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu den sog. Hinauskündigungsklauseln zu beachten, die die freie Rückforderungsmöglichkeit der Gesellschaft beim Aus-

70 BFH 19.2.1999, I R 105,107/97, BB 1999, 885; Oppenländer/Trölitzsch-Weber, § 40 Rn. 65 m. w. N.

71 Ausführlich Reiserer/Heß-Emmerich/Peters, S. 189 f.

72 BFH 30.1.1985, I R 37/82, DB 1985, 1216; 29.4.1992, I R 21/90, BB 1992, 1708; MüKoGmbHG-Jaeger, § 35 Rn. 314.

73 BFH 29.4.1992, I R 21/90, BB 1992, 1708; Scholz-Schneider/Hohenstatt, § 35 Rn. 361.

74 Ausführlich Stenzel, DStR 2018, 82 ff.; 139 ff.; Broß, GmbHR 2016, 104 ff.

scheiden des Geschäftsführers an § 138 BGB misst und nur unter eingeschränkten Voraussetzungen ermöglicht.⁷⁵ Daher sind in der Praxis **virtuelle Geschäftsanteile**⁷⁶ vorzuziehen, die nur schuldrechtlicher Bestandteil des Anstellungsvertrags sind und in der Regel auch keine Mitspracherechte in der Gesellschafterversammlung gewähren.

d) Unterjähriges Ausscheiden des Geschäftsführers

Im Falle eines unterjährigen Ausscheidens des Geschäftsführers ist die variable Vergütung **pro rata temporis** auszuzahlen, wenn und soweit nicht sogar – wie bei Gewinnbeteiligungen etwa – eine konkrete Berechnung auf den Stichtag des Ausscheidens möglich ist.⁷⁷ An der vereinbarten Fälligkeit der variablen Vergütung ändert dies freilich nichts.⁷⁸ Ein vollständiger Wegfall der variablen Vergütung für das laufende Geschäftsjahr bei einer **Eigenkündigung** des Geschäftsführers wird von der herrschenden Meinung aber aufgrund einer unzumutbaren Kündigungserschwerung wegen § 622 Abs. 6 BGB als unwirksam sowie als unangemessene Benachteiligung des Geschäftsführers (§ 307 Abs. 1 BGB⁷⁹) angesehen.⁸⁰ 47

e) Anwendbarkeit des Entgelttransparenzgesetzes

Am 6.7.2017 ist das Gesetz zur Förderung der Transparenz von Entgeltstrukturen – Entgelttransparenzgesetz (EntgTranspG) in Kraft getreten. Es soll das Gebot des gleichen Entgelts für Frauen und Männer bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit durchsetzen.⁸¹ Dreh- und Angelpunkt des EntgTranspG ist das Entgeltgleichheitsgebot und das Verbot der Entgeltbenachteiligung wegen des Geschlechts (§§ 4, 7), zu deren Umsetzung das Gesetz nach § 10 Abs. 1 Beschäftigten einen individuellen Auskunftsanspruch einräumt. Nach § 2 Abs. 1 EntgTranspG gilt das Gesetz für das Entgelt von Beschäftigten. Beschäftigte im Sinne des § 2 Abs. 1 EntgTranspG sind nach § 5 Abs. 2 Nr. 1 EntgTranspG u. a. 47a

75 BGH 19.9.2005, II ZR 173/04, BGHZ 164, 98 ff., *Sosnitza*, DStR 2006, 99 ff.

76 Dazu Moll-Hexel, § 20 Rn. 101; vgl. auch LAG München 6.6.2007, 10 Sa 1349/06, BeckRS 2009, 61629.

77 OLG Hamm 8.10.1984, 8 U 265/83, BB 18984, 2214; Oppenländer/Trölitzsch-Baumann, § 13 Rn. 81; MüKoGmbHG-Jaeger, § 35 Rn. 314; Besgen-Velten, Teil 3 Rn. 6; Moll-Bengelsdorf, § 49 Rn. 151.

78 Moll-Bengelsdorf, § 49 Rn. 151; Oppenländer/Trölitzsch-Baumann, § 13 Rn. 81.

79 Sofern die AGB-Kontrolle eröffnet ist, vgl. dazu und zur Verbrauchereigenschaft des Fremdgeschäftsführers BAG 19.5.2010, 5 AZR 253/09, BB 2010, 2439 m. Anm. Ley; MüKoBGB-Micklitz, § 13 Rn. 49.

80 Überblick bei MüKoGmbHG-Jaeger, § 35 Rn. 321 und Fn. 736; a. A. OLG München 18.4.2012, 7 U 3882/11, BeckRS 2012, 14124.

81 Art. 1 des Gesetzes vom 30.6.2017, BGBl. I, 2152.

Kap. 7 Vergütung von GmbH-Geschäftsführern

Arbeitnehmer.⁸² Nachdem nach der Rechtsprechung des EuGH zu § 17 KSchG auch Geschäftsführer Arbeitnehmer sein können,⁸³ herrscht derzeit Unklarheit, ob auch Geschäftsführer Beschäftigte im Sinne des § 2 Abs. 1 EntgTranspG sind.⁸⁴ Einigkeit besteht indessen dahingehend, dass die Frage keine praktische Relevanz haben dürfte, weil Geschäftsführer mit Arbeitnehmern angesichts der unterschiedlichen Aufgabenbereiche nicht vergleichbar sind und es auch nur theoretisch denkbar ist, dass ein Geschäftsführer Auskunft über das Gehalt der von § 12 Abs. 3 Nr. 2 EntgTranspG geforderten mindestens sechs Geschäftsführer anderen Geschlechts geltend macht.⁸⁵

3. Nebenleistungen

a) Dienstwagen

- 48 In aller Regel stellt die Gesellschaft dem Geschäftsführer einen **Dienstwagen** zur Verfügung, den der Geschäftsführer auch privat nutzen kann. Hier ergeben sich in der Regel keine Besonderheiten im Vergleich zur Überlassung von Dienstwagen an Arbeitnehmer (vgl. ausführlich dazu Kap. 25). Dies gilt insbesondere auch für die Möglichkeit der Gesellschaft, bei einer Freistellung des Geschäftsführers den Dienstwagen zurückzufordern, auch wenn der Geschäftsführer den Dienstwagen **privat nutzen** durfte.⁸⁶

b) D&O-Versicherungen

- 49 Auch der Abschluss einer **D&O-Versicherung**, die den Geschäftsführer vor Inanspruchnahme durch die Gesellschaft oder Dritte wegen Vermögensschäden absichern soll, gehört inzwischen zum Standard bei Geschäftsführern von Unternehmen bestimmter Größenordnungen oder Branchen. Im Zuge des VorstAG wurde in § 93 Abs. 2 Satz 3 AktG die Pflicht aufgenommen, bei Abschluss einer D&O-Versicherung einen **Selbstbehalt** von mindestens 10% des Schadens bis mindestens zur Höhe des Eineinhalbfachen der festen jährlichen Vergütung des Vorstandsmitglieds vorzusehen. Diese Regelung ist indes in der GmbH nicht entsprechend anwendbar.⁸⁷ Eine entsprechende Regelung im Anstellungsvertrag

82 *Bauer/Romero*, NZA 2017, 809, 810; *Oberthür*, NJW 2017, 2228, 2229, 2232; *Wank*, RdA 2018, 34, 40.

83 EuGH 9.7.2015, C-229/14, BB 2015, 2554.

84 *Bauer/Romero*, NZA 2017, 809, 810 *Oberthür*, NJW 2017, 2228, 2229, 2232; *Wank*, RdA 2018, 34, 40.

85 *Bauer/Romero*, NZA 2017, 809, 810; *Oberthür*, NJW 2017, 2228, 2229, 2232; *Wank*, RdA 2018, 34, 40.

86 Vgl. BGH 25.2.1991, II ZR 76/90, BB 1991, 714; *Wimmer*, DStR 1997, 247, 249.

87 *MüKoGmbHG-Fleischer*, § 43 Rn. 382; *Michalski-Haas/Ziemons*, § 43 Rn. 259 f.

des Geschäftsführers kann indes sinnvoll sein, um den Geschäftsführer trotz einer D&O-Versicherung zu pflichtgemäßem Handeln zu motivieren.⁸⁸

c) Dienstverhinderung, Entgeltfortzahlung

Nachdem das EfzG nicht auf GmbH-Geschäftsführer anwendbar ist,⁸⁹ sind die Fälle verschuldeter oder unverschuldeter Dienstverhinderung nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen zu beurteilen und im Einzelfall aufgrund des Charakters des Anstellungsvertrags als Dauerschuldverhältnis mit engen Bindungen zu korrigieren. **50**

Die Leistung des Geschäftsführers ist – wie im Falle von Arbeitnehmern – ein **absolutes Fixgeschäft**⁹⁰ und damit nicht nachholbar. Sie wird unmöglich (§ 275 Abs. 1 BGB), wenn der Geschäftsführer nicht für die Gesellschaft tätig wird. Hat der Geschäftsführer seine Dienstunfähigkeit verschuldet,⁹¹ entfällt nach allgemeinen Grundsätzen infolge dessen nach § 326 Abs. 1 BGB auch sein Vergütungsanspruch. **51**

Im Falle **unverschuldeter Dienstverhinderung**, insbesondere Krankheit,⁹² würde nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen infolge der Unmöglichkeit der Leistungserbringung eigentlich nach § 326 Abs. 1 Satz 1 BGB der Anspruch auf Vergütung unmittelbar entfallen. § 616 Satz 1 BGB enthält aber insoweit eine Rückausnahme und gewährt dem Geschäftsführer in diesen Fällen einen Anspruch auf Fortzahlung seiner Vergütung, der im Einzelfall auch über den Sechs-Wochen-Zeitraum des § 1 EfzG hinausgehen kann. In Einzelfällen, so bei langjährigen Organmitgliedern, kann dies nach der Rechtsprechung sogar so weit gehen, dass eine dauerhafte Fortzahlung der Vergütung geschuldet sein soll.⁹³ **52**

d) Darlehensvergabe an Geschäftsführer

Die Vergabe von Darlehen an Geschäftsführer ist grundsätzlich möglich. Ungeachtet des Umstands, ob es sich um Fremd- oder Gesellschafter-Geschäftsführer **53**

⁸⁸ MüKoGmbHG-*Fleischer*, § 43 Rn. 382 m. w. N.

⁸⁹ MüGesR III-*Marsch-Barner/Diekmann*, § 43 Rn. 9; anders nur, wenn der Geschäftsführer ausnahmsweise als Arbeitnehmer anzusehen ist und die Regelungen des EfzG unmittelbar gelten.

⁹⁰ BGH 30.11.1972, VII ZR 239/71, BGHZ 60, 14, 16; Palandt-*Grüneberg*, § 271 BGB Rn. 17.

⁹¹ Sog. „Verschulden gegen sich selbst“, also einen groben Verstoß gegen das von einem verständigen Menschen im eigenen Interesse zu erwartende Verhalten, vgl. MüKoBGB-*Henssler*, § 616 Rn. 56 m. eingeh. Nachw.

⁹² MüKoBGB-*Henssler*, § 616 Rn. 20; Ulmer/Habersack/Löbbe-*Paefgen*, § 35 Rn. 201.

⁹³ Übersicht zu den einzelnen Auffassungen Ulmer/Habersack/Löbbe-*Paefgen*, § 35 Rn. 201 m. w. N.

Kap. 7 Vergütung von GmbH-Geschäftsführern

handelt, ist eine **Kreditvergabe** an Geschäftsführer aus dem Stammkapital der GmbH nach § 43a Satz 1 GmbHG unzulässig und führt zu einem **Rückgewähranspruch** der Gesellschaft, und zwar völlig unabhängig davon, ob der Darlehensgewährung ein vollwertiger Rückgewähranspruch der Gesellschaft gegen den Geschäftsführer gegenübersteht (§ 30 Abs. 1 Satz 3 GmbHG).⁹⁴

- 54 Ein zinsverbilligtes Darlehen führt beim Geschäftsführer zu einem lohnsteuerpflichtigen geldwerten Vorteil, wenn der Zinssatz für das Darlehen im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses unter dem **marktüblichen Zins** für vergleichbare Darlehen liegt. Die Laufzeit des Darlehens und die Dauer der Zinsfestlegung müssen somit einem Drittvergleich standhalten. Eine Zinsverbilligung ist eine Sachzuwendung im Sinne von § 8 Abs. 2 EStG und nur bei Unterschreiten der monatlichen Freigrenze von 44 € steuerfrei (§ 8 Abs. 2 Satz 11 EStG).

e) Aufwendungsersatz

- 55 Wenngleich die dogmatische Anspruchsgrundlage hierfür umstritten ist, hat der Geschäftsführer – auch bei fehlendem Anstellungsvertrag – einen Anspruch auf Ersatz seiner Aufwendungen.⁹⁵ Ohne eine (unbedingt empfehlenswerte) Regelung im Anstellungsvertrag hat der Geschäftsführer nach allgemeinen Grundsätzen einen Anspruch auf **Ersatz seiner Aufwendungen**, die er für erforderlich halten durfte.⁹⁶
- 56 Es ist ferner nicht gesichert, unter welchen Voraussetzungen der Geschäftsführer von der Gesellschaft Erstattung von **Bußgeldern und Geldstrafen** und seiner erforderlichen Prozess- und Rechtsberatungskosten verlangen kann. Die herrschende Meinung lehnt einen solchen Anspruch grundsätzlich ab. Eine Ausnahme von dieser Regel soll abgestuft nach dem Verschuldensvorwurf gelten, der dem Geschäftsführer gemacht werden kann.⁹⁷ Bei leichtem Verschulden soll ein solcher Anspruch in Betracht kommen, bei schwerem Verschulden und Straftaten in aller Regel ausscheiden. Schmiergelder sind unabhängig davon, ob sie im In- oder im Ausland gezahlt werden, generell nicht erstattungsfähig.⁹⁸

94 BGH 23.4.2012, II ZR 252/10, BB 2012, 1628, 1630; Baumbach/Hueck-Zöllner/Noack, § 43a Rn. 1; MüGesR III-Marsch-Barner/Diekmann, § 43 Rn. 106 ff.

95 Michalski-Tebben, § 6 Rn. 194; Baumbach/Hueck-Zöllner/Noack, § 35 Rn. 65.

96 Michalski-Tebben, § 6 Rn. 195; Lutter/Hommelhoff-Kleindiek, Anh. § 6 Rn. 30.

97 Überblick bei Ulmer/Habersack/Löbbe-Paefgen, § 35 Rn. 195; Michalski-Tebben, § 6 Rn. 197.

98 Scholz-Schneider/Hohenstatt, § 35 Rn. 376, unter Hinweis auf die überholte Ausklammerung bestimmter Auslandstaten nach Inkrafttreten des § 299 Abs. 3 StGB, vgl. auch Lutter/Hommelhoff-Kleindiek, Anh. § 6 Rn. 30.

4. Mechanismen zur Anpassung der Vergütung

Neben vertraglich vereinbarten Möglichkeiten zur Anpassung der Vergütung des Geschäftsführers⁹⁹ sind auch Mechanismen außerhalb solcher ausdrücklicher Regelungen anerkannt: **57**

a) Herabsetzung der Vergütung

In Rechtsprechung und Literatur ist umstritten, ob und inwieweit die Gesellschaft die Vergütung des Geschäftsführers in wirtschaftlich schwierigen Zeiten herabsetzen kann. Die Diskussion wurde durch die Einführung des § 87 Abs. 2 AktG im Zuge des VorstAG neu entfacht. Danach kann der Aufsichtsrat die Vergütung des Vorstands der Aktiengesellschaft bei einer **Verschlechterung der Lage** der Gesellschaft auf ein angemessenes Maß herabsetzen. Nach überwiegender Ansicht, der zuzustimmen ist, findet § 87 Abs. 2 AktG indes auf die GmbH keine analoge Anwendung, und zwar auch nicht in der nach dem MitbestG mitbestimmten GmbH.¹⁰⁰ **58**

Anerkannt ist gleichwohl, dass der Geschäftsführer aufgrund seiner Treuepflicht in bestimmten Situationen einer Herabsetzung seiner Vergütung zustimmen muss.¹⁰¹ Diese Pflicht soll indes nicht aus der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht folgen, sondern aus der **Treuepflicht**, die der Geschäftsführer als Organ der Gesellschaft hat.¹⁰² Es setzt jedoch voraus, dass eine existenzgefährdende Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft besteht, also eine Krise.¹⁰³ Dies zeigt zugleich, dass eine dauerhafte Kürzung der Bezüge des Geschäftsführers nicht auf diese Rechtsgrundlage gestützt werden kann. Der Umfang und die zeitliche Dauer der Herabsetzung müssen dem Geschäftsführer daher zumutbar sein, was bei einer dauerhaften Herabsetzung, die auch Zeiträume nach **Überwindung einer Krise** erfassen soll, nicht der Fall sein dürfte.¹⁰⁴ **59**

99 Zu Anpassungsklauseln Ulmer/Habersack/Löbbe-Paefgen, § 35 Rn. 195; MüKo-GmbHG-Jaeger, § 35 Rn. 322; Besgen-Velten, Teil 3 Rn. 94; MüGesR III-Marsch-Barner/Diekman, § 43 Rn. 24 ff.

100 Eingehende Darstellung bei Besgen-Velten, Teil 3 Rn. 92; Greven, BB 2009, 2154 ff.

101 Zur Zulässigkeit von Anpassungsklauseln Besgen-Velten, Teil 3 Rn. 94; Baeck/Götze/Arnold, NZG 2009, 1121, 1125; Lunk/Stolz, NZA 2010, 121, 122.

102 BGH 15.6.1992, II ZR 88/91, BB 1992, 1583, 1584; Ulmer/Habersack/Löbbe-Paefgen, § 35 Rn. 193; Besgen-Velten, Teil 3 Rn. 93; Bauder, BB 1992, 369 ff.; Baeck/Götze/Arnold, NZG 2009, 1121, 1124. Vgl. aber auch OLG Karlsruhe 24.11.2011, 9 U 18/11, NZG 2012, 299, 301, wonach in der Krise das Gehalt nicht zwingend herabzusetzen ist, nachdem das Organ dort auch höheren Haftungsgefahren ausgesetzt ist.

103 Ulmer/Habersack/Löbbe-Paefgen, § 35 Rn. 193; Bauder, BB 1992, 369, 371; Scholz-Schneider/Hohenstatt, § 35 Rn. 371 („qualifizierte Krise“).

104 Scholz-Schneider/Hohenstatt, § 35 Rn. 371.

Kap. 7 Vergütung von GmbH-Geschäftsführern

b) Anspruch des Geschäftsführers auf Erhöhung der Vergütung

- 60 Als Kehrseite des Anspruchs der Gesellschaft auf Herabsetzung kann dem Geschäftsführer auch ein Anspruch gegen die Gesellschaft auf Erhöhung der Vergütung zustehen. In diesem Zusammenhang ist erneut zwischen Gesellschafter- und Fremdgeschäftsführer zu unterscheiden.
- 61 Nach nahezu einhelliger Meinung kommt ein Anspruch des Fremdgeschäftsführers auf Gehaltserhöhung mangels Anwendbarkeit der gesellschaftlicher Treuepflicht in erster Linie nach den Grundsätzen zum **Wegfall der Geschäftsgrundlage** (§ 313 BGB) in Betracht, etwa bei einer überraschenden Geldentwertung oder aber einer unerwartet wachsenden Unternehmensgröße der Gesellschaft.¹⁰⁵ Ein Wegfall der Geschäftsgrundlage dürfte indes bei Verträgen mit kürzerer Laufzeit – unter drei Jahren – nur sehr zurückhaltend angewendet werden können. Grund hierfür ist, dass der Geschäftsführer in diesem Fall seinen Anpassungsanspruch durch Kündigung und Neuverhandlung der Vergütung herbeiführen kann. Gleiches dürfte bei befristeten Anstellungsverträgen gelten, die nur unter erschwerten Bedingungen gekündigt werden können, weil andernfalls diese wechselseitige Risikoverteilung unterlaufen werden würde.¹⁰⁶
- 62 Der Gesellschafter-Geschäftsführer kann sich nach überwiegender Auffassung auch in der GmbH auf die Grundsätze zur **Gehaltsanpassung** berufen, die für geschäftsführende Gesellschafter in Personengesellschaften aus der gesellschaftlichen Treuepflicht heraus entwickelt wurden.¹⁰⁷ Danach kommt eine Anhebung der Vergütung in Betracht, wenn eine Veränderung der Verhältnisse zu einem evident unangemessenen Zustand führt.¹⁰⁸ Aber auch unterhalb dieser Schwelle kann ein Anspruch des Gesellschafter-Geschäftsführers auf Gehaltsanpassung aufgrund des **gesellschaftsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes** bestehen, wenn ein Gesellschafter, der zugleich Mitgeschäftsführer ist, ohne sachlichen Grund eine höhere Vergütung hat. Die überwiegende Meinung sieht darin eine Gefährdung der Gesellschaft und daraus folgend einen Anspruch des Geschäftsführers auf Anhebung seiner Vergütung, um den nötigen Anreiz zur Weiterentwicklung der Gesellschaft zu setzen.¹⁰⁹

105 ■ Scholz-Schneider/Hohenstatt, § 35 Rn. 376; MüKoGmbHG-Jaeger, § 35 Rn. 324.

106 Ulmer/Habersack/Löbbe-Paefgen, § 35 Rn. 197; Scholz-Schneider/Hohenstatt, § 35 Rn. 370.

107 Ulmer/Habersack/Löbbe-Paefgen, § 35 Rn. 196; MüKoGmbHG-Jaeger, § 35 Rn. 323.

108 BGH 8.12.1997, II ZR 236/96, GmbHR 1998, 279, 280; Baumbach/Hueck-Zöllner/Noack, § 35 Rn. 187; MüGesR III-Marsch-Barner/Diekmann, § 43 Rn. 27.

109 MüGesR III-Marsch-Barner/Diekmann, § 43 Rn. 28; Ulmer/Habersack/Löbbe-Paefgen, § 35 Rn. 196; Besgen-Velten, Teil 3 Rn. 93 ff.; Gehrlein/Witt/Volmer-Witt, Kap. 5 Rn. 52.

5. Sozialversicherungs- und steuerrechtliche Fragestellungen*a) Sozialversicherung*

Die Frage der Sozialversicherungspflicht der Bezüge des GmbH-Geschäftsführers ist durch eine kaum mehr zu überschaubare Kasuistik und eine in den letzten Jahren gesteigerte Tendenz der Sozialgerichte geprägt, die Vergütung von GmbH-Geschäftsführern der Sozialversicherungspflicht zu unterwerfen. Im Kern geht es dabei um die Frage, ob der Geschäftsführer **abhängig beschäftigt** im Sinne des § 7 Abs. 1 SGB IV ist. Anhaltspunkte für eine Beschäftigung in diesem Sinne sind eine Tätigkeit nach **Weisungen** und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers. Es kommt auf den Umfang der persönlichen Abhängigkeit des Geschäftsführers gegenüber der Gesellschaft bei Ausübung seiner Tätigkeit an und nicht darauf, ob der Geschäftsführer in einem Arbeitsverhältnis im engeren Sinne bei der Gesellschaft steht.¹¹⁰

Als Grundsatz ist festzuhalten, dass der **Fremdgeschäftsführer** stets in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis zur Gesellschaft steht. Er unterliegt den Weisungen der Gesellschafterversammlung und kann daher seine Tätigkeit nicht frei bestimmen.¹¹¹ Insbesondere ist er aufgrund fehlender Beteiligung an der GmbH nicht in der Lage, ihm nicht genehme Beschlüsse und damit Weisungen zu verhindern. In der bisherigen Rechtsprechung machten die Sozialgerichte bei der Sozialversicherungspflicht von Fremdgeschäftsführern nur dann eine Ausnahme, wenn die Gesellschafter aufgrund familiärer Beziehungen oder aufgrund besonderer Fach- oder Branchenkenntnisse von ihrem Weisungsrecht keinen Gebrauch machten und der Geschäftsführer somit „schalten und walten“ konnte, also – so die Rechtsprechung – „**Kopf und Seele**“ der Gesellschaft war.¹¹² Dies galt auch für Geschäftsführer, die keinerlei Geschäftsanteile an der Gesellschaft hielten.

Von dieser sog. „**Schönwetter**“-Rechtsprechung haben sich die Sozialgerichte inzwischen distanziert und räumen tatsächlichen Einflussmöglichkeiten auf die Gesellschaft keine maßgebliche Bedeutung mehr bei.¹¹³ Es komme nicht darauf an, wie die Gesellschafter in friedlichen Zeiten agieren – also bei Schönwetter – sondern (nur) darauf, ob der Geschäftsführer aufgrund seiner Rechtsmacht in der Gesellschaft deren Geschicke beeinflussen und ihm nicht genehme Beschlüsse verhindern kann.¹¹⁴ Dies führt letztlich dazu, dass Fremd- und mit Min-

110 MüKoGmbHG-Jaeger, § 35 Rn. 298; Gehrlein/Witt/Volmer-Witt, Kap. 5 Rn. 59.

111 BSG 9.11.1989, 11 RAr 39/89, BB 1990, 783, 784; BSG 8.12.1994, 11 RAr 49/94, NZS 1995, 373, 374; MüGesR III-Marsch-Barner/Diekmann, § 43 Rn. 10; Lutter/Hommelhoff-Kleindiek, Anh. § 6 Rn. 40.

112 Vgl. BSG 28.7.2016, B 12 R 55/15 B, BeckRS 2016, 72504.

113 So ausdrücklich LSG Rheinland-Pfalz 10.12.2013, L 6 R 65/12, NZS 2014, 269; Kleemann/Kaufmann, BB 2014, 821 ff.

derheit an der GmbH beteiligte Geschäftsführer ohne Vetomöglichkeit in der Gesellschafterversammlung **sozialversicherungspflichtig** beschäftigt sind.¹¹⁵ Mit Mehrheit beteiligte Geschäftsführer sind demgegenüber nicht in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis tätig und unterfallen damit nicht § 7 Abs. 1 SGB IV.¹¹⁶

- 66 Bis vor Kurzem hatten zahlreiche Landessozialgerichte angenommen, dass ein Fremd- oder mit Minderheit beteiligter Geschäftsführer auch dann nicht der Sozialversicherungspflicht unterliegt, wenn er zwar nicht durch sein Gesellschaftskapital, wohl aber durch seine Stimmrechte Entscheidungen der Gesellschafterversammlung verhindern konnte.¹¹⁷ Ein in der Beratung seither erprobtes Mittel war daher der Abschluss von **Stimmbindungsvereinbarungen** zugunsten des Geschäftsführers. Damit hatte der Geschäftsführer zwar nicht das hinreichende Kapital, konnte aber die Mehrheit der Stimmen und damit auch ihm unangenehme Weisungen kontrollieren.
- 67 Diese Möglichkeit hat das BSG nunmehr endgültig kassiert und dies damit begründet, dass eine solche Stimmbindungsvereinbarung, wenn auch nur aus wichtigem Grund, so doch kündbar sei und die daraus resultierende **Rechtsmacht** des Geschäftsführers daher insbesondere in Krisenzeiten nicht hinreichend sicher genug sei, um von einer durchsetzbaren Rechtsmacht des Geschäftsführers, Beschlüsse zu verhindern, auszugehen.¹¹⁸ Wenngleich diese Rechtsprechung nicht in allen Facetten überzeugt, muss sich die Beratungspraxis darauf einstellen. Im Zweifel ist der Gesellschaft und dem Geschäftsführer aufgrund der mit einer unterlassenen Abführung der Sozialversicherungsbeiträge verbundenen Risiken (z. B. § 266a StGB) anzuraten, ein **Statusfeststellungsverfahren** bei der Clearingstelle der Deutschen Rentenversicherung Bund einzuleiten und den Status des Geschäftsführers verbindlich klären zu lassen (§ 7a SGB IV).¹¹⁹

114 BSG 29.8.2012, B 12 KR 25/10 R, DB 2013, 708; 29.8.2012, B 12 R 14/10 R, BeckRS 2013, 66534; LSG Rheinland-Pfalz 10.12.2013, L 6 R 65/12, NZS 2014, 269.

115 BSG 9.11.1989, 11 RAr 39/89, BB 1990, 783, 784; BSG 8.12.1994, 11 RAr 49/94, NZS 1995, 373, 374; MüGesR III-Marsch-Barner/Diekmann, § 43 Rn. 10; Lutter/Hommelhoff-Kleindiek, Anh. § 6 Rn. 40.

116 BSG 18.12.2001, B 12 KR 10/01 R, NZA-RR 2003, 325, 326; Baumbach/Hueck-Zöllner/Noack, § 35 Rn. 181; Lutter/Hommelhoff-Kleindiek, Anh. § 6 Rn. 40; MüKoGmbHG-Jaeger, § 35 Rn. 301.

117 Überblick bei von Medem, DStR 2014, 2027 ff.

118 BSG 11.11.2015, B 12 KR 13/14 R, GmbHR 2016, 528 f.; BSG 31.3.2014, B 12 R 53/13 B, BeckRS 2014, 69538; a. A. Sächsisches LSG 4.3.2014, L 1 KR 9/11, BeckRS 2014, 67406.

119 Reiserer/Heß-Emmerich/Peters, S. 164 mit einem Antragsmuster; Formulare hält auch die Deutsche Rentenversicherung Bund im Internet unter www.deutsche-rentenversicherung.de bereit.

b) Besteuerung der Geschäftsführervergütung

Der Geschäftsführer der GmbH bezieht Einkünfte aus **nichtselbstständiger Tätigkeit** nach § 19 EStG,¹²⁰ ungeachtet des Umstands, dass der Geschäftsführer in aller Regel kein Arbeitnehmer im formalen Sinne ist. Dies gilt für Fremd- wie auch für Gesellschafter-Geschäftsführer. Bei Letzteren sind im Zusammenhang mit der Vergütung indes die schon dargestellten Grundsätze des Verbots der verdeckten Gewinnausschüttung zu beachten.

6. Sonstige Fragen

Sowohl der Fremd- als auch der mit Minderheit beteiligte Geschäftsführer als auch – zumindest nach herrschender Meinung – der mit Mehrheit beteiligte Gesellschafter-Geschäftsführer können sich auf die Vorschriften zum **Pfändungsschutz** von Arbeitseinkommen nach §§ 850 ff. ZPO berufen.¹²¹ Dies gilt auch für Ansprüche auf Karenzentschädigung aus einem nachvertraglichen Wettbewerbsverbot.¹²²

Rückständige Ansprüche des Arbeitnehmers auf Vergütung gegen die Gesellschaft sind nach Wegfall der §§ 59 Abs. 1 Nr. 3, 61 Abs. 1 Nr. 1a KO **einfache Insolvenzforderungen** im Sinne des § 38 InsO.¹²³

Erfüllungsort für die Gehaltszahlungen ist der Ort, an dem die Gesellschaft ihren Sitz hat, für die **Verjährung** gelten die §§ 195 ff. BGB mit der Folge einer dreijährigen kenntnisabhängigen Regelverjährung zum Jahresende (§ 199 Abs. 1 BGB). Der kenntnisunabhängigen Höchstverjährungsfrist von zehn Jahren nach § 199 Abs. 4 BGB dürfte im Fall von Vergütungsansprüchen demgegenüber ein sehr begrenzter Anwendungsbereich zukommen, etwa bei unbekannten Tantiemeansprüchen.

IV. Prozessuale Fragestellungen bei Vergütungsstreitigkeiten

Für Rechtsstreitigkeiten zwischen GmbH und Geschäftsführer aus dem Anstellungsvertrag sind mangels anders lautender Vereinbarung zwischen den Parteien (§ 2 Abs. 4 ArbGG) die **Zivilgerichte** und dort nach § 95 Abs. 1 Nr. 4a GVG die Kammern für Handelssachen zuständig.¹²⁴ Die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte

120 Umfassende Darstellung bei Besgen-Menkel, Teil 3 Rn. 98 ff.; Reiserer/Heß-Emmerich/Peters, S. 169.

121 BGH 24.11.1980, II ZR 183/80, NJW 1981, 2465, 2466; 17.11.1997, II ZR 367/96; Baumbach/Hueck-Zöllner/Noack, § 35 Rn. 192; Ulmer/Habersack/Löbbe-Paefgen, § 35 Rn. 314; MüKoGmbHG-Jaeger, § 35 Rn. 332.

122 OLG Rostock 9.6.1994, 1 U 40/94, NJW-RR 1995, 173, 174; Jula, S. 202.

123 Reiserer/Heß-Emmerich/Peters, S. 46.

124 Baumbach/Hueck-Zöllner/Noack, § 35 Rn. 179.

Kap. 7 Vergütung von GmbH-Geschäftsführern

te ist, unabhängig von der Frage, ob das zugrunde liegende Rechtsverhältnis materiell als Arbeitsverhältnis einzustufen ist oder nicht,¹²⁵ nach § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG ausgeschlossen.¹²⁶

- 73 Der Ausschluss der Arbeitsgerichtsbarkeit nach § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG endet nach der neueren Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts jedoch dann, wenn die **Organstellung** des Geschäftsführers **endet**, und zwar auch dann, wenn dies erst nach Erhebung der Klage geschieht.¹²⁷ Das LAG Sachsen hatte in seinem Beschluss vom 18.3.2015 demgegenüber die Ansicht vertreten, dass dies dann nicht gilt, wenn der Geschäftsführer eine Klage auf rückständige Vergütung erhebt und erst nach Klageerhebung abberufen wird. Anders als in den vom BAG entschiedenen Fällen, in denen es um Bestandsschutzstreitigkeiten zwischen Geschäftsführer und GmbH und damit um sog. sic-non-Fälle¹²⁸ ging, sei eine nach Klageerhebung erfolgte **Abberufung** des Geschäftsführers bei einer Klage des Geschäftsführers auf ausstehende Vergütung kein Umstand, der zum nachträglichen Wegfall der Fiktion des § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG und damit zur nachträglichen Zuständigkeit der Arbeitsgerichte führe.¹²⁹ Anders als Bestandsschutzstreitigkeiten sei eine Klage auf Vergütung ein sog. **aut-aut-Fall**,¹³⁰ weil in diesem Fall das Bestehen der Vergütungsansprüche nicht zwingend vom Bestand eines Arbeitsverhältnisses abhinge, sondern eine Vergütung auch bei Vorliegen eines Dienstvertrags geschuldet sei.
- 74 Das BAG¹³¹ widersprach dieser Ansicht des LAG Sachsen. Auch in **Vergütungsstreitigkeiten**, d. h. in aut-aut-Fällen, sei der nachträgliche Wegfall der Organstellung zu berücksichtigen und führe zum Wegfall der Fiktion des § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG, sodass die Arbeitsgerichte zuständig sein können. Es hat indes ausdrücklich offengelassen,¹³² ob die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte im Rahmen der Vergütungsklage – also einem aut-aut-Sachverhalt – dann eröffnet ist, wenn der Kläger schlüssig vorträgt, Arbeitnehmer zu sein, oder ob das Arbeitsgericht den Status des Klägers für die Frage der Zuständigkeit im Falle des Be-

125 BAG 26.10.2012, 10 AZB 60/12, NZA 2013, 54, 55; BAG 4.2.2013, 10 AZB 78/12, NZG 2013, 351, 352; LAG Rheinland-Pfalz 28.6.2012, 3 Ta 72/12, NZG 2012, 1227, 1228; Baumbach/Hueck-Zöllner/Noack, § 35 Rn. 179.

126 Aktueller Überblick bei *Boemke*, RdA 2018, 1, 21; zur Rechtswegzuständigkeit im Falle der Drittanstellung vgl. OLG Hamburg 22.3.2013, 11 U 27/12, NZG 2013, 831; *Winstel*, EWiR 2013, 459, 460.

127 BAG 8.9.2015, 9 AZB 21/15, NZA 2015, 1342, 1343 f.

128 Vgl. dazu *Moll-Reiserer*, § 8 Rn. 1; *Klasen*, BB 2013, 1849 ff.

129 LAG Sachsen 18.3.2015, 4 Ta 300/14 (6), BeckRS 2015, 68455.

130 BAG 24.4.1996, 5 AZB 25/95, BB 1996, 1512; *Moll-Reiserer* § 8 Rn. 2; *Reinfelder*, RdA 2016, 87, 96.

131 BAG 8.9.2015, 9 AZB 21/15, NZA 2015, 1342, 1343 f.

132 BAG 10.12.1996, 5 AZB 20/96, BB 1997, 998, 999; BAG 8.9.2015, 9 AZB 21/15, NZA 2015, 1342, 1343 f.

streitens der beklagten GmbH notfalls durch **Beweiserhebung** klären muss.¹³³ Eine Antwort auf diese vom BAG immer wieder offengelassene Frage hat sich bislang, insbesondere bei den Landesarbeitsgerichten, nicht herausgebildet. Die wohl überwiegende Ansicht scheint dabei gleichwohl davon auszugehen, dass in aut-aut-Fällen wie der Vergütungsklage zwar die bloße Behauptung einer Arbeitnehmereigenschaft nicht ausreicht, wohl aber der **schlüssige Prozessvortrag**; einer Beweiserhebung im Falle des Bestreitens der beklagten GmbH soll es hingegen nicht bedürfen.¹³⁴ Diese Ansicht erleichtert abberufenen Geschäftsführern im Falle von Vergütungsstreitigkeiten den Zugang zu den Arbeitsgerichten deutlich.¹³⁵

Wollen die GmbH und der Geschäftsführer für Vergütungsstreitigkeiten die Zuständigkeit der staatlichen Gerichte insgesamt ausschließen, können sie nach allgemeiner Meinung im Anstellungsvertrag oder im Zusammenhang mit einer konkreten Streitigkeit¹³⁶ die Zuständigkeit eines **Schiedsgerichts** vereinbaren (§ 1029 Abs. 1 ZPO).¹³⁷ Nachdem zumindest der Fremdgeschäftsführer nach überwiegender Meinung Verbraucher im Sinne des § 13 BGB ist,¹³⁸ sollten die Parteien sich vorsorglich nicht auf eine **Schiedsklausel** im Anstellungsvertrag verlassen, sondern die für Verbraucher geltenden Schutzvorschriften des § 1031 Abs. 5 ZPO einhalten. Die Schiedsklausel sollte demnach in einer gesonderten, eigenhändig von beiden Parteien unterzeichneten Urkunde enthalten sein (§ 1031 Abs. 5 Satz 1 ZPO) und neben der Schiedsabrede keine weiteren Vereinbarungen darin aufnehmen (§ 1031 Abs. 5 Satz 3 ZPO).

Eine in der **Satzung** der GmbH vereinbarte Schiedsklausel schließt demgegenüber auch im Falle eines Gesellschafter-Geschäftsführers nicht den Zugang zu den staatlichen Gerichten für die anstellungsvertragliche Vergütungsstreitigkeit aus.¹³⁹

133 Zum Streitstand vgl. ErfK-Koch, § 2 ArbGG Rn. 38; Moll-Reiserer, § 8 Rn. 2; Stagat, NZA 2015, 193, 197.

134 Darstellung bei Reinfelder, RdA 2016, 87, 96; Jaeger, NZA 1998, 961, 962 (der die „Beweiserhebungstheorie“ als herrschend bezeichnete); offengelassen stets vom BAG, zuletzt BAG 10.12.1996, 5 AZB 20/96, BB 1997, 998, 999; a. A. – Beweiserhebung erforderlich – der BGH 27.10.2009, VIII ZB 42/08, BGHZ 183, 49, 52 (zum Handelsvertreter).

135 Ausführliche Darstellung der Rechtsprechung bei Stagat, NZA 2015, 193, 197f.

136 Ein Ad-hoc-Schiedsgericht liegt vor, wenn das Schiedsgericht für den individuellen Streitfall ohne Rückgriff auf eine Schiedsorganisation konstituiert wird. Zum Ablauf eines Ad-hoc-Schiedsverfahrens eingehend Lörcher/Lörcher, SchiedsVZ 2005, 179 ff.

137 Ulmer/Habersack/Löbbe-Paefgen, § 35 Rn. 314.

138 Zur Verbrauchereigenschaft des Fremdgeschäftsführers BAG 19.5.2010, 5 AZR 253/09, BB 2010, 2439 m. Anm. Ley; MüKoBGB-Micklitz, § 13 Rn. 49.

139 Vgl. etwa Umbeck, SchiedsVZ 2009, 143, 146.

Kapitel 8

Die Vergütung von Vorständen börsennotierter Aktiengesellschaften

Schrifttum: *Annuß/Theusinger*, Das VorstAG – Praktische Hinweise zum Umgang mit dem neuen Recht, BB 2009, 2434; Arbeitskreis Externe und Interne Überwachung der Unternehmen (AKEIÜ) der Schmalenbach-Gesellschaft für Betriebswirtschaft e. V., Die Zukunft des Deutschen Corporate Governance Kodex, DB 2016, 395; *Bauer/Arnold*, Festsetzung und Herabsetzung der Vorstandsvergütung nach dem VorstAG, AG 2009, 717; *Beiner/Braun*, Der Vorstandsvertrag: Bestellung und Anstellungsvertrag der Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft, 2. Aufl. 2014; *Bosse*, Handbuch der Vorstandsvergütung, 2. Aufl. 2015; *Diekmann/Punte*, Aktuelles zu Drittanstellung, Drittvergütung und Haftung von Mitgliedern des AG-Vorstands, WM 2016, 681; *Doetsch*, Veränderte Anforderungen an Gestaltung und Publizität von Vorstands-Pensionszusagen, AG 2010, 465; *Dreher*, Change of control-Klauseln bei Aktiengesellschaften, AG 2002, 214; *Eisenschmidt/Bilgenroth*, Zur praktischen Umsetzung des Deutschen Corporate Governance Kodexes – eine empirische Analyse der Unternehmen des HDAX und SDAX, DStR 2016, 551; *Fleischer*, Das Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG), NZG 2009, 801; *Gefßler*, AktG, Stand: 70. EL 2013; *Goj*, Die Feststellung betragsmäßiger Höchstgrenzen der Vorstandsvergütung nach Ziff. 4.2.3 Abs. 2 Satz 6 DCGK, AG 2015, 173; *Heidel*, Aktienrecht und Kapitalmarktrecht, 4. Aufl. 2014; *Hirte/Mülbert/Roth*, Aktiengesetz, Großkommentar, 5. Aufl. 2015; *Hoffmann-Becking/Krieger*, Leitfaden zur Anwendung des Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG), NZG-Beil. 2009, 1; *Hüffer/Koch*, Aktiengesetz, 13. Aufl. 2018; *Ihrig/Wandt/Wittgens*, Die angemessene Vorstandsvergütung drei Jahre nach Inkrafttreten des VorstAG, ZIP 2012, Beilage zu Heft 40, 1; *Jooß*, Die Drittanstellung des Vorstandsmitglieds einer AG, NZG 2011, 1130; *van Kann/Keiloweit*, Das neue Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung: Wichtige Reform oder viel Lärm um nichts?, DStR 2009, 1587; *Kremer* u. a., Deutscher Corporate Governance Kodex, 7. Aufl. 2018; *Kort*, NZG 2006, 131; *Louven/Ingwersen*, Wie nachhaltig muss die Vorstandsvergütung sein?, BB 2012, 1220; *Marsch-Barner/Schäfer*, Handbuch börsennotierte AG, 4. Aufl. 2018; *Reuter*, Die aktienrechtliche Zulässigkeit von Konzernanstellungsverträgen, AG 2011, 274; *Moll*, Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, 4. Aufl. 2017; *Röttgen/Kluge*, Nachhaltigkeit bei Vorstandsverträgen, NJW 2013, 900; *Säcker/Stenzel*, Das zivilrechtliche Schicksal von gegen § 87 Abs. 1 AktG verstoßenden Vergütungsvereinbarungen, JZ 2006, 1151; *von Schenck*, Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder, 4. Aufl. 2013; *Schmidt-Bendun*, Die Empfehlungen des Deutschen Corporate Governance Kodex zur Vorstandsvergütung – erste Antworten aus der Praxis auf neue Zweifelsfragen, AG 2014, 177; *K. Schmidt/Lutter* (Hrsg.), AktG, 3. Aufl. 2015; *Schuster*, Clawback-Klauseln – probates Mittel zukunftsgerichteter Gestaltung von Bonus-Vereinbarungen, in: Baeck/Hauck/Preis/Rieble/Röder/Schunder (Hrsg.), Festschrift für Jobst-Hubertus Bauer, 2010, S. 973; *Sünner*, Der Ausweis betragsmäßiger Höchstgrenzen der Vorstandsvergütung nach Ziff. 4.2.3 Abs. 2 Satz 6 DCGK, AG 2014, 115; *Traugott/Grün*, Finanzielle Anreize für Vorstände börsennotierter Aktiengesellschaften bei Private Equity-Transaktionen, AG 2007, 761; *Werder/Turkali*, Corporate Governance Report 2015: Kodexakzeptanz und Kodexanwendung, DB 2016, 1357; *Wettich*, Vorstandsvergü-

Kap. 8 Die Vergütung von Vorständen börsennotierter Aktiengesellschaften

tung: Bonus-Malus-System mit Rückforderungsmöglichkeit (claw back) und Reichweite des Zuständigkeitsvorbehalts zugunsten des Aufsichtsratsplenums, AG 2013, 374.

Übersicht

Rn.	Rn.
I. Vorgaben für die Vorstandsvergütung 1	4. Das Gebot der Nachhaltigkeit 34
II. Festsetzung der Vorstandsvergütung 3	a) Einzelne Bestandteile der Gesamtbefugnisse 36
III. Inhaltliche Vorgaben für die Vorstandsvergütung 10	aa) Monetäre variable Vergütung 36
1. Das Gebot der Angemessenheit 11	bb) Share Ownership Guidelines 44
a) Bezugspunkt „Gesamtbefugnisse“ 15	cc) Aktienoptionen 45
b) Kriterien der Angemessenheit 18	dd) Phantom Stocks und ähnliche schuldrechtliche Instrumente 46
aa) Die Aufgaben des Vorstandsmitglieds . . . 19	b) Zulässigkeit reiner Fixvergütung 47
bb) Die Leistung des Vorstandsmitglieds . . . 20	c) Verhältnis von fixer und variabler Vergütung 52
cc) Die Lage der Gesellschaft 22	d) Zulässigkeit einzelner Vergütungsbestandteile mit kurzfristigen Vergütungsanreizen 53
dd) Die Üblichkeit der Vergütung 23	5. Vorgaben zur Art der Ziele . . . 61
ee) Weitere Kriterien der Angemessenheit 25	6. Höhenmäßige Begrenzung und Herabsetzung der Vorstandsvergütung 62
c) Angemessenheit von Abfindungszahlungen . . . 26	a) Höchstgrenzen (Caps) . . . 62
2. Anwendbarkeit des Angemessenheitsgebots bei Leistungen Dritter 30	b) Begrenzungsmöglichkeit bei außerordentlichen Entwicklungen 66
3. Folgen der Festsetzung unangemessener Vergütung 32	c) Herabsetzung der Befugnisse durch den Aufsichtsrat . . . 67
a) Haftung der Aufsichtsratsmitglieder 32	IV. Transparenz der Vorstandsvergütung: Offenlegung 73
b) Unwirksamkeit dienstvertraglicher Vergütungsklauseln bei unangemessener Vergütung? 33	

I. Vorgaben für die Vorstandsvergütung

- 1 Die Finanzmarktkrise 2007/2008 hat auch für Aktiengesellschaften, die nicht als Kredit- und Finanzdienstleistungsinstitute i. S. d. §§ 1 Abs. 1b, 53 Abs. 1 KWG den strengerer Regelungen des Kreditwesengesetzes (KWG) und der Instituts-

vergütungsverordnung (InstVergV) unterfallen, zu strengeren Vorgaben für Vergütungsanreize der höchsten Führungsebene geführt und gleichzeitig die öffentliche Wahrnehmung der Einhaltung entsprechender gesetzlicher Regelungen (Vergütungs-Compliance) geschärft. Mit dem **Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG)**,¹ das zum 5.9.2009 in Kraft trat, sollten „Lehren aus der Finanzmarktkrise“ gezogen, Fehlanreize durch kurzfristig angelegte Vergütungsparameter verhindert und so die Ausrichtung auf eine nachhaltige Unternehmensentwicklung sichergestellt werden.² Umgesetzt wurde dies insbesondere durch eine Erweiterung der Kriterien des Aktiengesetzes (AktG), die der Aufsichtsrat bei der Festsetzung der individuellen Vorstandsbezüge gemäß § 87 Abs. 1 AktG zu beachten hat. Zugleich wurden mit dem VorstAG Mechanismen geschaffen oder verfeinert, die die Effektivität der (erweiterten) Vorgaben des AktG für die Vergütungsfestsetzung sicherstellen sollen. So wurde in § 93 Abs. 2 Satz 3 AktG ein zwingender Mindestselbstbehalt von 10 % beim Abschluss von D&O-Versicherungen für Vorstandsmitglieder (nicht: Aufsichtsratsmitglieder) aufgenommen.³ Die Nachhaltigkeit der Vergütung wird zugleich dadurch sichergestellt, dass die „Kann“-Vorschrift des § 87 Abs. 2 AktG zur nachträglichen Herabsetzung der Vorstandsbezüge im Falle einer Verschlechterung der Lage der Gesellschaft (zuvor: „wesentlichen“ Verschlechterung), die die Gewährung der zunächst festgesetzten Bezüge unbillig erscheinen lassen würde (zuvor: „schwere“ Unbilligkeit), in eine „Soll“-Vorschrift gewandelt wurde (zuvor: „so ist der Aufsichtsrat berechtigt“), sodass im Falle der Unbilligkeit „nur [noch] bei Vorliegen besonderer Umstände [. . .] von einer Herabsetzung abgesehen“⁴ werden kann (s. Rn. 67f.). Gleichzeitig wurde in § 116 AktG durch einen neuen Satz 3 (deklaratorisch) klargestellt, dass der Aufsichtsrat im Falle der Festsetzung unangemessener Vergütung i. S. d. § 87 Abs. 1 AktG auf Schadensersatz haftet (s. Rn. 32).⁵ Dem korrespondiert die Erweiterung der nicht aus dem

1 Entwurf eines Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) vom 17.3.2009, BT-Drs. 16/12278; verkündet BGBl. I Nr. 50 vom 4.8.2009, S. 2509.

2 Entwurf eines Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) vom 17.3.2009, BT-Drs. 16/12278, S. 1.

3 Der Gesetzgeber hat mit dem VorstAG bewusst keine gesetzliche Verpflichtung geschaffen, auch bei Aufsichtsräten zwingend einen Selbstbehalt vorzusehen, sondern sich auf den Standpunkt gestellt, diese Frage könne dem DCGK überlassen bleiben, vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses (6. Ausschuss) zu dem Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD Drucksache 16/12278 – Entwurf eines Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG), BT-Drs. 16/13433 vom 17.6.2009, S. 11 f.

4 Vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses (6. Ausschuss) zu dem Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD Drucksache 16/12278 – Entwurf eines Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG), BT-Drs. 16/13433 vom 17.6.2009, S. 10.

5 Zu der Frage, ob diese Haftung auf eine Verletzung des Angemessenheitsgebots beschränkt ist, oder aufgrund des Verweises auf den gesamten § 87 Abs. 1 AktG auch die

Kap. 8 Die Vergütung von Vorständen börsennotierter Aktiengesellschaften

Aufsichtsratsplenum in Ausschüsse delegierbaren Aufgaben um die Festsetzung der Vorstandsvergütung in § 107 Abs. 3 Satz 3 AktG. Zugleich wurde in § 120 Abs. 4 Satz 1 AktG als weiteres Kontrollinstrument das Recht eingeräumt, über die Vorstandsvergütung in der Hauptversammlung Beschluss zu fassen (sog. „say on pay“) (s. Rn. 9). Um im Sinne von Nachhaltigkeit i.w.S. und Transparenz im Falle eines Wechsels eines Mitglieds des Vorstands in den Aufsichtsrat derselben börsennotierten Gesellschaft dem Anschein entgegenzuwirken, dass das ehemalige Vorstandsmitglied als Mitglied des Aufsichtsrats die Aufarbeitung von Unregelmäßigkeiten oder Korrektur von strategischen Fehlentscheidungen des Vorstands aus der eigenen Vorstandszeit be- oder verhindern könne, wurde schließlich mit dem VorstAG eine grundsätzlich zweijährige Karenzzeit für ehemalige Vorstände vor dem Wechsel in den Aufsichtsrat eingeführt,⁶ die nur dann nicht gilt, wenn das Aufsichtsratsmitglied auf Aktionärsvorschlag, der eines Quorums von 25% der Stimmen bedarf, gewählt wird. Um die Transparenz weiter zu erhöhen, wurden schließlich die Pflichtangaben im Anhang zur Bilanz/Gewinn- und Verlustrechnung für börsennotierte Gesellschaften in § 285 Ziff. 9 lit. a Satz 6 Handelsgesetzbuch (HGB) erweitert – im Wesentlichen um die Angabe von Leistungen, die dem Vorstand hinsichtlich der Beendigung seiner Tätigkeit zugesagt sind.

- 2 Zu den Vorschriften des AktG kommen die Empfehlungen und Anregungen des **Deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK)**. Der DCGK wurde im Jahr 2002 zur Steigerung von Nachvollziehbarkeit und Transparenz des deutschen Corporate Governance Systems für nationale und internationale „Stakeholder“ (Anleger, Kunden, Mitarbeiter, Öffentlichkeit) eingeführt.⁷ Zugleich lassen jedoch Regelungen, die über das AktG hinausgehen, das Ziel einer verhaltenssteuernden Wirkung erkennen („international und national anerkannte Standards guter und verantwortungsvoller Unternehmensführung“).⁸ **Regelungsadressaten des DCGK** sind börsennotierte Gesellschaften und solche mit Kapitalmarktzugang i. S. d. § 161 Abs. 1 Satz 2 AktG. Die Regierungskommission DCGK will den Kodex jedoch auch als Handlungsempfehlung für nicht kapital-

Nichtbeachtung des Nachhaltigkeitsgebots umfasst, *Röttgen/Kluge*, NJW 2013, 900, 904 f., die jedoch völlig zurecht auch darauf hinweisen, dass es sich im Ergebnis angesichts des dem Aufsichtsrat zugebilligten, weiten Ermessensspielraums (Business Judgment Rule) und der bei börsennotierten Gesellschaften in der Praxis der letzten Jahre der Nachhaltigkeit insgesamt regelmäßig zugemessenen Bedeutung bei Haftungsfällen um seltene Ausnahmefälle handeln dürfte.

6 Vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses (6 Ausschuss) zu dem Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD Drs. 16/12278 – Entwurf eines Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG), BT-Drs. 16/13433 vom 17.6.2009, S. 11.

7 DCGK, 1 Präambel, S. 1.

8 DCGK, 1 Präambel, S. 1.

marktorientierte Gesellschaften verstanden wissen.⁹ Von Empfehlungen („Sollen“) kann grundsätzlich nicht ohne jährliche Offenlegung abgewichen werden, § 161 Abs. 1 AktG („comply or explain“-Grundsatz¹⁰), bei bloßen Anregungen („Sollte“) dagegen ist eine solche Offenlegung nicht erforderlich.¹¹ Jährlich vom Berlin Center of Corporate Governance der TU Berlin veröffentlichte Studien zur Einhaltung der Vorgaben des Kodex zeigen bei insgesamt hoher und gestiegener Befolgungsrate (86,2% bei in Frankfurt am Main notierten Unternehmen in 2015) durchaus erhebliche Abweichungen hinsichtlich der Umsetzung der einzelnen Empfehlungen des Abschnitts 4 des DCGK zur Vorstandsvergütung in der Praxis:¹² So steht etwa im Jahr 2015 einer Befolgungsrate von 100% hinsichtlich der Aufteilung der Vergütung in fixe und variable Bestandteile (E13; Ziffer 4.2.3 Abs. 2 Satz 2 DCGK) eine Akzeptanzquote von 79,2% hinsichtlich des doppelten Abfindungscaps (E26; Ziffer 4.2.3 Abs. 4 Satz 1 DCGK) gegenüber. Geringere Akzeptanzzraten erzielen bislang auch die auf eine Steigerung der Transparenz gerichteten Empfehlungen zur Veröffentlichung der erreichbaren Maximal- und Minimalvergütung bei Gewährung variabler Vergütungsbestandteile sowie die Empfehlungen hinsichtlich der Angaben zum Zufluss von kurzfristigen und langfristigen variablen Vergütungsbestandteilen im Vergütungsbericht.¹³

II. Festsetzung der Vorstandsvergütung

Über die individuelle Vorstandsvergütung hat das **Aufsichtsratsplenum** zu beschließen. Die bis 2009 übliche Delegation des Beschlusses an einen Ausschuss ist seit der Erweiterung des Katalogs der nicht-delegierfähigen Aufgaben in § 107 Abs. 3 Satz 3 AktG durch das VorstAG nicht mehr möglich. Zweck dieser Änderung war eine Verbesserung der Transparenz der Vorstandsvergütungssysteme.¹⁴ **3**

Dieser Zielsetzung widerspricht es nicht, wenn dem Personalausschuss weiterhin die **Verhandlung über Abschluss, Änderung und Beendigung von** **4**

⁹ DCGK, 1 Präambel, S. 2.

¹⁰ Zur Herkunft des Comply or Explain-Prinzips vgl. Arbeitskreis Externe und Interne Überwachung der Unternehmung (AKEIÜ) der Schmalenbach-Gesellschaft für Betriebswirtschaft e. V., DB 2016, 395, 396 m. w. N.

¹¹ DCGK, 1 Präambel, S. 2.

¹² *Werder/Turkali*, DB 2016, 1357, 1359 ff.

¹³ Vgl. die Befolgungsraten für E33 (4.2.5 Abs. 3 Satz 1 Spiegelstr. 1 HS 2 DCGK), E35 (4.2.5 Abs. 3 Satz 1 Spiegelstr. 2 HS 2 DCGK) und E36 (4.2.5 Abs. 3 Satz 1 Spiegelstr. 2 HS 2 DCGK) in 2015 bei *Werder/Turkali*, DB 2016, 1357, 1361 und 1363 nach Adjustierung.

¹⁴ Vgl. die Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) vom 17.3.2009, BT-Drs. 16/12278, S. 6.

Kap. 8 Die Vergütung von Vorständen börsennotierter Aktiengesellschaften

Vorstandsdienstverträgen übertragen bleibt.¹⁵ Auch die Details der Vergütungsgestaltung können **weiterhin im Personalausschuss verhandelt** werden.¹⁶ Nicht nur geht Ziffer 4.2.2.2 Satz 2 DCGK davon aus, dass ein etwaiger Ausschuss dem Plenum „seine Vorschläge“ zur Vorstandsvergütung vorlegt. Auch die Gesetzesbegründung zum VorstAG unterscheidet zwischen Beschluss und Vorbereitung des Beschlusses und misst dem Personalausschuss weiterhin eine „vorbereitende Funktion“ bei.¹⁷

- 5 Teilweise wird davon ausgegangen, dass es auch nach Inkrafttreten des VorstAG ausreiche, wenn sich das Plenum in seinen Beratungen auf die wesentlichen Vergütungselemente beschränkt.¹⁸ Ob es darüber hinaus möglich ist, den Aufsichtsrat auch insoweit zu entlasten, dass das Plenum nur über die wesentlichen vergütungsrelevanten Regelungen **beschließt**, der Personalausschuss jedoch weiterhin sonstige Vergütungsentscheidungen (etwa zur D&O-Versicherung, Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, Sachbezüge) trifft, bleibt Gegenstand der Diskussion.¹⁹ Relevant wird die Frage beispielsweise auch bei der mitbestimmten und drittelmitbestimmten AG, da weder § 103 Abs. 3 AktG noch DrittelbG oder MitbestG eine Regelung dazu enthalten, wie der Personalausschuss zu besetzen ist. Das Plenum kann jedoch Ausschüsse mit einfacher Mehrheit einsetzen. Nicht notwendig sind deshalb Arbeitnehmervertreter im selben Ausmaß im Personalausschuss repräsentiert wie im Aufsichtsratsplenum. Es besteht kein Anspruch auf Besetzung entsprechend der Verhältnisse im Plenum, vielmehr bildet die Untergrenze das Urteil des BGH v. 17.5.1993:²⁰ Der völlige Ausschluss der Arbeitnehmervertreter aus erledigenden Ausschüssen ohne sachlichen Grund stellt eine unzulässige Diskriminierung dar.
- 6 Die sichere Vorgehensweise dürfte sein, das Aufsichtsratsplenum über alle vergütungsrelevanten Regelungen des Dienstvertrags und von Nebenabreden, einschließlich etwa auch jährlicher Zielvereinbarungen, beschließen zu lassen.²¹

15 Vgl. v. Schenck-Gittermann, § 6 Rn. 124.

16 Ebenso Marsch-Barner/Schäfer-Arnold/Günter, Handbuch börsennotierte AG, § 20 Rn. 20 m. w. N.

17 Vgl. die Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) vom 17.3.2009, BT-Drs. 16/12278, S. 6.

18 Vgl. etwa Fleischer, NZG 2009, 801, 804.

19 Vgl. hierzu ausführlich Wettich, AG 2013, 374, 378 ff. m. w. N. Dafür wohl Hölters-Hambloch-Gesinn, § 107 Rn. 100 m. w. N. („Es erscheint jedoch ausreichend, wenn das Plenum die wesentlichen wirtschaftlichen Eckdaten diskutiert und beschließt.“); van Kann/Keilweit, DStR 2009, 1587, 1590; a. A. Spindler/Stilz-Spindler, § 107 Rn. 126; MüKoAktG-Habersack, § 107 Rn. 150 m. w. N.; Beiner/Braun, Der Vorstandsvertrag, Rn. 257.

20 BGH 17.5.1993, II ZR 89/92, NJW 1993, 2307, 2311.

21 So auch Wettich, AG 2013, 374, 378; MüKoAktG-Habersack, § 107 Rn. 150 m. w. N. (umfassende Zuständigkeit des Plenums); Spindler/Stilz-Spindler, § 107 Rn. 126 (umfassende Zuständigkeit des Plenums, einschließlich hinsichtlich sog. appreciation

Hierfür spricht, dass der Gesetzgeber mit der Änderung des § 107 Abs. 3 Satz 3 AktG „deutlich über die Empfehlung des [DCGK] hinaus[gehen]“ wollte,²² und es, etwa auch entgegen der Stellungnahme des Deutschen Anwaltsvereins, der unter Hinweis auf Kapazitätsgrenzen und einen möglichen Autoritätsverlust des Aufsichtsrats eine Begrenzung des Plenumsvorbehalts zumindest auf den Regelungsgehalt des DCGK gefordert hatte, abgelehnt hat, den § 107 Abs. 3 Satz 3 AktG einzuschränken.²³ Da gemäß § 116 i. V. m. § 87 Abs. 1 Satz 1 AktG die Beweislast für die Angemessenheit der Vorstandsvergütung das Aufsichtsratsmitglied trifft, empfiehlt sich überdies die (gerichts feste) Dokumentation der Befassung und Begründung der individuellen Vorstandsvergütung. Regelungen des Dienstvertrages oder von Nebenabreden ohne Vergütungsrelevanz können nach wie vor vom Personalausschuss abgeschlossen werden, da sich der Verweis des § 107 Abs. 3 Satz 3 AktG auf § 87 AktG gerade nicht auf § 84 Abs. 3 Satz 5 AktG erstreckt.²⁴ Ebenso kann dem Personalausschuss die Ausführung der Beschlüsse des Plenums zu vergütungsrelevanten Regelungen überlassen bleiben, soweit sich dies etwa auf Berechnungen der Höhe beschränkt, nicht aber eigenen Entscheidungsspielraum belässt.²⁵

Auch Änderungen vergütungsrelevanter Regelungen sind damit grundsätzlich vom Plenum zu beschließen.²⁶ Aufgrund der umfassenden Verweisung des § 107 Abs. 3 Satz 3 AktG auf § 87 Abs. 1 Satz 1 AktG dürfte dies für Klauseln zu sämtlichen Bestandteilen der weit gefassten „Gesamtbezüge“ gelten (vgl. zum Begriff Gesamtbezüge Rn. 15 ff.).²⁷

Bei der Festsetzung der Vorstandsvergütung kommt dem Aufsichtsrat ein **weites Ermessen** zu.²⁸

awards und lediglich Delegation bloßer Ausführungshandlungen ohne Entscheidungsspielraum).

22 Vgl. die Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) vom 17.3.2009, BT-Drs. 16/12278, S. 6.

23 Vgl. die Stellungnahme des Deutschen Anwaltsvereins durch den Handelsrechtsausschuss zum Entwurf eines Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG), Stellungnahme 32/2009, April 2009, Rn. 23 f., abrufbar unter anwaltsverein.de.

24 Vgl. Spindler/Stilz-Spindler, § 107 Rn. 127; MüKoAktG-Habersack, § 107 Rn. 150.

25 Vgl. MüKoAktG-Habersack, § 107 Rn. 150; Hölters-Hambloch-Gesinn, § 107 Rn. 100; Annuß/Theusinger, BB 2009, 2434, 2439.

26 Vgl. Wettich, AG 2013, 374, 374.

27 Zu Fragen des Bestandsschutzes vgl. Ihrig/Wandt/Wittgens, ZIP 2012, Beilage zu Heft 40, 1, 6 f. m. w. N.

28 BGH, Urt. v. 21.12.2005, 3 StR 470/04, NJW 2006, 522, 523: „[...] beinhaltet nicht jede Vergütungsentscheidung des Präsidiums, die im Ergebnis zu einer Schädigung der Aktiengesellschaft führt, eine Pflichtverletzung. Denn auch hierbei handelt es sich um unternehmerische Führungs- und Gestaltungsaufgaben, für die in der Regel ein weiter Beurteilungs- und Ermessensspielraum eröffnet ist. Die Anerkennung eines solchen weiten Handlungsspielraums findet ihre Rechtfertigung darin, dass unternehmerische

- 9 Die **Hauptversammlung der börsennotierten Aktiengesellschaft** kann gemäß § 120 Abs. 4 Satz 1 AktG zwar über die Billigung des Systems der Vorstandsvergütung Beschluss fassen („say on pay“), Rechte und Pflichten erwachsen hieraus jedoch nicht, § 120 Abs. 4 Satz 2 AktG. Es bleibt bei der Zuständigkeit und Verantwortlichkeit des Vorstands gemäß § 87 Abs. 1 AktG.²⁹

III. Inhaltliche Vorgaben für die Vorstandsvergütung

- 10 Vorstandsvergütung muss angemessen (s. Rn. 11 ff.), nachhaltig (s. Rn. 34 ff.) und transparent (s. Rn. 73 ff.) sein.

1. Das Gebot der Angemessenheit

- 11 Das Gebot der Angemessenheit ist in § 87 Abs. 1 Satz 1 AktG normiert. Danach hat der Aufsichtsrat bei der Festsetzung der „Gesamtbezüge“ dafür zu sorgen, dass diese in einem angemessenen Verhältnis zu den Aufgaben und den Leistungen des jeweiligen Vorstandsmitglieds sowie zur Lage der Gesellschaft stehen und die übliche Vergütung nicht ohne besondere Gründe übersteigen. Bereits aus dem Bezug zu Leistung und Aufgaben ergibt sich, dass die Angemessenheit für **jedes Vorstandsmitglied gesondert zu bestimmen ist**.
- 12 Die Praxis wird hiermit vor erhebliche Schwierigkeiten gestellt, die zum verstärkten Einsatz **externer Vergütungsberater** führen, wenngleich dieser grundsätzlich weder verpflichtend ist,³⁰ noch den Aufsichtsrat umgekehrt von seiner Verantwortlichkeit entbindet (insbesondere bleibt es bei der Beweislastverteilung des § 116 Abs. 3 Satz 3 i.V. m. § 87 Abs. 1 Satz 1 AktG). Gemäß Ziffer 4.2.2 Abs. 3 DCGK hat der Aufsichtsrat im Falle der Einschaltung eines solchen Beraters auf dessen Unabhängigkeit vom Unternehmen zu achten.
- 13 Schon aufgrund der individuellen Aufgaben- und Leistungsbezogenheit des Angemessenheitsgebots dürfte es trotz des Bedürfnisses nach Vereinfachung von Entscheidungsprozessen schwierig sein, bereits in der **Satzung der Aktiengesellschaft detaillierte Kriterien für die Angemessenheit festzulegen**, die län-

Entscheidungen regelmäßig auf Grund einer zukunftsbezogenen Gesamtabwägung von Chancen und Risiken getroffen werden müssen, die wegen ihres Prognosecharakters die Gefahr erst nachträglich erkennbarer Fehlbeurteilungen enthält. Deshalb ist eine Pflichtverletzung nicht gegeben, solange die Grenzen, in denen sich ein von Verantwortungsbewusstsein getragenes, ausschließlich am Unternehmenswohl orientiertes, auf sorgfältiger Ermittlung der Entscheidungsgrundlagen beruhendes unternehmerisches Handeln bewegen muss, nicht überschritten sind.“

29 Näher zu Hintergrund und Zweck der Einführung des § 120 Abs. 4 AktG durch das VorstAG vgl. *Fleischer*, NZG 2009, 801, 805 m. w. N.

30 Vgl. zu alledem, einschließlich zur ausnahmsweise verpflichtenden Einschaltung eines externen Vergütungsberaters Hirte/Mülbert/Roth-Kort, § 87 Rn. 111–113 m. w. N.