

1.1.2002 geschlossener Arbeitsvertrag nach dem 31.12.2001 geändert, geht die Rechtsprechung davon aus, dass der Gleichstellungszweck bei einer Bezugnahmeklausel im nachhinein ausdrücklich vereinbart werden muss,<sup>167</sup> wenn es bei einer Vertragsänderung heißt: „**Alle anderen Vereinbarungen aus dem Anstellungsvertrag [bleiben] unberührt**“.<sup>168</sup> Entsprechendes gilt für die Abrede: „**Die bei der Änderung nicht genannten Regelungen gelten weiter**“.<sup>169</sup> Mit solchen Formulierungen werde laut BAG zum Ausdruck gebracht, dass bei einem Änderungsangebot auch die nicht geänderten Vertragsklauseln geprüft und für gut gefunden wurden. Hätten die Parteien nach dem Inkrafttreten der Schuldrechtsreform etwas anderes gewollt, zB. dass eine Bezugnahme auch weiterhin nur für den Fall einer Tarifgebundenheit des Arbeitgebers bestehen sollte, hätten sie das ausdrücklich vereinbaren müssen.<sup>170</sup> Werde eine solche Umformulierung unterlassen, komme es mit der Vertragsänderung zu einer dynamischen Fortwirkung der bisherigen Tarifverträge.<sup>171</sup>

Denkbar wäre auch, eine zeitdynamische Bezugnahmeklausel so auszulegen, dass sie nach einem Betriebsübergang auf die dann beim Erwerber geltenden Tarifverträge verweist. Die Voraussetzungen dafür sind allerdings hoch. Nach der Rechtsprechung lässt sich eine kleine dynamische Bezugnahmeklausel nur dann als „**Tarifwechselklausel**“ **interpretieren**, wenn dafür besondere Umstände sprechen.<sup>172</sup> Solche besonderen Umstände sind schon deshalb erforderlich, weil man auch ausdrücklich vereinbaren könnte, dass das Arbeitsverhältnis den für den Betrieb jeweils anzuwendenden „einschlägigen“ Tarifverträgen unterstellt wird.<sup>173</sup> Fehlt es daran, bleibt es auch bei einem Branchenwechsel bei der Verweisung auf den bisherigen Tarifvertrag, und zwar in seiner jeweiligen Fassung.<sup>174</sup> Wurde beim Veräußerer auf die Tarifverträge einer bestimmten Branche verwiesen, sind darunter (nur) die jeweiligen Flächentarifverträge zu verstehen, nicht aber auch die bei ihm geltenden Haustarifverträge, und erst recht nicht solche, die beim Erwerber gelten.<sup>175</sup> 54

Diskutiert wird schließlich, ob sich Bezugnahmeklausel durch beim Erwerber geltende **Betriebsvereinbarungen ablösen lassen**.<sup>176</sup> Das ist schon deshalb 55

167 BAG 27.3.2018, 4 AZR 208/17, NZA 2018, 1264 Rn. 24 m. w. N.

168 BAG 7.12.2016, 4 AZR 414/14, NZA 2017, 597.

169 BAG 21.10.2015, 4 AZR 649/14, AP TVG § 1 Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 134.

170 BAG 27.3.2018, 4 AZR 208/17, NZA 2018, 1264 Rn. 31.

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

172 BAG 25.9.2002, 4 AZR 294/01, NZA 2003, 807, 808.

173 BAG 30.8.2000, 4 AZR 581/99, NZA 2001, 510.

174 BAG 25.9.2002, 4 AZR 294/01, NZA 2003, 807, 809.

175 BAG 11.7.2018, 4 AZR 533/17, NZA 2018, 1486 Rn. 23 ff.

176 *Busch/Gerlach*, BB 2018, 1780, 1782; *Hohenstatt*, FS Willemsen, S. 187, 194; *Neufeld/Flockenhaus*, BB 2016, 2357, 2358; *Ubber/Massig*, BB 2017, 2230, 2236; *Wahlig/Brune*, NZA 2018, 221, 223; *Wißmann/Niklas*, NZA 2017, 697, 701.

## Kap. 22 Vergütungsordnungen beim Betriebsübergang

problematisch, weil zwischen Einzel- und Kollektivvertrag das Günstigkeits- und nicht das Ablöseprinzip gilt.<sup>177</sup> Anderes gilt nur dann, wenn die im Einzelvertrag getroffenen Abreden „betriebsvereinbarungsoffen“ ausgestaltet sind, d. h. einer – auch verschlechternden – Abänderung durch betriebliche Normen unterworfen wurden. Eine solche Ablösungsklausel kann ausdrücklich, aber auch konkludent getroffen werden. In seiner Entscheidung vom 5.3.2013<sup>178</sup> hatte das BAG den – sehr weitgehenden – Grundsatz aufgestellt, dass Arbeitsvertragsbedingungen „regelmäßig“ betriebsvereinbarungsoffen ausgestaltet seien, wenn sie in Allgemeinen Geschäftsbedingungen geregelt würden und einen kollektiven Bezug aufwiesen. Das hat das BAG insbesondere für durch Betriebsvereinbarung (nachträglich) eingeführte **Altersgrenzen** angenommen.<sup>179</sup> Diese Rechtsprechung ist im rechtswissenschaftlichen Schrifttum auf Ablehnung gestoßen.<sup>180</sup> **Für den Fall** einer vom Arbeitgeber einseitig vorformulierten **Bezugnahme-klausel** hat das BAG die „Betriebsvereinbarungsoffenheit“ **abgelehnt**.<sup>181</sup> Mit einer solchen Klausel hätten die Vertragsparteien den Inhalt ihres Arbeitsverhältnisses ausdrücklich den kollektiven Vereinbarungen bestimmter Tarifvertragsparteien anvertraut. Die Regelungen einer Betriebsvereinbarung sollten nach dem Willen der Arbeitsvertragsparteien deshalb nur dann zur Anwendung gelangen, wenn sie günstiger seien. Erst recht nicht könne von einer „Tarifvertragsoffenheit“ ausgegangen werden.<sup>182</sup> Ein solcher Schluss verbiete sich schon deshalb, weil Tarifnormen – anders als die Normen einer Betriebsvereinbarung – nicht „automatisch“ normativ, sondern nur im Falle beiderseitiger Tarifgebundenheit für das Arbeitsverhältnis gelten würden, und daher nicht der Vereinheitlichung der Arbeitsbedingungen im Betrieb dienen könnten. War ein Tarifvertrag kraft einzelvertraglicher Bezugnahme auf das Arbeitsverhältnis mit dem Betriebsveräußerer anwendbar, finde sein Inhalt nach § 613a Abs. 1 S. 1 BGB nach dem Betriebsübergang als Individualvertragsrecht unverändert weiter Anwendung. Für eine analoge Anwendung von § 613a Abs. 1 S. 3 BGB auf Bezugnahme-klauseln sei kein Raum. Es fehle bereits an einer Gesetzeslücke, die durch eine solche Analogie geschlossen werden könnte.<sup>183</sup>

177 St. Rspr., vgl. zuletzt BAG 11.4.2018, 4 AZR 119/17, NZA 2018, 1273 Rn. 55.

178 BAG 5.3.2013, 1 AZR 417/12, NZA 2013, 916 Rn. 60.

179 BAG 5.3.2013, 1 AZR 417/12, NZA 2013, 916; BAG 21.2.2017 – 1 AZR 292/15, NZA 2017, 738.

180 Zuletzt *Creutzfeld*, NZA 2018, 1111, 1116 m. w. N zum Streitstand.

181 BAG 11.4.2018, 4 AZR 119/17, NZA 2018, 1273 Rn. 57 f.

182 BAG 16.5.2018, 4 AZR 209/15, NZA 2018, 1489 Rn. 30.

183 BAG 16.5.2018, 4 AZR 209/15, NZA 2018, 1489 Rn. 42.

**IV. Fortwirkung betrieblicher Vergütungsordnungen****1. Überblick**

Das BetrVG trifft keine ausdrückliche Bestimmung über das Schicksal von Betriebsvereinbarungen im Falle eines Betriebsübergangs. Dennoch gehen Rechtsprechung<sup>184</sup> und überwiegende Lehre<sup>185</sup> mit Recht davon aus, dass Betriebsvereinbarungen gegenüber dem neuen Inhaber eines Betriebs normativ fortwirken, wenn der **Betrieb** bei der rechtsgeschäftlichen Übernahme oder dem gesetzlichen Übergang seine **Identität bewahrt**. Auf den **Erhalt des Betriebs als organisatorischer Einheit** abzustellen – nichts anderes meint letztlich der etwas diffuse Begriff der Betriebsidentität –, macht durchaus Sinn: Betriebsvereinbarungen gelten für alle Betriebsangehörigen, selbst wenn die Betriebsparteien, die sie geschlossen hatten, nicht mehr im Amt sind. Auf die Identität der Vertragsparteien kommt es folglich nicht an. § 613a Abs. 1 S. 2 BGB findet als „Auffangregelung“ keine Anwendung.<sup>186</sup> **Anders** liegt es, wenn die **organisatorische Einheit**, für die die Betriebsvereinbarung Geltung beansprucht, durch **Stilllegung, Eingliederung usw. untergeht**. Hier ist der Betriebsvereinbarung der (örtliche) Regelungsbereich abhanden gekommen, ohne den es eine normative Geltung nicht geben kann.<sup>187</sup> Für diesen Fall ordnet § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB die Transformation der Inhaltsnormen einer Betriebsvereinbarung in das Arbeitsverhältnis an.<sup>188</sup> An diese ist der Erwerber gebunden, weil er das Arbeitsverhältnis als Ganzes übernimmt. Für die **Fortwirkung von Gesamtbetriebsvereinbarungen** gelten nach der Entscheidung des BAG vom 18.9.2002<sup>189</sup> **dieselben Grundsätze** wie für die Weitergeltung von (Einzel-)Betriebsvereinbarungen. Im Zweifel sollen auch Gesamtbetriebsvereinbarungen **normativ weitergelten, wenn bei einer Umstrukturierung die Betriebsidentität gewahrt bleibt**. Das ist nicht unproblematisch. Anders als Betriebsvereinbarungen gelten Gesamtbetriebsvereinbarungen nicht nur für einen einzelnen Betrieb, sondern für das gesamte Unternehmen oder für mehrere Betriebe.

184 BAG 18.9.2002, 1 ABR 54/01, NZA 2003, 670, 674; BAG 5.5.2015, 1 AZR 763/13, NZA 2015, 1331; BAG 24.1.2017, 1 ABR 24/15, NZA-RR 2017, 413; LAG Berlin-Brandenburg, 24.5.2018, 5 Sa 54/18, ZIP 2018, 1510.

185 BMG-Bachner, § 4 Rn. 114; Brune/Schmitz-Scholeermann, FS Willemsen, S. 65, 66; Fitting, § 77 BetrVG Rn. 167 ff.; C. Meyer, NZA 2016, 749; ErfK-Preis, § 613a BGB Rn. 114; Sieg/Maschmann, Unternehmensumstrukturierung Rn. 407; HWK-Willemsen/Müller-Bonanni, § 613a BGB Rn. 255;

186 BAG 5.5.2015, 1 AZR 763/13, NZA 2015, 1331; BAG 24.1.2017, 1 ABR 24/15, NZA-RR 2017, Fitting, § 77 BetrVG Rn. 168.

187 Kreft, FS Wißmann, 2005, S. 347, 351.

188 BAG 5.2.1991, 1 ABR 32/09, NZA 1991, 639; GK-BetrVG/Kreutz, § 77 BetrVG Rn. 390; Kreft, FS Wißmann, 2005, S. 347; Thüsing, DB 2004, 2474, 2475.

189 BAG 18.9.2002, 1 ABR 54/01, NZA 2003, 670, 674; bestätigt durch BAG 5.5.2015, 1 AZR 763/13, NZA 2015, 1331.

Scheidet ein Betrieb aus dem Unternehmen aus, kann der neue Inhaber an sich nicht mehr an eine nur für das bisherige Unternehmen gültige Regelung gebunden sein (s. Rn. 62 ff.).<sup>190</sup> Über die **Fortwirkung von Konzernbetriebsvereinbarungen** bei einer Umstrukturierung hat das BAG bislang nicht entschieden. Das Schrifttum geht überwiegend davon aus, dass die für Einzel- und Gesamtbetriebsvereinbarungen aufgestellten Grundsätze auf Konzernbetriebsvereinbarungen übertragbar sind.<sup>191</sup>

### 2. Fortwirkung von (Einzel-)Betriebsvereinbarungen

#### a) Normative Fortwirkung

- 57 Die h. M. gibt der **normativen Fortwirkung von Betriebsvereinbarungen** – wo immer das möglich ist – den Vorzug. Die Lösung über § 613a Abs. 1 S. 2–4 BGB ist dagegen subsidiär. Nichts anderes gilt bei einem Verweis auf (Einzel-) und Gesamtbetriebsvereinbarungen in einer arbeitsvertraglichen Bezugnahme-klausel. Diese hat wegen der ohnehin unmittelbaren und zwingenden Wirkung gem. § 77 Abs. 4 BetrVG nur deklaratorische Bedeutung.<sup>192</sup> Die normative Fortwirkung einer Betriebsvereinbarung kommt immer dann in Betracht, **wenn eine Umstrukturierung die Identität des Betriebs unberührt lässt**.<sup>193</sup>
- 58 Die **Betriebsidentität bleibt gewahrt**, wenn sich eine Umstrukturierung allein auf der Ebene der Gesellschafter abspielt, also **beim Share Deal**,<sup>194</sup> weil ein schlichter Gesellschafterwechsel den Rechtsträger unberührt lässt. Alle Einzelbetriebsvereinbarungen gelten normativ fort. Beim **Asset Deal** gilt dasselbe, wenn der neue Inhaber den **Betrieb im Ganzen übernimmt**.<sup>195</sup> Der „Krücke“ des § 613a BGB bedarf es folglich nicht.<sup>196</sup>
- 59 Wird **ein Betriebsteil zu einem eigenen Betrieb verselbständigt**, bleibt dessen Identität schon deshalb nicht erhalten, weil er eine eigene Leitung erhält. Nach der „Identitätslehre“ würde damit die normative Wirkung der Betriebsvereinba-

190 Rieble, NZA 2003, Beil. zu Heft 16, S. 62, 69 f.

191 BGM-Bachner, § 4 Rn. 151 11; Fitting, § 77 BetrVG Rn. 170; HWK-Willemsen/Müller-Bonanni, § 613a BGB Rn. 259; a. A. Rieble, NZA 2003, Beil. S. 62, 70.

192 BAG 11.7.2018, 4 AZR 533/17, NZA 2018, 1487 Rn. 27 m. w. N.

193 BAG 15.1.2002, 1 AZR 58/01, NZA 2002, 1034; BAG 18.9.2002, 1 ABR 54/01, NZA 2003, 670, 673.

194 Vgl. BAG 27.4.2017, 8 AZR 859/15, AP BGB § 613a Nr. 469; WHSS-Hohenstatt, E Rn. 6 ff.; MFNOS-Schwab, Kap. 7 Rn. 88.

195 BAG 28.9.1988 NZA 1989, 188; BAG 11.10.1995 NZA 1996, 495; Fitting, § 1 BetrVG Rn. 142 und § 21 BetrVG Rn. 34; WHSS-Schweibert, C Rn. 8; Richardi-Thüsing, § 21 BetrVG Rn. 28.

196 A. A. Vertreter der „Sukzeessionslehre“, vgl. Sagan, RdA 2011, 163; ihm folgend ErfK-Preis, § 613a BGB Rn. 114.

endung.<sup>197</sup> Erhielte der Betriebsteil auch noch einen anderen Inhaber, müsste § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB den Bestand der Inhaltsnormen der Betriebsvereinbarung wahren. Davon will das BAG aber nichts wissen. Vielmehr sollen nach gefestigter Rechtsprechung **die Betriebsvereinbarungen des Ausgangsbetriebs normativ weitergelten**.<sup>198</sup> Es genüge, dass Restbetrieb und Betriebsabteilung vor der Ausgliederung zumindest „teilidentisch“ gewesen seien.<sup>199</sup> Da beim Erwerber keine Betriebsvereinbarungen gölten, seien die Arbeitnehmer schutzbedürftig. Überdies sei es ein Widerspruch, dem Betriebsrat des Ausgangsbetriebs ein Übergangsmandat zu gewähren, ohne die Betriebsvereinbarungen, die er selbst geschlossen habe, fortwirken zu lassen. Dem hat sich die h.M. angeschlossen.<sup>200</sup> Freilich hat diese Ansicht mit der „Identitätslehre“, so wie sie vom BAG ursprünglich verstanden wurde, nichts mehr zu tun.<sup>201</sup>

Solange der **Betriebsrat des Restbetriebs das Übergangsmandat innehat**, ist er auch die zuständige Partei für **Änderungen** der im ausgegliederten Betriebsteil fortwirkenden Betriebsvereinbarungen. Nur ihm gegenüber können die Vereinbarungen **gekündigt** werden. **Endet sein Mandat**, lassen sich die fortwirkenden Betriebsvereinbarungen nicht mehr ändern. Dem Arbeitgeber bleibt nur, ihre Wirkung dadurch zu beenden, dass er einheitlich gegenüber allen betroffenen Arbeitnehmern des Betriebsteils die Kündigung der entsprechenden Vereinbarungen erklärt,<sup>202</sup> etwa durch Aushang am Schwarzen Brett.<sup>203</sup> Allerdings entfalten sie Nachwirkung, soweit darin Gegenstände geregelt werden, die der erzwingbaren Mitbestimmung unterliegen.<sup>204</sup>

#### *b) Transformation nach § 613a Abs. 1 S. 2 BGB*

Gliedert der Erwerber den übernommenen Betrieb in einen anderen ein, verliert der übernommene Betrieb seine Identität; damit enden die dort geltenden Betriebsvereinbarungen. Sofern im Erwerberbetrieb keine gegenstandsgleichen Betriebsvereinbarungen bestehen, werden die Betriebsvereinbarungen des übernommenen Betriebs zum Inhalt des Arbeitsvertrags (§ 613a Abs. 1 S. 2 BGB);

197 *Preis/Richter*, ZIP 2004, 935, 938 f.; *Rieble/Gutzeit*, NZA 2003, 233, 237; *Thüsing*, DB 2004, 2478.

198 BAG 18.9.2002, 1 ABR 54/01, NZA 2003, 670, 674; BAG 5.5.2015, 1 AZR 763/13, NZA 2015, 1331; BAG 24.1.2017, 1 ABR 24/15, NZA-RR 2017, 413; LAG Berlin-Brandenburg, 24.5.2018, 5 Sa 54/18, ZIP 2018, 1510.

199 *Kreft*, FS Wißmann, 2005, S. 347, 353.

200 BGM-Bachner, § 4 Rn. 123 f.; DKKW-Berg, § 77 BetrVG Rn. 99; *Fitting*, § 77 Rn. 174; GK-BetrVG/Kreutz, § 77 Rn. 377 f., 386 m. w. N.; *Kreft*, FS Wißmann, 2005, S. 347, 353; *Salamon*, RdA 2007, 153, 158.

201 HWK-Willemsen/Müller-Bonanni, § 613a BGB Rn. 256.

202 BAG 18.9.2002, 1 ABR 54/01, NZA 2003, 670, 674.

203 GK-BetrVG/Kreutz, § 77 Rn. 383.

204 S. im Einzelnen *Fitting*, § 77 BetrVG Rn. 175.

sie können jederzeit durch neue Betriebsvereinbarungen ersetzt werden, selbst wenn diese für den Arbeitnehmer ungünstiger sind.<sup>205</sup> Das ist allerdings nach der Scattolon-Entscheidung des EuGH zweifelhaft.<sup>206</sup> Danach dürfen dem Arbeitnehmer nicht „insgesamt schlechtere Arbeitsbedingungen“ als vor dem Übergang auferlegt werden.

### 3. Fortwirkung von Gesamtbetriebsvereinbarungen

#### a) Normative Fortwirkung

##### aa) Übernahme sämtlicher Betriebe

- 62 Die Rechtsprechung bejaht mit Recht die **normative Fortwirkung von Gesamtbetriebsvereinbarungen als Gesamtbetriebsvereinbarungen**, wenn der bislang „betriebsratslose“ Erwerber **sämtliche Betriebe** des Veräußerers übernimmt, die mitbestimmt sind und die deshalb einen Gesamtbetriebsrat gebildet haben.<sup>207</sup> Hier ist die normative Fortwirkung schon wegen der Amtskontinuität des Gesamtbetriebsrats sinnvoll. Überdies bestehen auch der Regelungsbereich und der überbetriebliche bzw. unternehmensweite Koordinierungsbedarf fort, die die Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats (§ 50 Abs. 1 BetrVG) beim Veräußerer begründet hatten. Außerdem unterscheidet § 77 Abs. 4 BetrVG, der die normative Wirkung von Betriebsvereinbarungen anordnet, nicht zwischen Einzel-, Gesamt- und Konzernbetriebsvereinbarungen. Dass die Regelungen ursprünglich mit einem anderen Arbeitgeber vereinbart wurden und nach dem Übergang den Bezug zu dessen Unternehmen verlieren, kann im Regelfall nicht schaden.<sup>208</sup> Die Situation ist vergleichbar mit dem Inhaberwechsel in einem einzigen Betrieb, der zur normativen Fortwirkung der Einzelbetriebsvereinbarungen führt.<sup>209</sup> Eine **Ausnahme** will das BAG allerdings dann machen, wenn der Inhalt einer bestimmten **Regelung die Zugehörigkeit zum bisherigen Unternehmen zwingend voraussetzt** und die deshalb nach dem Betriebsübergang gegenstandslos wird.<sup>210</sup> Das kann dann der Fall sein, wenn das mit der Vereinbarung verbundene Ziel nur im Unternehmen des vormaligen Arbeitgebers ver-

205 BAG 13.3.2012, 1 AZR 659/10, NZA 2012, 990.

206 EuGH 6.9.2011, C-108/10, NZA 2011, 1077, 1083 – Scattolon; Sagan, EuZA 2012, 247; Steffan, NZA 2012, 473.

207 BAG 18.9.2002, 1 ABR 54/01, NZA 2003, 670, 674; BAG 5.5.2015, 1 AZR 763/13, NZA 2015, 1331; BAG 24.1.2017, 1 ABR 24/15, NZA-RR 2017, 413, 414.

208 Das gilt natürlich erst recht bei einem Share Deal, bei dem nur die Gesellschafter des Unternehmens wechseln, der Arbeitgeber aber derselbe bleibt.

209 *Fitting*, § 77 BetrVG Rn. 169.

210 BAG 18.9.2002, 1 ABR 54/01, NZA 2003, 670, 674; BAG 5.5.2015, 1 AZR 763/13, NZA 2015, 1331; BAG 24.1.2017, 1 ABR 24/15, NZA-RR 2017, 413, 414; zustimmend Brune/Schmitz-Scholeermann, FS Willemsen, 2018, S. 65, 69 ff.

wirklicht werden kann,<sup>211</sup> wie z. B. bei einem Personalrabatt auf Waren, die nur der frühere Betriebsinhaber herstellt.<sup>212</sup>

Der Erwerber kann Gesamtbetriebsvereinbarungen nach der Betriebsübernahme gegenüber dem weiter im Amt befindlichen Gesamtbetriebsrat **kündigen** oder mit ihm **andere Regelungen vereinbaren**. Bis dahin gelten sie auch für Arbeitnehmer, die erst nach dem Betriebsübergang in das Unternehmen eintreten. Werden nach dem Betriebsübergang weitere Betriebe übernommen, gelten die Gesamtbetriebsvereinbarungen auch für die erst später hinzuerworbenen Betriebe normativ, soweit keine Überleitungsregeln getroffen wurden.<sup>213</sup> **63**

#### bb) Übernahme mehrerer oder einzelner mitbestimmter Betriebe

Wird nur ein Teil der mitbestimmten Betriebe vom bislang betriebsratlosen Erwerber übernommen, muss sich der Gesamtbetriebsrat zwar neu konstituieren;<sup>214</sup> das spricht aber nicht gegen die **normative Fortwirkung der bisherigen Gesamtbetriebsvereinbarungen als Gesamtbetriebsvereinbarungen**.<sup>215</sup> Denn der überbetriebliche bzw. unternehmensweite Regelungsbedarf besteht auch beim Erwerber fort. Eine Überführung in das Arbeitsverhältnis (§ 613a Abs. 1 Satz 2 BGB) macht deshalb wenig Sinn, zumal mangels kollidierender Einzel- oder Gesamtbetriebsvereinbarungen beim Erwerber auch keine Koordinierung erforderlich ist, die die Anwendung des § 613a Abs. 1 Satz 3 BGB rechtfertigen könnte. Im Rahmen der Zuständigkeit des fortbestehenden Gesamtbetriebsrats – sei es für das Gesamtunternehmen, sei es für überbetriebliche Angelegenheiten mehrerer Betriebe (§ 50 Abs. 1 BetrVG) – gelten die Gesamtbetriebsvereinbarungen der übernommenen Betriebe auch für die bereits beim Erwerber bestehenden Betriebe, jedenfalls soweit nichts anderes bestimmt ist.<sup>216</sup> Werden später Betriebe hinzuerworben, gilt Entsprechendes auch für sie. **64**

Übernimmt der Erwerber nur einen einzigen mitbestimmten Betrieb oder hieraus einen Betriebsteil, sollen die Gesamtbetriebsvereinbarungen nach der Rechtsprechung<sup>217</sup> **gleichfalls normativ weitergelten, allerdings nicht als Gesamt-, sondern nur als Einzelbetriebsvereinbarungen**. Dieses Ergebnis wird von Teilen der Lehre kritisiert, weil weder das Amt noch die Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats fortbesteht noch der Unternehmensbezug gewahrt **65**

<sup>211</sup> *Bachner*, NJW 2003, 2861, 2863.

<sup>212</sup> BAG 7.9.2004, 9 AZR 631/03, NZA 2005, 941.

<sup>213</sup> S. im Einzelnen *Sieg/Maschmann*, Umstrukturierung Rn. 454 ff.

<sup>214</sup> BAG 5.6.2002, 7 ABR 17/01, NZA 2003, 336, 337.

<sup>215</sup> BAG 18.9.2002, 1 ABR 54/01, NZA 2003, 670, 674; *Fitting*, § 77 BetrVG Rn. 169; *Salamon*, RdA 2007, 103, 109.

<sup>216</sup> *Preis/Richter*, ZIP 2004, 925, 937.

<sup>217</sup> BAG 5.5.2015, 1 AZR 763/13, NZA 2015, 1331; BAG 24.1.2017, 1 ABR 24/15, NZA-RR 2017, 413, 414.

## Kap. 22 Vergütungsordnungen beim Betriebsübergang

bleibt.<sup>218</sup> Freilich führt auch der vorübergehende oder endgültige Wegfall des Betriebsrats nicht zum Fortfall der von ihm geschlossenen Betriebsvereinbarungen, und zwar selbst dann nicht, wenn es kein handlungsfähiges Betriebsverfassungsorgan mehr gibt, mit dem der Arbeitgeber eine Änderung der Betriebsvereinbarung vereinbaren könnte.<sup>219</sup> Warum das beim Wegfall des Gesamtbetriebsrats anders sein soll, leuchtet nicht ein, wenn man – wie das BAG – davon ausgeht, dass Gesamtbetriebsvereinbarungen nicht im Unternehmen, sondern in den Betrieben des Unternehmens gelten und der Erwerber eines solchen Betriebs den dort geltenden Normenbestand auch dann komplett zu übernehmen hat, wenn zwar der Unternehmensbezug, nicht aber die Betriebsidentität verlorengeht.<sup>220</sup>

- 66 Die Lösung der Rechtsprechung hat für die betriebliche Praxis den Vorteil, die **normativ fortwirkende Regelung mit kollektivrechtlichen Mitteln ändern oder beseitigen zu können**.<sup>221</sup> Der Erwerber ist nicht auf den schwierigen Weg einer Ablösung der in das Arbeitsverhältnis transformierten Kollektivregelungen (§ 613a Abs. 1 S. 2–4 BGB) verwiesen.<sup>222</sup> Adressat für Kündigungen oder Änderungsverlangen ist der weiter amtierende Betriebsrat. Ein besonderer Bestandsschutz ist nicht vonnöten, da dieser Gesamtbetriebsvereinbarungen ohne den Betriebsübergang – abgesehen vom Sonderfall der betrieblichen Altersversorgung – ebenfalls nicht zuteil geworden wäre. Die im Erwerberbetrieb als Einzelbetriebsvereinbarungen fortwirkenden Gesamtbetriebsvereinbarungen leben auch dann nicht wieder als Gesamtbetriebsvereinbarungen auf, wenn der Erwerber weitere Betriebe hinzuerwirbt.<sup>223</sup> Gesamtbetriebsvereinbarungen können nur mit einem sich später konstituierenden Gesamtbetriebsrat geschlossen werden. Die bisher beim Veräußerer geltenden Gesamtbetriebsvereinbarungen gelten nur in dem vom Erwerber übernommenen Betrieb als Betriebsvereinbarungen fort, nicht aber in seinen anderen, bislang betriebsratslosen Betrieben.

### *b) Transformation nach § 613a Abs. 1 S. 2 BGB*

- 67 Sind die beim Erwerber bestehenden Betriebe betriebsratslos, bereitet die normative Fortwirkung von Gesamtbetriebsvereinbarungen – sei es als Gesamt-, sei es als Einzelbetriebsvereinbarungen – in den übernommenen (und ggf. auch in den bei Erwerber bestehenden) Betrieben keine Probleme. Bislang noch nicht

218 Rieble, NZA 2003 Beil. Heft 16, S. 62, 69.

219 DKKW-Berg, § 77 BetrVG Rn. 107; Fitting, § 77 BetrVG Rn. 175; GK-BetrVG-Kreutz, § 77 Rn. 383; Richardi, § 77 BetrVG Rn. 213; Salamon, RdA 2007, 103, 104.

220 Wie hier GK-BetrVG-Kreutz, § 50 Rn. 82.

221 Krit. dazu Jacobs, FS Konzen, 2006, S. 245, 358.

222 Dafür aber Jacobs, FS Konzen, 2006, S. 245, 363 f.; Preis/Richter, ZIP 2004, 925, 937, 940.

223 Krefl, FS Wißmann, 2005, S. 347, 362.



entschieden hat das BAG den praktisch häufigen Fall, dass beim Erwerber bereits Gesamt- und/oder Einzelbetriebsvereinbarungen gelten, mit denen fortwirkende Gesamtbetriebsvereinbarungen des Veräußerers kollidieren können.

**Beispiel:** Im Unternehmen X besteht eine Gesamtbetriebsvereinbarung für ihre beiden mitbestimmten Betriebe A1 und A2 über eine Umsatzprämie. Das Unternehmen erwirbt von einem Konkurrenten Y den mitbestimmten Betrieb B hinzu, für den ebenfalls eine Gesamtbetriebsvereinbarung über eine Umsatzprämie besteht, allerdings auf niedrigerem Niveau. Haben die dort Beschäftigten nach ihrem Übergang auf das Unternehmen X Anspruch auf eine Prämie nach dessen Gesamtbetriebsvereinbarung? Was gilt, wenn die Umsatzprämie bei Y höher ist? Haben die in den Betrieben A1 und A2 Beschäftigten nach dem Hinzuerwerb des Betriebs B womöglich einen Anspruch auf die höhere Prämie aus der Gesamtbetriebsvereinbarung des Konkurrenten Y? (Lösung s. Rn. 70) **68**

#### aa) Echte Kollision nur bei normativer Fortwirkung

Zu einer echten Kollision kommt es, wenn die Gesamtbetriebsvereinbarungen des Veräußerers normativ fortwirken. Das ist allein dann der Fall, **wenn der Erwerber die Betriebe auch nach der Übernahme selbständig führt**. Verschmilzt er die übernommenen Betriebe oder Betriebsteile mit bei ihm vorhandenen Betrieben oder gliedert er sie in seine Betriebe ein, endet die Identität der übernommenen Einheiten und mit ihr die – selbst nur übergangsweise – Zuständigkeit des Betriebs- und Gesamtbetriebsrats des Veräußerers. Da der übernommene Betrieb mit der Verschmelzung oder Eingliederung seine Identität verliert, können die Inhaltsnormen der bisherigen Gesamtbetriebsvereinbarungen nicht normativ fortwirken. Sie werden deshalb nach Maßgabe von § 613a Abs. 1 S. 2–4 BGB in das Arbeitsverhältnis überführt, soweit nicht beim Erwerber Gesamt- oder Einzelvereinbarungen gelten, die denselben Regelungsgegenstand betreffen. In diesem Fall gelten wegen § 613a Abs. 1 S. 3 BGB, § 77 Abs. 4 BetrVG die im Erwerberbetrieb einschlägigen Gesamt- bzw. Einzelbetriebsvereinbarungen selbst dann, wenn ihre Regelungen für den Arbeitnehmer ungünstiger als die bisherigen sind.<sup>224</sup> Es gilt nicht das Günstigkeits-, sondern das Ablöseprinzip.<sup>225</sup> **69**

Im obigen Beispielsfall (s. Rn. 68) würden die im Betrieb B Beschäftigten Ansprüche auf eine Umsatzprämie nur noch nach den bei X geltenden Gesamtbetriebsvereinbarungen geltend machen können. Die bei Y geltenden Gesamtbetriebsvereinbarungen werden auch nicht nach § 613a Abs. 1 S. 2 BGB in das Arbeitsverhältnis überführt, weil bei X eine Gesamtbetriebsvereinbarung über **70**

<sup>224</sup> DKKW-Berg, § 77 BetrVG Rn. 103; *Fitting*, § 77 BetrVG Rn. 171; *Völksen*, NZA 2013, 1182; a. A. *Jacobs*, FS Konzen, 2006, S. 345, 361.

<sup>225</sup> BAG 14.8.2001, 1 AZR 619/00, NZA 2002, 276; BAG 18.11.2003, 1 AZR 604/02, NZA 2004, 803.

## Kap. 22 Vergütungsordnungen beim Betriebsübergang

denselben Regelungsgegenstand – Umsatzprämie – kollektivrechtlich nach § 77 Abs. 4 BetrVG gilt, die die bisherige Regelung verdrängt (§ 613a Abs. 1 S. 3 BGB), gleichgültig, wie die dort getroffenen Bestimmungen aussehen. Da damit eine Verschlechterung der beim Veräußerer geltenden Arbeitsbedingungen droht, ist diese Lösung nicht unumstritten.<sup>226</sup>

bb) Pluralität konkurrierender Gesamtbetriebsvereinbarungen im selben Betrieb?

- 71 Werden die übernommenen Betriebe oder Betriebsteile beim Erwerber als selbstständige Einheiten fortgeführt, **gelten** die **Gesamtbetriebsvereinbarungen** des Veräußerers nach der Rechtsprechung **normativ fort**: als Gesamtbetriebsvereinbarungen, wenn alle oder mehrere Betriebe des Veräußerers übernommen werden, sonst als Einzelbetriebsvereinbarungen. Ob das auch dann möglich ist, wenn in den anderen Betrieben die Gesamtbetriebsvereinbarungen des Erwerbers gelten, ist umstritten. Ein Teil des Schrifttums<sup>227</sup> bejaht das und plädiert für eine Pluralität von Gesamtbetriebsvereinbarungen im Unternehmen. Das BetrVG kenne keinen Grundsatz, dass Gesamtbetriebsvereinbarungen nur einheitlich im Unternehmen gelten könnten, weshalb auch einschlägige Kollisionsnormen fehlten. Anders sieht es die **h.M., die eine solche Pluralität** zumindest für den unter Rn. 68 dargestellten Beispielsfall **ablehnt**, dass die Gesamtbetriebsvereinbarungen des Erwerbers nach ihrem Geltungsbereich auch die neu hinzugekommenen Betriebe erfassen und sie denselben Regelungsgegenstand wie die dort bisher gültigen Gesamtbetriebsvereinbarungen betreffen.<sup>228</sup> Dem ist zuzustimmen. Ein Nebeneinander von alten und neuen Regelungen zum selben Gegenstand im selben Betrieb kann schon deshalb nicht geduldet werden, weil der zuständige Betriebsrat die Belegschaft einheitlich vertritt und die von ihm geschlossenen Betriebsvereinbarungen grundsätzlich die gesamte Belegschaft erfassen. Nichts anderes gilt für Gesamtbetriebsvereinbarungen, wenn man mit der Rechtsprechung annimmt, dass diese nicht im Unternehmen, sondern in den Betrieben des Unternehmens gelten und § 77 Abs. 4 BetrVG deshalb konsequenterweise nicht zwischen Einzel- und Gesamtbetriebsvereinbarungen unterscheidet, sondern beide für gleich verbindlich erklärt.

- 72 Freilich ist sorgfältig zu **prüfen, wie weit der betriebliche Anwendungsbereich der beim Erwerber geltenden Gesamtbetriebsvereinbarungen reicht**. Nehmen diese die neu hinzuerworbenen Betriebe ausdrücklich aus, was in Überleitungsvereinbarungen durchaus der Fall sein kann, wenn der Erwerber auf die bisher beim Veräußerer geltenden Sozialleistungen nicht noch „draufsatteln“ will, ist diese Regelung – jedenfalls soweit sie rechtlich wirksam ist – für das

226 *Preis/Richter*, ZIP 2004, 925, 930, 933 f.

227 *Jacobs*, FS Konzen, 2006, S. 344, 362 f. m. w. N.

228 *Fitting*, § 77 BetrVG Rn. 169; *Lange*, NZA 2017, 288, 293 m. w. N.

Kollisionsproblem maßgeblich. Entsprechendes gilt, wenn Gesamtbetriebsvereinbarungen ausdrücklich oder nach ihren inhaltlichen Regelungen nur für gewisse Betriebe gelten sollen. Fehlt es an solchen Bestimmungen, ist im Zweifel davon auszugehen, dass Gesamtbetriebsvereinbarungen unternehmensweit anzuwenden sind und sie ohne weiteres auch für die übernommenen Betriebe gelten.<sup>229</sup> Die Argumente der Gegenmeinung<sup>230</sup> überzeugen nicht. Ist die Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats gegeben, weil es um eine Angelegenheit geht, die das Gesamtunternehmen betrifft, spricht alles dafür, dass – soweit nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt ist – eine unternehmensweite Regelung getroffen werden soll. Das gilt selbst dann, wenn sich im Zeitpunkt der Vereinbarung nicht absehen lässt, ob später einmal Betriebe hinzuerworben werden. Es müsste dann nämlich stets festgehalten werden, welche Betriebe beim Abschluss einer Gesamtbetriebsvereinbarung zum Unternehmen gehören. Das kann – da keine Rechtspflicht zu Führung eines Betriebeverzeichnisses besteht – zu erheblicher Rechtsunsicherheit führen und widerspricht dem Grundsatz, dass der Anwendungsbereich einer Norm aus ihr selbst zu ermitteln sein muss. Einfacher und sicherer ist es, die zuständigen Parteien erst im konkreten Falle des Hinzuerwerbs eines Betriebs durch entsprechende Überleitungsregeln bestimmen zu lassen, welche der an sich unternehmensweit geltenden Gesamtbetriebsvereinbarungen nicht oder nur modifiziert gelten sollen. Umgekehrt wird man davon auszugehen haben, dass aus dem Unternehmen ausscheidende Betriebe nicht ohne Weiteres aus dem Anwendungsbereich der Gesamtbetriebsvereinbarungen herausfallen, da die Arbeitnehmer sonst schutzlos gestellt würden; dies soll ja gerade durch die Fortwirkung – normativ oder über den Arbeitsvertrag vermittelt – vermieden werden.

### cc) Lösung für das Kollisionsproblem

Da ein Zusammentreffen von Gesamtbetriebsvereinbarungen des Veräußerers und des Erwerbers ohne weiteres möglich ist, eine **Pluralität von Gesamtbetriebsvereinbarungen im selben Betrieb aber nicht geduldet werden kann**, muss die **Kollision** nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen **aufgelöst werden**, wenn die zuständigen Parteien keine Absprachen getroffen haben. Das Günstigkeitsprinzip scheidet hierfür aus, da es nur zwischen Rechtsquellen unterschiedlichen Rangs gilt. Auch das Spezialitätsprinzip bietet keine Lösung,<sup>231</sup> weil es an geeigneten Maßstäben für die Frage fehlt, welche Gesamtbetriebsvereinbarung die speziellere ist. Wieder andere wollen auf § 613a Abs. 1 Satz 3 BGB abstellen,<sup>232</sup> der aber nicht unmittelbar gilt, wenn Gesamtbetriebsvereinbarungen nor-

229 H. M., vgl. *Fitting*, § 50 BetrVG Rn. 76; DKKW-Trittin, § 50 BetrVG Rn. 211.

230 *Jacobs*, FS Konzen, 2006, S. 344, 361 m. w. N.

231 So aber *Mues*, DB 2003, 1273, 1276.

232 *Bachner*, NJW 2003, 2861, 1864.

## Kap. 22    Vergütungsordnungen beim Betriebsübergang

mativ fortwirken. Mit Recht geht die h. M. im Ergebnis davon aus, dass bei einer Kollision die **Gesamtbetriebsvereinbarungen des Veräußerers verdrängt werden**.<sup>233</sup> Das entspricht der gesetzlichen Wertung des § 613a Abs. 1 Satz 3 BGB, der eine einfachrechtliche Ausprägung des Ablöseprinzips darstellt. Wo im Erwerberbetrieb bereits eine normativ geltende Kollektivregelung besteht, muss sich diese gegen „mitgebrachte“ Regelungen durchsetzen. Nichts anderes ergibt sich aus den Bestimmungen über das Übergangsmandat in § 21a BetrVG. Dieses endet, wenn der Betrieb oder Betriebsteil in einen mitbestimmten Betrieb eingegliedert wird und damit in die Zuständigkeit einer anderen Belegschaftsvertretung fällt. Folgerichtig müssen dann in einem Kollisionsfall auch die bisherigen (Gesamt-)Betriebsvereinbarungen enden.

---

233 *Fitting*, § 77 BetrVG Rn. 169; *Kreft*, FS Wißmann, 2005, S. 347, 361 f.; GK-BetrVG/*Kreutz*, § 50 BetrVG Rn. 85.

# Kapitel 23

## Ablösung von Vergütungsordnungen

**Schrifttum:** *Bauer*, Arbeitsrechtliche Chancen und Risiken bei Umstrukturierungen aus anwaltlicher Sicht, NZA-Beil. 2009, 5; *Bauer/Günther*, Bezugnahmeklauseln bei Verbandswechsel und Betriebsübergang – Ein Irrgarten?, NZA 2008, 6, 8; *Bepler*, Tarifverträge im Betriebsübergang, RdA 2009, 65; *Bily/Hoffmann-Remy*, Gestaltung variabler Vergütungssysteme – Bonussysteme im Unternehmen, AuA 2016, 72; *Bunte*, Nichtigkeit eines Erlassungsvertrags zur Umgehung der Rechtsfolgen des § 613a Abs. 1 BGB, NZA 2010, 319; *Creutzfeldt*, Die konkludente Vereinbarung einer „Betriebsvereinbarungsoffenheit“ von Arbeitsverträgen, NZA 2018, 1111; *Dzida/Wagner*, Vertragsänderungen nach Betriebsübergang, NZA 2008, 571; *Eylert/Schinz*, Dynamische Bezugnahmeklauseln beim Betriebsübergang im Spannungsfeld zwischen nationalen und europäischen Regelungen, RdA 2017, 140; *Fuhlrott/Salamon*, Vermeidungsstrategien und Gestaltungsmöglichkeiten beim Betriebsübergang, BB 2012, 1793; *Holthausen*, Ablösung von Betriebsvereinbarungen, ArbRAktuell 2010, 593; *Linsenmeier*, Arbeitsvertrag und Betriebsvereinbarung – Kompetenz und Konkurrenz, RdA 2014, 336; *Meyer*, Aktuelle Gestaltungsfragen beim Betriebsübergang, NZA-RR 2013, 225; *Müller-Bonanni/Mehrens*, Ablösung der tariflichen Vergütungsordnung nach Betriebsübergang auf einen nicht tarifgebundenen Erwerber, NZA 2012, 1194; *Neufeld/Flockenhaus*, Ablösung individualrechtlicher Zusagen betrieblicher Altersversorgung im Lichte der neuen Rechtsprechung – Was ist möglich?, BB 2016, S. 2357; *Preis/Greiner*, Vertragsgestaltung bei Bezugnahmeklauseln nach der Rechtsprechungsänderung des BAG, NZA 2007, 1073; *Preis/Ulber*, Die Wiederbelebung des Ablösungs- und Ordnungsprinzips?, NZA 2014, 6; *Reinhard/Hoffmann-Remy*, Gestalterische Möglichkeiten im Hinblick auf den kollektiven Bezug einer betrieblichen Altersversorgung, NZA-Beil. 2012, 79; *Rinck*, Kollision von fortwirkenden Tarifnormen und Bezugnahmeklauseln und Betriebsübergang, RdA 2010, 216; *Schlewing*, Fortgeltung oder Nachwirkung gekündigter Betriebsvereinbarungen über Leistungen der betrieblichen Altersversorgung?, NZA 2010, 529; *Ubber/Massig*, Die Betriebsvereinbarungsoffenheit Allgemeiner Geschäftsbedingungen – ein Ausweg aus der „Ewigkeitsbindung“ durch Bezugnahmeklauseln?, BB 2017, 2230; *Wahlig/Brune*, Entdynamisierung von Bezugnahmeklauseln nach Betriebsübergang, NZA 2018, 221; *Willemsen*, Europäisches und deutsches Arbeitsrecht im Widerstreit? Aktuelle „Baustellen“ im Recht des Betriebsübergangs, NZA-Beil. 2008, 155.

### Übersicht

	Rn.		Rn.
I. Überblick	1	2. Einseitige Beendigung der unmittelbaren Tarifbindung	11
1. Warum eine Ablösung von Vergütungsordnungen?	1	3. Ablösung bestehender Systeme durch Betriebsvereinbarungen	16
2. Strategische Vorüberlegungen	3	a) Ablösung tariflicher Regelungen („Überkreuzablösung“)	17
II. Kollektivrechtliche Ablösungsregelungen	7		
1. Ablösung bestehender tariflicher Systeme durch neuen Tarifvertrag	8		

## Kap. 23 Ablösung von Vergütungsordnungen

<ul style="list-style-type: none"> <li>b) Aufgabe der Betriebs(teil-)identität – Beendigung betriebsverfassungsrechtlicher Systeme . . . . . 27</li> <li>c) Sonderfall: Nachwirkung von Entgeltbetriebsvereinbarungen . . . . . 30</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>a) Tatsächliche Rahmenbedingungen für Änderungskündigungen . . . . . 62</li> <li>b) Änderungskündigung zur Harmonisierung der Arbeitsbedingungen. . . . . 63</li> <li>c) Betriebsbedingte Änderungskündigung zur Entgeltabsenkung . . . . . 64</li> <li>d) Änderungskündigung zur Anpassung der Tarifgeltung . . . . . 72</li> <li>e) Verfahren; insbesondere: Betriebsratsbeteiligung . . . 75</li> </ul>
<ul style="list-style-type: none"> <li>III. Besonderheiten bei Bezugnahme auf Tarifverträge. . . . . 33</li> <li>1. Wirkungsweise einer Bezugnahmeregelung allgemein . . . 34</li> <li>2. Auslegung von Bezugnahmeklauseln vor und nach dem 1.1.2002 . . . . . 41</li> <li>3. Statische Inbezugnahme von Tarifregelungen . . . . . 43</li> <li>4. „Kleine“ dynamische Inbezugnahme . . . . . 45</li> <li>5. „Große“ dynamische Inbezugnahme („Tarifwechselklausel“) . . . . . 50</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>3. Änderungsvereinbarungen . . . 80</li> <li>a) Grenzen . . . . . 81</li> <li>b) Betriebliche Mitbestimmung . . . . . 88</li> <li>c) Beachtung des Günstigkeitsprinzips. . . . . 89</li> <li>4. Wegfall der Geschäftsgrundlage . . . . . 94</li> </ul>
<ul style="list-style-type: none"> <li>IV. Individualrechtliche Gestaltungen. . . . . 57</li> <li>1. Änderungsvorbehalte . . . . . 58</li> <li>2. (Massenhafte) Änderungskündigung. . . . . 59</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>V. Besonderheiten in der Insolvenz . . . . . 95</li> </ul>

## I. Überblick

### 1. Warum eine Ablösung von Vergütungsordnungen?

- 1 Rechtsfragen der Ablösung von Vergütungsordnungen rücken in einer Vielzahl von Fällen ins Blickfeld – und nicht alle davon müssen im unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang zu einer Umstrukturierung stehen. Um nur einige Beispiele zu nennen, kann beispielsweise ein **Wechsel in der Unternehmensführung** häufig den Anstoß für ein Ablösungs- oder Harmonisierungsprojekt geben – sei es, weil das neue Management Handlungsfähigkeit beweisen oder ein Zeichen für einen Sanierungskurs setzen will. Auch **wirtschaftliche (Fehl-)Entwicklungen** können dazu führen, dass vorhandene Vergütungsregelungen kritisch überprüft werden, um Einsparpotenziale hinsichtlich der Personalkosten zu identifizieren. Schließlich wollen Unternehmen, die sich eine **neue Corporate Identity** geben wollen, häufig die „alten Zöpfe“ abschneiden und eine einheitliche Ver-

gütungswelt schaffen, anstatt mit mehreren ungleich dotierten Altsystemen in die Zukunft zu gehen.<sup>1</sup>

Die höchste praktische Relevanz aber hat die Ablösung von Vergütungssystemen im Zusammenhang mit Umstrukturierungen. Werden Betriebe oder ganze Unternehmen zugekauft und in die bestehende Organisation integriert, ergibt sich hieraus regelmäßig das Problem unterschiedlicher Arbeitsbedingungen im Unternehmen oder der Unternehmensgruppe. Solche Ungleichheiten haben in der Praxis eine enorme **Sprengkraft**, insbesondere bei innerbetrieblich unterschiedlichen Arbeitsbedingungen (z. B. im Fall der Zusammenfassung von Betriebsteilen und dem Zusammenschluss zu einem neuen Betrieb oder der Eingliederung von Betriebsteilen oder Betrieben in einen bestehenden Betrieb). Die Unzufriedenheit der Arbeitnehmergruppe mit den gefühlt „schlechteren“ Arbeitsbedingungen (Vergütung im engeren Sinne, Urlaub, Sozialleistungen etc.) steigt erfahrungsgemäß schnell; regelmäßig leidet hierunter die Motivation und damit die Arbeitsleistung selbst. Der Arbeitgeber hat daher ein Interesse<sup>2</sup> daran, **Regelungen zu harmonisieren** und den Betriebsfrieden zu erhalten.

## 2. Strategische Vorüberlegungen

Wird die Ablösung gleichzeitig mit einer Umstrukturierung durchgeführt, beeinflusst der gewählte Weg ganz erheblich die zur Verfügung stehenden Gestaltungsmittel. Eine sorgfältige Planung im Vorfeld ist daher unerlässlich. Kurz zusammengefasst meint „Umstrukturierung“ in diesem Sinne jegliche rechtliche Veränderung am und im Unternehmen, gleich ob auf rein gesellschaftsrechtlicher Ebene (wie z. B. beim bloßen share deal) oder auf arbeitsrechtlicher Ebene (wie z. B. im Falle von Betriebsänderungen nach § 111 BetrVG). Zu unterscheiden sind weiter die betriebliche Ebene (wie z. B. bei der Abspaltung einzelner Geschäftsbereiche) und die Unternehmensebene (Einzel- und Gesamtrechtsnachfolge). Weitere häufige Gestaltungsformen sind etwa die Einbringung, die umwandlungsrechtliche Verschmelzung, Spaltung und Vermögensübertragung; aus § 324 UmwG ergibt sich für letztgenannte sodann wieder der Verweis auf die Betriebsübergangsvorschriften.

Welche Umstrukturierungsmethodik im konkreten Fall gewählt werden sollte, wird erfahrungsgemäß stark durch die Treiber des Kartell- und Steuerrechts bestimmt.<sup>3</sup> Aber auch die arbeitsrechtlichen Konsequenzen sind nicht zu unterschätzen. Um nur ein Beispiel zu nennen: Das gleiche Ergebnis, nämlich die Veräußerung bestimmter Betriebsmittel an einen Erwerber, kann erreicht wer-

1 Zu den praktischen Herausforderungen einer solchen Harmonisierung *Bily/Hoffmann-Remy*, AuA 2016, 72 ff.

2 *Meyer*, NZA-RR 2013, 225, 229.

3 *Bauer*, NZA-Beil. 2009, 5.

## Kap. 23 Ablösung von Vergütungsordnungen

den, indem der betroffene Betrieb oder die Zusammenfassung von Betriebsmitteln aus dem Unternehmen herausgelöst (Carve-Out) und veräußert wird. Genauso gut können aber auch alle übrigen Betriebe aus dem Unternehmen herausgelöst werden; dann wird nur der eigentlich gewünschte „Rest“ im Wege eines Share Deals veräußert (Reverse-Carve-Out). Diese Gestaltung beeinflusst ganz maßgeblich, ob und wo es überhaupt zu einem Betriebsübergang im Sinne des § 613a BGB kommen kann. Dies wiederum ist aber entscheidend dafür, ob beispielsweise eine Veränderungssperre greift oder eine Ablösung von in das Arbeitsverhältnis transformierten Regelungen mit Kollektivbezug durch neue Betriebsvereinbarung möglich ist.

- 5 Dabei geht es, das sollte so klar festgestellt werden, auch nicht um eine Umgehung von Rechten, sondern um **rechtlich zulässige Gestaltungen**, die von validen strategischen Interessen getragen werden.<sup>4</sup> Welcher Teil der Belegschaft etwa unbedingt gehalten werden soll, wo Widerspruchsrechte existieren oder eben nicht existieren, sind wesentliche Fragen, die einen Unternehmenserwerb erfolgreich werden oder scheitern lassen können und daher im Vorfeld wohl durchdacht werden sollten.
- 6 In allen Fällen, in denen kein Betriebsübergang vorliegt – weil etwa kein abgrenzbarer Betriebsteil, sondern eine willkürliche Zusammenfassung von Betriebsmitteln übertragen wird,<sup>5</sup> weil die Betriebsidentität im Zuge der Integration nicht gewahrt wird<sup>6</sup> oder die Ablösung gar nach Abschluss der Umstrukturierung im „laufenden Betrieb“ erfolgen soll – sind andere Lösungsansätze erforderlich. Hierbei wird ein Ansatz auf kollektivrechtlicher Basis (vorausgesetzt, es gibt Vergütungskomponenten mit kollektivem Bezug) gerade bei größeren Unternehmen regelmäßig praktikabler in der Umsetzung sein, da deutlich weniger Aufwand zu betreiben ist. Oftmals ist dies jedoch aus praktischen oder rechtlichen Gründen nicht umsetzbar, sodass sich parallel die Frage nach dem möglicherweise „steinigeren“ Weg der individualrechtlichen Anpassungsmöglichkeiten stellt.

## II. Kollektivrechtliche Ablösungsregelungen

- 7 In betrieblich mitbestimmten und/oder tarifgebundenen Unternehmen ist die Nutzung kollektivarbeitsrechtlicher Gestaltungsmittel meist erfolgversprechender und praktikabler als eine Vielzahl von Einzelvereinbarungen.

---

4 Näher dazu und zu möglichen gestalterischen Ansatzpunkten *Fuhrlrott/Salamon*, BB 2012, 1793.

5 Siehe nur BAG 13.10.2011, 8 AZR 455/10, BB 2012, 1798.

6 Beispielhaft zur Änderung des Betriebszwecks BAG 17.12.2009, 8 AZR 1019/08, BB 2010, 1282; BAG 6.4.2006, 8 AZR 249/04, BB 2006, 2192.



**1. Ablösung bestehender tariflicher Systeme durch neuen Tarifvertrag**

Unterliegt der Arbeitgeber einer normativen Tarifbindung, ist eine Ablösung von etablierten tariflichen Vergütungssystemen durch Tarifneuabschluss zwischen den Tarifvertragsparteien jederzeit rechtlich möglich.<sup>7</sup> Praktisch findet sich hier jedoch nur selten ein Handlungswille auf Seiten der Gewerkschaften, es sei denn, das betreffende Vergütungssystem ist ersichtlich nicht mehr zeitgemäß. **8**

Eine Tarifregelung zwischen dem Arbeitgeber und einer anderen Tarifpartei ist grundsätzlich nicht geeignet, die bestehenden Regelungen abzulösen.<sup>8</sup> Ausnahmen zu diesem Grundsatz gelten in zwei Fällen: Zum einen kann es in Nachwirkungsfällen nach § 4 Abs. 5 TVG zu einer echten Ablösung statt bloßer vorübergehender Verdrängung der Altregelungen kommen. Zum anderen kommt es, wenn im Rahmen einer Umstrukturierung mit Betriebsübergängen gearbeitet wird, nicht zu einer Transformation von Regelungen nach § 613a Abs. 1 Satz 3 BGB, wenn der Erwerber einer **unmittelbaren Tarifgeltung** unterliegt (§ 613a Abs. 1 Satz 4 BGB).<sup>9</sup> Diese Tarifgeltung kann sich aufgrund eigener Verbandsmitgliedschaft, aufgrund der Bindung an einen spezielleren Firmentarifvertrag oder der Geltung von für allgemeinverbindlich erklärten tariflichen Regelungen ergeben. Besonderheiten ergeben sich regelmäßig dort, wo Tarifwerke noch nicht existieren, sondern noch im Entstehen begriffen sind.<sup>10</sup> **9**

Soll eine tarifliche Regelung vor Ende ihrer Laufzeit abgelöst werden, muss im Einzelfall geprüft werden, ob und inwieweit ggf. Vertrauensschutzgesichtspunkte die Regelungsbefugnis der Tarifparteien einschränken.<sup>11</sup> **10**

**2. Einseitige Beendigung der unmittelbaren Tarifbindung**

Will sich der Arbeitgeber **einseitig aus der Tarifbindung lösen**, ist aus praktischer Sicht zumeist eine Umstrukturierungslösung das Mittel der Wahl. Mittels (Reverse-)Carve-Out kann häufig eine Tarifbindung schneller zum Ende gebracht (oder ein Tarifwechsel herbeigeführt) werden als über den „klassischen“ arbeitsrechtlichen Weg des Verbandsaustritts. **11**

7 Im Detail hierzu *Löwisch/Rieble*, § 1 TVG Rn. 1569 f.

8 BAG 23.8.2016, 1 ABR 15/14, NZA 2017, 74; BAG 19.11.2014, 4 AZR 761/12, NZA 2015, 950; BDDH-Bepler, § 4 TVG Rn. 234; *Löwisch/Rieble*, § 1 TVG Rn. 1580.

9 Zu den Einzelheiten des Betriebsübergangsszenarios *Löwisch/Rieble*, § 3 TVG Rn. 469, 478.

10 *Löwisch/Rieble* § 3 TVG Rn. 480 m. w. N.

11 HWK-Henssler, § 4 TVG Rn. 47; § 1 TVG Rn. 132.

- 12 Kann oder will der Arbeitgeber nicht umstrukturieren und sind Verhandlungen mit der tarifschließenden Gewerkschaft nicht erfolgversprechend, bleibt der (verbandsgebundenen) Arbeitgeberseite die Möglichkeit, die eigene Tarifbindung durch **Verbandsaustritt** (§ 39 BGB i. V. m. der Satzung des jeweiligen Verbandes) zu beenden. Ein solches Unterfangen kann jedoch typischerweise nur mittel- bis langfristig die gewünschte Entlastung bringen. Kündigt der Arbeitgeber nämlich seine Verbandsmitgliedschaft (oder wechselt in eine OT-Mitgliedschaft), sieht § 3 Abs. 3 TVG nach Ablauf der satzungsgemäß vorgeschriebenen Kündigungsfrist<sup>12</sup> eine Nachbindung an die Tarifverträge<sup>13</sup> bis zum Ende der jeweiligen Laufzeit (oder ihrer vorzeitigen Beendigung/Abänderung) vor. An diese Nachbindungsperiode schließt sich die grundsätzlich unbefristete<sup>14</sup> Phase der Nachwirkung gemäß § 4 Abs. 5 TVG an. Erst ab diesem Zeitpunkt können die Altregelungen regelmäßig auch durch andere, nicht-tarifliche Regelungen ersetzt werden.<sup>15</sup>
- 13 Will der Arbeitgeber den **Verband wechseln**, sollte sorgfältig geprüft werden, ob der neue Verband bereits Tarifverträge mit **derselben** Gewerkschaft abgeschlossen hat und der Arbeitgeber auch dem dortigen fachlichen und räumlichen Geltungsbereich unterfällt. Ist das nicht der Fall, ist für eine Ablösung im Rahmen der Nachwirkung **kein Raum**,<sup>16</sup> da die Arbeitnehmer kaum die Gewerkschaft wechseln werden, um dem Arbeitgeber einen Gefallen zu tun. Rückausnahme hierzu ist die Geltung eines allgemeinverbindlichen Tarifvertrages.<sup>17</sup>
- 14 Angesichts dieser Ausgangslage ist es für viele Arbeitgeber erstrebenswert, anstelle des Flächentarifvertrages einen **Firmentarifvertrag** abzuschließen. Auch hier ist der Arbeitgeber aber auf die Mitwirkung der tarifschließenden Gewerkschaft angewiesen, was im Einzelfall durchaus herausfordernd sein kann.
- 15 In jedem Fall aber muss der Arbeitgeber zunächst Klarheit hinsichtlich der Natur der arbeitsvertraglich mit hoher Wahrscheinlichkeit vorhandenen **Bezugnahme-klauseln** haben (s. Rn. 33 ff.). Sind diese so gestaltet, dass selbst ein Verbandswechsel nichts an der Anwendbarkeit der „alten“ Tarifregelungen auf die Arbeitsverhältnisse ändert, nutzt der Aufwand dem Arbeitgeber nur wenig.

---

12 § 39 Abs. 2 BGB: höchstens zwei Jahre; anders der BGH vor dem Hintergrund der negativen Koalitionsfreiheit beim Gewerkschaftsaustritt: maximal sechs Monate, BGH 22.9.1980, II ZR 34/80, BB 1981, 238; BGH 3.7.1977, II ZR 30/76, BB 1977, 1449.

13 BAG 17.5.2000, 4 AZR 363/99, BB 2000, 1142.

14 BAG 15.10.2003, 4 AZR 573/02, NZA 2004, 387; Löwisch/Rieble, § 4 TVG Rn. 756.

15 Löwisch/Rieble, § 4 TVG Rn. 824 ff.

16 Löwisch/Rieble, § 4 TVG Rn. 834.

17 BAG 15.11.2006, 10 AZR 665/05, BB 2007, 268.

**3. Ablösung bestehender Systeme durch Betriebsvereinbarungen**

Will der Arbeitgeber bestehende kollektivrechtlich etablierte (i. d. R. tarifliche oder betriebsverfassungsrechtliche) Vergütungssysteme im Wege einer Betriebsvereinbarung ablösen, muss er sich allgemein mit dem Rangverhältnis arbeitsrechtlicher Normen sowie dem arbeitsrechtlichen Günstigkeitsprinzip auseinandersetzen. Die Ablösung kollektiver Regelungen ist z. B. wenig zielführend, wenn die betroffenen Arbeitnehmer aufgrund individueller günstigerer Ansprüche nach wie vor die alte Vergütung beanspruchen können, selbst wenn kollektiv eine ersetzende Regelung getroffen worden ist. Bei der Übertragung von Betriebsmitteln ohne Wahrung der betrieblichen Identität kann auf Grundlage des § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB häufig ein größerer Gestaltungsspielraum ausgenutzt werden, wenn z. B. mit dem Betriebsrat des Zielbetriebes eine ablösende Regelung vereinbart werden kann. **16**

*a) Ablösung tariflicher Regelungen („Überkreuzablösung“)*

Spannend und höchst praxisrelevant ist die Frage, ob der Arbeitgeber auch tarifliche Regelungen durch betriebsverfassungsrechtliche Normsetzung ablösen kann. Sichtet man die hierzu ergangene höchstrichterliche Rechtsprechung<sup>18</sup> und deren Rezeption in der (Kommentar-)Literatur, wird die Überkreuzablösung zumeist kurz und bündig behandelt: Nach der gesetzgeberischen Konzeption sei – insbesondere in Konsequenz des Tarifvorrangs, § 77 Abs. 3 BetrVG – „jedenfalls außerhalb des Bereichs der erzwingbaren Mitbestimmung des Betriebsrats“ eine Ablösung tariflicher Regelungen durch eine Betriebsvereinbarung unzulässig und dogmatisch nicht vorgesehen.<sup>19</sup> **17**

Soweit keine tarifliche Sperrwirkung besteht, stellt das BAG darauf ab, dass die Ablösung eines Tarifvertrags durch verschlechternde Betriebsvereinbarung außerhalb des Betriebsübergangs aufgrund des Günstigkeitsprinzips grundsätzlich nicht möglich sei. Hieran ändere sich auch in der Konstellation des Betriebsübergangs nichts; anderenfalls würde der Schutzzweck des § 613a BGB umgangen. Dann sei es dem Erwerber nämlich möglich, einmal tariflich begründete Ansprüche, die (als solche) gegen Eingriffe im Wege einer Betriebsvereinbarung durch das Günstigkeitsprinzip geschützt sind, nur aufgrund des Betriebsüberganges durch eine ungünstigere Betriebsvereinbarung abzulösen. Es werde damit insbe- **18**

18 BAG 13.11.2007, 3 AZR 191/06, NZA 2008, 600, 603; BAG 6.11.2007, 1 AZR 862/06, NZA 2008, 542.

19 BAG 13.11.2007, 3 AZR 191/06, NZA 2008, 600, 603; BAG 6.11.2007, 1 AZR 862/06, NZA 2008, 542, 545; angedeutet auch bei BAG 21.4.2010, 4 AZR 768/08, BB 2010, 2965; BAG 22.3.2005, 1 ABR 64/03, NZA 2006, 383, 388.

## Kap. 23 Ablösung von Vergütungsordnungen

sondere ein Eingriff der Betriebsparteien durch (regelmäßig) teilmitbestimmte Betriebsvereinbarung hinsichtlich der Vergütungshöhe verhindert.<sup>20</sup>

- 19 Bedeutet dies aber, jegliche Form der Überkreuzablösung sei unzulässig? Das wäre nicht nur aus Sicht der Praxis unerfreulich, da die Flexibilität der Gestaltungen hierdurch beschränkt würde. Es griffe auch zu kurz, nimmt man das BAG beim Wort, „jedenfalls außerhalb des Bereichs der erzwingbaren Mitbestimmung des Betriebsrats“ sei eine Überkreuzablösung ausgeschlossen. Diese wirft die vom BAG noch nicht ausdrücklich entschiedene Frage auf: Kann ein Arbeitgeber, der sich bei einer ablösenden Betriebsvereinbarung nur auf zwingend mitbestimmte Regelungen beschränkt, eine tarifliche Regelung wirksam ablösen?
- 20 Nimmt man die Grundgedanken und Tendenzen des Gerichtes ernst, die im Zusammenhang mit der Rechtsfrage der Überkreuzablösung erkennbar wurden, so kann die Antwort nur lauten: Eine **Überkreuzablösung im Bereich zwingender Mitbestimmung ist zulässig**.<sup>21</sup> Dies ergibt sich m.E. zwingend aus den folgenden Umständen:
- 21 Das BAG erkennt an, dass Regelungen zu bestimmten Gegenständen ablösbar sind, die – z. B. vor einem Betriebsübergang – einer zwingenden Tarifbindung unterfielen und tariflich geregelt waren, bei dem neuen tarifungebundenen Tarifinhaber aber gerade nicht dieser Regelungsebene zugeordnet sind. § 613a BGB ordnet nämlich lediglich die Fortgeltung der Kollektivnormen **im Arbeitsverhältnis, nicht aber im Arbeitsvertrag** an. Mangels Rechtsquellenwechsel können solchermaßen „transformierte“ Kollektivnormen daher weiterhin durch einen entsprechenden Kollektivvertrag abgelöst werden, da sie eine nicht zu verleugnende kollektive Komponente haben.<sup>22</sup>
- 22 Das BAG hat in seiner Rechtsprechung zu transformierten Regelungen mit so genanntem „kollektiven Bezug“ auch nicht danach differenziert, welchen kollektiven Ursprung die Regelungen vor einer Transformation besessen haben mögen. Es hat lediglich festgestellt, sie könnten durch Neuregelungen abgelöst werden, sofern die Parteien der Neuregelung einen ausdrücklichen oder durch Auslegung erkennbaren Ablösungswillen besitzen,<sup>23</sup> wie er etwa aus kongruenten Leistungszwecken hervorgehen kann.<sup>24</sup> Weiter erforderlich ist eine sogenannte

---

20 Löwisch/Rieble, § 3 TVG Rn. 497; BAG 21.4.2010, 4 AZR 768/08, BB 2010, 2965; Bepler, RdA 2009, 65, 72.

21 So auch BAG 23.1.2018, 1 AZR 65/17, NZA 2018, 871; Müller-Bonanni/Mehrens, NZA 2012, 1194, 1198.

22 BAG 26.8.2009, 5 AZR 969/08, NZA 2010, 173; BAG 23.9.2009, 4 AZR 331/08, NZA 2010, 513; ErfK-Preis, § 613a BGB Rn. 112.

23 BAG 16.11.2011, 10 AZR 60/11, NZA 2012, 349; kritisch zur kollektiven Natur Meyer, NZA-RR 2013, 225.

24 BAG 16.11.2011, 10 AZR 60/11, NZA 2012, 349.

Betriebsvereinbarungsoffenheit der Altregelung, mithin einen bereits objektiv<sup>25</sup> angelegten „kollektiven Vorbehalt“. Wo dieser nicht ausdrücklich aus der Regelung ersichtlich ist, leitet das BAG einen solchen Vorbehalt teilweise aus der Historie der Regelung, teilweise aus den Begleitumständen her. In Betracht kommt etwa eine Beteiligung von Mitbestimmungsorganen<sup>26</sup> oder eine Erkennbarkeit für die Arbeitnehmer hinsichtlich des Umstandes, dass die Regelung dynamisch sein soll und daher auch in Zukunft angepasst werden kann.<sup>27</sup>

Unklar ist, ob das BAG an dem einmal gefassten – und durchaus zutreffenden – Gedanken festhalten will, dass die Arbeitsvertragsparteien bereits durch die Verwendung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) mit kollektivem Bezug eine Betriebsvereinbarungsoffenheit begründen.<sup>28</sup> In solchen Fällen mache der Arbeitgeber durch die Verwendung der AGB „erkennbar deutlich, dass im Betrieb einheitliche Vertragsbedingungen gelten sollen“. Eine betriebsvereinbarungsfeste Gestaltung liefe dem zuwider und schränke die Gestaltungsmöglichkeiten der Betriebsparteien mit Blick auf zukünftige Anpassungsmöglichkeiten von Arbeitsbedingungen mit kollektivem Bezug ein. In einer neueren Entscheidung,<sup>29</sup> bei der es um eine dynamische Bezugnahme Klausel ging, hat das BAG sich explizit mit der Frage nicht weiter auseinandergesetzt. **22a**

Wollte das BAG damit eine Trendwende einleiten und die weitreichende Rechtsprechung zur „Betriebsvereinbarungsoffenheit“ wieder begrenzen, würde damit den Betriebsparteien das Gestaltungsmittel fast völlig aus der Hand genommen, Betriebsvereinbarungen als Instrument zur Entdynamisierung arbeitsvertraglicher Bezugnahme Klauseln einzusetzen. Kritische Stimmen in der Literatur befürchten insoweit rechtsdogmatische oder AGB-rechtliche Probleme – insbesondere mit Blick auf die Unklarheitenregelung des § 305c Abs. 2 BGB oder das Transparenzgebot aus § 307 Abs. 3 BGB<sup>30</sup> – oder gar die faktische Beseitigung des Günstigkeitsprinzips.<sup>31</sup> Dies sind beachtliche Argumente – jedoch darf dabei nicht ausgeblendet werden, dass für ein weitreichendes Verständnis der Betriebsvereinbarungsoffenheit ein enormes praktisches Bedürfnis besteht: Dem Arbeitgeber stehen rechtlich kaum taugliche Flexibilisierungsinstrumente zur Seite. Ein Mittel, mit dem eine faktische „Ewigkeitsbindung“ auf individualvertragli- **22b**

25 Reinhard/Hoffmann-Remy, NZA-Beil. 2012, 79, 82.

26 BAG 17.2.2015, 1 AZR 599/13, juris; BAG 10.12.2002, 3 AZR 671/01, NZA 2003, 1360.

27 BAG 17.6.2008, 3 AZR 553/06, BB 2008, 2804; BAG 27.6.2006, 3 AZR 255/05, NZA 2006, 1285.

28 BAG 5.3.2013, 1 AZR 417/12, NZA 2013, 916.

29 BAG 11.4.2018, 4 AZR 119/17, NZA 2018, 1273.

30 Creutzfeldt, NZA 2018, 1111; kritisch auch Löwisch/Rieble, § 4 TVG Rn 550; Preis/Ulber, NZA 2014, 6; Neufeld/Flockenhaus, BB 2016, 2357.

31 Löwisch/Rieble, § 4 TVG Rn. 550; Creutzfeldt, NZA 2018, 1111; Neufeld/Flockenhaus, BB 2016, 2357; kritisch auch Preis/Ulber, NZA 2014, 6.

## Kap. 23 Ablösung von Vergütungsordnungen

cher Ebene<sup>32</sup> vermieden werden kann, ist daher grundsätzlich begrüßenswert.<sup>33</sup> Das BAG muss diese widerstreitenden Ansätze nunmehr einer sinnvollen Lösung zuführen.

- 22c** Bei der betrieblichen Altersversorgung lässt es das BAG ausreichen, dass „die Geltung der Regelungen auf einen längeren, unbestimmten Zeitraum angelegt ist“, weshalb sie „für die Begünstigten erkennbar von vornherein einem möglichen künftigen Änderungsbedarf ausgesetzt“ sind.<sup>34</sup> Das BAG stellt keine hohen Anforderungen an die Betriebsvereinbarungsoffenheit kollektiver Regelungen und hat den bloßen Kollektivcharakter einer Norm (ausreichend für einen kollektiven Günstigkeitsvergleich) und die Ablösbarkeit kraft Betriebsvereinbarungsoffenheit immer weiter aneinander angenähert.
- 23** Der vom BAG entwickelte Gedanke lässt sich zum einen ohne allzu große Sprünge auch auf die Überkreuzablösung übertragen. Ein Schutz der Erwartungen der Arbeitnehmer hinsichtlich einer konkreten, auch zukünftigen Tarifgeltung existiert „kraft Gesetzes“ durch die Regelungen der Nachbindung und Nachwirkung, darüber hinaus als „echter Vertrauensschutz“ aber nur in Fällen der einzelvertraglichen Bezugnahme.<sup>35</sup> Darüber hinaus muss jedem Arbeitnehmer klar sein, dass eine Tarifbindung nur eine Momentaufnahme darstellt, die in Zukunft enden kann. Die geltenden Regelungen können jederzeit durch völlig andere, auch anderen Rechtscharakters, ersetzt werden.
- 24** Schließlich steht dem Betriebsrat im nicht-tarifgebundenen Neubetrieb unzweifelhaft auch eine Regelungskompetenz für die im Altbetrieb tariflich geregelten Fragen zu. Das BAG hält bei der Frage nach der Fortgeltung von Tarifbedingungen nach Betriebsübergang einen Erwerber auch für verpflichtet, nach dem Betriebs(teil)übergang eingestellte Arbeitnehmer in die Tarifverträge des Veräußerers einzugruppieren, solange der Erwerber nicht unter Beachtung des Mitbestimmungsrechts nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG eine neue Vergütungsordnung einführt.<sup>36</sup> Im Zusammenhang mit der Ablösung bestehender betrieblicher Altersversorgungsregelungen<sup>37</sup> hat das Gericht ausdrücklich darauf hingewiesen, dass es für den Regelungsgegenstand der betrieblichen Altersversorgung an der erforderlichen Kongruenz des Umfangs der „erzwingbaren“ Regelungsmacht der Tarifpartner auf der einen und der Betriebspartner auf der anderen Seite fehle. Die Regelungsbestandteile einer Versorgungszusage seien insbesondere im

---

32 So auch *Neufeld/Flockenhaus*, BB 2016, 2357; *Ubber/Massig*, BB 2017, 2230.

33 So auch *Ubber/Massig*, BB 2017, 2230; *Linßenmaier*, RdA 2014, 336.

34 BAG 10.3.2015, 3 AZR 56/14, BB 2015, 2304.

35 *Löwisch/Rieble*, § 3 TVG Rn. 328 f.

36 BAG 8.12.2009, 1 ABR 66/08, BB 2010, 500; BAG 4.5.2011, 7 ABR 10/10, NZA 2011, 1239.

37 BAG 13.11.2007, 3 AZR 191/06, NZA 2008, 600, bestätigt durch BAG 21.4.2010, 4 AZR 768/08, BB 2010, 2965; *Reinhard/Hoffmann-Remy*, NZA-Beil. 2012, 79, 83.

Hinblick auf den Dotierungsrahmen nur teilmitbestimmt, sodass die Regelungsmacht für eine Gesamtumgestaltung fehle.<sup>38</sup> An einer Regelungsmacht der Betriebsparteien für Vergütungsfragen im tarifungebundenen Unternehmen besteht aber im Grundsatz kein Zweifel.

Wenn es richtig ist, dass in eine kollektive (Vergütungs-)Ordnung (nur, aber gerade) unter Beachtung der Mitbestimmungsrechte aus § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG eingegriffen werden kann, müssen zwingend der Arbeitgeber und der zuständige Betriebsrat auch grundsätzlich befugt sein, nach dem Ende der Veränderungssperre nach § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB durch Betriebsvereinbarung in die tarifvertraglich begründeten Vergütungsansprüche der Arbeitnehmer einzugreifen.<sup>39</sup> Das Günstigkeitsprinzip steht dem nicht entgegen;<sup>40</sup> auch die Tarifsperrre nach § 77 Abs. 3 BetrVG hat häufig keine praktische Relevanz.<sup>41</sup> **25**

Schließlich überzeugt die Zulässigkeit einer Überkreuzablösung bei zwingender Mitbestimmung auch wertungsmäßig: Es wäre nicht angemessen und mit der negativen Koalitionsfreiheit auch kaum vereinbar, den Regelungswillen der Tarifparteien auch nach einem Betriebsübergang – potenziell für sehr lange Zeiträume – als verbindlich aufrechtzuerhalten. Denn die sachnäheren Betriebsparteien haben vielleicht ganz andere und vorrangig zu bewertende Vorstellungen von einer angemessenen Vergütungsgestaltung. Ihnen steht die originäre Regelungskompetenz für die maßgebliche betriebliche Einheit zu. Angesichts der Grundtendenz des BAG, die betriebliche Mitbestimmung im Zweifel zu stärken, erscheint es sehr naheliegend, dass auch in einem solchen Fall der Überkreuzablösung der zwingenden betrieblichen Mitbestimmung die „Vorfahrt“ eingeräumt würde. **26**

### *b) Aufgabe der Betriebs(teil-)identität – Beendigung betriebsverfassungsrechtlicher Systeme*

Durch Betriebsvereinbarungen begründete Vergütungssysteme können im Rahmen einer Umstrukturierung auch endgültig abgelöst werden, indem Betriebe oder Betriebsteile so neu zusammengeschlossen werden, dass die Ausgangsorganisationseinheiten ihre prägende Betriebs(teil-)identität verlieren. In diesem Fall endet die kollektive Wirkung von in Betriebsvereinbarungen geregelten Rechten und Pflichten mit der Zusammenlegung der Betriebsteile; die in ihnen geregelten Bedingungen werden nach § 613a Abs. 1 Satz 2–4 BGB in das Arbeitsverhältnis transformiert. Eine neue Betriebsvereinbarung in dem neu begründeten Betrieb kann diese Regelungen nunmehr ablösen. **27**

<sup>38</sup> Mehr dazu bei Reinhard/Hoffmann-Remy, NZA-Beil. 2012, 79, 81.

<sup>39</sup> Ebenso Müller-Bonanni/Mehrens, NZA 2012, 1194, 1198.

<sup>40</sup> BAG 22.4.2009, 4 AZR 100/08, NZA 2010, 41.

<sup>41</sup> Müller-Bonanni/Mehrens, NZA 2012, 1194, 1198.

## Kap. 23    Ablösung von Vergütungsordnungen

- 28 Im Falle von Gesamtbetriebsvereinbarungen wird nach dem Ersten Senat des BAG bei Identitätswahrung des Betriebs oder Betriebsteils der Rechtsnormcharakter der Regelung nicht tangiert, sodass die Gesamtbetriebsvereinbarung als Gesamt- oder Einzelbetriebsvereinbarung fortbesteht.<sup>42</sup> Hieraus ergeben sich für die Praxis vielfältige Problemkonstellationen, soll die Geltung solcher Regelungen beendet werden.<sup>43</sup> Konzernbetriebsvereinbarungen können nur bei Intrakonzerntumstrukturierungen kollektivrechtlich fortgelten. Im Falle eines Betriebs-(teil-)übergangs aus dem Konzern auf einen nicht konzernangehörigen Dritten gilt die ehemalige Konzernbetriebsvereinbarung als Einzelbetriebsvereinbarung weiter, sofern sie nicht denotwendig mit dem Ausscheiden aus dem Konzern erlöschen muss.
- 29 Wird eine betriebliche Organisationseinheit im Wege der Verschmelzung in einen neuen Betrieb eingegliedert und verliert dabei ihre (Teil-)Identität, erstrecken sich die Betriebsvereinbarungen des aufnehmenden Betriebs auch auf die neu hinzugestoßenen Arbeitnehmer.<sup>44</sup> Wird die Identität hingegen nicht tangiert, tritt der Betriebserwerber in die geltenden Betriebsvereinbarungen (für die Dauer ihrer Geltung) ein.<sup>45</sup>

### *c) Sonderfall: Nachwirkung von Entgeltbetriebsvereinbarungen*

- 30 Betriebsvereinbarungen über Gegenstände erzwingbarer Mitbestimmung wirken gemäß § 77 Abs. 6 BetrVG nach ihrer Kündigung oder dem Ablauf ihrer vereinbarten Geltungsdauer nach. In Konsequenz kommt es nach Ablauf der zeitlichen Geltung der Betriebsvereinbarungen weiterhin zu einer unmittelbaren, aber nicht mehr zwingenden Geltung in jedem betroffenen Arbeitsverhältnis.<sup>46</sup> Mit anderen Worten: Eine abweichende, auch ungünstigere, Regelung ist in diesem Zeitraum jederzeit möglich, ganz gleich, ob sie im Wege der Betriebsvereinbarung oder (ggf. massenhaft) individualvertraglich in Kraft gesetzt wird.
- 31 Selbst bei einer „gemischten“ Betriebsvereinbarung, die zwingend mitbestimmte mit freiwillig mitbestimmten Regelungen vermengt, kommt eine Nachwirkung grundsätzlich nur für die Regelungen in Betracht, in denen freiwillige Leistungen mit anderen, nicht freiwilligen Vergütungsbestandteilen verbunden

---

42 BAG 18.9.2002, 1 ABR 54/01, NZA 2003, 670; krit. WHSS-Hohenstatt, E. Rn. 58 ff.

43 Hierzu etwa Holthausen, ArbRAktuell 2010, 593; WHSS-Hohenstatt, E. Rn. 62.

44 Fitting, § 77 BetrVG Rn. 171 ff.; WHSS-Hohenstatt, E. Rn. 26.

45 BAG 27.7.1994, 7 ABR 37/93, BB 1995, 570; BAG 5.2.1991, 1 ABR 32/90, BB 1991, 1052.

46 BAG 26.4.1990, 6 AZR 278/88, NZA 1990, 814.



sind.<sup>47</sup> Kein Raum für eine Nachwirkung ist dort gegeben, wo einheitliche Lebensvorgänge geregelt werden, die teils mitbestimmt, teils mitbestimmungsfrei sind. Wo der Arbeitgeber freiwillige Leistungen gewährt, bei denen nur eine Mitbestimmung hinsichtlich der Verteilung, nicht aber der Dotierung in Betracht kommt, wirkt eine Betriebsvereinbarung nicht nach, solange der Arbeitgeber die Leistung vollständig und ersatzlos einstellt.<sup>48</sup> Der Arbeitgeber ist bei solchen freiwilligen Leistungen nämlich nicht nur frei in seiner Entscheidung darüber, ob und in welcher Höhe er zu welchem Zweck Mittel zur Verfügung stellt, sondern auch in der Abgrenzung des begünstigten Personenkreises.<sup>49</sup> Anders liegt der Fall, wenn der Arbeitgeber nur das Gesamtvolumen reduzieren und/oder die Verteilungsgrundsätze verändern möchte; hier kommt es zu einer Nachwirkung insgesamt.<sup>50</sup> Eine Nachwirkung bei Regelungen über die betriebliche Altersversorgung scheidet zumeist aus.<sup>51</sup>

Das BAG hat zutreffend festgestellt, dass es zulässig ist, die Nachwirkung von Betriebsvereinbarungen nach § 77 Abs. 6 BetrVG auszuschließen, solange dies „ausdrücklich und unzweideutig“ geschieht.<sup>52</sup> Freiwillige Betriebsvereinbarungen wirken nicht nach, solange dies nicht ausdrücklich vereinbart ist. Eine solche Vereinbarung ist dort unzulässig, wo ein Tarifvertrag nur freiwillige Betriebsvereinbarungen zu einem Regelungskomplex zulässt.<sup>53</sup> **32**

### III. Besonderheiten bei Bezugnahme auf Tarifverträge

Sonderprobleme ergeben sich regelmäßig dort, wo Vergütungsordnungen abgelöst werden sollen, die auf Grundlage von tariflichen Bezugnahmeklauseln in den individuellen Arbeitsverträgen Anwendung finden. Im „Personalalltag“ spielt die Art der Bindung an einen Tarifvertrag für Gewerkschaftsmitglieder (unmittelbare und zwingende Geltung oder nur Inbezugnahme im Arbeitsvertrag) keine besondere Rolle, da die entsprechenden Arbeitsbedingungen so oder so zu gewähren sind. Tarifgebundene Unternehmen setzen in aller Regel auch **33**

47 BAG 15.2.2011, 3 AZR 196/09, AP Nr. 17 zu § 1 BetrAVG Auslegung; BAG 5.10.2010, 1 ABR 20/09, NZA 2011, 598; BAG 9.12.1997, 1 AZR 330/97, BB 1998, 904; BAG 21.8.1990, 1 ABR 73/89, BB 1990, 190; BAG 26.4.1990, 6 AZR 278/88, NZA 1990, 814; BAG 9.2.1989, 8 AZR 310/87, BB 1989, 2339; HaKo-BetrVG-Lorenz, § 77 BetrVG Rn. 120.

48 BAG 9.12.1997, 1 AZR 319/97, BB 1998, 904; BAG 21.8.1990, 1 ABR 73/89, BB 1990, 190.

49 LAG Köln 15.11.2002, 12 Sa 688/02, n. v.

50 BAG 26.10.1993, 1 AZR 46/93, BB 1994, 1072.

51 BAG 5.11.2003, 10 AZB 59/03, NZA 2003, 1414; *Schlewing*, NZA 2010, 529, 532.

52 BAG 18.2.2003, 1 ABR 17/02, BB 2003, 1960; BAG 9.2.1984, 6 ABR 10/81, BB 1984, 96; BAG 17.1.1995, 1 ABR 29/94, BB 1995, 1918.

53 LAG Hamm 18.8.2006, 10 TaBV 13/06, n. v.

„parallel“ arbeitsvertragliche Bezugnahmeklauseln ein oder aber wenden sogar losgelöst von vertraglichen Pflichten einheitliche Arbeitsbedingungen auf ihre Arbeitnehmer an. Erhebliche Bedeutung erlangt die sorgfältige Qualifikation der Art der Tarifbindung aber aufgrund der drastisch voneinander abweichenden Rechtsfolgen, wenn es um die Ablösbarkeit von Vergütungsordnungen geht.

### 1. Wirkungsweise einer Bezugnahmeregelung allgemein

- 34** Unter arbeitsvertraglichen Bezugnahmeklauseln versteht man gemeinhin einzelvertragliche Regelungen, die ein bestimmtes Objekt der Bezugnahme (typischerweise einzelne Tarifverträge, manchmal jedoch auch gesamte Tarifwerke) für eine bestimmte Zeitdauer auf das Arbeitsverhältnis für anwendbar erklären. Was genau in Bezug genommen ist, wie lange diese Regelungen gelten sollen, und was sich im Falle einer Umstrukturierung ändert, ist regelmäßig im Wege der Auslegung nach den §§ 133, 157 BGB zu ermitteln.<sup>54</sup>
- 35** Zu unterscheiden ist zum einen zwischen einer umfassenden Bezugnahmeregelung – die den Tarifvertrag oder die Tarifwerke als Ganzes einbezieht – und einer nur punktuellen Bezugnahme,<sup>55</sup> etwa auf tarifliche Regelungen zur Arbeitszeitgestaltung.
- 36** Zum anderen muss differenziert werden zwischen bloßen deklaratorischen Bezugnahmeregelungen – die die geltende Rechtslage wiedergeben, etwa, weil die Parteien ohnehin normativ beidseitig tarifgebunden sind – und konstitutiven Bezugnahmeregelungen, die mangels kongruenter Tarifbindung eigenständige Ansprüche begründen. Verweisungen auf branchenfremde Tarifwerke wirken stets konstitutiv.<sup>56</sup> Zur Auslegung von Bezugnahmeklauseln insoweit s. Rn. 41 ff.
- 37** Die Regelung zur Inbezugnahme muss nicht notwendigerweise aus dem Arbeitsvertrag resultieren, wenngleich dies der praktische Hauptanwendungsbereich sein dürfte; sie bedarf jedoch keiner Schriftform.<sup>57</sup> Auch eine betriebliche Übung kann daher zu einer Inbezugnahme von Tarifregelungen führen.<sup>58</sup> Insoweit bewegen sich in der Praxis vor allem diejenigen Unternehmen auf dünnem Eis, die „entsprechend“ oder „in Anlehnung an“ einen (ggf. sogar branchenfremden) Tarifvertrag Leistungen an ihre Arbeitnehmer gewähren und dabei zum Ausdruck bringen, dass sie ein Tarifwerk als Ganzes anwenden.<sup>59</sup> In derartigen Fällen un-

---

54 MASIG-Holthausen, 240 Rn. 8; Rinck, RdA 2010, 216.

55 BAG 17.1.2006, 9 AZR 41/05, NZA 2006, 923.

56 MASIG-Holthausen, 240 Rn. 14.

57 BAG 19.1.1999, 1 AZR 606/98, NZA 1999, 879.

58 BAG 3.11.2004, 4 AZR 541/03, n. v.; BAG 17.4.2002, 5 AZR 89/01, NZA 2002, 1096.

59 BAG 3.11.2004, 4 AZR 541/03, n. v.

terliegen die Arbeitgeber auch weitergehenden Pflichten zur Niederschrift aufgrund des § 2 Abs. 1 Nr. 10 NachwG.<sup>60</sup>

Infolge einer Inbezugnahmeregulierung wird der Inhalt des Tarifvertrages zum Inhalt des Arbeitsvertrages. Ob der betreffende Tarifvertrag branchenmäßig passt, ist grundsätzlich gleichgültig; ebenfalls ist irrelevant, ob der Tarifvertrag überhaupt wirksam geschlossen wurde.<sup>61</sup> **38**

Durch die Bezugnahme wirkt der Tarifvertrag schuldrechtlich und nicht normativ wie bei beiderseitiger Tarifbindung nach den §§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 TVG.<sup>62</sup> Das bedeutet, dass die Parteien jederzeit zu einem späteren Zeitpunkt individualvertraglich abweichende Regelungen treffen können. **39**

Bezugnahmeregulierungen unterliegen schließlich in manchen Fällen einer Verknüpfung mit dem Verweisziel derart, dass der Entfall der in Bezug genommenen Regelung auch zu einem Wegfall der Bezugnahme Klausel führt. Das ist insbesondere dort denkbar, wo Tarifnormen in Bezug genommen werden, solange sie kraft unmittelbarer Tarifbindung gelten.<sup>63</sup> In diesem Fall verlieren Bezugnahmeregulierungen ihre Wirkung, sobald die Anwendbarkeit des Tarifvertrages endet und er nicht nachwirkt (§ 4 Abs. 5 TVG). **40**

## 2. Auslegung von Bezugnahme Klauseln vor und nach dem 1.1.2002

Das BAG differenzierte früher bei der Auslegung von Bezugnahme Klauseln zwischen deklaratorischen und konstitutiven Abreden. Es ging davon aus, Bezugnahme Klauseln verfolgten den Zweck einer Gleichstellung der tarifgebundenen und nicht tarifgebundenen Arbeitnehmer.<sup>64</sup> Dementsprechend nahm es bis in das Jahr 2005<sup>65</sup> an, dass Arbeitnehmer mit der Verweisung auf die einschlägigen Tarifverträge arbeitsvertraglich so gestellt werden sollten, wie sie tarifrechtlich stünden, wenn sie tarifgebunden wären. Ziel der Bezugnahme war mithin die einheitliche Anwendung bestimmten Tarifrechts, unabhängig von der Tarifgebundenheit des Arbeitnehmers. Ein Ende der Tarifbindung des Arbeitgebers führte nach dieser Rechtsprechung dazu, dass in Bezug genommene Tarifverträge nur noch statisch in der zu diesem Zeitpunkt maßgeblichen Fassung anzuwenden waren. Diese Grundsätze vertritt das BAG auch weiterhin für Bezugnahme-

<sup>60</sup> BAG 17.4.2002, 5 AZR 89/01, NZA 2002, 1096.

<sup>61</sup> BAG 7.12.1977, 4 AZR 474/76, BB 1978, 157.

<sup>62</sup> BAG 7.12.1977, 4 AZR 474/76, BB 1978, 157; *Sieg/Maschmann*, Rn. 340.

<sup>63</sup> BAG 21.10.2009, 4 AZR 477/08, NZA-RR 2010, 477; BAG 29.1.1975, 4 AZR 218/74, DB 1975, 2455; *Sieg/Maschmann*, Rn. 340.

<sup>64</sup> BAG 13.4.2015, 4 AZR 244/14, NZA-RR 2016, 6; BAG 11.12.2013, 4 AZR 473/12, NZA 2014, 900; BAG 13.2.2013, 5 AZR 2/12, NZA 2013, 1024; *MASIG-Holthausen*, 240 Rn. 4.

<sup>65</sup> BAG 14.12.2005, 4 AZR 536/04, NZA 2006, 607.

## Kap. 23 Ablösung von Vergütungsordnungen

klauseln, die vor dem Inkrafttreten der Schuldrechtsreform zum 1.1.2002 vereinbart wurden, da es den Vertragsparteien insoweit Vertrauensschutz zubilligt.<sup>66</sup>

42 Für Neuverträge hat das BAG diese Rechtsprechung modifiziert und geht nunmehr davon aus, dass Neuverträge nur noch dort als Gleichstellungsabreden zu betrachten sind, wo die Vertragsparteien eine sprachlich und inhaltlich klare Regelung dahingehend getroffen haben, dieses Regelungsziel zu verfolgen.<sup>67</sup> Alle sonstigen Fälle der Inbezugnahme behandelt es nunmehr sowohl bei tarifgebundenen als auch bei nicht tarifgebundenen Arbeitnehmern als Verweisungsklauseln mit **konstitutiver Wirkung**,<sup>68</sup> welche weder durch einen Verbandsaustritt des Arbeitgebers noch einen sonstigen Wegfall seiner Tarifgebundenheit berührt werden. Das bedeutet, dass schon aufgrund der arbeitsvertraglichen Abrede die Beschäftigten an allen Tarifänderungen, die auf kollektivrechtlicher Ebene erfolgen, in der Zukunft teilnehmen.

42a Offensichtliche Konflikte bestehen zwischen dieser Rechtsprechung und der des EuGH seit der Rechtssache „Alemo-Herron“.<sup>69</sup> Der EuGH deutete zunächst an, dass die fortgeltende Dynamik von Bezugnahme-klauseln einen unzulässigen Eingriff in die unternehmerische Gestaltungsfreiheit (Art. 16 GRCh) darstellen könne. Auf eine nicht gänzlich ideologiefrei formulierte Vorlagefrage des Vierten Senats<sup>70</sup> hin entschied der EuGH sodann, dass eine dynamische Fortgeltung unionsrechtlich nicht zu beanstanden sei, „sofern das nationale Recht sowohl einvernehmliche als auch einseitige Anpassungsmöglichkeiten für den Erwerber vorsieht“<sup>71</sup> – was das BAG mit seiner Vorlagefrage impliziert hatte, ohne sich mit der Wirksamkeit dieser Mittel in der Praxis auseinanderzusetzen. Entsprechend formulierte der EuGH, solche Anpassungsmöglichkeiten seien in der Möglichkeit des Arbeitgebers zur Änderungskündigung oder der einvernehmlichen Vertragsänderung zu sehen (hierzu Rn. 60 ff., 81 ff.). Mit seiner Entscheidung hat der EuGH den Weg zu einer Entdynamisierung von Bezugnahme-klauseln, den er in der Rechtssache „Alemo-Herron“ gerade geebnet zu haben

66 BAG 24.3.2010, 4 AZR 713/08, ZTR 2010, 462; BAG 24.2.2010, 4 AZR 691/08, BB 2010, 1852; BAG 27.1.2010, 4 AZR 570/08, AP Nr. 74 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag; BAG 18.11.2009, 4 AZR 514/08, NZA 2010, 170; BAG 10.12.2008, 4 AZR 881/07, NZA-RR 2009, 537; BAG 14.12.2005, 4 AZR 536/04, NZA 2006, 607; BAG 1.12.2004, 4 AZR 50/04, NZA 2005, 478.

67 BAG 27.1.2010, 4 AZR 570/08, AP Nr. 74 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag; BAG 18.11.2009, 4 AZR 514/08, NZA 2010, 170; BAG 21.10.2009, 4 AZR 396/08, BB 2010, 2245; BAG 22.10.2008, 4 AZR 793/07, BB 2009, 1022; BAG 18.4.2007, 4 AZR 652/05, BB 2007, 2125; BAG 14.12.2005, 4 AZR 536/04, NZA 2006, 607; spezifisch zur Inbezugnahme nachwirkender Tarifverträge BAG 30.1.2013, 4 AZR 306/11, AP Nr. 25 zu § 1 TVG § 1 Tarifverträge: Musiker.

68 WHSS-Hohenstatt, E. Rn. 175 ff.

69 EuGH 18.7.2013, C-426/11, NZA 2013, 835.

70 BAG EuGH-Vorlage 17.6.2015, 4 AZR 95/14 (A), *juris*.

71 EuGH 27.4.2017, C-680/15, C-681/15, NZA 2017, 571.

schien, wieder verspermt. Das BAG hat sich dem nunmehr, wie nach der Formulierung seiner Vorlagefrage bereits zu erwarten, angeschlossen<sup>72</sup> und damit jedenfalls eine einheitliche Linie in die Senatsrechtsprechung gebracht.<sup>73</sup> Die daraus folgenden Praxisprobleme sind jedoch mannigfaltig.<sup>74</sup>

### 3. Statische Inbezugnahme von Tarifregelungen

Häufig finden sich in Arbeitsverträgen Bezugnahmen auf konkret bezeichnete Fassungen von Tarifverträgen (z. B. „Manteltarifvertrag für das Hotel- und Gaststättengewerbe des Landes Hessen in der Fassung vom ...“). In solchen Fällen ergibt die Auslegung der Klausel – insbesondere das Fehlen von Regelungen zu sich ändernden oder ablösenden Tarifwerken<sup>75</sup> –, dass es sich um eine sogenannte statische Inbezugnahme handelt. Im Rahmen solcher Inbezugnahmen nimmt ein nicht (normativ und kongruent) tarifgebundener Arbeitnehmer nicht an zukünftigen Tarifentwicklungen – insbesondere: Erhöhungen der Vergütung, z. B. aus einem Entgelttarifvertrag – teil.

Im Falle eines Betriebsübergangs behält die Bezugnahme Klausel ihre Gültigkeit (§ 613a Abs. 1 Satz 1 BGB), und zwar auch dann, wenn branchenfremde oder räumlich nicht einschlägige Tarifwerke in Bezug genommen sind. Das gilt nur dann nicht, wenn infolge des Betriebsübergangs eine kongruente Tarifgeltung greift, die für den betroffenen Arbeitnehmer günstiger ist als die bloße Inbezugnahme.<sup>76</sup> Insoweit stellen statische Bezugnahmeregelungen die Praxis vor keine großen Herausforderungen, sind aber auch aufgrund der über die Zeit zunehmenden Entkopplung von der wirtschaftlichen Entwicklung des Tarifvertrages nicht allzu verbreitet.

### 4. „Kleine“ dynamische Inbezugnahme

Demgegenüber können Regelungen auf ein bestimmtes Tarifwerk „in seiner jeweils geltenden Fassung“ verweisen. Man spricht hier von sogenannten „kleinen“ dynamischen Bezugnahme Klauseln,<sup>77</sup> da (nur) eine Zeitdynamisierung in der Regelung angelegt ist.<sup>78</sup> Derartige Regelungen ermöglichen es den Arbeitsvertragsparteien, auch Entwicklungen des in Bezug genommenen Tarifwerkes mit zu vollziehen.

72 BAG 30.8.2017, 4 AZR 95/14, NZA 2018, 255.

73 Siehe nur BAG 23.9.2009, 4 AZR 331/08, NZA 2010, 513.

74 Näher Röger/Hoffmann-Remy, § 8 Rn. 539; Wahlig/Brune, NZA 2018, 221.

75 BAG 19.9.2007, 4 AZR 710/06, DB 2009, 460; MASIG-Holthausen, 240 Rn. 16.

76 Däubler-Lorenz, § 3 TVG Rn. 265 f.; MASIG-Holthausen, 240 Rn. 19.

77 BAG 9.6.2010, 5 AZR 122/09, n. v.

78 BAG 15.4.2008, 9 AZR 159/07, NZA-RR 2008, 586.

## Kap. 23 Ablösung von Vergütungsordnungen

- 46 Derartige Klauseln sind nach der oben unter Rn. 41 f. beschriebenen Änderung der Rechtsprechung des BAG jedenfalls bei sogenannten „Neuverträgen“ ab dem 1.1.2002 im Rahmen von Unternehmenskäufen regelmäßig problembehaftet.<sup>79</sup> Die Zeitdynamik der Bezugnahme endet nicht, nur weil beispielsweise eine Tarifbindung des Veräußerers wegfällt. Selbst bei einer Tarifbindung des neuen Arbeitgebers kann es dazu kommen, dass trotz kongruenter Tarifgeltung eines „neuen“ Tarifvertrages die Vergütung sich nach dem in Bezug genommenen, alten Tarifvertrag richtet, da dieser für den Arbeitnehmer günstiger ist. Entsprechend mag sich der Erwerber (z.B. im praxisrelevanten Fall eines IT-Outsourcings) erheblichen Personalkostennachteilen hinsichtlich eines Teils seiner Belegschaft gegenübersehen.
- 47 Tückisch sind Konstellationen, in denen die Bezugnahmeklausel sich auf Verbandstarifwerke einer bestimmten Branche bezieht, der Arbeitgeber mit der tarifschließenden Gewerkschaft aber im Anschluss einen (tarifspezielleren) Firmentarifvertrag<sup>80</sup> oder Sanierungstarifvertrag eingeht. Auch derartige Tarifverträge sind nach dem Verständnis des 4. Senats des BAG regelmäßig von einer Inbezugnahme erfasst.<sup>81</sup>
- 48 Für die Rechtssicherheit in der Vertragsgestaltungspraxis sind folgende Aspekte von besonderer Relevanz:
- Das in Bezug genommene Tarifwerk muss unzweideutig bezeichnet werden, d.h. insbesondere keine vage Umschreibung, sondern exakte Wiedergabe des Titels des Tarifvertrages. Auch die Dynamik muss klar geregelt sein: Sollen nur ändernde oder auch ersetzende Regelungen mit in Bezug genommen sein? Sollen auch speziellere Firmentarifverträge mit einbezogen werden?
  - Zur Vermeidung von Rechtskollisionen sollte weiterhin vereinbart werden, dass die Bezugnahmeregelung nur gilt, sofern der Arbeitnehmer an die bei dem Arbeitgeber normativ geltenden Tarifverträge nicht aufgrund kongruenter Bindung normativ tarifgebunden ist. Sofern die normative Tarifbindung des Arbeitgebers entfällt, sollte die Regelung eine statische Fortgeltung anordnen.
  - Schließlich sollte zur Vermeidung argumentativer Volten eines mit der Auslegung befassten Arbeitsgerichts der Zweck der Regelung (Gleichstellung) eindeutig festgehalten werden.

79 Ausführlich MASIG-Holthausen, 240 Rn. 22 ff.

80 BAG 15.4.2008, 9 AZR 159/07, NZA-RR 2008, 586.

81 BAG 22.4.2009, 4 AZR 100/08, NZA 2010, 41; BAG 23.1.2008, 4 AZR 602/06, AP Nr. 63 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag; BAG 23.3.2005, 4 AZR 203/04, NZA 2005, 1003.

Eine mögliche Formulierung für eine kleine dynamische Bezugnahmeregelung könnte lauten: **49**

Das Arbeitsverhältnis richtet sich nach dem (konkrete Bezeichnung des in Bezug genommenen Tarifwerks) und den dieses/-n ergänzenden, ändernden und/oder ersetzenden Tarifverträgen in deren jeweils gültigen Fassungen. Der vorstehende Satz gilt nur, soweit der Arbeitnehmer nicht an die bei dem Arbeitgeber normativ geltenden Tarifverträge (§ 3 Abs. 1 TVG, auch kraft Allgemeinverbindlichkeit) ebenfalls normativ gebunden ist. Zweck der Regelung ist allein die Gleichstellung nicht tarifgebundener Arbeitnehmer mit tarifgebundenen Arbeitnehmern. Entfällt die normative Tarifbindung des Arbeitgebers in gleich welcher Weise, gelten die zu diesem Zeitpunkt aufgrund der Bezugnahme anwendbaren Tarifverträge statisch in der zuletzt gültigen Fassung fort, soweit sie nicht durch andere Vereinbarungen ersetzt werden.<sup>82</sup>

## 5. „Große“ dynamische Inbezugnahme („Tarifwechselklausel“)

Große dynamische Bezugnahmeklauseln hingegen sehen vor, dass bestimmte (typischerweise sachlich einschlägige bzw. normativ geltende) Tarifverträge in ihrer jeweils gültigen Fassung arbeitsvertraglich einbezogen werden.<sup>83</sup> Bei einem Branchenwechsel (wie er bei einem Betriebsübergang im Zuge einer Umstrukturierung häufig vorkommt, etwa einem IT-Outsourcing) soll grundsätzlich das jeweils branchenbezogene Tariffrecht gelten. Es sollen insoweit auch einheitliche Tarifbedingungen bei dem neuen Arbeitgeber gewährleistet werden, ganz gleich ob die betroffenen Arbeitnehmer gewerkschaftlich organisiert sind. Ein Auseinanderfallen kollektivrechtlicher und individualvertraglicher Ansprüche soll verhindert werden. Die Klausel ermöglicht auf der anderen Seite dem Arbeitgeber auch, bei Verbandsaustritten, Verbandswechseln und in ähnlichen Fällen in einen anderen Tarifvertrag zu wechseln. **50**

Während der 4. Senat in seiner Entscheidung vom 16.10.2002<sup>84</sup> noch die Formulierung „gelten die Bedingungen des jeweils gültigen Tarifvertrages“ als große dynamische Bezugnahmeklausel/Tarifwechselklausel ausgelegt hat, hat sich die Rechtsprechung insbesondere zur Transparenz von Regelungen seither weiterentwickelt. Insbesondere unter dem Gesichtspunkt des § 305c BGB ist anzuraten, im Rahmen der Vertragsgestaltung klare Grenzen zu ziehen und zwischen einer fachlichen/örtlichen Dynamik und einer zeitlichen Dynamik zu differenzieren. Nur so kann die Klausel möglichst rechtssicher gestaltet werden.<sup>85</sup> Angesichts der im Fluss befindlichen Rechtsprechung sind Überraschungen hier jedoch zu keinem Zeitpunkt ausgeschlossen; der Versuch, die Transparenz der **51**

82 Ähnlich auch bei HR-*Reufels*, § 1 Rn. 1755; MASIG-*Holthausen*, 240 Rn. 41.

83 BAG 21.11.2012, 4 AZR 85/11, NZA 2013, 512.

84 BAG 16.10.2002, 4 AZR 467/01, NZA 2003, 390.

85 So auch MASIG-*Holthausen*, 240 Rn. 28 ff.

## Kap. 23 Ablösung von Vergütungsordnungen

Regelung, ihre Verständlichkeit und Genauigkeit auf einen Nenner zu bringen, wird wohl immer wieder neu begonnen werden müssen.

- 52 Zum jetzigen Zeitpunkt könnte für einen bereits kraft Verbandsmitgliedschaft tarifgebundenen Arbeitgeber eine Regelung wie folgt formuliert werden:

- 53 „Auf das Arbeitsverhältnis sind die jeweils für den Betrieb normativ geltenden Tarifverträge in ihrer jeweils gültigen Fassung anzuwenden. Dies sind zum Zeitpunkt der Unterzeichnung dieses Arbeitsvertrages die Tarifverträge für die (...) -Industrie des Landes (...), abgeschlossen zwischen der Gewerkschaft (...) sowie dem Arbeitgeberverband (...).“<sup>86</sup>

- 54 Wo der Arbeitgeber nicht bereits tarifgebunden ist und abgesichert werden soll, dass die Bezugnahme nicht tarifgebundenen Arbeitnehmern nicht „mehr“ Rechte zubilligen soll als eine Tarifbindung bei Gewerkschaftsmitgliedern bewirken könnte, kann etwa formuliert werden:

- 55 „Für das Arbeitsverhältnis gilt der Tarifvertrag (...) für die (...) -Industrie des Landes (...), abgeschlossen zwischen der Gewerkschaft (...) sowie dem Arbeitgeberverband (...) in der Fassung vom (...). Kommen aufgrund der vorstehenden Bezugnahme unterschiedliche Tarifverträge als Verweisungsziel in Betracht, bestimmt sich der in Bezug genommene Tarifvertrag nach den Regeln zur Tarifkonkurrenz (Spezialitätsprinzip).<sup>87</sup> Änderungen dieses Tarifvertrages gelten für das Arbeitsverhältnis nur, wenn der Arbeitgeber ihrer Geltung nicht aus wirtschaftlichen Gründen binnen einer Frist von vier Wochen nach ihrem Inkrafttreten schriftlich oder in Textform gegenüber dem Arbeitnehmer widerspricht. Der Tarifvertrag verliert seine Geltung mit einem Beitritt des Arbeitgebers zu einem Arbeitgeberverband, dem Abschluss eines Firmentarifvertrages oder der Bindung an einen für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag. In diesen Fällen findet ausschließlich der jeweils normativ geltende Tarifvertrag Anwendung.“<sup>88</sup>

- 56 Schließlich sollte bei der Vertragsgestaltung stets der mögliche Rechtskonflikt zwischen individualrechtlichen Ansprüchen und der kollektiven Ebene berücksichtigt werden.<sup>89</sup>

86 Ähnlich auch MASIG-Holthausen, 240 Rn. 31 f.; HWK-Henssler, § 3 TVG Rn. 32c; Preis-Preis, II V 40 Rn. 17.

87 BAG 7.7.2010, 4 AZR 549/08, NZA 2010, 1068; BAG 7.7.2010, 4 AZR 537/08, AP Nr. 143 zu Art. 9 GG; BAG 23.1.2008, 4 AZR 602/06, AP Nr. 63 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag; BAG 14.12.2005, 10 AZR 296/05, NZA 2006, 744; HWK-Henssler, § 3 TVG Rn. 32c; MASIG-Holthausen, 240 Rn. 37.

88 In die gleiche Richtung MASIG-Holthausen, 240 Rn. 34; HWK-Henssler, § 3 TVG Rn. 32d.

89 Formulierungsvorschläge bei Preis/Greiner, NZA 2007, 1073, 1079; Bauer/Günther, NZA 2008, 6, 8.



**IV. Individualrechtliche Gestaltungen**

Wo keine kollektiven Vergütungsstrukturen existieren, eine Umstrukturierung oder anderweitige kollektive Ablösung nicht möglich ist, steht dem Arbeitgeber (nur) die Möglichkeit offen, Vergütungsordnungen flächendeckend mit individualrechtlichen Mitteln abzulösen. **57**

**1. Änderungsvorbehalte**

Am einfachsten gestaltet sich dies für den Arbeitgeber, wenn er im Rahmen vertraglich vereinbarter Vorbehalte in der Lage ist, Entgeltbestandteile mit Wirkung für die Zukunft nicht mehr zu gewähren oder der Höhe nach zu begrenzen. Zu denken ist insoweit etwa an Freiwilligkeits- oder Widerrufsvorbehalte, den Vorbehalt der Anrechnung von Leistungen untereinander, die Befristung einzelner Arbeitsbedingungen oder sogar die Möglichkeit einer Teilkündigung (s. Kap. 17, 20). Die rechtlichen Rahmenbedingungen für die wirksame Vereinbarung und Ausübung derartiger Vorbehalte sind hoch. Insbesondere ältere Arbeitsverträge weisen regelmäßig Vorbehaltsregelungen auf, die den aktuellen AGB-rechtlichen Anforderungen nicht genügen. Nur Anrechnungsvorbehalte neueren Datums, die bereits die aktuelle Rechtsprechung des BAG berücksichtigen, ermöglichen regelmäßig (begrenzte) Eingriffe in die Vergütung. In letzterem Fall können sie – etwa als Teil eines Gesamtsanierungskonzeptes (s. Rn. 64 ff.) – einen wichtigen Beitrag zur Senkung von Personalkosten leisten. **58**

**2. (Massenhafte) Änderungskündigung**

Aufgrund der nach wie vor hohen Verbreitung unwirksamer Vorbehaltsvereinbarungen sowie der sachlich begrenzten Eingriffshöhe solcher Regelungen richtet sich der Fokus häufig auf den Ausspruch einer Änderungskündigung (ggf. als sogenannte „Massenänderungskündigung“ für große Teile der Belegschaft). Hierbei wird einerseits das bestehende Arbeitsverhältnis (beendigungs-)gekündigt, andererseits aber zeitgleich dem Arbeitnehmer angeboten, das Arbeitsverhältnis zu anderen (abgesenkten) Bedingungen fortzusetzen.<sup>90</sup> Der Ausspruch einer solchen Änderungskündigung will aus tatsächlichen wie rechtlichen Gründen wohl erwogen sein. **59**

Für die Änderungskündigung gilt der allgemeine kündigungsrechtliche Grundsatz, dass es keine milderen Mittel zur Erreichung desselben Regelungszweckes geben darf, will der Arbeitgeber nicht die Wirksamkeit der Kündigung aufs Spiel setzen. **60**

<sup>90</sup> ErfK-Oetker, § 2 KSchG Rn. 5 ff.

- 61 Die insbesondere mit Blick auf das örtliche Direktionsrecht diskutierte sogenannte „überflüssigen Änderungskündigung“<sup>91</sup> soll hier nicht vertieft behandelt werden, da sie bei der Anpassung von Vergütungskomponenten kaum praktische Relevanz besitzt: Besteht Unklarheit hinsichtlich der Wirksamkeit etwa eines Widerrufsvorbehaltes, wird der gut beratene Arbeitgeber ohnehin eine vorsorgliche Änderungskündigung parallel zum Widerruf erklären. Daher nur so viel: Nach Auffassung des BAG kann eine Änderungskündigung auch dann sozial gerechtfertigt sein, wenn die streitbefangene Änderung vom Arbeitgeber zwar einseitig hätte durchgesetzt werden können, der Arbeitnehmer das Änderungsangebot jedoch unter Vorbehalt angenommen hat. Wurde das Änderungsangebot allerdings abgelehnt, soll die Änderungskündigung auch dann sozial ungerechtfertigt sein, wenn die Änderung per Direktionsrecht oder Widerruf durchsetzbar gewesen wäre.<sup>92</sup>

### *a) Tatsächliche Rahmenbedingungen für Änderungskündigungen*

- 62 Beabsichtigt der Arbeitgeber eine Änderungskündigung, kann er sich nahezu sicher sein, dass diese zu Unmut bei dem oder den betroffenen Arbeitnehmern führen wird. Mit einer Änderungskündigung wird notwendigerweise immer das gesamte Arbeitsverhältnis zur Disposition gestellt. Die Wahl zwischen einer (vom Arbeitnehmer unerwünschten) Herabsetzung der Arbeitsbedingungen und einer Beendigung wird häufig als ein aggressiver Akt der Arbeitgeberseite aufgefasst. Nimmt man hinzu, dass jeder einzelne Arbeitnehmer gegen eine solche Änderungskündigung vorgehen kann, kann sich der Arbeitgeber im Fall massenhafter Änderungskündigungen schnell einer Vielzahl von Verfahren gegenübersehen. Sieht der Geschäftsverteilungsplan des jeweils zuständigen Arbeitsgerichts keine Bündelung von Verfahren bei einer Kammer vor, die aufgrund einheitlicher unternehmerischer Entscheidung in einem bestimmten Zeitrahmen eingehen, drohen divergierende Entscheidungen und potenziell langwierige Rechtsstreite. Jenseits der rechtlichen Betrachtung macht dies die Änderungskündigung häufig unter Aufwands- und Kostengesichtspunkten unattraktiv.

### *b) Änderungskündigung zur Harmonisierung der Arbeitsbedingungen*

- 63 Materielle Arbeitsbedingungen können nicht lediglich auf der Grundlage des Gleichbehandlungsgrundsatzes im Wege der Änderungskündigung angeglichen

91 BAG 22.10.2015, 2 AZR 124/14, NZA 2016, 225; BAG 19.7.2012, 2 AZR 25/11, NZA 2012, 1038; ErfK-Kiel, § 4 KSchG Rn. 27.

92 BAG 23.2.2012, 2 AZR 44/11, BB 2012, 2505; BAG 24.8.2004, 1 AZR 419/03, BB 2005, 222; BAG 24.6.2004, 8 AZR 22/03, ZTR 2004, 579; BAG 9.7.1997, 4 AZR 635/95, BB 1998, 380; BAG 26.1.1995, 2 AZR 371/94, BB 1995, 1746; BAG 21.2.1991, 2 AZR 432/90, RzK I 7a Nr. 23; s.a. v. Hoyningen-Huene/Linck, § 2 KSchG Rn. 54f.; ErfK-Oetker, § 2 KSchG Rn. 14.

werden. Dieser untersagt es dem Arbeitgeber, in seinem Betrieb einzelne oder Gruppen von Arbeitnehmern ohne sachlichen Grund von begünstigenden Regelungen auszunehmen. Das BAG<sup>93</sup> meint insoweit, der Gleichbehandlungsgrundsatz werde „in sein Gegenteil verkehrt“, wenn sich der Arbeitgeber zur Rechtfertigung des Fortfalls betrieblicher Sozialleistungen auf eben diesen Grundsatz berufen könne. Es bedürfe daher zur Änderung vertraglicher Arbeitsbedingungen stets betrieblicher Gründe i. S. v. § 1 Abs. 2 KSchG, ohne deren Vorliegen eine Änderungskündigung nicht sozial gerechtfertigt sein könne. Hinsichtlich der Überzeugungskraft dieses Ansatzes mag man geteilter Meinung sein. Abweichende Stellungnahmen in der Literatur<sup>94</sup> haben sich aber jedenfalls bislang nicht durchzusetzen vermocht.

### *c) Betriebsbedingte Änderungskündigung zur Entgeltabsenkung*

Massenhafte betriebsbedingte Änderungskündigungen haben in der Praxis durchaus eine hohe Relevanz, soweit es um eine Entgeltabsenkung geht (zu der Rechtfertigung einer personen- bzw. verhaltensbedingten Änderungskündigung zwecks Entgeltabsenkung s. Kap. 16; kritisch zur Rechtsprechung des BAG s. Kap. 18). Werden sie nur unzureichend vorbereitet, scheitern sie jedoch häufig aufgrund der hohen Anforderungen, die die Rechtsprechung an die soziale Rechtfertigung einer derartigen Kündigung stellt. Die unternehmerische Entscheidung des Arbeitgebers zur Lohnkostensenkung allein wird nicht als ausreichende soziale Rechtfertigung im Sinne des § 1 Abs. 2 KSchG angesehen.<sup>95</sup>

Wirtschaftliche Gründe können nach Ansicht des BAG Grund für eine betriebsbedingte Änderungskündigung sein. Das soll aber nur dann gelten, wenn durch eine konkret dargelegte Senkung der Personalkosten die **Stilllegung des Betriebes** (nicht bloß des betroffenen Betriebsteils!) oder ein **Personalabbau verhindert** werden kann und soll.<sup>96</sup> Zwar müsse keine „akute Existenzgefährdung“<sup>97</sup> vorliegen, doch jedenfalls ein dem sehr nahekommender Zustand. Wie die Praxis hier abgrenzen soll, bleibt offen. Grund für die vorgenannte Differenzierung ist nach der Rechtsprechung der Grundsatz „*pacta sunt servanda*“, die Zuordnung des wirtschaftlichen Risikos der Untermertätigkeit an den Arbeit-

93 BAG 20.10.2017, 2 AZR 783/16, NZA 2018, 440; BAG 8.10.2009, 2 AZR 235/08, NZA 2010, 465; BAG 12.1.2006, 2 AZR 126/05, NZA 2006, 587 m. w. N.; v. *Hoyningen-Huene/Linck*, § 2 Rn. 170.

94 *ErfK-Preis*, § 613a BGB Rn. 122.

95 BAG 20.3.1986, 2 AZR 294/85, NZA 1986, 824; *APS-Künzl*, § 2 KSchG Rn. 258.

96 BAG 23.6.2005, 2 AZR 642/04, BB 2006, 159; BAG 20.8.1998, 2 AZR 84/98, BB 1999, 320; BAG 11.10.1989, 2 AZR 61/89, DB 1990, 2024; BAG 20.3.1986, 2 AZR 294/85, NZA 1986, 824.

97 *Eylert/Schinz*, RdA 2017, 140, 145.

geber<sup>98</sup> sowie die Verhinderung seiner Abwälzung auf die Arbeitnehmer. Insoweit muss der Arbeitgeber letztendlich seine wirtschaftliche Lage offenlegen. Nicht ausreichend ist beispielsweise die pauschale Argumentation, die Kosten einer bestimmten Organisationseinheit lägen über denjenigen bei Drittvergabe der entsprechenden Dienstleistung.<sup>99</sup>

- 66 Als milderer Mittel im Vorfeld einer Änderungskündigung muss der Arbeitgeber insbesondere operative Maßnahmen zur Produktivitätssteigerung prüfen, mithin: Er muss ein gesamthafes **Sanierungskonzept** erarbeiten,<sup>100</sup> das gleichzeitig der sozialen Rechtfertigung der Änderungskündigung dient, da es dokumentiert, welche Schritte im Vorfeld geprüft und umgesetzt wurden. Das Bewusstsein hat in den letzten Jahren glücklicherweise zugenommen, dass die Aufstellung eines solchen Konzeptes und seine betriebswirtschaftliche wie rechtliche Absicherung nicht „zwischen Tür und Angel“ gelingen kann, sondern ein sorgfältig vorzubereitender Prozess ist – sicherlich auch geprägt durch die Lehren, die aus diversen gescheiterten Sanierungen gezogen worden sind.
- 67 Wichtig ist bei der Aufstellung des vorgenannten Konzeptes, dass dieses sich nicht auf die Senkung der Personalkosten beschränken kann, sondern sich auf **sämtliche Möglichkeiten zur Kostenersparung** erstrecken muss. Die Darlegungslast des Arbeitgebers im arbeitsgerichtlichen Verfahren umfasst u. a. die Finanzlage der Einheit, in der der Arbeitgeber Personalkosten senken will, den Anteil der Personalkosten an der Gesamtkostenbelastung, die Auswirkungen der beabsichtigten Kostensenkung auf die wirtschaftliche Stabilität des Betriebs sowie die Alternativlosigkeit der Maßnahme.<sup>101</sup> Der Arbeitgeber wird sich also regelmäßig auch damit auseinandersetzen müssen, welche Produktivitätssteigerungen er durch Änderungen der Arbeitsorganisation und -prozesse erreichen kann.
- 68 Auch im Krisenfall hat der Arbeitgeber bei Änderungskündigungen ein sprichwörtliches Minenfeld zu durchqueren. Das BAG verlangt nämlich, dass der Arbeitgeber sich auf solche Änderungen der Vergütung beschränken muss, die der Arbeitnehmer billigerweise hinnehmen muss. Diese Rechtfertigungsprüfung entfällt nur dann, wenn sich die geänderte Vergütung für die neue Tätigkeit aus einem im Betrieb angewandten Vergütungssystem ergibt.<sup>102</sup> Im Regelfall aber, in dem es keine oder nicht flächendeckende kollektive Regelungen gibt und damit ein Feld für freie vertragliche Gestaltung verbleibt, sind die Anforderungen ungleich höher. Der Arbeitgeber muss darlegen, weshalb die geplante konkrete Re-

---

98 BAG 21.1.2006, 2 AZR 126/05, NZA 2006, 587.

99 WHSS-Schweibert, I Rn. 35 m. w. N.

100 WHSS-Schweibert, I Rn. 34; v. Hoyningen-Huene/Linck, § 2 KSchG Rn. 151 m. w. N.

101 BAG 26.6.2008, 2 AZR 139/07, NZA 2008, 1182.

102 BAG 23.6.2005, 2 AZR 642/04, NZA 2006, 92, 96.

duzierung der Vergütung geeignet, erforderlich und dem Arbeitnehmer zumutbar ist.

Dogmatisch nicht konsequent ist demgegenüber, dass das BAG bei der Änderungskündigung zur Anpassung „bloßer“ Nebenleistungen andere Maßstäbe ansetzt. Hier soll ausreichen, dass sich Umstände, die zum Abschluss der Nebenabrede geführt haben, nachträglich erkennbar ändern.<sup>103</sup> Wertungsmäßig ist diese Ansicht aber nachvollziehbar: Dort, wo es nicht um den Kern von Leistung und Gegenleistung und damit die wirtschaftliche Lebensgrundlage des Arbeitnehmers geht, sollen weitergehendere Eingriffe möglich sein als in die Vergütung im engeren Sinne. **69**

Zusammengefasst: Die nach dem BAG zu erfüllenden Voraussetzungen sind sehr weitgehend. Ein Unternehmen muss zunächst **eine** (beinahe) existenzbedrohende **Krisensituation abwarten**, bevor es handeln darf, anstelle den milderen – früheren – Eingriff zu wählen, was auch für die Belegschaft „Steine statt Brot“ bedeuten kann. Zudem wird die Veräußerung eines kriselnden Betriebsteiles ohne vorherige Personalkostensenkungen nahezu unmöglich, da der Erwerber selbst nur solche Maßnahmen umsetzen könnte, wenn durch den Erwerb **sein** gesamter Betrieb gefährdet wird.<sup>104</sup> Das wird bei strategischen Zukäufen so gut wie nie der Fall sein. Aus diesem Grund sollten Unternehmenskäufe oder Betriebsübergänge aus der Insolvenz, in deren Rahmen auch die Vergütung harmonisiert werden soll, immer vor der Veräußerung mit Vergütungsänderungen verbunden werden. Nach der Aufnahme des Betriebsteils ist es regelmäßig höchst herausfordernd, die von der Rechtsprechung ausgeführten Voraussetzungen zu erfüllen. **70**

Andererseits lehrt die praktische Erfahrung, dass es mit einem überzeugenden Sanierungsplan in der Regel auch gelingen wird, die weit überwiegende Zahl der Arbeitnehmer mit „an Bord“ zu holen und sogar einvernehmliche Lösungen zu finden. Eine Änderungskündigung wird dann nur für diejenigen benötigt, die sich der Maßnahme widersetzen. Dies erklärt auch die geringe Prävalenz von massenhaften Änderungskündigungen im Unternehmensalltag. **71**

#### *d) Änderungskündigung zur Anpassung der Tarifgeltung*

Nachdem insbesondere in Betriebsübergangskonstellationen – nach der derzeitigen Tendenz in der Rechtsprechung – eine Ablösung von Tarifbestimmungen des Veräußerers durch Regelungen des Erwerbers durchaus komplex ist,<sup>105</sup> kann es für den Arbeitgeber interessant sein, kraft Änderungskündigung auf individualvertraglicher Ebene massenhaft die **Geltung** der einschlägigen tariflichen **72**

<sup>103</sup> BAG 27.3.2003, 2 AZR 74/02, NZA 2003, 1029; BAG 26.7.2001, 2 AZR 547/99, NZA 2001, 492; v. Hoyningen-Huene/Linck, § 2 KSchG Rn. 159 ff.

<sup>104</sup> WHSS-Schweibert, I Rn. 38.

<sup>105</sup> Hierzu WHSS-Hohenstatt, E. Rn. 140.

## Kap. 23 Ablösung von Vergütungsordnungen

Regelungen anzupassen. Die wohl überwiegende Ansicht in der Literatur bejaht diese Möglichkeit,<sup>106</sup> auch der 4. Senat des BAG hat in mehreren Urteilen Ansätze aufgezeigt, wonach eine Anerkennung der Änderungskündigung zur Anpassung der Tarifgeltung denkbar ist. So spricht der Senat u. a. von der Möglichkeit der „Veränderung des Vertragsinhalts mit individualrechtlichen Mitteln“<sup>107</sup> im Zusammenhang mit der Beendigung der Nachwirkung eines früher allgemeinverbindlichen Tarifvertrages für nicht tarifgebundene Arbeitnehmer. Insoweit stehe dem Arbeitgeber die Möglichkeit offen, nachwirkende Tarifnormen durch Änderungskündigung abzulösen,<sup>108</sup> wobei die Änderungskündigung „nicht zwingend auf die Übernahme des neuen tariflichen Vergütungsniveaus gerichtet sein“<sup>109</sup> müsse. In dem von dem 4. Senat entschiedenen Fall genüge es, dass der Arbeitgeber darlege, dass ihm die Nachwirkung des Tarifvertrages „nicht zumutbar“ sei; die sonst üblicherweise an massenhafte Änderungskündigungen gestellten Anforderungen (s. Rn. 64 ff.) gälten hier nicht.

- 73 Anders wiederum bewertete dies der 2. Senat<sup>110</sup> in einer Entscheidung zur Erstreckung einer Tarifgeltung hinsichtlich der Tarifverträge des Zeitarbeitsgewerbes aufgrund des „Equal Pay“-Grundsatzes. Klare Kriterien zur Handhabung solcher Fälle hat das BAG den Arbeitgebern hier jedenfalls nicht an die Hand gegeben.<sup>111</sup>
- 74 Ob und inwieweit diese Rechtsprechung unter der Geltung des **Tarifeinheitsgesetzes**<sup>112</sup> – das das BVerfG als im Wesentlichen verfassungskonform angesehen hat,<sup>113</sup> – überhaupt noch Bestand haben kann, ist ebenfalls unklar. Gegebenenfalls ergeben sich neue rechtliche Gesichtspunkte aus den bis Ende 2018 durch den Gesetzgeber zu leistenden Nachbesserungen.

### *e) Verfahren; insbesondere: Betriebsratsbeteiligung*

- 75 In größerem Umfang ausgesprochene Änderungskündigungen müssen den üblichen (Verfahrens-)Anforderungen genügen. Besteht ein Betriebsrat, müssen dessen **Beteiligungsrechte** gewahrt werden. Dies beinhaltet zunächst und nahe-

---

106 MüKoBGB-Müller-Glöge, § 613a BGB Rn. 132; Erman-Edenfeld, § 613a Rn. 93; Soergel-Raab, § 613a BGB Rn. 138.

107 BAG 21.2.2001, 4 AZR 18/00, NZA 2001, 1318, 1320.

108 BAG 25.10.2000, 4 AZR 212/00, NZA 2001, 1146.

109 BAG 25.10.2000, 4 AZR 212/00, NZA 2001, 1146.

110 BAG 12.1.2006, 2 AZR 126/05, BB 2006, 1115.

111 In diese Richtung auch MüKoBGB-Müller-Glöge, § 613a BGB Rn. 136; dezidiert Hohenstatt, Anm. zu BAG 25.10.2000, 4 AZR 212/00, AP Nr. 38 zu § 4 TVG Nachwirkung; s. weiter BAG 27.9.2001, 2 AZR 236/00, NZA 2002, 750.

112 Gesetz zur Tarifeinheit vom 3.7.2015, BGBl. I 2016, S. 1130.

113 BVerfG 11.7.2017, 1 BvR 1571/15, 1 BvR 1588/15, 1 BvR 2883/15, 1 BvR 1043/16, 1 BvR 1477/16, NZA 2017, 915.

liegend die Beteiligung vor Ausspruch jeder individuellen Änderungskündigung nach §§ 99, 102 BetrVG.

Regelmäßig wird bei massenhaften Änderungskündigungen nicht abzusehen sein, ob und in welcher Zahl die Änderungsangebote abgelehnt werden und es mithin zu einer Entlassung im Sinne des § 17 KSchG kommt. Daher sollte der Arbeitgeber in solchen Fällen stets vorsorglich eine **Massenentlassungsanzeige** bei allen (!) potenziell örtlich zuständigen Standorten der Bundesagentur für Arbeit erstatten. Der lokale Betriebsrat muss zuvor ordnungsgemäß konsultiert werden.<sup>114</sup> Bei Maßnahmen, die einen Konzern insgesamt betreffen, empfiehlt sich parallel die Konsultation des Konzernbetriebsrats, falls existent. **76**

Sofern Grund für die geplanten Änderungskündigungen eine Betriebsänderung im Sinne des § 111 BetrVG ist (insbesondere bei Stellenverlagerungen oder Änderungen der Arbeitsorganisation), muss mit dem zuständigen Gremium zuvor ein **Interessenausgleich** angestrebt werden. **77**

Eine Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG kommt regelmäßig dort in Betracht, wo das Personalkostensenkungskonzept eines tarifgebundenen Arbeitgebers nicht die ersatzlose Streichung von freiwilligen und zusätzlichen Vergütungsbestandteilen vorsieht (und damit eine Rückführung auf das tarifliche Mindestmaß), sondern deren Reduzierung und **Neuverteilung**.<sup>115</sup> Gleiches gilt, wenn ein tarifungebundenes Unternehmen seine betriebliche Vergütungsstruktur neu aufsetzt. Die Missachtung des Mitbestimmungsrechts führt zur Unwirksamkeit der neu getroffenen Regelungen, weshalb eine gründliche Prüfung an dieser Stelle nur empfohlen werden kann. **78**

Schließlich sind die für die Kündigung von Mitarbeitern mit **Sonderkündigungsschutz** ggf. erforderlichen behördlichen Zustimmungen einzuholen. **79**

### 3. Änderungsvereinbarungen

Änderungsvereinbarungen versprechen insbesondere dort großen Erfolg, wo die betroffenen Arbeitnehmer nicht nur Besitzstände aufgeben müssen, sondern auch im Gegenzug Chancen und Perspektiven aufgezeigt bekommen. Insoweit kommt dem Sanierungsplan, wie er auch als Vorbereitung für eine Änderungskündigung erforderlich ist, eine große Bedeutung zu. Ist dieser transparent und nachvollziehbar, ergibt sich eine gewisse **negative Verteilungsgerechtigkeit** (d.h. verteilen sich die angestrebten Sparmaßnahmen in angemessener Weise auf die verschiedenen Positionen und Bereiche) und erhalten die Arbeitnehmer **80**

<sup>114</sup> v. *Hoyningen-Huene/Linck*, § 17 KSchG Rn. 30, 99; *KR-Weigand*, § 17 KSchG Rn. 41, 42.

<sup>115</sup> *WHSS-Schweibert*, I Rn. 19 ff.

## Kap. 23 Ablösung von Vergütungsordnungen

im Gegenzug bestimmte Zugeständnisse, kann durch eine gute Kommunikation bereits die halbe Arbeit getan werden.

### a) Grenzen

- 81 Auch im Vereinbarungswege ist die Regelungsmacht der Parteien nicht unbeschränkt. Insbesondere sind die **Grenzen** von Stundungs- und Verichtsvereinbarungen zu beachten: Zwingendes Arbeitnehmerschutzrecht, entgegenstehende betriebsverfassungsrechtliche bzw. tarifliche Regelungen sowie – insbesondere bei Verichtsvereinbarungen relevant – sittenwidrige Eingriffe in die Vergütung (§ 138 BGB). Im Falle von Betriebsübergängen treten das Umgehungsverbot hinsichtlich § 613a BGB sowie die Veränderungssperre nach § 613a Abs. 1 Satz 3 BGB hinzu.
- 82 Zwingendes Arbeitnehmerschutzrecht darf **nicht durch Einzelvereinbarung umgangen** werden. Das bedarf besonderer Hervorhebung, da gelegentlich die Ansicht vorherrscht, in Krisensituationen seien die allgemeinen rechtlichen Grenzen gleichsam außer Kraft gesetzt. Dann finden sich beispielsweise Vereinbarungen zur Herabsetzung der Urlaubstage unter Verstoß gegen die Regelungen des BUrlG zum gesetzlichen Mindesturlaub sowie eine Verlängerung der Arbeitszeiten unter Verstoß gegen das Arbeitszeitgesetz oder Ähnliches.
- 83 Auch das Kollektivrecht setzt zwingende Grenzen. Für Tarifverträge regelt § 4 Abs. 1 TVG, dass Rechtsnormen des Tarifvertrags, die den Inhalt, den Abschluss oder die Beendigung von Arbeitsverhältnissen ordnen, unmittelbar und zwingend zwischen den beiderseits Tarifgebundenen gelten, die unter den Geltungsbereich des Tarifvertrags fallen. § 4 Abs. 4 TVG stellt klar: Ein **Verzicht** auf entstandene tarifliche Rechte ist nur in einem von den Tarifvertragsparteien gebilligten Vergleich zulässig. § 77 Abs. 4 Satz 1 und 2 BetrVG schreibt vor, dass Betriebsvereinbarungen unmittelbar und zwingend gelten und ein Verzicht auf daraus resultierende Rechte nur mit Zustimmung des Betriebsrats zulässig ist.
- 84 Sofern Ansprüche mit ehemals kollektivrechtlicher Natur infolge eines Betriebsübergangs nach § 613 Abs. 1 Satz 2 BGB bei dem neuen Betriebsinhaber fortgelten, greift eine **Veränderungssperre von einem Jahr**. Innerhalb dieses Zeitraums dürfen die Arbeitsbedingungen innerhalb eines Jahres nach dem Betriebsübergang nicht zum Nachteil des Arbeitnehmers geändert werden, sofern sie vor dem Betriebsübergang durch Rechtsnormen eines Tarifvertrags oder einer Betriebsvereinbarung geregelt waren. Das gilt selbst dann, wenn der Arbeitnehmer in voller Kenntnis der befristeten gesetzlichen Besitzstandsgarantie einer Absenkung seiner Arbeitsbedingungen zustimmt.<sup>116</sup> Eine Rückausnahme gilt aber dann, wenn die Regelungen eines fachlich und räumlich einschlägigen Tarifver-

---

116 WHSS-Schweibert, IRn. 52.



trages in dem neuen Betrieb vertraglich in Bezug genommen werden (§ 613a Abs. 1 Satz 4, 2. Var. BGB).

Davon unabhängig ist in Betriebsübergangskonstellationen zu beachten, dass § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB zwingendes Recht darstellt, welches weder durch Vereinbarung zwischen Veräußerer und Erwerber noch durch einzelvertragliche Abrede mit den betroffenen Arbeitnehmern abbedungen werden kann.<sup>117</sup> Insbesondere Vereinbarungen über die Aufhebung des Arbeitsverhältnisses und Neube-gründung eines Arbeitsverhältnisses zum Betriebserwerber, vermittelt durch den Betriebsübergang auf einen Dritten (häufig eine BQG, sogenanntes „**Lemgoer Modell**“), sind regelmäßig<sup>118</sup> unzulässig. Eingriffe in noch ausstehende, aber bereits fällige Vergütung oder freiwillige Nebenleistungen des (alten) Arbeitgebers sind hingegen zulässig, erfordern auf Seiten des Neuarbeitgebers aber sachliche Gründe, an die keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden. Es genügt insoweit beispielsweise ein kausaler Beitrag der Maßnahme zum Erhalt von Arbeitsplätzen.<sup>119</sup>

Diese Rechtsprechung beschränkt auch die Handlungsoptionen des neuen Betriebsinhabers für Vereinbarungen mit der neu hinzugewonnenen Belegschaft bezüglich zukünftiger Rechte und Pflichten. Auch hier sorgen – wenig praxis-freundlich – widerstreitende Entscheidungen der Senate aber für Rechtsunsicherheit:

- Ursprünglich hatte das BAG entschieden, dass die Fortführung von Versorgungsanwartschaften nicht einzelvertraglich ausgeschlossen werden kann, solange keine Sachgründe für den Widerruf der Versorgungszusage gegeben sind.<sup>120</sup>
- Seither hat der 5. Senat des BAG entschieden, dass die Arbeitsvertragspartei-en nach dem Betriebsübergang künftige Vergütungsansprüche auch ohne Sachgrund frei vereinbaren und damit auch reduzieren können.<sup>121</sup> Seine Rechtsprechung bezog sich aber ausdrücklich nicht auf die sachgrundlose Änderung von Altersversorgungszusagen.
- Demgegenüber hat der 8. Senat im Anschluss vertreten, dass bereits vor dem Betriebsübergang abgeschlossene Erlassverträge bzgl. bereits entstandener Ansprüche wegen Umgehung des § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam sei-

117 BAG 12.5.1992, 3 AZR 247/91, BB 1993, 145; BAG 14.7.1981, 3 AZR 517/80, BB 1982, 1117; BAG 29.10.1975, 5 AZR 444/74, BB 1976, 315; siehe auch EuGH 10.2.1988, 324/86, Slg. 1988, 739 – Tellerup/Daddy's Dance Hall.

118 Zu den zulässigen Konstellationen *Fuhlrott/Salamon*, BB 2012, 1793.

119 BAG 29.10.1985, 3 AZR 485/83, BB 1986, 1644; BAG 17.1.1980, 3 AZR 160/79, BB 1980, 319; BAG 26.1.1977, 5 AZR 302/75, BB 1977, 897; BAG 18.8.1976, 5 AZR 95/75, BB 1977, 95.

120 BAG 29.10.1985, 3 AZR 485/83, BB 1986, 1644.

121 BAG 7.11.2007, 5 AZR 1007/06, BB 2008, 504.

## Kap. 23 Ablösung von Vergütungsordnungen

en.<sup>122</sup> Auch seine Rechtsprechung dazu, dass Aufhebungsverträge unwirksam sind, die ohne hinreichenden Sachgrund zu dem Zweck abgeschlossen werden, dem Erwerber den Abschluss eines neuen Arbeitsvertrages zu schlechteren Bedingungen zu ermöglichen, hat wohl nach wie vor Bestand.<sup>123</sup>

- 87 Die weiteren Entwicklungen in diesem Bereich sind abzuwarten. Dogmatisch frei von logischen Brüchen wäre es nur, Vertragsänderungen sowohl vor als auch nach dem Betriebsübergang ohne Sachgrund für zulässig zu erachten, solange diese nicht – analog zum Kündigungsverbot des § 613a BGB – **wegen** des Betriebsüberganges erfolgen.<sup>124</sup> Nur eine solche Betrachtungsweise steht im Einklang mit dem in § 613a Abs. 1 Satz 3 BGB hinterlegten Grundsatz, wonach bei Aufeinandertreffen verschiedener kollektivrechtlich begründeter Rechtsregime das Vereinheitlichungsinteresse des neuen Inhabers vorrangig gegenüber dem Interesse der Arbeitnehmer an möglicherweise günstigeren Arbeitsbedingungen bei dem früheren Betriebsinhaber zu gewichten ist.

### *b) Betriebliche Mitbestimmung*

- 88 Soweit mit der Änderungsvereinbarung auch – wie dies typischerweise der Fall ist – Veränderungen beispielsweise hinsichtlich des Arbeitsortes, der Dauer oder Lage der Arbeitszeit, des betrieblichen Ordnungsverhaltens oder der Vergütung einhergehen, ist der **Betriebsrat** einzubinden, falls vorhanden. Es gilt insoweit das unter Rn. 74 ff. Gesagte entsprechend.

### *c) Beachtung des Günstigkeitsprinzips*

- 89 Auch wenn eine geplante Vereinbarung nach den obigen Kriterien als wirksam identifiziert wurde, kann sich der Arbeitgeber noch nicht zurücklehnen: Eine Nichtbeachtung des Günstigkeitsprinzips kann das gesamte Ablösungsprojekt gefährden. Das Günstigkeitsprinzip ergibt sich im Tarifvertragsrecht unmittelbar aus dem Gesetz (§ 4 Abs. 3 TVG), im Betriebsverfassungsrecht aus ständiger Rechtsprechung.<sup>125</sup> Wollen die Arbeitsvertragsparteien einvernehmlich von einer Regelung in einem Tarifvertrag oder einer Betriebsvereinbarung abweichen, ist das grundsätzlich nur zugunsten des Arbeitnehmers möglich (individuelles Günstigkeitsprinzip). Eine zulasten des Arbeitnehmers abweichende

122 BAG 19.3.2009, 8 AZR 722/07, NZA 2009, 1091; BAG 12.5.1992, 3 AZR 247/91, BB 1993, 145; s.a. *Bunte*, NZA 2010, 319.

123 BAG 25.10.2012, 8 AZR 575/11, NZA 2013, 203; BAG 25.7.2007, 8 AZR 917/06, NZA-RR 2008, 367; HWK-Willemsen, § 613a BGB Rn. 247; ErfK-Preis, § 613a BGB Rn. 82 f.; WHSS-Willemsen, G. Rn. 195 ff.

124 LAG Rostock, 11.3.2015, 3 Sa 128/14, BeckRS 2015, 67333; Soergel-Raab, § 613a BGB Rn. 91; Staudinger-Annuß, § 613a BGB Rn. 215; Dzida/Wagner, NZA 2008, 571; Willemsen, NZA-Beil. 2008, 155.

125 HWK-Gaul, § 77 BetrVG Rn. 59.

Vereinbarung wird für die Dauer der Geltung der Betriebsvereinbarung bzw. des Tarifvertrages von dieser verdrängt und ist daher unanwendbar.<sup>126</sup> Ausnahmen sind maßgeblich in zwei Konstellationen denkbar:

Enthält die Kollektivregelung bereits selbst eine Öffnungsklausel dahingehend, dass die Arbeitsvertragsparteien auch zu Ungunsten der Beschäftigten abweichen dürfen,<sup>127</sup> ist eine solche Abweichung wirksam möglich. Derartige Fälle bilden jedoch die große Ausnahme. **90**

Häufiger sind in der Praxis betriebsvereinbarungsoffene Gestaltungen der Arbeitsverträge. Bestehen zusätzlich zu derartigen Arbeitsverträgen Ansprüche auf Leistungen kraft Gesamtzusage, betrieblicher Einheitsregelung oder betrieblicher Übung, steht dem Arbeitgeber regelmäßig die Möglichkeit offen, im Wege der Betriebsvereinbarung eine neue – vorrangige – Regelung zu treffen, solange die neue Regelung **kollektiv günstiger** ist als die Altzusage. Damit wird nur noch geprüft, ob die Arbeitnehmer insgesamt (oder eine bestimmte Gruppierung von Arbeitnehmern) durch die Neuregelung schlechter behandelt werden als zuvor (modifizierter kollektiver Günstigkeitsvergleich<sup>128</sup>). **91**

Der einzelne Arbeitnehmer, der eine Zusage mit kollektivem Bezug erfährt, muss nämlich davon ausgehen, dass aufgrund veränderter Gerechtigkeitsvorstellungen Umschichtungen innerhalb des Leistungspaketes an die Belegschaft stattfinden, die auch zu seinen Lasten gehen können.<sup>129</sup> Ein Arbeitnehmer, der trotz kollektiv günstigerer Regelung individuell eine Belastung erfährt, muss trotz des Günstigkeitsprinzips, für die Geltungsperiode der Betriebsvereinbarung, die Neuregelung gegen sich gelten lassen.<sup>130</sup> Er kann lediglich im Rahmen einer gerichtlichen Billigkeitskontrolle individuelle Härten geltend machen (Vertrauensschutz, Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne etc.). **92**

Ein Günstigkeitsvergleich ist stets nach sogenannten Suchgruppen geordnet durchzuführen. Vergleichbar sind alle Regelungsgegenstände, die in einem inneren Sachzusammenhang stehen,<sup>131</sup> also beispielsweise alle Regelungen zur Ver- **93**

126 BAG 28.6.2005, 1 AZR 213/04, NZA 2005, 1431; BAG 21.9.1989, 1 AZR 454/88, NZA 1990, 351.

127 *Fitting*, § 77 Rn. 197; *ErfK-Kania*, § 77 BetrVG Rn. 79; *ErfK-Franzen*, § 4 TVG Rn. 31 ff.; *HWK-Henssler*, § 4 TVG Rn. 34 ff.

128 BAG 19.2.2008, 3 AZR 61/06, NZA-RR 2008, 597; BAG 28.3.2000, 1 AZR 366/99, NZA 2001, 49; BAG GS 16.9.1986, GS 1/82, BB 1987, 265.

129 BAG 17.6.2003, 3 ABR 43/02, BB 2004, 612.

130 BAG 24.10.2017, 1 AZR 846/15, NJOZ 2018, 1278; BAG 28.3.2000, 1 AZR 366/99, NZA 2001; BAG 21.9.1989, 1 AZR 454/88, NZA 1990, 351, 49; BAG GS 16.9.1986, GS 1/82, NZA 1987, 168; *ErfK-Kania*, § 77 BetrVG Rn. 70; *Fitting*, § 70 BetrVG Rn. 209.

131 BAG 15.4.2015, 4 AZR 587/13, NZA 2015, 1274; BAG 27.1.2004, 1 AZR 81/99, NZA 2004, 667.

## Kap. 23 Ablösung von Vergütungsordnungen

gütung oder alle Regelungen zur Arbeitszeit. Ein „Aufwiegen“ unterschiedlicher Komplexe gegeneinander ist im Rahmen des individuellen Günstigkeitsvergleiches nicht möglich. Beispielsweise kann eine höhere Vergütung nicht eine verkürzte Kündigungsfrist kompensieren.<sup>132</sup> Eine Arbeitsplatzsicherungsregelung kann isoliert nicht die Veränderung des Verhältnisses von Arbeitszeit und Vergütung rechtfertigen.<sup>133</sup>

### 4. Wegfall der Geschäftsgrundlage

- 94 Als „Notnagel“, wenn alle anderen Wege versperrt sind, kann unter Umständen das Institut des Wegfalls der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) dienen. Dieses kann insbesondere in Fällen eingreifen, in denen ein Rechtsnachfolger Vergütungsverpflichtungen des Altarbeitgebers übernimmt, er diese Verpflichtungen aber rein tatsächlich nicht erfüllen kann. Beispielsweise kann ein Rechtsnachfolger, der selbst keine Modeartikel vertreibt, seinen Arbeitnehmern keine Mitarbeiterrabatte mehr auf den Erwerb von Kleidungsstücken gewähren; ein Erwerber kann keine Aktienoptionen an dem Unternehmen des Veräußerers gewähren; die Anknüpfung an zukünftige wirtschaftliche Kennzahlen eines durch Verschmelzung untergegangenen Unternehmens durch den (aufnehmenden) Erwerber ist ebenfalls wenig sinnvoll. Wo der Anspruch nicht durch eine Änderungskündigung oder sonstige kollektivrechtliche Rechtsanpassung aus der Welt geschafft werden kann, hilft § 313 BGB. Hier muss unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Einzelfalles geprüft werden, ob eine Leistung (ersatzlos) entfällt oder ob die Leistung derart anzupassen ist, dass sie an andere Kennzahlen anknüpft oder durch eine andere Leistung ersetzt wird.

## V. Besonderheiten in der Insolvenz

- 95 In der Insolvenz ergeben sich hinsichtlich der Anwendbarkeit der geltenden Vergütungssysteme auf die Arbeitnehmer keine wesentlichen Änderungen. Nach Eröffnung des Regelinsolvenzverfahrens tritt lediglich der Insolvenzverwalter an die Stelle des Arbeitgebers. Will der Insolvenzverwalter die materiellen Arbeitsbedingungen verändern, muss er dies nach den allgemeinen Grundsätzen tun. Ihm stehen lediglich Erleichterungsregelungen zur Verfügung, namentlich abgekürzte Kündigungsfristen sowie ein Nothebel hinsichtlich eventuell vereinbarten Ausschlusses der ordentlichen Kündbarkeit (§ 113 InsO). Die abgekürzte Kündigungsfrist beträgt in diesem Fall längstens drei Monate zum Monatsende.

---

132 *Fitting*, § 77 BetrVG Rn. 199 f.; *HWK-Gaul*, § 77 BetrVG Rn. 60.

133 BAG 6.11.2007, 1 AZR 862/06, NZA 2008, 542; BAG 20.4.1999, 1 ABR 72/98, NZA 1999, 887.

# Kapitel 24

## Bonusregelungen und Zielvereinbarungssysteme

**Schrifttum:** *Annuß*, Arbeitsrechtliche Aspekte von Zielvereinbarungen in der Praxis, NZA 2007, 290; *Behrens/Rinsdorf*, Am Ende nicht am Ziel? – Probleme mit der Zielvereinbarung nach einer Kündigung, NZA 2006, 830; *Beiner/Braun*, Der Vorstandsvertrag, 2. Aufl. 2014; *Bordet/Raiß*, Arbeitsvertragliche Gestaltung von Zielvereinbarungen, ArbRAktuell 2011, 607; *Clemenz/Kreft/Krause* (Hrsg.), AGB-Arbeitsrecht, 2013; *Dzida/Naber*, Risikosteuerung durch variable Vergütung, BB 2011, 2613; *Feißel/Gorn*, Finanzkrise vs. Pacta sunt servanda – Vertragsanpassung in Krisenzeiten, BB 2009, 1138; *Fuhrrott/Balupuri-Beckmann*, Voraussetzungen und Folgen der Freistellung von der Arbeitspflicht, ArbRAktuell 2011, 393; *Heiden*, Neue Entwicklungen im Recht der Sonderzahlungen, RdA 2012, 225; *Hümmerich*, Zielvereinbarungen in der Praxis, NJW 2006, 2294; *Jensen*, Arbeitsvertragsklauseln gegen betriebliche Übungen – was geht noch?, NZA-RR 2011, 225; *ders.*, Jahresverlust und variable Vergütung – Banken im Spannungsfeld zwischen Institutvergütungsverordnung und Arbeitsrecht, BB 2014, 2869; *Kramer*, Gestaltung einer Freistellung von der Arbeit, DB 2008, 2538; *Pfrogner*, Flexibilität und Risikominimierung durch Ermessensbonus, BB 2018, 757; *Preis/Deutzmann*, Entgeltgestaltung durch Arbeitsvertrag und Mitbestimmung, NZA-Beil. 2017, 101; *Reinfelder*, Leistungsgerechtes Entgelt – Gestaltung und Umgestaltung, NZA-Beil. 2014, 10; *Salamon*, Variable Vergütung: Anpassung von Zielen während des Bezugszeitraums, NZA 2015, 1089; *ders.*, Einseitige Leistungsbestimmungsrechte bei variablen Entgelten, NZA 2014, 465; *ders.*, Das Ende von Sonderzahlungen mit Mischcharakter?, NZA 2011, 1328; *Salamon/Wessels*, Variable Vergütung aufgrund Leistungsbestimmung in der Praxis, BB 2017, 885; *Schneider*, Betriebliche Übung und konkludente Vertragsanpassung, NZA 2016, 590; *Schönhöft*, Zur Frage der Initiativlast bei unterbliebenen Zielvereinbarungen, BB 2013, 1529; *Simon/Hidalgo/Koschker*, Flexibilisierung von Bonusregelungen – eine unlösbare Aufgabe?, NZA 2012, 1071; *Wensing/Boensch*, § 315 BGB: Das Instrument zur Flexibilisierung arbeitsvertraglicher Sonderzahlungen, BB 2014, 2358.

### Übersicht

	Rn.		Rn.
I. Begriff der Leistungsvergütung . .	1	4. Betriebliche Übung und AGB-Kontrolle . . . . .	21
1. Kriterien der Leistungsvergütung . . . . .	4	III. Beschränkungen in Bezug auf den Kreis der Begünstigten . . . .	25
2. Abgrenzung zu anderen Vergütungsbestandteilen . . . .	10	IV. Verzielungsprozess und Bonuskriterien . . . . .	28
II. Verpflichtungstatbestände und Kontrollmaßstab . . . . .	13	1. Unterschied zwischen Zielvereinbarung und Zielvorgabe	28
1. Arbeitsvertrag und AGB-Kontrolle . . . . .	14	2. Zeitpunkt der Verzielung . . . .	33
2. Betriebsvereinbarung und § 75 BetrVG (Recht und Billigkeit)	18	3. Nachträgliche Anpassung von Zielen . . . . .	36
3. Gesamtzusage und AGB-Kontrolle . . . . .	20	4. Kategorien von Zielen . . . . .	39

## Kap. 24 Bonusregelungen und Zielvereinbarungssysteme

5. Bonusformel und Wirtschaftsrisiko . . . . .	42	4. Poolsysteme und billiges Ermessen . . . . .	61
V. Bemessungszeitraum für Bonuszahlungen . . . . .	48	5. Leistungsbestimmung durch das Gericht . . . . .	67
VI. Ermittlung des Bonus . . . . .	51	VII. Störfälle und Kürzungstatbestände . . . . .	68
1. Formelbasierte vs. diskretionäre Bonussysteme . . . . .	51	VIII. Darlegungs- und Beweislast . . . . .	72
2. Grundsätze der Ermessensausübung . . . . .	53	IX. Prozessuales . . . . .	75
3. Wirtschaftsrisiko und billiges Ermessen . . . . .	56		

### I. Begriff der Leistungsvergütung

- 1 Bestandteil der Entlohnungssysteme vieler Unternehmen ist heutzutage neben der Fix- bzw. Grundvergütung eine leistungsabhängige, oftmals auch als variabel bezeichnete, Vergütungskomponente, von der sich die Arbeitgeber in aller Regel **Anreiz- und Lenkungsfunktionen** erhoffen. Diese Art von Vergütungskomponente, die oftmals im Jahresturnus gewährt wird und von der Erreichung persönlicher und/oder unternehmensbezogener Ziele abhängt, wird gemeinhin auch unter den Oberbegriff „**Bonus**“ gefasst.<sup>1</sup> Je nach konkreter Ausgestaltung der variablen Vergütung und deren Empfängerkreis werden – längst nicht immer rechtlich präzise – synonym auch Begriffe wie „Tantieme“ (s. Rn. 46), „Provision“ oder „Gewinnbeteiligung“ benutzt.<sup>2</sup>
- 2 Von Zahlungen, die als Gegenleistung für die Arbeitsleistung erbracht werden, sind die sogenannten **Gratifikationen** wie Weihnachtsgeld, Urlaubsgeld und Jubiläumsgeld abzugrenzen, die in der Regel keinen Leistungsbezug aufweisen, es sei denn, dass sich aus den zugrunde liegenden Absprachen Gegenteiliges ergibt.<sup>3</sup>
- 3 Für leistungsbezogene Vergütung gelten aufgrund der in ihr zum Ausdruck kommenden Verknüpfung zwischen Arbeit und Lohn – im Fachjargon auch „**Synallagma**“ genannt – arbeitsrechtliche Sonderregelungen. Diese dynamische Materie wird auch als das Recht der Sonderzahlungen<sup>4</sup> bezeichnet, das maßgeblich durch den für Gratifikationen und Sondervergütungen sowie gewinn-, umsatz- oder ergebnisorientierte Zahlungen zuständigen 10. Senat des Bundesarbeitsgerichts geprägt ist.

1 Vgl. HR-Mengel, § 1 Rn. 1772 ff.

2 Siehe etwa Simon/Hidalgo/Koschker, NZA 2012, 1071; HR-Mengel, § 1 Rn. 1773; zu Provisionen siehe eingehend Kap. 25.

3 Vgl. nur Reinfelder, NZA-Beil. 2014, 10, 14; Schaub-Linck, § 78 Rn. 2.

4 Vgl. Heiden, RdA 2012, 225.

**1. Kriterien der Leistungsvergütung**

Ob ein Entgeltbestandteil unmittelbar leistungsbezogen ist, ist vor allem für die Frage relevant, ob und inwieweit dessen Flexibilisierung durch Änderungsvorbehalte wie beispielsweise einen Freiwilligkeitsvorbehalt,<sup>5</sup> einen Widerrufsvorbehalt oder eine Stichtagsklausel zulässig ist (s. Kap. 20).

Den **Zweck einer Zuwendung** ermittelt das BAG anhand Auslegung der insoweit maßgeblichen Vereinbarungen. Dabei gilt nach der jüngeren Rechtsprechung im Einzelnen Folgendes: Soweit eine Sonderzahlung an das Erreichen persönlicher Ziele, sei es quantitativer oder qualitativer Natur, geknüpft ist, liegt der Vergütungscharakter nach Auffassung des 10. Senats auf der Hand.<sup>6</sup> Damit ist dem Arbeitgeber insbesondere im Nachhinein das Argument versperrt, dass vereinbarte oder vorgegebene Ziele (anders als in den Vorjahren) keine Vergütungsrelevanz (mehr) haben sollen.<sup>7</sup>

Ein Leistungsbezug ist ferner regelmäßig – ein Gegenbeweis kann also ggf. erbracht werden – auch dann anzunehmen, wenn die in Rede stehende Zahlung einen wesentlichen Anteil der Gesamtvergütung ausmacht<sup>8</sup> und sich außerhalb des „üblichen Rahmens reiner Treue- und Weihnachtsgratifikationen“<sup>9</sup> bewegt. Dies ist bei einem Verhältnis von 15 % jedenfalls schon nicht mehr der Fall.<sup>10</sup> Die kritische Grenze, bis zu der eine Zahlung ganz oder teilweise auch von der Betriebstreue des Arbeitnehmers abhängig und damit rechtswirksam einer Flexibilisierung zugänglich gemacht werden kann, dürfte bei einem Bruttomonatsgehalt liegen.

Sofern eine Sonderzahlung erbracht wird, ohne dass weitere Anspruchsvoraussetzungen vereinbart sind, spricht auch dies widerleglich dafür, dass es sich um eine synallagmatische Leistung handelt.<sup>11</sup>

Eine synallagmatische Verknüpfung wird vom BAG auch angenommen, wenn eine Zahlung von einem **Betriebs- oder Unternehmensergebnis**<sup>12</sup> abhängt, wie

5 Vgl. *Jensen*, NZA-RR 2011, 225, 227 m. w. N.

6 BAG 13.5.2015, 10 AZR 266/14, NZA 2015, 992; BAG 18.1.2012, 10 AZR 667/10, NZA 2012, 620, 621.

7 BAG 19.3.2014, 10 AZR 622/13, NZA 2014, 595, 600.

8 BAG 13.5.2015, 10 AZR 266/14, NZA 2015, 992; BAG 18.1.2012, 10 AZR 667/10, NZA 2012, 620, 621.

9 BAG 18.1.2012, 10 AZR 667/10, NZA 2012, 620, 622.

10 BAG 13.5.2015, 10 AZR 266/14, NZA 2015, 992.

11 BAG 13.5.2015, 10 AZR 266/14, NZA 2015, 992; BAG 3.9.2014, 5 AZR 1020/12, AP § 1 TVG Tarifverträge: Metallindustrie Nr. 235; BAG 18.1.2012, 10 AZR 667/10, NZA 2012, 620, 621.

12 BAG 13.5.2015, 10 AZR 266/14, NZA 2015, 992, 993; BAG 12.4.2011, 1 AZR 412/09, BAGE 139, 300, Rn. 25; BAG 18.1.2012, 10 AZR 667/10, NZA 2012, 620, 621.

## Kap. 24 Bonusregelungen und Zielvereinbarungssysteme

dies insbesondere bei Tantiemen und Gewinnbeteiligungen der Fall ist.<sup>13</sup> Für derlei Zahlungen gelten laut dem 10. Senat allerdings insofern Besonderheiten, als im Einzelfall durchaus für Ermittlungszwecke Raum für Stichtagsklauseln bestehen kann.<sup>14</sup> Dies gilt sogar in Fällen, in denen ein bestimmter **Arbeitserfolg** bis zu einem definierten Zeitpunkt erbracht sein muss, damit eine Sonderzahlung ausgelöst wird. Insoweit ist etwa an Saisonbetriebe zu denken, aber auch an Fallgestaltungen mit anderen branchen- oder betriebsbezogenen Besonderheiten.<sup>15</sup>

- 9 Schließlich ist auch darauf hinzuweisen, dass sich nach dem 10. Senat aus dem Auszahlungszeitpunkt einer Sonderzahlung keine Zwecksetzung entnehmen lässt. Insbesondere lässt sich dem alleinigen Umstand, dass die Sonderzahlung jeweils zum Ende des Kalenderjahres ausgezahlt wird, nicht entnehmen, dass mit ihr ausschließlich die Betriebstreue honoriert werden soll.<sup>16</sup>

### 2. Abgrenzung zu anderen Vergütungsbestandteilen

- 10 Sofern der Arbeitgeber mit einer Sonderzahlung nicht ausschließlich Arbeitsleistung vergüten, sondern andere Zwecke, wie etwa die Honorierung von künftiger oder erwiesener **Betriebstreue**, verfolgen will, so muss sich dies deutlich aus den zugrunde liegenden Vereinbarungen ergeben, insbesondere indem die Zahlung (allein) von dem Bestand des Anstellungsverhältnisses abhängig gemacht wird.<sup>17</sup>

10a **Klauselbeispiel für die Honorierung von Betriebstreue:**<sup>18</sup>

„Der Arbeitnehmer erhält eine Einmalzahlung in Höhe eines Bruttomonatsgehalts, wenn er am ... noch in einem Arbeitsverhältnis zu dem Arbeitgeber steht. Die Sonderzuwendung ist leistungsunabhängig und honoriert ausschließlich die Betriebstreue des Arbeitnehmers.“

- 11 Das bedeutet konkret, dass für **Zahlungen mit Mischcharakter**, mit denen also gleichermaßen Betriebstreue honoriert und Arbeitsleistung vergütet wird, der für leistungsbezogene Zahlungen geltende strengere Maßstab Anwendung fin-

13 BAG 12.4.2011, 1 AZR 412/09, BAGE 139, 300, Rn. 25; dies gilt allerdings weder für den Fall, dass eine Tantieme mehrfach hintereinander in gleicher Höhe gezahlt wurde, vgl. BAG 17.4.2013, 10 AZR 251/12, NJOZ 2013, 1705, noch soll dies für den Fall gelten, dass in Bezug auf Abschlagszahlungen auf die zu erwartende Leistung kein Rückforderungsvorbehalt ausgewiesen war, vgl. *Salamon/Wessels*, BB 2017, 885, 888.

14 BAG 13.11.2013, 10 AZR 848/12, BB 2014, 1020; BAG 28.1.2012, 10 AZR 612/10, NJW 2012, 1532.

15 BAG 13.11.2013, 10 AZR 848/12, BB 2014, 1020, 1023.

16 BAG 13.5.2015, 10 AZR 266/14, NZA 2015, 992, 994.

17 BAG 13.5.2015, 10 AZR 266/14, NZA 2015, 992, 993.

18 Angelehnt an MASIG-Reiserer, C.402 Rn. 13a.



det.<sup>19</sup> Dies bedeutet insbesondere, dass der Arbeitnehmer im Falle eines unterjährigen Beginns oder unterjährigen Endes des Anstellungsverhältnisses selbst bei Vereinbarung einer entgegenstehenden Stichtagsklausel Anspruch auf Sonderzahlung in pro-ratierlicher Höhe hat.<sup>20</sup>

**Klauselbeispiel für eine Zahlung mit Mischcharakter:**

„Der Arbeitnehmer erhält bei vollständiger Erreichung der ihm vorgegebenen Ziele eine Einmalzahlung in Höhe eines Bruttomonatsgehalts, wenn er am ... noch in einem Arbeitsverhältnis zu dem Arbeitgeber steht.“

11a

Sofern eine solche deutliche Vereinbarung fehlt, muss für Zwecke der Klärung der Frage, welcher Zweck mit einer Sonderzahlung verfolgt wird, prozessual letztlich von einem (in Wahrheit kaum) widerlegbaren **Anscheinsbeweis** zugunsten des Bestehens eines Leistungsbezugs ausgegangen werden.

12

## II. Verpflichtungstatbestände und Kontrollmaßstab

Arbeitnehmer haben weder kraft Gesetzes noch kraft Gewohnheitsrechts und schon gar nicht aus dem Gedanken der arbeitgeberseitigen Fürsorge Anspruch auf leistungsbezogene Sonderzahlungen.<sup>21</sup> Einem Anspruch muss vielmehr ein korrespondierender Verpflichtungstatbestand zugrunde liegen, dessen Natur dann gleichzeitig auch über den rechtlich zu beachtenden Kontrollmaßstab entscheidet.

13

### 1. Arbeitsvertrag und AGB-Kontrolle

Typischerweise werden Abreden über leistungsabhängige Vergütung arbeitgeberseits vorformuliert im Arbeitsvertrag getroffen. In der Praxis sind dabei erhebliche Formulierungsunterschiede festzustellen, gerade auch wenn es um den Detaillierungsgrad der Regelung und damit letztlich um die Frage geht, wie stark die rechtliche Position des Mitarbeiters jedenfalls nach Vorstellung des Arbeitgebers sein soll. Damit geht einher, dass eine saubere Grenzziehung zwischen kontrollfreier **Hauptabrede** und kontrollfähiger **Nebenabrede**, die einer **AGB-Kontrolle** zugänglich ist, nicht immer klar gezogen werden kann.

14

Bestes Beispiel hierfür sind Klauseln, die in Reaktion auf die Entscheidung des 10. Senats vom 24.10.2007 zu arbeitsvertraglichen Freiwilligkeitsvorbehalten<sup>22</sup> größere Verbreitung fanden und die, anders als in den Dekaden zuvor, nicht

15

19 BAG 12.4.2011, 1 AZR 412/09, BB 2011, 2811; ablehnend *Salamon*, NZA 2011, 1328, 1331.

20 BAG 7.6.2011, 1 AZR 807/09, NZA 2011, 1234.

21 *Schaub-Linck*, § 78 Rn. 5.

22 BAG 24.10.2007, 10 AZR 825/06, BB 2008, 166 (m. Anm. *Lembke*).

## Kap. 24 Bonusregelungen und Zielvereinbarungssysteme

mehr vorsahen, dass der Arbeitnehmer in Bezug auf einen vom tatsächlichen Leistungswillen des Arbeitgebers abhängigen, also unter einer **Wollensbedingung** stehenden, Bonus berechtigt war,<sup>23</sup> sondern denen zufolge der Arbeitnehmer einen Bonus unter bestimmten Voraussetzungen lediglich erhalten „könne“. Während der 10. Senat zunächst noch sinnierte, ob es sich hierbei überhaupt um eine Vertragsbedingung i. S. v. § 305 BGB handeln könne,<sup>24</sup> unterzog er Klauseln dieses Typs in späteren Jahren wie selbstverständlich einer Prüfung anhand der §§ 305 ff. BGB.<sup>25</sup>

- 16 Eine Regelung etwa, nach welcher der Arbeitnehmer Anspruch auf einen kalenderjährlichen Bonus hat, dessen Höhe im billigen Ermessen des Arbeitgebers steht, hält nach Ansicht des 10. Senats sowohl einer **Inhaltskontrolle** als auch einer **Transparenzkontrolle** stand.<sup>26</sup> Selbst die Art einer Bonuszahlung, etwa wenn es um die Gewährung in Form von Finanzinstrumenten wie Aktien geht, muss nicht vereinbart werden, damit die Abrede AGB-konform ist.<sup>27</sup> Kehrseite einer solch wenig konturierten Regelung ist dann allerdings eine umso rigoroser<sup>28</sup> ausfallende **Ermessenskontrolle**, die aus Arbeitgebersicht mit zahlreichen Unwägbarkeiten verbunden ist, nämlich wenn es um die Frage geht, ob der Arbeitgeber bei seiner jährlichen Bonusentscheidung gemäß § 315 Abs. 1 BGB billiges Ermessen hat walten lassen (s. Rn. 53 ff.).
- 17 Genau an dieser Stelle wird es verständlich, warum in Anstellungsverträgen mehr und mehr von rein diskretionären Bonusregelungen zugunsten von detaillierten **Rahmenvereinbarungen** abgesehen wird, welche etwa den für Zwecke der **Verzielung** einzuhaltenden Prozess (s. Rn. 28 ff.), die übergeordneten Bonuskriterien (z. B. persönliche Leistung des Mitarbeiters, Abteilungsergebnis) genauso wie die maximale Bonushöhe regelt, die in absoluter Höhe oder alternativ auch in einem bestimmten Verhältnis zur Fixvergütung definiert werden kann.<sup>29</sup> Diese Bonusrahmenvereinbarung wird dann um jährlich neue Einzelregelungen ergänzt, insbesondere in Form einer einvernehmlichen Zielvereinbarung oder in Form einseitiger Zielvorgaben, um sich ändernden Umständen Rechnung zu tragen.<sup>30</sup>

23 Vgl. dazu *Jensen*, NZA-RR 2011, 225, 227 f. m. w. N.

24 BAG 30.7.2008, 10 AZR 606/07, BB 2008, 2465 (m. Anm. *Simon/Greiflin*).

25 BAG 19.3.2014, 10 AZR 622/13, NZA 2014, 595, 598 m. w. N.

26 BAG 19.3.2014, 10 AZR 622/13, NZA 2014, 595.

27 BAG 3.8.2016, 10 AZR 710/14, NZA 2016, 1334, 1337, Rn. 21; BAG 12.10.2011, 10 AZR 746/10, NJW 2012, 1830, Rn. 25.

28 *Jensen*, BB 2014, 2869.

29 Vgl. etwa *Salamon/Wessels*, BB 2017, 885, 888; *Simon/Hidalgo/Koschker*, NZA 2012, 1071; *Schaub-Linck*, § 77 Rn. 12; ablehnend zur Vereinbarung eines Maximalbonus dagegen *Pfrogner*, BB 2018, 757, 758.

30 Vgl. nur *Schaub-Linck*, § 77 Rn. 11; *Simon/Hidalgo/Koschker*, NZA 2012, 1071 m. w. N.

**Beispiel für eine detaillierte Bonusrahmenvereinbarung:**<sup>31</sup>

„Der Arbeitnehmer hat Anspruch auf Zahlung eines Jahresbonus in Höhe von ... % des für das Bonusjahr zahlbaren Jahresbruttofixgehalts bei vollständiger Erreichung (100%) der ihm vom Arbeitgeber zu Beginn des Bonusjahrs vorgegebenen Ziele.

Der Jahresbonus hängt in Höhe von 50% von der Erreichung von einem Unternehmensziel (z. B. EBIT) sowie in Höhe 50% von der Erreichung von bis zu drei persönlichen, gleichmäßig zueinander gewichteten Zielen ab.

Die Erreichung des Unternehmensziels ist mit einem Prozentsatz zu bewerten, der sich aus dem Verhältnis des tatsächlich erzielten Ergebnisses zu der vorab festgesetzten Zielvorgabe ergibt.

Der Grad der Zielerreichung bei den persönlichen Zielen ist für jede einzelne Zielvorgabe anhand einer Notenskala von 1 bis 5 zu bewerten, wobei die Note 1 für nicht ausreichend (weniger als 75% Zielerreichung) steht, die Note 2 für nur zum Teil erreicht (76 bis 90%), die Note 3 für erreicht (90 bis 100%), die Note 4 für übertroffen (101 bis 109%) und die Note 5 für herausragend (110% und mehr).

Die Berechnung des Jahresbonus erfolgt durch den Arbeitgeber anhand der Formel

$$\text{Jahresbonus} = \text{Unternehmensfaktor} * \text{Zielbonus} * \text{Individualfaktor}$$

Der Unternehmensfaktor ist von dem festgestellten Grad der Erreichung des Unternehmensziel abhängig und ermittelt sich wie folgt:

Zielerreichungsgrad	Unternehmensfaktor
weniger als 75 %	0,1
75 bis 82 %	0,3
83 bis 90 %	0,6
91 bis 97 %	0,8
98 bis 102 %	1,0
103 bis 112 %	1,2
mehr als 113 %	1,3

Der Individualfaktor ist von dem festgestellten Grad der Erreichung jedes einzelnen persönlichen Ziels abhängig, wobei insoweit der Durchschnitt der persönlichen Ziele maßgeblich ist, und ermittelt sich wie folgt:

Note	Individualfaktor
1	0,0
2	0,5
3	1,0
4	1,2
5	1,3

Der Jahresbonus ist auf maximal 25% des für das Bonusjahr zahlbaren Jahresbruttofixgehalts begrenzt.

Der Jahresbonus kommt spätestens im Mai des auf das Bonusjahr folgenden Jahres zur Auszahlung.“

31 Angelehnt an Liebers-Dröll, Kapitel O, Rn. 646.

**2. Betriebsvereinbarung und § 75 BetrVG (Recht und Billigkeit)**

- 18 In Betrieben mit Betriebsrat sind oft Betriebsvereinbarungen über leistungsbezogene Sonderzahlungen und Verzielungsprozesse anzutreffen. Dies ist auch nur konsequent, weil es sich etwa bei dem Verfahren über das Zustandekommen von Zielvereinbarungen, bei Regelungen über Zielinhalte, bei der Anzahl der Ziele und deren Gewichtung zueinander, bei den Regelungen zur Bemessung und Bewertung der Leistung sowie schließlich auch bei den Regelungen zur Bestimmung der Zahlungshöhe um abstrakt-generelle Grundsätze zur Lohnfindung handelt, die der **zwingenden Mitbestimmung** gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG unterliegen,<sup>32</sup> sofern denn – unabhängig davon, ob der Arbeitgeber tarifgebunden ist oder nicht – keine tariflichen Regelungen bestehen oder üblich sind, welche eine Sperrwirkung nach § 77 Abs. 3 BetrVG auslösen könnten.<sup>33</sup> Das Mitbestimmungsrecht findet seine Grenzen allerdings, soweit es um die abstrakte Bestimmung des Kreises der Begünstigten, den Dotierungsrahmen und auch den Zweck der Sonderzahlung geht.<sup>34</sup> Soweit eine Betriebsvereinbarung über Sonderzahlungen – wie in der betrieblichen Praxis regelmäßig der Fall – auch einen Verpflichtungstatbestand enthält und Regelungen zur Höhe der Sonderzahlung vorsieht, handelt es sich der Natur nach um eine **freiwillige Betriebsvereinbarung**.<sup>35</sup>
- 19 Rechtlicher Prüfungsmaßstab für Betriebsvereinbarungen sind die Grundsätze von **Recht und Billigkeit** (§ 75 Abs. 1 und 2 BetrVG). Diesen vordergründig wenig konturierten Rahmen füllt das Bundesarbeitsgericht im Vergütungsbe- reich mit Leben, indem es wiederholt Maßstäbe der AGB-Kontrolle, die gemäß § 310 Abs. 1 Satz 4 BGB auf Betriebsvereinbarungen explizit keine Anwendung finden, über argumentative Umwege letztlich auch auf Betriebsvereinbarungen übertragen hat. So hielt der 1. Senat auch eine Stichtagsklausel in einer Betriebsvereinbarung betreffend Boni – genauso wie später auch der 10. Senat bei Standardanstellungsverträgen<sup>36</sup> – für unwirksam,<sup>37</sup> nachdem der 5. Senat zuvor schon einen Widerrufsvorbehalt in einer Betriebsvereinbarung mit dem Argument für rechtens erachtet hatte, dass der Vorbehalt ja sogar einer Überprüfung anhand der (strengeren) Maßstäbe der AGB-Kontrolle standhalte.<sup>38</sup>

32 *Fitting*, § 87 Rn. 414 m. w. N.

33 BAG 24.1.1996, 1 AZR 597/95, BB 1996, 1717.

34 Vgl. nur *Richardi-Richardi*, § 87 Rn. 771 m. w. N.

35 *Richardi-Richardi*, § 87 Rn. 865.

36 BAG 13.11.2013, 10 AZR 848/12, BB 2014, 1020; BAG 28.1.2012, 10 AZR 612/10, NJW 2012, 1532.

37 BAG 7.6.2011, 1 AZR 807/09, NZA 2011, 1234.

38 BAG 1.2.2006, 5 AZR 187/05, NJW 2006, 2060.

**3. Gesamtzusage und AGB-Kontrolle**

Als Verpflichtungstatbestand kommt ferner auch eine Gesamtzusage in Betracht, die im Bereich von Sonderzahlungen alles andere als unüblich ist. Eine Gesamtzusage ist die an alle Arbeitnehmer des Betriebs oder einen nach abstrakten Merkmalen bestimmten Teil von ihnen in allgemeiner Form gerichtete, ausdrückliche Erklärung des Arbeitgebers, bestimmte Leistungen erbringen zu wollen, die arbeitnehmerseits keiner ausdrücklichen Annahme bedürfen.<sup>39</sup> Kontrollmaßstab für die rechtliche Überprüfung einer Gesamtzusage sind die Vorschriften der AGB-Kontrolle (§§ 305 ff. BGB), weil es sich bei einer Gesamtzusage um ein an eine Vielzahl von Arbeitnehmern gerichtetes Vertragsangebot i. S. v. § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB handelt,<sup>40</sup> was allerdings nicht darüber hinwegtäuschen darf, dass bei Bestehen eines Betriebsrats auch hier ein erzwingbares Mitbestimmungsrecht gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG besteht, weil die Verteilungsgrundsätze betroffen sind.<sup>41</sup> **20**

**4. Betriebliche Übung und AGB-Kontrolle**

Schließlich ist es durchaus auch denkbar, dass der Arbeitgeber leistungsbezogene Sonderzahlungen schlicht gewährt, ohne dass es einen Verpflichtungstatbestand gibt, und sei er auch nur einseitiger Natur. Geschieht dies in mindestens drei aufeinanderfolgenden Jahren und besteht ein kollektiver Bezug, weil nicht nur vereinzelte Arbeitnehmer begünstigt sind, so hat der Arbeitgeber im Falle einer vorbehaltlosen Gewährung eine **betriebliche Übung** geschaffen, die ihn auch für die Zukunft bindet, die betreffende Sonderzahlung jährlich zu erbringen.<sup>42</sup> Das Erfordernis, dass es sich um eine gleichförmige Leistung handeln muss, namentlich also um Sonderzahlungen in identischer Höhe,<sup>43</sup> hat das BAG mittlerweile fallengelassen und nimmt eine Bindung des Arbeitgebers jedenfalls dem Grunde nach ausdrücklich auch dann an, wenn dieselbe Leistung in unterschiedlicher Höhe erbracht worden ist.<sup>44</sup> **21**

Zudem kommt es neuerdings nach Auffassung des 10. Senats für Zwecke einer zukünftigen Bindung auch nicht mehr darauf an, ob die wiederholte Leistung in der Vergangenheit einen kollektiven Bezug aufweist: Auch dann, wenn nur ver- **22**

39 BAG 20.8.2014, 10 AZR 453/13, NZA 2014, 1333.

40 BAG 20.8.2014, 10 AZR 453/13, NZA 2014, 1333, 1334; BAG 13.11.2013, 10 AZR 848/12, BB 2014, 1020, 1024; BAG 29.9.2010, 3 AZR 557/08, BB 2011, 764, 766 (m. Anm. Christ).

41 BAG 11.2.1992, 1 ABR 51/91, BB 1992, 1215.

42 BAG 1.4.2009, 10 AZR 393/08, AP BGB § 242 Betriebliche Übung Nr. 84; vgl. auch BAG 15.2.2011, 3 AZR 35/09, BB 2011, 3068 (m. Anm. Schnittker/Sittard).

43 BAG 28.2.1996, 10 AZR 516/95, BB 1996, 1387.

44 BAG 13.5.2015, 10 AZR 266/14, NZA 2015, 992.

## Kap. 24 Bonusregelungen und Zielvereinbarungssysteme

einzelne Arbeitnehmer begünstigt worden sind, hat sich der Arbeitgeber diesen gegenüber verpflichtet, wenn er dieselbe Leistung – gleich ob in identischer oder in unterschiedlicher Höhe – in drei aufeinanderfolgenden Jahren erbracht hat.<sup>45</sup>

- 23 Unabhängig davon, ob nur einzelne Arbeitnehmer betroffen sind oder ein kollektiver Bezug besteht, ist der zu beachtende Rechtsmaßstab stets derjenige der AGB-Kontrolle.<sup>46</sup> Dass es aus Arbeitgebersicht gerade in Fällen, in denen eine Sonderzahlung in der Vergangenheit in jährlich unterschiedlicher Höhe erbracht wurde, außerordentlich misslich sein kann, wenn sich die aus einer bloßen Gewährung abzuleitende Vertragsbindung auch noch an den Maßstäben der AGB-Kontrolle messen lassen muss, liegt dabei auf der Hand: Wie will man etwa nachweisen, welche Kriterien „vereinbart“ worden sind und dass die Bemessung der Höhe der Sonderzahlung tatsächlich billigem Ermessen entsprach, wenn zu Auslegungszwecken nichts anderes zur Verfügung steht als ein Betrag in bestimmter Höhe, der in der Gehaltsabrechnung als „Sonderzahlung“ ausgewiesen wurde? Eine Lektüre der Entscheidung des 10. Senats vom 13.5.2015<sup>47</sup> offenbart die Dimension des Dilemmas, in das der Arbeitgeber hier geraten kann.
- 24 Insbesondere in Fällen, in denen der Arbeitgeber nicht nur an vereinzelte Mitarbeiter Sonderzahlungen auf freiwilliger Basis, d. h. ohne Bestehen eines formalen Verpflichtungstatbestands, erbringt, ist darauf hinzuweisen, dass bei Bestehen eines Betriebsrats das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG nicht infolge einer vor Einführung der Leistung ggf. **unterbliebenen Mitbestimmung** untergeht. Dem Betriebsrat steht vielmehr das Mitbestimmungsrecht auch nachträglich mit Wirkung für die Vergangenheit zu, was gerade mit Blick auf die von § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG erfassten Verteilungsgrundsätze<sup>48</sup> dazu führen kann, dass der normalerweise mitbestimmungsfreie Dotierungsrahmen nachträglich erhöht werden muss.<sup>49</sup>

### III. Beschränkungen in Bezug auf den Kreis der Begünstigten

- 25 Der Arbeitgeber ist grundsätzlich in seiner Entscheidung frei, welche Mitarbeiter von Bonuszahlungen begünstigt sein sollen, sofern er diese generalisierenden Prinzipien unterwirft, es sich also insbesondere nicht um Zahlungen handelt, die mit vereinzelt Mitarbeitern individuell ausverhandelt worden sind.

---

45 BAG 13.5.2015, 10 AZR 266/14, NZA 2015, 992.

46 Vgl. nur BAG 27.8.2008, 5 AZR 820/07, NZA 2009, 49, 51.

47 BAG 13.5.2015, 10 AZR 266/14, NZA 2015, 992.

48 BAG 11.2.1992, 1 ABR 51/91, BB 1992, 1215.

49 BAG 14.6.1994, 1 ABR 63/93, BB 1995, 825; zustimmend LAG Niedersachsen 30.4.2013, 1 TaBV 142/12, AuR 2013, 273.

Dieses Recht findet seine Grenzen jedoch im allgemeinen **arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz**. Der Frage, ob ein Arbeitnehmer berechtigterweise von einem Bonussystem ausgeschlossen wurde und dementsprechend unter dem allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz keine Behandlung nach Maßgabe der begünstigten Arbeitnehmer bzw. Arbeitnehmergruppe verlangen kann, nähert sich die Rechtsprechung über die Zweckbestimmung des Bonus, die vorrangig aus dessen tatsächlichen und rechtlichen Gewährungsvoraussetzungen zu ermitteln ist.<sup>50</sup> Sofern nach Gruppen von Arbeitnehmern differenziert wird (z. B. zwischen Arbeitnehmern und Angestellten oder zwischen tariflich und außertariflich vergüteten Arbeitnehmern), ist der Arbeitgeber verpflichtet, diese offenzulegen und jedenfalls im Rechtsstreit mit einem benachteiligten Arbeitnehmer so substantiiert darzutun, dass beurteilt werden kann, ob die Ungleichbehandlung durch sachliche Kriterien gerechtfertigt ist.<sup>51</sup> Ansprüche infolge einer sachwidrigen Ungleichbehandlung bestehen nach ständiger Rechtsprechung jedoch nur, wenn die unterschiedliche Behandlung nach dem Zweck der Leistung nicht gerechtfertigt ist.<sup>52</sup> Namentlich kann es dem Arbeitgeber etwa verwehrt sein, eine der Voraussetzungen, mit denen er den Empfängerkreis begrenzen will, zum Hauptzweck zu deklarieren, um damit die Herausnahme einer Arbeitnehmergruppe sachlich zu rechtfertigen.<sup>53</sup>

Obwohl die Einführung eines freiwilligen, also weder gesetzlich noch tarifvertraglich geschuldeten, Leistungsentgelts als solche zunächst einmal der **Mitbestimmung** des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG unterliegt,<sup>54</sup> können der Zweck einer Bonuszahlung und damit der abstrakte Kreis der Begünstigten mitbestimmungsfrei festgelegt werden.<sup>55</sup>

## IV. Verzielungsprozess und Bonuskriterien

### 1. Unterschied zwischen Zielvereinbarung und Zielvorgabe

Der Prozess betreffend die Festlegung von Zielen, nach deren Erreichungsgrad sich der Bonus eines Arbeitnehmers bemisst, wird auch **Verzielung** genannt. Eine Verzielung kann dabei – abhängig von den zugrunde liegenden Vereinbarungen, gleich ob individual- oder kollektivrechtlicher Art – entweder durch Zielvereinbarungen oder Zielvorgaben geschehen.

50 BAG 12.10.2011, 10 AZR 510/10, NZA 2012, 680, 682.

51 BAG 15.1.2013, 3 AZR 169/10, NZA 2013, 1028, 1032; BAG 12.10.2011, 10 AZR 510/10, NZA 2012, 680, 682 m. w. N.

52 Zuletzt BAG 15.1.2013, 3 AZR 169/10, NZA 2013, 1028, 1032.

53 BAG 1.4.2009, 10 AZR 353/08, BB 2010, 64 (m. Anm. Rößler/Baumeister).

54 BAG 8.2.1981, 1 ABR 55/79, AP BetrVG 1972 § 87 Prämie Nr. 1.

55 Vgl. nur ErfK-Kania, § 87 BetrVG Rn. 109 m. w. N.

- 29 Zielvereinbarungen** sind zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer getroffene Abreden über die Erreichung von Leistungszielen in einem bestimmten Zeitraum.<sup>56</sup> Eine Zielvereinbarung wird typischerweise zweistufig abgeschlossen: Im Anstellungsvertrag bzw. in einem Kollektivvertrag wird eine Rahmenregelung getroffen, die später durch Zielvereinbarungen konkretisiert wird.<sup>57</sup> Die vom Arbeitgeber im Falle einer Zielvereinbarung anzubietenden Ziele müssen realistisch und damit annahmefähig sein.<sup>58</sup> Ziele, die zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer einvernehmlich vereinbart wurden, unterliegen als Entgeltregelung grundsätzlich keiner allgemeinen Billigkeits- oder Inhaltskontrolle nach den §§ 307 ff. BGB.<sup>59</sup>
- 30** Basiert die – in der Regel jährlich neu vorzunehmende – Verzielung auf Zielvereinbarungen, liegt die Besonderheit darin, dass dem Arbeitnehmer ein **Schadensersatzanspruch** aus § 280 Abs. 1 und 3 i.V.m. §§ 283 Satz 1, 252 BGB zusteht, sofern der Arbeitgeber die Verhandlungen über Zielvereinbarungen verhindert oder – sofern er insoweit initiativbelastet ist, wovon im Grundsatz auszugehen ist, auch wenn keine Abreden zur **Initiativlast** getroffen worden sind<sup>60</sup> – generell nicht aufnimmt und dadurch eine Zielvereinbarung nicht zustande kommt.<sup>61</sup> Ein solcher Schadensersatz läuft der Höhe nach auf dasjenige hinaus, was an den Arbeitnehmer im Falle einer vollständigen Zielerreichung – nicht: Überreichung!<sup>62</sup> – zu zahlen wäre,<sup>63</sup> es sei denn, dass der insoweit allerdings darlegungs- und beweisbelastete Arbeitgeber darlegen kann, dass dem Arbeitnehmer durch den unterbliebenen Abschluss der Zielvereinbarung kein Schaden entstanden ist, weil beispielsweise auch bei unterstellter Zielvereinbarung und Erreichung aller festgelegten Ziele die Festsetzung des Leistungsbonus auf „Null“ billigem Ermessen entsprochen hätte (s. zur Billigkeit eines Bonus von „Null“ Rn. 57 ff.).<sup>64</sup>
- 31** Da nicht auszuschließen ist, dass sich Arbeitgeber und Arbeitnehmer einmal nicht auf gemeinsame Ziele einigen können, bietet sich an, in der der Zielvereinbarung zugrunde liegenden Abrede einen Mechanismus zur **Konfliktlösung** vorzusehen, der etwa regeln kann, dass im Falle des Unterbleibens einer Einigung das letzte Wort bei einer innerbetrieblichen Schlichtungsstelle liegt, in die bei Bestehen eines Betriebsrats dann in aller Regel auch Betriebsratsmitglieder zu entsenden sein werden, oder dass der Arbeitgeber im Falle einer unterbliebe-

<sup>56</sup> Vgl. *Salamon*, NZA 2015, 1089.

<sup>57</sup> *Schaub-Linck*, § 77, Rn. 11.

<sup>58</sup> BAG 12.5.2010, 10 AZR 390/09, AP BGB § 280 Nr. 9.

<sup>59</sup> BAG 12.12.2007, 10 AZR 97/07, BB 2008, 617 (m. Anm. *Simon/Greßlin*).

<sup>60</sup> BAG 12.5.2010, 10 AZR 390/09, AP BGB § 280 Nr. 9.

<sup>61</sup> BAG 20.3.2013, 10 AZR 8/12, NZA 2013, 970, 974 m. w. N.

<sup>62</sup> LAG Köln 23.5.2002, 7 Sa 71/02, NZA-RR 2003, 305, 307.

<sup>63</sup> BAG 12.12.2007, 10 AZR 97/07, BB 2008, 617 (m. Anm. *Simon/Greßlin*).

<sup>64</sup> BAG 20.3.2013, 10 AZR 8/12, NZA 2013, 970, 974.



nen Einigung einseitig Ziele nach den Grundsätzen billigen Ermessens vorgeben kann.<sup>65</sup>

Von Zielvereinbarungen sind **Zielvorgaben** zu unterscheiden. Letztere werden einseitig vom Arbeitgeber in Ausübung seines Direktionsrechts festgelegt, was gleichzeitig natürlich auch bedeutet, dass die Initiativlast zur Vorgabe von Zielen stets beim Arbeitgeber liegt.<sup>66</sup> Zielvorgaben unterliegen einer **Billigkeitskontrolle** nach § 315 Abs. 3 BGB<sup>67</sup> und damit der vollen arbeitsgerichtlichen Überprüfung.<sup>68</sup> Hat es der Arbeitgeber versäumt, Zielvorgaben überhaupt bzw. rechtzeitig zu machen, oder stellen sich vorgegebene Ziele als nicht realistisch heraus, so werden hierdurch wiederum Schadensersatzansprüche entsprechend den für unterbliebene Zielvereinbarungen geltenden Regeln ausgelöst.<sup>69</sup> **32**

## 2. Zeitpunkt der Verzielung

Damit Ziele – gemeint sind damit vor allem die persönlichen Ziele – ihre Lenkungsfunktion bestmöglich erfüllen können, sollte eine Verzielung der Mitarbeiter bereits erfolgt sein, wenn der Bezugszeitraum für die mit den Zielen verknüpfte leistungsbezogene Sonderzahlung beginnt. Die betriebliche Realität sieht freilich anders aus: Eine Verzielung erfolgt hier oftmals erst, nachdem die Berechnungsgrundlagen für den Vorjahresbonus feststehen oder dieser ermittelt und kommuniziert worden ist. Tragender Gedanke ist dabei regelmäßig der Wunsch, eine Verzielung möglichst auf Grundlage aktueller, belastbarer Daten vornehmen zu können, was insofern verständlich ist, als Ziele zu definieren sind, die in aller Regel Geltung für fast ein ganzes Jahr beanspruchen und innerhalb dieser Zeit nur unter besonderen Umständen korrigiert werden können (s. Rn. 36 ff.). Derlei Erwägungen lässt jedenfalls in der Bankenbranche der Regulator nicht gelten,<sup>70</sup> wobei dies nur das Verhältnis zwischen Instituten und der BaFin betrifft, nicht jedoch das Verhältnis zwischen einem Institut und seinen Mitarbeitern. **33**

Jedenfalls in Fällen, in denen Ziele einvernehmlich zu treffen sind, dürfte eine Vereinbarung von Zielen erst während des laufenden Bezugszeitraums rechtlich unproblematisch möglich sein, weil eine Vereinbarung von Zielen erst mit dessen Ablauf gemäß § 275 Abs. 1 BGB unmöglich wird.<sup>71</sup> **34**

65 Ähnlich *Bordet/Raif*, ArbRAktuell 2011, 607, 608 sowie *HR-Mengel*, § 1 Rn. 1785.

66 BAG 12.12.2007, 10 AZR 97/07, BB 2008, 617 (m. Anm. *Simon/Greßlin*).

67 BAG 12.12.2007, 10 AZR 97/07, BB 2008, 617 (m. Anm. *Simon/Greßlin*).

68 *Salamon*, NZA 2014, 465, 469.

69 LAG Köln 26.1.2018, 4 Sa 433/17, juris; *HR-Mengel*, § 1 Rn. 1812 ff.

70 Vgl. die Auslegungshilfe zur InstitutsVergV vom 1.1.2014 (zu § 13).

71 BAG 14.11.2012, 10 AZR 3/12, NZA 2013, 327, 329.

## Kap. 24 Bonusregelungen und Zielvereinbarungssysteme

- 35 Welche Folgen dagegen verspätete, aber noch vor Ablauf des Bezugszeitraums erteilte Zielvorgaben haben, ist rechtlich noch nicht abschließend geklärt. Das LAG Düsseldorf<sup>72</sup> unterzog eine Zielvorgabe, die dem Arbeitnehmer erst einen Monat vor Ablauf des einjährigen Bezugszeitraums erteilt wurde, lediglich einer Billigkeitskontrolle. Insoweit dürfte es insbesondere darauf ankommen, ob mit den vorgegebenen Zielen aus Sicht des Arbeitnehmers schon seit Beginn des Bezugszeitraums zu rechnen war, etwa weil diese auch schon in den Vorjahren maßgeblich waren.

### 3. Nachträgliche Anpassung von Zielen

- 36 In der Praxis kann im Einzelfall das Bedürfnis bzw. sogar die Notwendigkeit bestehen, Ziele innerhalb des Bezugszeitraums nachträglich anzupassen, um geänderten Rahmenbedingungen auch für Bonuszwecke Rechnung zu tragen. So ist es etwa ohne Weiteres vorstellbar, dass ein Vertriebsmitarbeiter, der auf Vertriebskennzahlen verzielt wurde, im Laufe eines Bonusjahres in eine Funktion außerhalb des Vertriebs wechselt. Genauso kann es aber auch passieren, dass ein Produkt, auf dessen Verkauf ein Mitarbeiter verzielt wurde, aus dem Sortiment genommen wird bzw. genommen werden muss. Für derartige Fälle stellt sich die Frage nach einer nachträglichen Anpassung von Zielen.
- 37 Sowohl im Falle von Zielvorgaben als auch im Falle von einer Zielvereinbarung ist – jedenfalls, wenn die zugrunde liegende Absprache individualrechtlicher Natur ist – zunächst eine spätere Abänderung im Einvernehmen zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber nach den Grundsätzen der Privatautonomie unproblematisch möglich.
- 38 Mit Blick auf die schwierige rechtliche Gemengelage, die bei der Notwendigkeit einer nachträglichen Anpassung von Zielen besteht, empfiehlt es sich, bereits in der dem Bonus zugrunde liegenden Vereinbarung die Voraussetzungen zu fixieren, unter denen Ziele nachträglich ggf. auch einseitig geändert werden können, und die in diesem Zusammenhang einzuhaltenden Grundsätze zu beschreiben.<sup>73</sup> Genauso kommt aber auch in Betracht, von vornherein alternative Ziele für den sich bereits abzeichnenden Fall zu bestimmen, dass innerhalb des Bemessungszeitraums veränderten Rahmenbedingungen Rechnung zu tragen sein könnte.<sup>74</sup>

### 4. Kategorien von Zielen

- 39 Für Zwecke der Verzielung wird gemeinhin zwischen **persönlichen Zielen**, auf deren Erreichung die Mitarbeiter unmittelbaren Einfluss haben und die qualitati-

<sup>72</sup> LAG Düsseldorf 29.10.2003, 12 Sa 900/03, juris.

<sup>73</sup> Ähnlich *Salamon*, NZA 2015, 1089, 1094.

<sup>74</sup> *Salamon*, NZA 2015, 1089, 1093.

ver oder quantitativer Natur sein können, und übergeordneten **unternehmensbezogenen Zielen**, auf deren Erreichung der Mitarbeiter allenfalls mittelbar Einfluss nehmen kann und die sich beispielsweise auf die Ebene des jeweiligen Teams, des jeweiligen Geschäftsbereichs oder auch des Unternehmens beziehen können, differenziert.<sup>75</sup>

Als Beispiel für **qualitative Ziele** ist etwa Kundenzufriedenheit zu nennen, die von der BaFin ausdrücklich als qualitatives Kriterium genannt wird, wenn es um Vergütungssysteme in der Finanzindustrie geht.<sup>76</sup> Problematisch ist die Messbarkeit eines solchen „weichen“ Ziels, wenn denn von detaillierten Kundenumfragen abgesehen werden soll.<sup>77</sup> Hier bietet sich als Messgröße insbesondere die Anzahl von Kundenbeschwerden innerhalb des Bezugszeitraums an, während ein Abstellen auf die Anzahl von Belobigungen schon wieder insofern problematisch ist, als diese ja ggf. auch Reaktion auf eine entsprechende Bitte des betreuenden Beraters sein können.

Derartige Probleme stellen sich im Bereich von **quantitativen Zielen** regelmäßig nicht. Wurde ein Arbeitnehmer beispielsweise auf einen bestimmten Umsatz oder den Verkauf einer bestimmten Menge eines definierten Produkts verzielt, so ist eine eindeutige Ermittlung ohne weiteres möglich. Auch hier können sich allerdings im Detail Schwierigkeiten von rechtlicher Relevanz ergeben, etwa wenn nicht hinreichend klargestellt ist, dass nur tatsächlich realisierte Umsätze und Verkäufe maßgeblich sein sollen, wie dies oftmals in Bezug auf Provisionen vereinbart wird.<sup>78</sup>

## 5. Bonusformel und Wirtschaftsrisiko

Letztlich geht es damit um die Frage, ob im Bereich der leistungsbezogenen Sondervergütungen das dem Arbeitgeber nach § 615 Satz 3 BGB zugewiesene **Wirtschaftsrisiko** wirksam auf den Arbeitnehmer übergewälzt werden kann. Diese Frage hat in den vergangenen Jahren eine besondere Relevanz bei unternehmensbezogenen Zielen erfahren, nämlich wenn es darum geht, ob und inwieweit die **Ertragslage** des Unternehmens zulasten des Arbeitnehmers berücksichtigt werden kann.

Konkret geht es dabei um Fälle, in denen ein Arbeitnehmer seine persönlichen Ziele erfüllt hat, auf Unternehmensebene jedoch ein **Verlust** erwirtschaftet wurde. Insoweit wird teilweise vertreten, dass das Risiko des wirtschaftlichen Miss-

<sup>75</sup> Siehe etwa *Hümmerich*, NJW 2006, 2294, 2296.

<sup>76</sup> Vgl. nur die Auslegungshilfe zur InstitutsVergV vom 1.1.2014 (zu § 10) sowie BT 8.3.2 Ziffer 3 der MaComp; für weitere Beispiele qualitativer Ziele siehe *Dzida/Naber*, BB 2011, 2613.

<sup>77</sup> Ähnlich *DBD-Däubler*, Anhang Rn. 411.

<sup>78</sup> Vgl. hierzu *Schaub-Vogelsang*, § 75 Rn. 19 m. w. N.

## Kap. 24 Bonusregelungen und Zielvereinbarungssysteme

erfolgs auch im Bereich der leistungsbezogenen Sondervergütungen beim Arbeitgeber bleibt, eine Koppelung an einen Unternehmensgewinn also generell unzulässig ist.<sup>79</sup> Soweit *Däubler*<sup>80</sup> vorschlägt, mit Blick auf die Irrelevanz von Unternehmensverlusten die variable Vergütung in einen niedrigeren leistungsabhängigen Bonus einerseits und im Übrigen in eine von Betriebstreue und Gewinn abhängige Tantieme andererseits aufzuteilen, ist dies zwischenzeitlich schon deshalb nicht mehr gangbar, weil der 10. Senat des BAG den Leistungsbezug einer Sonderzahlung aus deren Abhängigkeit vom **Betriebs- oder Unternehmensergebnis** ableitet und damit keinen Raum mehr für eine gleichzeitige Abhängigkeit von Betriebstreue lässt.<sup>81</sup> In seiner vielbeachteten Entscheidung vom 19.3.2014<sup>82</sup> stellte der 10. Senat die Rechtmäßigkeit der Festsetzung eines auch vom Gesamtergebnis abhängigen Bonus auf „Null“ trotz Erreichung vereinbarter persönlicher Ziele bei einem negativen Ergebnis im Rahmen normaler Schwankungsbreiten in aller Deutlichkeit in Frage. Dass der 10. Senat bereits die dem Bonus zugrunde liegende Vereinbarung für unangemessen hielt, ergibt sich aus der Entscheidung dagegen gerade nicht.<sup>83</sup>

- 44 Dies bedeutet für die Vertragspraxis, dass sich auch leistungsbezogene Sondervergütungen wirksam an die Ertragslage des Unternehmens knüpfen lassen. Bei Bonusvereinbarungen, die keine feste Formel vorsehen, erfolgt eine Rechtmäßigkeitsüberprüfung dann in der Regel erst auf Ebene der Ermessenskontrolle.<sup>84</sup> Ist die Bonusabrede hingegen formelbasiert und regelt, wie sich die Ertragslage des Unternehmens im Einzelnen auf die persönliche Leistung des Mitarbeiters für Zwecke der Bonusfestsetzung auswirkt, wird man nicht umhinkommen, die Abrede einer Angemessenheitskontrolle anhand des Maßstabs des § 307 BGB bzw. – im Falle einer Betriebsvereinbarung – einer Billigkeitskontrolle anhand des Maßstabs von § 75 BetrVG zu unterziehen.<sup>85</sup>
- 45 Es spricht viel dafür, dass die Bonusabrede, unabhängig von dem konkret anwendbaren Rechtsmaßstab, nur dann einer inhaltlichen Kontrolle standhält,

79 So DBD-*Däubler*, Anhang Rn. 407; a. A. LAG Düsseldorf 30.9.2011, 10 Sa 119/11 und 10 Sa 217/11, juris, das davon ausgeht, dass Erfolgsbeteiligungen wie Boni grundsätzlich nur aus einem positiven Ertrag finanziert werden können; im Ergebnis ebenso Clemenz/Kreft/Krause-*Hoefs*, Anhang Rn. 21, mit Hinweis auf LAG Hessen 1.2.2010, 7 Sa 923/09, NZA-RR 2010, 401, 402 (m. Anm. *Becker*).

80 DBD-*Däubler*, Anhang Rn. 407.

81 BAG 13.5.2015, 10 AZR 266/14, NZA 2015, 992; BAG 18.1.2012, 10 AZR 667/10, NZA 2012, 620, 621; BAG 12.4.2011, 1 AZR 412/09, BAGE 139, 300, Rn. 25.

82 BAG 19.3.2014, 10 AZR 622/13, NZA 2014, 595.

83 Vgl. insoweit auch *Reinfelder*, NZA-Beil. 2014, 10, 14 mit Hinweis auf BAG 16.1.2013, 10 AZR 26/12, NJW 2013, 1020, in dem es allerdings um eine Gratifikation ohne Entgeltcharakter geht.

84 BAG 19.3.2014, 10 AZR 622/13, NZA 2014, 595.

85 So auch Küttner-*Griese*, Stichwort „Zielvereinbarung“, Rn. 8 f.

wenn das Wirtschaftsrisiko des Arbeitgebers in angemessener Weise auf den Arbeitnehmer verlagert wird.<sup>86</sup> Einen die Bonusformel ergänzenden Vorbehalt, dass eine Bonuszahlung ausgeschlossen sei, wenn der Arbeitgeber im relevanten Geschäftsjahr keinen Gewinn erzielt hat, wird diesem Erfordernis dabei wohl kaum gerecht,<sup>87</sup> wobei bislang noch nicht geklärt ist, ob dies auch bei Banken gilt, bei denen bei der Bildung von Bonuspools u. a. die Risikotragfähigkeit, die mehrjährige Kapitalplanung und die Ertragslage des Instituts gemäß § 7 InstitutsVergV jedenfalls aufsichtsrechtlich zu berücksichtigen sind.<sup>88</sup> Eine angemessene Verlagerung des Wirtschaftsrisikos auf die Arbeitnehmer könnte – ggf. unter Fixierung eines Maximalbonusbetrags – etwa mittels eines **Unternehmensfaktors** geschehen, der abhängig von typisierenden Ertragssituationen (z.B. hoher Verlust, Normalverlust, Nullergebnis, Normalgewinn, hoher Gewinn) zwischen Null und 1,3 beträgt und der auf die Bonuskomponente angewandt wird, welche die persönliche Leistung des Mitarbeiters widerspiegelt (vgl. das Klauselbeispiel in Rn. 17a). Dies bedeutet insbesondere auch, dass ein Arbeitnehmer, der seine persönlichen Ziele verfehlt, auch dann nicht in den Genuss einer Bonuszahlung kommt, wenn das Unternehmen einen außergewöhnlich hohen Gewinn erwirtschaften konnte.<sup>89</sup>

Dass sich bei **gewinnabhängigen Tantiemen** das Wirtschaftsrisiko wirksam auf den Arbeitnehmer überwälzen lässt, scheint – anders als bei Boni – außer Frage zu stehen. Es besteht allgemein das Verständnis, dass eine Tantieme selbstverständlich nur dann zu zahlen ist, wenn sich nach der zugrunde liegenden Formel ein Zahlungsanspruch ergibt, sprich, wenn auch ein Gewinn oder positiver Ertrag erwirtschaftet wurde.<sup>90</sup> Dies ist auch nicht weiter verwunderlich, wird in diesem Bereich doch in aller Regel ausdrücklich eine Beteiligung des Arbeitnehmers nur an einem positiven Ertrag geknüpft, sei es infolge Orientierung an einem Jahresgewinn oder Unternehmensgewinn,<sup>91</sup> einem Bilanzgewinn,<sup>92</sup> einem Rohgewinn<sup>93</sup> oder einem körperschaftssteuerlichen Gewinn.<sup>94</sup> In Anlehnung an die vormalige Vorschrift des § 86 Abs. 2 AktG soll es dabei sogar ausdrücklich zulässig sein, einen Jahresüberschuss um einen Verlustvortrag aus dem Vorjahr

46

86 HWK-Gotthardt/Roloff, §§ 305–310 BGB Rn. 60; siehe auch Jensen, BB 2014, 2869, 2870.

87 So aber LAG Hessen 1.2.2010, 7 Sa 923/09, NZA-RR 2010, 401, 402 mit zust. Anm. Becker.

88 Siehe dazu Jensen, BB 2014, 2869 f.

89 Siehe nur BAG 5.7.2011, 1 AZR 94/10, AP BetrVG 1972 § 87 Lohngestaltung Nr. 139 Rn. 35.

90 Siehe nur HWK-Thüsing, § 611 BGB Rn. 117.

91 Vgl. etwa Beiner/Braun, Rn. 449.

92 Vgl. etwa HR-Reufels, § 3 Rn. 429.

93 Vgl. etwa HR-Reufels, § 2 Rn. 906.

94 Vgl. HR-Mengel, § 1 Rn. 1832.

## Kap. 24 Bonusregelungen und Zielvereinbarungssysteme

und um die Beträge, die nach Gesetz oder Satzung aus dem Jahresüberschuss in Gewinnrücklagen einzustellen sind, zu kürzen,<sup>95</sup> sodass die Tantiemzahlung entsprechend niedriger ausfällt oder sogar insgesamt ausfällt. Auch wenn sich eine Tantieme im engeren Sinne in der Beteiligungsformel erschöpft und nicht zusätzlich auch noch an die Erreichung persönlicher Ziele geknüpft ist,<sup>96</sup> erfüllt sie trotzdem ohne Weiteres den Begriff der leistungsbezogenen Vergütung, die der 10. Senat ja ausdrücklich und konsequenterweise auch dann annimmt, wenn eine Zahlung von einem Betriebs- oder Unternehmensergebnis abhängt.<sup>97</sup> Es ist ein nicht zu begründender Wertungswiderspruch, dass eine gewinnabhängige Tantieme (nur infolge ihrer Bezeichnung als solche) ausschließlich dann zu zahlen sein soll, wenn auch tatsächlich ein Gewinn erwirtschaftet wurde, während ein von der Ertragslage und der Erreichung von Zielen abhängiger Bonus – wenn auch nur in situationsangemessener Höhe – auch dann zu zahlen sein soll, wenn überhaupt kein Gewinn erzielt worden ist, aber der Arbeitnehmer seine persönlichen Ziele erreicht hat.<sup>98</sup> Ob ein Mitarbeiter – wie oftmals im Falle eines Bonus – auf konkret definierte Ziele hinarbeitet oder sich wie regelmäßig im Falle einer Tantieme einfach nur so „ins Zeug“ legt, damit das Wirtschaftsjahr mit einem möglichst hohen Gewinn abgeschlossen wird, kann materiell kaum eine so unterschiedliche Behandlung beider Vergütungsformen rechtfertigen.<sup>99</sup> Dass die synallagmatische Sichtweise des BAG im Bereich leistungsbezogener Vergütung in Verlustszenarien völlig überspannt ist, ergibt sich nicht zuletzt aus folgender Hilfsüberlegung: Wenn ein Arbeitgeber bestimmte Bonusziele nach § 315 Abs. 1 BGB festlegen kann, so muss er Handlungsvorgaben mit identischem Inhalt auch ohne das Bestehen eines Vergütungsbezugs im Rahmen seines Direktionsrechts vorgeben können; insoweit gilt nämlich in Gestalt von Billigkeit derselbe rechtliche Maßstab (vgl. § 106 GewO).<sup>100</sup> Auch der Umstand, dass gewinnabhängige Tantiemen zumeist mit Geschäftsführern und Vorständen vereinbart werden, deren Rechtsverhältnisse in aller Regel nicht von der Arbeitsgerichtsbarkeit überprüft werden, kann eine Diskrepanz zur Behandlung von Boni nicht rechtfertigen. Insofern darf die weitere Entwicklung der Rechtsprechung zu leistungsbezogenen Sonderzahlungen und Tantiemen mit Spannung entgegengesehen werden.

- 47 Dass arbeitsvertragliche Gestaltungen auch einer **Transparenzkontrolle** standhalten müssen, ergibt sich aus § 307 Abs. 3 Satz 2 BGB. In diesem Zusammen-

95 *ErfK-Preis*, § 611 Rn. 499; *HWK-Thüsing*, § 611 BGB Rn. 117; *Schaub-Vogelsang*, § 76 Rn. 4.

96 Vgl. etwa *Liebers-Reiserer*, Formularbuch des Arbeitsrechts, B Rn. 227.

97 BAG 13.5.2015, 10 AZR 266/14, NZA 2015, 992; BAG 18.1.2012, 10 AZR 667/10, NZA 2012, 620, 621; BAG 12.4.2011, 1 AZR 412/09, BAGE 139, 300 Rn. 25.

98 *Jensen*, Anm. zu LAG München 3.3.2016, 3 Sa 1033/15, BB 2016, 2112.

99 Siehe hierzu auch *Salamon*, NZA 2015, 1089, 1092.

100 *Jensen*, Anm. zu LAG München 3.3.2016, 3 Sa 1033/15, BB 2016, 2112.

hang sei hier lediglich angemerkt, dass die Bezeichnung einer leistungsbezogenen Vergütung nur bedingt für die Frage ihres Inhalts herangezogen werden kann. Der Auffassung, dass sich bereits aus der Bezeichnung einer Sonderzahlung als „Erfolgsbeteiligung“, „Tantieme“, „leistungs- und erfolgsabhängige Sonderzahlung“ oder „Bonus“ ergibt, dass diese nur aus dem Erfolg des Unternehmens, konkret also aus einem positiven Ertrag, finanziert werden könne,<sup>101</sup> wollte das BAG im Ergebnis nicht folgen.<sup>102</sup> Genauso wenig lässt sich aus der Auszahlung einer Sonderzuwendung mit dem Dezembergehalt entnehmen, dass Anspruchsvoraussetzung für die Zuwendung das Bestehen des Arbeitsverhältnisses am Jahresende sei.<sup>103</sup>

## V. Bemessungszeitraum für Bonuszahlungen

In der Praxis sind am häufigsten Bonussysteme mit einem einjährigen Bemessungs- bzw. Bezugszeitraum anzutreffen, wobei insoweit nicht zwingend auf das Kalenderjahr, sondern auch auf ein vom Kalenderjahr abweichendes Wirtschaftsjahr abgestellt wird, sofern ein solches denn auch für das Unternehmen für Bilanzierungszwecke gilt. Ein einjähriger Bemessungszeitraum ist allerdings keineswegs zwingend, wie etwa die Vorschriften des § 87 Abs. 1 Satz 2 und 3 AktG und des § 10 Abs. 2 InstitutsVergV zeigen, die für Vorstände einer börsennotierten Aktiengesellschaft sowie für die Geschäftsleiter eines Bankinstituts einen mehrjährigen Bemessungszeitraum ausdrücklich fordern. **48**

Möglich ist es aber auch, alternativ zu einem beispielsweise dreijährigen Bemessungszeitraum einen einjährigen Bemessungszeitraum mit nachträglichen Adjustierungsinstrumenten zu kombinieren. So ist die Verwendung von Rückforderungsklauseln für den Fall denkbar, dass sich ein im Bemessungszeitraum eingetretener Erfolg, der eine Bonuszahlung an den Arbeitnehmer ausgelöst hat, in den zwei auf den Bemessungszeitraum folgenden Jahren als nicht nachhaltig herausgestellt hat. Hier stellt sich die bislang noch weitgehend ungeklärte Frage, ob sich mit beiden Gestaltungsvarianten dieselben wirtschaftlichen Ergebnisse erzielen lassen oder ob – wohl wahrscheinlicher – insbesondere die Rechtsprechung des BAG zu Widerrufsvorbehalten<sup>104</sup> dazu führt, dass eine Rückforderung bereits ausgezahlter Vergütung infolge Anwendung des § 308 Nr. 4 BGB nur unter deutlich eingeschränkten Voraussetzungen und zudem auch in eingeschränktem Umfang zulässig ist.<sup>105</sup> **49**

101 LAG Düsseldorf 30.9.2011, 10 Sa 119/11, juris.

102 BAG 19.3.2014, 10 AZR 622/13, NZA 2014, 595.

103 BAG 13.5.2015, 10 AZR 266/14, NZA 2015, 992, 993.

104 Vgl. etwa BAG 21.3.2012, 5 AZR 651/10, NJW 2012, 1756; BAG 20.4.2011, 5 AZR 191/10, BB 2011, 2431 (m. Anm. Lipinski/Praß).

105 Siehe hierzu weiterführend Dzida/Naber, BB 2011, 2613, 2615 f.

- 50 Mit Blick auf den Bemessungszeitraum ist schließlich auf die Besonderheiten hinzuweisen, die sich nach der Rechtsprechung für den Fall eines **unterjährigen Eintritts** bzw. eines **unterjährigen Austritts** des Arbeitnehmers ergeben. Im Grundsatz ist davon auszugehen, dass der Arbeitnehmer in diesen Situationen einen Bonusanspruch in zeitanteiliger Höhe hat.<sup>106</sup>

## VI. Ermittlung des Bonus

### 1. Formelbasierte vs. diskretionäre Bonussysteme

- 51 Ob und in welcher Höhe ein Bonus zu zahlen ist, hängt grundsätzlich von den ihm zugrunde liegenden Vereinbarungen ab. Sind für Bonuszwecke objektive und klar bestimmbare Ziele relevant, ist deren Gewichtung zueinander abschließend vereinbart und ist ferner eine abschließende Abrede über die finanziellen Auswirkungen getroffen worden, ermittelt sich ein etwaiger Bonus unter strikter Anwendung dieser Abrede, ohne dass noch Raum für eine Ermessensentscheidung i. S. v. § 315 Abs. 1 BGB besteht.<sup>107</sup> Man spricht hier gemeinhin von einem fixen bzw. **formelbasierten (Ziel-)Bonussystem** (vgl. das Klauselbeispiel in Rn. 17a).
- 52 Oftmals lassen Bonussysteme allerdings auch in den Tatbestandsvoraussetzungen Raum für wertende Entscheidungen, namentlich wenn es um den Grad einer Zielerreichung geht, und bzw. oder setzen diese sogar auf Rechtsfolgende – rechtlich zulässig! (s. Rn. 16) – ausdrücklich voraus, etwa wenn einem Mitarbeiter ein Anspruch auf einen im Ermessen des Arbeitgebers stehender Bonus eingeräumt wird. Hier ist üblicherweise auch von offenen bzw. **diskretionären (Ziel-)Bonussystemen** die Rede.<sup>108</sup> Um Letztere geht es im Folgenden allein.

#### 52a Klauselbeispiele für einen diskretionäre Bonussysteme:

„Zusätzlich zu seinem Fixgehalt kann der Arbeitnehmer einen Jahresbonus erhalten.“  
„Zusätzlich zu seinem Fixgehalt kann der Arbeitnehmer einen Jahresbonus in Höhe von maximal einem Bruttomonatsgehalt erhalten, der im alleinigen Ermessen des Arbeitgebers steht.“

„Zusätzlich zu seinem Fixgehalt kann der Arbeitnehmer einen Jahresbonus in Höhe von maximal einem Bruttomonatsgehalt erhalten, der von der Erreichung von Unternehmens- und Individualzielen abhängig ist, die vom Arbeitgeber im Rahmen billigen Ermessens vorgegeben und gewichtet werden.“

<sup>106</sup> Vgl. nur BAG 13.11.2013, 10 AZR 848/12, BB 2014, 1020, 1023.

<sup>107</sup> Vgl. auch *Annufß*, NZA 2007, 290, 294.

<sup>108</sup> Vgl. etwa *Reinfelder*, NZA-Beil. 2014, 10, 14.



**2. Grundsätze der Ermessensausübung**

Die Ermessenskontrolle kann ohne Weiteres als rechtliches Korrektiv bzw. Ausgleich dafür verstanden werden, dass sich eine Partei – in aller Regel ist dies der Arbeitgeber – hinsichtlich der Kriterien einer variablen Vergütung, hinsichtlich der Gewichtung von Kriterien zueinander oder auch hinsichtlich der Höhe einer variablen Vergütung nicht vorab festlegen wollte.<sup>109</sup> **53**

Welche tatsächlichen Umstände in die Ermessensabwägung einzubeziehen sind, richtet sich dabei nach dem jeweiligen Regelungsgegenstand.<sup>110</sup> Dies ist insofern relevant, als nur solche Kriterien für Zwecke der Bonusbemessung zu berücksichtigen sind, die auch in den dem Bonus zugrunde liegenden Abreden angelegt sind. Insbesondere erlangen Bonuskriterien nicht (gemäß § 151 BGB) Vereinbarungsqualität dadurch, dass der Arbeitgeber diese seiner Leistungsbestimmung einfach zugrunde legt und der Arbeitnehmer die sich danach ergebende Zahlung widerspruchslos bzw. schweigend hinnimmt. Abgesehen davon, dass der bloßen Entgegennahme einer Zahlung in aller Regel schon kein Erklärungswert inneohnt,<sup>111</sup> fehlt es hier auch schon an einem annahmefähigen, konkludenten Angebot des Arbeitgebers, wenn dieser den Arbeitnehmer nicht ausdrücklich über die tragenden Erwägungen der von ihm vorgenommenen Leistungsbestimmung unterrichtet hat. Auch wenn die Bonuskriterien nicht festgelegt wurden und somit im billigen Ermessen des Arbeitgebers stehen, wird jedenfalls in den Fällen, in denen der Arbeitnehmer ausdrücklich einen „Bonus“ erhalten soll, der wirtschaftliche Erfolg des Unternehmens ein gewichtiges Kriterium darstellen, weil der Begriff „Bonus“ dies bereits nach allgemeinem Sprachgebrauch impliziert.<sup>112</sup> **54**

Sofern Bonusregelungen auf Tatbestands- oder Rechtsfolgenrechtsseite Raum für Ermessen lassen oder vorsehen, meint dies kein freies Ermessen in dem Sinne, dass bis zu den Grenzen von Rechtsmissbrauch und Diskriminierung frei entschieden werden könnte, weil dies eine Abweichung vom gesetzlichen Leitbild des § 315 Abs. 1 BGB wäre, die wegen des fehlenden Korrektivs der vollen gerichtlichen Kontrolle der Leistungsbestimmung eine unangemessene Benachteiligung des Arbeitnehmers im Sinne von § 307 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. Abs. 2 Nr. 1 BGB wäre.<sup>113</sup> Rechtlicher Maßstab ist vielmehr derjenige des § 315 Abs. 1 BGB, also **billiges Ermessen**, der damit gleichsam die Untergrenze des rechtlich Zulässigen darstellt, während die Obergrenze ein streng formelbasierter Bonus ist, was – wie sogleich zu zeigen ist – aber nicht bedeutet, dass ein streng **55**

109 *Reinfelder*, NZA-Beil. 2014, 10, 15; im Ergebnis ebenso *Jensen*, BB 2014, 2869, 2870.

110 BAG 23.1.2007, 9 AZR 624/06, NZA-RR 2007, 397, 400.

111 Siehe dazu *Schneider*, NZA 2016, 590, 591 f.

112 Vgl. etwa LAG Düsseldorf 30.9.2011, 10 Sa 119/11, juris.

113 BAG 3.8.2016, 10 AZR 710/14, NZA 2016, 1334, 1337, Rn. 21.

formelbasierter Bonus nicht seinerseits ebenfalls angemessen zu sein hat. Ob eine Entscheidung konkret der Billigkeit entspricht, unterliegt gemäß § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB der vollen gerichtlichen Kontrolle, wobei der Bestimmungsberechtigte die **Darlegungs- und Beweislast** dafür trägt, dass die Leistungsbestimmung der Billigkeit entspricht.<sup>114</sup> Eine Leistungsbestimmung entspricht billigem Ermessen, wenn die wesentlichen Umstände des Falles abgewogen und die beiderseitigen Interessen angemessen berücksichtigt worden sind.<sup>115</sup> Maßgeblich ist dabei der Zeitpunkt, in dem der Bestimmungsberechtigte die Ermessensentscheidung zu treffen hat.<sup>116</sup> Steht dem Inhaber des Bestimmungsrechts nach § 315 Abs. 1 BGB für die rechtsgestaltende Leistungsbestimmung ein nach billigem Ermessen auszufüllender Spielraum offen, so können ihm innerhalb dieses Spielraums durchaus mehrere der Billigkeit entsprechende Entscheidungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen.<sup>117</sup> Der Bestimmungsberechtigte muss jedoch den im Vertrag zum Ausdruck kommenden Willen der Vertragsparteien konkretisieren und weiterdenken, weil § 315 BGB kein Mittel zu einer grundsätzlichen Vertragskorrektur ist.<sup>118</sup>

### 3. Wirtschaftsrisiko und billiges Ermessen

- 56 Von der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen im Bereich von leistungsbezogener Vergütung das **Wirtschaftsrisiko** bereits im Rahmen der zugrunde liegenden Absprachen auf den Arbeitnehmer abgewälzt werden kann (s. Rn. 42 ff.), ist strikt die nicht minder relevante Frage zu trennen, inwieweit eine Überwälzung im Rahmen der Ermessensausübung gelingen kann, wenn ein Bonus zumindest auch von der Wirtschaftssituation des Unternehmens abhängig ist, im Übrigen aber im Ermessen des Arbeitgebers steht.
- 57 Mit der Frage, ob ein Verlust auf Unternehmensebene im Falle einer ermessensabhängigen Bonusregelung eine **Reduzierung auf „Null“** rechtfertigt, haben sich die Arbeitsgerichte bislang nur vereinzelt befasst. Bis zu der Entscheidung des BAG vom 19.3.2014<sup>119</sup> hat sich mit dieser Frage etwa das LAG Düsseldorf beschäftigt, das die Rechtsauffassung vertritt, dass die Ertragslage des Unterneh-

114 BAG 25.2.2015, 1 AZR 642/13, NZA 2015, 442, 444 f.

115 BAG 25.2.2015, 1 AZR 642/13, NZA 2015, 442, 444; BAG 19.3.2014, 10 AZR 622/13, NZA 2014, 595, 600.

116 BAG 3.8.2016, 10 AZR 710/14, NZA 2016, 1334, 1337, Rn. 26; BAG 31.7.2014, 6 AZR 822/12, AP TV-L § 16 Nr. 9, Rn. 30; BAG 19.3.2014, 10 AZR 622/13, NZA 2014, 595, 600.

117 BAG 3.8.2016, 10 AZR 710/14, NZA 2016, 1334, 1337, Rn. 26; BAG 31.7.2014, 6 AZR 822/12, AP TV-L § 16 Nr. 9, Rn. 30; BAG 19.3.2014, 10 AZR 622/13, NZA 2014, 595, 600; BAG 13.6.2012, 10 AZR 296/11, NJW 2013, 490, 492 m. w. N.

118 *Feißel/Gorn*, BB 2009, 1138, 1143 m. w. N.

119 BAG 19.3.2014, 10 AZR 622/13, NZA 2014, 595.

mens und die persönliche Leistung des Arbeitnehmers nicht in Teilvorgänge mit Teilergebnissen im Sinne von Summanden aufgeteilt werden könne, weil § 315 Abs. 1 BGB auf ein einheitliches, in seiner Gesamtheit billiges Ergebnis abziele.<sup>120</sup> Das LAG Düsseldorf sieht die persönliche Leistung des Arbeitnehmers und die Ertragslage des Arbeitgebers im Ergebnis konsequenterweise als Faktoren an, was zur Folge hat, dass eine variable Vergütung nicht zu zahlen ist, wenn einer der beiden Faktoren „Null“ beträgt oder sogar negativ ausfällt. Es entspreche daher der Billigkeit, wenn im Falle eines Jahresverlusts in Höhe von 111,5 Millionen Euro auch bei einer guten persönlichen Leistung des Arbeitnehmers kein Bonus gezahlt wird.<sup>121</sup> Der 10. Senat des BAG differenziert hingegen – freilich wenig scharf – zwischen einem „negativen Ergebnis im Rahmen normaler Schwankungsbreiten“, bei dem eine Bonusfestsetzung auf „Null“ durchaus billigem Ermessen widersprechen könne, und dem Vorliegen „besonders gewichtiger, außergewöhnlicher Umstände“ – vorliegend war dies ein Jahresfehlbetrag der Bayerischen Landesbank in Höhe von 5 Milliarden Euro im Jahr 2008 und in Höhe von 2,5 Milliarden Euro im Jahr 2009, der mit der Notwendigkeit der Zuführung von Eigenkapital in Höhe von 10 Milliarden Euro und der Übernahme von Garantien durch den Staat einherging –, in denen es auch unter Berücksichtigung der persönlichen Leistung des Arbeitnehmers ausnahmsweise nicht unangemessen erscheint, einen Leistungsbonus auf „Null“ festzusetzen.<sup>122</sup> Danach kommt ein Arbeitgeber unter der Geltung eines Ermessensbonus, in Bezug auf den auch die Ertragslage des Unternehmens relevant ist, mit einer unterbliebenen Bonuszahlung im Falle guter persönlicher Leistungen des Arbeitnehmers nur davon, wenn er sprichwörtlich „mit dem Rücken zur Wand“ steht. Ist die Lage des Unternehmens dagegen „nur“ schwierig, wird sich dies in der Bonushöhe widerspiegeln dürfen, ohne dass allerdings eine Leistungsbestimmung auf „Null“ gangbar wäre. Vordergründig wenig überraschend hielt der 10. Senat daher im Falle der Bayerischen Landesbank einen Jahresfehlbetrag in Höhe von 328 Millionen Euro im Jahr 2011 nicht ohne Weiteres für geeignet, einen Bonus in Höhe von „Null“ zu rechtfertigen, und verwies das Verfahren zwecks weiterer Sachverhaltsaufklärung an das LAG München als Vorinstanz zurück.<sup>123</sup>

Das BAG gab dem LAG München dabei sogar auch noch die Feststellung mit auf den Weg, dass für das Jahr 2011 eine Ausnahmesituation, wie sie in den Jahren 2008 und 2009 bestanden hat, bisher nicht ersichtlich sei.<sup>124</sup> Wie sich der 10. Senat, wohlwissend, dass **Verluste existenzbedrohenden Ausmaßes**, wie sie die Bayerische Landesbank in den Jahren 2008 und 2009 erlitten hat, dem Institut auch noch Jahre später sprichwörtlich in den Knochen stecken und sich in

58

120 LAG Düsseldorf 30.9.2011, 10 Sa 119/11, juris.

121 LAG Düsseldorf 30.9.2011, 10 Sa 119/11, juris.

122 BAG 19.3.2014, 10 AZR 622/13, NZA 2014, 595, 600.

123 BAG 19.3.2014, 10 AZR 622/13, NZA 2014, 595, 602.

124 BAG 19.3.2014, 10 AZR 622/13, NZA 2014, 595, 602.

## Kap. 24 Bonusregelungen und Zielvereinbarungssysteme

dessen Eigenkapitalausstattung entsprechend niederschlagen, zu einer formalistisch nach Wirtschaftsjahren differenzierenden Betrachtung hinreißen lassen konnte, wird man sich fragen dürfen. Jedenfalls lieferte der 10. Senat dem LAG München eine perfekte Vorlage, künftig auf der von ihm vorgegebenen Linie zu entscheiden, wovon dieses dann auch prompt Gebrauch gemacht hat, wie ein weiteres Berufungsverfahren eines Mitarbeiters der Bayerischen Landesbank zeigt, der für das Jahr 2011 ebenfalls keinen Bonus erhalten hatte.<sup>125</sup> Das LAG München knüpft in diesen Entscheiden nahtlos an die Vorgaben des 10. Senats an und führt aus, dass seiner Ansicht nach im Jahr 2011 keine Ausnahmesituation bestanden hätte. Zur Begründung führt das LAG München dabei an, dass die Bank ab Mai 2011 auf freiwilliger Grundlage eine Stabilisierungszulage von jährlich 20 Millionen Euro an tarifliche und außertarifliche Mitarbeiter zahlen würde und darüber hinaus im Jahr 2011 – ebenfalls ohne rechtliche Verpflichtung – ein Prämienbudget zur Honorierung besonderer Leistungen im Rahmen von Projekten und Sonderaufgaben in Höhe von 5 Millionen Euro sowie noch einmal denselben Betrag für freiwillige Gehaltsanpassungen bereitgestellt und damit widerlegt habe, dass keine finanziellen Mittel für variable Vergütung für das Kalenderjahr 2011 zur Verfügung gestanden hätten.<sup>126</sup>

- 59 Obwohl es in gewissem Maße nachvollziehbar erscheint, dass sich ein Unternehmen nicht gleichzeitig auf den Standpunkt stellen kann, dass die Festsetzung eines ermessensabhängigen Bonus auf „Null“ mit Blick auf die Ertragslage gerechtfertigt sei, es andererseits aber an Mitarbeiter ohne eine entsprechende Verpflichtung anderweitige Zuwendungen macht,<sup>127</sup> eröffnet die Rechtsprechung hier Tür und Tor für Argumente, die rechtlich kaum fassbar und damit auch nicht kontrollierbar sind. Muss sich ein Arbeitgeber für Zwecke variabler Vergütungen auch entgegenhalten lassen, dass beispielsweise eine bestimmte ergebniswirksame Investition genauso gut auch zwei Jahre später hätte getätigt werden können? Oder dass das Ergebnis durch Kartellbußen und Schadensersatzansprüche im Zusammenhang mit Kartellverfahren gemindert wurde, für die der Arbeitnehmer überhaupt nichts konnte? Um hier ein Ausufern der Argumente zu vermeiden, spricht viel dafür, dass sich ein Arbeitgeber für Zwecke der Billigkeit eines diskretionären Bonus – wie auch in Bezug auf unternehmerische Entscheidungen zum Zwecke des Abbaus von Arbeitsplätzen – nur offensichtlich unsachliche, unvernünftige oder willkürliche Aufwendungen entgegenhalten lassen muss, ohne dass es darauf ankäme, ob diese mit oder ohne eine Rechtspflicht getätigt worden sind.

125 LAG München 3.3.2016, 3 Sa 1033/15, BB 2016, 2107 (m. Anm. *Jensen*).

126 LAG München 3.3.2016, 3 Sa 1033/15, BB 2016, 2107, 2111 (m. Anm. *Jensen*).

127 So auch BAG 3.8.2016, 10 AZR 710/14, NZA 2016, 1334, für den Fall, dass Bonuszahlungen an andere Mitarbeiter erfolgt sind, sowie *Preis/Deutzmann*, NZA-Beil. 2017, 101, 107.

Abseits dessen ist aber auch die Parallelität zwischen der Rechtsprechung des 10. Senats zu variabler Vergütung in Verlustszenarien und der Rechtsprechung des 2. Senats zu den Anforderungen einer **Änderungskündigung zum Zwecke einer Entgeltreduzierung** augenfällig. In ständiger Rechtsprechung erkennt der 2. Senat an, dass eine Unrentabilität des Betriebs einer Weiterbeschäftigung der Arbeitnehmer zu unveränderten Arbeitsbedingungen – sprich: zu unverändertem Gehalt – entgegenstehen und daher ein dringendes betriebliches Erfordernis zur Änderung der Arbeitsbedingungen sein kann.<sup>128</sup> Voraussetzung sei allerdings, dass durch die Senkung der Personalkosten die Stilllegung des Betriebs oder eine deutliche Reduzierung der Belegschaft verhindert werden kann und die Kosten durch andere Maßnahmen nicht zu senken sind, was durch Vorlage eines umfassenden Sanierungsplans nachzuweisen sei, der die Finanzlage des Betriebs, den Anteil der Personalkosten, die Auswirkung der erstrebten Kostensenkungen für den Betrieb und für die Arbeitnehmer darstellt und der darlegt, weshalb andere Maßnahmen nicht in Betracht kommen.<sup>129</sup> In der Sache sind diese Maßstäbe in vielerlei Hinsicht deckungsgleich mit denjenigen, die der 10. Senat zur Rechtfertigung einer Ermessensausübung auf „Null“ bei Boni anwendet, die auch von der finanziellen Entwicklung des Unternehmens abhängig sind. Der 10. Senat fordert dem Arbeitgeber zwar formal keinen Sanierungsplan ab, nötigt diesem über das Instrument der Verteilung der Darlegungs- und Beweislast (s. Rn. 73 f.) aber einen gleichermaßen umfassenden Vortrag ab, um die Billigkeit seiner Entscheidung zu rechtfertigen und damit einen Übergang des Rechts zur Ermessensausübung nach § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB auf das Gericht zu verhindern. Dies ist insofern auf Wertungsebene wenig nachvollziehbar, als eine Änderungskündigung zur Entgeltreduzierung in aller Regel auch bzw. insbesondere das Fixgehalt betrifft, während dieses dem Arbeitnehmer im Falle eines Nullbonus infolge schlechter Unternehmenskennzahlen ja aber in voller Höhe verbleibt. Der Arbeitgeber kommt nur insofern – wenn man dies denn so bezeichnen will – besser davon, als die Folge einer sozial ungerechtfertigten Änderungskündigung deren vollständige Unwirksamkeit ist, während eine unbillige bzw. eine nicht ausreichend als billig dargelegte Ermessensentscheidung durch die Gerichte ja nur durch eine eigene Ermessensentscheidung des Gerichts ersetzt werden kann, die allerdings ihrerseits der Billigkeit zu entsprechen hat<sup>130</sup> und die daher kein Freibrief zur Zuerkennung unverhältnismäßig hoher Zahlungen ist (s. Rn. 67).

128 BAG 10.9.2009, 2 AZR 822/07, AP KSchG 1969 § 2 Nr. 142, Rn. 25 m. w. N.

129 BAG 10.9.2009, 2 AZR 822/07, AP KSchG 1969 § 2 Nr. 142, Rn. 25 m. w. N.

130 Vgl. nur Palandt-Grüneberg, § 315 Rn. 19 m. w. N.

**4. Poolssysteme und billiges Ermessen**

- 61 Nicht unüblich sind diskretionäre Bonusregelungen, die eine Abhängigkeit der leistungsabhängigen Vergütung der Arbeitnehmer von einem **Bonusbudget** bzw. – wohl gebräuchlicher – von einem **Bonuspool** vorsehen, dessen Dotierung von der Geschäftsleitung entsprechend dem betriebswirtschaftlichen Erfolg des Unternehmens vorgenommen wird.
- 62 Das BAG erachtete eine entsprechende Betriebsvereinbarung mit den vor allem aus der Diskussion um Freiwilligkeits- und Widerrufsvorbehalte bekannten Argumenten für rechtmäßig, da sich der Arbeitgeber ja gerade nicht das Recht vorbehalten habe, dem Arbeitnehmer bereits verdiente Vergütung zu entziehen.<sup>131</sup> Danach spricht viel dafür, dass ein **Budgetvorbehalt** im Falle einer individualrechtlichen Vereinbarung auch einer AGB-Kontrolle nach den Maßstäben des § 308 Nr. 4 und des § 307 BGB standhält.
- 63 Sofern nicht schon in der zugrunde liegenden Vereinbarung Vorgaben zur Höhe des zur Verfügung zu stellenden Bonusvolumens gemacht wurden, hat die Dotierung des zu verteilenden Bonuspools gemäß § 315 Abs. 1 BGB im billigen Ermessen zu erfolgen; hierauf haben die Arbeitnehmer, die an einem solchen System teilnehmen, sogar einen individualrechtlichen Anspruch.<sup>132</sup> Die weitere Verteilung erfolgt sodann nach Maßgabe der zugrunde liegenden Absprache bzw. in Ermangelung belastbarer vereinbarter Regelungen in weiterer Ausübung billigen Ermessens durch den Arbeitgeber.<sup>133</sup> Insofern ist allerdings klarzustellen, dass es sich im letzteren Fall um zwei separate Ermessensentscheidungen handelt, die jeweils einer eigenständigen Rechtskontrolle zugänglich sind, da der 10. Senat in seiner Entscheidung vom 19.3.2014 anderenfalls wohl kaum von einem grundsätzlichen Anspruch des einzelnen Arbeitnehmers auf Bewilligung eines angemessenen Budgets einerseits und auf Gewährung einer individuellen Zahlung andererseits ausgegangen wäre.<sup>134</sup>
- 64 Was das arbeitgeberseitige Ermessen bei der Dotierung des Bonuspools anbelangt, gelten die allgemeinen Grundsätze der Ermessensausübung (s. Rn. 53 ff.). Im Rahmen der Ermessenskontrolle scheuen sich die Richter des BAG im Einzelfall nicht, die der Dotierung des Bonuspools zugrunde liegenden Bilanzkennzahlen im Einzelnen zu überprüfen und diese sogar zu korrigieren.<sup>135</sup>
- 65 Eine erwähnenswerte Besonderheit liegt ferner auch darin, dass es dem Arbeitgeber grundsätzlich versagt sein soll, das zu verteilende Bonusvolumen einseitig zu verändern, wenn es erst einmal durch eine entsprechende Ermessensentschei-

131 BAG 19.3.2014, 10 AZR 622/13, NZA 2014, 595, 600.

132 BAG 12.10.2011, 10 AZR 649/10, NZA 2012, 464, 466.

133 *Salamon*, NZA 2014, 465, 469.

134 BAG 19.3.2014, 10 AZR 622/13, NZA 2014, 595, 601.

135 BAG 11.12.2013, 10 AZR 364/13, AP BGB § 315 Nr. 112, Rn. 34.

dung festgelegt worden ist.<sup>136</sup> Raum für eine Änderung der ursprünglichen Leistungsbestimmung bzw. eine Neubestimmung kann allerdings bei Veränderungen der tatsächlichen oder rechtlichen Voraussetzungen gestattet bzw. im Einzelfall sogar geboten sein.<sup>137</sup> Rechtliche Relevanz wird diese Rechtsprechung im Ergebnis nur in Fällen haben, in denen der Arbeitgeber einen schon bereitgestellten, aber noch nicht ganz oder teilweise verteilten Bonustopf nachträglich verkleinern möchte. Ist dieser Weg versperrt, wird der Arbeitgeber das angestrebte Ziel schlechterdings auch nicht auf dem Umweg erreichen können, dass er die Boni an die einzelnen Mitarbeiter absichtlich so gering bemisst oder deren Leistungen so schlecht bewertet, dass von dem Bonuspool ein nicht zur Verteilung gelangter Restbetrag übrig bleibt.

Dies soll aber nicht bedeuten, dass ein im Ermessen des Arbeitgebers stehender Bonuspool stets bis auf den letzten Cent zu verteilen ist, es sei denn, dies ist ausdrücklich so vorgesehen. Es kann ja durchaus vorkommen, dass eine größere Anzahl von Mitarbeitern entgegen den Erwartungen Ziele nicht oder nicht vollständig erreicht hat, mit der Folge, dass die variable Vergütung in diesen Fällen entsprechend geringer ausfällt. In einem solchen Fall ist es keineswegs zwingend bzw. entspricht keineswegs der Billigkeit, dass dann diejenigen Mitarbeiter, die ihre Ziele erreicht oder übererfüllt haben, nur wegen Kollegen, die hinter den Erwartungen zurückgeblieben sind, eine höhere variable Vergütung erhalten. Zudem muss gerade Arbeitgebern mit einer größeren Belegschaft eine nicht vollständige Verteilung des Bonuspools – also letztlich eine **Poolreserve** – auch schon deshalb zugestanden werden, weil es nicht ausgeschlossen werden kann, dass einzelne Mitarbeiter im Nachhinein ihre variable Vergütung zur Überprüfung durch die Arbeitsgerichte stellen. Haben die Mitarbeiter, die diesen Weg beschreiten, Erfolg, würde dies im Falle einer bereits vollständigen Verteilung des Bonuspools bedeuten, dass eine **Nachdotierung** stattzufinden hätte. Eine solche braucht der Arbeitgeber nicht hinzunehmen, es sei denn, dass es zu einer Nachdotierung infolge einer zunächst unterbliebenen Beteiligung des Betriebsrats kommt (s. Rn. 24). **66**

## 5. Leistungsbestimmung durch das Gericht

Stellt sich eine Ermessensentscheidung des Arbeitgebers als unbillig heraus – maßgeblich ist insoweit der **Zeitpunkt**, in dem der Arbeitgeber die Ermessensentscheidung zu treffen hat<sup>138</sup> – oder hat der insoweit Verpflichtete eine Leis- **67**

<sup>136</sup> BAG 12.10.2011, 10 AZR 649/10, NZA 2012, 464, 468.

<sup>137</sup> BAG 12.10.2011, 10 AZR 649/10, NZA 2012, 464, 468.

<sup>138</sup> BAG 3.8.2016, 10 AZR 710/14, NZA 2016, 1334, 1337, Rn. 30; BAG 31.7.2014, 6 AZR 822/12, AP TV-L § 16 Nr. 9, Rn. 30; BAG 19.3.2014, 10 AZR 622/13, NZA 2014, 595, 600.

tungsbestimmung versäumt oder gar verweigert, so erfolgt aufgrund der gesetzlichen Anordnung des § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB eine richterliche Leistungsbestimmung.<sup>139</sup> Dabei wird durch die richterliche Ermessensentscheidung direkt über den vom Arbeitnehmer geltend gemachten Anspruch entschieden und nicht – etwa im Sinne einer Rechtskontrolle – überprüft, ob die Festsetzung des Leistungsberechtigten zutrifft; diese Prüfung hat bereits in der ersten Stufe nach § 315 Abs. 3 Satz 1 BGB stattzufinden und ist Voraussetzung dafür, dass es überhaupt zu einer gerichtlichen Leistungsbestimmung nach § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB kommen kann.<sup>140</sup> Während der Arbeitgeber als ursprünglich Bestimmungsverpflichteter den ihm zur Verfügung stehenden Ermessensspielraum bis an dessen Grenzen ausreizen kann, hat sich ein Richter für Urteilszwecke in der Mitte billigen Ermessens zu halten.<sup>141</sup> Grundlage für die Leistungsbestimmung durch das Gericht ist dabei der Sachvortrag der Parteien, wobei fehlender Sachvortrag des Bestimmungsberechtigten nicht zur Entstehung einer besonderen Darlegungslast für den Anspruchsteller führt (zur Darlegungs- und Beweislast s. Rn. 72 ff.).<sup>142</sup> Eine gerichtliche Leistungsfestsetzung scheidet ausnahmsweise nur dann aus, wenn jegliche Anhaltspunkte hierfür fehlen.<sup>143</sup>

## VII. Störfälle und Kürzungstatbestände

- 68 Bei leistungsbezogener Vergütung stellt sich stets auch die Frage nach dem Umgang mit Störfällen, die etwa in Gestalt von krankheitsbedingten Fehlzeiten innerhalb des Bezugszeitraums, aber auch in Gestalt eines Ruhens des Arbeitsverhältnisses auftreten können. In Fällen von **Krankheit** kommt für den sechswöchigen Zeitraum der Entgeltfortzahlung eine Kürzung leistungsbezogener Vergütung nicht in Betracht;<sup>144</sup> eine Kürzung nach § 4a EfzG kann nämlich nur wirksam für Sonderzahlungen ohne Leistungsbezug vereinbart werden.<sup>145</sup> Für krankheitsbedingte Fehlzeiten, die über den gesetzlichen bzw. einen längeren individual- oder tarifvertraglichen Entgeltfortzahlungszeitraum hinausgehen, ist dagegen nach allgemeinen Grundsätzen kein Bonus zu zahlen, und zwar richtigerweise auch dann nicht, wenn keine Kürzungsabrede getroffen wurde.<sup>146</sup> Inso-

139 BAG 18.2.2015, 4 AZR 778/13, DB 2015, 1972.

140 BAG 3.8.2016, 10 AZR 710/14, NZA 2016, 1334, 1338, Rn. 30.

141 Palandt-Grüneberg, § 315 Rn. 9; Jensen, BB 2014, 2869, 2870; Wensing/Boensch, BB 2014, 2358, 2361.

142 BAG 3.8.2016, 10 AZR 710/14, NZA 2016, 1334, 1338, Rn. 30.

143 BAG 3.8.2016, 10 AZR 710/14, NZA 2016, 1334, 1338.

144 Annuß, NZA 2007, 290, 293.

145 Vgl. nur HWK-Schliemann, § 4 EfzG Rn. 2.

146 Vgl. nur Clemenz/Kreft/Krause-Hoefs, Anhang Rn. 8; DBD-Däubler, Anhang Rn. 416 m. w. N.; Schaub-Linck, § 77 Rn. 22.



fern kann für leistungsbezogene Sonderzahlungen schlechterdings etwas anderes gelten als für die laufende Vergütung.

Auch für Zeiten des beiderseitigen **Ruhens des Anstellungsverhältnisses** ist kein leistungsbezogener Bonus zu zahlen,<sup>147</sup> es sei denn, es wurde ausnahmsweise ausdrücklich etwas anderes vereinbart. **69**

Unterliegt eine Arbeitnehmerin einem mutterschutzrechtlichen **Beschäftigungsverbot**, kommt für dessen Zeitraum keine Kürzung einer leistungsabhängigen Sonderzahlung in Betracht.<sup>148</sup> Dasselbe gilt stets auch für die Dauer der mutterschutzrechtlichen Schutzfristen.<sup>149</sup> Anders verhält es sich hingegen im Falle eines in **Elternzeit** befindlichen Arbeitnehmers. Hier kommt es nicht zu einer geschlechterspezifischen Benachteiligung,<sup>150</sup> sodass für den Zeitraum der Elternzeit kein anteiliger Bonus zu zahlen ist.<sup>151</sup> **70**

Bei der Frage, ob eine **Freistellung von der Arbeitspflicht** zu einer zeitanteiligen Kürzung des Bonusanspruchs führt, ist dagegen zu differenzieren. Im Grundsatz ist davon auszugehen, dass auch während einer Freistellung der Anspruch des Arbeitnehmers auf einen leistungsabhängigen Bonus fortbesteht.<sup>152</sup> Der Bonus für die Zeit der Freistellung beläuft sich dann auf dasjenige, was dem Arbeitnehmer bei unterbliebener Freistellung zustehen würde.<sup>153</sup> Vorgenanntes hat stets zu gelten, wenn ein Arbeitnehmer einseitig vom Arbeitgeber **rechtswidrig** freigestellt wurde.<sup>154</sup> Wurde ein Arbeitnehmer dagegen vom Arbeitgeber einseitig **rechtmäßig** freigestellt – was insbesondere bedeutet, dass der Freistellung eine wirksame vertragliche Vereinbarung zugrunde liegt<sup>155</sup> –, so spricht viel dafür, dass eine leistungsabhängige Vergütung für die Dauer einer solchen Freistellung nicht zu zahlen ist.<sup>156</sup> Dies wird jedenfalls dann gelten, wenn diese Rechtsfolge in der Freistellungsklausel bereits angelegt ist; eine unangemessene Benachteiligung i. S. v. § 307 Abs. 2 BGB wohnt einer solchen Gestaltung nicht inne. Im Falle einer **einvernehmlichen** Freistellung kann dem Arbeitgeber schließlich kaum der Vorwurf angelastet werden, dass er verhindert habe, dass der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung nicht erbringen kann. Aus diesem Grunde wird man jedenfalls dann, wenn zum Schicksal des Bonus während der Frei-

147 Clemenz/Kreft/Krause-Hoefs, Anhang Rn. 8.

148 Schaub-Linck, § 77 Rn. 22 m. w. N.

149 DBD-Däubler, Anhang Rn. 417.

150 Schaub-Linck, § 77 Rn. 22 m. w. N.

151 DBD-Däubler, Anhang Rn. 416.

152 DBD-Däubler, Anhang Rn. 222.

153 Kramer, DB 2008, 2538, 2539.

154 Fuhrlott/Balupuri-Beckmann, ArbRAktuell 2011, 393, 395 mit Hinweis auf LAG München 23.7.2009, 4 Sa 103/09.

155 Siehe dazu Clemenz/Kreft/Krause-Klump, § 307 Rn. 184 m. w. N.

156 Fuhrlott/Balupuri-Beckmann, ArbRAktuell 2011, 393, 395 m. w. N.

stellung nichts ausdrücklich vereinbart worden ist, davon auszugehen haben, dass ein solcher nicht geschuldet ist.<sup>157</sup>

### VIII. Darlegungs- und Beweislast

- 72 Die Frage nach der Verteilung der **Darlegungs- und Beweislast** stellt sich bei Zielvorgaben, Zielvereinbarungen und Bonusregelungen an den verschiedensten Stellen. Soweit sich der Arbeitgeber bei offenen bzw. **diskretionären Bonus-systemen** – durch die Verwendung von Zielvorgaben, durch Freiheit hinsichtlich der Gewichtung der Ziele zueinander, durch Ermessen hinsichtlich der Höhe des Bonus – Flexibilität vorbehalten hat, ist er hinsichtlich der Frage, ob die von ihm vorgenommene Leistungsbestimmung billigem Ermessen entspricht, voll darlegungs- und beweisbelastet.<sup>158</sup> Hier geht es also um die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Arbeitgeber eine gerichtliche Leistungsbestimmung nach § 315 Abs. 3 BGB verhindern kann und damit um die Verbindlichkeit der von ihm getroffenen Bonusentscheidung.<sup>159</sup>
- 73 Gelingt es dem Arbeitgeber nicht, die Billigkeit seiner Ermessensentscheidung zur Überzeugung des Gerichts darzulegen, hat gemäß § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB eine **Leistungsbestimmung durch Urteil** zu erfolgen. Während das BAG bislang auch in diesem Bereich von einer dahingehenden abgestuften Darlegungs- und Beweislast<sup>160</sup> ausging, dass sich der Arbeitgeber etwa zur Richtigkeit der Leistungsbewertung,<sup>161</sup> zum Unternehmensergebnis<sup>162</sup> oder auch zur Gewichtung von Zielen erklären musste<sup>163</sup> und dass sich der Umfang der Darlegungspflicht nach dem Maß des Bestreitens durch den Arbeitnehmer richtet,<sup>164</sup> kann dies seit der Entscheidung des 10. Senats vom 3.8.2016<sup>165</sup> nicht mehr gelten. Nach dieser Entscheidung ist Grundlage für eine Leistungsbestimmung durch Urteil der Sachvortrag der Parteien, ohne dass es eine Darlegungs- und Beweislast im prozessualen Sinne gibt; jede Partei ist vielmehr nur gehalten, die für ihre Position sprechenden Umstände vorzutragen, weil das Gericht nur die ihm be-

---

157 Behrens/Rinsdorf, NZA 2006, 830, 833 m.w.N.; so auch Fuhlrott/Balupuri-Beckmann, ArbRAktuell 2011, 393, 395.

158 BAG 13.5.2015, 10 AZR 266/14, NZA 2015, 992, 994, Rn. 28; BAG 20.3.2013, 10 AZR 8/12, NZA 2013, 970, 974, Rn. 33 m.w.N.

159 BAG 3.8.2016, 10 AZR 710/14, NZA 2016, 1334, 1338, Rn. 30, mit Hinweis u.a. auf Staudinger-Rieble, § 315 BGB Rn. 521.

160 BAG 13.5.2015, 10 AZR 266/14, NZA 2015, 992, 994, Rn. 27.

161 Reinfelder, NZA-Beil. 2014, 10, 15.

162 BAG 14.11.2012, 10 AZR 783/11, NZA 2013, 1150, 1156, Rn. 49.

163 BAG 14.11.2012, 10 AZR 783/11, NZA 2013, 1150, 1156, Rn. 49.

164 BAG 14.11.2012, 10 AZR 783/11, NZA 2013, 1150, 1156, Rn. 53 ff.

165 BAG 3.8.2016, 10 AZR 710/14, NZA 2016, 1334.

kannten Umstände in seine Bestimmung einbringen kann.<sup>166</sup> Das bedeutet, dass das Gericht einen Bonus auf Grundlage der aktenkundig gewordenen Umstände – die in den Vorjahren gezahlten Boni können insoweit einen wichtigen Faktor darstellen, da durch sie regelmäßig zum Ausdruck kommt, welche Höhe eine solche Leistung unter welchen konkreten Umständen (Leistung des Arbeitnehmers, Unternehmenserfolg etc.) erreichen kann – festzusetzen hat.<sup>167</sup> Hat sich der bestimmungsberechtigte Arbeitgeber zu bestimmten Faktoren, die sich dem Kenntnisbereich des Arbeitnehmers entziehen, nicht geäußert, geht dies nicht zu dessen Lasten, sondern führt zu einer vom Arbeitgeber hinzunehmenden Unschärfe im Rahmen der gerichtlichen Schätzung, während eine gerichtliche Leistungsfestsetzung nur ausnahmsweise ausscheidet, nämlich wenn jegliche Anhaltspunkte für eine Schätzung fehlen.<sup>168</sup> Lehrbuchbeispiel für eine gerichtliche Leistungsbestimmung bei dünner Faktenlage ist das Urteil des OLG Frankfurt am Main vom 18.4.2018,<sup>169</sup> mit dem einem Bankvorstand ein Bonus von 500.000 Euro zugesprochen wurde.

Soweit im Falle von fixen bzw. **formelbasierten Bonussystemen**, die eine Verzielung aufgrund von Zielvereinbarungen vorsehen (s. Rn. 51), kein Raum mehr für die Ausübung von Ermessen besteht, spricht dagegen viel dafür, die für das Zeugnisrecht entwickelten Grundsätze anzuwenden, wonach der Arbeitnehmer in Bezug auf eine überdurchschnittliche Leistung und der Arbeitgeber in Bezug auf eine unterdurchschnittliche Leistung beweisbelastet ist.<sup>170</sup> Geht es um die Erreichung harter Ziele wie Umsatz- oder Kundenzahlen, ist konkreter Vortrag des Arbeitnehmers möglich und auch erforderlich.<sup>171</sup> Geht es hingegen um das Erreichen weicher Ziele, muss der Arbeitgeber seine Wertungen auf entsprechendes Bestreiten hin konkretisieren und plausibel machen.<sup>172</sup> **74**

## IX. Prozessuales

Die soeben dargestellten Grundsätze über die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast werfen in einem weiteren Schritt die prozessuale Frage nach der zutreffenden Klageart auf, will ein Arbeitnehmer Zahlungsansprüche in Bezug auf einen im Ermessen des Arbeitgebers stehenden Bonus erheben. Ob der Arbeit- **75**

166 BAG 3.8.2016, 10 AZR 710/14, NZA 2016, 1334, 1338, Rn. 30, mit Hinweis u. a. auf Staudinger-Rieble, § 315 BGB Rn. 521.

167 BAG 3.8.2016, 10 AZR 710/14, NZA 2016, 1334, 1339, Rn. 35; siehe auch Salamon/Wessels, BB 2017, 885, 889.

168 BAG 3.8.2016, 10 AZR 710/14, NZA 2016, 1334, 1338.

169 OLG Frankfurt am Main, 4 U 120/17, juris.

170 *Annuß*, NZA 2007, 290, 294; ausdrücklich offengelassen BAG 14.11.2012, 10 AZR 783/11, NZA 2013, 1150, 1156, Rn. 53.

171 Schaub-Linck, § 77 Rn. 16.

172 Schaub-Linck, § 77 Rn. 16.

nehmer im Wege der **Stufenklage** vorzugehen hat oder ob er besser gleich zur **Leistungsklage** greifen sollte, dürfte spätestens nach der Entscheidung des 10. Senats vom 3.8.2016<sup>173</sup> im Sinne der letzteren Alternative zu beantworten sein. In der Entscheidung stellt das BAG nämlich klar, dass sich ein Arbeitnehmer im Falle diskretionärer Bonussysteme, bei denen der Bonus von Umständen wie beispielsweise der Pooldotierung abhängt, die außerhalb des Kenntnisbereichs des Arbeitnehmers liegen, nicht auf eine **Auskunftsklage** und damit auf eine Stufenklage verweisen lassen muss.<sup>174</sup> Im Falle formelbasierter Bonussysteme kann und muss nichts anderes gelten, auch hier ist die Leistungsklage das Mittel der Wahl.

- 76 Sofern sich ein Arbeitnehmer zunächst für die Erhebung einer **Auskunftsklage** entschieden hat, löst dies keine Umkehr der Darlegungs- und Beweislast in Bezug auf die Frage auf, ob die vom Arbeitgeber getroffene Leistungsbestimmung der Billigkeit entspricht; die Auskunftsklage und die Klage auf richterliche Ersatzbestimmung haben nach Auffassung des 10. Senats nämlich unterschiedliche Streitgegenstände.<sup>175</sup> Zudem soll eine im Rahmen einer Stufenklage ergangene Entscheidung über Auskunftsansprüche, egal ob formelle Rechtskraft eingetreten ist oder nicht, nie Rechtskraft im Hinblick auf den auf letzter Stufe verfolgten Anspruch gemäß § 315 Abs. 3 BGB und auch keine Bindung i. S. v. § 318 ZPO entfalten.<sup>176</sup> Daher sei es rechtlich nicht ausgeschlossen, dass Vorfragen zur Bonusmessung auf Ebene der zweiten Stufe anders beurteilt werden als durch Teilurteil auf erster Stufe.<sup>177</sup>

---

173 BAG 3.8.2016, 10 AZR 710/14, NZA 2016, 1334.

174 BAG 3.8.2016, 10 AZR 710/14, NZA 2016, 1334, 1338, Rn. 30, mit Hinweis auf Staudinger-Rieble, § 315 BGB Rn. 388.

175 BAG 3.8.2016, 10 AZR 710/14, NZA 2016, 1334, 1338, Rn. 28.

176 BAG 3.8.2016, 10 AZR 710/14, NZA 2016, 1334, 1338, Rn. 28.

177 BAG 3.8.2016, 10 AZR 710/14, NZA 2016, 1334, 1338, Rn. 28, mit Hinweis auf BGH 16.6.2010, VIII ZR 62/09, NJW-RR 2011, 189, Rn. 24.

# Kapitel 25

## Die Provision

**Schrifttum:** *Baumbach/Hopt*, HGB, 38. Aufl. 2018; *Richardi*, Kommentar zum BetrVG, 16. Aufl. 2018; *Schaub*, ArbR Handbuch, 17. Aufl. 2017; *Oetker*, Handelsgesetzbuch, 5. Aufl. 2017; *Moll*, Münchner Anwaltshandbuch ArbR, 4. Aufl. 2017; Münchner Kommentar BGB, 7. Aufl. 2016; Münchner Kommentar HGB, 4. Aufl. 2016; *Hamacher*, Antragslexikon ArbR, 2. Aufl. 2015; *Jacobs*, Betriebsratsvergütung bei arbeitszeitunabhängiger Provision; *Maschmann/Sieg/Göpfert*, ArbR, 2. Aufl. 2016; *Kelber/Zeißig/Birkefeld*, 1. Aufl. 2016, *Boecken/Düwel/Diller/Hanau-Reinhard*, 1. Aufl. 2016; *Küttner*, Personalbuch 2018, 25. Aufl. 2018.

### Übersicht

	Rn.		Rn.
I. Begriff der Provision .....	1	e) § 87a Abs. 1 Satz 1 HGB –	
1. Definition .....	1	Ausführung des Geschäft-	
2. Abgrenzung zu Umsatzbeteili-		tes .....	24
gungen .....	3	3. § 87a Abs. 2 HGB – Unter-	
3. Abgrenzung zu Tantiemen ....	5	gang des Provisionsan-	
II. Die Verweisung des § 65 HGB –		spruches .....	29
Das gesetzliche Leitbild .....	6	4. § 87c HGB – Fälligkeit der	
1. Die Reichweite der Verwei-		Provision .....	32
sung des § 65 HGB .....	6	5. Verhältnis zu Mindestlohn	
2. Entstehung des Provisions-		und Tarifverträgen .....	33
anspruches .....	8	III. Grenzen der arbeitsvertraglichen	
a) § 87 Abs. 1 Satz 1 1. Alter-		Gestaltung .....	36
native HGB (Provision für		1. Ausschluss von Folgeprovisio-	
während des Vertragsverhält-		nen für Folgegeschäfte, Nach-	
nisses abgeschlossene Ge-		bestellungen von Kunden, die	
schäfte) .....	9	der Arbeitnehmer geworben	
aa) Geschäftsabschluss ....	9	hat – § 87 Abs. 1 Satz 1	
bb) Tätigkeit des Arbeitneh-		2. Alternative HGB .....	36
mers / Kausalität ....	15	2. Ausschluss von Provisionen	
cc) Zeitpunkt des Abschlus-		für Geschäfte, die nach Been-	
ses .....	16	digung des Arbeitsverhältnis-	
b) § 87 Abs. 1 Satz 1 2. Alter-		ses abgeschlossen oder aus-	
native HGB – Geschäfte der		geführt worden sind .....	37
gleichen Art .....	17	a) Die Rechtsprechung des	
c) § 87 Abs. 3 HGB – Geschäfte,		BAG .....	38
die nach Beendigung des		b) Die Rechtsprechung des	
Arbeitsverhältnisses abge-		BGH .....	47
schlossen werden .....	18	c) Eigene Stellungnahme ....	50
d) Anteilige Provision .....	23		

## Kap. 25 Die Provision

IV. Durchsetzung der Provisions- ansprüche . . . . .	56	1. Entgeltfortzahlungsgesetz . . .	65
1. § 87c Abs. 1 HGB – Abrechnung . . . . .	56	2. Urlaubsentgelt . . . . .	70
2. § 87c Abs. 2 HGB – Buchauszug . . . . .	58	3. Betriebsratsmitglieder § 37 Abs. 2 BetrVG i.V.m. § 611 BGB . . . . .	72
3. § 87c Abs. 3 HGB – Auskunftsanspruch . . . . .	61	VI. Mitbestimmung des Betriebs- rates . . . . .	73
4. § 87c Abs. 4 HGB – Einsicht in die Geschäftsbücher . . . . .	62	1. § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG . . .	73
V. Provision und Regeln des Lohns ohne Arbeit . . . . .	65	2. § 87 Abs. 1 Nr. 11 BetrVG . . .	74
		3. Rechtsfolgen bei Verletzung des Mitbestimmungsrechts . . .	75

### I. Begriff der Provision

#### 1. Definition

- 1 Die Provision zählt zu den ältesten Formen erfolgsabhängiger Vergütung im Arbeitsleben. Bereits die ursprüngliche Fassung des HGB aus dem Jahre 1897 sah in § 65 vor, dass zentrale Vorschriften über Provisionen für selbständige Handelsvertreter auch für angestellte Handlungsgehilfen gelten sollen. Auch wenn seit den 80er Jahren des vergangenen Jahrhunderts moderne Zielvereinbarungs- und Bonussysteme aufkamen, wurde die Provision hierdurch nicht verdrängt. Sie ist nach wie vor im Vertrieb verbreitet, in manchen Branchen vielleicht sogar dominierend. Dies mag an ihrer strikten Orientierung an der persönlichen Leistung liegen. Die Provision stellt die konsequenteste Umsetzung des Grundsatzes „You eat what you kill“ dar und übt eine starke Anreizwirkung aus.
- 2 Die Provision stellt eine prozentuale Beteiligung an dem Wert solcher Geschäfte dar, die durch den Provisionsberechtigten zustande kommen (**Vermittlungsprovision**) oder die mit Kunden eines bestimmten Bezirks oder einem vorbehaltenen Kundenstamm abgeschlossen werden (**Bezirksprovision**).

#### 2. Abgrenzung zu Umsatzbeteiligungen

- 3 Abzugrenzen ist die Provision von **Umsatzbeteiligungen**. Umsatzbeteiligungen knüpfen nicht an den persönlichen Umsatz des Arbeitnehmers, sondern an den Gesamtumsatz des Unternehmens an. Sie unterfallen deshalb auch nicht den Regelungen der §§ 87 ff. HGB.
- 4 Noch nicht abschließend geklärt ist, ob die §§ 87 ff. HGB anwendbar sind, wenn die variable Vergütung an den Umsatz einer kleinen Mitarbeitergruppe anknüpft. Richtigerweise ist dies zu bejahen, wenn die kleine Mitarbeitergruppe einen vorbehaltenen Kundenstamm bedient, nicht aber wenn kein vorbehaltener **Kun-**

**denstamm** existiert. Jede andere Auslegung führt dazu, die Spezialregelungen der §§ 87 ff. HGB, die stets auf die persönliche Vermittlung oder aber auf vorbehaltenen Geschäfte abstellen, über Gebühr auszudehnen.

### 3. Abgrenzung zu Tantiemen

Tantiemen knüpfen nicht an den Umsatz eines vermittelten oder vorbehaltenen Geschäfts, sondern an den Gewinn eines Unternehmens an. Sie unterliegen deshalb ebenfalls nicht den Regelungen der §§ 87 ff. HGB. **5**

## II. Die Verweisung des § 65 HGB – Das gesetzliche Leitbild

### 1. Die Reichweite der Verweisung des § 65 HGB

Die Provision ist die typische Form der Vergütung für Handelsvertreter. § 65 HGB beinhaltet eine Verweisung, dass bestimmte Regelungen der §§ 87 ff. HGB auch auf Arbeitnehmer Anwendung finden. In § 65 HGB heißt es: **6**

*„Ist bedungen, dass der Handlungsgehilfe für Geschäfte, die von ihm geschlossen oder vermittelt werden, Provisionen erhalten soll, so sind die für die Handelsvertreter geltenden Vorschriften des § 87 Abs. 1 und 3 sowie der §§ 87a bis 87c HGB anzuwenden.“*

Der Verweis erfasst die Regelungen zu den Voraussetzungen, zur Fälligkeit und zur Höhe der Provision. Nicht erfasst werden die Regelungen des § 86a HGB zur Ausstattung und zu den Unterlagen sowie den Mitteilungspflichten, der Anspruch auf die Bezirksprovision gem. § 87 Abs. 2 HGB, der Anspruch auf die Zahlung einer Inkassoprovision gem. § 87 Abs. 4 HGB und v.a. der Handelsvertreterausgleichsanspruch gem. § 89b HGB. **7**

### 2. Entstehung des Provisionsanspruches

Der Anspruch auf Zahlung einer Provision entsteht, wenn **8**

- ein Arbeitsvertrag mit einer Provisionsabrede geschlossen wurde,
- in provisionspflichtiges Geschäft abgeschlossen wurde und
- das Geschäft ausgeführt wurde oder aber nicht ausgeführt wurde, wenn und soweit die Nichtausführung auf Umständen beruht, die der Unternehmer nicht zu vertreten hat.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> § 87 Abs. 3 HGB.

## Kap. 25 Die Provision

### *a) § 87 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 HGB (Provision für während des Vertragsverhältnisses abgeschlossene Geschäfte)*

#### aa) Geschäftsabschluss

- 9 Der Arbeitnehmer hat Anspruch auf Provision für alle während des Vertragsverhältnisses abgeschlossenen Geschäfte, die auf seine Tätigkeit zurückzuführen sind. Geschäfte im Sinne des § 87 HGB sind solche, die unmittelbar dem Leistungsaustausch zugrunde liegen.
- 10 **Dauerschuldverhältnisse** sind provisionspflichtig. Die Provision ist bei Bedarfsüberlassungs- und Nutzungsverträgen von bestimmter Dauer v. Entgelt für die Vertragsdauer zu berechnen. Bei unbestimmter Dauer ist die Provision v. Entgelt bis zum Zeitpunkt zu berechnen, zu der erstmals von dem Dritten gekündigt werden kann.<sup>2</sup>
- 11 **Bezugs- und Rahmenverträge** sind – vorbehaltlich einer abweichenden Provisionsabsprache – nicht provisionspflichtig. Sie räumen dem Kunden generell nur Bezugsrechte ein oder verpflichten diese, in Zukunft Geschäfte bestimmter Art mit dem Unternehmer abzuschließen. Sie stellen deshalb noch kein Umsatzgeschäft dar.<sup>3</sup>
- 12 **Sukzessiv-Lieferverträge** sind indes provisionspflichtig. Bei einem Sukzessiv-Liefervertrag geht der Kunde nämlich mit Vertragsschluss die Verpflichtung ein, weitere Leistungen zu beziehen, soweit er das Vertragsverhältnis nicht aufkündigt.
- 13 **Vorverträge** stellen keinen Geschäftsabschluss im Sinne des § 87 Abs. 1 S. 1 HGB dar. Zwar liegt bei einem Vorvertrag schon eine Verpflichtung des Kunden zum Abschluss des Hauptvertrages vor. Das Umsatzgeschäft ist aber noch nicht abschließend festgelegt.<sup>4</sup>
- 14 **Aufbauversicherungen** zeichnen sich dadurch aus, dass sich die Versicherungssumme in regelmäßigen Zeitabständen erhöht, soweit der Versicherungsnehmer nicht widerspricht. Bei der Vermittlung einer Aufbauversicherung gehen die Erhöhungen auf das Vermittlungsgeschäft bei Abschluss des Versicherungsvertrages zurück und sind provisionspflichtig.<sup>5</sup>

#### bb) Tätigkeit des Arbeitnehmers/Kausalität

- 15 Der Anspruch auf eine Provision setzt voraus, dass das provisionspflichtige Geschäft auf die Tätigkeit des Arbeitnehmers zurückzuführen ist. Die Tätigkeit des

---

2 § 87b Abs. 3 HGB.

3 MüKoHGB- von Hoyningen-Huene, § 87 HGB Rn. 60.

4 vgl. dazu MüKoHGB-von Hoyningen-Huene, § 87 HGB Rn. 62.

5 BAG 28.2.1984, 3 AZR 472/81, BB 1984, 1687.



Arbeitnehmers muss kausal für das **Zustandekommen des Geschäftes** gewesen sein. Es muss feststellbar sein, dass das Geschäft ohne die Mitwirkung des Arbeitnehmers nicht oder nicht in der abgeschlossenen Form zustande gekommen wäre. Nicht erforderlich ist, dass der Arbeitnehmer für den Geschäftsabschluss allein oder ausschließlich verantwortlich war. Es genügt jede **Mitursächlichkeit** des Arbeitnehmers. Die Mitursächlichkeit wird bei einer unmittelbaren Bestellung eines Kunden bei dem Unternehmen bejaht, wenn der Kunde sich zuvor als Ausstellungsbesucher bei dem Handelsvertreter informiert hat, ferner bei einem unmittelbaren Abschluss des Kunden bei dem Unternehmer, wenn der Handelsvertreter den Kunden zuvor beraten hat. Als für die Provisionen nicht ausreichend angesehen werden völlig untergeordnete Tätigkeiten, die letztlich für den Vertragsschluss keine Relevanz haben, wie etwa die Schreibhilfe des Handelsvertreters,<sup>6</sup> die Übersetzungshilfe durch den Handelsvertreter bzw. der bloße Nachweis einer Gelegenheit zum Vertragsabschluss für den Unternehmen.<sup>7</sup>

#### cc) Zeitpunkt des Abschlusses

§ 87 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 HGB setzt ferner voraus, dass das Geschäft noch während des Bestehens des Arbeitsverhältnisses abgeschlossen wurde. Wird das Geschäft erst nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses abgeschlossen, greift § 87 Abs. 3 HGB. **16**

#### b) § 87 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 HGB – Geschäfte der gleichen Art

Ein weiterer Tatbestand, der zum Entstehen eines Provisionsanspruches führt, ist der des § 87 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 HGB. Hierbei handelt es sich um Provisionen für Geschäfte, die mit Dritten geschlossen werden, die der Arbeitnehmer für Geschäfte gleicher Art geworben hat. Der Sache nach handelt es sich um neu geworbene Kunden. Das gesetzliche Leitbild des § 87 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 HGB führt bei neu geworbenen Kunden zu einem Kundenschutz des Arbeitnehmers für von ihm geworbene neue Kunden für **Folgegeschäfte**. Neukunden i.d.S. sind auch solche Kunden, die zwar schon früher mit dem Unternehmer in einer Geschäftsbeziehung standen, deren Geschäftsbeziehung aber zwischenzeitlich vollständig abgebrochen oder zum Erliegen gekommen ist. Auch solche Kunden können einem Unternehmen durch den Arbeitnehmer neu zugeführt werden. **17**

<sup>6</sup> OLG Köln 4.11.1970, 2 U 35/70, DB 1971, 327.

<sup>7</sup> MüKoHGB-von Hoyningen-Huene, § 87 HGB Rn. 39 m. w. N.

## Kap. 25 Die Provision

### *c) § 87 Abs. 3 HGB – Geschäfte, die nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses abgeschlossen werden*

- 18** § 87 Abs. 3 HGB regelt die Provisionspflichtigkeit von Geschäften, die erst nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses abgeschlossen werden. Dem Arbeitnehmer steht bei derartigen Geschäften ein Anspruch auf Provision zu, wenn er das Geschäft vermittelt hat oder er es eingeleitet und so vorbereitet hat, dass der Abschluss überwiegend auf seine Tätigkeit zurückzuführen ist und das Geschäft innerhalb einer angemessenen Frist nach Beendigung des Vertragsverhältnisses abgeschlossen wird oder wenn dem Arbeitgeber vor Beendigung des Vertragsverhältnisses das Angebot des Dritten zum Abschluss eines Geschäftes, für das der Arbeitnehmer Anspruch auf eine Provision hat, dem Handelsvertreter oder dem Unternehmen zugewandt ist.
- 19** Ohne Weiteres einsichtig ist die Kausalität zwischen der Arbeitsleistung des Arbeitnehmers und dem abgeschlossenen Geschäft in den Fällen, in denen das Angebot des Kunden noch zum Zeitpunkt des Bestehens des Arbeitsverhältnisses eingeht und der Arbeitgeber dieses Angebot erst später annimmt. Dies gilt unabhängig davon, wann das vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses eingehende Angebot des Dritten von dem Arbeitgeber angenommen wird.
- 20** Weitaus schwieriger ist die Zurechnung der Leistung des Arbeitnehmers im Falle des § 87 Abs. 3 Ziff. 1 HGB. Hier muss das Geschäft nämlich nicht nur auf die Tätigkeit des Arbeitnehmers zurückzuführen sein. Der Arbeitnehmer muss das Geschäft vermittelt haben. „Vermittelt“ i.d.S. bedeutet, dass die Vertragsbedingungen im Wesentlichen festliegen und zum rechtswirksamen Zustandekommen des abschlussreifen Geschäftes nur noch die Willenserklärungen abgegeben werden müssen. I.E. müssen zumindest die *essentialia negotii* des Geschäftes vollständig ausgehandelt worden sein.
- 21** Sollte der Arbeitnehmer das Geschäft nicht i.d.S. vermittelt haben, sondern das Geschäft sonst eingeleitet oder vorbereitet haben, so muss der Abschluss des Geschäftes überwiegend auf die Tätigkeit des Arbeitnehmers zurückzuführen sein. Dies ist letztlich eine Wertungsfrage und im Einzelfall zu beurteilen.
- 22** Schließlich muss das Geschäft in den Fällen, in denen das Angebot des Kunden erst nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses eingeht, innerhalb angemessener Zeit nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses abgeschlossen werden. Dies ist ein wesentlicher Unterschied zu dem Tatbestand des § 87 Abs. 3 Ziff. 2 HGB, bei dem das Angebot schon während des Bestandes des Arbeitsverhältnisses eingeht, aber auch beliebig lange Zeit später angenommen werden kann. Was noch als angemessene Frist anzusehen ist, bestimmt sich im Einzelfall, nach Art, Inhalt und Bedeutung des abgeschlossenen Geschäftes. Je mehr Aufwand die Vorbereitung des Geschäftes mit sich zieht, desto länger ist auch die Frist. Bei Abschlüssen über Saisonware darf die Annahme nicht später als das Erscheinen der

Muster erfolgen. Bei sofort lieferbarer Stapelware ist die Frist im Zweifel kürzer als bei der Lieferung einer Maschine mit Spezialanfertigung. Für die Auftragserteilung zur Bestellung einer Beregnungsanlage hat der BGH einen Zeitraum von zwei Jahren nach Beendigung des Vertreterverhältnisses noch als angemessen angesehen.<sup>8</sup>

#### *d) Anteilige Provision*

§ 87 HGB sieht sowohl bei Geschäften, die während des Arbeitsverhältnisses abgeschlossen werden, als auch bei Geschäften, die erst nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses abgeschlossen werden, unter besonderen Umständen die Teilung der Provision vor. § 87 Abs. 3 S. 2 HGB bestimmt nämlich, dass dem nachfolgenden Handelsvertreter bzw. Arbeitnehmer die Provision nur anteilig zusteht, wenn wegen besonderer Umstände eine Teilung der Provision der Billigkeit entspricht. Korrespondierend sieht § 87 Abs. 1 S. 2 HGB vor, dass der Anspruch auf Provision für Geschäfte, die der Handelsvertreter oder Arbeitnehmer vermittelt, nicht besteht, wenn und soweit die Provision nach § 87 Abs. 3 HGB dem ausgeschiedenen Handelsvertreter/Arbeitnehmer zusteht. **23**

#### *e) § 87a Abs. 1 S. 1 HGB – Ausführung des Geschäftes*

Nach § 87a Abs. 1 S. 1 HGB hat der Handelsvertreter/Arbeitnehmer Anspruch auf Provision, sobald und soweit der Unternehmer das Geschäft ausgeführt hat. Die Regelung des § 87a HGB ist mit „**Fälligkeit**“ überschrieben, regelt aber der Sache nach, wann die durch § 87 HGB begründete, aufschiebend bedingte **Provisionsanwartschaft** zum Vollrecht erstarkt bzw. wann genau der Provisionsanspruch entsteht.<sup>9</sup> **24**

Für die Ausführung des Geschäftes ist nicht das Zustandekommen des Kausalgeschäftes maßgeblich, sondern die Erbringung der Leistungshandlung. Sofern es sich um einen Werkvertrag handelt, ist die Herstellung des Werkes, nicht aber die Abnahme durch den Besteller, entscheidend. Im Falle des Versandkaufes genügt für die Ausführung des Geschäftes die Aufgabe der Ware zum Versand. **25**

Keine Ausführung liegt vor, wenn der Dritte die vertragsgemäße Leistung zu Recht als mangelhaft zurückweist. Die Leistung von Erfüllungssurrogaten, insb. Schadensersatz wegen Nichterfüllung, ist als Ausführung des Geschäftes zu qualifizieren. Leistet der Kunde Schadensersatz wegen Nichterfüllung, steht der Unternehmer so, als wenn das vermittelte Geschäft ausgeführt worden wäre. Gründe dafür, die Provision nicht zu zahlen, gibt es nicht. **26**

<sup>8</sup> BGH 30.1.1964, XII ZR 83/62, NJW 1964, 2489 ff.

<sup>9</sup> MüKoHGB-von Hoyningen-Huene, § 87a HGB, Rn. 3.

- 27 Abweichende Vereinbarungen können getroffen werden. Vereinbart der Arbeitgeber mit dem Arbeitnehmer, dass die Provision erst bei der Leistung durch den Kunden zu zahlen ist, hat der Arbeitnehmer mit Ausführung des Geschäftes durch den Unternehmer Anspruch auf einen angemessenen Vorschuss, der spätestens am letzten Tage des auf die Ausführung folgenden Monats fällig wird. Jedenfalls aber hat der Handelsvertreter/Arbeitnehmer Anspruch auf Provision, sobald und soweit der Dritte das Geschäft ausführt, insb. wenn der Dritte zahlt.<sup>10</sup>
- 28 Der Handelsvertreter/Arbeitnehmer hat auch dann einen Anspruch auf die Provision, wenn feststeht, dass der Unternehmer das Geschäft ganz oder teilweise nicht oder nicht so ausführt, wie es abgeschlossen worden ist.<sup>11</sup> Im Falle der Nichtausführung des Geschäftes entfällt der Provisionsanspruch lediglich dann, wenn und soweit die Nichtausführung auf Umständen beruht, die v. Unternehmer nicht zu vertreten sind. Das „Vertreten müssen“ i.d.S. umfasst eigenes Verschulden i.S.d. § 276 BGB, das Verschulden von Erfüllungsgehilfen und das Entstehen für Umstände, die in die Risikosphäre des Unternehmers fallen oder für die er das Risiko übernommen hat.<sup>12</sup>

### 3. § 87a Abs. 2 HGB – Untergang des Provisionsanspruches

- 29 Steht fest, dass der Dritte nicht leistet, so entfällt der Anspruch auf die Provision. Bereits empfangene Beträge sind zurückzugewähren. § 87a Abs. 2 HGB erfasst die Fälle, in denen der Unternehmer seine Leistung erbringt, der Dritte aber nicht. Sagt der Dritte sich bereits vor Ausführung des Geschäftes los, mangelt es an einer Ausführung.
- 30 Voraussetzung für den Untergang des Anspruches ist die Feststellung der Nichtleistung. Diese Feststellung ist mit gebotener Zurückhaltung zu treffen. Den Unternehmer/Arbeitgeber trifft nämlich die Obliegenheit, seine Rechte anzumahnen und ggf. auch im Wege der Klage durchzusetzen. Ein Absehen von einer Klage oder Vollstreckung steht nur unter besonderen Voraussetzungen der Nichtleistung nicht entgegen, nämlich dann, wenn es sich um geringfügige Beiträge handelt oder eine Vollstreckung aussichtslos ist. Von einer Nichtleistung ist auch bei einer Zahlungsunfähigkeit des Dritten auf absehbare Zeit auszugehen, ferner, wenn der Dritte seine Zahlungspflicht unter Hinweis auf solche Tatsachen bestreitet, die den Prozessausgang ungewiss machen. Nicht ausreichend ist der Wunsch des Kunden, das Geschäft nicht durchzuführen. Anderes gilt nur dann, wenn es sich um einen wichtigen ständigen Geschäftspartner handelt, der droht, die Geschäftsbeziehung insgesamt abzubrechen.<sup>13</sup>

---

10 § 87 Abs. 1 S. 3 HGB.

11 § 87 Abs. 3 S. 1 HGB.

12 BGH 23.1.2014, VII ZR 168/13, NJW 2014, 930.

13 MüKoHGB-von Hoyningen-Huene, § 87a HGB, Rn. 37.

Entfällt der Provisionsanspruch, sind empfangene Beträge nach § 87 Abs. 2 2. HS zurückzugewähren. Die **Rückgewährpflicht** richtet sich nach § 346 ff. BGB. § 818 Abs. 3 BGB ist unanwendbar. **31**

#### **4. § 87c HGB – Fälligkeit der Provision**

Der Unternehmer/Arbeitgeber hat über die Provision monatlich abzurechnen. **32**  
Der Abrechnungszeitraum kann auf höchstens drei Monate erstreckt werden, § 87 Abs. 3 S. 1 HGB. Die Abrechnung hat im Übrigen unverzüglich, spätestens bis zum Ende des nächsten Monats zu erfolgen, § 87c Abs. 1 S. 2 HGB.

#### **5. Verhältnis zu Mindestlohn und Tarifverträgen**

Einem Arbeitnehmer steht unabhängig von der Frage, wie hoch der Provisionsanspruch ist, ein Anspruch auf den **Mindestlohn** zu. Provisionsansprüche werden auf den Mindestlohn angerechnet. **33**

Sofern ein **Tarifvertrag** normativ gilt, gilt das Günstigkeitsprinzip. Der 4. Senat hatte sich im Januar 2000 mit der Frage auseinanderzusetzen, welche Ansprüche einem Arbeitnehmer zustehen, der in an den Anwendungsbereich des Hessischen Tarifvertrages für den Einzelhandel fiel.<sup>14</sup> Der Tarifvertrag beinhaltete f. Klausel: **34**

*„Bezieht ein/eine Arbeitnehmer/in verschiedene Arten von Vergütung, Fixum und Provision, – ausgenommen Stück- oder ähnliche Prämien –, so muss das monatliche Fixum mindestens dem monatlichen Tarifgehalt/Tariflohn entsprechen.“*

Bei dieser Klausel stellte der 4. Senat klar, dass lediglich das vertraglich zugesagte Festgehalt zzgl. der Provision dem Tarifgehalt entsprechen müsse. Dem Arbeitnehmer stehe indes kein Anspruch darauf zu, dass das Fixum auf den tariflichen Lohn angehoben wird und er zusätzlich die Provisionen erhalte. Diese Auslegung ist auch zwingend, da anderenfalls die tariflichen Arbeitsbedingungen nicht als Mindestbedingungen, sondern nur als Mindestbedingungen für das Fixum auszulegen sind. Dies aber war nicht die Intention der Tarifvertragsparteien. **35**

### **III. Grenzen der arbeitsvertraglichen Gestaltung**

#### **1. Ausschluss von Folgeprovisionen für Folgegeschäfte, Nachbestellungen von Kunden, die der Arbeitnehmer geworben hat – § 87 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 HGB**

Provisionsordnungen sehen häufig vor, dass Provisionen für Folgegeschäfte, insbes. bei Nachbestellungen von Kunden, nicht gezahlt werden. Hiermit wird i. E. **36**

<sup>14</sup> BAG, 19.10.2000, 4 A ZR 814/98, NZA 2000, 1300.

§ 87 Abs. 1 S. 1 Alt 2 HGB abbedungen. Die Abbedingung ist rechtlich unproblematisch, da es sich um eine Preisabrede handelt, die nicht der AGB-Kontrolle unterliegt.

**2. Ausschluss von Provisionen für Geschäfte, die nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses abgeschlossen oder ausgeführt worden sind**

- 37 Zahlreiche Arbeitsverträge bzw. Provisionsordnungen sehen vor, dass die Provision (teilweise) entfällt, wenn Geschäfte, die v. Arbeitnehmer vermittelt wurden, erst nach dem Arbeitsverhältnis abgeschlossen oder ausgeführt werden. Ob derartige Ausschlüsse wirksam sind, war wiederholt Gegenstand der Rechtsprechung.

*a) Die Rechtsprechung des BAG*

- 38 Der 5. Senat des BAG setzte sich bereits im Jahre 1962 erstmals mit der Frage, ob Provisionen für Geschäfte, die nach Abschluss des Arbeitsverhältnisses abgeschlossen oder ausgeführt werden, abgedungen werden können, auseinander. Der grdl. Entscheidung des 5. Senats lag eine Provisionsordnung im Kraftwagenverkauf zugrunde. Die Provisionsordnung sah vor, dass der Arbeitnehmer grundsätzlich für abschlussreif vorgelegte Geschäfte eine Provision erhalte. Finde allerdings die Auslieferung später als sechs Monate nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses statt, solle die Provision entfallen.<sup>15</sup>
- 39 Der 5. Senat stellte in der Entscheidung klar, dass aufgrund der strukturellen Überlegenheit des Arbeitgebers eine **Billigkeitskontrolle** vorzunehmen sei. Maßstab für die Billigkeitskontrolle sei die Frage, ob und inwieweit das Gesetz umgangen werde. Der 5. Senat verwies darauf, dass sich aus § 612 Abs. 1 und 2 BGB, § 354 HGB der Grunds. ergebe, dass jede geldwert geleistete Arbeit auch angemessen entlohnt werden müsse. Aus diesem v. Gesetzgeber niedergelegten Grunds. ergebe sich das Verbot, unter dem Vorwand der Vertragsfreiheit durch unsachliche, d. h. durch objektive Umstände nicht gerechtfertigte Vertragsgestaltungen dem Arbeitnehmer das Entgelt für geleistete Arbeit vorzuenthalten. In der vorgenannten Entscheidung entschied der 5. Senat nicht selbst, ob ein sachlicher Grund gegeben sei. Er verwies die Angelegenheit in die 2. Instanz zurück, stellte aber für die weitere Behandlung klar, dass allein aus dem Umstand, dass eine Mindestprovision an den Nachfolger gezahlt werde, kein sachlicher Grund für den Ausschluss der Provision herzuleiten sei. Die Mindestprovision gleiche nämlich den regulären Provisionsfluss nicht aus.

---

15 BAG 17.5.1962, 5 AZR 427/61, AP HGB § 65 Nr. 2.

Im Folgenden entschied der 3. Senat des BAG wiederholt über Klauseln, die Provisionen für nach Abschluss des Arbeitsverhältnisses abgeschlossene oder ausgeführte Geschäfte ausschlossen.<sup>16</sup> Der 3. Senat folgte uneingeschränkt der Rspr. des 5. Senats und gab der Billigkeitskontrolle klare Konturen. Ein sachlicher Grund soll nach der Rspr. des 3. Senats bestehen, wenn

- der Nachbearbeitungsaufwand des Nachfolgers den Ausschluss rechtfertigt,
- der Arbeitnehmer selbst bei Eintritt von seinem Vorgänger ebenso begünstigt worden sei und
- ein vertraglicher Anspruch auf eine Abfindung, die dem Handelsvertreterausgleich ähnlich ist oder eine ähnliche Zwecksetzung hat, vereinbart worden sei.

Kein sachlicher Grund solle indes vorliegen, wenn 41

- nur eine Mindestprovision an den Nachfolger gezahlt werde, da dies gerade nicht den regulären Provisionsfluss ausgleiche,
- mit der Klausel Rechtsstreitigkeiten mit dem Nachfolger vermieden werden sollen oder
- mit der IT ein komplexes Abrechnungsverfahren für nachvertragliche Ansprüche nicht darstellbar sei.

Am 20.8.1996 befasste sich auch der 9. Senat in einem Fall, der den Vertrieb von Dentalgold zum Gegenstand hatte, mit der Abdingbarkeit des § 87 Abs. 3 HGB.<sup>17</sup> Der 9. Senat hielt § 87 Abs. 3 HGB für unabdingbar, wenn der Ausschluss der Provisionen nicht durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt sei. 42

Der 10. Senat hatte über die Problematik erstmals in seiner Entscheidung v. 20.2.2008 zu befinden.<sup>18</sup> 43

Gegenstand der Entscheidung des 10. Senats war folgende Klausel: 44

*„Der Arbeitnehmer erhält für den Abschluss von Kaufverträgen und die Betreuung der Käufer eine Provision, auf die das Nettogehalt angerechnet wird [...]. Sollte der Mitarbeiter aus dem Unternehmen ausscheiden, bevor die erste Kaufpreisrate eines Käufers fällig geworden ist, steht dem Mitarbeiter nur die Hälfte der hier geregelten Provision zu. Sollte der Mitarbeiter Vorgänge von anderen Vertriebsmitarbeitern zum Abschluss bringen, für die nach diesen Modalitäten noch 50 % der Provision angefallen sind, so steht ihm für die ordnungsgemäße Abwicklung die andere Hälfte der Provision zu.“*

16 BAG 4.7.1972, 3 AZR 477/71, AP HGB § 65 Nr. 6; BAG, 20.7.1973, 3 AZR 379/72, AP HGB § 65 Nr. 7; BAG, 28.2.1984, 3 AZR 472/81 HGB § 87 Nr. 5; BAG, 30.7.1985, 3 AZR 405/83, HGB § 65 Nr. 13.

17 BAG 20.8.1996, 9 AZR 471/95, AP HGB § 87 Nr. 9.

18 BAG 20.2.2008, 10 AZR 125/07, AP HGB § 87 Nr. 11.

## Kap. 25 Die Provision

- 45 Der 10. Senat führte aus, dass die Billigkeitskontrolle auch nach Inkrafttreten der §§ 305 ff. BGB weiter durchzuführen sei. Erster Prüfungsschritt sei stets, ob und inwieweit § 87 HGB überhaupt abdingbar sei. Ob eine Abbedingung des § 87 Abs. 1 S. 1 BGB überhaupt möglich sei, ließ der 10. Senat sowohl im Leitsatz als auch in den nachfolgenden Entscheidungsgründen ausdrücklich offen. Der 10. Senat musste letztlich auch nicht abschließend klären, ob er der vorhergehenden Rspr. des 3. und 5. Senats folge, da im zu entscheidenden Fall schon kein sachlicher Grund vorlag.
- 46 Der 10. Senat stellte im Übrigen klar, dass für den Fall der Annahme der Abdingbarkeit eine **Inhaltskontrolle** am Maßstab des § 307 Abs. 1 BGB stattzufinden habe. Bei einer Regelung, die Überhangprovisionen ausschließe, handele es sich nämlich nicht um eine kontrollfreie Preisabrede sondern um eine der Inhaltskontrolle unterliegende Preisnebenabrede. Die Klausel modifiziere lediglich die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Zahlung der vereinbarten Provision bei einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Die hier in Rede stehende Klausel verstoße aber im Übrigen gegen § 307 Abs. 1 BGB.

### *b) Die Rechtsprechung des BGH*

- 47 Der 8. Zivilsenat des BGH befasste sich im Jahr 2009 mit der Problematik, ob Überhangprovisionen eines Handelsvertreters durch AGB ausgeschlossen werden können.<sup>19</sup>
- 48 Der der Entscheidung des 8. Senats des BGH zugrundeliegende Handelsvertretervertrag enthielt folgende Klausel:
- „Die Handelsvertretung hat Anspruch auf Provisionen für Umsätze, die die B GmbH (Beklagte) während des Bestehens des Handelsvertreterverhältnisses mit dem durch die Handelsvertretung gewonnenen Kunden erzielt. Der Anspruch auf Provision endet mit der Beendigung des Handelsvertreterverhältnisses.“*
- 49 Der 8. Senat des BAG hielt die Klausel für unwirksam. Sie verstoße gegen § 307 Abs. 1 BGB, da sie auch die in § 87a Abs. 3 HGB genannten unabdingbaren Fälle erfasse. Die Klausel erfasse namentlich die Konstellation, dass der Handelsvertreter einen Geschäftsabschluss vermittele, die Ausführung des Geschäftes aber an v. Unternehmer zu vertretenden Grund scheitere. Bei einer Nichtausführung des Geschäftes, die der Unternehmer zu vertreten habe, stünde dem Handelsvertreter der Anspruch auf Zahlung der Provision zu. Dieser Grunds. sei nach § 87a Abs. 5 HGB unabdingbar. Die vorgenannte Klausel aus dem Handelsvertretervertrag sei i.E. insgesamt unwirksam.

---

<sup>19</sup> BGH 21.10.2009, VIII ZR 286/07, NJW 2010, 298.



*c) Eigene Stellungnahme*

Der Rspr. des 10. Senats des BAG v. 20.2.2008<sup>20</sup> ist insoweit zu folgen, als die Billigkeitskontrolle neben den Regelungen der §§ 305 ff. BGB steht. Für die Billigkeitskontrolle verbleibt auch bei Anwendung der §§ 305 ff. BGB ein Raum, nämlich im Falle einer Individualabrede. Die §§ 305 ff. BGB sind insoweit nicht abschließend. § 310 Abs. 3 Ziff. 2 BGB ordnet zwar an, dass eine allgemeine Geschäftsbedingung bei der Verwendung gegen einen Arbeitnehmer auch dann vorliegt, wenn sie nur zur einmaligen Verwendung bestimmt ist. Ferner gilt die zur einmaligen Verwendung bestimmte Klausel bereits dann als gestellt, wenn sie durch den Arbeitgeber, nicht aber durch den Arbeitnehmer in den Vertrag eingeführt wird, § 310 Abs. 3 Ziff. 1 BGB. In den Fällen, in denen die Parteien ausdrücklich über einen Ausschluss der Überhangsprovision sprechen und verhandeln, verbleibt allerdings Raum für die Entscheidung der Frage, ob und inwieweit ein Abschluss der Überhangprovisionen überhaupt möglich ist. Ob die Bedenken des 10. Senats gegen die Abbedingung des § 87 HGB durchgreifen, ist allerdings zweifelhaft. Der 10. Senat stützt sich nämlich im Wesentlichen darauf, dass ansonsten Wertungswidersprüche zu der Entscheidung des 9. Senats v. 20.8.1996<sup>21</sup> entstünden. Dort habe nämlich der 9. Senat entschieden, dass § 87 Abs. 3 HGB grundsätzlich nicht abdingbar sei. Betrachtet man die Entscheidung des 9. Senats v. 20.8.1996, so ist zu konzedieren, dass der 9. Senat im konkreten Fall festgestellt hat, dass die Klausel der Billigkeitskontrolle nicht standhalte. Der 9. Senat prüfte allerdings ausdrücklich, ob und inwieweit ein sachlicher Grund für die Abbedingung besteht. In den Entscheidungsgründen heißt es wörtlich:

*„Deshalb ist der Überhanganspruch des Arbeitnehmers nach § 87 Abs. 3 HGB nicht abdingbar [...] eine Vereinbarung zwischen einem Arbeitgeber und einem auf Provisionsbasis tätigen Angestelltenvertreter, durch die diesem bereits erarbeitete, aber erst nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses fällige Provision abgeschnitten wird, ist noch wirksam, wenn der Ausschluss der Provision durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt ist [...]“*

Aufgrund dieser Ausführung spricht eines dafür, dass der 9. Senat die Rspr. des 3. und 5. Senats fortsetzen wollte, sodass Wertungswidersprüche nicht zu befürchten sind. **51**

Auch im Übrigen ist kein Grund erkennbar, § 87 Abs. 1 und 3 HGB als nicht dispositiv zu qualifizieren. Im Gegenteil, hielte man § 87 Abs. 1 und 3 HGB für unabdingbar, würden sich Wertungswidersprüche zur Rspr. des 10. Senats bei Stichtagsklauseln ergeben. In Stichtagsklauseln stellt sich nämlich immer wieder die Problematik, dass Arbeitnehmer Boni für bereits verdiente Leistungen **52**

20 BAG 20.2.2008, 10 AZR 125/07, AP HGB § 87 Nr. 11.

21 BAG 20.8.1996, 9 AZR 471/95, AP HGB § 87 Nr. 9.

## Kap. 25 Die Provision

verlieren, wenn sie zu einem Zeitpunkt im Zielvereinbarungszeitraum ausscheiden. Der 10. Senat hat in seiner grdl. Entscheidung zu Stichtagen v. 13.11.2013<sup>22</sup> Stichtagsklauseln einer Inhaltskontrolle nach Maßstab der §§ 305 ff. unterzogen und i.E. ausgeführt, dass strenge Anforderungen an die Kontrolle von Stichtagsklauseln zu stellen sein, aber auch klargestellt, dass es durchaus Ausnahmefälle geben könne, in denen eine Stichtagsklausel zum Ausschluss einer Sondervergütung führen könne. Im 4. Leitsatz der Entscheidung des 10. Senats zu Stichtagen heißt es:

*„Eine andere Beurteilung kann zur Sonderzahlung geboten sein, die an bestimmte Arbeits- oder Unternehmenserfolge geknüpft sind und für bestimmte vor dem Stichtag zu erbringende Leistungen versprochen werden [...]“*

- 53 I.E. geht damit der 10. Senat in seiner Entscheidung zu Stichtagsklauseln davon aus, dass der in § 612 BGB manifestierte Grundsatz, dass eine Leistung des Entgeltes wert ist, nicht generell unabdingbar ist.
- 54 Für die Parameter der Inhaltskontrolle am Maßstab der §§ 307 ff. BGB kann auf die Grundsätze, die der 3., 5. und 9. Senat des BAG herausgearbeitet haben, abgestellt werden. I. E. liegt keine unangemessene Benachteiligung des Arbeitnehmers vor, wenn
- mit dem Arbeitnehmer ein dem Handelsvertreterausgleich ähnlicher Ausgleichsanspruch vereinbart wurde,
  - wenn Zahlungen an den Arbeitnehmer aus der Vorarbeit seines Vorgängers geleistet wurden,
  - wenn eine Provisionsgarantie vereinbart wird, die zu Beginn der Tätigkeit die verzögerten Provisionszahlungen in vollem Umfang ausgleicht und nicht nur eine niedriger bemessene Mindestprovision enthält und
  - wenn der Ausschluss wegen der Nachbearbeitung des Nachfolgers angemessen ist.
- 55 Wie sich die Inhaltskontrolle fortentwickeln wird, bleibt im Übrigen abzuwarten. Abzuwarten bleibt insb., wie streng der 10. Senat seinen Maßstab für die Inhaltskontrolle anlegen wird. Aufgrund der bereits zitierten Entscheidung des BGH<sup>23</sup> ist bei der Formulierung der Ausschlüsse Vorsicht zu wahren. Die Ausschlüsse müssen nämlich dem Umstand Rechnung tragen, dass nicht dispositive Ansprüche, wie etwa die Zahlung der Provision bei einer vom Unternehmer zu vertretenden Nichtausführung des Geschäftes, nicht von der Ausschlussklausel erfasst werden. Dies kann etwa durch die Formulierung geschehen:

*„Ansprüche, die nach § 87 Abs. 5 HGB nicht abbedungen werden können, bleiben unberührt.“*

22 BAG 13.11.2013, 10 AZR 848/12, NJW 2014, 1466.

23 BGH 21.10.2009, VIII ZR 286/07.

**IV. Durchsetzung der Provisionsansprüche****1. § 87c Abs. 1 HGB – Abrechnung**

Der Arbeitgeber hat über die Provisionen, auf die der Arbeitnehmer Anspruch hat, nach § 87c Abs. 1 HGB abzurechnen. Der Abrechnungszeitraum kann auf höchstens drei Monate erstreckt werden. Unter Abrechnung ist die vollständige, klare und übersichtliche Aufstellung der Geschäfte zu verstehen, aus denen der Arbeitnehmer Provisionsansprüche herleiten kann. Die Abrechnung muss so gestaltet sein, dass der Arbeitnehmer die Berechnung der Provision überprüfen kann. Sie hat nur die Lebenssachverhalte zu erfassen, aus denen sich ein Anspruch auf die Provision ergibt. Geschäfte, die aus einem v. Unternehmer nicht zu vertretenden Grund nicht ausgeführt wurden, muss die Abrechnung nicht beinhalten. Die Abrechnung ist auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses unaufgefordert zu erstellen. **56**

Die Abrechnung wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Arbeitnehmer die Provisionsansprüche aufgrund eigener Unterlagen feststellen kann. Der Zeitraum, über den abzurechnen ist, beträgt nach § 87c Abs. 1 S. 1 1. HS HGB grundsätzlich einen Monat. Gemeint ist damit im Zweifel der Kalendermonat. In die Abrechnung aufzunehmen sind sämtliche Provisionsansprüche, die innerhalb dieses Monats entstanden sind. **57**

**2. § 87c Abs. 2 HGB – Buchauszug**

Dem Arbeitnehmer steht gegen den Arbeitgeber neben der Abrechnung ein Anspruch auf Erteilung eines Buchauszuges zu. Der Buchauszug kann bei der Abrechnung verlangt worden. Eines besonderen Interesses bedarf es nicht. **58**

Unter Buchauszug wird die geordnete Zusammenstellung aller Angaben aus den Geschäftsbüchern, Geschäftspapieren und Unterlagen, zu denen auch die EDV, Mikrofilme oder Speicherchips gehören, die für die Berechnung und die Höhe sowie die Fälligkeit der Provision von Bedeutung sind, verstanden. Der Buchauszug erfasst anders als die Abrechnung alle Geschäfte, für die dem Arbeitnehmer eine Provision zustehen kann. Erfasst werden insb. auch die nicht ausgeführten und damit nicht provisionspflichtigen Geschäfte. **59**

Der Buchauszug muss eine bis ins Einzelne gehende Bestandsaufnahme der Kundenbeziehung des Unternehmers beinhalten, soweit diese die Provisionsansprüche des Arbeitnehmers berührt und die vertragliche Beziehung zwischen Unternehmer und Arbeitnehmer darstellt. Gegenstand des Buchauszuges sind üblicherweise die Anschrift der Vertragspartner, Gegenstand und Menge der Lieferung, Lieferdatum, Netto- und Bruttopreise, Rückgaben und Angaben zur Ausführung, Nichtausführung der Geschäfte und ihre Gründe. **60**

**3. § 87c Abs. 3 HGB – Auskunftsanspruch**

- 61 Dem Arbeitnehmer steht neben dem Abrechnungsanspruch und dem Anspruch auf Erteilung eines Buchauszuges ein Auskunftsanspruch nach § 87c Abs. 3 HGB zu. Der Arbeitnehmer kann nach § 87c Abs. 3 HGB nämlich die Mitteilung über alle Umstände verlangen, die für den Provisionsanspruch, seine Fälligkeit und seine Berechnung von Bedeutung sind. Der Auskunftsanspruch bezieht sich i.E. auf alle Umstände, die sich nicht aus den Geschäftsbüchern ergeben, insb. die Fälle des mündlichen Vertragsabschlusses, der mündlichen Stornierung und die Gründe der Nichtausführung bzw. unterbliebenen Geltendmachung der Forderung.

**4. § 87c Abs. 4 HGB – Einsicht in die Geschäftsbücher**

- 62 Der Arbeitnehmer hat nach § 87c Abs. 4 HGB das Recht, Einsicht in die Geschäftsbücher des Arbeitgebers zu nehmen. Wird der Buchauszug verweigert oder bestehen begründete Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der Abrechnung oder des Buchauszuges, so kann der Arbeitnehmer verlangen, dass nach Wahl des Arbeitgebers entweder ihm oder einem von ihm zu bestimmenden Wirtschaftsprüfer oder vereidigten Buchsachverständigen Einsicht in die Geschäftsbücher oder die sonstigen Urkunden soweit gewährt wird, wie dies zur Feststellung der Richtigkeit und Vollständigkeit der Abrechnung oder des Buchauszuges erforderlich ist. Der Anspruch auf Einsichtnahme in die Geschäftsbücher setzt die Verweigerung des Buchauszuges oder aber begründete Zweifel an der Vollständigkeit und Richtigkeit des Buchauszuges bzw. der Abrechnung voraus. Inhaltlich geht der Anspruch dahin, dass ein Wirtschaftsprüfer, ein vereidigter Buchsachverständige oder der Arbeitnehmer selbst Einsicht in die Geschäftsbücher nimmt. Wer letztlich Einsicht nimmt, unterliegt dem Wahlrecht des Arbeitgebers. Die Auswahl des Wirtschaftsprüfers oder Buchsachverständigen erfolgt durch den Arbeitnehmer. Der Arbeitnehmer ist auch für die Zahlung des Honorars des Wirtschaftsprüfers oder des Buchsachverständigen verantwortlich.
- 63 Schließlich bleiben dem Arbeitnehmer die Rechte nach §§ 259, 260 BGB, also die Erzwingung der **Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung** selbstverständlich vorbehalten.
- 64 Die gerichtliche Geltendmachung der vorgenannten Rechte sollte im Wege der Stufenklage erfolgen. Die Stufenklage wahrt die zweistufige Verfallfrist.<sup>24</sup>

---

24 Zur Formulierung des Antrags s. den Vorschlag bei *Hamacher*, Antragslexikon Arbeitsrecht, S. 192.

**V. Provision und Regeln des Lohns ohne Arbeit****1. Entgeltfortzahlungsgesetz**

Dem EFZG liegt das **Lohnausfallprinzip** zugrunde. § 4 Abs. 1 EFZG sieht vor, dass dem Arbeitnehmer für den in § 3 Abs. 1 oder § 3a Abs. 1 bezeichneten Zeitraum dass bei der für ihn maßgebenden regelmäßigen Arbeitszeit zustehende Arbeitsentgelt fortzuzahlen ist. § 4 Abs. 1a EFZG konkretisiert das Lohnausfallprinzip für variable Vergütungen dahingehend, dass der von dem Arbeitnehmer in der für ihn maßgebenden regelmäßigen Arbeitszeit erzielbare Durchschnittsverdienst der Berechnung zugrunde zu legen ist. **65**

Der 3. Senat des BAG hat sich vor Inkrafttreten des § 4 Abs. 1a S. 2 EFZG mit der Frage auseinandergesetzt, ob der auf Provisionsbasis angestellte Versicherungsvermittler Anspruch auf eine Feiertagsvergütung hat, wenn nicht im Einzelnen festgestellt werden kann, dass Provisionen an einem Feiertag entgangen sind.<sup>25</sup> **66**

Der 3. Senat führte in den Entscheidungsgründen aus, dass der hauptberuflich auf Provisionsbasis angestellte Versicherungsvermittler auch dann einen Anspruch auf die Feiertagsvergütung habe, wenn nicht im Einzelnen festgestellt werden könne, dass Provisionen an einem Feiertag konkret entgangen seien. Maßgebend sei, dass jeder Versicherungsvermittler bestimmte Zeiten aufwenden müsse, um einen Vertragsschluss zu erzielen. Nach statistischen Untersuchungen seien im Versicherungsgewerbe im Schnitt 82 Kundenbesuche für einen Abschluss erforderlich. Hinzu kämen Erkundigungen, telefonische Auskünfte und auch die Beschaffung von Adressmaterial. I.E. gelte deshalb: Je mehr Aufwand betrieben werde, desto mehr Provisionen würden erwirtschaftet. Um zu angemessenen Ergebnissen zu gelangen, hielt der 3. Senat entsprechend den Regelungen des Manteltarifvertrages für das private Versicherungsgewerbe einen Referenzzeitraum von einem Jahr für angemessen. Die Feiertagsvergütung wurde bestimmt auf Basis von 1/12 des monatlichen Durchschnittsprovisionseinkommens während der letzten 12 Monate. **67**

Der 5. Senat hielt diese Grundsätze in seiner Entscheidung v. 5.6.1985 auch dann für anwendbar, wenn der angestellte Handelsvertreter nur wenige Abschlüsse im Jahr (zwei bis drei) tätigte. Diesem Umstand sei ebenfalls durch eine großzügige Bemessung des Referenzzeitraumes Rechnung zu tragen.<sup>26</sup> **68**

Auch wenn der 3. und 5. Senat die Rechtsfigur nicht konkret ansprechen, so spricht doch vieles dafür, dass die Fälle der Lohnfortzahlung über die Grundsätze des Anscheinsbeweises zu lösen sind. Der Arbeitnehmer muss zunächst einen Erfahrungssatz vortragen, der auf eine typischerweise eintretende Rechtsfolge **69**

25 BAG 4.6.1969, 3 AZR 243/68, AP Feiertagslohnzahlungsgesetz § 1 Nr. 27.

26 BAG 5.6.1985, 5 AZR 459/83 AP HGB § 63 Nr. 39.

schließen lässt. Der Arbeitnehmer muss Anknüpfungstatsachen für den Erfahrungssatz darlegen, dass er ohne die Erkrankung bzw. ohne den Feiertag eine höhere Provision erwirtschaftet hätte. Der Arbeitgeber kann den Anscheinsbeweis durch Darlegung einer ernsthaften Möglichkeit eines anderen Geschehensablaufes widerlegen. Sofern es sich um Massengeschäfte wie etwa Haustürgeschäfte handelt, wird man im Regelfall von dem Erfahrungssatz ausgehen können, dass auch in den Fällen nur kurzzeitiger Erkrankung ein Lohnausfall eintritt. Erzielt ein angestellter Arbeitnehmer allerdings nur sehr wenige Abschlüsse über einen langen Zeitraum, hängt es von den Umständen des Einzelfalles ab, ob der Beweis des ersten Anscheins dafür spricht, dass Provisionen entgangen sind. Besteht beispielsweise eine Urlaubs- oder Krankheitsvertretung, die keine eigene Provision erhält, ist ein Lohnausfall entsprechend den Grundsätzen des Lohnausfallprinzips nahezu auszuschließen. Gleiches gilt, wenn die Geschäftsanbahnung in komplexen Vertriebssystemen während der Abwesenheit des Arbeitnehmers weiter vorangetrieben wird.

### 2. Urlaubsentgelt

- 70 Der Bemessung des Urlaubsentgelts liegt das **Referenzprinzip** bezüglich des Geldfaktors zugrunde (§ 11 BUrlG). Das Urlaubsentgelt bemisst sich nach dem durchschnittlichen Arbeitsverdienst, den der Arbeitnehmer in den letzten 13 Wochen vor dem Beginn des Urlaubs erhalten hat, mit Ausnahme des zusätzlichen für Überstunden gezahlten Arbeitsverdienstes.
- 71 Provisionen sind beim Geldfaktor zu berücksichtigen.<sup>27</sup> Für die Berechnung maßgeblich ist, ob Provisionen im Referenzzeitraum von 13 Wochen vor Urlaubsantritt gezahlt wurden oder hätten gezahlt werden müssen. Der 5. Senat des BAG hat die Verlängerung des Referenzzeitraumes bei arbeitnehmerähnlichen Personen aus Billigkeitserwägungen erwogen.<sup>28</sup> Diese Entscheidung wird überwiegend kritisiert. *Gallner* weist zurecht darauf hin, dass die Regelung des § 11 BUrlG klar und eindeutig sei. Der Gesetzgeber nehme Unbilligkeiten, die durch den Referenzzeitraum eintreten, hin. Der Referenzzeitraum dürfe deshalb nicht über den Wortlaut des Gesetzes hinaus ausgedehnt werden.<sup>29</sup>

### 3. Betriebsratsmitglieder § 37 Abs. 2 BetrVG i.V.m. § 611 BGB

- 72 Mitglieder des Betriebsrats sind gem. § 37 Abs. 2 BetrVG von ihrer beruflichen Tätigkeit ohne Minderung des Arbeitsentgelts zu befreien. Soweit Betriebsratsmitglieder Anspruch auf Zahlung einer Provision haben, steht ihnen die Provi-

27 BAG 19.9.1985, 6 AZR 460/83, AP BUrlG § 13 Nr. 21.

28 BAG 30.7.1995, 5 AZR 372/94, BeckRS 1995, 30925023.

29 ErfK–*Gallner*, § 11 BUrlG Rn. 15.

sion nach Maßgabe des Lohnausfallprinzips gem. § 611 Abs. 1 BGB i.V.m. § 37 Abs. 2 BetrVG zu. Sofern ein Betriebsratsmitglied beispielsweise zu 50 % seiner Arbeitszeit Betriebsrats Tätigkeit erbringt, steht ihm als Mindestprovisionsanspruch die Provision zu, die er in der Zeit seiner Arbeitstätigkeit verdient. Dieser Anspruch auf Zahlung der Provisionen ist nicht linear um weitere 50 % und damit auf 100 % zu erhöhen. Diese Betrachtungsweise verkennet, dass keine Vermutung dafür spricht, dass ein Betriebsrat, der keine Betriebsrats Tätigkeit leistet, eine entsprechend erhöhte Provision erwirtschaftet. Verbleiben einem Arbeitnehmer nur 50 % für seine Arbeit im Vertrieb, wird er die lukrativen Geschäfte zuerst abwickeln. Der Arbeitgeber ist deshalb gehalten, zu ermitteln, ob und in welchem Umfang weitere provisionspflichtige Geschäfte abgeschlossen worden wären, wenn keine Betriebsratsarbeit verrichtet wurde. Ist dies nicht möglich, ist auf die durchschnittliche Provision in der Vergangenheit unter Berücksichtigung der allg. Entwicklung der Provisionssätze vergleichbarer Mitarbeiter abzustellen.<sup>30</sup>

## VI. Mitbestimmung des Betriebsrates

### 1. § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG

Dem Betriebsrat steht bei Provisionen ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG zu. Da das Mitbestimmungsrecht des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG nur die generellen Grundsätze der Lohnfindung, nicht aber die Entgelthöhe beinhaltet, unterfällt der Mitbestimmung die grundsätzliche Frage, ob ein Fixum und/oder eine Provision bezahlt wird, welche Art von Provision gezahlt wird, wie das Verhältnis der Provision zum Fixum, geregelt ist, ferner wie das Verhältnis der Provisionen untereinander unter dem Gesichtspunkt der Lohngerechtigkeit geregelt wird und die progressive und degressive Entwicklung eines Provisionssatzes. Auch soll dem Mitbestimmungsrecht des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG die Festlegung des Punktwertes, der für ein Geschäft anfällt, unterliegen, nicht aber die Höhe der Provisionssätze, der für einen Provisionspunkt gezahlt wird.<sup>31</sup> Der Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG soll schließlich die Zuordnung der Art. zu den einzelnen Provisionsgruppen unterliegen, nicht aber die Provisionshöhe für die jeweiligen Provisionsgruppen.<sup>32</sup>

### 2. § 87 Abs. 1 Nr. 11 BetrVG

Das Mitbestimmungsrecht des § 87 Abs. 1 Nr. 11 BetrVG ist nach heute h.M. nicht einschlägig. § 87 Abs. 1 Nr. 11 BetrVG erfasst die Festsetzung der Ak-

30 BAG 29.4.2015, 7 AZR 123/13, AP BetrVG 1972, § 37 Nr. 159.

31 BAG 13.3.1984, 1 ABR 57/82, NZA 1984, 296.

32 BAG 26.7.1988, 1 AZR 54/87, NZA 1989, 109.

**kord- und Prämiensätze** und vergleichbarer leistungsbezogener Entgelte, einschl. der Geldfaktoren. § 87 Abs. 1 Nr. 11 BetrVG erfasst somit nicht nur den Gesichtspunkt der Verteilungsgerechtigkeit sondern auch den Gesichtspunkt der Entgelthöhe. Der 1. Senat des BAG hatte ursprünglich angenommen, dass Provisionen vergleichbare leistungsbezogener Entgelte darstellen.<sup>33</sup> Später hat er diese Auffassung revidiert und ausgeführt, dass die reine Abschlussprovision kein vergleichbares leistungsbezogenes Entgelt im Sinne des § 87 Abs. 1 Nr. 11 BetrVG darstelle.<sup>34</sup> Zur Begründung führt der 1. Senat zutreffend aus, dass die Leistungsbezogenheit als Voraussetzung für die Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 11 BetrVG nicht ausreiche. Es müsse sich um ein Entgelt handeln, das mit den Akkord- und Prämiensätze vergleichbar sei. Gemeinsames Merkmal des Akkord- und Prämienlohns sei, dass sie die jeweilige entgelterhebliche Leistung des Arbeitnehmers messen und zu einer Bezugsleistung in Beziehung setzen. Das Verhältnis der gemessenen Leistung zu dieser Bezugsleistung sei entscheidend für die Höhe des leistungsbezogenen Entgelts. Gerade dieses Kriterium sei bei einer Abschlussprovision nicht erfüllt. Es fehle an jedem leistungsbezogenen Ansatz für die Bemessung der Provision, dessen Festsetzung der Mitbestimmung unterliegen könne. Etwaige gemeinsame Vorstellungen der Betriebsparteien darüber, was ein Außendienstangestellter normalerweise verdienen könnte oder sollte, ändern hieran nichts. Diese Vorstellungen erfüllen nämlich nicht die Funktion einer Bezugsleistung zur Leistungsbemessung. § 87 Abs. 1 Nr. 11 BetrVG ist deshalb nicht einschlägig.

### 3. Rechtsfolgen bei Verletzung des Mitbestimmungsrechts

- 75 Die Rechtsfolgen der Verletzung des Mitbestimmungsrechts ergeben sich aus der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung. Diese wirkt nur zugunsten des Arbeitnehmers. Er kann sich im Ergebnis auch auf eine mitbestimmungswidrige mit dem Arbeitgeber getroffene Einigung berufen. Die mitbestimmungswidrige Änderung eines Provisionssatzes zulasten des Arbeitnehmers ist unwirksam und führt zur Fortgeltung des bestehenden Provisionssystems, sofern dieses mitbestimmungskonform eingeführt wurde.<sup>35</sup> Auf die mitbestimmungswidrige Änderung kann der Arbeitnehmer sich dann nicht berufen, wenn bereits das bestehende System mitbestimmungswidrig eingeführt wurde.<sup>36</sup>

33 BAG 29.3.1977, 1 ABR 123/74, NJW 1977, 1654.

34 BAG 13.3.1984, 1 ABR 57/82, NZA 1984, 296.

35 BAG 22.6.1996, 1 AZR 853/95, BeckRS 1996, 309 24459.

36 BAG 24.1.2017, 1 AZR 772/14, NZA 2017, 931.



# Kapitel 26

## Halteprämien, Anwesenheitsprämien

**Schrifttum:** Heiden, Neue Entwicklungen im Recht der Sonderzahlungen, RdA 2012, 225.

### Übersicht

Rn.	Rn.
I. Materielle Instrumente zum Halten von Mitarbeitern . . . . . 1	f) Nachvertragliches Wettbewerbsverbot. . . . . 27
1. Mitarbeitermotivation und Gründe für den Wechsel von Mitarbeitern . . . . . 1	g) Dauer der Kündigungsfristen (ggf. mit Vertragsstrafenregelung) . . . . . 29
2. Die (materielle) „Instrumentenbatterie“ zur Senkung des Retention Risk . . . . . 4	h) Zusammenfassung . . . . . 32
a) Halteprämien . . . . . 6	II. Anwesenheitsprämien. . . . . 34
b) Aktienprogramme . . . . . 16	1. Historie der gesetzlichen Regelung. . . . . 34
c) Prämien mit Stichtagscharakter . . . . . 18	2. Voraussetzungen der Regelung. . . . . 35
d) Jubiläumsleistungen, Altersversorgung . . . . . 21	a) Einführung oder Bestand einer Sonderzahlung . . . . . 36
e) Zielerreichungsprämien. . . . . 25	b) Vereinbarung der Kürzung. . . . . 37
	c) Umfang der Kürzung. . . . . 38

## I. Materielle Instrumente zum Halten von Mitarbeitern

### 1. Mitarbeitermotivation und Gründe für den Wechsel von Mitarbeitern

Inwieweit Vergütung überhaupt zu **Motivation** (s. Kap. 2) und in dieser Folge zum Verbleib in einem Unternehmen zu führen vermag, ist freilich eine Grundfrage, die zu klären ist, bevor monetäre Motivationsinstrumente eingesetzt werden. Für Deutschland – und hier gilt es soziokulturelle Unterschiede hinreichend zu berücksichtigen – gehen letztlich alle Studien davon aus, dass Motivatoren wie gutes Arbeitsklima, Spaß an der Arbeit, faire und fördernde Führungskraft deutlich vor monetären Anreizen stehen.<sup>1</sup> Die „richtige“ Vergütung allerdings wird dabei vorausgesetzt. Im Übrigen scheint zu gelten „wer für Geld bleibt, geht auch für Geld“.

Daher ist gründlich zu überlegen, welche Instrumente zur Senkung des Retention Risk, des Risikos also der Abwanderung von Beschäftigten, einmal zur Ver-

<sup>1</sup> Vgl. Studie der Hay Group „Mitarbeiter sind käuflich, ihre Motivation nicht“, 2012; Manpower, Studie zur Arbeitsmotivation, 2014.

## Kap. 26 Halteprämien, Anwesenheitsprämien

fügung stehen und zum anderen auch Anwendung finden sollten. In diesem Kapitel erfolgt insoweit eine Beschränkung auf **materielle Anreize**, was indes keine Aufforderung sein soll, die in der Regel wichtigeren **immateriellen Anreize** nicht zu stärken und zu nutzen.

- 3 Als Hauptanwendungsbereiche für den etwaigen Einsatz von Halteprämien oder auch Retention Bonus genannten Leistungen kommen beispielhaft in Betracht:
  - Abhalten von Schlüsselmitarbeitern vor dem Wechsel zu anderen Arbeitgebern, insbesondere Marktteilnehmern,
  - Halten von Schlüsselmitarbeitern im Zusammenhang mit einem Unternehmensverkauf oder Betriebsübergang,
  - Halten von Beschäftigten, die eine (ggf. ungekürzte) vorzeitige Rente beanspruchen können,
  - Halten von (Schlüssel-)Beschäftigten im Zusammenhang mit einer Betriebschließung zur Gewährleistung der Abarbeitung des Auftragsbestandes.

### 2. Die (materielle) „Instrumentenbatterie“ zur Senkung des Retention Risk

- 4 Die vorige Aufzählung macht schon deutlich, dass die undifferenzierte Auslobung einer „Halteprämie“ vor deren Einsetzung gründlich überprüft werden mag. Denn es geht nicht in allen Fällen um das reine „Halten“ eines Mitarbeiters, sondern auch um die (erfolgreiche) Weiterarbeit, das Abhalten vom Wettbewerb etc. Daher sollte aus der dem Arbeitsrecht zur Verfügung stehenden „Instrumentenbatterie“ auch das nach Möglichkeit **„passendste“ Instrument** gewählt werden. In Betracht kommen dabei im Wesentlichen:
  - Halteprämien,
  - Aktienprogramme,
  - Prämien mit Stichtagscharakter,
  - Jubiläumsleistungen, Altersversorgung,
  - Zielerreichungsprämien,
  - nachvertragliches Wettbewerbsverbot,
  - Dauer der Kündigungsfristen (ggf. mit Vertragsstrafe).
- 5 Gegenüber anderen Rechtsordnungen (insbesondere im angelsächsischen Raum sind Halteprämien beliebt) muss allerdings beachtet werden, dass zwei wesentliche arbeitsrechtliche Grundsätze zu beachten sind: einmal der **Gleichbehandlungsgrundsatz**, zum anderen das **Mitbestimmungsrecht** aus § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG (soweit es sich nicht um leitende Angestellte handelt). Aus diesen Gründen – und wohl auch grundsätzlichen personalpolitischen Erwägungen – muss sehr sorgfältig erwogen werden, ob, in welchem Umfang und für welche Zwecke derartige Instrumente eingesetzt werden sollen.

*a) Halteprämien*

Die (reine) Halteprämie honoriert ausschließlich den **Fortbestand** des Arbeitsverhältnisses bis zu einem bestimmten Termin. Ein Versprechen einer besonderen Arbeitsleistung, das Erfüllen bestimmter Ziele etc. ist damit nicht verbunden. Vom Grundsatz des *do ut des* aus gesehen handelt es sich insofern um ein recht fragwürdiges Instrument. **6**

Von daher ist nicht verwunderlich, dass die hierzu ergangene Rechtsprechung in aller Regel im Zusammenhang mit Insolvenzverfahren zu finden ist, wo es namentlich darum geht, ob es sich um (bevorzugte) Masseschulden oder um (bloße) Insolvenzforderungen handelt.<sup>2</sup> Und gerade in dieser Situation geht es verstärkt darum, qualifizierte Beschäftigte – zumindest für einen definierten Zeitraum – zu halten. **7**

Gleich dem erachtet die Rechtsprechung Halteprämien als zulässig. Maßgeblicher Punkt ist, dass diese sich in einem Rahmen bewegen, der weder die grundgesetzlich geschützte **Berufsfreiheit** beeinträchtigt noch nach § 307 Abs. 1 BGB den Arbeitnehmer unangemessen benachteiligen würde. Dem Arbeitgeber ist es durch § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB jedenfalls nicht verwehrt, Betriebstreue zu honorieren, so einen finanziellen Anreiz für den Verbleib im Arbeitsverhältnis zu setzen und dem Arbeitnehmer deutlich zu machen, welchen Wert für ihn dessen Verbleib im Arbeitsverhältnis und damit der Bestand des Arbeitsverhältnisses als solcher darstellt.<sup>3</sup> **8**

Eine klare Rechtsprechung hierzu ist allerdings nicht ersichtlich; unbeanstandet geblieben sind: **9**

- Verbleibfrist im Arbeitsverhältnis für etwas mehr als fünf Monate für ein Viertel eines Jahresverdienstes (Jahresverdienst ca. 80.000 EUR),<sup>4</sup>
- ein Viertel Jahreseinkommen für einen Verbleib von vier Monaten (hier: zweimal vier Monate für je 1/4 Jahresvergütung) bei einem Jahreseinkommen von über 110.000 EUR,<sup>5</sup>
- Verbleibfrist von drei Monaten (dreimal hintereinander) mit 30.000 EUR für einen leitenden Angestellten im Finanzbereich (Jahreszielentgelt über 130.000 EUR),<sup>6</sup>
- Verbleibfrist von einem Jahr für 0,93 % eines Jahreseinkommens bei Monatsbezüge von rund 52.000 EUR.<sup>7</sup>

2 Etwa LAG München 3.8.2011, 10 Sa 183/11, BeckRS 2013, 66466.

3 Vgl. BAG 18.1.2012, 10 AZR 612/10, BAGE 140, 231; BAG 18.1.2012, 10 AZR 667/10, BAGE 140, 239.

4 BAG 12.9.2013, 6 AZR 953/11, NJW 2013, 3116.

5 LAG München 3.8.2011, 10 Sa 183/11, BeckRS 2013, 66466.

6 BAG 12.9.2013, 6 AZR 980/11, AP InsO § 133 Nr. 1.

7 LAG Baden-Württemberg 14.1.2009, 2 Sa 17/08, BeckRS 2011, 65940.

## Kap. 26 Halteprämien, Anwesenheitsprämien

- 10 Entscheidungen zu Vergütungen unterhalb dieser Jahres(ziel)vergütungen sind nicht zu finden.
- 11 Ganz grob wird man aber sagen können – ähnlich wie bei anderen Prämien-  
gestaltungen-, dass die Beeinträchtigung der Berufsfreiheit durch eine Halteprämie  
dann tangiert sein wird, wenn damit (zumindest auch) die Arbeitsleistung als sol-  
che vergütet werden soll, da ein Entzug des erarbeiteten Entgelts nicht statthaft  
ist.<sup>8</sup> Häufig wird so vertreten, dass im Regelfall eine Prämie von 25 % einer Jah-  
resvergütung bis zu einem Jahr zulässig sei.<sup>9</sup> Im Bereich der Tarifbeschäftigten  
und „mittleren“ außertariflichen Beschäftigten mag dies regelmäßig zutreffen.  
Es fällt aber leicht, sich vorzustellen, dass bei einer Vergütung von Größenord-  
nungen ab vielleicht 150.000 EUR – wie in den obigen Rechtsprechungsbeispielen –  
die diesen Betrag übersteigenden Prämien tendenziell nicht mehr für Ar-  
beitsleistungen i. S. e. Synallagmas vergütet werden, sondern für andere Zwecke  
wie z. B. bestimmte Zielerreichungen, bestimmte Risiken oder auch nur „Markt-  
gerechtigkeit“.
- 12 Daraus wird man schlussfolgern können, dass, je höher die Vergütung ist, desto  
höher auch der Anteil der Halteprämie an der Vergütung sein dürfte. Aus der  
oben dargestellten Rechtsprechung kann man versuchen, grob abzuleiten:
- Tarifbereich, unterer außertariflicher Bereich: 25 % einer Jahresvergütung  
für bis zu zwölf Monate,
  - Oberer außertariflicher Bereich: bis zu 25 % für (je) ein halbes Jahr,
  - Leitende Angestellte: bis zu 25 % für (je) ein Vierteljahr.
- 13 Eher aber ist zu Vorsicht zu raten, da ansonsten das **Risiko** besteht, die Prämie  
auch auszahlen zu müssen, wenn deren (vereinbarte) Voraussetzungen nicht er-  
füllt werden.
- 14 Eine Formulierung könnte sein:
- „Wir möchten uns auch für die Zukunft auf Ihre Unterstützung und Ihr Engagement,  
um unsere Unternehmensziele zu erreichen, stützen können. Zum ... (Datum) sagen  
wir Ihnen daher einen einmaligen Betrag in Höhe von ... (Betrag) EUR brutto als  
Prämie zu. Die Auszahlung des Betrages setzt voraus, dass Sie zu diesem Zeitpunkt  
Ihr Arbeitsverhältnis mit uns nicht von sich aus gekündigt haben. Die Auszahlung er-  
folgt gegebenenfalls mit der Gehaltsabrechnung des Monats... (Monat). Denselben  
Betrag erhalten Sie, sollte unsererseits vor diesem Tag eine betriebsbedingte Beendi-  
gungskündigung ausgesprochen werden.“
- 15 Nicht nur aus rechtlicher, sondern auch aus personalpolitischer Sicht ist die Ein-  
führung dieses Instruments sorgfältig abzuwägen. Die Herausforderungen der  
Anwendungsfälle (s. Rn. 1) sind häufig auch anders zu lösen:

8 BAG 18.1.2012, 10 AZR 612/10, BAGE 140, 231.

9 Heiden, RdA 2012, 225.