

# Entscheidungen kommentiert

## Bezugnahme auf Tarifvertrag – Tarifwechselklausel

§§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 TVG;  
§ 613a Abs. 1 Satz 1 BGB

**Große dynamische Bezugnahme Klauseln (Tarifwechselklauseln) erfassen nicht nur benannte Tarifverträge einer Branche oder bestimmter Tarifvertragsparteien, sondern nehmen vorsorglich auch andere Tarifverträge in Bezug, an die der Arbeitgeber zukünftig gebunden ist.**

(Leitsatz des Bearbeiters)

**BAG, Urteil vom 13.5.2020 – 4 AZR 528/19**

### PROBLEMPUNKT

Der Kläger, der Mitglied der IG Metall ist, war seit 2014 bei der Rechtsvorgängerin der Beklagten, der S GmbH, beschäftigt. Nach § 4 seines Arbeitsvertrags wurde er dort „auf Basis der derzeit bei der Gesellschaft zur Anwendung kommenden Tarifverträge“ eingestuft. Der Arbeitsvertrag verwies konkret auf das „Tarifgehalt EG 10“ i. H. v. seinerzeit 3.029 Euro. Nach § 2 des Arbeitsvertrags galten „neben den Regelungen dieses Vertrags die für die Gesellschaft jeweils geltenden Tarifverträge in ihrer jeweils geltenden Fassung.“ Im Zeitpunkt des Arbeitsvertragschlusses wandte die S GmbH im Wesentlichen die jeweiligen Lohn- und Gehaltsabkommen der Metall- und Elektroindustrie NRW an. Die Gesellschaft war zu dieser Zeit nicht tarifgebunden. Am 1.1.2017 ging das Arbeitsverhältnis des Klägers im Wege eines Betriebsteilübergangs auf die Beklagte über. Im Anschluss schloss die Beklagte mit der IG Metall einen Firmentarifvertrag ab, der abweichend von den Verbandstarifverträgen für die Metall- und Elektroindustrie NRW eine Erhöhung des Tarifentgelts i. H. v. nur 1,3 % ab dem 1.4.2017 vorsah. Der Kläger war der Auffassung, aufgrund seiner arbeitsvertraglichen Bezugnahme seien die Flächentarifverträge zeitdynamisch auf sein Arbeitsverhältnis anwendbar und gingen insoweit dem von der Beklagten abgeschlossenen Firmentarifvertrag vor.

### ENTSCHEIDUNG

Die Revision des Klägers hatte nur zum Teil Erfolg. Die einzelvertragliche Bezugnahme fand nur bis zum 31.3.2017 Anwendung. Nach § 4 Abs. 1 des Arbeitsvertrags galten bei Vertragsschluss die „derzeit bei der Gesellschaft zur Anwendung kommenden Tarifverträge“. Die S GmbH war bei Vertragsschluss nicht normativ an die von ihr angewandten Flächentarifverträge der Metall- und Elektroindustrie NRW gebunden. Die Tarifverträge fanden daher zunächst aufgrund der vertraglichen Bezugnahme in § 4 des Arbeitsvertrags Anwendung. Da die Vertragsklausel auch einen festen Entgeltbetrag als Tarifgehalt festlegt, handelte es sich um eine dynamische Bezugnahme, sodass grundsätzlich auch zukünftige Entgeltentwicklungen in Bezug genommen sind. Diese Auslegung entsprach zudem der gelebten Vertragspraxis der Vertragsparteien.

Ab dem 1.4.2017 galt bei der Beklagten jedoch der in 2017 abgeschlossene Firmentarifvertrag. § 2 Abs. 1 des Arbeitsvertrags enthielt in diesem Zusammenhang eine sog. große dynamische Bezugnahme Klausel, nach der auf das Arbeitsverhältnis die für die Gesellschaft jeweils geltenden Tarifverträge in ihrer jeweils geltenden Fassung Anwendung finden. Diese Tarifwechselklausel führte dazu, dass die vertragliche Inbezugnahme der Flächentarifverträge der Metall- und Elektroindustrie NRW nur für den Zeitraum galt, in dem die Arbeitgeberin nicht tarifgebunden war. Denn die vertragliche Bezugnahme galt ausdrücklich nur für die bei Vertragsschluss anwendbaren Tarifverträge. Die in diesem Sinne zu verstehende Bezugnahmeregelung des Arbeitsvertrags ist am 1.1.2017 im Rahmen des Betriebsübergangs gem. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB unverändert auf die Beklagte übergegangen.

### KONSEQUENZEN

Die Entscheidung zeigt anschaulich das Zusammenspiel arbeitsvertraglicher Bezugnahme Klauseln. Die Praxis unterscheidet nach Wirkung der Bezugnahme zwischen sog. statischen, kleinen dynamischen und großen dynamischen Verweisklauseln, wobei Letztere zur besseren Unterscheidung auch Tarifwechselklauseln genannt werden. Statische Verweisklauseln beziehen sich auf einen konkreten Tarifvertrag in einer be-

stimmten Fassung. Fehlt es an der Angabe einer solchen konkreten und nach Datum festgelegten Fassung des einbezogenen Tarifvertrags, ist regelmäßig von einer dynamischen Verweisung auszugehen. Dann gilt für das Arbeitsverhältnis der Tarifvertrag in seiner jeweiligen Fassung und auch künftige Entgeltentwicklungen sind erfasst (BAG, Urt. v. 12.12.2012 – 4 AZR 65/11). Tarifwechselklauseln gehen darüber hinaus und es finden die jeweils für den Betrieb des Arbeitgebers fachlich bzw. betrieblich geltenden Tarifverträge Anwendung.

In der vorliegenden Entscheidung des 4. Senats hatten die Vertragsparteien neben einer kleinen dynamischen Verweisklausel (§ 4 des Arbeitsvertrags) auch eine Tarifwechselklausel (§ 2 des Arbeitsvertrags) vereinbart. Der Arbeitsvertrag war daher danach auszulegen, wie die Klauseln in Einklang zu bringen waren. Da der Arbeitgeber bei Vertragsschluss nicht tarifgebunden war, konnte zu diesem Zeitpunkt nur die dynamische Verweisklausel des § 4 greifen, da die Tarifwechselklausel einen anwendbaren Tarifvertrag voraussetzt. Die Regelung des § 4 war aber ihrerseits begrenzt. Denn die dynamische Verweisung sollte ausdrücklich nur für die bei Vertragsschluss zur Anwendung gelangenden Tarifverträge gelten. Die Beklagte hatte als Rechtsnachfolgerin im Jahr 2017 einen Firmentarifvertrag abgeschlossen. Da der Arbeitgeber damit eine Tarifbindung begründet hatte, hatte nunmehr die vertragliche Tarifwechselklausel des § 2 des Arbeitsvertrags Vorrang. Diese Auslegung des BAG überzeugt im Ergebnis. Der Arbeitgeber hätte sich aber möglicherweise auch nicht wundern dürfen, wenn das Gericht zu dem Ergebnis gelangt wäre, dass die beiden Verweisklauseln des Arbeitsvertrags in ihrer Wirkung intransparent sind. Dann hätte sich im Rahmen der arbeitsvertraglichen AGB im Zweifel die für den Arbeitnehmer günstigere dynamische Verweisklausel durchgesetzt.

### PRAXISTIPP

Enthält der Arbeitsvertrag Bezugnahme Klauseln auf Tarifverträge, müssen die Vertragsparteien diese sorgfältig formulieren. Je nach Wortlaut können die Klauseln statische oder dynamische Wirkung haben. Ausgangspunkt der Überlegungen sollte die beabsichtigte Wirkung der Verweisklauseln sein. Finden sich in dem Arbeitsvertrag sogar mehrere Verweisklauseln, müssen diese aufeinander abgestimmt werden.

*Dr. Ingo Plesterninks, VP HR Mauser International Packaging Solutions, Brühl, sowie Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht, Bonn*

## Einladung von Schwerbehinderten im öffentlichen Dienst

**Öffentliche Arbeitgeber müssen schwerbehinderte oder diesen gleichgestellte Personen nach § 82 Satz 2 SGB IX a. F. zu einem Vorstellungsgespräch einladen. Das gilt auch bei internen Ausschreibungen. Eine Einladung darf nur unterbleiben, wenn der Bewerber für die Stelle offensichtlich fachlich ungeeignet ist.**

(Leitsätze des Bearbeiters)

**BAG, Urteil vom 25.6.2020 – 8 AZR 75/19**

### PROBLEMPUNKT

Die Beklagte ist die Bundesagentur für Arbeit, die über eine Regionaldirektion das Personalmanagement für die Standorte Berlin und Cottbus vornimmt. Dazu gehören auch Stellenbesetzungsverfahren. Sie hat ausschließlich intern zwei Stellen für Personalberater in Berlin und Cottbus ausgeschrieben. Die Stellen haben jeweils identische Anforderungsprofile und werden nach dem gleichen Auswahlverfahren nach gleichlautenden Kriterien besetzt.

Der Kläger ist schwerbehindert und bereits seit vielen Jahren bei der Beklagten beschäftigt. Er hat sich auf die beiden Stellen beworben. In den Bewerbungen wurde auf die Schwerbehinderung ausdrücklich hingewiesen. Im Rahmen des Auswahlverfahrens für die Stelle in Berlin ist der Kläger auch zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen worden. Im Rahmen dieses Verfahrens wurde ihm mitgeteilt, dass die Ergebnisse des Auswahlgesprächs auch in das Stellenbesetzungsverfahren für Cottbus einfließen würden. Eine weitere Einladung sei daher entbehrlich. Der Kläger ist dann auch nicht mehr erneut zum Vorstellungsgespräch eingeladen worden und hat später für beide Stellen eine Absage erhalten. Er ist der Ansicht, dass die Beklagte ihn wegen seiner Schwerbehinderung benachteiligt habe. Er verlangt daher als abgelehnter Stellenbewerber eine Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG. Die Beklagte habe ihn auch im Besetzungsverfahren für die Stelle in Cottbus nach § 82 Satz 2 SGB IX a. F. zu einem Vorstellungsgespräch einladen müssen. Das LAG Berlin-Brandenburg hat dem Kläger eine Entschädigung zugesprochen.

### ENTSCHEIDUNG

Das BAG hat das Urteil auf die Revision der Beklagten aufgehoben. Es liegt keine Benachteiligung wegen der Schwerbehinderung vor. Die Beklagte hat nicht gegen ihre Pflicht zur Einladung des Klägers verstoßen. Die Zahlung einer Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG scheidet daher aus.

Zwar ist die Beklagte als öffentlicher Arbeitgeber zur Einladung des Klägers zum Vorstellungsgespräch verpflichtet gewesen. Dies folgt bereits unmittelbar aus dem eindeutigen Wortlaut des § 82 Satz 2 SGB a. F. Danach muss ein öffentlicher Arbeitgeber, dem die Bewerbung einer fachlich nicht offensichtlich ungeeigneten schwerbehinderten oder dieser gleichgestellten Person zugeht, diese zu einem Vorstellungsgespräch einladen. Etwas anderes würde auch nicht bei einer (ausschließlich) internen Stellenausschreibung gelten, da die gesetzliche Vorgabe keine Beschränkung auf externe Ausschreibungen zulässt. Aus den besonderen Umständen des Einzelfalls folgt jedoch, dass die Beklagte die Verpflichtung zur Einladung des Klägers erfüllt hat. Die Einladung zum Vorstellungsgespräch für die Stelle in Berlin war ausreichend, um die Einladungsverpflichtung für beide Stellen zu erfüllen. Die Stellenbesetzungsverfahren sind hier als Einheit zu betrachten. Beide Stellen hatten ein identisches Anforderungsprofil und sind nach den gleichen Kriterien besetzt worden. Auch ist dieselbe Auswahlkommission der Beklagten zuständig gewesen, sodass eine zweite Vorstellung nicht angezeigt war.

### KONSEQUENZEN

Das Urteil schafft weitere Klarheit für öffentliche Arbeitgeber. Nunmehr ist höchststrichlerlich geklärt, ob das Einladungserfordernis gegenüber schwerbehinderten Stellenbewerbern für öffentliche Arbeitgeber auch bei rein internen Stellenbesetzungsverfahren kommt es nicht an, die Einladungspflicht gegenüber schwerbehinderten Bewerbern bei öffentlichen Arbeitgebern ist umfassend. Die einzige Ausnahme stellt die im Gesetz selbst verankerte fehlende fachliche Eignung dar. Dass diese ihrerseits eng auszulegen ist, wurde inzwischen auch geklärt.

Im Ergebnis stellt die Entscheidung daher keine Überraschung dar. Der Wortlaut des Gesetzes verlangt die Einladung eines schwerbehinderten oder gleichgestellten Stellenbewerbers. Dies bestätigt der Gesetzeszweck. Die Regelung dient dem Schutz schwerbehinderter Bewerber auf Stellen des öffentlichen Dienstes. Die Norm soll dazu beitragen, dass das Bewerbungsverfahren diskriminierungsfrei durchgeführt wird. Eine enge Auslegung verbietet sich vor diesem Hintergrund.

Das Gebot eines diskriminierungsfreien Stellenbesetzungsverfahrens gegenüber schwerbehinderten Bewerbern unterscheidet nicht danach, ob es sich um eine interne oder externe Ausschreibung handelt.

Dass mit der vorliegenden Entscheidung gleichwohl keine Entschädigung zuerkannt wurde, liegt an den besonderen Umständen des Einzelfalls. Einzig wegen dieser Besonderheiten konnte von einer zweiten Einladung zum Vorstellungsgespräch abgesehen werden. Die Stellenbesetzungsverfahren für die beiden Stellen der Beklagten in Berlin und Cottbus konnten als Einheit betrachtet werden. Dieselben Personen in derselben Auswahlkommission des Arbeitgebers waren für beide identischen Stellen zuständig. Da sowohl das Stellenprofil als auch das Verfahren identisch waren, wäre eine zweite Einladung vor dieselben Entscheider eine bloße Förmerei gewesen.

### PRAXISTIPP

Arbeitgeber sind gut beraten, dies als ungewöhnliche Ausnahmekonstellation zu werten, welche den Grundsatz der Verpflichtung zur Einladung bestätigt. Für die Praxis deutlich relevanter ist die Einladungspflicht. Diese hat auch nach neuer Rechtslage nichts an ihrer Bedeutung verloren. Der heute geltende § 165 SGB IX hat an der Rechtslage hierzu nichts geändert. Weder der Wortlaut des Gesetzes noch dessen Sinn und Zweck wurden modifiziert. Das hier vorliegende Urteil ist daher auch nach heutiger Rechtslage zu beachten. Abschließend ist noch darauf hinzuweisen, dass eine Ausdehnung des Anwendungsbereichs des Einladungserfordernisses auf private Arbeitgeber nicht statthaft ist. Nur öffentlichen Arbeitgebern wurde die entsprechende Verpflichtung auferlegt. Der Gesetzgeber betont damit die Vorbildrolle des öffentlichen Dienstes. Eine Ausdehnung des Anwendungsbereichs des § 165 SGB IX über öffentliche Arbeitgeber hinaus erfolgt somit nicht (vgl. BAG, Urt. v. 16.5.2019 – 8 AZR 315/18 m. w. N., AuA 6/20, S. 377).

*Prof. Dr. Tim Jesgarzewski, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht, FOM Hochschule Bremen, Direktor Kompetenzzentrum für Wirtschaftsrecht, Hamburg*

9 von 24 guten Gründen, am Kongress Arbeitsrecht teilzunehmen:



Prof. Dr. Frank Bayreuther



Volker Ettwig



Prof. Dr. Björn Gaul



Dr. Wolfgang Lipinski



Dr. Nathalie Oberthür



Prof. Dr. Christian Picker



Dr. Marc Spielberger



Prof. Dr. Gregor Thüsing



Prof. Dr. Jürgen Treber



Wir machen Sie digital oder vor Ort fit für die Zukunft.

[www.kongress-arbeitsrecht.de](http://www.kongress-arbeitsrecht.de)

**KONGRESS –  
DIGITAL UND VOR ORT**

9. und 10. Februar 2021, Berlin

 **Kongress  
Arbeitsrecht**  
Was Praktiker wissen müssen

## Tarifliche Stichtagsklausel – Bezugnahme auf Tarifvertrag

§§ 307, 310 Abs. 4 Satz 1 BGB; Art. 3, 12 GG

**Tarifvertragliche Stichtagsklauseln können bei der Gewährung von Sonderzuwendungen an den ungekündigten Bestand des Arbeitsverhältnisses am Ende des Bezugszeitraums anknüpfen und kraft Bezugnahme im Arbeitsvertrag wirksam vereinbart werden.**

(Leitsatz des Bearbeiters)

**BAG, Urteil vom 3.7.2019 – 10 AZR 300/18**

### PROBLEMPUNKT

Das Arbeitsverhältnis des seit dem 1.4.2015 bei der Beklagten beschäftigten Klägers war bis zum 31.3.2017 befristet. Der Kläger beendete sein Arbeitsverhältnis vorzeitig durch Eigenkündigung vom 10.11.2016 zum 31.12.2016. Der Arbeitsvertrag nahm u. a. auf die Tarifverträge der chemischen Industrie Bezug. Der dortige Tarifvertrag über Einmalzahlungen und Altersvorsorge gewährt eine Jahresleistung für Anspruchsberechtigte, die sich am 31. Dezember des jeweiligen Kalenderjahres in ungekündigter Stellung befinden, es sei denn, es handelt sich um eine arbeitgeberseitige betriebsbedingte Kündigung. Die Jahresleistung ist nach dem Tarifvertrag zurückzuzahlen, wenn der Arbeitnehmer vor dem 1. April des Folgejahres aus von ihm verschuldeten Gründen aus dem Arbeitsverhältnis ausscheidet. Der Kläger hielt die Klausel für unwirksam und verlangt von der Beklagten die Jahresleistung für das Jahr 2016.

### ENTSCHEIDUNG

Das BAG wies die Klage ab. Die tarifliche Stichtagsregelung ist wirksam. Wegen der Bereichsausnahme in § 310 Abs. 4 Satz 1 BGB sind Tarifverträge von einer AGB-Kontrolle ausgenommen. Das gilt auch für arbeitsvertraglich in Bezug genommene Tarifverträge, solange der Arbeitsvertrag auf den gesamten Tarifvertrag verweist und das Arbeitsverhältnis in den räumlichen, fachlichen und persönlichen Geltungsbereich des Tarifvertrags fällt. Dies war vorliegend der Fall.

Die Stichtagsregelung hatte Mischcharakter. Sie entlohnte einerseits erbrachte Arbeitsleistung und sah einen anteiligen Anspruch auf die Jahresleistung für Teilzeitbeschäftigte und während des Jahres in das Arbeitsverhältnis ein- bzw. austretende Beschäftigte vor. Die Klausel honorierte



© surtalfk/stock.adobe.com

gleichzeitig vergangene und zukünftige Betriebs-treue, indem sie u. a. eine ungekürzte Jahresleistung bei Renteneintritt oder Tod gewährte und eine Rückzahlungsverpflichtung vorsah, wenn der Arbeitnehmer vor dem 1. April des Folgejahres aus eigenem Verschulden aus dem Betrieb ausschied. Aufgrund dieses Mischcharakters der Tarifklausel konnte sie ohne Verstoß gegen Art. 3 GG die Bindung der Leistung an den ungekündigten Fortbestand des Arbeitsverhältnisses bis zum Jahresende vorsehen. Die Klausel war darüber hinaus mit der aus Art. 12 GG folgenden Berufsfreiheit vereinbar, zumal im konkreten Fall der Kläger im Fall einer Kündigung nach Abschluss des Bezugszeitraums lediglich für zwei Wochen an sein Arbeitsverhältnis gebunden gewesen wäre.

### KONSEQUENZEN

Die Entscheidung fügt sich in die bisherige Rechtsprechung des BAG zu Jahressonderzahlungen ein. Stichtags- oder Bestandsklauseln sind Bedingungen, nach denen eine Leistung nur gewährt wird, wenn das Arbeitsverhältnis im Zahlungszeitpunkt oder bis zum Ablauf eines bestimmten Bezugszeitraums (ungekündigt) fortbesteht. Nach der neueren Rechtsprechung sind Stichtagsklauseln in AGB bei Sonderzuwendungen mit Mischcharakter unzulässig (grundlegend BAG, Urt. v. 18.1.2012 – 10 AZR 612/10, AuA 4/13, S. 249). Eine Sonderzahlung, die auch Vergütung für erbrachte Arbeitsleistung darstellt, kann nach dieser Rechtsprechung nicht von einer Bindungsklausel abhängig gemacht werden. Dem Arbeitnehmer wird andernfalls bereits erarbeiteter Lohn entzogen. Die entsprechende Klausel verstößt gegen Art. 12 GG, da sie die Kündigung unzulässig erschwert. Dies gilt in gleicher Weise für Stichtagsklauseln in Betriebsvereinbarungen (BAG, Urt. v. 12.4.2011 – 1 AZR 412/09). Ein anderer Maßstab gilt jedoch wegen der Bereichsausnahme des § 310 Abs. 4 BGB für Tarifvertragsparteien, die derartige Stichtagsklauseln wirksam vereinbaren können (BAG, Urt. v. 27.6.2018 –

10 AZR 290/17, AuA 2/19, S. 117). Wie die vorliegende Entscheidung verdeutlicht, können tarifliche Stichtagsklauseln auch wirksam arbeitsvertraglich in Bezug genommen werden, sofern der Arbeitsvertrag auf den gesamten Tarifvertrag verweist und der Tarifvertrag das Arbeitsverhältnis in seinem räumlichen, fachlichen und persönlichen Geltungsbereich erfasst. Eine weitere Form, den Arbeitnehmer an das Arbeitsverhältnis zu binden, sind sog. Rückzahlungsklauseln. Danach ist der Arbeitnehmer zur Rückzahlung einer Sonderzuwendung verpflichtet, wenn er vor einem bestimmten Zeitpunkt aus dem Arbeitsverhältnis ausscheidet. Die Rechtsprechung wendet auf Rückzahlungsklauseln grundsätzlich denselben Zulässigkeitsmaßstab an wie auf Stichtagsklauseln (BAG, Urt. v. 18.1.2012 – 10 AZR 612/10, AuA 4/13, S. 249).

### PRAXISTIPP

Stichtagsklauseln bei Sonderzuwendungen können auch von den Arbeitsvertrags- und Betriebsparteien weiterhin vereinbart werden, wenn die Sonderzahlung nicht an die Arbeitsleistung anknüpft, wie etwa bei Weihnachtsgratifikationen. Hier sollten die Parteien nach Möglichkeit deutlich darauf hinweisen, dass die Sonderzahlung nicht an die Arbeitsleistung anknüpft. Darüber hinaus können Stichtagsklauseln für Sonderzuwendungen mit Mischcharakter in Tarifverträgen vereinbart oder auch solche Tarifverträge in Bezug genommen werden. Voraussetzung ist dann aber, dass der Tarifvertrag insgesamt in Bezug genommen wird und das Arbeitsverhältnis in den Geltungsbereich des Tarifvertrags fällt.

*Dr. Ingo Plesterninks, VP HR Mauser International Packaging Solutions, Brühl, sowie Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht, Bonn*

## Wirksamkeit einer Überprüfungs-klausel von Weihnachts- und Urlaubsgeld

§ 315 BGB

**Die in AGB zugesagte Überprüfung der Obergrenze für die Bemessung von Weihnachts- und Urlaubsgeld alle zwei Jahre kann eine rechtliche Verpflichtung begründen, diese Regelung regelmäßig zu überprüfen und hierüber zu berichten. Für eine tatsächliche Anpassungspflicht, die über die reine Überprüfung hinausgeht, müssen jedoch ergänzende Anhaltspunkte vorliegen.**

(Leitsätze des Bearbeiters)

**BAG, Urteil vom 27.2.2019 – 10 AZR 341/18**

### PROBLEMPUNKT

Der Kläger fordert von der Arbeitgeberin weiteres Weihnachts- und Urlaubsgeld. Sein Arbeitsvertrag nahm Bezug auf ein Leistungspaket aus dem Jahr 1996, das zum Ausgleich des Wegfalls der Tarifbindung nach einem Betriebsübergang vereinbart wurde. Dem Kläger stehen danach erfolgsbezogene Ansprüche auf zusätzliches Urlaubsgeld i. H. v. 50 % eines Monatsgehalts und zusätzliches Weihnachtsgeld i. H. v. 70 % eines Monatsgehalts zu. Für diese Sonderzuwendungen gilt eine Bemessungsobergrenze eines entsprechenden Monatsgehalts von „z. Zt. 8.000 DM“. Weiter war vereinbart: „Diese Obergrenze wird alle zwei Jahre überprüft.“ Im Leistungspaket war zudem geregelt, dass die in der Metallindustrie Schleswig-Holstein ausgehandelten tariflichen Gehaltssteigerungen freiwillig an die Beschäftigten weitergegeben werden, soweit dies

u. a. aus wirtschaftlichen Gründen vertretbar ist. Die Beklagte hat die Bemessungsobergrenze in der Folgezeit zwar überprüft, aber danach nicht erhöht.

Der Kläger meint, er habe Anspruch auf Weihnachts- und Urlaubsgeld auf Grundlage seines vollen Bruttomonatsentgelts von 5.943,26 Euro ohne Berücksichtigung der Grenze von 8.000 DM (4.090,34 Euro). Die Beklagte hätte die Bemessungsgrundlage alle zwei Jahre gem. § 315 Abs. 1 BGB anpassen müssen, die Bestimmung müsse nun gem. § 315 Abs. 2 Satz 3 BGB durch das Gericht erfolgen. Die Klage war vor ArbG und LAG erfolglos.

### ENTSCHEIDUNG

Nach dem BAG musste die Beklagte die Bemessungsobergrenze nicht erhöhen. Die Obergrenze ist nicht nach billigem Ermessen i. S. v. § 315 BGB zu bestimmen. Die Anwendung von § 315 Abs. 1 BGB setzt voraus, dass eine Partei durch einseitige Willenserklärung den Inhalt einer Vertragsleistung bestimmen kann (BGH, Urt. v. 5.12.2012 – IV ZR 110/10, MDR 2013, S. 342). Eine solche Vereinbarung haben die Parteien nicht getroffen. Sie haben vielmehr die Obergrenze im Vertrag der Höhe nach festgelegt. Die Beklagte musste die Obergrenze daher nicht neu bestimmen.

Es handelt sich bei dem Leistungspaket um Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB), die nach ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn einheitlich so auszulegen sind, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Verkehrskreise verstanden werden (BAG, Urt. v. 24.05.2018 – 6 AZR 116/17, NZA-RR 2018, S. 568). Daraus ergibt sich: Die Bemessungsobergrenze ist dem Wortlaut nach lediglich zu überprüfen und nicht anzupassen. „Überprüfen“ bedeutet u. a. „einer Prüfung unterwerfen/unterziehen“, „kontrollieren“ oder „nachprüfen“ (Duden – Das Synonymwörterbuch, 7. Aufl. 2019, S. 900). Damit diese Verpflichtung nicht ins Leere

läuft, kann der Arbeitnehmer verlangen, dass der Arbeitgeber das Ergebnis seiner Prüfung mitteilt. Die rechtlich verbindlichen Verpflichtungen aus der Überprüfungs-klausel sind damit erschöpft.

Eine Änderungspflicht ergibt sich auch nicht aus der Formulierung „z. Zt“ (zurzeit) im Vertragstext. Diese besagt nur, dass der Betrag sich ändern kann, nicht aber, dass er sich ändert. Die Regelung ist auch unter Abwägung der Interessen aus Sicht der normalerweise beteiligten Verkehrskreise nicht als Anpassungsklausel zu verstehen. Dies ergibt sich insbesondere aus einem Vergleich mit der Regelung zur freiwilligen Weitergabe von Gehaltssteigerungen in der Metallindustrie, die – anders als die Bemessungsobergrenze – eine Anpassungspflicht ausdrücklich vorsieht. Die Arbeitnehmer müssen dies auch hinnehmen, weil sie nicht erwarten konnten, in allen Bereichen so gestellt zu werden, als hätte die Tarifbindung nach dem Betriebsübergang nicht geendet. Die Klausel ist schließlich auch ohne Anpassungspflicht nicht sinnlos. Es wird sichergestellt, dass der Arbeitgeber an die Überprüfung der Obergrenze denkt und der Arbeitnehmer dies alle zwei Jahre einfordern kann. Dadurch entsteht ein gewisser Legitimations- und Begründungsdruck, der auch im Interesse der Arbeitnehmer ist (BAG, Beschl. v. 21.1.2003 – 1 ABR 5/02, AuA 10/03, S. 51).

### KONSEQUENZEN

Das BAG stellt klar, dass es regelmäßig gegen einen Anspruch auf Anpassung der festgelegten Vergütung spricht, wenn vertraglich nur eine Überprüfung vorgesehen ist und Anhaltspunkte für eine Verpflichtung fehlen, die Vergütung sei ggf. anzuheben (Preis/Greiner, Der Arbeitsvertrag, 5. Aufl. 2015, II G 10, Rdnr. 1 ff.), insbesondere die Vertragspartner auch keinen ermessensleitenden Anknüpfungspunkt für eine Erhöhung vereinbart haben wie bei der Besoldung der Bundesbeamten, Tarifentwicklung M + E o. ä. Grundsätzlich sind qualifizierte Anpassungsklauseln möglich, die eine direkte Kopplung an eine anderweitige Gehaltsentwicklung vorsehen (BAG, Urt. v. 16.9.1998 – 5 AZR 598/97: Betriebsvereinbarung).

### PRAXISTIPP

Bei der Vertragsgestaltung ist klar zu differenzieren zwischen einerseits reiner Überprüfungs-pflicht und andererseits Anpassungspflicht bzw. Änderungsvorbehalt sowie deren Anknüpfungspunkt und Voraussetzungen.

Volker Stück, Rechtsanwalt, Bonn



© Asier/stock.adobe.com

## Arbeitgeberregress wegen nachentrichteter Lohnsteuer

§§ 38, 41a, 42d EstG; § 44 AO; § 426 BGB

**1. Hat der Arbeitgeber Lohnsteuern nachzuentrichten, ist er nicht verpflichtet, eine Zahlungsaufforderung oder einen Haftungsbescheid abzuwarten oder gar die Abwicklung bis zum Eintritt der Verjährung zu verzögern.**  
**2. Regressansprüche des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer, die aus einer Rückforderung nachzuentrichteter Lohnsteuern resultieren, entstehen erst mit der tatsächlichen Erfüllung der Steuerforderung. Erst mit diesem Zeitpunkt beginnt der Lauf einer tarifvertraglichen Ausschlussfrist oder einer Verjährungsfrist.**

(Leitsätze des Bearbeiters)

**LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 16.12.2019 – 3 Sa 338/19**

### PROBLEMPUNKT

Die Parteien haben über die Verpflichtung des Arbeitnehmers gestritten, vom Arbeitgeber nachgezahlte Lohnsteuer zu erstatten.

Der Beklagte war ab dem 1.2.2010 aufgrund eines „Werkvertrags“ bei der Klägerin als Bühnenmeister tätig. Nachdem das SG Koblenz die Beschäftigung mit Ur. v. 7.7.2017 als verdecktes Arbeitsverhältnis eingeordnet hatte, erfolgte nach Abschluss des Berufungsverfahrens vor dem LSG Rheinland-Pfalz eine entsprechende Nachabrechnung. Diese führte u. a. zu einer abzuführenden Lohnsteuer i. H. v. 95.540 Euro und einem Solidaritätszuschlag i. H. v. 5.254,70 Euro, die die Klägerin nach Zahlung am 14.12.2018 vom Beklagten erstattet verlangte.

Der Beklagte hielt die Berechnung der Steuer für unzutreffend und war der Meinung, die Klägerin hätte erst nach Zustellung eines Haftungsbescheids zahlen dürfen. Im Übrigen hätte diese nur einen Monat abwarten müssen, damit Verjährung für die Jahre 2011 bis 2014 eingetreten wäre. Ferner seien die Regressansprüche verjährt bzw. verfallen.

### ENTSCHEIDUNG

Nachdem das ArbG Koblenz den Beklagten antragsgemäß verurteilt hat, hatte auch dessen Berufung vor dem LAG Rheinland-Pfalz keinen Erfolg.

Der Beklagte war verpflichtet, die von der Klägerin abgeführte Lohnsteuer nebst Solidaritätszuschlag an diese zu erstatten. Ein solcher Anspruch ergab sich unabhängig davon, ob die Steuerzahlung freiwillig oder aufgrund eines Haftungsbescheids erfolgt war. Die Klägerin hat sich gesetzmäßig verhalten. Insbesondere traf sie keine Pflicht, die Steuerzahlung bis zum Verjährungseintritt hinauszuzögern. Verfall oder Verjährung der Regressansprüche waren nicht eingetreten, da diese erst mit der tatsächlichen Zahlung der Steuerforderung gegenüber dem Finanzamt entstehen.

### KONSEQUENZEN

Die Besonderheit bei den Einkünften aus nicht selbstständiger Arbeit liegt darin, dass die Einkommensteuer (Est) – im Gegensatz zu den anderen Einkunftsarten – gem. § 38 Abs. 1 Satz 1 EstG durch Abzug vom Arbeitslohn erhoben wird (Lohnsteuer). Schuldner der Lohnsteuer (LSt) ist zwar der Arbeitnehmer (§ 38 Abs. 1 Satz 1 EstG); gem. § 38 Abs. 3 Satz 1 EstG hat allerdings der Arbeitgeber die LSt für Rechnung des Arbeitnehmers – als Treuhänder – bei jeder Lohnzahlung vom Arbeitslohn einzubehalten und nach Maßgabe des § 41a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EstG abzuführen. Auch wenn der Arbeitgeber somit nicht der Schuldner der LSt ist, haftet er nach § 42d Abs. 1 EstG als gesetzlicher Haftungsschuldner u. a. für die LSt, die er einzubehalten und abzuführen hat.

Soweit die Haftung reicht, sind Arbeitgeber und Arbeitnehmer nach der ausdrücklichen Anordnung des § 42d Abs. 3 Satz 1 EstG Gesamtschuldner (§ 44 Abs. 1 Satz 1 AO, § 426 BGB). Der Innenausgleich bestimmt sich somit nach § 426 Abs. 1 BGB. Da im Verhältnis von Arbeitgeber und Arbeitnehmer zueinander allein der Arbeitnehmer Schuldner der Steuerforderung ist (§ 38 Abs. 2 Satz 1 EstG), erfüllt der Arbeitgeber eine fremde Schuld. Dies hat nach der Rechtsprechung des BAG zur Folge, dass der Arbeitgeber nach § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB i. V. m. § 42d Abs. 1 EstG die volle Erstattung nachentrichteter LSt vom Arbeitnehmer verlangen kann, wenn er zu wenig LSt einbehalten und an das Finanzamt abgeführt hat (BAG, Ur. v. 16.6.2004 – 5 AZR 521/03). Der Anspruch des Arbeitgebers gegen den Arbeitnehmer auf Innenausgleich besteht unabhängig davon, ob der Arbeitgeber freiwillig oder aufgrund eines Haftungsbescheids die Steuerforderung für den Arbeitnehmer erfüllt (BAG, Ur. v. 14.6.1974 – 3 AZR 456/73, BAGE 26, S. 187).

### PRAXISTIPP

Ist eine tarifvertraglich geltende oder einzelvertraglich oder formularmäßig – zulässig (BAG, Ur. v. 25.5.2005 – 5 AZR 572/04) – vereinbarte Ausschlussfrist auf das Arbeitsverhältnis anzuwenden, ist zunächst zu prüfen, ob diese überhaupt auf einen Lohnsteuerregressanspruch des Arbeitgebers wegen nachentrichteter LSt aus § 42d Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3 Satz 1 EstG, § 44 Abs. 1 Satz 1 AO i. V. m. § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB als zivilrechtlicher Anspruch nicht zu den Ansprüchen aus dem Arbeitsverhältnis gehört, wird er nur von einer solchen Verfallklausel, die nicht nur „Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis“, sondern auch solche, „die mit dem Arbeitsverhältnis in Verbindung stehen“, erfasst (ArbG Freiburg, Ur. v. 15.6.2004 – 4 Ca 40/04).

Ferner ist, da Ausschlussfristen regelmäßig mit der Fälligkeit des streitgegenständlichen Anspruchs zu laufen beginnen, entscheidend, wann die Fälligkeit bei einem LSt-Erstattungsanspruch des Arbeitgebers eintritt. Das BAG geht davon aus, dass der Zeitpunkt der tatsächlichen Erfüllung der Steuerforderung gegenüber dem Finanzamt maßgeblich ist (BAG, Ur. v. 14.11.2018 – 5 AZR 301/17, AuA 8/19, S. 489).

*Dr. Ralf Laws LL.M. M.M., Notar, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht und Steuerrecht, Fachberater für Unternehmensnachfolge, Brilon*

## Kein unternehmerisches Risiko spricht für abhängige Beschäftigung

§§ 7, 7a SGB IV

**Physiotherapeuten, die als „freie Mitarbeiter“ in einer physiotherapeutischen Praxis arbeiten, sind abhängig beschäftigt, wenn sie in die Organisation der Praxis eingegliedert sind und kein eigenes Unternehmerrisiko tragen, u. a. keine eigene Werbung schalten, kein Praxisschild vorhanden ist, keine Visitenkarten oder nennenswerte Arbeitsmittel vorliegen, keine Mietzahlungen geleistet und keine eigenen Verträge mit Kunden geschlossen werden.**

(Leitsatz des Bearbeiters)

LSG Hessen, Urteil vom 5.3.2020 – L 1 BA 14/18

### PROBLEMPUNKT

Der Streit geht darum, ob eine Physiotherapeutin seit April 1999 sozialversicherungspflichtig tätig gewesen ist. Die Physiotherapeutin war in einer physiotherapeutischen Praxis tätig. Mit deren Inhaberin hatte sie einen Vertrag als „freie Mitarbeiterin“ geschlossen. Sie war nicht an bestimmte Arbeitszeiten gebunden, es bestand keine Anwesenheitspflicht und sie konnte selbstständig Terminvereinbarungen mit den Patienten treffen, soweit es um Folgetermine nach dem Erstkontakt mit der Praxis der Klägerin ging. Es waren keine festen Arbeitszeiten, kein fester Stundensatz und kein monatliches Arbeitsentgelt vereinbart. Sie zahlte keine Miete und hatte auch keine sonstigen Praxiskosten zu tragen. Ferner hatte sie fast keine Gerätschaften oder Materialien auf eigene Kosten erworben. Die durchgeführten Behandlungen wurden über das Abrechnungssystem der Praxisinhaberin abgerechnet, die 30 % des jeweiligen Abrechnungsbetrags erhielt.

Die DRV Bund stellte auf Antrag der Mitarbeiterin fest, dass diese abhängig beschäftigt und sozialversicherungspflichtig war. Hiergegen klagte die Praxisinhaberin. Sie machte geltend, dass die Mitarbeiterin nicht weisungsgebunden gewesen war und ihre Arbeitszeiten selbst habe bestimmen können. Ferner war die Mitarbeiterin an den Kosten der Praxis beteiligt gewesen, da sie 30 % der Abrechnungsbeträge an sie gezahlt habe. Das SG Darmstadt wies die Klage ab.

### ENTSCHEIDUNG

Das LSG gab der Rentenversicherung Recht, weil bei Gesamtwürdigung der vorliegenden Vereinbarung und deren tatsächlicher Umsetzung die Tätigkeit für die Klägerin deutlich mehr Merkmale einer abhängigen Beschäftigung aufwies als die einer freien, selbstständigen Tätigkeit. Die Mitarbeiterin war in die Organisation der Praxis eingegliedert. Der Erstkontakt mit den Patienten war stets über die Praxis erfolgt (BSG, Urt. v. 24.3.2016 – B 12 KR 20/14 R, Rdnr. 20). Die Patienten waren zudem ausschließlich mit der Praxisinhaberin vertraglich verbunden. Die direkte Abrechnung von Privatpatienten ist zwar grundsätzlich ein Indiz für eine selbstständige Tätigkeit, fiel aber vorliegend nicht ins Gewicht,



© henerius/stock.adobe.com

da dies durchschnittlich nur 1 von bis zu 24 Patienten pro Tag betraf und auch insoweit der Erstkontakt dieser privat versicherten Patienten über die Praxis der Klägerin erfolgte. Die Eintragung der Termine ins Terminbuch der Praxis wertete das LSG Hessen als Indiz für die Integration in eine fremde Arbeitsorganisation. Ergänzende private Notierungen sind kein Beleg für eine selbstständige Tätigkeit, sondern der Organisation der Tätigkeit als „Teilzeitkraft“ geschuldet. Von maßgeblicher Bedeutung war zudem, dass die Mitarbeiterin kein gewichtiges Unternehmerrisiko trug. Sie verfügte nicht über eigene Betriebsräume bzw. eine eigene Betriebsstätte. Vielmehr konnte sie jeweils einen Therapieraum in den Praxisräumen der Klägerin sowie die erforderlichen Utensilien und Geräte nutzen, wobei die vereinzelte Anschaffung eines Gymnastikballs oder eines Therabands auf eigene Kosten

angesichts niedriger Beträge nicht entscheidend ins Gewicht fiel. Insbesondere hatte sie keine laufenden Kosten, die unabhängig von ihren erbrachten Leistungen angefallen waren, wie Mietzins für einen eigenen Behandlungsraum oder anteilige Personalkosten. Vielmehr hatte sie lediglich 30 % von der geleisteten Behandlungsvergütung an die Praxisinhaberin zahlen müssen. Schließlich war die Mitarbeiterin auch nicht unternehmerisch nach außen auf dem Markt aufgetreten. Sie hatte für ihre Tätigkeit keine eigene Werbung gemacht, keine eigenen Visitenkarten verteilt und auch nicht durch ein Praxisschild auf sich aufmerksam gemacht. Es war für die Patienten damit nicht wahrnehmbar, dass sie als selbstständige Physiotherapeutin tätig sein sollte, sondern sie erbrachte ihre Leistungen vielmehr ausschließlich im Namen der Klägerin. Sie beschäftigte kein eigenes Personal und erbrachte ihre Leistungen nur in eigener Person. Sie musste kein eigenes Wagniskapital einsetzen und war auch am wirtschaftlichen Erfolg der Praxis nicht eigenständig und unabhängig vom Ausmaß des eigenen persönlichen Arbeitseinsatzes beteiligt (vgl. LSG Hessen, Urt. v. 31.10.2019 – L 1 BA 38/18: Logopädin).

### KONSEQUENZEN

Die Entscheidung zeigt die hohe praktische Relevanz in Bereichen, in denen ein Scheinselbstständigkeitsrisiko besteht. Die unzutreffende Statureinschätzung hat erhebliche Folgen für den Auftraggeber/Arbeitgeber:

- Strafrechtliche Risiken, wenn die Arbeitgeberstellung verkannt wird: § 266a StGB; § 370 AO (BGH, Urt. v. 24.9.2019 – 1 StR 346/18, AuA 6/20, S. 380: Tatbestandsirrtum).
- Nachentrichtung von Steuer und Sozialversicherung.
- Bestehen eines Arbeitsverhältnisses (§ 611a BGB).
- Ggf. Rückzahlungsansprüche des Auftraggebers gegen den Auftragnehmer (BAG, Urt. v. 26.6.2019 – 5 AZR 178/18, AuA 5/20, S. 314).

### PRAXISTIPP

Beim Einsatz von Selbstständigen/  
Fremdpersonal ist stets darauf

- zu achten, dass diese,
- nicht in die eigene Arbeitsorganisation integriert werden,
- keine arbeitsorganisatorischen Weisungen erhalten und
- selbst noch wie eigene Unternehmer agieren und nach außen auftreten.

Volker Stück, Rechtsanwalt, Bonn