Grobys | Panzer [Hrsg.]

StichwortKommentar

Arbeitsrecht

Alphabetische Gesamtdarstellung

Individualarbeitsrecht | Kollektives Arbeitsrecht
Prozessrecht

2. Auflage

LESEPROBE:

Das **„Prinzip Stichwortkommentar“** erklärt anhand des Inhaltsverzeichnisses und den Stichwörtern:

- **Arbeitsentgelt** und
- **Variable Vergütung**

Nomos

I. Einführung

1 Unter Arbeitsentgelt versteht man die Summe der Leistungen, die der Arbeitgeber als **Gegenleistung für die Arbeitsleistung** des Arbeitnehmers erbringt. Hierzu zählen die Vergütung in Form des Lohns oder Gehalts ebenso wie sonstige Leistungen als Geld- (Prämie, Bonus, Weihnachts- und Urlaubsgeld o.Ä.) oder Sachbezug (Dienstfahrzeug o.Ä.).

II. Individualarbeitsrecht

1. Entgeltformen

2 **a) Zeitlohn.** Beim Zeitlohn wird die Vergütung für eine bestimmte Zeit der Arbeitsleistung als **Stunden-, Wochen-, Monats- oder Schichtlohn** erbracht. Das Arbeitsergebnis ist für den Zeitlohn unerheblich, der Arbeitnehmer erhält die Vergütung unabhängig von Qualität und Menge seiner erbrachten Arbeitsleistung. Voraussetzung ist allein, dass (außer in den Fällen des Annahmeverzugs des Arbeitgebers, s. Rn 33) die Arbeitsleistung für den entsprechenden Zeitraum erbracht wurde. Der Arbeitgeber hat die vereinbarte Vergütung daher grds. auch bei Schlechtleistung des Arbeitnehmers zu zahlen. Für den Arbeitnehmer bietet der Zeitlohn den Vorteil eines gleichmäßigen Einkommens (MAH-ArbR/Boudon § 20 Rn 1). In der Praxis löst der Zeitlohn zunehmend den Akkordlohn ab.

3 **b) Akkordlohn.** Der Akkordlohn ist eine Form des Leistungslohns, bei dem sich die Lohnhöhe unabhängig von der benötigten Arbeitszeit am **konkret erzielten Arbeitsergebnis** orientiert (Schwab NZA-RR 2009, 1 ff und 57 ff). Die Arbeitsleistung wird anhand verschiedener Bezugsgrößen ermittelt. Unterschieden wird hier zwischen Flächen-, Gewichts-, Maß-, Stück- und Pauschalakkord. Die Vergütung wird entweder als Geld- oder als Zeitakkord gezahlt (→ *Akkordarbeit* Rn 6 ff; → *Variable Vergütung* Rn 3). Da es beim Akkordlohn allein auf das konkrete Ergebnis der Arbeit ankommt und der Arbeitnehmer entsprechend seiner geleisteten Arbeitsmenge vergütet wird, kann er seinen Verdienst durch ein gesteigertes Arbeitstempo erhöhen. Aufgrund des Risikos, dass sich der Arbeitnehmer hierdurch überfordert oder gesundheitlich gefährdet, ist Akkordarbeit für **Schwangere** (§ 4 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 MuSchG) und **Jugendliche** (§ 23 Abs. 1 Nr. 1 JArbSchG) **verboten**. Unterschieden wird des Weiteren zwischen Einzel- und Gruppenakkord. Beim **Einzelakkord** errechnet sich der Akkordlohn anhand des erzielten Arbeitsergebnisses des einzelnen Arbeitnehmers, wohingegen beim **Gruppenakkord** für die Entgelthöhe das Arbeitsergebnis der Gruppe entscheidend ist (BAG 26.4.1961 – 4 AZR 71/58, DB 1961, 881; → *Akkordarbeit* Rn 10 f; → *Variable Vergütung* Rn 3). Als traditionelle Lohnform verliert der Akkordlohn in der Praxis immer mehr an Bedeutung.

4 **c) Prämienlohn.** Eine weitere Form des Leistungslohns ist der Prämienlohn. Wie beim Akkordlohn wird die **individuelle Arbeitsleistung** des Arbeitnehmers gemessen und zu einer festgelegten **Normalleistung** in Bezug gesetzt. Die Prämienzahlung bestimmt sich dann nach dem **Verhältnis der beiden Leistungen zueinander** (BAG 13.9.1983 – 1 ABR 32/81, DB 1983, 2470). Auch beim Prämienlohn ist zwischen Geld- oder Zeitprämie bzw Einzel- oder Gruppenprämie zu unterscheiden (→ *Akkordarbeit* Rn 7 ff). Der Vorteil des Prämienlohns im Vergleich zum Akkordlohn liegt darin, dass er auf verschiedenen Bezugsgrößen basieren kann und daher in der Anpassung an die Gegebenheiten des Betriebs flexibler ist (→ *Variable Vergütung* Rn 4). In der Praxis ist am häufigsten der **kombinierte Prämienlohn** anzutreffen, der sich aus dem als Zeit- oder Akkordlohn gezahlten Tariflohn und einer darüber hinausgehenden vereinbarten Prämie zusammensetzt. Da der Prämienlohn aufgrund des gesteigerten Arbeitsanreizes gesundheitliche Gefahren mit sich bringen kann, besteht auch hier ein **Verbot** für **Schwangere** (§ 4 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 MuSchG) und **Jugendliche** (§ 23 Abs. 1 Nr. 1 JArbSchG).

5 **d) Tantieme.** Mit der Tantieme wird der Arbeitnehmer am **Unternehmenserfolg** beteiligt. Zu Einzelheiten s. → *Variable Vergütung* Rn 10 ff.

6 **e) Provision.** Mit der Provision wird der Arbeitnehmer unmittelbar an der **Vermittlung** oder dem **Abschluss von Verträgen** mit dem Arbeitgeber beteiligt. Zu Einzelheiten s. → *Variable Vergütung* Rn 14 ff.

f) Gratifikation. Als Gratifikation bezeichnet man eine Sonderleistung des Arbeitgebers, die aus **bestimmtem Anlass** zusätzlich zur Arbeitsvergütung gewährt wird. Ob eine Gratifikation den Charakter eines Arbeitsentgelts hat, hängt von der **Auslegung** des Vertrages ab: Soll mit ihr lediglich die **Betriebstreue** belohnt werden, ist ihr Entgeltcharakter zu verneinen (MüArbR/Krause § 59 Rn 16: „Entgelt im weiteren Sinne"). Regelbeispiel ist die Weihnachtsgratifikation: Abgrenzungsmerkmal zum klassischen Weihnachtsgeld ist der fehlende Entgeltcharakter der Gratifikation. Während bspw das Weihnachtsgeld regelmäßig zumindest auch eine Gegenleistung für die vom Arbeitnehmer im zurückliegenden Kalenderjahr geleistete Arbeit darstellt (BAG 10.12.2008 – 10 AZR 15/08, NZA 2009, 322; Schaub/Linck § 78 Rn 3), soll durch die echte Gratifikation ausschließlich die (vergangene oder zukünftige) Betriebstreue des Arbeitnehmers belohnt werden. Dies wird durch vertragliche Regelungen realisiert, nach denen der Anspruch gar nicht erst entsteht, wenn das Arbeitsverhältnis im Auszahlungszeitpunkt gekündigt ist (→ *Stichtagsklausel* Rn 1), oder aufgrund derer der Arbeitnehmer zur Rückzahlung der Gratifikation für den Fall verpflichtet wird, dass das Arbeitsverhältnis zB bis zum 31. März des Folgejahres enden sollte (→ *Rückzahlungsklausel* Rn 19 ff). Eine arbeitsvertragliche Klausel, nach der der Arbeitgeber jährlich jeweils neu über die Höhe der Gratifikation entscheidet, verstößt weder gegen das Transparenzgebot noch liegt darin eine unangemessene Benachteiligung (BAG 16.1.2013 – 10 AZR 26/12, NZA 2013, 1013). Vorsicht ist geboten bei Sonderzahlungen mit Entgelt- oder zumindest Mischcharakter (Salamon NZA 2011, 1328): Dann beschränken solche Vereinbarungen nach der jüngeren Rspr des BAG die durch Art. 12 Abs. 1 GG garantierte Berufsfreiheit des Arbeitnehmers übermäßig, weil die Vorenthaltung einer bereits verdienten Arbeitsvergütung ein unangemessenes Mittel sein soll, die selbstbestimmte Arbeitsplatzaufgabe zu verzögern oder zu verhindern (BAG 18.1.2012 – 10 AZR 612/10, BeckRS 2012, 68440; BAG 5.7.2011 – 1 AZR 94/10, BeckRS 2011, 77830; BAG 12.4.2011 – 1 AZR 412/09, NZA 2011, 989). Eine Sonderzahlung, die auch Gegenleistung für im gesamten Kalenderjahr laufend erbrachte Arbeit darstellt, kann deshalb in Allgemeinen Geschäftsbedingungen regelmäßig nicht vom Bestand des Arbeitsverhältnisses am 31. Dezember des betreffenden Jahres abhängig gemacht werden (BAG 13.11.2013 – 10 AZR 848/12, DB 2014, 486). Da die echte Gratifikation die Betriebstreue belohnt und damit nur den rechtlichen Bestand eines Arbeitsverhältnisses und gerade nicht eine tatsächliche Arbeitsleistung voraussetzt, steht die Gratifikation nicht in einem synallagmatischen Austauschverhältnis zur Arbeitsleistung. Deshalb stellt es einerseits keine unangemessene Benachteiligung iSd § 307 BGB dar, wenn der ungekündigte Bestand des Arbeitsverhältnisses zum Auszahlungstag als Anspruchsvoraussetzung bestimmt wird (BAG 18.1.2012 – 10 AZR 667/10, BeckRS 2012, 68196). Andererseits haben grds. auch diejenigen Arbeitnehmer Anspruch auf die Gratifikation, die im Bezugszeitraum nicht aktiv gearbeitet haben, zB Arbeitnehmer während der Elternzeit (BAG 10.12.2008 – 10 AZR 35/08, NZA 2009, 258; → *Sonderzahlungen* Rn 31). 7

g) Sachbezüge. aa) Allgemeines. Die grundsätzliche Zulässigkeit, Sachbezüge (auch **Naturalvergütung** genannt) als Teil des Arbeitsentgelts zu vereinbaren, ergibt sich aus § 107 Abs. 2 S. 1 GewO. Von dem in § 107 Abs. 1 GewO normierten Tauschverbot „Ware statt Lohn" (BVerfG 24.2.1992 – 1 BvR 980/88, NJW 1992, 2143) darf somit nur abgewichen werden, wenn dies dem Interesse des Arbeitnehmers oder der Eigenart des Arbeitsverhältnisses entspricht. Das – aus Sicht des objektivierten Empfängerhorizonts zu bestimmende – Interesse des Arbeitnehmers an einer mit dem Arbeitgeber vereinbarten Sachleistung ist idR zu bejahen, wenn die Sachleistung für den Arbeitnehmer objektiv von Nutzen ist; nur ausnahmsweise wird man annehmen können, dass der Arbeitnehmer durch die Vereinbarung der Sachleistung unangemessen benachteiligt wird. Der Eigenart des Arbeitsverhältnisses entspricht der Sachbezug, wenn er aus objektiver Sicht mit der Verkehrssitte übereinstimmt, was zB beim „Haustrunk" in Brauereien der Fall ist. Mangels synallagmatischen Zusammenhangs sind die Überlassung von **Berufskleidung** sowie ihre Pflege und Ersatzbeschaffung **kein** Sachbezug (BAG 17.2.2009 – 9 AZR 676/07, NZA 2010, 99). 8

Sachbezüge sind vom Arbeitnehmer als geldwerte Vorteile zu versteuernde Vergütungsbestandteile und deshalb im Rahmen von **Entgeltfortzahlungen** nach § 3 EFZG oder §§ 615, 616 BGB grds. ebenso zu berücksichtigen wie beim Urlaubsentgelt gem. § 11 BUrlG. Bezüglich des **Urlaubsentgelts** bestimmt § 11 Abs. 1 S. 4 BUrlG ausdrücklich, dass zum Arbeitsentgelt gehörende Sachbezüge, die während des Urlaubs nicht weitergewährt werden, für die Dauer des Urlaubs angemessen in bar abzugelten sind. Entsprechendes 9

gilt auch ohne ausdrückliche Normierung in § 4 EFZG für Sachbezüge, die der Arbeitnehmer infolge seiner krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit nicht in Anspruch nehmen kann. Auch bei der Berechnung der **Karenzentschädigung** bei einem nachvertraglichen Wettbewerbsverbot sind Sachbezüge mit einzubeziehen. Zur Berechnung des Werts von Sachbezügen kann die auf Grundlage von § 17 Nr. 4 SGB IV jährlich angepasste Sachbezugsverordnung herangezogen werden.

10 Aus der Eigenschaft von Sachbezügen als Teil des Arbeitsentgelts folgt, dass eine Vereinbarung solcher Sachbezüge nur dann einseitig widerrufen werden kann, wenn die Arbeitsvertragsparteien einen wirksamen **Widerrufsvorbehalt** vereinbart haben (→ *Widerrufsvorbehalt*).

11 Aufgrund seiner Zweckgebundenheit ist der Anspruch auf eine Sachleistung gem. § 399 BGB iVm § 851 Abs. 2 ZPO **nicht** zum **pfändbaren Arbeitseinkommen** zu zählen. Bei der Pfändung des Arbeitseinkommens ist jedoch nach § 850 e Nr. 3 ZPO der Wert der Sachbezüge mit den Nettobezügen zusammenzurechnen (MAH-ArbR/Boudon § 20 Rn 4).

12 **bb) Dienstwagennutzung.** Die wohl am weitesten verbreitete Sachleistung im Arbeitsverhältnis ist die Überlassung eines Dienstwagens zur **Privatnutzung** durch den Arbeitnehmer (→ *Dienstwagen* Rn 2 ff). Die Einordnung der privaten Nutzungsmöglichkeit eines Dienstwagens als Arbeitsentgelt ist weitgehend unstreitig (BAG 21.3.2012 – 5 AZR 651/10, NZA 2012, 616; 14.12.2010 – 9 AZR 631/09, NZA 2011, 569). Aus dem Entgeltcharakter folgt, dass der Anspruch auf die Privatnutzung grds. auch während des Erholungsurlaubs und für Zeiten der Entgeltfortzahlung gem. § 3 EFZG fortbesteht. Hat der Arbeitnehmer hingegen trotz fortbestehenden Arbeitsverhältnisses keinen Vergütungsanspruch, zB während der Elternzeit oder nach Ablauf des Entgeltfortzahlungszeitraums, besteht insoweit auch kein Anspruch auf die Privatnutzung des Dienstwagens (BAG 14.12.2010 – 9 AZR 631/09, NZA 2011, 569). Wird der Arbeitnehmer von der Erbringung seiner Arbeitsleistung freigestellt, besteht sein Entgeltanspruch hingegen im Regelfall fort, jedoch kann für diesen Fall – unter Berücksichtigung der allgemeinen Voraussetzungen – vereinbart werden, dass der Arbeitgeber die Möglichkeit zur Privatnutzung entschädigungslos widerrufen kann (→ *Widerrufsvorbehalt* Rn 5, 16).

13 Entzieht der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die private Nutzungsmöglichkeit des Dienstwagens zu Unrecht, hat der Arbeitnehmer Anspruch auf **Schadensersatz**. Die Berechnung der Nutzungsausfallentschädigung erfolgt nach Maßgabe der steuerlichen Bewertung der privaten Nutzungsmöglichkeit mit monatlich 1 Prozent des inländischen Bruttolistenpreises bei Erstzulassung (§ 6 Abs. 1 Nr. 4 S. 2 EStG; BAG 19.12.2006 – 9 AZR 294/06, NZA 2007, 1624).

14 **cc) Trinkgeld.** Von Dritten gezahlte Trinkgelder (Definition in § 107 Abs. 3 S. 2 GewO) stellen an sich keine zum Arbeitsentgelt gehörenden Sachbezüge dar. Sie sind daher grds. für Zeiten des Urlaubs, der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit und der Betriebsratstätigkeit nicht geschuldet (BAG 28.6.1995 – 7 AZR 1001/94, NZA 1996, 252) und bleiben auch bei der Berechnung der Abfindung nach § 10 KSchG unberücksichtigt (aA KR/Spilger § 10 KSchG Rn 33).

15 Die vom Arbeitgeber eingeräumte Möglichkeit des Arbeitnehmers, von Dritten Trinkgelder in Empfang nehmen zu können, kann hingegen eine Sachleistung des Arbeitgebers darstellen. Dies setzt jedoch voraus, dass der Arbeitgeber arbeitsvertraglich verpflichtet ist, dem Arbeitnehmer Einnahmen aus Trinkgeldern zu ermöglichen. Hiervon kann insb. dann ausgegangen werden, wenn eine so **geringe Festvergütung** vereinbart wird, dass das übliche Arbeitsentgelt nur unter Hinzurechnung der von den Arbeitsvertragsparteien erwarteten Trinkgelder erreicht werden kann (BAG 28.6.1995 – 7 AZR 1001/94, NZA 1996, 252).

16 **dd) Personalrabatte.** Auch Personalrabatte, also das **Einräumen von Preisnachlässen** beim Kauf der Produkte oder Dienstleistungen des Arbeitgebers, sind eine verbreitete Form des Sachbezugs. Werden Personalrabatte ohne Widerrufsvorbehalt gewährt, können sie vom Arbeitgeber nicht einseitig nach seinem billigen Ermessen eingestellt werden (BAG 14.6.1995 – 5 AZR 126/94, NZA 1995, 1994). Geht hingegen bei einem Betriebsübergang der Produktionsbetrieb, dessen Produkte mit Preisnachlass erworben werden konnten, nicht mit über, so kann der Anspruch des Arbeitnehmers auf den Personalrabatt entfallen (BAG

19.9.2007 – 4 AZR 711/06, NZA 2008, 241). Bei den insb. im Automobilbereich verbreiteten Rückzahlungsklauseln bzgl des gewährten Preisnachlasses sind die AGB-Regeln, insb. das Transparenzgebot des § 307 BGB, zu beachten (BAG 26.5.1993 – 5 AZR 219/92, NZA 1993, 1029).

17 **ee) Dienstwohnung.** Überlässt der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer eine Wohnung, für die der Arbeitnehmer keine oder eine im Vergleich zum Ortsüblichen deutlich verringerte Miete schuldet, kann hierin eine Sachleistung mit Entgeltcharakter liegen (Schöne in: NK-ArbR GewO § 107 Rn 14). Voraussetzung hierfür ist, dass dem Arbeitnehmer das Nutzungsrecht an der Dienstwohnung arbeitsvertraglich zugesichert und deshalb als Vergütungsbestandteil einzuordnen ist. In diesem Fall spricht man von einer **Werkdienstwohnung**. Hiervon zu unterscheiden ist die in den §§ 576 f BGB geregelte **Werkmietwohnung**, bei der Wohnraum zwar mit Rücksicht auf das Bestehen eines Dienstverhältnisses vermietet wird, bei der Arbeitsverhältnis und Mietverhältnis jedoch auseinanderfallen.

18 Bei einer **Werkdienstwohnung** kann das Mietverhältnis nicht isoliert vom Arbeitsverhältnis gekündigt werden, da hierin eine unzulässige Teilkündigung eines einheitlichen Vertrages liegen würde (BAG 23.8.1989 – 5 AZR 569/88, NZA 1990, 191). Bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses gelten gem. § 576 b BGB die Mieterschutzvorschriften entsprechend, wenn der Arbeitnehmer die Wohnung mit seiner Familie bewohnt oder den Wohnraum überwiegend mit eigenen Einrichtungsgegenständen ausgestattet hat. Bei Rechtsstreitigkeiten im Zusammenhang mit Werkdienstwohnungen sind die Arbeitsgerichte zuständig (BAG 24.1.1990 – 5 AZR 749/87, NZA 1990, 539).

19 **ff) Mitarbeiterbeteiligungen.** Die Beteiligung der Arbeitnehmer am Kapital des Unternehmens des Arbeitgebers (durch Belegschaftsaktien, Genussscheine, Aktienoptionen) dient nicht der unmittelbaren Vergütung der vom Arbeitnehmer erbrachten Arbeitsleistung, sondern der langfristigen Bindung des Arbeitnehmers an den Arbeitgeber. Zu Einzelheiten s. → *Mitarbeiterbeteiligung*.

20 **h) Wechsel der Entgeltform.** Ein Wechsel zwischen Zeit- und Leistungslohn ist nur durch **einvernehmliche Änderung** des Individualarbeitsvertrages möglich. Kommt eine solche Einigung nicht zustande, kann der Arbeitgeber unter strengen Voraussetzungen einen Wechsel der Entgeltform individualarbeitsrechtlich durch **Änderungskündigung** erzwingen (MüArbR/Krause § 57 Rn 10; BAG 31.1.1984 – 1 AZR 174/81, NZA 1984, 167; → *Änderungskündigung* Rn 14).

2. Entgelthöhe

21 **a) Brutto- oder Nettoentgelt.** Soweit in arbeitsrechtlichen Regelungen die Begriffe „Bruttobetrag“ oder „Nettobetrag“ sowie „Abzüge“ verwendet werden, wird üblicherweise unter „Bruttobetrag“ das Arbeitsentgelt vor den gesetzlichen Abzügen, unter „Abzügen“ die gesetzlichen Abzüge, soweit sie im regelmäßigen Abzugsverfahren erfolgen ohne Berücksichtigung sonstiger steuerlicher Vor- und Nachteile, und unter „Nettobetrag“ der Bruttobetrag nach Abzug der gesetzlichen Abzüge verstanden (BAG 28.3.2003 – 9 AZR 61/02, BuW 2003, 571). Der Arbeitgeber hat bei Vereinbarung einer **Bruttovergütung** die Steuern und Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung einzubehalten und abzuführen. Hingegen sollen die gesetzlichen Abgaben und Beiträge bei einer **Nettolohnvereinbarung** nicht zu Lasten des Arbeitnehmers, sondern insgesamt zu Lasten des Arbeitgebers gehen (BAG 26.8.2009 – 5 AZR 616/08, BeckRS 2010, 71478; BFH 28.2.1992 – VI R 146/87, AP § 611 BGB Nettolohn Nr. 5); der Arbeitgeber hat dann das vereinbarte Arbeitsentgelt in voller Höhe an den Arbeitnehmer auszukehren, der davon keine Abgaben mehr zu leisten hat (BAG 24.1.2013 – 8 AZR 965/11, NZA-RR 2013, 400).

22 Die **Bruttolohnabrede** bildet den **Normalfall** (BAG 21.7.2009 – 1 AZR 167/08, NZA 2009, 1213), die Nettolohnvereinbarung die Ausnahme. Voraussetzung für eine Nettolohnabrede ist eine ausdrückliche und unmissverständliche Formulierung im Arbeitsvertrag, wonach der Arbeitgeber sämtliche Steuern und Sozialversicherungsbeiträge zu tragen habe (BAG 27.7.2010 – 3 AZR 615/08, AP § 253 ZPO Nr. 52). Die Abrede, die Arbeitsvergütung ohne Berücksichtigung von Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen („schwarz“) auszuzahlen, stellt noch keine Nettolohnabrede dar (BAG 17.3.2010 – 5 AZR 301/09, NZA

2010, 881). Bestehen nach der Auslegung des Arbeitsvertrages Zweifel, ist vom Normalfall der Bruttolohnabrede auszugehen.

23 **b) Mindestentgelt.** Eine arbeitsvertragliche Entgeltvereinbarung ist gem. § 134 BGB iVm § 291 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StGB nichtig, wenn ein auffälliges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung vorliegt (BAG 24.3.2004 – 5 AZR 303/03, NZA 2004, 971; Böggemann NZA 2011, 493). Das Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG) regelt **Mindestarbeitsbedingungen**, u.a. auch das Mindestarbeitsentgelt für Angehörige bestimmter Berufsgruppen (→ *Mindestlohn* Rn 4). Daneben enthält auch das Gesetz über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen (MiArbG) Regelungen zur Festsetzung von Mindestarbeitsentgelten und deren Kontrolle und Durchsetzung durch staatliche Behörden (→ *Mindestlohn* Rn 19 ff). Im Koalitionsvertrag vom 16.12.2013 für die 18. Legislaturperiode vereinbarten SPD, CDU und CSU die schrittweise Einführung eines flächendeckenden Mindestlohnes von 8,50 EUR für Deutschland für 2015 mit möglichen Ausnahmeregelungen bis Ende 2016. Die Höhe des allgemein verbindlichen Mindestlohns soll dann in regelmäßigen Abständen – erstmals zum 10.6.2017 mit Wirkung zum 1.1.2018 – von einer Kommission der Tarifpartner überprüft, gegebenenfalls angepasst und anschließend über eine Rechtsverordnung staatlich erstreckt und damit allgemein verbindlich werden.

24 **c) Überstunden.** Grundsätzlich schuldet der Arbeitnehmer nur Arbeitsleistung in dem Umfang, wie er im Arbeitsvertrag vereinbart und vom Arbeitgeber gem. § 2 Abs. 1 S. 2 Nr. 7 NachwG nachzuweisen ist. Leistet der Arbeitnehmer darüber hinaus Mehrarbeit und enthält der Arbeitsvertrag keine Regelung zur Vergütung derselben, schuldet der Arbeitgeber hierfür gem. § 612 BGB die **übliche Vergütung**, wenn die Mehrarbeit den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist (→ *Überstunden/Mehrarbeit* Rn 15 ff). Einen allgemeinen Rechtsgrundsatz, dass jede Mehrarbeitszeit oder jede dienstliche Anwesenheit über die vereinbarte Arbeitszeit hinaus zu vergüten ist, gibt es nicht (BAG 27.6.2012 – 5 AZR 530/11, NZA 2012, 1147). Die Vergütungserwartung ist stets anhand eines objektiven Maßstabs unter Berücksichtigung der Verkehrssitte, der Art, des Umfangs und der Dauer der Dienstleistung sowie der Stellung der Beteiligten zueinander festzustellen, ohne dass es auf deren persönliche Meinung ankäme. Ohne hinzutretende Anhaltspunkte fehlt die Vergütungserwartung, wenn arbeitszeitbezogen und arbeitszeitunabhängig vergütete Arbeitsleistungen zeitlich verschränkt sind (BAG 21.9.2011 – 5 AZR 629/10, NZA 2012, 145), wenn Dienste höherer Art geschuldet sind (BAG 17.8.2011 – 5 AZR 406/10, NZA 2011, 1335) oder insgesamt eine deutlich herausgehobene, die Beitragsbemessungsgrenze der gesetzlichen Rentenversicherung überschreitende Vergütung gezahlt wird (BAG 22.2.2012 – 5 AZR 765/10, NZA 2012, 861). Anspruch auf **Zuschläge** hat der Arbeitnehmer ohne ausdrückliche Vereinbarung nicht. Ein solcher kann sich allerdings aus dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz ergeben (→ *Gleichbehandlungsgrundsatz*).

25 **d) Zuschläge. aa) Leistungszuschläge.** Zuschläge werden zusätzlich zum Arbeitsentgelt aufgrund bestimmter Tatbestände gezahlt. Sie sollen im Rahmen des Arbeitsverhältnisses regelmäßig einen **bestimmten Zweck** erfüllen, zB besondere Belastungen ausgleichen, einen besonderen Anreiz bieten oder besondere Leistungen honorieren. Zuschläge sind Bestandteil der Vergütung und erhöhen daher das im Gegenseitigkeitsverhältnis stehende Arbeitsentgelt (MüArbR/Krause § 57 Rn 50 ff).

26 Leistungszuschläge werden zur Anerkennung besonderer Leistungen oder Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers gezahlt. Ein Anspruch auf Zahlung eines Leistungszuschlags kann sich aus tarifvertraglichen Regelungen (→ *Tarifvertrag*), Betriebsvereinbarungen (→ *Betriebsvereinbarung*), Individualarbeitsverträgen (→ *Arbeitsvertrag*), betrieblicher Übung (→ *Betriebliche Übung*) oder dem allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz (→ *Gleichbehandlungsgrundsatz*; → *Sonderzahlungen* Rn 7) ergeben. Da auch im Rahmen von Leistungszuschlägen eine Flexibilisierung möglich sein muss, können diese unter **Widerrufsvorbehalt** gezahlt werden. Die Rspr stellt an einen solchen Vorbehalt allerdings hohe Anforderungen: Er muss klar und eindeutig formuliert sein, konkrete Widerrufsgründe enthalten und der widerrufliche Anteil darf 25–30 % der Gesamtvergütung nicht übersteigen (BAG 12.1.2005 – 5 AZR 364/04, NZA 2005, 465; → *Widerrufsvorbehalt*; → *Sonderzahlungen* Rn 20 f). Der Widerruf eines unter Vorbehalt gewährten Zuschlags ist nicht für die Vergangenheit, sondern nur für die Zukunft möglich und muss stets den Grundsätzen billigen Ermessens nach § 315 Abs. 1 BGB entsprechen (BAG 13.5.1987 – 5 AZR 125/865, NZA 1988, 95). Wird

ein Leistungszuschlag vorbehaltlos gewährt, ist dessen Widerruf unzulässig. Auch wenn der Leistungszuschlag die besonderen Leistungen des Arbeitnehmers honorieren soll, kann die Zahlung bei Nachlassen der Leistungsfähigkeit nicht ohne weiteres unter Berufung auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage (§ 313 Abs. 1 BGB) eingestellt werden (ErfK/Preis § 611 BGB Rn 483).

bb) Zielvereinbarungen. Mittels Zielvereinbarungen können Arbeitnehmer an unternehmensförderliche Ziele gebunden werden. In der Zielvereinbarung, die **Bestandteil der Vergütungsabrede** ist, können Arbeitgeber und Arbeitnehmer Ziele festlegen, die der Arbeitnehmer in einem bestimmten Zeitraum erreichen soll. Häufig bekommt der Arbeitnehmer als Leistungsanreiz einen finanziellen Bonus für die Zielerreichung in Aussicht gestellt. Die Möglichkeit, einen überdurchschnittlichen Verdienst zu erhalten, darf jedoch nur an Ziele gekoppelt werden, deren Erreichung der Arbeitnehmer unmittelbar beeinflussen kann (ErfK/Preis § 611 BGB Rn 504 ff). Zu Einzelheiten s. → *Zielvereinbarung*. 27

cc) Anrechenbarkeit. Im Zusammenhang mit **übertariflichen Zuschlägen** stellt sich die Frage, ob diese auf Tarifentgelterhöhungen angerechnet werden können. Dies hängt ausschließlich von der zugrunde liegenden Vergütungsvereinbarung ab. Mangels gegenteiliger Vereinbarung verringert sich der übertarifliche Lohnbestandteil bei Tariflohnerhöhungen automatisch um den Betrag der Tariflohnerhöhung (BAG 10.3.1982 – 4 AZR 540/79, NJW 1982, 2575), auch wenn dies nicht ausdrücklich durch eine entsprechende Klausel im Vertrag klargestellt worden ist (BAG 16.6.1993 – 4 AZR 380/92, BeckRS 1993, 30745287). Ist hingegen vertraglich vereinbart, dass dem Arbeitnehmer der Zuschlag als selbstständiger Lohnbestandteil neben dem Tariflohn „anrechnungsfest" zustehen soll, scheidet eine Anrechnung aus (BAG 22.9.1992 – 1 AZR 405/90, NZA 1993, 668). Eine solche Vereinbarung kann sich aus dem nicht vom Tariflohn erfassten Zweck des Zuschlags ergeben, wenn der Entgeltzuschlag dem Arbeitnehmer selbstständig neben dem jeweiligen Tariflohn gewährt werden soll. So wird bspw ein Leistungszuschlag grds. nicht auf eine Tariflohnerhöhung angerechnet. Eine Anrechnung ist hier nur bei Anrechnungsvorbehalt möglich (BAG 23.1.1980 – 5 AZR 780/78, DB 1980, 1350). Derartige Anrechnungsklauseln unterliegen der Kontrolle nach den §§ 305 ff BGB und müssen hinreichend transparent sein. Nach Ansicht des BAG sollen Formulierungen wie „anrechenbare Zulage" und „übertarifliche Zulage" den Anforderungen an die Transparenz genügen (BAG 1.3.2006 – 5 AZR 363/05, NZA 2006, 746; BAG 27.8.2008 – 5 AZR 820/07, NZA 2009, 49). Möglich ist auch die Vereinbarung eines Widerrufsvorbehalts, der die Widerruflichkeit des übertariflichen Zuschlags bei Tariflohnerhöhungen vorsieht. Für einen solchen Vorbehalt gelten die allgemeinen Grundsätze (s. Rn 26; → *Widerrufsvorbehalt*; → *Sonderzahlungen* Rn 20 f). 28

Effektivgarantieklauseln in Tarifverträgen, die eine Erhöhung des Zuschlags um die jeweilige Tariferhöhung vorsehen, sind unwirksam, da hierdurch letztlich ein übertarifliches Entgelt zum Bestandteil der Tarifvergütung gemacht wird (BAG 14.2.1968 – 4 AZR 275/67, NJW 1968, 1396). 29

3. Entstehen und Fälligkeit des Entgeltanspruchs

a) Vorleistungspflicht des Arbeitnehmers. Gemäß § 614 BGB ist das Arbeitsentgelt nach Erbringung der Dienste zu zahlen („**Ohne Arbeit kein Lohn**"). Ist die Vergütung – wie im Arbeitsverhältnis üblich – nach Zeitabschnitten bemessen, so ist das Arbeitsentgelt nach dem Ablauf der einzelnen Zeitabschnitte zu entrichten. Der Arbeitnehmer ist also grds. vorleistungspflichtig. § 614 BGB ist jedoch abdingbar (BAG 15.1.2002 – 1 AZR 165/01, NZA 2002, 1112), so dass in Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen häufig andere Auszahlungszeitpunkte vereinbart werden. **Sachbezüge** sind entgegen § 614 BGB auch ohne entsprechende Vereinbarung regelmäßig schon ab dem Beginn des Arbeitsverhältnisses zu gewähren (MüKoBGB/Müller-Glöge § 614 Rn 10). 30

Arbeitsrechtliche Sonderregelungen zu § 614 BGB bestehen zB bzgl des **Urlaubsentgelts**, das gem. § 11 Abs. 2 BUrlG vor Urlaubsantritt auszuzahlen ist, was in der Praxis jedoch selten geschieht. Tantiemezahlungen sind fällig, sobald die Bilanz festgestellt ist oder bei ordnungsgemäßem Geschäftsgang hätte festgestellt werden können (BAG 3.6.1958 – 2 AZR 406/55, NJW 1958, 1319). Das Gehalt des Handlungsgehilfen ist gem. § 64 HGB am Schluss jeden Monats zu zahlen; § 193 BGB ist anwendbar. Die Ausbildungsvergütung des Auszubildenden ist spätestens am letzten Arbeitstag des Monats zu zahlen, § 18 Abs. 2 31

BBiG; abweichende Vereinbarungen zu Ungunsten des Auszubildenden sind gem. § 25 BBiG nichtig. Für Provisionsansprüche des Handelsvertreters gilt § 87 a Abs. 4 HGB.

32 **b) Anspruch auf Arbeitsentgelt ohne Arbeit. aa) Vorübergehende Verhinderung.** Der Arbeitnehmer behält seinen Vergütungsanspruch auch dann, wenn er für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit durch einen in seiner Person liegenden Grund ohne sein Verschulden an der Dienstleistung verhindert wird, § 616 S. 1 BGB. Als ein solcher persönlicher Hinderungsgrund des Arbeitnehmers können anzusehen sein: **Arztbesuche** (BAG 27.6.1990 – 5 AZR 365/89, NZA 1990, 894), Todesfälle von Familienangehörigen, die eigene Hochzeit (BAG 27.4.1983 – 4 AZR 506/80, NJW 1983, 2600; LAG Rheinland-Pfalz 21.9.2010 – 3 Sa 265/10, BeckRS 2011, 70452) oder die der Kinder, die Beaufsichtigung, Betreuung oder Pflege naher Angehöriger (LAG Düsseldorf 20.3.2007 – 3 Sa 30/07, BeckRS 2007, 44819), insb. seines erkrankten Kindes (ggf auch ohne Entgeltfortzahlungsanspruch: § 45 Abs. 3 SGB V). Für die maximale Dauer der Fortzahlung der Vergütung existieren bislang keine sicheren Richtwerte. Als Maßstab für die Auslegung des § 616 S. 1 BGB kann die alte Fassung von § 45 SGB V bzw § 185 c RVO herangezogen werden (Brose NZA 2011, 719, 721: 5 Tage). Der Anspruch kann allerdings durch Vereinbarung eingeschränkt oder ausgeschlossen werden. Dies geschieht häufig in Tarifverträgen, indem dort einzelne Tatbestände der Verhinderung (ggf abschließend) definiert werden. Die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers ist im EFZG spezialgesetzlich geregelt (→ *Arbeitsunfähigkeit* Rn 2 ff).

33 **bb) Annahmeverzug des Arbeitgebers.** Von dem Grundsatz, dass der Arbeitgeber kein Arbeitsentgelt schuldet, wenn der Arbeitnehmer die Arbeitsleistung nicht erbracht hat, macht § 615 S. 1 BGB eine weitere Ausnahme: Der Arbeitgeber muss im Falle seines Annahmeverzugs (§§ 293 ff BGB) trotz Nichtleistung der Dienste gleichwohl die Vergütung entrichten, ohne dass der Arbeitnehmer zur Nachleistung der Dienste verpflichtet ist, denn diese sind wegen ihres Fixschuldcharakters infolge Zeitablaufs unmöglich geworden. Erforderlich ist grds. ein erfolgloses tatsächliches (BAG 29.10.1992 – 2 AZR 250/92, MDR 1994, 77) Angebot des leistungsfähigen (§ 297 BGB; BAG 5.11.2003 – 5 AZR 562/02, AP § 615 BGB Nr. 106) und leistungswilligen (BAG 13.7.2005 – 5 AZR 578/04, NZA 2005, 1348) Arbeitnehmers am Arbeitsort (§ 294 BGB). Ausnahmsweise genügt ein wörtliches Angebot, wenn der Arbeitgeber erklärt hat, dass er die Arbeitsleistung nicht annehmen werde. Im gekündigten Arbeitsverhältnis ist das Arbeitsangebot nach Ablauf der Kündigungsfrist regelmäßig schon deshalb gem. § 296 BGB entbehrlich, weil der Arbeitgeber verpflichtet ist, dem Arbeitnehmer einen funktionsfähigen Arbeitsplatz zur Verfügung zu stellen (BAG 21.3.1996 – 2 AZR 362/95, BeckRS 1996, 30924653). Anders jedoch, wenn ein außerordentlich gekündigter Arbeitnehmer streikt, denn dieser ist nicht leistungswillig (BAG 17.7.2012 – 1 AZR 563/11, NJW 2012, 3676). Zu Einzelheiten s. → *Annahmeverzug*.

34 **c) Vorschuss.** Vorschüsse sind Geldleistungen des Arbeitgebers auf **noch nicht verdienten Lohn**. Darunter fallen auch negative Guthaben auf Arbeitszeitkonten (BAG 13.12.2000 – 5 AZR 334/99, NZA 2002, 390). Die Einordnung einer Zahlung des Arbeitgebers als Vorschuss setzt voraus, dass sich die Arbeitsparteien darüber einig sind, dass es sich um einen Vorschuss handelt, der bei Fälligkeit der Forderung verrechnet wird (BAG 31.3.1960 – 5 AZR 441/57, NJW 1960, 1589). Ein Vorschuss kann daher bei der nächsten Lohnabrechnung abgezogen werden, ohne dass es einer Aufrechnungserklärung bedarf; mangels Anwendbarkeit des § 394 BGB ist der Abzug sogar von der unpfändbaren Arbeitsvergütung zulässig (BAG 13.12.2000 – 5 AZR 334/99, NZA 2002, 390). Wenn und soweit die bevorschusste Forderung nicht oder nicht zeitgerecht entsteht, ist der Arbeitnehmer zur Rückzahlung des Vorschusses verpflichtet (BAG 20.6.1989 – 3 AZR 504/87, NZA 1989, 843).

35 Auf Vorschussleistungen des Arbeitgebers besteht grds. **kein Anspruch**. Ausnahmen können sich in Notfällen aus der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers ergeben.

4. Abrechnung

36 Gemäß § 108 Abs. 1 S. 1 GewO hat der Arbeitnehmer gegen den Arbeitgeber Anspruch auf eine **Abrechnung des Arbeitsentgelts**. Unter Arbeitsentgelt fällt dabei jegliche vom Arbeitgeber geleistete Vergütung, also neben Geld- und Sachleistungen zur unmittelbaren Abgeltung der Arbeitsleistung auch die vom Ar-

beitgeber im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis gewährten Zuwendungen, die außerhalb des vertraglichen Austauschverhältnisses stehen (HWK/Lembke § 108 GewO Rn 5), also zB Vorschüsse oder Jubiläumsgratifikationen.

37 Die Abrechnung ist in Textform (§ 126 b BGB) zu erteilen. Sie ist regelmäßig schon mangels Schriftform kein abstraktes Schuldanerkenntnis iSd § 781 BGB und ohne besondere Anhaltspunkte auch nicht als deklaratorisches Schuldanerkenntnis anzusehen. Mangels Mitwirkung des Arbeitnehmers liegt auch keine Abrechnung iSd § 782 BGB vor. Der in § 108 Abs. 1 GewO normierte Anspruch auf Abrechnung dient der **Transparenz**; der Arbeitnehmer soll erkennen können, warum er gerade den ausbezahlten Betrag erhält (BAG 10.1.2007 – 5 AZR 665/06, NZA 2007, 679). Die Abrechnung muss gem. § 108 Abs. 1 S. 2 GewO mindestens Angaben über den Abrechnungszeitraum und die Zusammensetzung des Arbeitsentgelts enthalten, wobei § 108 Abs. 1 S. 3 GewO die Angaben zur Zusammensetzung des Arbeitsentgelts spezifiziert. Weitere Angaben zu Inhalt und Verfahren der Abrechnung sind in der „Verordnung zur Erstellung einer Entgeltbescheinigung" (BAnz 2012 Nr. 60) enthalten, die das Bundesministerium für Arbeit und Soziales erlassen hat, um einheitliche Mindeststandards zur Erstellung einer Entgeltbescheinigung zu erreichen und eine vergleichbare Lesbarkeit der Formulare durch den gleichen Aufbau und standardisierte Begriffe zu gewährleisten. Die Entgeltbescheinigungsrichtlinie steht auf der Website des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales (www.bmas.de) zum Download zur Verfügung.

38 Die Abrechnung ist unabhängig von der Fälligkeit des Arbeitsentgelts erst bei **tatsächlicher Leistung** des Arbeitsentgelts zu erteilen. Vor Zahlung des Arbeitsentgelts ist eine auf Erteilung der Abrechnung gerichtete Klage unbegründet; § 108 GewO gewährt keinen selbstständigen Abrechnungsanspruch zur Vorbereitung einer Zahlungsklage (BAG 12.7.2006 – 5 AZR 646/05, NZA 2006, 1294). Der Abrechnungsanspruch des Arbeitnehmers besteht gem. § 108 Abs. 2 GewO nicht, wenn sich die Angaben gegenüber der letzten ordnungsgemäßen Abrechnung nicht geändert haben. Für die Ordnungsgemäßheit der Abrechnung reicht es aus, dass die Vorgaben des § 108 Abs. 1 GewO beachtet wurden; auf die inhaltliche Richtigkeit der Auskünfte auf der Abrechnung kommt es insoweit grds. nicht an.

39 Wird die Abrechnung bei Auszahlung des Arbeitsentgelts nicht oder nicht ordnungsgemäß erteilt, besteht – vorbehaltlich des § 108 Abs. 2 GewO – ein einklagbarer **Erfüllungsanspruch**, der auf eine nicht vertretbare Handlung iSd § 888 ZPO gerichtet ist (BAG 7.9.2009 – 3 AZB 19/09, NZA 2010, 61). Daneben soll auch ein Zurückbehaltungsrecht des Arbeitnehmers bzgl seiner Arbeitsleistung und bei Vorliegen eines Schadens aufgrund der Nichterteilung der Abrechnung auch ein Schadensersatzanspruch nach § 280 Abs. 1 BGB in Betracht kommen (HWK/Lembke § 108 GewO Rn 29).

5. Einwendungen und Einreden

40 **a) Verjährung.** Der Anspruch des Arbeitnehmers auf sein Arbeitsentgelt verjährt gemäß den allgemeinen Regeln der §§ 194 ff BGB innerhalb der **regelmäßigen Verjährungsfrist** von **drei Jahren**, beginnend mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Arbeitnehmer von den seinen Lohnanspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste. Es wird in aller Regel davon auszugehen sein, dass der Arbeitnehmer mit Fälligkeit des Entgeltanspruchs auch Kenntnis von dem Anspruch und der Person des Schuldners hat. Für die Hemmung der Verjährung gelten die §§ 203 ff BGB; relevant beim Lohnanspruch ist insb. die Hemmung durch Erhebung einer Leistungs- oder Feststellungsklage gem. § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB.

41 Bei der Verjährung handelt es sich um eine **Einrede**, die vom Gläubiger erhoben werden muss und vom Gericht nicht von Amts wegen geprüft wird. Wird die Einrede der Verjährung bei Vorliegen ihrer Voraussetzungen erhoben, begründet dies ein Leistungsverweigerungsrecht des Schuldners, beim Entgeltanspruch also des Arbeitgebers.

42 Bei der dreijährigen Verjährungsfrist bleibt es auch dann, wenn der Entgeltanspruch rechtskräftig festgestellt wurde. Zwar verjähren rechtskräftig festgestellte Ansprüche gem. § 197 Abs. 1 Nr. 3 BGB erst nach 30 Jahren, für künftig fällig werdende regelmäßig wiederkehrende Leistungen gilt gem. § 197 Abs. 2 BGB

jedoch die regelmäßige Verjährungsfrist. Hat der Arbeitnehmer also seinen Entgeltanspruch rechtskräftig feststellen lassen, unterliegt dieser Anspruch, soweit er die zukünftigen Entgeltansprüche betrifft, der **dreijährigen Verjährungsfrist**, beginnend ab der Rechtskraft der feststellenden Entscheidung, § 201 BGB.

43 **b) Verwirkung.** Auch vor Ablauf der Verjährungsfrist kann ein Recht nicht mehr mit Erfolg geltend gemacht werden, wenn es vom Gläubiger längere Zeit nicht verfolgt wird und deshalb verwirkt ist. Die Verwirkung als Sonderfall der unzulässigen Rechtsausübung (§ 242 BGB) tritt aber nicht allein durch Zeitablauf ein, sondern setzt voraus, dass zu dem **Zeitmoment** auch ein **Umstandsmoment** tritt, das es rechtfertigt, die Erfüllung des Anspruchs als dem Verpflichteten unzumutbar anzusehen (BAG 22.6.2011 – 8 AZR 752/09, BeckRS 2011, 76521). Der Berechtigte muss den Eindruck erweckt haben, er werde sein Recht nicht mehr geltend machen, so dass der Verpflichtete darauf vertrauen durfte, er werde nicht mehr in Anspruch genommen (BAG 14.2.2007 – 10 AZR 35/06, NZA 2007, 690). Die Verwirkung muss – anders als die Verjährung (vgl Rn 41) – nicht vom Schuldner eingewendet werden, sondern wird **von Amts wegen** geprüft. Der Schuldner trägt jedoch die Darlegungslast für die Voraussetzungen der Verwirkung.

44 Eine Verwirkung von Arbeitsentgeltansprüchen ist zB anzunehmen, wenn ein Arbeitnehmer, der durch monatelange, widerspruchslose Hinnahme ausbleibender **Vergütung für angefallene Mehrarbeit** den Eindruck erweckt, diese werde ohne Vergütungserwartung geleistet, und er erst nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses klarstellt, er habe sich insoweit eine Nachforderung vorbehalten (LAG Sachsen-Anhalt 9.6.2011 – 3 Sa 126/11, BeckRS 2011, 77506; LAG Hamburg 8.1.2008 – 2 Sa 70/07, BeckRS 2011, 66746; LAG Köln 1.8.1997 – 11 (7) Sa 152/97, NZA-RR 1998, 393).

45 Gesetzlich **ausgeschlossen** ist die Verwirkung von Entgeltansprüchen, soweit sie sich als tarifliche Rechte (§ 4 Abs. 4 S. 2 TVG) oder durch Betriebsvereinbarung eingeräumte Rechte (§ 77 Abs. 4 S. 3 BetrVG) darstellen. Im Geltungsbereich des HAG ist außerdem der Verwirkungsausschluss des § 19 Abs. 3 S. 4 HAG zu beachten.

46 **c) Verfallklauseln.** Entgeltansprüche des Arbeitnehmers fallen in den Anwendungsbereich von Verfallklauseln. Sie müssen also unabhängig von der gesetzlichen Verjährung (s. Rn 40 ff) innerhalb der vereinbarten **Ausschlussfrist** und in der vereinbarten Form geltend gemacht werden (→ *Ausschlussfristen*). Mit Erhebung einer Bestandsschutzklage wahrt ein Arbeitnehmer oder GmbH-Geschäftsführer nach neuer Rechtsprechung bei sog. zweistufigen Ausschlussfristen hinsichtlich der Vergütungsansprüche auch die zweite Stufe einer arbeitsvertraglichen (BAG 19.3.2008 – 5 AZR 429/07, NZA 2008, 757), dienstvertraglichen (BAG 19.5.2010 – 5 AZR 253/09, NZA 2010, 939) oder tariflichen (BAG 19.9.2012 – 5 AZR 627/11, NZA 2013, 101) Ausschlussfrist; der Erhebung einer bezifferten Zahlungsklage bedarf es dafür dann nicht. Wird in einer Entgeltabrechnung ein Anspruch vorbehaltlos ausgewiesen, muss der Arbeitnehmer diesen Anspruch zur Wahrung einer Ausschlussfrist auch dann nicht mehr ausdrücklich geltend machen, wenn der Arbeitgeber die Forderung später bestreitet (BAG 21.4.1993 – 5 AZR 399/92, NZA 1993, 1091).

47 **d) Ausgleichsquittung und Verzicht.** Erteilen die Arbeitsvertragsparteien eine Ausgleichsquittung, also die Bestätigung, dass weitere Ansprüche gegeneinander nicht bestehen (→ *Ausgleichsquittung*), umfasst dies regelmäßig auch die Entgeltansprüche des Arbeitnehmers. Dem Arbeitgeber wird daran gelegen sein, gerade diesbezüglich durch die Erteilung der Ausgleichsquittung **Rechtssicherheit** zu erlangen. Regelt ein Prozessvergleich zur Beilegung eines Kündigungsschutzprozesses noch Ansprüche des Arbeitnehmers auf Arbeitsvergütung für die Dauer der Kündigungsfrist, wird ein in dieser Zeit fällig werdender Anspruch auf eine jährliche **Sonderzahlung** mit Mischcharakter von einer Ausgleichsklausel als negativem Schuldanerkenntnis erfasst (LAG Berlin-Brandenburg 12.11.2010 – 6 Sa 1722/10, NZA-RR 2011, 64). Die Rechtsnatur einer Ausgleichsquittung ist durch Auslegung zu ermitteln (BAG 7.11.2007 – 5 AZR 880/06, NZA 2008, 355). Ausgleichsklauseln sind als Teil eines Aufhebungsvertrages nicht Haupt-, sondern Nebenabrede und unterliegen deshalb der **Inhaltskontrolle**; erfassen sie einseitig nur Ansprüche des Arbeitnehmers, ohne dass dafür eine entsprechende Gegenleistung gewährt wird, sind sie unangemessen benachteiligend iSv § 307 Abs. 1 S. 1 BGB (BAG 21.6.2011 – 9 AZR 203/10, NZA 2011, 1338).

Nicht nur bei Ausgleichsquittungen, sondern auch bei einer sonstigen Vereinbarung über einen Entgeltverzicht des Arbeitnehmers ist zu beachten, dass ein Verzicht auf tarifliche Ansprüche gem. § 4 Abs. 4 S. 1 TVG **ausgeschlossen** und ein Verzicht auf Ansprüche aus einer Betriebsvereinbarung gem. § 77 Abs. 4 S. 2 BetrVG nur mit Zustimmung des Betriebsrats zulässig sind. Auch auf die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall sowie auf das Urlaubsentgelt kann gem. § 12 EFZG bzw § 13 Abs. 1 S. 3 BUrlG nicht wirksam verzichtet werden. Eine Einschränkung der Verzichtsmöglichkeit des Arbeitnehmers findet sich ferner in § 19 Abs. 3 S. 3 HAG. 48

e) Aufrechnung. Mit und gegen Entgeltforderungen des Arbeitnehmers kann grds. aufgerechnet werden. Da sich durch eine Aufrechnung die zu entrichtenden Steuern und Sozialversicherungsbeiträge nicht verringern, kann der Arbeitgeber **nur gegen den Nettolohnanspruch** des Arbeitnehmers aufrechnen. Da die Aufrechnung gem. § 387 BGB die Gleichartigkeit der gegenseitigen Forderungen voraussetzt, ist eine Aufrechnung mit oder gegen den Entgeltanspruch des Arbeitnehmers nur möglich, wenn der Arbeitgeber gegen den Arbeitnehmer ebenfalls Anspruch auf eine Geldleistung, zB Schadensersatz- oder Rückzahlungsansprüche, hat. 49

Das wichtigste Aufrechnungsverbot im Zusammenhang mit dem Arbeitsentgelt ergibt sich aus § 394 S. 1 BGB iVm §§ 850 ff ZPO. Wird gegen den Entgeltanspruch des Arbeitnehmers aufgerechnet, müssen die **Pfändungsgrenzen** aus § 850 c ZPO beachtet werden (s. Rn 51 ff). Ein gesetzliches Aufrechnungsverbot kann sich ferner aus § 107 Abs. 2 S. 2 GewO ergeben; mit aus unter Verstoß gegen diese Vorschrift kreditierten Waren kann nicht aufgerechnet werden. Die Aufrechnung des Anspruchs auf Arbeitsentgelt kann schließlich auch arbeitsvertraglich oder durch eine Regelung in einer Betriebsvereinbarung oder einem Tarifvertrag ausgeschlossen werden. 50

6. Pfändung von Arbeitsentgeltforderungen

Die Pfändbarkeit wegen Geldforderungen in Arbeitsentgeltforderungen wird durch die Vorschriften der §§ 850 a–850 i ZPO eingeschränkt, vgl § 850 Abs. 1 ZPO. Dem Arbeitnehmer soll in jedem Fall ein Betrag verbleiben, der zur **Sicherung seines Existenzminimums** ausreicht. Unter Arbeitseinkommen sind nach § 850 Abs. 4 ZPO alle Vergütungen zu verstehen, die dem Arbeitnehmer aus dem Arbeitsverhältnis zustehen, ohne Rücksicht auf ihre Benennung oder Berechnungsart. Unerheblich ist, ob es sich um eine fortlaufende Vergütung oder eine Einmalzahlung handelt, Letztere ist allerdings nur in den Grenzen des § 850 i ZPO pfändbar. Der Pfändungsschutz für Arbeitseinkommen sieht unpfändbare, bedingt pfändbare und Pfändungen im Rahmen von Pfändungsgrenzen vor. Die in § 850 a ZPO aufgeführten Bezüge sind unpfändbar und werden bei der Berechnung des pfändbaren Einkommens nicht mitgerechnet (§ 850 e Nr. 1 ZPO), ebenso wenig wie vom Arbeitgeber abzuführende Steuern und Sozialversicherungsbeiträge. Die Berechnung erfolgt nach der sog. Nettomethode (BAG 17.4.2013 – 10 AZR 59/12, NZA 2013, 859) (→ *Zwangsvollstreckung* Rn 16). Bedingt pfändbare Bezüge (§ 850 b ZPO) können nur unter der Voraussetzung gepfändet werden, dass die Vollstreckung in das sonstige bewegliche Vermögen des Schuldners nicht zu einer vollständigen Befriedigung des Gläubigers geführt hat oder voraussichtlich nicht führen wird. § 850 c ZPO normiert Bezüge, die im Rahmen von Pfändungsfreigrenzen pfändbar sind. Bei einem Zusammentreffen von Geld- und **Sachleistungen** sind gem. § 850 e Nr. 3 ZPO beide zusammenzurechnen. Der in Geld zahlbare Betrag ist dann insoweit pfändbar, als der unpfändbare Teil des Gesamteinkommens durch den Wert der dem Schuldner verbleibenden Naturalleistung gedeckt ist, das Gesamteinkommen also den unpfändbaren Betrag übersteigt (BAG 24.3.2009 – 9 AZR 733/07, NZA 2009, 861). Im Interesse des Gläubigerschutzes wird mithin die Sachleistung in Geld „umgerechnet“ und so erreicht, dass der Gläubiger auf die dem Schuldner in Geld zustehenden Arbeitgeberleistungen zugreifen kann (BAG 18.9.2007 – 9 AZR 822/06, AP § 310 BGB Nr. 10). 51

Abfindungen (§§ 9, 10 KSchG, §§ 112, 113 BetrVG) sind Arbeitseinkommen iSd §§ 850 ff ZPO. Da es sich hierbei regelmäßig um einmalige Zahlungen handelt, ist § 850 i ZPO zu beachten. Den Arbeitgeber trifft aber im Allgemeinen keine Fürsorgepflicht, den Arbeitnehmer über die Möglichkeit eines Vollstreckungsschutzantrages nach § 850 i ZPO zu belehren (BAG 13.11.1991 – 4 AZR 20/91, NZA 1992, 384; → 52

Zwangsvollstreckung Rn 15). Entgeltfortzahlungen im Krankheitsfall nach dem EFZG fallen ebenfalls unter den Begriff des Arbeitseinkommens und sind nach § 850 c ZPO relativ, also unter Beachtung der Pfändungsgrenzen, pfändbar. Entgelt für Mehrarbeit und Überstunden ist nach § 850 a Nr. 1 ZPO zur Hälfte unpfändbar. Unter Mehrarbeit fällt jede über die gesetzliche, tarifliche oder betriebliche Arbeitszeit hinaus geleistete Arbeit (MAH-ArbR/Boudon § 22 Rn 77, 88).

53 Die Pfändung des Arbeitsentgelts erfolgt durch einen **Pfändungs- und Überweisungsbeschluss** des Amtsgerichts (§§ 828 ff ZPO), in dem neben dem Antrag die zu pfändende Forderung bezeichnet werden muss. Zur Bezeichnung der Forderung ist idR die Formulierung „Zahlung aller jetzigen und künftigen Bezüge an Arbeitseinkommen" ausreichend (BAG 10.2.1962 – 5 AZR 77/61, NJW 1962, 1221; → *Zwangsvollstreckung* Rn 13).

7. Rückzahlungsverpflichtung

54 **a) Überzahlungen.** Nach den Bestimmungen über die ungerechtfertigte Bereicherung ist der Arbeitnehmer gem. §§ 812 ff BGB zur Rückzahlung der erhaltenen Zahlungen an den Arbeitgeber verpflichtet, wenn und soweit der Arbeitgeber ihm **irrtümlich** ein **zu hohes Arbeitsentgelt** gezahlt hat. In Betracht kommen insb. Überzahlungen wegen eines Rechenfehlers des Arbeitgebers oder wegen eines Rechtsirrtums, etwa weil der Arbeitgeber irrtümlich glaubte, aufgrund tariflicher Vorschrift zur Zahlung verpflichtet zu sein. Der Arbeitgeber kann ferner die Rückzahlung überzahlter Honorare verlangen, wenn der Arbeitnehmerstatus eines freien Mitarbeiters rückwirkend festgestellt wird. Mit dieser Feststellung steht zugleich fest, dass der Dienstverpflichtete als Arbeitnehmer zu vergüten war und ein Rechtsgrund für die Honorarzahlungen nicht bestand, wenn bei dem Dienstberechtigten unterschiedliche Vergütungsordnungen für freie Mitarbeiter und für Arbeitnehmer galten (BAG 29.5.2002 – 5 AZR 680/00, NZA 2002, 1328). War an Stelle eines höheren Honorars das für Arbeitnehmer vorgesehene niedrigere Arbeitsentgelt zu zahlen, umfasst der Bereicherungsanspruch des Arbeitgebers nicht sämtliche Honorarzahlungen, sondern nur die Differenz zwischen beiden Vergütungen; iÜ ist der Arbeitnehmer nicht ohne Rechtsgrund bereichert (BAG 9.2.2005 – 5 AZR 175/04, NZA 2005, 432). Der Rückzahlungsanspruch richtet sich stets auf das **Bruttoentgelt** (BAG 11.10.2006 – 5 AZR 755/05, NZA 2008, 72).

55 Erfolgte die Überzahlung **nicht irrtümlich**, sondern hat der Arbeitgeber gewusst, dass er zur Leistung nicht verpflichtet war, kann der Rückzahlungsanspruch gem. § 814 BGB ausgeschlossen sein. Erforderlich ist die **positive Kenntnis** der Rechtslage zum Zeitpunkt der Leistung. Nicht ausreichend ist die Kenntnis der Tatsachen, aus denen sich das Fehlen einer rechtlichen Verpflichtung ergibt. Der Leistende muss wissen, dass er nach der Rechtslage nichts schuldet. Das ist nur der Fall, wenn er aus den ihm bekannten Tatsachen auch eine im Ergebnis zutreffende rechtliche Schlussfolgerung zieht, wobei allerdings eine entsprechende „Parallelwertung in der Laiensphäre" genügt. Beruht die Unkenntnis auf grober Fahrlässigkeit, schließt das den Rückforderungsanspruch nicht aus (BAG 8.11.2006 – 5 AZR 706/05, NZA 2007, 321). Der Rückzahlungsanspruch ist ferner dann ausgeschlossen, wenn der Arbeitnehmer nicht mehr bereichert ist (§ 818 Abs. 3 BGB). Voraussetzung hierfür ist, dass der Arbeitnehmer die Beträge restlos für seine laufenden Lebensbedürfnisse verbraucht hat (BAG 25.4.2001 – 5 AZR 497/99, NZA 2001, 966) und beim Empfang der Leistungen gutgläubig war (BAG 13.10.2010 – 5 AZR 648/09, NZA 2011, 219). Insbesondere bei kleineren und mittleren Arbeitseinkommen kann je nach Höhe der Überzahlung eine tatsächliche Vermutung dafür bestehen, dass die überzahlte Vergütung für den laufenden Lebensunterhalt verbraucht worden ist (BAG 25.4.2001 – 5 AZR 497/99, NZA 2001, 966).

56 Der Rückzahlungsanspruch ist ein Anspruch aus dem Arbeitsverhältnis und unterliegt damit grds. **tarifvertraglichen Ausschlussfristen**. Der Rückzahlungsanspruch ist idR im Zeitpunkt der Überzahlung fällig (BAG 23.5.2001 – 5 AZR 374/99, AP § 812 BGB Nr. 25). Der Arbeitnehmer ist verpflichtet, dem Arbeitgeber Vergütungsüberzahlungen anzuzeigen (BAG 10.3.2005 – 6 AZR 217/04, NZA 2005, 812). Unterlässt er dies und wird der Arbeitgeber deswegen von der Geltendmachung seines Rückzahlungsanspruchs abgehalten, steht dem Ablauf der Ausschlussfrist der Einwand des Rechtsmissbrauchs entgegen, solange

der Arbeitgeber nicht anderweitig vom Überzahlungstatbestand Kenntnis erlangt (BAG 13.10.2010 – 5 AZR 648/09, NZA 2011, 219).

b) Rückzahlungsklauseln. Hat der Arbeitgeber sich die Rückforderung bestimmter Leistungen **wirksam vorbehalten**, ist der Arbeitnehmer bei Vorliegen der vorgesehenen Voraussetzungen zur Rückzahlung an den Arbeitgeber verpflichtet (→ *Rückzahlungsklausel*). Auf eine mögliche Entreicherung (§ 818 Abs. 3 BGB) kann sich der Arbeitnehmer dann nicht berufen. 57

8. Entgeltforderungen in der Insolvenz

Ansprüche des Arbeitnehmers auf Arbeitsentgelt für Zeiträume vor der Insolvenzeröffnung sind **einfache Insolvenzforderungen** iSv § 38 InsO, die vom Arbeitnehmer zur Tabelle anzumelden sind und nur mit der Quote befriedigt werden. Unabhängig davon, ob der Insolvenzverwalter den Arbeitnehmer nach Insolvenzeröffnung beschäftigt oder freistellt, sind die Ansprüche auf Arbeitsentgelt **Masseforderungen** des Arbeitnehmers iSv § 55 InsO (→ *Insolvenz* Rn 40 ff). 58

III. Kollektivarbeitsrecht

1. Allgemeines

Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats soll lediglich die Verteilungsgerechtigkeit im Betrieb sicherstellen und bezieht sich deshalb in Entgeltfragen grds. nur auf kollektive Tatbestände. Nur bei der Festlegung **abstrakt-genereller (kollektiver) Grundsätze** soll der Betriebsrat mitbestimmen können. Kein Mitbestimmungsrecht besteht folglich bei der Festlegung der individuell mit dem konkreten Arbeitnehmer vereinbarten Entgelthöhe (BAG, 30.10.2012 – 1 ABR 61/11, NZA 2013, 522). Allerdings kann der Arbeitgeber das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nicht dadurch umgehen, dass er mit mehreren Arbeitnehmern individuelle Vergütungsvereinbarungen (etwa über leistungsbezogene Sonderzahlungen) trifft, ohne eine allgemeine Regelung aufstellen zu wollen. Soweit ein innerer Zusammenhang zwischen solchen Zahlungen besteht, den das BAG bei leistungsbezogenen Zahlungen annimmt (BAG 29.2.2000 – 1 ABR 4/99, NZA 2000, 1066), handelt es sich um einen kollektiven Tatbestand. Gemäß § 77 Abs. 3 BetrVG können Arbeitsentgelte und sonstige Arbeitsbedingungen, die durch Tarifvertrag geregelt sind oder üblicherweise geregelt werden, nicht Gegenstand einer Betriebsvereinbarung sein (**Grundsatz des Tarifvorrangs**). 59

2. Mitbestimmungstatbestände im Einzelnen

a) Auszahlung der Arbeitsentgelte. Gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 4 BetrVG hat der Betriebsrat zu Zeit, Ort und Art der Auszahlung der Arbeitsentgelte mitzubestimmen (→ *Mitbestimmung, Betriebsrat* Rn 38). Dieser Mitbestimmungstatbestand erfasst nur die **Umstände bei der Auszahlung** des Arbeitsentgelts. Dazu gehören nicht die Voraussetzungen, unter denen der Entgeltanspruch untergeht, etwa aufgrund von Stichtagsregelungen (BAG 12.4.2011 – 1 AZR 412/09, NZA 2011, 989). 60

b) Fragen der betrieblichen Lohngestaltung. Gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG hat der Betriebsrat bei Fragen der betrieblichen Lohngestaltung mitzubestimmen, insb. bei der Aufstellung von Entlohnungsgrundsätzen und der Einführung und Anwendung von neuen Entlohnungsmethoden und ihrer Anwendung (→ *Mitbestimmung, Betriebsrat* Rn 52). Der Mitbestimmungstatbestand des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG erfasst **alle Leistungen des Arbeitgebers**, die **Entgelt- oder Belohnungscharakter** haben, somit auch Sachbezüge (BeckOK/Werner § 87 BetrVG Rn 153). Mitbestimmungspflichtig ist daher auch die grundsätzliche Entscheidung, ob neben dem Geldlohn auch Sachbezüge erbracht werden und wie diese auf den Gesamtlohn angerechnet werden (Richardi § 87 BetrVG Rn 757). Wendet ein tarifgebundener Arbeitgeber auf alle Arbeitnehmer unabhängig von ihrer Tarifgebundenheit die für ihn geltende tarifliche Vergütungsstruktur in ihrer jeweiligen Fassung an, unterliegt die Einführung einer neuen Vergütungsstruktur aufgrund einer bloßen **Tarifsukzession** nicht dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG (BAG 17.5.2011 – 1 AZR 797/09, NZA-RR 2011, 644). Soweit die betriebliche Lohngestaltung in einem **Tendenzbetrieb** einen Bezug zur Tendenzverwirklichung bzw Tendenzbestimmung des Arbeitgebers hat (→ *Tendenzbetrieb*), entfällt das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats (BAG 13.2.1990 – 1 ABR 13/89, 61

NZA 1990, 575; BAG 31.1.1984 – 1 AZR 174/81, NZA 1984, 167; BAG 14.1.1992 – 1 ABR 35/91, NZA 1992, 512).

62 Zu der betrieblichen Lohngestaltung iSd § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG gehört auch die Wahl der jeweiligen **Entgeltform**. Daher hat der Betriebsrat mitzubestimmen, ob die Arbeitnehmer im Zeit-, Akkord- oder Prämienlohn vergütet werden (Kohte in: HaKo-BetrVG § 87 Rn 118). Auch ein Wechsel zwischen den verschiedenen Entgeltformen unterliegt der betrieblichen Mitbestimmung.

63 Soweit die **Anrechnung von Tariflohnerhöhungen** (vgl Rn 28) auf übertarifliche Lohnbestandteile zu einer Änderung der Verteilungsgrundsätze führt, hat eine Beteiligung des Betriebsrats zu erfolgen (BAG 3.12.1991 – GS 2/90, NZA 1992, 749). Das ist der Fall, wenn der Arbeitgeber bei allen Arbeitnehmern trotz unterschiedlicher Zulagenhöhe den gleichen Nominalbetrag anrechnet, so dass sich das Verhältnis der Zulagen zueinander verschiebt (Kohte in: HaKo-BetrVG § 87 Rn 127). Hat allerdings der Betriebsrat der Einführung eines Zulagensystems zugestimmt, löst eine Änderung der Verteilungsgrundsätze durch unterschiedliche Anrechnung einer Tariflohnerhöhung auf die Zulagen einzelner Arbeitnehmer dann kein erneutes Mitbestimmungsrecht aus, wenn diese Änderung ihre Ursache allein im Vollzug der mitbestimmten Regelung hat (BAG 22.9.1992 – 1 AZR 405/90, NZA 1993, 668).

64 **c) Festsetzung leistungsbezogener Entgelte.** § 87 Abs. 1 Nr. 11 BetrVG räumt dem Betriebsrat ein zusätzliches Mitbestimmungsrecht bei der **Festsetzung von Akkord- und Prämiensätzen** ein. Dieses über § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG hinausgehende Mitbestimmungsrecht ergibt sich daraus, dass Leistungsentgelte die Gefahr mit sich bringen, dass der Arbeitgeber zu hohe Anforderungen an die Arbeitnehmer stellt, indem er die Faktoren, nach denen sich die Leistung und in Abhängigkeit dazu auch die Vergütung der Arbeitnehmer bemisst, zu hoch festsetzt (BAG 15.5.2001 – 1 ABR 39/00, NZA 2001, 1154). Diesem Risiko soll durch die Mitbestimmung des Betriebsrats entgegengewirkt werden (MüArbR/Matthes § 251 Rn 66 ff).

65 Bei der Regelung von Leistungszuschlägen **außerhalb eines Tarifvertrages** hat der Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG, bei leistungsbezogenen Entgelten, die ein mit Akkord oder Prämie vergleichbares Entgelt darstellen, gilt § 87 Abs. 1 Nr. 11 BetrVG (BAG 22.10.1985 – 1 ABR 67/83, NZA 1986, 296; → *Sonderzahlungen* Rn 37).

66 **d) Initiativrecht des Betriebsrats.** Im Rahmen seines Mitbestimmungsrechts hat der Betriebsrat nicht nur ein Zustimmungs-, sondern auch ein Initiativrecht (→ *Mitbestimmung* Rn 13). Er kann also dem Arbeitgeber von sich aus Vorschläge zur Änderung der Verteilungsgrundsätze oder der Entlohnungsmethoden unterbreiten und zB den Übergang von einem Zeitlohn- zu einem Leistungslohnsystem initiieren.

3. Mitbestimmungsfreie Vorgaben

67 Die lohnpolitische Entscheidung des Arbeitgebers über die Lohn- und Gehaltshöhe erfolgt mitbestimmungsfrei (BAG, 30.10.2012 - 1 ABR 61/11, NZA 2013, 522). Gleiches gilt insoweit, wenn der Arbeitgeber über die vertraglich geschuldeten Arbeitsentgelte hinaus Sonderleistungen erbringt (sog. **Topftheorie**). Insbesondere seine Entscheidung zur Festlegung der **Höhe des Dotierungsrahmens** (des „Inhalts des Topfes“) ist mitbestimmungsfrei (BAG 19.8.2008 – 3 AZR 194/07, NZA 2009, 196). Der Betriebsrat hat insoweit nur bei der Festlegung der Verteilungsgrundsätze mitzubestimmen, wobei der Arbeitgeber über die Festlegung des mit der Leistung verfolgten Zwecks sowie des begünstigten Personenkreises wiederum allein entscheidet (Kohte in: HaKo-BetrVG § 87 Rn 122).

4. Rechtsfolgen bei Verletzung des Mitbestimmungsrechts

68 Bei Nichtbeachtung des Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats bleibt dem Arbeitnehmer die zu seinem Vorteil gewährte Vergünstigung erhalten. Soweit die Leistungsgewährung für den Arbeitnehmer nachteilig sein sollte, bleibt diese ohne Rechtswirkung; es gilt die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung (Kohte in: HaKo-BetrVG § 87 Rn 125), nach der bei einer Verletzung des zwingenden Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats auch jede individualrechtliche Umsetzung der Maßnahme unwirksam ist (BAG 29.1.2008 – 3 AZR 42/06, NZA-RR 2008, 469). Umgekehrt kann aber dem Grundsatz der Wirksamkeitsvoraussetzung

idR nicht entnommen werden, dass bei Verletzung eines Mitbestimmungsrechts Zahlungsansprüche entstehen, die bisher nicht bestanden haben (BAG 20.8.1991 – 1 AZR 326/90, NZA 1992, 225).

IV. Prozessuale Hinweise

1. Klageantrag

a) Brutto- oder Nettoklage. Die Zahlungsklage des Arbeitnehmers ist auf den vereinbarten Betrag zu richten, also im Normalfall auf den **Bruttobetrag** (vgl Rn 21). Wurde eine Nettolohnvereinbarung getroffen, kann der Arbeitnehmer hingegen keinen Bruttolohn fordern, weil er damit etwas beansprucht, was ihm nicht zusteht. Eine Nettolohnvereinbarung beschränkt sich von vornherein auf das um die gesetzlichen Lohnabzüge verminderte Arbeitsentgelt (BAG 8.4.1987 – 5 AZR 60/86, BeckRS 1987, 30721005). Hat der Arbeitgeber bereits eine Teilleistung erbracht, kann der Arbeitnehmer auf den Bruttobetrag abzüglich des erhaltenen Nettobetrages klagen, wobei dieser wegen § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO summenmäßig bezeichnet sein muss (Ziemann in: FS Schwerdtner, S. 715, 725). Gleiches gilt für Klagen auf einen Bruttobetrag abzüglich der gem. § 115 SGB X auf die Bundesagentur für Arbeit übergegangenen Ansprüche. Zu Muster verschiedener Antragsvarianten s. Mauer in: FBArbR § 6 Rn 20 ff. Richtigerweise ist im **Urteilstenor** regelmäßig nicht darauf zu erkennen, ob es sich um eine Brutto- oder Nettoforderung handelt (BAG 26.5.1998 – 3 AZR 171/97, DB 1998, 2614). Die Gerichte für Arbeitssachen können nicht mit Bindung für die Steuerbehörden und Krankenkassen festlegen, ob ein Betrag abgabenpflichtig ist oder nicht (BAG 28.4.1982 – 4 AZR 642/79, DB 1982, 2044; s. auch Ziemann in: FS Schwerdtner, S. 715, 727 f). 69

b) Klage auf Zahlung eines fälligen Gesamtbetrages. Gemäß § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO muss die Klageschrift die bestimmte Angabe des Gegenstandes und des Grundes des erhobenen Anspruchs sowie einen **bestimmten Antrag** enthalten. Bei mehreren im Wege einer objektiven Klagehäufung gem. § 260 ZPO in einer Klage verbundenen Ansprüchen muss erkennbar sein, aus welchen Einzelforderungen sich die „Gesamtklage“ zusammensetzt (BAG 11.11.2009 – 7 AZR 387/08, AP § 253 ZPO Nr. 50). Daran fehlt es, wenn die Klagepartei bei Geltendmachung eines Teilbetrages nach Anrechnung bereits erhaltener Zahlungen nicht darlegt, wie die Anrechnung im Einzelnen vorgenommen werden soll (BAG 24.3.2011 – 6 AZR 691/09, NZA 2011, 1116). Ist der klageweise geltend gemachte Vergütungsanspruch zum Schluss der mündlichen Verhandlung **noch nicht fällig**, ist die Klage grds. als „zur Zeit unbegründet“ abzuweisen. Ausnahmen von diesem Grundsatz ergeben sich aus den §§ 257–259 ZPO (BGH 17.11.2006 – V ZR 71/06, NJW 2007, 294). Eine künftig fällige Leistung liegt aber nur insoweit vor, als es sich um Entgeltansprüche handelt, die erst nach Schluss der mündlichen Verhandlung fällig werden. Hier ist § 259 ZPO zu beachten (vgl Rn 72). Hinsichtlich des anderen Teils des Arbeitsentgelts wird, genau genommen, keine zukünftige Leistung begehrt, da diese Ansprüche im Zeitraum von der Einreichung der Klage bis zum Schluss der letzten mündlichen Verhandlung fällig werden (MüArbR/Krause § 63 Rn 16). 70

c) Auskunfts- und Stufenklage. Kann der Arbeitnehmer aufgrund der Art des Entgelts (zB Gewinnbeteiligung oder Provision) nicht ohne Mitwirkung des Arbeitgebers feststellen, ob und in welcher Höhe der Anspruch besteht, hat er gegen den Arbeitgeber einen Anspruch auf Information in Form von **Rechnungslegung oder Auskunft**. Ergibt sich dieser Anspruch nicht aus speziellen Vorschriften, wie zB § 87 c HGB oder § 92 Abs. 2 HGB, sind die allgemeinen Vorschriften der §§ 259, 260 und 242 BGB heranzuziehen (MAH-ArbR/Boudon § 22 Rn 145). Der Anspruch auf Rechnungslegung oder Auskunft kann im Wege der **Stufenklage** nach § 254 ZPO mit dem Anspruch auf Zahlung des Arbeitsentgelts verbunden werden. Die Stufenklage stellt einen Sonderfall der Klagehäufung dar und unterliegt nicht den Voraussetzungen des § 260 ZPO. Zu Muster verschiedener Antragsvarianten bei der Stufenklage s. Mauer in: FBArbR § 6 Rn 26 ff. 71

d) Klage auf zukünftige Leistungen. Die Statthaftigkeit einer Klage auf Zahlung zukünftiger Vergütungsansprüche ergibt sich aus § 259 ZPO. Voraussetzung ist, dass den Umständen nach die Besorgnis gerechtfertigt ist, der Schuldner werde sich der **rechtzeitigen Leistung entziehen**. Die Rspr sieht es im Allgemeinen als ausreichend an, wenn der Schuldner den Anspruch ernstlich bestreitet (BGH 7.10.1977 – V ZR 131/75, NJW 1978, 1262). Da Böswilligkeit oder Bösgläubigkeit des Arbeitgebers nicht erforderlich 72

ist, reicht es aus, wenn der Arbeitgeber gutgläubig davon ausgeht, er sei nicht zur Zahlung der Vergütung verpflichtet (LAG Düsseldorf 14.12.2000 – 11 Sa 1356/00, NZA-RR 2001, 406). In den Klageantrag sind alle Eventualitäten aufzunehmen, unter denen die geltend gemachten zukünftigen Vergütungsforderungen entfallen können, zB länger andauernde Arbeitsunfähigkeit, unbezahlter Urlaub, unentschuldigte Fehlzeiten etc. (BAG 13.3.2002 – 5 AZR 755/00, NZA 2002, 1232; BAG 9.4.2008 – 4 AZR 104/07, NZA-RR 2009, 79).

73 **e) Verzugszinsen.** Gerät der Arbeitgeber mit der Zahlung des Arbeitsentgelts in Verzug, schuldet er Verzugszinsen nach § 288 BGB. Der Arbeitnehmer kann nach § 288 Abs. 1 S. 2 BGB die gesetzlichen Zinsen iHv 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz gem. § 247 BGB als pauschalierten Schadensersatzanspruch geltend machen. Da für die Zahlung von monatlich geschuldetem Arbeitsentgelt eine Leistungszeit iSv § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB nach dem Kalender bestimmt ist, sind Verzugszinsen idR ab dem Ersten des Folgemonats zu entrichten; eine Mahnung ist entbehrlich (BAG 13.6.2002 – 2 AZR 391/01, NZA 2003, 44). Die Verzugszinsen sind **aus der Bruttovergütung** zu berechnen, wenn sich der Arbeitnehmer auf den gesetzlichen Zinssatz beschränkt (BAG 7.3.2001 – GS 1/00, NZA 2001, 1195). Wird der Arbeitgeber zu einer künftigen Leistung nach § 259 ZPO verurteilt, kann der Arbeitnehmer die Zinsen allerdings erst ab jeweiliger Fälligkeit der Vergütung verlangen (MAH-ArbR/Boudon § 22 Rn 157). Der Klageantrag genügt dem prozessualen **Bestimmtheitsgebot** des § 253 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 ZPO, wenn damit „X Euro nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab Y“ geltend gemacht werden (BAG 1.10.2002 – 9 AZR 215/01, NZA 2003, 567).

74 **f) Ausschlussfristen.** Grundsätzlich sind Ansprüche auf Arbeitsentgelt in bezifferten Leistungsklagen geltend zu machen. Soweit in Tarifverträgen oder vorformulierten Arbeitsverträgen Ausschlussfristen enthalten sind, sind diese zu beachten. Allerdings beinhaltet nach der neueren Rspr des BAG auch allein die **Kündigungsschutzklage** schon die wirksame Geltendmachung von Ansprüchen aus Annahmeverzug, wenn eine Verfallsklausel nur die Geltendmachung der Ansprüche fordert (BAG 23.9.2009 – 5 AZR 517/08, NZA 2010, 781). Auch bei in AGB enthaltenen zweistufigen Ausschlussfristen genügt die Erhebung der Kündigungsschutzklage für die „gerichtliche Geltendmachung“ auf der zweiten Stufe, um das Erlöschen der vom Ausgang des Kündigungsrechtsstreits abhängigen Annahmeverzugsansprüche zu verhindern (BAG 19.3.2008 – 5 AZR 429/07, NZA 2008, 757; BAG 19.5.2010 – 5 AZR 253/09, NZA 2010, 939).

75 **g) Einstweiliger Rechtsschutz.** Der Arbeitnehmer hat nur in **Ausnahmefällen** bereits vor Erlass eines vollstreckbaren Titels die Möglichkeit, die Entgeltzahlung mit Mitteln des einstweiligen Rechtsschutzes durchzusetzen (→ *Einstweiliger Rechtsschutz*). Die Realisierung des Vergütungsanspruchs erfolgt mittels der Leistungsverfügung nach § 940 ZPO. Der Arbeitnehmer muss Verfügungsanspruch und -grund glaubhaft machen. Bei der Leistungsverfügung auf Entgeltzahlung muss der Arbeitnehmer darlegen und beweisen, dass er sich in einer **Notlage** befindet (LAG Bremen 5.12.1997 – 4 Sa 258/97, DB 1998, 1624; LAG Düsseldorf 20.1.1976 – 11 Sa 1555/75, DB 1976, 587) und zum Bestreiten seines Lebensunterhalts zwingend auf eine sofortige Zahlung angewiesen ist (LAG Schleswig-Holstein 26.8.1958 – 1 Ta 30/58, DB 1958, 1131; LAG Bremen 20.4.1961 – 1 Sa 48/61, BB 1961, 1130). Die Durchsetzung des Vergütungsanspruchs durch Leistungsverfügung ist ausgeschlossen, wenn dem Arbeitnehmer andere finanzielle Mittel für seinen Lebensunterhalt zur Verfügung stehen (zB eigenes Vermögen, realisierbare Unterhaltsansprüche). Auch der Bezug von Arbeitslosengeld steht einer Inanspruchnahme des Arbeitgebers im Wege der einstweiligen Verfügung entgegen (LAG Köln 26.6.2002 – 8 Ta 221/02, BeckRS 2002, 41071). Dies gilt jedoch nicht für Sozialleistungen, da diese gegenüber Entgeltansprüchen subsidiär sind (MAH-ArbR/Boudon § 22 Rn 173). Die einstweilige Verfügung kann wegen der erforderlichen Notlage iÜ nicht dazu führen, dass dem Arbeitnehmer die gesamte Lohnforderung zugesprochen wird. Vielmehr wird nur ein solcher Betrag als ausreichend erachtet werden können, der den notwendigen Lebensunterhalt abdeckt. Ist die konkrete Höhe für den notwendigen Lebensunterhalt nicht ermittelbar, kann grds. von einem Betrag in Höhe der Pfändungsfreigrenzen des § 850 c ZPO ausgegangen werden (LAG Schleswig-Holstein 26.8.1958 – 1 Ta 30/58, DB 1958, 1131; LAG Bremen 20.4.1961 – 1 Sa 48/61, BB 1961, 1130). Die Leistungsverfü-

gung kann sich sowohl auf fällige als auch auf künftig fällig werdende Leistungen (vgl § 259 ZPO) erstrecken.

2. Darlegungs- und Beweislast

76 Nach den allgemeinen Grundsätzen der Beweislastverteilung, der die Verteilung der Darlegungslast regelmäßig folgt (BAG 29.1.2008 – 3 AZR 42/06, NZA-RR 2008, 469), hat derjenige, der einen Anspruch geltend macht, dessen Tatbestandsvoraussetzungen als ihm günstige Tatsachen zu beweisen (BGH 14.1.1991 – II ZR 190/89, NJW 1991, 1052). Daraus folgt, dass der Arbeitnehmer die Anspruchsvoraussetzungen für den Anspruch auf Arbeitsentgelt darzulegen und zu beweisen hat (BAG 29.5.2002 – 5 AZR 370/01, NZA 2003, 120), etwa die Vereinbarung einer **übertariflichen Vergütung** (BAG 16.2.2000 – 4 AZR 62/99, NZA-RR 2001, 216) oder eine **Nettolohn-Abrede** (LAG Rheinland-Pfalz 10.8.2010 – 3 Sa 188/10, BeckRS 2011, 70527). Im Bestreitensfall muss der Arbeitnehmer wegen seiner aus § 614 BGB folgenden Vorleistungspflicht („Ohne Arbeit kein Lohn") sogar beweisen, dass er überhaupt gearbeitet hat oder wenigstens einer der Tatbestände vorgelegen hat, der eine Vergütungspflicht ohne Arbeit regelt (BAG 18.4.2012 – 5 AZR 248/11, NZA 2012, 998). Verlangt der Arbeitnehmer Vergütung für geleistete Überstunden, muss er im Einzelnen darlegen und beweisen, an welchen Tagen und zu welchen Tageszeiten er über die übliche Arbeitszeit hinaus gearbeitet hat, dass die **Überstunden** angeordnet, gebilligt oder geduldet wurden oder zumindest notwendig waren (→ *Überstunden/Mehrarbeit* Rn 28). Fehlt eine Vereinbarung zur Vergütung von Mehrarbeit und beruft sich der Arbeitnehmer auf § 612 Abs. 2 BGB, trägt er auch für das Bestehen einer Vergütungserwartung die Darlegungs- und Beweislast (BAG 27.6.2012 – 5 AZR 530/11, NZA 2012, 1147). Nimmt der Arbeitgeber umgekehrt den Arbeitnehmer auf **Rückzahlung** von Vorschüssen – etwa auf zukünftige Provisionsansprüche – in Anspruch, hat er lediglich die Zahlung der Vorschüsse zu beweisen. Es obliegt dann dem Arbeitnehmer, diejenigen Umstände zu beweisen, von denen die Höhe seines tatsächlich verdienten Provisionsanspruchs abhängt (BAG 28.6.1965 – 3 AZR 86/85, AP Nr. 3 zu § 614 BGB Gehaltsvorschuss).

3. Zwangsvollstreckung

77 Der Anspruch auf Zahlung des Arbeitsentgelts stellt eine Geldforderung dar und wird daher nach den §§ 803 ff ZPO vollstreckt. Die Verurteilung zur Zahlung des **Bruttolohns** ist ohne weiteres vollstreckbar, da hier die Höhe der abzuführenden gesetzlichen Lohnbestandteile bereits feststeht. Die Abführung dieser Beträge obliegt grds. dem Arbeitgeber oder dem Gerichtsvollzieher (BAG 14.1.1964 – 3 AZR 55/63, MDR 1964, 625). Die Zwangsvollstreckung ist jedoch entsprechend § 775 Nr. 5 ZPO einzustellen, soweit der Arbeitgeber nachweist, dass er die Steuern und Beiträge für den Arbeitnehmer abgeführt hat (BGH 21.4.1966 – VII ZB 3/66, AP § 611 BGB Lohnanspruch Nr. 13). Der Arbeitgeber sollte deshalb die Quittungen oder Überweisungsbelege für die Zahlungen nach § 775 Nr. 4 und 5 ZPO dem Gerichtsvollzieher vorlegen (Blomeyer RdA 2011, 203). Da der Gerichtsvollzieher in der Praxis meist aber den vollen Bruttobetrag einzieht, muss der Arbeitnehmer für die Abführung der Steuern und Sozialbeiträge selbst Sorge tragen, er wird insoweit als Schuldner gegenüber Finanzamt und Sozialversicherungsträger angesehen (GMPM/Germelmann § 46 ArbGG Rn 55). Im Rahmen einer Nettolohnvereinbarung stellen sich diese Probleme nicht, da der Arbeitgeber von vornherein nur den um die gesetzlichen Beiträge reduzierten Nettobetrag schuldet (vgl Rn 21).

V. Lohnsteuerrecht *(Esskandari)*

1. Allgemeines

78 Beim Arbeitsentgelt handelt es sich steuerlich gesehen um **Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit** gem. § 19 EStG. Gesprochen wird in diesem Zusammenhang auch vom Arbeitslohn (vgl. § 2 Abs. 1 LStDV). Während § 19 EStG lediglich eine Auflistung von Bezügen und Vorteilen, die zu den Einnahmen aus nichtselbständiger Arbeit gehören, enthält, findet sich die Definition des **Arbeitslohns** in § 2 Abs. 1 S. 1 LStDV. Danach sind Arbeitslohn **alle Einnahmen, die dem Arbeitnehmer aus einem gegenwärtigen, früheren oder zukünftigen Dienstverhältnis** zufließen. Nach der Rechtsprechung muss ein durch das Dienstver-

hältnis veranlasster geldwerter Vorteil festzustellen sein (vgl BFH 22.2.1985 – VI R 26/82, BStBl. II 1985, 641 = DB 1985, 1873). Zu den Einnahmen aus nichtselbständiger Arbeit gehören nach § 19 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 iVm § 8 Abs. 1 EStG alle Güter, die in Geld oder Geldeswert bestehen und die dem Arbeitnehmer aus dem Dienstverhältnis für das Zurverfügungstellen seiner individuellen Arbeitskraft zufließen (BFH 18.9.2012 - VI R 90/10, BStBl. II 2013, 289, 290 = NZA-RR 2013, 206). Zuwendungen eines Dritten an einen Steuerpflichtigen können auch dann als Einkünfte iSd § 19 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 EStG zu beurteilen sein, wenn der Zuwendende in ausdrücklicher Form dem Zuwendungsempfänger mitteilt, dass es sich bei der Zuwendung um eine **freiwillige**, nicht mehr mit dem Arbeitsverhältnis im Zusammenhang stehende und der Schenkungsteuer unterliegende Zuwendung handelt. Denn die persönlichen Auffassungen und Einschätzungen der an der Zuwendung Beteiligten, wonach die Zahlung nicht im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis stehe, sondern unabhängig davon eine eigenständige Schenkung darstelle, sind für die einkommensteuerrechtliche Einordnung unerheblich, da es auf die subjektive Einschätzung der Beteiligten nicht ankommt. Entscheidend sind vielmehr die **objektiven** Tatumstände des Einzelfalls, die eigenständig zu würdigen sind (BFH 6.12.2013 – VI B 89/13, BeckRS 2014, 94295).

Zum Arbeitslohn gehören auch **Lohnzuschläge**, durch die der Arbeitgeber in der Regel besondere Leistungen des Arbeitnehmers honorieren will. Diese Zuschläge werden vom Arbeitgeber zusätzlich zum laufenden Arbeitslohn gezahlt. Lohnzuschläge werden insbesondere gezahlt für Überstunden, Mehrarbeit, Sonn-, Feiertags- und Nachtarbeit und sonstige besondere Erschwernisse (zB Bauzulage, Schmutzzulage, Zuschläge für Rufbereitschaft). Die Lohnzuschläge sind grundsätzlich steuerpflichtig und dem laufenden Arbeitslohn zuzurechnen. Zuschläge für Sonn- / Feiertags- und Nachtarbeit sind bis zu bestimmten Zuschlagsgrenzen steuerfrei (→ *Nachtarbeit* Rn 29; → *Sonn- und Feiertagsarbeit* Rn 64 ff). Lohnzuschläge sind im Lohnkonto auch dann aufzuzeichnen, wenn sie steuerfrei sind. Erfasst werden aber auch **sonstige Bezüge** des Arbeitnehmers. Ein sonstiger Bezug ist der Arbeitslohn, der nicht als laufender Arbeitslohn bezahlt wird (Seiler in Kirchhof, EStG, 12. Aufl. 2013, § 11 Rn 44). Hierzu rechnen insbesondere Einmalzahlungen, die der Arbeitgeber neben dem laufenden Arbeitslohn gewährt. In den folgenden Fällen geht die Finanzverwaltung von einem sonstigen Bezug aus (vgl. R 39 b.2 Abs. 2 S. 2 LStR):

- Das 13. bzw. 14. Gehalt, Weihnachtsgeldzahlungen;
- Entlassungsabfindungen bzw. Entschädigungsleistungen;
- Gratifikationen und Tantiemen;
- Zuwendungen bei Arbeitnehmer- und Arbeitgeberjubiläen;
- Urlaubsgeld und Urlaubsentschädigungen;
- Erfindervergütungen und Prämien für Verbesserungsvorschläge;
- einmalige geldwerte Vorteile, zB Jahreswagenrabatte oder andere unregelmäßig zufließende Preisnachlässe.

2. Einnahmen im Einzelnen

79 **a) Vorteil in Geld oder Geldeswert.** Die Einnahme in Geld oder Geldeswert iSd § 19 iVm § 8 Abs. 1 EStG liegt vor, wenn der Arbeitnehmer objektiv und wirtschaftlich bereichert ist. Die Einnahme setzt somit u.a. den **Zufluss** und die Einkommens-/Vermögensmehrung beim Empfänger voraus. Dabei muss der Zufluss „von außen kommen". Er setzt deshalb prinzipiell bei der Vermögensmehrung eine Vermögensverschiebung zwischen zwei Personen voraus. Bloße Wertsteigerungen im vorhandenen Vermögen reichen nicht aus. Unter den Begriff des geldwerten Vorteils fallen alle marktfähigen Vorteile, wie zB Nutzungen und Leistungen an den Steuerpflichtigen (BFH 26.10.1987 – GrS 2/86, BStBl. II 1988, 348).

80 Keine Einnahmen in diesem Sinne sind dagegen solche Vorteile, die nicht in Geldeswert ausgedrückt werden können (Eisgruber in: Kirchhof, EStG, 12. Aufl. 2013, § 19 Rn 57).Das gilt etwa für den Empfang einer bloßen Nutzungsmöglichkeit oder die Einräumung einer bloßen Gewinnchance (BFH 25.11.1993 – VI R 45/93, BStBl. II 1994, 254 = DB 1994, 763). An einem Lohnzufluss fehlt es bei Arbeitgeberbeiträgen an Versorgungseinrichtungen, die dem Arbeitnehmer keinen Rechtsanspruch auf Versorgung einräumen (BFH 27.5.1993 – VI R 19/92, BStBl. II 1994, 246 = NZA 1994, 992) und bei einem Gehaltsverzicht ohne Verwendungsauflagen oder einem vereinsrechtlich wirksamen Abzug vom Grundgehalt für satzungsgemä-

ße Aufgaben (BFH 30.7.1993 – VI R 87/92, BStBl. II 1993, 884 = DB 1993, 2366). Ersparte Aufwendungen, zB ersparte Fahrtkosten zur Arbeit bei Erkrankung, sind ebenfalls keine Einnahmen. Soweit eigene Aufwendungen jedoch deshalb entfallen, weil der Arbeitgeber zB einen Zuschuss zahlt, so liegt in der Leistung des Arbeitgebers, die zu der Ersparnis geführt hat, Arbeitslohn. Zahlt sich ein Lohnsachbearbeiter selbst ein überhöhtes Gehalt aus, bezieht er insoweit keinen Arbeitslohn (BFH 13.11.2012 – VI R 38/11, BStBl. II 2013, 929 = DB 2013, 322).

b) Auslagenersatz, durchlaufende Gelder. Unterschiedlich gesehen wird die Frage des Arbeitslohns bei einem **Auslagenersatz** und bei sog. **durchlaufenden Geldern**. Der Auslagenersatz in Geld an den Arbeitnehmer wird gesetzlich gem. § 3 Nr. 50 EStG steuerfrei gestellt, obwohl strittig ist, ob überhaupt Arbeitslohn vorliegt. Denn zB vom Arbeitnehmer für seinen Arbeitgeber verauslagte Geldbeträge können eigentlich weder als Gegenleistung für das Zurverfügungstellen der individuellen Arbeitskraft des Arbeitnehmers angesehen werden, noch stellen sie eine Bereicherung des Arbeitnehmers dar (Eisgruber in: Kirchhof, EStG, 12. Aufl. 2013, § 3 Rn 131). **81**

c) Werbungskosten-Ersatz. Von dem Auslagenersatz grds. zu unterscheiden ist der sog. **Werbungskostenersatz** durch den Arbeitgeber. Diese Einnahmen des Arbeitnehmers sind steuerbarer und steuerpflichtiger Arbeitslohn, soweit nicht ggf. besondere Steuerbefreiungsvorschriften wie zB § 3 Nr. 13 oder 16 EStG greifen. Die Ausgaben sind in gleicher Höhe Werbungskosten. Im Ergebnis kann offen bleiben, ob im Einzelfall Leistungen vorliegen, die von vornherein kein Arbeitslohn sein können, oder ob Zuwendungen zwar steuerbar sind, durch eine besondere Vorschrift wie im Fall des § 3 Nr. 50 EStG dann aber steuerfrei gestellt werden (Eisgruber in: Kirchhof, EStG, 12. Aufl. 2013, § 19 Rn 58). **82**

d) Aufmerksamkeiten. Nicht steuerbare Einnahmen sind nach Auffassung der Finanzverwaltung auch sogen. **Aufmerksamkeiten** (vgl. R 19.6 LStR). Um Aufmerksamkeiten handelt es sich danach, wenn geldwerte Vorteile vorliegen, die zu keiner ins Gewicht fallenden Bereicherung des Arbeitnehmers führen und entsprechende Vorteile bei objektiver Betrachtung im gesellschaftlichen Verkehr ausgetauscht werden. Als Beispiel für sog. Aufmerksamkeiten führt die Finanzverwaltung Sachgeschenke wie Blumen, Genussmittel, Bücher, Schallplatten, CD bis zum Wert von **40 EUR** an. Die Verwaltungsregelung stellt eine Vereinfachungsregelung dar. Sie ist jedoch ohne gesetzliche Grundlage. **83**

e) Zuwendungen aus überwiegendem betrieblichem Interesse. Ebenfalls keine steuerbaren Einnahmen sind Vorteile, die sich bei objektiver Würdigung aller Umstände nicht als Entlohnung, sondern lediglich als notwendige Begleiterscheinung betriebsfunktionaler Zielsetzungen erweisen (BFH 4.6.1993 – VI R 95/92, BStBl. II 1993, 687 = DB 1993, 1652; BFH 21.1.2010 – VI R 51/08, BStBl. II 2010, 700 = DB 2010, 708). Es handelt es sich um Leistungen des Arbeitgebers, die er im ganz **überwiegenden betrieblichen Interesse** erbringt. Ein solches muss über das an jeder Lohnzahlung bestehende betriebliche Interesse deutlich hinausgehen (BFH 2.2.1990 – VI R 15/86, BStBl. II 1990, 472 = DB 1990, 1068). Gemeint sind Fälle, in denen ein Vorteil der Belegschaft als Gesamtheit zugewendet wird, zB bei Betriebsveranstaltungen (hierzu zuletzt: BFH 16.5.2013 – VI R 94/10, DStR 2013, 2170 und VI R 7/11, DStR 2013, 2172), oder in denen dem Arbeitnehmer ein Vorteil aufgedrängt wird, ohne dass ihm eine Wahl bei der Annahme des Vorteils bleibt und ohne dass der Vorteil eine Marktgängigkeit besitzt, wie etwa vom Arbeitgeber übernommene Kosten einer Vorsorgeuntersuchung (BFH 17.9.1982 – VI R 75/79, BStBl. II 1983, 39 = DB 1983, 156; BFH 25.7.1986 – VI R 203/83, BStBl. II 1986, 868 = DB 1986, 2312). Nicht zu solchen notwendigen Begleiterscheinungen betriebsfunktionaler Zielsetzungen (**ganz überwiegend eigenbetriebliches Interesse**) zählen gegen die Rechtsordnung verstoßende, mit Bußgeldern belegte rechtswidrige Weisungen des Arbeitgebers (BFH 14.11.2013 – VI R 36/12, DStR 2014, 136 = DB 2014, 156). Denn ungeachtet der Frage, ob der Arbeitgeber ein rechtswidriges Verhalten angewiesen hat und anweisen darf, kann sich auf einem solchen rechtswidrigen Tun der Betrieb auch nicht teilweise gründen und daher können insoweit keine beachtlichen betriebsfunktionalen Gründe vorliegen. Der BFH hatte bereits mit Urteil vom 7.7.2004 entschieden, dass die Übernahme von Verwarnungsgeldern wegen Verletzung des Halteverbots im ganz überwiegend eigenbetrieblichen Interesse des Arbeitgebers liegen kann (BFH 7.7.2004 – VI R 29/00, BStBl. II 2005, 367). Diese Rechtsauffassung war in der Literatur auf heftige Kritik gestoßen (s. Fellmeth, FR 2012, **84**

1064). Der BFH hat nunmehr auf die Kritik reagiert und hält an seiner bisherigen Rechtsprechung nicht weiter fest. Dabei stellt der BFH klar, dass ein eigenbetriebliches Interesse nicht darin bestehen kann, dass Arbeitnehmer generell angewiesen werden, sich ordnungswidrig zu verhalten. Ein rechtswidriges Tun kann danach keinen betriebsfunktionalen Zusammenhang begründen.

85 Für diese nichtsteuerbaren Zuwendungen im ganz betrieblichen Interesse, bei denen mangels Leistungsentgelt der Arbeitslohncharakter zu verneinen ist, kommen **ausschließlich Sachleistungen** in Frage. Die Beurteilung, ob eine einheitliche Zuwendung im ganz überwiegend betrieblichen Interesse des Arbeitgebers erfolgt oder ob steuerpflichtiger Arbeitslohn vorliegt, war lange grds. einheitlich vorzunehmen (BFH 9.8.1996 – VI R 88/93, BStBl. II 1997, 97 = DB 1996, 2264). Eine **Aufteilung** ist ausnahmsweise dann möglich, wenn eine eindeutige Abgrenzung ohne weiteres möglich ist, d.h., wenn die rein betriebsbedingten Aufwendungen/Zuwendungen von den übrigen Kosten abgrenzbar sind, zB Teilnahmegebühren für betriebliche Veranstaltungen bei einem Auslandskongress, wenn ansonsten ein privater Erholungs- und Erlebniswert der Reise gegeben ist. Ansonsten kann bei Sachzuwendungen im privaten und auch beruflichen Interesse ein Aufteilungsmaßstab gefunden werden, um eine Gesamtbesteuerung zu vermeiden (BFH 18.8.2005 – VI R 32/03, BStBl. II 2006, 30 = NJW 2006, 172; BFH 16.11.2005 – VI R 118/01, BStBl. II 2006, 444 = NJW 2006, 1759; BFH 5.9.2006 – VI R 49/05, BFH/NV 2007, 217).

3. Für eine Beschäftigung

86 Arbeitslohn sind Geld und andere geldwerte Vorteile nur, wenn sie für eine Beschäftigung gewährt werden. Der Vorteil muss durch das individuelle Dienstverhältnis veranlasst sein („**Veranlassungsprinzip**"). Diese Voraussetzung ist gegeben, wenn der Vorteil deshalb gewährt wird, weil der Zuwendungsempfänger Arbeitnehmer eines bestimmten Arbeitgebers ist und wenn sich der Vorteil im weitesten Sinne als Gegenleistung für das Zurverfügungstellen der individuellen Arbeitskraft des Arbeitnehmers erweist (BFH 11.3.1988 – VI R 106/84, BStBl. II 1988, 726 = DB 1988, 1733; BFH 9.3.1990 – VI R 48/87, BStBl. II 1990, 711 = DB 1990, 1697). Eine konkret zuzuordnende Dienstleistung des Arbeitnehmers muss der Einnahme aber nicht gegenüberstehen.

87 Arbeitslohn kann auch bei der **Zuwendung eines Dritten** anzunehmen sein, wenn die Zuwendung ein Entgelt „für" eine Leistung bildet, die der Arbeitnehmer im Rahmen des Dienstverhältnisses für seinen Arbeitgeber erbringt, erbracht hat oder erbringen soll. Voraussetzung ist, dass sie sich für den Arbeitnehmer als Frucht seiner Arbeit für den Arbeitgeber darstellt und im Zusammenhang mit dem Dienstverhältnis steht (ständige Rechtsprechung, vgl. BFH 20.5.2010 - VI R 41/09, BStBl. 2010 II. 1022 = DB 2010, 1799). Unerheblich ist, ob Einnahmen dem Empfänger unmittelbar vom Arbeitgeber oder von einem Dritten zufließen. Voraussetzung, um Arbeitslohn von Dritten anzunehmen, ist, dass sich die Drittzuwendung für den Arbeitnehmer als Frucht seiner Arbeit für den Arbeitgeber darstellt und im Zusammenhang mit dem Dienstverhältnis steht, d.h. wenn sie **durch das individuelle Dienstverhältnis veranlasst** worden ist. **Preisvorteile und Rabatte**, die Arbeitnehmer von Dritten erhalten, sind nur dann Lohn, wenn sie sich für den Arbeitnehmer als Frucht seiner Arbeit für den Arbeitgeber darstellen und im Zusammenhang mit dem Dienstverhältnis stehen. Davon kann ausgegangen werden, wenn der Dritte damit anstelle des Arbeitgebers die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers entgilt. Arbeitslohn liegt in solchen Fällen nicht allein deshalb vor, weil der Arbeitgeber an der Verschaffung der Rabatte mitgewirkt hat; dies gilt erst recht, wenn er von der Rabattgewährung nur Kenntnis hatte oder hätte haben müssen (BFH 18.10.2012 – VI R 64/11, DStR 2012, 2433 = NZA-RR 2013, 89.).

88 Bei **Mitarbeiter-Vorteilsprogrammen** kommt es maßgeblich darauf an, ob der Dritte mit einem solchen Programm eigenwirtschaftliche Ziele (zB Kundengewinnung und -bindung) verfolgt (BFH 18.10.2012 – VI R 64/11, DStR 2012, 2433 = NZA-RR 2013, 89.). Tut er dies, sind die eingeräumten Rabatte kein Arbeitslohn von dritter Seite. Unerheblich ist, ob der Dritte nur den Mitarbeitern einer Firma den Vorteil (Rabatt) gewährt. Ebenso wenig kann allein der Umstand, dass der Arbeitgeber an der Verschaffung der Rabatte mitwirkt, dazu führen, dass die Arbeitnehmer von Dritter Seite Arbeitslohn erhalten haben. Der Vorteil muss **wegen des Dienstverhältnisses eingeräumt** worden sein. Deshalb liegt Arbeitslohn nicht vor, wenn

die Zuwendung wegen anderer, nicht auf dem Dienstverhältnis beruhender Beziehungen gewährt wird (BFH 24.10.1990 – X R 161/88, BStBl. II 1991, 337 = NZA 1991, 277).Rabatte, die der Arbeitgeber nicht nur seinen Arbeitnehmern, sondern **auch fremden Dritten** üblicherweise einräumt, begründen beim Arbeitnehmer keinen steuerpflichtigen Arbeitslohn (BFH 26.7.2012 – VI R 30/09, DStR 2012, 2270 = NZA-RR 2013, 31; BFH 26.7.2012 - VI R 27/11, DStR 2012, 2272 = NZA-RR 2013, 29)

Auch ohne Rechtsgrundlage gezahlte Leistungen sind Arbeitslohn. **Zurückgezahlter Arbeitslohn** wirkt sich erst im Zeitpunkt des Abflusses steuermindernd aus (BFH 4.5.2006 – IV R 19/03, BStBl. II 2006, 832 = NJW 2005, 1071). 89

Zu Einzelnachweisen in ABC-Form, siehe Eisgruber in: Kirchhof, EStG, 12. Aufl. 2013, § 19 Rn 78. 90

4. Zeitpunkt von Lohnzufluss und Lohnbezug

a) Zeitpunkt des Lohnzuflusses. Nach § 38 Abs. 2 S. 2 EStG entsteht die Lohnsteuer mit dem **Zufluss** des Arbeitslohns beim Arbeitnehmer. Der Zufluss von Arbeitslohn richtet sich nach § 11 EStG. Arbeitslohn ist zugeflossen, wenn der Arbeitnehmer wirtschaftlich darüber verfügen kann (BFH 13.11.2012 – VI R 20/10, DStR 2013, 35), zB bei Zahlung, Verrechnung oder Gutschrift (vgl. BFH 30.4.1974 – VIII R 123/73, BStBl. II 1974, 541 = DB 1974, 1749; BFH 10.12.1985 – VIII R 15/83, BStBl. II 1986, 342 = DB 1986, 1156; H 38.2 („Zufluss von Arbeitslohn“) LStH. 91

Zufluss von Arbeitslohn setzt nicht zwingend eine Zahlung an den Arbeitnehmer voraus. Auch eine Zahlung des Arbeitgebers an Dritte kann als Einnahme des Arbeitnehmers angesehen werden, zB bei der **Abtretung** einer Gehaltsforderung. Der nach Ablauf des Jahres **zurückgezahlte Arbeitslohn** mindert als negative Einnahme den Lohn des Rückzahlungsjahres (BFH 7.11.2006 – VI R 2/05, BStBl. II 2007, 315 = DB 2007, 378; BFH 17.9.2009 – VI R 17/08, BStBl. II 2010, 299 = DB 2009, 2640; BFH 4.6.2006 – VI R 33/03, BStBl. II 2006, 911 = NZA-RR 2007, 89; BFH 5.7.2007 – VI R 8/05, BStBl. II 2007, 774 = NJW 2007, 1023). Der Entstehungszeitpunkt ist maßgebend für die **Einbehaltungspflicht** des Arbeitgebers und die **Verjährung** der vom Arbeitgeber einzubehaltenden und abzuführenden Lohnsteuer. 92

b) Zeitpunkt des Lohnbezugs. Vom Zufluss des Arbeitslohns ist dessen **Bezug** abzugrenzen. Gem. § 38 a Abs. 1 S. 2 und 3 EStG ist der Zeitpunkt des Bezugs von Arbeitslohn maßgebend für die richtige **Bemessung der Lohnsteuer**. Bei der Bestimmung, wann Arbeitslohn als bezogen gilt, wird **zwischen laufendem Arbeitslohn und sonstigen Bezügen unterschieden**. Nach § 38 a Abs. 1 S. 2 EStG gilt **laufender** Arbeitslohn in dem Kalenderjahr als bezogen, in dem der **Lohnzahlungszeitraum endet**. Mit dieser gesetzlichen Fiktion wird – unabhängig vom tatsächlichen Zufluss – der Bezug des Arbeitslohns mit dem Ablauf des jeweiligen Lohnzahlungszeitraums realisiert. Laufender Arbeitslohn ist der Lohn, der dem Arbeitnehmer **in regelmäßig fortlaufend Zeitabständen zufließt** (zB Monats-, Wochen und Tagelöhne, Überstundenvergütungen, Zeitzuschläge, Zulagen, regelmäßig gewährte Sachbezüge). Das Tatbestandsmerkmal „regelmäßig fortlaufend” ist nach den Verhältnissen des einzelnen Kalenderjahres zu prüfen. Abzustellen ist dabei auf das zeitliche Moment. Bezüge, die nur einmal jährlich gezahlt werden, sind nicht als laufender Arbeitslohn, sondern als sonstiger Bezug zu erfassen. Dies gilt auch dann, wenn sich diese Zahlungen mehrere Jahre nacheinander wiederholen. 93

Der **Zeitraum**, für den der laufende Arbeitslohn gezahlt wird, ist der Lohnzahlungszeitraum. Beginn und Ende dieses Zeitraums sind **abhängig von den arbeitsvertraglichen Regelungen**. Allgemein werden monatliche, wöchentliche oder tägliche Lohnzahlungszeiträume vereinbart. Der Vorteil dieser Regelung liegt darin, dass der Arbeitgeber bei Lohnzahlungszeiträumen, die zwei Kalenderjahre betreffen, keine Aufteilung des Arbeitslohns vornehmen muss.

Nachzahlungen sind dann als laufender Arbeitslohn zu behandeln, wenn sie in dem Jahr ausgezahlt werden, in dem der Lohnzahlungszeitraum, zu dem sie gehören, endet. Nachzahlungen für Lohnzahlungszeiträume des **abgelaufenen** Kalenderjahres sind dem alten Kalenderjahr zuzuordnen, wenn die Zahlung innerhalb von drei Wochen nach Ablauf des Kalenderjahres erfolgt. Diese Verfahrensweise entspricht der für Abschlagszahlungen geltenden Sonderregelung des § 39 b Abs. 5 EStG. 94

95 Zahlt der Arbeitgeber den Arbeitslohn für den Lohnzahlungszeitraum nur in ungefährer Höhe aus, liegt eine **Abschlagszahlung** auf den laufenden Arbeitslohn vor. Für die zeitliche Zuordnung der Abschlagszahlung ist gem. § 38 a Abs. 1 S. 2 EStG maßgeblich, in welchem Kalenderjahr der Lohnabrechnungszeitraum endet. Dies ist der Zeitraum, für den der Arbeitgeber den Arbeitslohn mit dem Arbeitnehmer endgültig abrechnet. Die Sonderregelung beruht darauf, dass der Arbeitgeber im Falle von Abschlagszahlungen gem. § 39 b Abs. 5 EStG die Lohnsteuer statt bei der Lohnzahlung erst bei der Lohnabrechnung einbehalten muss. Voraussetzung ist, dass der Lohnabrechnungszeitraum fünf Wochen nicht übersteigt und die Abrechnung innerhalb von drei Wochen nach dessen Ablauf erfolgt.

96 Gem. § 38 a Abs. 1 S. 3 EStG ist für **sonstige Bezüge** – abweichend zur Behandlung des laufenden Arbeitslohns – das **Zuflussprinzip** (§ 11 EStG) maßgebend. Dies gilt auch für die Behandlung von Abschlagszahlungen auf sonstige Bezüge. Zugeflossen ist eine Einnahme dann, wenn der Empfänger die wirtschaftliche Verfügungsmacht über die in Geld oder Geldeswert bestehenden Güter erlangt hat. Bei einer Sachzuwendung ist der Zufluss des geldwerten Vorteils dann zu bejahen, wenn der Vorteil tatsächlich in Anspruch genommen wird. Besteht die Vorteilszuwendung in der Einräumung eines Rechts, dann ist der Zufluss erst mit Ausübung des Rechts – dh mit Inanspruchnahme des Rechts durch den Arbeitnehmer – zu bejahen (BFH 14.11.2012 – VI R 56/11, BStBl. II 2013, 382 = DB 2013, 379).

5. Bewertung

97 Die **Bewertung** der Einnahmen erfolgt gem. § 8 EStG. Für Barlohn gilt das **Nominalwertprinzip**, bei fremder Währung der Tageskurs des Zuflusszeitpunktes, da die Auszahlung in Fremdwährung kein Sachbezug ist (R 8.1 Abs 1 S. 6 LStR). **Sachbezüge**, für die keine amtlichen Sachbezugswerte festgesetzt sind und die nicht nach § 8 Abs. 2 S. 2 bis 5 EStG oder § 8 Abs. 3 EStG zu bewerten sind, sind nach § 8 Abs. 2 S. 1 EStG mit den um übliche Preisnachlässe geminderten üblichen Endpreisen am Abgabeort zum Zeitpunkt der Abgabe anzusetzen. Das ist der Preis, der im allgemeinen Geschäftsverkehr von Letztverbrauchern in der Mehrzahl der Verkaufsfälle am Abgabeort für gleichartige Waren oder Dienstleistungen tatsächlich gezahlt wird. Er schließt die Umsatzsteuer und sonstige Preisbestandteile ein. Als Marktpreis kommt auch der Internetpreis in Betracht (vgl BMF 16.5.2013 – IV C 5 - S 2334/07/0011). Hierzu muss jedoch zwingend der Preis (inkl. Versand zum Besteller) am Bestelltag dokumentiert werden. Interessant ist der Verweis auf Internetpreise, weil global aufgestellte Arbeitgeber ihre Produkte regelmäßig global zu unterschiedlichen Abgabepreisen anbieten, um den lokalen Besonderheiten (Konkurrenzsituation, Lohnniveau, Umsatzsteuersatz etc.) Rechnung zu tragen. Demzufolge sind oftmals erhebliche Preisdifferenzen feststellbar, die den Sachbezugswert maßgeblich mindern können. Amtliche Sachbezugswerte werden durch die Verordnung über die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung von Zuwendungen des Arbeitgebers als Arbeitsentgelt (SvEV) oder durch Erlasse der obersten Landesfinanzbehörden nach § 8 Abs. 2 S. 8 EStG festgesetzt. § 8 Abs. 2 S. 2 bis 5 EStG befassen sich mit der Gestellung von Kraftfahrzeugen (hierzu R 8.1 Abs. 9 und 10 LStR). § 8 Abs. 3 EStG regelt die lohnsteuerliche Erfassung beim Bezug von Waren und Dienstleistungen (hierzu R 8.2 LStR).

6. Zuordnung zum deutschen Besteuerungsrecht

98 **a) Persönliche Steuerpflicht.** Arbeitnehmer, die im Inland ihren Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben und daher **unbeschränkt steuerpflichtig** sind (§ 1 Abs. 1 EStG), werden unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit mit ihren gesamten inländischen und ausländischen Einkünften aus sämtlichen Einkunftsarten zur deutschen Einkommensteuer herangezogen (Welteinkommensprinzip). Dieser umfassenden Besteuerung entspricht es, dass der Wohnsitzstaat familienbezogene Erleichterungen (insbesondere bei der Ehegattenbesteuerung und den kindbedingten Lasten) gewährt. Der unbeschränkten Steuerpflicht unterliegen auch deutsche Staatsangehörige, die zwar weder ihren Wohnsitz noch ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Inland haben, aber im öffentlichen Dienst tätig sind und ihren Arbeitslohn aus einer inländischen öffentlichen Kasse beziehen (zB deutsche Auslandslehrer), sowie die zu ihrem Haushalt gehörenden Angehörigen, die ebenfalls die deutsche Staatsbürgerschaft besitzen oder nur Einkünfte beziehen, die im Inland einkommensteuerpflichtig sind (§ 1 Abs. 2 EStG). Dagegen fallen deutsche Arbeitnehmer einer internatio-

nalen Organisation nicht unter die unbeschränkte Steuerpflicht nach § 1 Abs. 2 EStG. Schließlich gibt es für Arbeitnehmer, die inländische Einkünfte beziehen, ohne ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland zu haben (sog. Grenzgänger), die Möglichkeit, sich auf Antrag nach § 1 Abs. 3 EStG wie unbeschränkt steuerpflichtig behandeln zu lassen (sog. **fiktive unbeschränkte Steuerpflicht**).

99 Liegen die Voraussetzungen der unbeschränkten Steuerpflicht nicht vor sind aber gleichwohl inländische Einkünfte nach § 49 Abs. 1 Nr. 4 EStG vorhanden, wird der Arbeitnehmer als **beschränkt steuerpflichtig** gem. § 1 Abs. 4 EStG behandelt. Die familienbezogenen Erleichterungen werden dann regelmäßig, sofern es dort zu einer Steuerlast kommt, in seinem Wohnsitzland gewährt. Soweit dies nicht geschieht, gibt es nach deutschem Recht familienbezogene Erleichterungen auch für beschränkt steuerpflichtige Personen, sofern sie einem EU-Staat oder einem Staat, auf den das Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) anwendbar ist, angehören.

100 **b) Unbeschränkte Steuerpflicht. aa) Wohnsitz/gewöhnlicher Aufenthalt im Inland.** Unbeschränkt einkommensteuerpflichtig sind natürliche Personen, die im Inland ihren Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben (§ 1 Abs. 1 EStG). Einen **Wohnsitz** hat jemand dort, wo er eine Wohnung unter Umständen innehat, die darauf schließen lassen, dass er diese Wohnung beibehalten und nutzen wird (§ 8 AO). Behält ein ins Ausland versetzter Arbeitnehmer seine Wohnung im Inland bei, die er stets nutzen kann und die so ausgestattet ist, dass der Arbeitnehmer jederzeit dort wohnen kann, ist – widerlegbar – zu vermuten, dass er einen Wohnsitz im Inland hat (BFH 17.5.1995 - I R 8/94 , BStBl. II 1996, 2 = NZA 1996, 470). Statt eines Wohnsitzes reicht für die Annahme der unbeschränkten Einkommensteuerpflicht ersatzweise der **gewöhnliche Aufenthalt** aus, an den geringere Anforderungen gestellt werden. So ist hierfür nicht das Innehaben einer Wohnung erforderlich, etwa bei einem Saisonarbeiter, der nur in einer Gruppenunterkunft untergebracht ist. Einen gewöhnlichen Aufenthalt hat jemand dort, wo er sich unter Umständen aufhält, die erkennen lassen, dass er an diesem Ort oder in diesem Gebiet nicht nur vorübergehend verweilt (§ 9 S. 1 AO). Dabei gilt ein zeitlich zusammenhängender Aufenthalt von mehr als sechs Monaten von Anfang an als gewöhnlicher Aufenthalt. Kurzfristige Unterbrechungen bleiben dabei unberücksichtigt (BMF-Schreiben v. 18.1.1990 - S 0062, BStBl. I 1990, 50).

Besteht die unbeschränkte **Steuerpflicht nicht für das ganze Kalenderjahr** (auch im Falle von Geburt oder Tod), ergibt sich ein verkürzter Zeitraum der Einkünfteermittlung. Gleichwohl werden die Steuerpflichtigen bei Beginn oder Ende ihrer unbeschränkten Steuerpflicht innerhalb eines Kalenderjahrs so behandelt, als hätten sie das zu versteuernde Einkommen innerhalb des ganzen Kalenderjahrs bezogen, es wird also wie ein Jahreseinkommen behandelt.

101 **Exterritoriale Personen**, vornehmlich ausländische Diplomaten und Konsularbeamte, sind mit ihrem Arbeitslohn trotz unbeschränkter Steuerpflicht steuerfrei, soweit sie nicht außerhalb ihres Amts weitere Einkünfte aus einem anderen Beruf, einem Gewerbe oder einer anderen gewinnbringenden Tätigkeit erzielen (§ 3 Nr. 29 EStG).

102 **bb) Erweiterte unbeschränkte Steuerpflicht bei Auslandstätigkeit deutscher Staatsangehöriger.** Für deutsche Staatsangehörige, die zu einer inländischen juristischen Person des öffentlichen Rechts in einem Dienstverhältnis stehen und für ihre Tätigkeit im Ausland Arbeitslohn von einer inländischen öffentlichen Kasse beziehen (z. B. **deutsche Beamte im Ausland**), besteht regelmäßig unbeschränkte Einkommensteuerpflicht, obwohl sie weder Wohnsitz noch gewöhnlichen Aufenthalt im Inland haben (§ 1 Abs. 2 EStG). Diese unbeschränkte Einkommensteuerpflicht erstreckt sich auch auf die zum Haushalt gehörenden Angehörigen. Dabei setzt diese erweiterte unbeschränkte Steuerpflicht voraus, dass die ihr unterworfenen Arbeitnehmer in dem Staat, in dem sie ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt haben, nur in einem der beschränkten Einkommensteuerpflicht vergleichbaren Umfang zu einer Steuer vom Einkommen herangezogen werden. **Auslandskorrespondenten** einer öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt mit Wohnsitz im Ausland fallen ebenfalls unter die erweiterte unbeschränkte Einkommensteuerpflicht (BMF-Schreiben v. 13.3.1998 - S 2303, BStBl. I 1998, 351); **Auslandslehrkräfte** dagegen nur, wenn sie zu einer inländischen juristischen Person des öffentlichen Rechts in einem Dienstverhältnis stehen, nicht, wenn sie an einer

Privatschule unterrichten. Für einige Staaten, in denen deutsche Auslandslehrkräfte tätig sind, gibt es Sonderregeln, zB für die USA, (vgl BMF-Schreiben v. 10.11.1994 - S 2102, BStBl. I 1994, 853).

103 **cc) Fiktive unbeschränkte Steuerpflicht auf Antrag.** Auf Antrag werden Arbeitnehmer nach § 1 Abs. 3 EStG **als unbeschränkt steuerpflichtig behandelt**, wenn sie zwar die Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 und 2 EStG nicht erfüllen, aber inländische Einkünfte iSd § 49 EStG haben. Dies gilt nur, wenn ihre Einkünfte im Kalenderjahr zu mindestens 90 % der deutschen Einkommensteuer unterliegen oder die nicht der deutschen Einkommensteuer unterliegenden Einkünfte nicht mehr als 6.136 EUR im Kalenderjahr betragen. Dieser Betrag kann sich wegen der Kaufkraftverhältnisse im Wohnsitzstaat allerdings verringern (s. Ländergruppeneinteilung im BMF-Schreiben v. 17.11.2003 S 2285, BStBl. I 2003, 637, mit Änderungen durch BMF-Schreiben v. 9.2.2005 - S 2285, BStBl. I 2005, 369 – Ländergruppeneinteilung ab 2004). Inländische Einkünfte, die nach einem Doppelbesteuerungsabkommen der Höhe nach nur beschränkt besteuert werden dürfen, gelten dabei nicht als der deutschen Einkommensteuer unterliegend.

104 Durch den Antrag, sich als unbeschränkt steuerpflichtig behandeln zu lassen, wird den Steuerpflichtigen die Möglichkeit gegeben, die **familienbezogenen steuerlichen Erleichterungen** des § 1 a EStG zu erlangen (Realsplitting, Ehegatten-Splitting, Kinderfreibetrag, Entlastungsbetrag für Alleinerziehende). Solche familienbezogenen Erleichterungen können sich regelmäßig im Wohnsitzstaat wegen der geringen dortigen Einkünfte steuerlich nicht auswirken (vgl dazu das diese Regelungen auslösende Urteil des Europäischen Gerichtshofs, EuGH 14.2.1995 - C-279/93, DStR 1995, 326 = NJW 1995, 1207 „Schumacker"). Während beim Steuerabzug nach der Lohnsteuertabelle gem. § 39 c Abs. 4 EStG diese familienbezogenen Erleichterungen bereits durch Einreichen einer entsprechenden Bescheinigung des Betriebsstätten-Finanzamts erreichbar sind, bleiben sie beim **Steuerabzug für beschränkt Steuerpflichtige** nach § 50 a EStG unberücksichtigt. Dieser Steuerabzug hat grds. abgeltende Wirkung. Will der Steuerpflichtige in diesen Fällen dennoch eine Überprüfung des Steuerabzugs und eine Steuererstattung erreichen, kann er ab 2009 ein Veranlagungsverfahren wählen(§ 50 Abs. 2 EStG). Das frühere Erstattungsverfahren beim Bundeszentralamt für Steuern ist entfallen.

105 **c) Doppelbesteuerung. aa) Überblick.** Erhebt auch der ausländische Staat (Herkunftsstaat oder Staat eines weiteren Aufenthalts) Steuer auf die aus seiner Sicht ausländischen Einkünfte, kann es zu einer Doppelbelastung kommen. Diese **Doppelbesteuerung** wird jedoch regelmäßig – in nachstehender Rangfolge – durch

- **Steuerfreistellung** der Arbeitsvergütungen in Deutschland oder im Tätigkeitsstaat nach einem Abkommen zur Vermeidung der Doppelbesteuerung (DBA) (zum aktuellen Stand der DBA s. BMF-Schreiben v. 22.2.2013 – IV B 2 – S 1301/07/10017-14, BStBl. I 2013, 162) zwischen Deutschland und dem Tätigkeitsstaat oder
- Steuerfreistellung der Arbeitsvergütungen in Deutschland nach dem **Auslandstätigkeitserlass** (ATE – BMF-Erlass v. 31.10.1983, IV B 6 - S 2293 - 50/83, BStBl. I 1983, 470) oder
- Anrechnung bzw. Abzug der ausländischen Steuern gemäß § 34 c Abs. 1 bzw. Abs. 2 EStG

vermieden werden können. Hinsichtlich des ATE ist jedoch zu beachten, dass dieser die steuerliche Begünstigungen auf inländische Arbeitgeber beschränkt. Aus diesem Grund hat der EuGH entschieden, dass dieses gegen die unionsrechtlichen Grundfreiheiten verstößt (EuGH 28.2.2013 - C-544/11, BStBl. II 2013, 847 „Helga und Peter Petersen"). Bis auf Weiteres werden sich also auch solche Arbeitnehmer auf den Auslandstätigkeitserlass berufen können, die bei Arbeitgebern innerhalb der Union oder des EWR beschäftigt sind und die Voraussetzungen des Erlasses im Übrigen erfüllen. Dies jedenfalls solange, wie die Finanzverwaltung den ATE nicht – nach österreichischem Vorbild (vgl Gosch, IStR 2013, 325, 326) – schlicht komplett streicht.

In besonderen Einzelfällen können zwischen Deutschland und dem Tätigkeitsstaat Abkommen für bestimmte Tätigkeiten bestehen, die vorrangig vor einem (allgemeinen) DBA anzuwenden sind (vgl. zB FG Rheinland-Pfalz 30.4.2007 - 5 K 2884/03, DStRE 2008, 1070, rkr.). Sofern es sich bei dem Arbeitgeber (AG) um ein in Deutschland ansässiges Unternehmen handelt, sind bei Entsendungen an mit diesem inter-

national verbundene Unternehmen bzw. bei Tätigkeiten in ausländischen Betriebsstätten des AG **internationale Einkunftsabgrenzungsgrundsätze** bei der Ermittlung der in Deutschland steuerpflichtigen Unternehmensgewinne zu beachten (BMF-Schreiben v. 9.11.2001 - IV B 4 - S 1341 - 20/01. BStBl. I 2001, 796).

bb) Freistellung nach DBA. Nachfolgend wird von dem Regelwerk des **OECD-Musterabkommens** (OECD-MA) und des hierzu geschaffenen Muster-Kommentars (OECD-MK) ausgegangen. Das OECD-MA ist kein real existierendes DBA. Es dient jedoch den OECD-Mitgliedstaaten als Orientierung für den Abschluss neuer DBA. Der OECD-MK stellt in einem gewissen Rahmen zudem eine international einheitliche Auslegung der am OECD-MA ausgerichteten realen DBA dar. Im konkreten Fall ist der Einblick in das real jeweils maßgebende DBA unerlässlich (zum aktuellen Stand der DBA s. BMF-Schreiben v. 22.2.2013 – IV B 2 – S 1301/07/10017-14, BStBl. I 2013, 162). 106

Unter Art. 15 OECD-MA, der für **unselbständige Arbeit** gilt, fallen Löhne und Gehälter und ähnliche Vergütungen, die eine natürliche Person aus einem Dienstverhältnis erhält. Dieser Artikel regelt die unselbständigen Einkünfte allgemein und gilt **subsidiär** zu den besonderen Regelungen für unselbständige Arbeit im öffentlichen Dienst, Art. 19 OECD-MA, sowie für Künstler und Sportler, Art. 17 OECD-MA. Nach Art. 15 Abs. 1 OECD-MA wird das Besteuerungsrecht grundsätzlich dem Land zugeordnet, in welchem die Arbeit geleistet wird, also im Tätigkeitsstaat (**Arbeitsortprinzip**). Neben den bei **Geschäftsführern** geltenden Besonderheiten gilt eine Ausnahme von diesem Grundsatz nach Art. 15 Abs. 2 OECD-MA dann, wenn die folgenden drei Voraussetzungen gleichzeitig erfüllt sind (vgl zu den Einzelheiten Schaumburg, Internationales Steuerrecht, 3. Aufl. 2011, Rn 16.424 ff): 107

- der Arbeitnehmer hält sich nicht länger als **183 Tage** innerhalb eines Zeitraums von 12 Monaten im Ausland auf und
- die Vergütungen werden vom einem Arbeitgeber oder für einen Arbeitgeber gezahlt, der nicht im anderen Staat ansässig ist und
- die Vergütungen werden nicht von einer Betriebsstätte oder einer festen Einrichtung im Sinne von Art. 5 OECD-MA getragen, die der Arbeitgeber im anderen Staat hat.

Sofern die Arbeitsvergütung **aufzuteilen** ist, hat dies in erster Linie durch direkte Zuordnung zur Inlands- und Auslandstätigkeit zu erfolgen (BMF-Schreiben v. 14.9.2006 - IV B 6 - S 1300 - 367/06, BStBl. I 2006, 532). Soweit direkte Zuordnung nicht möglich ist, hat die Aufteilung nach dem Verhältnis der vereinbarten Arbeitstage im Ausland zu den übrigen vereinbarten Arbeitstagen zu erfolgen (BFH v. 29.1.1986 – I R 22/85, BStBl. II 1986, 479).

Sonderregeln gelten für Tätigkeiten an Bord von Seeschiffen und Luftfahrzeugen im internationalen Verkehr oder an Bord eines Binnenschiffes. Hier erfolgt die Besteuerung im Staat der tatsächlichen Geschäftsleitung des Unternehmens, Art. 15 Abs. 3 OECD-MA. Daneben enthalten einige DBA noch besondere Vorschriften für Gastprofessoren und/oder Studenten oder für Auszubildende. In neueren Revisionsabkommen gibt es schließlich auch eigene Bestimmungen für Arbeitnehmer, die im sog. Off-Shore-Bereich (zB auf Bohrinseln vor der Küste) tätig sind. DBA können im Ausnahmefall das Besteuerungsrecht für Vergütungen **leitender Angestellter von Kapitalgesellschaften** dem Geschäftsleitungsstaat der Kapitalgesellschaft zuweisen. Bei sog. **Grenzgängern** wird das Besteuerungsrecht ausnahmsweise in den Ansässigkeitsstaat verlagert, wenn die Grenzgänger bestimmte Kriterien erfüllen. Grenzgänger sind in der Regel Arbeitnehmer, die im Grenzbereich eines Staates (hier: Ausland) arbeiten und grundsätzlich täglich zu ihrem Wohnsitz im Grenzbereich des anderen Staates (hier: Deutschland) zurückkehren. Durch die Verlagerung des Besteuerungsrechts in den Ansässigkeitsstaat spielt die Frage der unbeschränkten oder beschränkten Steuerpflicht – jedenfalls für die Einkünfte aus Art. 15 OECD-MA – keine Rolle, denn in ihrem Ansässigkeitsstaat sind die Grenzgänger ohnehin unbeschränkt steuerpflichtig. Deutschland hat aktuelle Grenzgängerregelungen mit Frankreich (vgl Art. 13 Abs. 5 DBA-Frankreich idF des Zusatzabkommens vom 28.9.1989), Österreich (Art. 15 Abs. 6 iVm 21 Abs. 1 DBA-Österreich und Nr. 8 des Protokolls) und der Schweiz (Art. 15 a DBA Schweiz iVm dem Verhandlungsprotokoll vom 18.12.1991). 108

109 Nach neueren deutschen DBA (zB Frankreich, Italien , Schweden) gilt die 183-Tage-Klausel nicht für Leiharbeitnehmer (vgl BMF Schreiben v. 14.9.2006 - IV B 6 - S 1300 - 367/06, BStBl. I 2006, 532) In diesen Fällen gilt: Beide Staaten (Deutschland und Ausland) haben ein Besteuerungsrecht. Die Doppelbesteuerung wird im Ansässigkeitsstaat (hier: Deutschland) durch Steueranrechnung gem. § 34 c EStG vermieden. Kommt es im laufenden Kalenderjahr zu einer Doppelbelastung, die erst bei der Veranlagung durch die vorgesehene Steueranrechnung ausgeglichen wird, kommt aus Billigkeitsgründen - entsprechend § 39 a Abs. 1 Nr. 5 c EStG - die Eintragung eines Freibetrags auf der Lohnsteuerkarte in Betracht (OFD Karlsruhe v. 1.9.2005 - S 2360 A - 38/2005 - St 133). Mit Blick auf das mit Frankreich bestehende DBA hat das Bayerische Landesamt für Steuern (v. 28.5.2013 – S 2360.1.1 – 3/4 St 32) darauf hingewiesen das das Vierfache der voraussichtlich abzuführenden französischen Abzugssteuer als Freibetrag für das Lohnsteuerabzugsverfahren eingetragen werden kann. Voraussetzung hierfür ist, dass der Arbeitnehmer durch geeignete Unterlagen (zB Bestätigung des Arbeitgebers) nachweist oder glaubhaft macht, dass es zu einem derartigen Steuerabzug kommen wird oder bereits gekommen ist.

110 **cc) Vermeidung der Doppelbesteuerung nach DBA.** Obliegt nach dem Doppelbesteuerungsabkommen die Besteuerung dem ausländischen Staat und sind die Einkünfte von der deutschen Steuer freigestellt (sog. **Freistellungsmethode**), unterliegen diese Einkünfte jedoch dem Progressionsvorbehalt, § 32 b Abs. 1 Nr. 3 EStG (zur Berechnung (→ *Kurzarbeit* Rn 32 ff): Nach der Ermittlung des zu versteuernden Einkommens werden dem zu versteuernden Einkommen für die Berechnung des besonderen Steuersatzes die Einkommens-/Lohnersatzleistungen gem. § 32 b Abs. 1 Nr. 1 EStG und die aufgrund von DBA steuerfreien Einkünfte gem. § 32 b Abs. 1 Nr. 3 sowie die unter § 32 b Abs. 1 Nr. 2, 4 und 5 EStG fallenden Einkünfte im Jahr ihrer Entstehung hinzugerechnet oder von ihm abgezogen. Der sich danach ergebende besondere Steuersatz ist auf das nach § 32 a EStG zu versteuernde Einkommen anzuwenden. Der Progressionsvorbehalt kommt selbst dann zur Anwendung, wenn die eigentlich steuerpflichtigen Einkünfte den jeweiligen Grundfreibetrag gar nicht erreichen. Insoweit unterliegt auch der Grundfreibetrag „indirekt" der Einkommensteuer. Nur wenn das zu versteuernde Einkommen negativ ist, wird kein besonderer Steuersatz berücksichtigt (vgl BFH 9.8.2001 – III R 50/00, BStBl. II 2001, 778 = NJW 2002, 464). § 32 b Abs. 2 S. 2 und 3 EStG sind aufgrund des Zusammenhangs mit § 32 c EStG nur für den Veranlagungszeitraum 2007 anzuwenden (vgl § 52 Abs. 43 a S. 3 EStG.).

111 Stattdessen kann auch die im Ausland auf die dort erfassten Einkünfte angefallene Steuer auf die deutsche Steuer angerechnet werden (**Anrechnungsmethode**, § 34 c Abs. 6 EStG). Nach § 50 d Abs. 8 EStG muss Deutschland auf Arbeitslöhne die nach dem einschlägigen DBA angeordnete Freistellungsmethode nur anwenden, wenn die Besteuerung im anderen Staat nachgewiesen wird oder der andere Staat auf sein Besteuerungsrecht verzichtet hat. § 50 d Abs. 9 EStG ermöglicht bei unbeschränkt Steuerpflichtigen, deren ausländische Einkünfte im Ausland nicht besteuert werden, anstelle der von einem DBA vorgesehenen Freistellung eine deutsche Besteuerung unter Anrechnung etwaiger ausländischer Steuern. Dies gilt gem. § 50 d Abs. 9 S. 1 Nr. 2 EStG, wenn die Nichtbesteuerung im Ausland darauf beruht, dass der andere Staat die betreffenden Einkünfte nicht seiner beschränkten Steuerpflicht unterwirft. Auf diese Weise wird eine mit dem Zweck des DBA nicht zu vereinbarende Freistellung unbesteuerter Einkünfte verhindert. Nach der Rechtsprechung des BFH, stehen die Vorschriften des § 50 d Abs. 8 und Abs. 9 EStG in einem Spezialitätsverhältnis zueinander und § 50 d Abs. 8 EStG ist vorrangig und damit allein anzuwenden, wenn die Voraussetzungen hierfür vorliegen (BFH 11.1.2012 – I R 27/11, DStR 2012- 689 = DB 2012, 777). Mit dem durch das Amtshilferichtlinien-Umsetzungsgesetz (v. 26.6.2013, BGBl I 2013, 1808, 1842) neu eingeführten § 50 d Abs. 9 S. 3 EStG hat der Gesetzgeber dieses vom BFH gesehene Vorrangverhältnis beseitigt. Denn die Norm stellt klar, dass sowohl DBA-Bestimmungen, § 50 d Abs. 8 EStG als auch § 20 Abs. 2 AStG unberührt bleiben, soweit sie die Freistellung von Einkünften jeweils in einem weitergehenden Umfang einschränken.

112 **dd) Freistellung ohne DBA nach Auslandstätigkeitserlass (ATE).** Besteht mit einem ausländischen Staat kein Doppelbesteuerungsabkommen, kann der ausländische Arbeitslohn nach dem **Auslandstätigkeitserlass** (BMF-Schreiben v. 31.10.1983 - S 2293, BStBl. I 1983, 470) von der deutschen Steuer freigestellt sein. Rechtsgrundlage dafür ist § 24 c Abs. 5 EStG. Der Arbeitslohn unterliegt dann ebenfalls dem

Progressionsvorbehalt. Nach dem Auslandstätigkeitserlass sind begünstigt nur Auslandstätigkeiten für einen inländischen Lieferanten, Hersteller, Auftragnehmer oder Inhaber ausländischer Mineralaufsuchungs- oder gewinnungsrechte im Zusammenhang mit

– der Planung, Errichtung, Einrichtung, Inbetriebnahme, Erweiterung, Instandsetzung, Modernisierung, Überwachung oder Wartung von Fabriken, Bauwerken, ortsgebundenen großen Maschinen oder ähnlichen Anlagen sowie dem Einbau, der Aufstellung oder Instandsetzung sonstiger Wirtschaftsgüter; außerdem ist das Betreiben der Anlagen bis zur Übergabe an den Auftraggeber begünstigt,
– dem Aufsuchen oder der Gewinnung von Bodenschätzen,
– der Beratung (Consulting) ausländischer Auftraggeber oder Organisationen im Hinblick auf Vorhaben im Sinne der Nummern 1 oder 2 oder
– der deutschen öffentlichen Entwicklungshilfe im Rahmen der technischen oder finanziellen Zusammenarbeit.

Nicht begünstigt sind die Tätigkeiten von Bordpersonal auf Seeschiffen sowie von Leiharbeitnehmern, die finanzielle Beratung außerhalb der Entwicklungshilfe sowie das Einholen von Aufträgen außerhalb von Ausschreibungen. Ebenfalls keine Anwendung findet der Erlass auf jeglichen Arbeitslohn aus inländischen öffentlichen Kassen. Die Auslandstätigkeit muss mindestens drei Monate ununterbrochen in dem Nicht-DBA-Staat ausgeübt worden sein. Unterbrechungen wegen Krankheit oder Urlaub sind unschädlich. Der Arbeitgeber darf vom Lohnsteuerabzug nur absehen, wenn das Finanzamt eine entsprechende Freistellungsbescheinigung erteilt hat.

§ 34 c Abs. 5 EStG billigt der Finanzverwaltung zu, die auf die ausländischen Einkünfte entfallende deutsche Einkommensteuer ganz oder teilweise zu erlassen, wenn es aus volkswirtschaftlichen (spezifisch außenwirtschaftlichen) Gründen (wegen drohender Doppelbesteuerung) zweckmäßig erscheint (zB zur Förderung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit der deutschen Exportwirtschaft oder um die Bereitschaft des Arbeitnehmers zum Auslandseinsatz zu steigern). Dieses Ermessen hat die Finanzverwaltung insbesondere mit dem ATE ausgeübt. Dabei hat sie allerdings die Begünstigung auf inländische Arbeitgeber beschränkt. Dies entspricht natürlich dem Regelungszweck des Erlasses. Gleichwohl **verstößt** diese Beschränkung gegen die **unionsrechtlichen Grundfreiheiten** (EuGH 28.2.2013 – C-544/11, IStR 2013, 297; zu der Problematik schon Gosch in: Kirchhof, EStG, 12. Aufl. 2013, § 34 c Rn 36). Stein des Anstoßes war für den EuGH – wie zu erwarten - die Beschränkung auf Arbeitnehmer inländische Arbeitgeber. Bis auf Weiteres werden sich also auch solche Arbeitnehmer auf den ATE berufen können, die bei Arbeitgebern innerhalb der Union oder des EWR beschäftigt sind und die Voraussetzungen des Erlasses im Übrigen erfüllen. Dies jedenfalls solange, wie die Finanzverwaltung den ATE nicht – nach österreichischem Vorbild (vgl Gosch, IStR 2013, 325, 326) – schlicht komplett streicht. 113

ee) Freistellung ohne DBA nach nationalem Recht. Besteht mit dem ausländischen Staat **kein Doppelbesteuerungsabkommen**, kann es zur Vermeidung der Doppelbesteuerung ebenfalls zu einer **Anrechnung** der ausländischen Steuer kommen, in diesen Fällen nach § 34 c Abs. 1–3 und 5 EStG. 114

d) Beschränkte Steuerpflicht. aa) Wohnsitz im Ausland. Natürliche Personen, die im Inland weder einen Wohnsitz noch ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben noch nach § 1 Abs. 2 oder 3 EStG unbeschränkt steuerpflichtig sind, sind **beschränkt steuerpflichtig**, wenn sie inländische Einkünfte iSd § 49 EStG haben (§ 1 Abs. 4 EStG). Die erweiterte unbeschränkte Steuerpflicht geht der beschränkten Steuerpflicht vor. Besteht während eines Kalenderjahrs sowohl unbeschränkte als auch beschränkte Steuerpflicht, sind die während der beschränkten Steuerpflicht erzielten inländischen Einkünfte in eine Veranlagung zur unbeschränkten Steuerpflicht einzubeziehen (§ 2 Abs. 7 EStG). 115

Bei beschränkt Steuerpflichtigen gilt nach § 50 Abs. 2 EStG die Einkommensteuer für die Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit durch den **Steuerabzug** nach § 50 a EStG regelmäßig als abgegolten. Die Abgeltungswirkung greift aber nicht, wenn bei dem Arbeitnehmer Einkünfte im Sinne des § 49 Abs. 1 Nr. 4 EStG vorliegen (insbesondere Einkünfte für im Inland ausgeübte oder verwertete Tätigkeiten oder von inländischen öffentlichen Kassen gezahlte Vergütungen) und auf der besonderen Lohnsteuerbescheinigung des 116

§ 39 d EStG Werbungskosten, Sonderausgaben gem. § 10 b EStG oder ein Freibetrag oder Hinzurechnungsbetrag gem. § 39 a Abs. 1 Nr. 7 EStG eingetragen wurden oder eine Einkommensteuerveranlagung nach § 46 Abs. 2 Nr. 8 EStG beantragt wurde. Eine Einkommensteuerveranlagung können nur beschränkt Steuerpflichtige beantragen, die in der EU oder einem Staat des europäischen Wirtschaftsraums (EWR) ansässig sind. Die Antragsveranlagung wird vom Betriebsstättenfinanzamt des Arbeitgebers durchgeführt. Die Arbeit wird im Inland ausgeübt, wenn der Arbeitnehmer im Geltungsbereich des EStG persönlich tätig wird. Dies gilt auch für die sog. Grenzgänger, die arbeitstäglich zwischen dem Wohnsitz im Ausland und dem Arbeitsort im Inland pendeln. Bei diesen Personen entsteht kein gewöhnlicher Aufenthalt im Inland (der eine unbeschränkte Steuerpflicht auslösen würde), denn es reicht dafür nicht aus, dass nur die Arbeitszeit im Inland verbracht wird. Die Arbeit wird **im Inland verwertet**, wenn der Arbeitnehmer die Ergebnisse einer im Ausland ausgeübten Tätigkeit seinem Arbeitgeber im Inland überlässt, zB indem er im Ausland erstellte Gutachten oder Forschungsarbeiten im Inland zur Verfügung stellt. Auch künstlerische Arbeiten, wie Gemälde, die im Ausland gemalt, aber im Inland verkauft werden, oder im Ausland entstandene Konzertaufnahmen eines Musikers, die einem im Inland ansässigen Musikproduzenten zur Verfügung gestellt werden, können als im Inland verwertet anzusehen sein. Die bloße Arbeitsleistung, die nicht ein (körperliches oder geistiges) Produkt hervorbringt, dass der Steuerpflichtige dem Inland zuführt, kann nicht im Inland verwertet werden.

117 **bb) Wegzugsbesteuerung.** Die beschränkte Einkommensteuerpflicht, ist durch das **AStG** auch auf im Ausland ansässige Personen erweitert worden. Diese Besteuerung greift aber nur unter engen Voraussetzungen ein. Der Steuerpflichtige muss in den letzten zehn Jahren vor dem Ende seiner unbeschränkten Steuerpflicht als Deutscher insgesamt mindestens fünf Jahre unbeschränkt steuerpflichtig gewesen sein und nunmehr in einem ausländischen Gebiet mit niedriger Besteuerung ansässig sein. Die Wegzugsbesteuerung setzt weiter voraus, dass der Steuerpflichtige noch wesentliche wirtschaftliche Interessen im Inland hat § 2 Abs. 1 Nr. 2 AStG), was bei Arbeitnehmern mit ausschließlich Einkünften aus nichtselbständiger Arbeit nicht der Fall ist.

VI. Sozialversicherungsrecht *(Sartorius)*

118 Arbeitsentgelt sind alle **laufenden oder einmaligen Einnahmen** aus einer **Beschäftigung** (dies ist gem. § 7 Abs. 1 S. 1 SGB IV die nichtselbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis), gleichgültig ob ein Rechtsanspruch auf die Einnahmen besteht, unter welcher Bezeichnung oder in welcher Form sie geleistet werden und ob sie unmittelbar aus der Beschäftigung oder im Zusammenhang mit ihr erzielt werden (§ 14 Abs. 1 S. 1 SGB IV). Eine **Beschäftigung** gegen Arbeitsentgelt besteht unter den weiteren Voraussetzungen nach § 7 Abs. 1 a S. 1 SGB IV auch dann, wenn für Zeiten einer **Freistellung** von der Arbeitsleistung Arbeitsentgelt fällig wird, das mit einer vor oder nach diesen Zeiten erbrachten Arbeitsleistung erzielt wurde (**Wertguthaben**); vgl. zu Fragen der Beitragserhebung in solchen Fällen BSG 20.3.2013 – B 12 KR 7/11 R, BeckRS 2013, 72227. Zum Arbeitsentgelt gehören auch die in § 14 Abs. 1 S. 2 SGB IV erwähnten **umgewandelten Entgeltteile** sowie – wenn nichts anderes gesetzlich geregelt ist, vgl. hierzu unten Rn 152 – **Sachbezüge.** Deren Wertfestsetzung geschieht hinsichtlich **Verpflegung, Unterkunft und Wohnung** nach Maßgabe von § 2 der SozialversicherungsentgeltVO (SvEV), hinsichtlich **sonstiger Sachbezüge** nach § 3 SvEV. Arbeitsentgelt im Sinne des § 14 SGB IV meint das **Bruttoarbeitsentgelt**, wie sich aus § 14 Abs. 2 SGB IV schließen lässt.

119 **Nicht zum Arbeitsentgelt** zählen steuerfreie Aufwandsentschädigungen und die in § 3 Nr. 26 und 26 a EStG genannten steuerfreien Einnahmen (§ 14 Abs. 1 S. 3 SGB IV) sowie die in § 1 SvEV genannten Zuwendungen. § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SvEV nimmt einmalige Einnahmen, laufende Zulagen, Zuschläge, Zuschüsse und ähnliche Einnahmen, die **zusätzlich** zu Löhnen oder Gehältern bezahlt werden, soweit sie **lohnsteuerfrei** sind, von dem Arbeitsentgelt aus. Gleiches gilt hinsicht der **pauschalversteuerten Zuwendungen** gem. § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 bis 4 SvEV, → *Lohnsteuerpauschalierung* Rn 15 ff. Nach § 1 Abs. 1 S. 1 SvEV sind ferner nicht dem Arbeitsentgelt zuzurechnen Zuschüsse nach § 10 EFZG an **Heimarbeiter und Hausgewerbetreibende** (Nr. 5), Zuschüsse zum **Mutterschaftsgeld** (Nr. 6) und zum **Krankengeld** (Nr. 8) sowie Zuwendungen anlässlich von **Naturkatastrophen** (Nr. 11).

Die Zahlung von Arbeitsentgelt führt – soweit dessen Höhe Mindestgrenzen überschreitet (§ 8 Abs. 1 Nr. 1 SGB IV) – im Rahmen der Beitragsbemessungsgrenzen zur **Beitragspflicht** in der Renten-, Kranken-, Pflege- und Arbeitslosenversicherung (§ 1 S. 1 Nr. 1 SGB VI, § 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V, § 20 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB XI, § 25 Abs. 1 S. 1 SGB III). Besonderheiten hinsichtlich der Versicherungspflicht sind bei **geringfügig Beschäftigten** gem. § 8 SGB IV zu beachten (→ *Geringfügige Beschäftigung* Rn 25 ff). Haben die Arbeitsvertragsparteien im Einzelfall ein **Nettoentgelt** vereinbart (→ *Lohnsteuerpauschalierung* Rn 2), gelten gem. § 14 Abs. 2 SGB IV als Arbeitsentgelt die Einnahmen des Beschäftigten einschließlich der darauf entfallenden Steuern und der dem Arbeitnehmeranteil entsprechenden Beiträge zur Sozialversicherung und Arbeitsförderung. Dieses „fiktive" Bruttoentgelt ist vom Arbeitgeber im Rahmen der Meldung durch „Abtastung" zu ermitteln (BAG 27.7.2010 – 3 AZR 615/08, AP § 253 ZPO Nr. 52). 120

Das Arbeitsentgelt ist zunächst **Grundlage** für die Ermittlung der **Beitragspflicht** in allen Zweigen der Sozialversicherung. 121

Gemäß § 28 e Abs. 1 S. 1 SGB IV ist der **Arbeitgeber Schuldner des Gesamtsozialversicherungsbeitrags** iSv § 28 d SGB IV (→ *Arbeitgeber* Rn 21). Der Arbeitgeber hat gegen die Beschäftigten wiederum gem. § 28 g S. 1 SGB IV Anspruch auf den von diesen zu tragenden Teil des Gesamtsozialversicherungsbeitrags (sog. **Arbeitnehmeranteil**), es sei denn, die Arbeitsvertragsparteien hätten eine Nettolohnvereinbarung getroffen. In diesem Fall trägt der Arbeitgeber den gesamten Sozialversicherungsbeitrag alleine. Der Anspruch aus § 28 g S. 1 SGB IV kann nur durch **Abzug** vom Arbeitsentgelt geltend gemacht werden, § 28 g S. 2 SGB IV. Nach S. 3 der Vorschrift darf ein unterbliebener Abzug nur bei den **nächsten drei Lohn- oder Gehaltszahlungen** nachgeholt werden, danach nur dann, wenn der Abzug ohne Verschulden des Arbeitgebers unterblieben ist. Da § 28 g S. 2 SGB IV die Realisierung des Anspruchs durch den Arbeitgeber nur durch Abzug vom Arbeitsentgelt zulässt, greift die Regelung in S. 3 nicht ein, wenn das Beschäftigungsverhältnis bereits beendet ist bzw. wenn kein Lohn oder Gehalt mehr auszuzahlen ist.

Das Arbeitsentgelt ist zudem im **Leistungsrecht** der Sozialversicherung bedeutsam, weil die Geldleistungen vielfach an die Höhe des Arbeitsentgelts anknüpfen, so beim Krankengeld (§ 47 Abs. 1 S. 1 SGB V), beim Verletztengeld der gesetzlichen Unfallversicherung (§ 47 Abs. 1 SGB VII), beim Arbeitslosengeld (§§ 151, 153, 149 SGB III) und bei der Rentenhöhe (§ 63 Abs. 1 SGB VI).

Abzugrenzen ist das Arbeitsentgelt von anderen Einnahmen, etwa vom **Arbeitseinkomen** (§ 15 SGB IV), vom **Gesamteinkommen** (§ 16 SGB IV) oder von den für die Beitragsbemessung freiwilliger Mitglieder in der gesetzlichen Krankenversicherung in § 240 SGB V genannten **Einnahmen**. Arbeitsentgelt im Sinne des § 14 Abs. 1 S. 1 SGB IV ist alles, was als **Gegenleistung** für abhängige Arbeit gewährt wird, unabhängig davon, ob hierauf ein arbeitsrechtlicher Anspruch besteht oder ob als Arbeitsanreiz im Hinblick auf vergangene und künftige Leistungen freiwillige Zahlungen erfolgen. **Abfindungen**, die im Rahmen einer Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses nach §§ 9, 10 KSchG gezahlt werden, werden als Ersatz für den Verlust des Arbeitsplatzes gewährt und stellen keine Gegenleistung dar. Sog. **unechte Abfindungen**, die bei **fortbestehendem Beschäftigungsverhältnis** entrichtet werden, etwa wegen Verringerung der Wochenarbeitszeit oder als Ausgleich für die Versetzung auf einen schlechter bezahlten und/oder geringer qualifizierten Arbeitsplatz gehören hingegen zum Arbeitsentgelt (BSG 28.01.1999 – B 12 KR 14/98 R, NZS 1999, 358). 122

Zwar ist es für den Begriff des Arbeitsentgelts im Sinne des § 14 SGB IV unerheblich, ob es sich um **laufende und einmalige Einnahmen** handelt – entscheidendes **Abgrenzungsmerkmal** insoweit ist die Ausweisung zusätzlicher Zahlungen für bestimmte Abrechnungszeiträume (KK/Seewald, § 14 SGB IV Rn 62) –, **bedeutsam** ist jedoch die Unterscheidung für die **Berechnung** von Beiträgen und Leistungen. So gilt im Beitragsrecht für laufende Leistungen das sog. **Entstehungsprinzip**: Beiträge können auch für solches Arbeitsentgelt gefordert bzw nachgefordert werden, auf das Arbeitnehmer einen Anspruch erworben haben, ohne dass es tatsächlich ausbezahlt wurde (BSG 14.07.2004 – B 12 KR 7/04 R und B 12 KR 1/04 R, BeckRS 2004, 41466; LSG Bayern 16.3.2010 - L 5 R 505/08, BeckRS 2010, 75618; (→ *Tarifvertrag* Rn 108 ff). 123

Hinsichtlich einmaliger Leistungen gilt hingegen das **Zuflussprinzip.** So bestimmt § 22 Abs. 1 S. 2 SGB IV, dass (u.a.) bei einmalig gezahltem Arbeitsentgelt die Beitragsansprüche erst bei Auszahlung entstehen.

163. Variable Vergütung

Juli

I. Einführung ... 1
II. Individualarbeitsrecht ... 2
1. Leistungslohn ... 2
a) Arten ... 2
aa) Allgemeines ... 2
bb) Akkordlohn ... 3
cc) Prämienlohn ... 4
b) Geschützte Arbeitnehmergruppen ... 5
c) Urlaubs- und Krankheitszeiten ... 6
d) Anspruchskürzungen und -ausschlüsse ... 7
2. Erfolgsvergütung ... 9
a) Allgemeines ... 9
b) Tantieme ... 10
aa) Allgemeines ... 10
bb) Höhe der Tantieme ... 11
cc) Entstehen des Anspruchs ... 12
dd) Anspruchskürzungen und -ausschlüsse ... 13
c) Provision ... 14
aa) Allgemeines ... 14
bb) Höhe der Provision ... 15
cc) Entstehen des Anspruchs ... 17
(1) Allgemeines ... 17
(2) Bestand eines Arbeitsvertrages ... 18
(3) Vermittlungstätigkeit des Arbeitnehmers ... 19
(4) Geschäftsausführung durch den Arbeitgeber ... 21
(5) Provisionsanspruch bei Zahlung des Kaufpreises ... 22
(6) Provisionsansprüche nach Beendigung des Arbeitsvertrages ... 23
(7) Provisionsabrechnung/Fälligkeit ... 27
dd) Anspruchskürzungen und -ausschlüsse ... 28
d) Urlaubs- und Krankheitszeiten ... 29
aa) Tantieme ... 29
bb) Provision ... 31
e) Zielvereinbarung ... 32
f) Long-Term-Incentive-Plan ... 33
III. Kollektivarbeitsrecht ... 34
1. Akkordlohn und Prämienentgelt ... 34
2. Tantieme ... 36
3. Provision ... 37
IV. Prozessuale Hinweise ... 39
1. Akkordlohn ... 39
2. Prämienentgelt ... 40
3. Tantieme ... 41
4. Provision ... 42
a) Anspruch auf Abrechnung ... 42
b) Anspruch auf Buchauszug ... 43
c) Eidesstattliche Versicherung ... 44
d) Auskunftsanspruch ... 45
e) Einsicht in Geschäftsbücher oder sonstige Unterlagen ... 46
f) Zahlungsklage ... 47
g) Rückzahlungsansprüche des Arbeitgebers ... 48
V. Lohnsteuerrecht *(Esskandari)* ... 50
VI. Sozialversicherungsrecht *(Sartorius)* ... 51

I. Einführung

1 In der modernen Arbeitswelt besteht sowohl auf Arbeitgeber- als auch auf Arbeitnehmerseite das Bedürfnis nach Flexibilisierung. Ein globalisiertes Wirtschaftssystem, Just-in-time-Produktion und ein stetiger Wettbewerb um innovative Produkte machen auch auf Seiten der Arbeitnehmer unternehmerisches Handeln erforderlich. Variable Vergütungssysteme bieten die Möglichkeit, Arbeitnehmer unmittelbar am Unternehmenserfolg zu beteiligen und damit zu unternehmerischem Handeln und Denken zu veranlassen. Gleichzeitig wirken variable Vergütungssysteme motivationsfördernd, da Arbeitnehmer durch sie ein unmittelbares finanzielles Interesse am Unternehmenserfolg haben und bereit sind, auch über den eigenen Arbeitsbereich hinaus Verantwortung zu übernehmen. Flexible Vergütungssysteme können sich dabei an der **Arbeitszeit** (zB Arbeit auf Abruf; → *Arbeit auf Abruf*; → *Arbeitszeit*), an der **Arbeitsleistung** oder am **Arbeitserfolg** der Arbeitnehmer orientieren, aber auch am **Unternehmenserfolg**. Leistungsabhängige variable Vergütungsformen sind **Akkordvergütung**, leistungsabhängige **Prämien** und **Provisionen** sowie **Tantiemen** und **Bonuszahlungen**.

II. Individualarbeitsrecht

1. Leistungslohn

2 **a) Arten. aa) Allgemeines.** Bei einem **Leistungslohn** wird das Entgelt des Arbeitnehmers „grundsätzlich unabhängig von der tatsächlich aufgewandten Arbeitszeit und somit allein nach dem erzielten Arbeitsergebnis berechnet“ (Schwab NZA-RR 2009, 1 ff). Für die Vergütung entscheidend ist also, welches **Arbeitsergebnis** der Arbeitnehmer liefert. In der Praxis wird hier zwischen **Akkord-** und **Prämienlohn** un-

terschieden. Rechtsgrundlage für einen Leistungslohn können Arbeitsvertrag, Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung sein.

bb) Akkordlohn. Ein **Akkordlohn** liegt vor, wenn „die manuell voll beeinflussbare Mengenleistung im Vordergrund des Interesses steht, also der Arbeitnehmer durch die Intensität seines Tätigseins – ohne wesentliche Abhängigkeit von technischen Einrichtungen – überwiegend die Höhe seines Arbeitsverdienstes bestimmt“ (Schwab NZA-RR 2009, 1 ff). Hierbei wird bei der **Vergütungsform** zwischen **Geld-** und **Zeitakkord** unterschieden. Bzgl der für die Ermittlung der Arbeitsleistung entscheidenden **Bezugsgröße** findet eine Unterscheidung zwischen **Stück-, Gewichts-, Maß-** und **Flächenakkord** statt. In der Praxis kommt auch ein **Gruppenakkord** vor. Siehe näher → *Akkordarbeit*. 3

cc) Prämienlohn. Ein **Prämienlohn** ist ein Lohn, „bei dem – im Gegensatz zum Akkordlohn – die zu erbringende Leistung nicht ausschließlich durch den Menschen beeinflusst ist“ (Schwab NZA-RR 2009, 1 ff), zB durch vorgegebene Betriebsmittel, Maschinenleistung, Veränderungen der Arbeitsbedingungen oder Wechsel der Materialbeschaffenheit. Die Abgrenzung zwischen Prämienlohn und Akkordlohn erfolgt somit darüber, inwieweit der Arbeitnehmer das **Ergebnis seines Tätigseins selbst beeinflussen** kann (Schwab NZA-RR 2009, 1 ff). Wie beim Akkordlohn auch, wird beim Prämienlohn die Leistung des Arbeitnehmers gemessen und mit einer Bezugsleistung verglichen. Die Höhe der Vergütung bestimmt sich dabei unmittelbar aus dem **Verhältnis beider Leistungen zueinander** (BAG 15.5.2001 – 1 ABR 39/00, NZA 2001, 1154–1157). Für die Einführung eines Prämienlohns ist stets eine Vereinbarung erforderlich (BAG 12.5.2004 – 4 AZR 59/03, NZA-RR 2005, 81–85). Eine solche Vereinbarung muss den §§ 305 ff BGB entsprechen und insb. dem Transparenzgebot aus § 307 Abs. 1 Nr. 2 BGB genügen (→ *AGB-Recht*). Die mit einer Prämie belohnte Leistung kann sehr unterschiedlich sein. In Betracht kommt die Erhöhung einer Menge, die Verbesserung der Arbeitsqualität, die bessere Nutzung betrieblicher Anlagen oder Materialien oder die Ersparnis von Rohstoffen, Energie oder Zeit. Bei Berufsfußballspielern ist eine Punkt-, Nichtabstiegs- oder Meisterschaftsprämie üblich. 4

b) Geschützte Arbeitnehmergruppen. Zum Schutz vor durch den Leistungslohn möglicherweise entstehende **Gesundheitsgefährdungen** sind Akkord- und temposteigender Prämienlohn für Jugendliche (§ 23 Abs. 1 JArbSchG), für Schwangere (§ 4 Abs. 3 MuSchG) und Fahrpersonal (Art. 10 EU-VO Nr. 561/2006 EG) unzulässig. 5

c) Urlaubs- und Krankheitszeiten. Gem. § 11 Abs. 1 BUrlG ist der Leistungslohn **Bestandteil der Urlaubsvergütung**. Maßgeblich für die Urlaubsvergütung ist der durchschnittliche Arbeitsverdienst den **letzten 13 Wochen** vor Urlaubsantritt, also auch ein etwaiger Akkord- oder Prämienlohn (→ *Urlaubsentgelt* Rn 7). Auch für **Arbeitsunfähigkeitszeiten** nach dem EFZG sind der Akkord- und Prämienlohn fortzuzahlen, und zwar gem. § 4 Abs. 1 a S. 2 EFZG in Höhe des in der für den Arbeitnehmer maßgebenden regelmäßigen Arbeitszeit erzielbaren **Durchschnittsverdienstes**. Dazu zählen bei Berufsfußballspielern auch Prämien, die für jeden von der Mannschaft gewonnenen Meisterschaftspunkt gezahlt werden (BAG 6.12.1995 – 5 AZR 237/94, NZA 1996, 640–642). Allerdings muss für den Entgeltfortzahlungsanspruch die Arbeitsunfähigkeit alleinige Ursache für den Ausfall der Arbeitsleistung und den damit verbundenen Verlust des Gehaltsanspruchs sein. Deshalb besteht ein Prämienanspruch eines Berufsfußballspielers für den Entgeltfortzahlungszeitraum nicht, wenn der Berufsfußballspieler aus sportlichen Gründen in dem maßgeblichen Pflichtspiel nicht zum Einsatz gekommen ist (BAG 19.1.2000 – 5 AZR 637/98, NZA 2000, 771–773). Zum Kausalitätserfordernis s. näher → *Arbeitsunfähigkeit* Rn 10. 6

d) Anspruchskürzungen und -ausschlüsse. Da sowohl Akkord- also auch Prämienlohn reinen Entgeltcharakter haben, sind **Rückzahlungsklauseln** für sie ausgeschlossen. Der Arbeitnehmer hat mit seiner Arbeitsleistung den Akkord- bzw Prämienlohn bereits verdient, so dass er bei der Rückzahlung durch den Entzug eines bereits verdienten Lohnanteils unzulässig bestraft würde (BAG 13.9.1974 – 5 AZR 48/74, NJW 1975, 278; → *Rückzahlungsklausel*). 7

Akkord- und Prämienlohn gehören zum laufenden Arbeitsentgelt. Deshalb können sie nicht unter einen **Freiwilligkeitsvorbehalt** gestellt werden (→ *Freiwilligkeitsvorbehalt*). Auch eine **Stichtagsklausel** ist auf- 8

grund des reinen Entgeltcharakters für einen Akkord- bzw Prämienlohn unzulässig (BAG 13.9.1974 – 5 AZR 48/74, NJW 1975, 278; → *Stichtagsklausel*). Ein Widerrufsvorbehalt ist für Akkord- und Prämienlohn nur zulässig, wenn der widerrufliche Teil der Gesamtvergütung nicht über **25 %** liegt (BAG 11.10.2006 – 5 AZR 721/05, NZA 2007, 87; → *Widerrufsvorbehalt* Rn 9). Dies gilt auch für den vertraglich vereinbarten Wegfall der Punktprämie und die zeitanteilige Kürzung einer Aufstiegsprämie des Cheftrainers eines Profifußballvereins im Falle einer Freistellung (LAG Hamm 11.10.2011 – 14 Sa 543/11, BeckRS 2011, 77471).

2. Erfolgsvergütung

9 **a) Allgemeines.** Eine variable Vergütung kann an den Eintritt eines bestimmten **Erfolges** geknüpft sein. Dies kann eine Beteiligung am Unternehmenserfolg (**Tantieme**) sein oder eine Beteiligung an der Vermittlung oder dem Abschluss von Verträgen, die der Arbeitgeber mit Dritten schließt (**Provision**). Auch eine

10 **b) Tantieme. aa) Allgemeines.** Von einer **„echten" Tantieme** spricht man, wenn Arbeitnehmer am **Unternehmenserfolg** beteiligt werden. Durch eine solche „echte" Tantieme soll bei den Arbeitnehmern Interesse für das Geschäftsergebnis geweckt werden. Sie richtet sich regelmäßig nach dem **in der Handelsbilanz ausgewiesenen Reingewinn** (Preis, Innovative Arbeitsformen, 2005, S. 561). Daneben kommt auch eine sog. **Umsatztantieme** in Betracht. In einem solchen Fall wird die Erfolgsvergütung – im Gegensatz zur „echten" Tantieme – nicht an dem bilanziellen Gewinn gemessen, sondern am **Umsatz des Unternehmens(-teils)**. Eine solche Umsatzbeteiligung orientiert sich lediglich an der Einnahmenseite des Unternehmens und nicht an den Unternehmenskosten. Dadurch soll der Arbeitnehmer motiviert werden, Umsatzsteigerungen herbeizuführen. Deshalb handelt es sich um eine Zwischenform zwischen Tantieme und Provision, bei der der Arbeitnehmer im Unterschied zur Provision nicht von einem konkret abgeschlossenen Geschäft profitiert, sondern die **Gesamtheit der vermittelten Geschäfte** entscheidend ist (Preis, Innovative Arbeitsformen, S. 561). Eine solche Umsatzbeteiligung hat nach der Rechtsprechung Provisionscharakter und ist damit verdienter Lohn (BAG 12.1.1973 – 3 AZR 211/72, DB 1973, 1177). Auch die „echte" Tantieme ist Arbeitsentgelt, die im Gegenseitigkeitsverhältnis zur Arbeitsleistung steht (BAG 8.9.1998 – 9 AZR 223/97, NZA 1999, 420).

11 **bb) Höhe der Tantieme.** Die Höhe der Tantieme sollte von den Parteien **vereinbart** werden. Geschieht dies nicht, wird eine **übliche Vergütung** gem. § 612 BGB geschuldet (Schöne in: NK-ArbR BGB § 611 Rn 724). Zudem kann eine Festsetzung der Höhe der Tantieme nach **billigem Ermessen** gem. § 315 Abs. 3 BGB vereinbart werden, sog. **Ermessensbonus**. Ein solcher Ermessensbonus liegt z. B. vor, wenn eine Tantieme „bei einem guten Ergebnis" (ohne Angabe einer Tantiemehöhe) zugesagt (LAG Hamm 23.2.2001 – 15 Sa 1572/00, NZA-RR 2001, 525) oder unter Berücksichtigung der Ertragslage individuell nach Leistungsgesichtspunkten festgesetzt wird (BAG 12.10.2011 – 10 AZR 746/10, NZA 2012, 450). Allein die Festlegung und Bekanntgabe eines „Bonuspools" oder „Bonusvolumens" im laufenden Geschäftsjahr ohne Bestimmung einer individuellen Bonushöhe ist noch keine Leistungsbestimmung iSd § 315 BGB. Allerdings ist ein bereits festgelegtes Bonusvolumen regelmäßig in die gemäß § 315 BGB erforderliche Ermessensentscheidung bei der Festlegung der individuellen Bonushöhe als wesentlicher Umstand miteinzubeziehen. Das festgelegte Volumen ist nur dann nicht vollständig zu verteilen, wenn besondere Umstände – wie zB ein außergewöhnlich hoher Geschäftsverlust – dies erfordern (BAG 12.10.2011 – 10 AZR 746/10, NZA 2012, 450). So können besonders gewichtige, außergewöhnliche Umstände sogar die Festsetzung des Bonus auf „Null" rechtfertigen, und damit billigem Ermessen entsprechen. Dies selbst dann, wenn die Festsetzung der konkreten Bonushöhe neben dem Unternehmenserfolg auch an eine individuelle Zielerreichung des Arbeitnehmers (□*Zielvereinbarung*) geknüpft ist, und die persönlichen Ziele erreicht wurden (BAG 20.3.2013 – 10 AZR 8/12; DB 2013, 192). Sofern eine Betriebsvereinbarung detaillierte Regelungen über die individuelle Verteilung eines Bonusvolumens beinhaltet, unterliegt die Festlegung der Höhe des individuellen Bonus keiner weiteren Ermessensentscheidung durch den Arbeitgeber (BAG 12.10.2011 – 10 AZR 649/10, NZA 2012, 464). Insbesondere aufgrund der gesteigerten Anforderungen der Rechtsprechung zur Wirksamkeit eines Freiwilligkeitsvorbehalts (□*Freiwilligkeitsvorbehalt*) wird diesem Ermessensbonus in der Beraterpraxis zukünftig deutlich größere Bedeutung zukommen.

cc) Entstehen des Anspruchs. Der Anspruch auf die Tantieme wird **fällig**, wenn die **Bilanz** als Grundlage für die Berechnung des Tantiemeanspruchs feststeht (Schöne in: NK-ArbR BGB § 611 Rn 725). Wenn eine **Mindesttantieme** vereinbart ist, ist die Zahlung idR nicht davon abhängig, ob ein tatsächlicher Unternehmensgewinn erzielt worden ist (LAG Berlin 7.10.1975 – 4 Sa 62/75, DB 1976, 636). 12

dd) Anspruchskürzungen und -ausschlüsse. Bei einem **Ausscheiden vor Ende des Geschäftsjahres** hat der Arbeitnehmer idR keinen Anspruch auf Feststellung einer **Zwischenbilanz** (Boemke in: HK-ArbR BGB § 611 Rn 307). Allerdings hat er in Höhe seiner geleisteten Arbeit Anspruch auf eine **zeitanteilige Beteiligung** (BAG 3.6.1958 – 2 AZR 406/55, AP § 59 HGB Nr. 9). Eine **Bindungsklausel**, nach der das Arbeitsverhältnis im folgenden Jahr von keiner Seite gekündigt wird, ist bei einer Jahresumsatzprämie unzulässig (BAG 27.4.1982 – 3 AZR 814/79, DB 1982, 2406–2407). Die Zahlung einer Tantieme kann wegen ihres Entgeltcharakters zudem nicht unter die auflösende Bedingung des Bestehens eines durch den Arbeitnehmer ungekündigten Arbeitsverhältnisses zu einem bestimmten Stichtag nach Ablauf des Leistungszeitraums gestellt werden (BAG 12.4.2011 – 1 AZR 412/09, NZA 2011, 989 – 992). 13

„Echte“ und „unechte“ Tantiemen können nicht unter einen **Freiwilligkeitsvorbehalt** gestellt werden, da die Tantiemezahlungen im Gegenseitigkeitsverhältnis zur Arbeitsleistung stehen (Preis, Innovative Arbeitsformen, S. 572).

c) Provision. aa) Allgemeines. Eine weitere erfolgsabhängige Vergütung ist die **Provision**. Im Unterschied zur Tantieme wird der Arbeitnehmer bei einer Provision **unmittelbar an der Vermittlung oder dem Abschluss von Verträgen** mit dem Unternehmen beteiligt. Rechtsgrundlage für Provisionen sind die §§ 87–87 c HGB. Über § 65 HGB gelten diese Vorschriften (in analoger Anwendung) – ausgenommen die Vorschriften über die Bezirksvertretung (§ 87 Abs. 2 HGB) und die Inkassoprovision (§ 87 Abs. 4 HGB) – auch für auf Provisionsbasis tätige Arbeitnehmer. Anspruchsgrundlage für eine Tätigkeit auf Provisionsbasis können sowohl individual- als auch kollektivrechtliche Vereinbarungen sein. 14

bb) Höhe der Provision. Die Höhe der Provision folgt aus der **Provisionsabrede**. Liegt eine solche Vereinbarung nicht vor, so gilt der im räumlichen und sachlichen Arbeitsgebiet **übliche Satz** als vereinbart (BGH 2.3.1961 – VII ZR 15/60, LM Nr. 1 zu § 87 b HGB; ErfK/Oetker § 87 b HGB Rn 2). Falls eine solche Üblichkeit nicht festgestellt werden kann, wird die Provisionshöhe nach **billigem Ermessen** (§§ 315 ff BGB) festgestellt (ErfK/Oetker § 87 b HGB Rn 2). 15

Eine Tätigkeit **ausschließlich auf Provisionsbasis** (ohne Provisionsgarantie) ist grds. zulässig (BAG 14.11.1966 – 3 AZR 158/66, AP HGB § 65 Nr. 4), kann aber gem. § 138 Abs. 1 BGB sittenwidrig sein. Das ist der Fall, wenn es dem (darlegungs- und beweisbelasteten) Arbeitnehmer im Einzelfall nicht möglich ist, durch vollen Einsatz seiner Arbeitskraft ein ausreichendes Einkommen zu erzielen oder wenn ein auffälliges Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung vorliegt (BAG 16.2.2012 – 8 AZR 242/11, BeckRS 2012, 71039). Ein auffälliges Missverhältnis liegt vor, wenn die Arbeitsvergütung nicht einmal zwei Drittel eines in der betreffenden Branche und Wirtschaftsregion üblicherweise gezahlten Tariflohns (BAG 22.4.2009 – 5 AZR 436/08, NZA 2009, 837) bzw des allgemeinen Lohnniveaus für die ausgeübte Tätigkeit im Wirtschaftsgebiet erreicht (BAG 23.5.2001 – 5 AZR 527/99, BeckRS 2009, 52775). Eine sittenwidrige Provisionsabrede wird durch einen üblichen (Fest-)Lohn nach § 612 Abs. 2 BGB ersetzt. 16

Ändert der Arbeitgeber nachträglich sein Vertriebssystem bzw seine Vertriebsstruktur, besteht grds. kein Schadensersatzanspruch des Arbeitnehmers. Denn eine Verpflichtung des Arbeitgebers, an einem bestimmten Vertriebssystem oder einer bestimmten Vertriebsstruktur festzuhalten oder dieses unverändert im bisherigen Umfang fortzuführen besteht nur dann, wenn dies Inhalt des Arbeitsvertrages geworden ist, woran es in der Regel fehlen wird. Auch aus der allgemeinen Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Interessen des Arbeitnehmers (§ 241 Abs. 2 BGB) kann die Pflicht, ein bestimmtes Vertriebssystem unverändert beizubehalten oder zu unterhalten, grundsätzlich nicht abgeleitet werden (BAG 16.2.2012 – 8 AZR 242/11, BeckRS 2012, 71039).

17 **cc) Entstehen des Anspruchs. (1) Allgemeines.** Ein Provisionsanspruch entsteht, wenn **aufgrund einer Vermittlungstätigkeit** des Arbeitnehmers ein Geschäft zwischen dem Arbeitgeber und einem Dritten zustande kommt.

18 **(2) Bestand eines Arbeitsvertrages.** Anspruchsvoraussetzung für die Provisionszahlung ist grds. der **Bestand eines Arbeitsverhältnisses mit Provisionszusage** zum Zeitpunkt der provisionspflichtigen Tätigkeit. Gem. § 87 Abs. 1 HGB iVm § 6 HGB muss das provisionspflichtige Geschäft während des Vertragsverhältnisses abgeschlossen sein. Ein **faktisches Arbeitsverhältnis** ist dafür ausreichend (Küttner/Griese 345 Provision Rn 5). Das provisionspflichtige Geschäft muss allerdings nicht während des Arbeitsverhältnisses ausgeführt worden sein. Auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses wird ein Provisionsanspruch fällig (Schütte/Schlegel in: HK-ArbR HGB § 87 Rn 2).

19 **(3) Vermittlungstätigkeit des Arbeitnehmers.** Das Zustandekommen eines rechtswirksamen Vertrages zwischen dem Arbeitgeber und einem Dritten muss auf eine **Tätigkeit des Arbeitnehmers** zurückzuführen sein, wobei eine Mitursächlichkeit ausreichend ist (BAG 22.1.1977 – 3 AZR 42/70, BB 1971, 779; Schütte/Schlegel in: HK-ArbR HGB § 87 Rn 6). Der Arbeitnehmer hat die (Mit-)Verursachung zu beweisen (ErfK/Oetker § 87 HGB Rn 9). Gem. § 87 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 HGB ist ein Kausalzusammenhang zwischen der Tätigkeit des Arbeitnehmers und dem erfolgten Geschäftsabschluss nicht erforderlich, wenn der Arbeitnehmer den **Kunden zuvor neu geworben** hat und ohne ein Mitwirken des Arbeitnehmers ein gleichartiges Geschäft abgeschlossen wurde. Damit soll der Arbeitnehmer auch von Verträgen profitieren, die mit von ihm neu geworbenen Kunden später abgeschlossen worden sind, also von **Nachbestellungen** und **Folgeaufträgen** (Schütte/Schlegel in: HK-ArbR HGB § 87 Rn 8). Die Anwendung von § 87 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 HGB kann jedoch ausgeschlossen werden. Der Arbeitgeber ist jedoch ohne entsprechende vertragliche Vereinbarung nicht verpflichtet, die **Betriebsorganisation** so beizubehalten, dass sich die Höhe des erfolgsabhängigen Entgelts der variabel vergüteten Arbeitnehmer nicht verändert (BAG 16.2.2012 – 8 AZR 98/11). Es entspricht vielmehr dem Wesen des variablen Entgeltbestandteils, von der jeweiligen Stärke der Einflüsse und Bedingungen des Marktes sowie der Vertriebsorganisation des Arbeitgebers oder von Umständen, die in der Person des Arbeitnehmers begründet sind, abzuhängen.

20 Durch eine ausdrückliche vertragliche Vereinbarung kann zudem eine **Bezirksprovision** bzw ein **Kundenkreisschutz** vereinbart werden. Nach § 87 Abs. 2 HGB hat der Arbeitnehmer in einem solchen Fall Anspruch auf Provision für Geschäfte, die „ohne seine Mitwirkung mit Personen seines Bezirks oder seines Kundenkreises während des Vertragsverhältnisses abgeschlossen werden“. Der zugewiesene Bezirk kann nur im Rahmen des Direktionsrechts geändert werden, wenn ein entsprechender Vorbehalt vorgesehen ist, durch den darüber hinaus nicht der Kündigungsschutz gegen Änderungskündigungen (§ 2 KSchG) umgangen wird.

21 **(4) Geschäftsausführung durch den Arbeitgeber.** Ein Provisionsanspruch entsteht gem. § 87 a Abs. 1 HGB grds. dann, wenn das vermittelte Geschäft **ausgeführt** worden ist. Das ist der Fall, wenn der Arbeitgeber die geschuldete Leistung erbracht hat, was bei einem Warenverkaufsgeschäft mit Warenlieferung der Fall ist (Schütte/Schlegel in: HK-ArbR HGB § 87 a Rn 2). Dabei ist nicht entscheidend, ob die Ware mangelhaft ist (ErfK/Oetker § 87 a HGB Rn 2). Bei teilweiser Leistungserbringung entsteht ein teilweiser Provisionsanspruch. Wird kraft einer gesetzlichen Vorschrift oder Vereinbarung anstelle der geschuldeten Leistung eine **andere Leistung** erbracht oder **Schadensersatz statt der Leistung** gezahlt, gilt das Geschäft ebenfalls als ausgeführt (Schütte/Schlegel in: HK-ArbR HGB § 87 a Rn 2).

22 **(5) Provisionsanspruch bei Zahlung des Kaufpreises.** In der Praxis wird jedoch häufig von den Bestimmungen des § 87 a HGB abgewichen, indem der Arbeitnehmer den Provisionsanspruch erst bei **Zahlung des Kaufpreises** erhalten soll. In einem solchen Fall hat der Arbeitnehmer gem. § 87 a Abs. 1 S. 2 HGB Anspruch auf einen **angemessenen Vorschuss**. Für die Bewertung, ob ein Vorschuss angemessen ist, ist sowohl auf die Interessen des Arbeitgebers als auch die des Arbeitnehmers abzustellen. Im Rahmen einer solchen Abwägung ist die Solvenz des Arbeitgebers zu berücksichtigen, aber auch, ob der Arbeitnehmer bereits erhebliche Aufwendungen hatte (Schütte/Schlegelin: HK-ArbR HGB § 87 a Rn 4).

(6) Provisionsansprüche nach Beendigung des Arbeitsvertrages. Darüber hinaus kann ein Arbeitnehmer gem. § 87 Abs. 3 S. 1 HGB auch Anspruch auf eine sog. **Überhangprovision** haben. Voraussetzung dafür ist, dass der Arbeitnehmer während des bestehenden Arbeitsverhältnisses ein provisionspflichtiges Geschäft **vermittelt** (Nr. 1 Fall 1) oder **so vorbereitet**, dass der Abschluss überwiegend auf seine Tätigkeit zurückzuführen ist (Nr. 1 Fall 2; Schütte/Schlegel in: HK-ArbR HGB § 87 Rn 11). In einem solchen Fall kann er gem. § 87 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 HGB auch **nach Beendigung des Arbeitsvertrages** die Provision verlangen, sofern das Geschäft **angemessene Zeit** nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses tatsächlich zustande gekommen ist. 23

Nicht unter § 87 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 HGB fallen **Nachbestellungen** und **Folgeaufträge**. Diese Verträge werden bereits von § 87 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 HGB erfasst. § 87 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 HGB bezieht sich insb. auf Rahmen- bzw Bezugsverträge, die immer neue Vertragsabschlüsse voraussetzen (Schütte/Schlegel in: HK-ArbR HGB § 87 Rn 11). 24

Ein Provisionsanspruch nach § 87 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 HGB entsteht, wenn **vor Beendigung des Arbeitsvertrages** ein **annahmefähiges Angebot** auf den Abschluss eines provisionspflichtigen Geschäfts beim Arbeitgeber eingeht. Möglicherweise ist eine solche Überhangprovision gem. § 87 Abs. 3 S. 2 HGB zu teilen. 25

Die Überhangprovision kann nicht vollständig ausgeschlossen werden. Ein solcher Ausschluss ist nicht mit § 307 Abs. 1 BGB zu vereinbaren (BAG 20.2.2008 – 10 AZR 125/07, NZA 2008, 1124). 26

(7) Provisionsabrechnung/Fälligkeit. Gem. §§ 87 c, 65 HGB hat der Arbeitnehmer gegen den Arbeitgeber Anspruch auf Provisionsabrechnung. Diese Provisionsabrechnung hat grds. **monatlich** zu erfolgen, kann durch vertragliche Vereinbarung gem. § 87 c Abs. 1 S. 1 HGB jedoch **auf drei Monate ausgeweitet** werden. Entstandene Provisionsansprüche sind unverzüglich, spätestens jedoch zum Ablauf des Folgemonats, abzurechnen. Die Abrechnung hat Name oder Kennziffer des Kunden, Art und Menge der verkauften Waren oder Dienstleistung, den Wert der Geschäfte, die Geschäftsausführung und die Höhe der Provision zu enthalten. Gem. § 87 a Abs. 4 HGB wird der Provisionsanspruch **am letzten Tag des Monats fällig**, in dem abzurechnen ist. 27

dd) Anspruchskürzungen und -ausschlüsse. Aufgrund des reinen Entgeltcharakters von Provisionszahlungen können Provisionszahlungen nicht unter eine **Rückzahlungsklausel** gestellt werden (→ *Rückzahlungsklausel*). Auch ein **Freiwilligkeitsvorbehalt** ist wegen des reinen Entgeltcharakters bei Provisionszahlungen nicht möglich (→ *Freiwilligkeitsvorbehalt*). Ein Provisionsanspruch kann nicht unter die Voraussetzung gestellt werden, dass das Arbeitsverhältnis für einen bestimmten Zeitpunkt fortbesteht; eine solche **Bindungsklausel** ist eine unzulässige Kündigungserschwerung (BAG 20.8.1996 – 9 AZR 471/95, NZA 1996, 1151; → *Stichtagsklausel*). Des Weiteren ist eine Betriebsvereinbarung, in welcher die Zahlung der Provision unter die auflösende Bedingung des Bestehens eines arbeitnehmerseitig ungekündigten Arbeitsverhältnisses zu einem bestimmten Stichtag nach Ablauf des Leistungszeitraums gestellt wird, unzulässig (BAG 12.4.2011 – 1 AZR 412/09, NZA 2011, 989). Eine solche Regelung beschränkt die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsfreiheit in unverhältnismäßig hohem Maße. 28

Bei einem **Widerrufsvorbehalt** darf der widerrufliche Teil nicht über 25 % der Gesamtvergütung liegen (→ *Widerrufsvorbehalt* Rn 9).

d) Urlaubs- und Krankheitszeiten. aa) Tantieme. Da es bei einer Tantieme nicht auf die persönliche Arbeitsleistung ankommt, ist eine Tantieme während **Krankheitszeiten** nicht zu kürzen (Schöne in: NK-ArbR BGB § 611 Rn 725). Allerdings muss der Arbeitnehmer für einen Tantiemeanspruch während des Bezugszeitraums überhaupt gearbeitet haben (Schöne in: NK-ArbR BGB § 611 Rn 725). War der Arbeitnehmer während des gesamten Bezugszeitraums arbeitsunfähig erkrankt, hat er keinen Zahlungsanspruch (BAG 8.9.1998 – 9 AZR 273/97, AP § 611 BGB Tantieme Nr. 2). 29

Da die Tantieme unabhängig von der persönlichen Arbeitsleistung gezahlt wird, ist sie bei der Berechnung des **Urlaubsentgelts** nicht zu berücksichtigen (ErfK/Dörner/Gallner § 11 BUrlG Rn 6). 30

31 **bb) Provision.** Während **Entgeltfortzahlungszeiten** ist gem. § 4 Abs. 1 a S. 2 EFZG der in der regelmäßigen Arbeitszeit erzielbare Provisionsdurchschnitt zugrunde zu legen. Während des **Urlaubs** ist gem. § 11 BUrlG der Provisionsanspruch der letzten abgerechneten 13 Wochen vor Urlaubsantritt zu zahlen (BAG 11.4.2000 – 9 AZR 266/99, NZA 2001, 153). Werden während des Urlaubszeitraums Provisionen fällig, sind diese abzurechnen und dürfen nicht auf das Urlaubsentgelt angerechnet werden (BAG 5.2.1970 – 5 AZR 223/69, DB 1970, 787). Bei der Ermittlung der Durchschnittsprovision sind Provisionen gem. § 87 Abs. 2 HGB nicht zu berücksichtigen (BAG 11.4.2000 – 9 AZR 266/99, NZA 2001, 153). Durch Tarifvertrag können abweichende Berechnungsmethoden gem. § 13 BUrlG auch zuungunsten des Arbeitnehmers vereinbart werden.

32 **e) Zielvereinbarung.** Eine variable Vergütung kann auch in einem **Bonus** bestehen, der sich nach zuvor in einer **Zielvereinbarung** festgelegten Zielen bestimmt. In einer Zielvereinbarung können persönliche Ziele und Unternehmensziele miteinander verbunden werden. Siehe im Einzelnen → *Zielvereinbarung*.

33 **f) Long-Term-Incentive-Plan.** Eine besondere Form der variablen Vergütung ist der Long-Term-Incentive-Plan (LTIP). Durch LTIP werden Mitarbeiter mit langanhaltenden Anreizen am Unternehmenserfolg beteiligt. Begünstigt werden regelmäßig Mitarbeiter in Führungspositionen sowie besonders begabte und leistungsbereite Mitarbeiter. LTIP beinhalten meist reale Aktienoptionen (→ *Aktienoptionen*) oder fiktive Aktienoptionen (sog. Stock Appriciation Rights „SARs“). Auch vom Arbeitgeber gewährte (reale und fiktive) Aktienoptionen unterliegen zwar einer Inhaltskontrolle nach den §§ 305 ff BGB. Allerdings gelangen die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zu Bindungs- und Verfallklauseln von Sondervergütungen nicht auf Aktienoptionen zur Anwendung. Denn Aktienoptionen haben einen hohen spekulativen Charakter, weshalb die Regel „je mehr Optionsrechte, desto länger die Bindungsdauer“ nicht gelten kann (BAG 28.5.2008 – 10 AZR 351/07, NZA 2008, 1066). Deshalb sind Regelungen, nach denen Bezugsrechte erst nach Ablauf einer Wartezeit und bei Vorliegen der Ausübungsvoraussetzungen nur während bestimmter Ausübungszeiträume ausgeübt werden dürfen, wirksam und interessengerecht. Das gilt auch für die Anknüpfung der Ausübung an ein ungekündigtes Arbeitsverhältnisses. Sonderzahlungen im herkömmlichen Sinne bieten sich hingegen nicht für LTIP an. Denn mit Sonderzahlungen können nicht besonders leistungsbereite Arbeitnehmer begünstigt werden (BAG 1.4.2009 – 10 AZR 353/08, NZA 2009, 1409). Sonderzahlungen, die mehr als 25 % der Gesamtvergütung ausmachen, können ferner nicht rechtssicher mit Stichtags- und Rückzahlungsklauseln verbunden (BAG 24.10.2007 – 10 AZR 825/06, NZA 2008, 40) und, wenn sie Vergütung für geleistete Arbeit darstellen, nicht an den Bestand des Arbeitsverhältnisses zum Auszahlungsstichtag geknüpft werden (BAG 18.1.2012 – 10 AZR 667/10, NZA 2012, 620) (→ *Sonderzahlungen*).

III. Kollektivarbeitsrecht

1. Akkordlohn und Prämienentgelt

34 Für leistungsbezogene Entgelte sieht § 87 Abs. 1 Nr. 11 BetrVG ein **zwingendes Mitbestimmungsrecht** des Betriebsrats vor, sofern keine tarifvertragliche Regelung besteht. Im Geltungsbereich des § 87 BetrVG sollen einvernehmliche Regelungen vereinbart werden, die notfalls von beiden Betriebsparteien über ein Einigungsstellenverfahren erzwungen werden können (Weslau in: NK-ArbR BetrVG § 87 Rn 1).

35 Für das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats in Bezug auf einen **Akkordlohn** s. → *Akkordarbeit* Rn 23. Ein **Prämienentgelt** fällt nach der Rechtsprechung des BAG unter das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats aus § 87 Abs. 1 Nr. 11 BetrVG, wenn die Prämienhöhe „proportional der Leistung des Arbeitnehmers ist und sich deshalb jede Änderung der Arbeitsleistung unmittelbar auf die Höhe des gezahlten Entgelts auswirkt“ (BAG 15.5.2001 – 1 ABR 39/00, NZA 2001, 1154–1157). Ein solcher **Leistungszusammenhang** ist insb. gegeben, wenn Bezugsgröße für die Prämienhöhe die Arbeitsmenge, die Qualität der Arbeitsausführung, die wirtschaftliche Nutzung von Betriebsmitteln oder die termingerechte Erfüllung von Aufträgen ist. Leistungsunabhängige Prämien (zB Treue- und Anwesenheitsprämien) fallen nicht unter den Tatbestand des § 87 Abs. 1 Nr. 11 BetrVG, sondern unter den des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG (Kohte in: HaKo-BetrVG § 87 Rn 143; → *Sonderzahlungen* Rn 37). Im Gegensatz zum Mitbestimmungsrecht aus § 87

Abs. 1 Nr. 10 BetrVG ist das Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs. 1 Nr. 11 BetrVG für leistungsbezogene Entgelte erweitert, da es sich auch auf die „**Geldfaktoren**“ erstreckt: Wie beim Akkordlohn sind von diesem Mitbestimmungsrecht die Festsetzung der Prämiensätze einschließlich aller Faktoren, die für die Ermittlung und Berechnung des Prämienentgelts von Bedeutung sind, erfasst (Kohte in: HaKo-BetrVG § 87 Rn 142).

2. Tantieme

36 Eine Tantieme fällt nicht unter das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 11 BetrVG, da es sich bei der Tantieme **nicht** um ein **leistungsbezogenes Entgelt** iSd Vorschrift handelt. Bei der Tantieme findet kein Vergleich zwischen der Ist-Leistung des betreffenden Arbeitnehmers mit einer Soll-Leistung statt, nach der die Höhe dieses Vergütungsbestandteils bemessen wird (LAG München 1.7.2004 – 3 TaBV 53/03). Soweit es sich bei der Tantieme um eine kollektive und nicht um eine individuelle Vereinbarung handelt, fällt sie jedoch als **allgemeiner Entlohnungsgrundsatz** unter § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG (BAG 20.1.1989 – 9 AZR 698/96, NZA 1998, 1237–1239).

3. Provision

37 Eine reine **Abschlussprovision** fällt nicht unter den Mitbestimmungstatbestand des § 87 Abs. 1 Nr. 11 BetrVG. Denn eine Abschlussprovision ist kein vergleichbares, leistungsbezogenes Entgelt iSv § 87 Abs. 1 Nr. 11 BetrVG (BAG 13.3.1984 – 1 ABR 57/82, NZA 1984, 296–298). Ein mit dem Akkord- und Prämienlohn vergleichbares, leistungsbezogenes Entgelt liegt nur vor, wenn die Leistung des Arbeitnehmers mit einer Bezugsleistung verglichen und am Verhältnis der gezeigten Leistung zur Bezugsleistung ein bemessenes Entgelt für eben diese gezeigte Leistung gezahlt wird (BAG 22.10.1985 – 1 ABR 67/83, NZA 1986, 296–299). Im konkreten Einzelfall kann durch die entsprechende Ausgestaltung einer Provisionsregelung jedoch ein solcher Leistungsbezug bestehen, wodurch ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 11 BetrVG entstehen würde (Kohte in: HaKo-BetrVG § 87 Rn 143).

38 Provisionen fallen jedoch idR unter den Mitbestimmungstatbestand des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG, wovon auch die Festlegung von Provisionsgruppen bzw Provisionspunkten erfasst ist (BAG 26.7.1988 – 1 AZR 54/87, NZA 1989, 109–111).

IV. Prozessuale Hinweise

1. Akkordlohn

39 Für die Antragstellung bei einer Klage auf Akkordlohn gelten grds. die gleichen Grundsätze wie bei den übrigen Vergütungsansprüchen. Ein Akkordlohn ist mit einer bezifferten **Leistungsklage** einzuklagen (s. iÜ → *Akkordarbeit* Rn 26).

2. Prämienentgelt

40 Auch das Prämienentgelt ist im Wege der **Leistungsklage** durch einen bezifferten Leistungsantrag einzuklagen. Kann der Arbeitnehmer die Forderung nicht beziffern, so muss er im Wege der **Stufenklage** zunächst Auskunft verlangen, damit er danach seinen Vergütungsanspruch abschließend beziffern kann. Sind selbst die Rechnungsfaktoren für den Prämienlohn zwischen den Parteien streitig, kommt eine Feststellungsklage in Betracht. Siehe iÜ → *Arbeitsentgelt* Rn 71.

3. Tantieme

41 Tantiemeansprüche sind ebenfalls im Wege der **Leistungsklage** beziffert einzuklagen. Fehlen dem Arbeitnehmer für einen derartig bezifferten Leistungsantrag die Informationen, kommt auch hierfür eine **Stufenklage** in Betracht, durch die der Arbeitnehmer zunächst auf Auskunft klagt, um mit diesen Informationen seinen Leistungsantrag beziffern zu können. Siehe iÜ → *Arbeitsentgelt* Rn 71.

4. Provision

42 **a) Anspruch auf Abrechnung.** Ein auf Provisionsbasis arbeitender Mitarbeiter hat zunächst gegen den Arbeitgeber gem. § 87 c Abs. 1 HGB Anspruch auf Abrechnung, den er ebenfalls im Wege der **Leistungsklage** gegenüber dem Arbeitgeber geltend machen kann.

43 **b) Anspruch auf Buchauszug.** Darüber hinaus hält § 87 c Abs. 2 HGB für den Arbeitnehmer gegen den Arbeitgeber einen **Hilfsanspruch** auf Erstellung eines **Buchauszugs** bereit. Bei einem Buchauszug handelt es sich um eine geordnete Zusammenstellung aller Angaben aus den Geschäftsbüchern und Geschäftspapieren des Unternehmens, die für die Berechnung, Höhe und Fälligkeit der Provision bedeutsam seien können (BGH 21.3.2001 – VII ZR 49/99, NJW 2001, 2333). Die Ansprüche auf Abrechnung und Erteilung eines Buchauszugs können zeitgleich geltend gemacht werden. Eine Reihenfolge ist im Gesetz nicht vorgesehen (LAG Mecklenburg-Vorpommern 15.11.2005 – 5 Sa 4/05). In der Rechtsprechung wird teilweise gefordert, dass in dem Antrag auf Erteilung eines Buchauszugs konkret angegeben wird, welchen Inhalt der Buchauszug haben soll (Saarländisches OLG 15.6.2001 – 1 U 78/01, NJW-RR 2002, 34).

44 **c) Eidesstattliche Versicherung.** Ob daneben noch ein Anspruch auf Abgabe einer **eidesstattlichen Versicherung** (§ 259 Abs. 2 BGB) besteht, ist umstritten, da ein solcher Anspruch in der grds. spezielleren Regelung des § 87 c HGB nicht vorgesehen ist. Ein solcher Anspruch besteht allenfalls, wenn trotz Einsichtnahme in die Bücher keine Klarheit geschaffen worden ist (BGH 16.5.1960 – VII ZR 206/59, NJW 1960, 1662). Unzulässig ist ein derartiger Antrag jedoch nicht, sondern allenfalls unbegründet.

45 **d) Auskunftsanspruch.** Aus § 87 c Abs. 3 HBG hat der Arbeitnehmer darüber hinaus einen **Auskunftsanspruch** über alle Umstände, die für den Provisionsanspruch, seine Fälligkeit und seine Berechnung wesentlich sind. Dadurch wird der Anspruch auf Erteilung einer Abrechnung und eines Buchauszugs ergänzt (BGH 21.3.2001 – VIII ZR 149/99, NJW 2001, 2333). Dieser Auskunftsanspruch kann neben den übrigen Ansprüchen gestellt werden.

46 **e) Einsicht in Geschäftsbücher oder sonstige Unterlagen.** Hilfsweise für den Fall, dass Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der Abrechnung und des Buchauszugs bestehen, kann der Arbeitnehmer beantragen, dass nach Wahl des Arbeitgebers entweder dem Arbeitnehmer oder einem von ihm zu bestimmenden **Wirtschaftsprüfer** oder **vereidigten Buchsachverständigen** Einsicht in die Geschäftsbücher oder in sonstige Urkunden zu gewähren ist, § 87 c Abs. 4 HGB.

47 **f) Zahlungsklage.** Im Wege der **Stufenklage** kann der Arbeitnehmer darüber hinaus auch auf **Zahlung** klagen. Dieser Zahlungsanspruch richtet sich dann nach der Abrechnung/dem Buchauszug/der Auskunft gegenüber dem Arbeitnehmer.

48 **g) Rückzahlungsansprüche des Arbeitgebers.** Bei **Rückzahlungsansprüchen** des Arbeitgebers (zB wegen unberechtigter Provisionsvorschüsse) ist § 26 SGB IV zu beachten. Der Arbeitgeber hat grds. einen Anspruch auf Rückerstattung des überzahlten Bruttobetrages (zB bei unberechtigten Provisionsvorschüssen). Hinsichtlich der zu Unrecht entrichteten Sozialversicherungsbeiträge hat der Arbeitgeber auf Erstattung aus § 26 Abs. 2 SGB IV zu klagen (→ *Sonderzahlungen* Rn 39). Eine Rückforderung der zu viel geleisteten Nettobeträge kann auch im Wege der Aufrechnung erfolgen, allerdings nur unter Beachtung der Pfändungsfreigrenzen.

49 Der Arbeitgeber kann einen Rückzahlungsanspruch nicht darauf stützen, dass der Arbeitnehmer eine ihm übersandte Provisionsabrechnung nicht innerhalb einer bestimmten Frist widersprochen hat. **Saldoanerkenntnisse** und sonstige Anerkennungsklauseln sind rechtsunwirksam (BAG 23.3.1982 – 3 AZR 637/79, DB 1982, 2249–2251). Wird der Rückzahlungsanspruch auf eine **Stornierung von Verträgen** gestützt, muss der Arbeitgeber darlegen und beweisen, dass er seine Nachbearbeitungspflichten erfüllt hat. Dabei muss er den Nachweis im Einzelfall für jede konkrete Nachbearbeitungsmaßnahme erbringen (BGH 19.11.1982 – I ZR 125/80, MDR 1983, 728).

V. Lohnsteuerrecht *(Esskandari)*

Arbeitslohn sind alle Einnahmen, die dem Arbeitnehmer für eine Beschäftigung – veranlasst durch das individuelle Dienstverhältnis – zufließen. Ob die Einnahmen leistungsabhängig sind oder nicht, spielt zunächst einmal für ihre lohnsteuerliche Einordnung keine Rolle, es gelten also die **allgemeinen Regeln** (→ *Arbeitsentgelt* Rn 78 ff). Bei der Besteuerung der leistungsabhängigen Vergütung ist allerdings zwischen **laufendem Arbeitslohn** und einmaligen Lohnzahlungen als **sonstige Bezüge** (→ *Arbeitsentgelt* Rn 78; → *Sonderzahlungen* Rn 40 ff) zu **unterscheiden**. Bei der Besteuerung **grenzüberschreitender Sachverhalte** (grundlegend → *Arbeitsentgelt* Rn 98 ff) ist zu beachten, dass für die Zuweisung der Besteuerungsrechte zwischen den betroffenen Staaten nachträglich gewährte, jahresbezogene Erfolgsvergütungen nach den Verhältnisses des Zeitraums zuzuordnen sind, für den sie gewährt werden (BFH 27.1.1972 – I R 37/70, BStBl. II 1972, 459 = DB 1972, 1098). 50

VI. Sozialversicherungsrecht *(Sartorius)*

Variable Vergütungsbestandteile sind **beitragspflichtiges Arbeitsentgelt**, da sie laufende oder einmalige Einnahmen aus der Beschäftigung sind. Bei der zeitlichen Zuordnung ist zwischen Einmalzahlungen (vgl. § 23 a SGB IV) und Zahlungen aus laufendem Arbeitsentgelt zu unterscheiden. Die Zuordnung beim laufenden Arbeitsentgelt erfolgt monatlich. Siehe iÜ → *Arbeitsentgelt* Rn. 81 ff. 51

Bei der hier erforderlichen Abgrenzung ist danach zu differenzieren, inwieweit die Zuwendung einer spezifischen Arbeitsleistung einem konkreten Entgeltabrechnungszeitraum zuzuordnen ist oder ob dies nicht möglich ist.

Richtigerweise ist § 23 a SGB IV nicht so zu verstehen, dass der Zeitpunkt der Auszahlung das entscheidende Merkmal für die Einordnung als einmalig gezahltes Arbeitsentgelt ist.

Ausschlaggebend ist vielmehr, inwiefern die fragliche Zuwendung Vergütung für **in einem konkreten Abrechnungszeitraum geleistete Arbeit** darstellt oder ob eine solche Verknüpfung nicht besteht, was beispielsweise bei jährlich gezahlten Sonderzuwendungen anzunehmen ist (BSG 3.6.2009 – B 12 R 12/07, BSGE 103, 229-235).

Unter **laufendem Arbeitsentgelt** sind zum Beispiel Akkordspitzen oder Zuschläge für Nacht- und Mehrarbeit zu verstehen. Diese Qualifizierung bleibt sogar dann unverändert, wenn diese Zahlungen – aufgrund eines besonderen Abrechnungsverfahrens – nicht monatlich, sondern erst nach Erreichen bestimmter Stichtage – sprich in größeren Zeitabschnitten – abgerechnet werden (BSG 15.05.1984 – 12 RK 28/83, NZA 1985, 102). 52

Auch im Fall von Nachzahlungen ist von laufendem Arbeitsentgelt auszugehen, wenn es in mehreren einzelnen Abrechnungszeiträumen erarbeitet, aber in einer Summe gezahlt worden und dann auf die Zeiträume zu verteilen ist, in denen es erarbeitet wurde.

Liegen hingegen Zuwendungen vor, die nicht ausschließlich durch die Arbeit in konkreten Abrechnungszeiträumen erworben worden sind, lässt das Gesetz entsprechend ihrer Eigenschaft als allgemeine Zuwendung für größere Zeiträume eine Verteilung auf zurückliegende Abrechnungszeiträume zu. Typische Anwendungsfälle des **einmalig gezahlten Arbeitsentgelts** sind zusätzliche 13. und 14. Monatsgehälter, Weihnachts- und Urlaubsgeld oder ein Jahresbonus (BSG 7.2.2002 –B 12 KR 12/01 R, NZS 2002, 593). 53

Bei leistungsbezogenem Entgelt, dessen Auszahlung durch die Verwirklichung von zuvor für die Zukunft vereinbarter Ziele bedingt ist und als variables Entgelt während des Geschäftsjahres in gleich hohen Abschlagszahlungen und nach Ablauf des Geschäftsjahres in einer Endzahlung erbracht wird, ist insgesamt von einer Einmalzahlung auszugehen (BSG 3.6.2009 – B 12 R 12/07, BSGE 103, 229-235).

Relevant ist die Einteilung zwischen Einmalzahlung und laufend gezahltem Arbeitsentgelt insbesondere für die Beurteilung der Frage, ob die **Geringfügigkeitsgrenze** überschritten wird und damit Versicherungs- 54

pflicht (gegebenenfalls nachträglich) eintritt. Dabei sind auch tarifliche Sonderzahlungen zu berücksichtigen (BSG 14.7.2004 – B 12 KR 7/04 R, NZS 2005, 433).

55 Die Unterscheidung zwischen der Einmalzahlung und dem laufend gezahlten Arbeitsentgelt wirkt sich in der Praxis auch dadurch aus, dass insoweit **verschiedene Verteilungsmaßstäbe** gelten. Demnach ist laufend gezahltes Arbeitsentgelt dem Zeitraum zuzuordnen, in dem es verdient wurde. Soweit auch Nachzahlungen in diesem Zusammenhang zu berücksichtigen sind (vergleiche insofern obige Ausführungen), so ist dieses Entgelt auf die konkreten Zeiträume zu verteilen, in denen es jeweils erwirtschaftet wurde.

Der Verteilungsmaßstab für einmalig gezahltes Entgelt richtet sich nach § 23 a SGB IV (vgl. insoweit auch → *Sonderzahlungen* Rn. 46). Hiernach wird eine Einmalzahlung grundsätzlich dem Kalendermonat zugerechnet, in welchem sie gezahlt wurde, § 23 a Abs. 1 Satz 2 SGB IV. Hiervon abweichende Regelungen enthalten die Absätze 2 bis 4 des § 23 a SGB IV.