

# Die leistungsbezogene Vergütung

Von

Markus Diepold



Duncker & Humblot · Berlin

# Inhaltsverzeichnis

Einleitung: Gegenstand und Ziel der Arbeit .....	17
--	----

## *Kapitel 1*

<b>Grundlagen der leistungsbezogenen Vergütung im Arbeitsrecht</b>	20
--	----

<b>§ 1 Die unterschiedlichen Erscheinungsformen des Arbeitsentgelts .....</b>	20
---	----

A. Der Begriff des Arbeitsentgelts .....	20
--	----

B. Der Begriff der Vergütung im Sinne des § 611 Abs. 1 BGB .....	21
--	----

C. Die Systematisierung der verschiedenen Entgeltformen .....	24
---	----

I. Definition der unterschiedlichen Arbeitsentgeltformen .....	24
--	----

1. Die Arbeitsentgelte im engeren Sinn .....	24
--	----

a) Der Zeitlohn .....	25
-----------------------	----

b) Der Leistungslohn .....	26
----------------------------	----

c) Die leistungsbezogenen Entgelte .....	27
--	----

aa) Begriffsbestimmung .....	27
------------------------------	----

bb) Abgrenzung der leistungsbezogenen Entgelte zum Leistungslohn .....	29
--	----

cc) Die Unterscheidung von Dienstvertrag und Werkvertrag .....	30
--	----

(a) Unter dem Aspekt der Vereinbarung eines Arbeitserfolges? .....	30
--	----

(b) Unter dem Aspekt der vertraglichen Risikoverteilung .....	32
---	----

dd) Die Erfüllung von Zielvereinbarungen .....	32
--	----

ee) Die Rechtsausübungskontrolle im Sinne des § 162 BGB .....	34
---	----

d) Die Kombination aus Zeit- und Leistungslohn .....	36
--	----

2. Die Arbeitsentgelte im weiteren Sinn .....	36
---	----

3. Die Stellung der Sondervergütungen .....	37
---	----

II. Kriterien zur Bestimmung der Zugehörigkeit .....	39
--	----

1. Der Zweck der Zahlung .....	39
--------------------------------	----

a) Die Zweckermittlung .....	39
------------------------------	----

b) Die Untauglichkeit der Auslegung bei der Zweckfindung .....	40
--	----

2. Das Unmittelbarkeitskriterium .....	42
3. Der Erfolg der Arbeit .....	42
4. Die Häufigkeit der Zahlung .....	43
5. Zusammenfassung der Kriterien .....	43
D. Zwischenergebnis .....	43
<b>§ 2 Die einzelnen leistungsbezogenen Entgelte .....</b>	<b>44</b>
A. Die Klassifizierung der einzelnen Arbeitsentgelte .....	44
I. Die Umsatz- und Gewinnbeteiligung .....	44
II. Die Gratifikation .....	46
1. Das 13. Monatsgehalt .....	47
2. Die Jahresabschlussvergütung .....	48
III. Der Akkordlohn .....	49
1. Der Begriff und die Erscheinungsformen des Akkordlohns .....	49
2. Die Klassifizierung des Akkordlohns .....	50
IV. Der Prämienlohn .....	51
1. Der Begriff und die Erscheinungsformen des Prämienlohns .....	51
2. Die Klassifizierung des Prämienlohns .....	52
V. Das Gedinge .....	53
VI. Die Provision .....	53
1. Der Begriff und die Erscheinungsformen der Provision .....	53
2. Die Klassifizierung der Vermittlungs- und Anteilsprovision .....	55
VII. Die Vergütungszulage und die Prämie .....	57
1. Die Leistungszulage .....	57
2. Die Sozialzulage .....	58
3. Die Anwesenheitsprämie .....	58
VIII. Zwischenbetrachtung .....	59
B. Auswirkungen und Besonderheiten leistungsbezogener Vergütung in Rechtsprechung und Gesetz .....	59
I. Das betriebliche Mitbestimmungsrecht gemäß § 87 Abs. 1 BetrVG .....	60
1. Das Mitbestimmungsrecht gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG .....	60
2. Das Mitbestimmungsrecht gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 11 BetrVG .....	62

Inhaltsverzeichnis	11
II. Die Entgeltfortzahlung gemäß § 4 EFZG .....	63
1. Der Regelungsgehalt des § 4 Abs. 1 EFZG .....	63
2. Der Regelungsgehalt des § 4 Abs. 1 a S. 2 EFZG .....	64
III. Das Urlaubsentgelt gemäß § 611 BGB i. V. m. §§ 1, 11 Abs. 1 S. 1 BUriG	64
IV. Die Vereinbarung von Bindungsklauseln .....	65
V. Die Beschäftigungsverbote gemäß § 4 Abs. 3 Nr. 1 MuSchG, § 23 Abs. 1 Nr. 1 JArbSchG und § 3 Abs. 1 FPersG .....	66
<b>§ 3 Ergebnis .....</b>	<b>67</b>

## *Kapitel 2*

### **Die Vereinbarung eines ausschließlich leistungsbezogen vergüteten Arbeitsvertrages**

<b>§ 1 Die Verlagerung des Vergütungsrisikos .....</b>	<b>70</b>
A. Die Verteilung des Vergütungsrisikos im Bereich von Arbeitsvertrag und Werk- vertrag .....	70
I. Die Risikoverteilung im Werkvertragsrecht .....	71
1. Die grundsätzliche Verteilung des Entgeltrisikos .....	71
2. Die Modifizierung der Risikoverteilung aus Billigkeitsgründen .....	72
3. Die Modifizierung der Risikoverteilung durch den Substratsgefah- gedanken .....	73
II. Die Regelung des Vergütungsrisikos im Arbeitsrecht .....	74
1. Die Regelung des § 616 BGB .....	74
2. § 615 BGB – Die Regelung des Betriebsrisikos .....	74
a) Historische Betrachtung der Betriebsrisikoregelung .....	75
aa) Sphärentheorie und Betriebsrisikolehre .....	75
bb) Die Substratsgefahregelung des § 615 S. 1 BGB a. F. ....	77
cc) Zwischenbetrachtung .....	78
b) Das Betriebsrisiko nach Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisie- rungsgesetzes .....	78
c) Die Existenzgefährdung des Betriebs .....	80
3. § 615 BGB – Die Regelung des Wirtschaftsrisikos und seiner einzel- nen Bestandteile .....	81
4. Das Arbeitskämpfrisiko .....	83
5. Zwischenbetrachtung .....	84

III. Erheblichkeit der Risikoverteilung als Voraussetzung für die Anwendbarkeit des Arbeitsrechts? .....	85
IV. Zwischenergebnis .....	88
B. Die Zulässigkeit der Verlagerung des Vergütungsrisikos .....	88
I. Gesetzliche Beispiele für die Zulässigkeit und das Verbot der Verlagerung des Vergütungsrisikos .....	88
1. § 12 TzBfG – Die kapazitätsorientierte variable Arbeitszeit .....	89
a) Belastung des Arbeitnehmers mit dem Vergütungsrisiko? .....	90
b) Die Tariföffnungsklausel des § 12 Abs. 3 S. 1 TzBfG .....	92
c) Zwischenergebnis .....	92
2. Der Jahresarbeitszeitvertrag .....	93
3. § 11 Abs. 4 AÜG .....	93
a) Rechtslage bis zum 31. Dezember 2002 .....	94
b) Rechtslage seit dem 1. Januar 2003 .....	94
c) Zulässigkeit der Kombination mit der Arbeit auf Abruf .....	95
4. Die Einführung von Kurzarbeit .....	96
5. Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses .....	97
a) Die ordentliche Kündigung aufgrund dringender betrieblicher Erfordernisse .....	97
b) Die entgeltreduzierende Änderungskündigung .....	100
c) Unzulässigkeit der außerordentlichen betriebsbedingten Kündigung .....	103
6. Zwischenergebnis .....	105
II. Dispositivität des § 615 BGB .....	106
1. Dispositivität des Betriebsrisikos .....	107
a) Abdingbarkeit vor der Schuldrechtsreform .....	108
aa) Die Dispositivität in der Rechtsprechungspraxis .....	108
bb) Die Dispositivität im Schrifttum .....	108
(a) Die generelle Zulässigkeit der Freizeichnung nach Herschel und Adomeit .....	109
(b) Die Zulässigkeit der Freizeichnung bei sachgerechtem Interessenausgleich .....	110
(c) Die Unzulässigkeit der individualvertraglichen Freizeichnung nach Kalb .....	111
(d) Die Begründung der Zulässigkeit der Freizeichnung nach überwiegender Ansicht .....	111

cc) Möglichkeiten der Abdingbarkeit der Betriebsrisikoregelung	112
(a) Zulässigkeit der „Vergütung bei erbrachter Nachholarbeit“	112
(b) Zulässigkeit der zeitlichen Begrenzung der Lohnfortzahlungsverpflichtung	113
dd) Zwischenbetrachtung	114
b) Nach Inkrafttreten der Schuldrechtsreform	115
c) Aus der Sicht der Substratsrisikolehre	115
d) Folgerung für die ausschließlich leistungsbezogene Vergütung	116
2. Dispositivität des Wirtschaftsrisikos	116
3. Der unabdingbare Gehalt des § 615 BGB	117
a) Der Existenz- und Kontinuitätsschutzgedanke der Vergütung im Arbeitsrecht	117
aa) Die angemessene Verteilung von Chance und Risiko im Arbeitsverhältnis	119
(a) Der Kompensationsgedanke im Bereich Allgemeiner Geschäftsbedingungen	119
(b) Der Kompensationsgedanke bei der Mankohaftung	121
bb) Zwischenbetrachtung	122
b) Ergebnis der Zulässigkeitsprüfung	123
<b>§ 2 Die Zulässigkeit des ausschließlich leistungsbezogen vergüteten Arbeitsvertrages</b>	125
A. Zulässigkeit der Beschäftigung auf reiner Provisionsbasis	125
I. Die Begründungsansätze bei der Zulässigkeit der Vergütung auf reiner Provisionsbasis	125
1. Die Rechtsprechung des Reichsarbeitsgerichtes, des Bundesarbeitsgerichtes und des Landesarbeitsgerichtes Berlin	126
2. Die Stellung der überwiegenden Ansicht im Schrifttum	127
3. Die Ansicht von der Notwendigkeit eines leistungsunabhängigen Fixums	129
4. Zwischenbetrachtung	130
II. Kritische Würdigung der unterschiedlichen Begründungsansätze	131
1. Untauglichkeit des Leistungsanreiz- und Kontrollkriteriums	131
2. Untauglichkeit der gesetzlichen Risikoverteilung	131
3. Zusammentreffen von Arbeitserfolgs- und Wirtschaftsrisiko	134
4. Übertragung des Ergebnisses auf die Prämie und die Vergütungszulage	135
III. Zwischenergebnis	135

B. Zulässigkeit bei allen anderen leistungsbezogenen Entgeltformen .....	136
C. Ergebnis der Zulässigkeitsprüfung .....	138
<b>§ 3 Anforderungen an die Vergütungshöhe bei der Vereinbarung ausschließlich leistungsbezogener Vergütung .....</b>	<b>138</b>
A. Der Sittenwidrigkeitsmaßstab als inhaltliche Grenze einer ausschließlich leistungsbezogenen Vergütungsvereinbarung .....	138
I. Existenz eines Rechts auf ein garantiertes und angemessenes Arbeitsentgelt? .....	139
1. Fehlen einer zwingenden gesetzlichen Regelung über eine Mindestvergütung .....	139
2. Die Europäische Sozialcharta .....	140
a) Unmittelbare Wirkung der Europäischen Sozialcharta? .....	141
b) Kontrollmöglichkeiten bezüglich der Bestimmungen der Europäischen Sozialcharta .....	141
3. Zwischenergebnis .....	142
II. § 138 BGB als Grenze einer Vergütungsvereinbarung .....	142
1. Der Lohnwucher im Sinne des § 138 Abs. 2 BGB .....	142
a) Objektive Voraussetzungen .....	143
aa) Die Grenzwertbestimmung .....	145
bb) Der Bezugswert zur Berechnung der Zwei-Drittel-Grenze ....	146
b) Subjektive Voraussetzungen .....	148
c) Die strafrechtliche Würdigung des Lohnwuchers .....	149
2. Die wucherähnlichen Verträge im Sinne des § 138 Abs. 1 BGB .....	149
3. Zwischenergebnis .....	151
B. Die Bedeutung der Zwei-Drittel-Grenze bei der Vereinbarung leistungsbezogener Vergütung .....	151
I. Bei der Vereinbarung leistungsbezogener Entgelte ohne Verlagerung des Wirtschaftsrisikos .....	151
II. Bei der Vereinbarung von Provisionen .....	152
III. Zwischenergebnis .....	154
C. Die Folgen unwirksamer Vergütungsvereinbarungen im Arbeitsrecht .....	155
I. Die Regelung des § 139 BGB .....	155

Inhaltsverzeichnis	15
II. Das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion	156
1. Geltungserhaltende Reduktion im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen	156
2. Außerhalb Allgemeiner Geschäftsbedingungen	158
3. Zwischenbetrachtung	159
III. Die „übliche Vergütung“ im Sinne des § 612 Abs. 2 BGB	160
D. Ergebnis	162
<b>§ 4 Die Kontrolle leistungsbezogener Vergütung gemäß § 307 BGB</b>	162
A. Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle gemäß § 307 Abs. 1 BGB – Unzulässigkeit der Hauptleistungspflichtenkontrolle	163
B. Der „wesentliche Grundgedanke“ i. S. d. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB – die Risikoverteilung	165
<b>§ 5 Ergebnis der Zulässigkeitsprüfung</b>	167

### *Kapitel 3*

## **Gestaltungsmöglichkeiten bei der Vereinbarung eines leistungsbezogen vergüteten Arbeitsvertrags**

<b>§ 1 Die Vereinbarung eines nur teilweise leistungsbezogen vergüteten Arbeitsvertrags</b>	170
A. Möglichkeiten der Vereinbarung einer garantierten Mindestvergütung	170
I. Die leistungsbezogene Vergütungsgarantie	170
1. Die Abgrenzung von der Vorschusszahlung	171
2. Im Anwendungsbereich der Provision	172
3. Die Vereinbarung von Verdienstsicherungsklauseln	173
II. Die leistungsbezogene Vergütungsgarantie mit Anrechnungsvorbehalt	174
1. Definition	174
2. Die leistungsbezogene Vergütungsgarantie mit Anrechnungsvorbehalt bei der Provision	175
III. Kombination von unzureichendem Fixum und garantiertem Leistungsentgelt	176
B. Zwischenergebnis	177



<b>§ 2 Flexibilisierungsmöglichkeiten im Entgeltbereich</b> .....	177
I. Das Weisungsrecht des Arbeitgebers .....	178
1. Definition .....	178
2. Der Kontrollmaßstab .....	180
3. Übertragbarkeit des Kontrollmaßstabes auf die leistungsbezogene Vergütung .....	182
II. Der Widerrufsvorbehalt .....	183
1. Definition .....	183
2. Der Kontrollmaßstab .....	184
a) Zulässigkeit .....	184
b) Ausübung des Widerrufsrechts .....	186
3. Zwischenergebnis .....	187
III. Der Freiwilligkeitsvorbehalt .....	187
IV. Die Befristung einzelner Vergütungsbestandteile .....	189
1. Zulässigkeit .....	189
2. Der Kontrollmaßstab bei der Befristung einzelner Arbeitsbestimmungen .....	189
a) Vor Inkrafttreten des Teilzeit- und Befristungsgesetzes .....	189
b) Nach Inkrafttreten des Teilzeit- und Befristungsgesetzes .....	191
3. Der Sachgrund der Befristung .....	193
4. Zwischenergebnis .....	195
V. Die auflösende Bedingung einzelner Vergütungsbestandteile .....	195
1. Abgrenzung zur Befristung .....	195
2. Die Parallele zur Befristung einzelner Arbeitsbestimmungen .....	195
3. Das Fehlen sachlicher Gründe .....	196
<b>§ 3 Zwischenergebnis</b> .....	197
<b>Zusammenfassung der Ergebnisse</b> .....	198
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	201
<b>Sachregister</b> .....	215