

Personalbuch 2023

Küttner

30. Auflage 2023
ISBN 978-3-406-80092-4
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen. beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

Anrechnung anderweitigen Einkommens 17

Leistung	Anrechnungs-Ruhensvorschrift	Anrechenbares Einkommen	Umfang der Anrechnung/Freibeträge	
Krankengeld, § 44 SGB V	§ 49 SGB V	Beitragspflichtiges Arbeitsentgelt oder Arbeitseinkommen, ohne Zuschüsse zum Arbeitsentgelt, wenn sie nicht zusammen mit Krankengeld Nettoarbeitsentgelt übersteigen; ohne einmalig gezahltes Arbeitsentgelt	In voller Höhe; Näheres: <i>Krankengeld</i>	17
Kurzarbeitergeld, § 95 SGB III	§ 106 Abs 3 SGB III	Entgelt aus einer anderen während des Bezuges von Kurzarbeitergeld aufgenommenen Beschäftigung	Anrechnung erfolgt in voller Höhe; Näheres: <i>Kurzarbeit</i>	18
Mutterschaftsgeld, § 24i SGB V	§ 24i Abs 4 SGB V	Beitragspflichtiges Arbeitsentgelt oder Arbeitseinkommen, ohne einmalig gezahltes Arbeitsentgelt	In voller Höhe; Näheres: <i>Mutterschaftsgeld</i>	19
Pflegegeld, § 37 SGB XI	–	–	Keine Anrechnung; Näheres: <i>Pflegeversicherungsleistungen</i>	20
Übergangsgeld, § 119 SGB III, § 20 SGB VI, § 49 SGB VII	§ 72 SGB IX	Erwerbseinkommen aus einer Beschäftigung oder einer während des Anspruchs auf Übergangsgeld ausgeübten Tätigkeit, das bei Beschäftigten um die gesetzlichen Abzüge und um einmalig gezahltes Arbeitsentgelt und bei sonstigen Leistungsempfängern um 20 vH zu vermindern ist; Leistungen des Arbeitgebers zum Übergangsgeld, soweit sie zusammen mit dem Übergangsgeld das vor Beginn der Leistung erzielte, um die gesetzlichen Abzüge verminderte Arbeitsentgelt übersteigen	Näheres: <i>Übergangsgeld</i> <i>Überbrückungsgeld</i>	21
Verletztengeld, § 45 SGB VII	§ 52 SGB VII	Arbeitsentgelt und Arbeitseinkommen, gekürzt um einmalig gezahltes Arbeitsentgelt; keiner Anrechnung unterliegen Zuschüsse des ArbGeb zum Verletz-	In voller Höhe; Näheres: <i>Unfallversicherung</i>	22

18 Anrechnung übertariflicher Entgelte

Leistung	Anrechnungs-Ruhensvorschrift	Anrechenbares Einkommen	Umfang der Anrechnung/Freibeträge
		tengeld, soweit sie zusammen mit dem Verletzengeld das Nettoarbeitsentgelt nicht überschreiten	
23 Verletztenrente , § 56 SGB VII	–	–	Keine Anrechnung; Näheres: <i>Unfallversicherung</i>
24 Waisenrente , § 48 SGB VI, § 67 SGB VII	§ 97 Abs 1, 2 SGB VI iVm §§ 18a–18e SGB IV, § 68 SGB VII	Arbeitsentgelt, Arbeits-einkommen und vergleichbares Einkommen (insbesondere aus öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnissen)	40 vH des die gesetzlichen Freibeträge übersteigenden Einkommens des über 18 Jahre alten Waisen; Näheres: <i>Hinterbliebenenrente</i>
25 Witwen- und Witwerrente , § 46 SGB VI, § 65 SGB VII	§ 97 Abs 1, 2 SGB VI iVm §§ 18a–18e SGB IV, § 65 Abs 3 SGB VII	Arbeitsentgelt, Arbeits-einkommen und vergleichbares Einkommen (insbes aus öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnissen)	40 vH des die gesetzlichen Freibeträge übersteigenden Einkommens; Näheres: <i>Hinterbliebenenrente</i>

Anrechnung übertariflicher Entgelte

A. Arbeitsrecht

Kreitner

Übersicht

	Rn	Rn
1. Allgemeines	1	4. Rechtsfolge... .. 21
2. Individualrechtlich.....	2	5. Muster
3. Kollektivrechtlich.....	4	23

- 1 1. Allgemeines.** Die Frage einer Anrechnung über- oder außertariflicher Entgelte kann sich in unterschiedlichen Fallkonstellationen stellen (zur Abgrenzung über- und außertariflicher Zulagen BAG 7.2.07 – 5 AZR 41/06, NZA 07, 934). So hat das BAG bspw die Anrechenbarkeit von ArbGebLeistungen, die auf der Grundlage eines Haustarifvertrages gezahlt wurden, auf den Mindestlohnanspruch aus dem allgemeinverbindlichen Verbandstarifvertrag nach zweckbezogenen Kriterien beurteilt (BAG 18.4.12 – 4 AZR 168/10 (A), NZA 13, 386; BAG 18.4.12 – 4 AZR 139/10, NZA 13, 392). Das ist nach Auffassung des EuGH europarechtskonform, sofern das Verhältnis zwischen der Leistung des ArbN und der Gegenleistung des ArbGeb hierdurch nicht verändert wird (EuGH 7.11.13 – C-522/12, NZA 13, 1359 – Isbir). Hieran anknüpfend hat das BAG zwar vom ArbGeb geleistete Spätschichtzuschläge, nicht jedoch ebenfalls vom ArbGeb gezahlte Nachtarbeitszuschläge und vermögenswirksame Leistungen auf den tariflichen Mindestlohn angerechnet (BAG 16.4.14 – 4 AZR 802/11, NZA 14, 1277). Meist geht es jedoch in der Praxis entweder um die Anrechnung aus Anlass einer Tariflohnerhöhung oder um Anrechnungen bzw Verrechnungen, die unabhängig von allgemeinen Lohn- bzw Gehaltserhöhungen durch den Widerruf von Zulagen oder sonstigen zusätzlichen Leistungen des ArbGeb (→ *Änderungsvorbehalte* Rn 1 ff) erfolgen. Für die Beurteilung des rechtlichen Gestaltungsspielraums des ArbGeb muss zwischen individual- und kollektivrechtlichem Bereich unterschieden werden.
- 2 2. Individualrechtlich** ist eine Anrechnung von übertariflichen Zulagen aus Anlass einer Tariflohnerhöhung **grundsätzlich zulässig**. Im Zweifel ist davon auszugehen, dass die Arbeitsvertragsparteien die Anrechnung von außertariflichen Zulagen zulassen wollten (BAG 9.12.97 – 1 AZR 330/97, NZA 98, 609; 3.6.98 – 5 AZR 616/97, NZA 99, 208).

Selbst eine in der Vergangenheit jahrelang geübte entgegengesetzte Praxis kann nach der Rspr des BAG aus Anlass einer Tarifloohnerhöhung ohne weiteres aufgegeben und eine Anrechnung vorgenommen (BAG 22.9.92 – 1 AZR 235/90, NZA 93, 232) werden, denn allein in der tatsächlichen Zahlung liegt keine vertragliche Abrede, die Zulage solle auch nach einer Tarifloohnerhöhung als selbstständiger Lohnbestandteil neben dem jeweiligen Tariflohn gezahlt werden (BAG 16.5.12 – 10 AZR 252/11, BeckRS 2012, 71267). Das gilt grds gleichermaßen hinsichtlich pauschalierter Einmalzahlungen für die bei Tarifabschluss zurückliegenden Monate (BAG 25.6.02 – 3 AZR 167/01, NZA 02, 1216; 16.4.02 – 1 AZR 363/01, NZA 03, 224; 1.3.06 – 5 AZR 540/05, NZA 06, 688). Allerdings hat das BAG zuletzt bei einer mehrjährigen Steigerung einer übertariflichen Zulage um tarifliche Entgelterhöhungen im zu entscheidenden Fall das Bestehen einer betrieblichen Übung bejaht, ohne die Frage der Anrechenbarkeit zu thematisieren (BAG 19.9.18 – 5 AZR 439/17, NZA 19, 106). Vor diesem Hintergrund erscheint fraglich, ob das BAG an seiner bisherigen Rspr zum Anrechnungsvorbehalt unverändert festhalten möchte (kritisch auch *Bayreuther* NZA 19, 517). Hiervon unabhängig entscheidet über Möglichkeit und Umfang der Anrechnung zunächst in jedem Fall die Formulierung der vertraglichen Vergütungsabrede bzw der konkreten Anrechnungsklausel (BAG 19.4.12 – 6 AZR 691/10, NZA-RR 12, 525; 23.9.09 – 5 AZR 973/08, DB 09, 2787). Ist der Anrechnungsvorbehalt auf kommende Lohnerhöhungen bezogen, muss das Anrechnungsrecht bis zur erstmöglichen Umsetzung der Lohnerhöhung ausgeübt werden (BAG 17.9.03 – 4 AZR 533/02, NZA 04, 437). Derartige Anrechnungsklauseln sind auch in Formulararbeitsverträgen zulässig und verstoßen weder gegen § 308 Nr 4 BGB noch gegen § 307 Abs 1 Satz 2 BGB (BAG 1.3.06 – 5 AZR 363/05, NZA 06, 746; 27.8.08 – 5 AZR 820/07, NZA 09, 49). Im Übrigen gelten die allgemeinen Grundsätze, ua der Gleichbehandlungsgrundsatz. Bei einer Aufschlüsselung des Gesamtentgelts in ein „Tarifentgelt“ und eine „übertarifliche Zulage“ in der Gehaltsmitteilung des ArbGeb ist die Zulage regelmäßig nicht als selbstständiger Entgeltbestandteil zugesagt (BAG 3.9.14 – 5 AZR 109/13, BeckRS 2014, 74404).

Etwas anderes gilt nur dann, wenn der individuelle Arbeitsvertrag ein **Anrechnungsverbot** enthält. Dies kann zB dergestalt geschehen, dass eine Zulage als „tariffest“ oder „nicht anrechenbar“ bezeichnet wird. Hier kann individualrechtlich eine Anrechnung, also eine Verringerung der Zulage, nur im Wege einer Änderungskündigung erfolgen. Das Gleiche gilt im Zweifel für **zweckbestimmte Zulagen** (zB Leistungs- oder Erschwerenszulagen), da die Zweckbestimmung als konkludentes Anrechnungsverbot zu verstehen ist (BAG 23.3.93, NZA 93, 806; 14.8.01 – 1 AZR 744/00, NZA 02, 342) sowie für die Anrechnung eines Lohnausgleichs der Arbeitszeitverkürzung (BAG 3.6.98 – 5 AZR 616/97, NZA 99, 208; 15.3.2000 – 5 AZR 557/98, NZA 01, 105). Hierdurch bedingte Vergütungsänderungen sind keine Tarifloohnerhöhungen im vorgenannten Sinn. Wegen der individualrechtlichen Möglichkeit, unabhängig von Tarifloohnerhöhungen bislang gewährte Zulagen auf ein niedrigeres Niveau zurückführen zu können, wird auf die Ausführungen zum Stichwort → *Änderungsvorbehalte* Rn 4 ff verwiesen.

3. Kollektivrechtlich ist bei der Anrechnung über- bzw außertariflicher Zulagen grds **4** das Mitbestimmungsrecht des BRat gem **§ 87 Abs 1 Nr 10 BetrVG** betroffen. Danach besteht ein erzwingbares Mitbestimmungsrecht des BRat in sämtlichen Fragen der betrieblichen Lohngestaltung, das den ArbN vor einer einseitig an den Interessen des ArbGeb orientierten oder sogar willkürlichen Lohngestaltung schützen und die Angemessenheit und Durchsichtigkeit des innerbetrieblichen Lohngefüges und die Wahrung der innerbetrieblichen Lohngerechtigkeit sichern soll (BAG 18.3.14 – 1 ABR 75/12, NZA 14, 984). Ausgehend von diesem Normzweck ist die Reichweite des Mitbestimmungsrechts und damit die vom BRat erzwingbare Einflussnahme zu beurteilen. Nach einem langjährigen Meinungsstreit hat der **Große Senat des BAG** in seiner Entscheidung vom 3.12.91 (GS 2/90, NZA 92, 749) hierzu **folgende Grundsätze** aufgestellt, die das BAG seither konsequent anwendet und fortführt:

(1) Weder der Tarifvorbehalt nach § 77 Abs 3 BetrVG **noch der Tarifvorrang** des **5** § 87 Abs 1 Eingangssatz BetrVG **stehen** grds einem **Mitbestimmungsrecht entgegen**. § 87 Abs 1 Eingangssatz BetrVG kann lediglich in Ausnahmefällen zu einem Ausschluss der Mitbestimmung führen, wenn im Tarifvertrag selbst eine inhaltlich einschlägige und ab-

18 Anrechnung übertariflicher Entgelte

schließende Regelung über den Mitbestimmungstatbestand enthalten ist. Üblicherweise legt der Tarifvertrag jedoch nur ein Mindestentgelt fest, so dass eine Sperrwirkung für die betriebliche Mitbestimmung nicht eintreten kann. § 77 Abs 3 BetrVG hindert lediglich Regelungen der Betriebsparteien über die Weitergabe von Tariflohnerhöhungen (BAG 30.5.06 – 1 AZR 111/05, NZA 06, 1170).

6 (2) **Ein Mitbestimmungsrecht greift ein**, wenn sich durch die Anrechnung bzw den Widerruf von Zulagen die Verteilungsgrundsätze ändern und darüber hinaus für eine anderweitige Anrechnung bzw Kürzung ein Regelungsspielraum verbleibt (BAG 10.3.09 – 1 AZR 55/08, NZA 09, 684). Dabei ist unerheblich, ob die Anrechnung durch gestaltende Erklärung erfolgt oder sich automatisch vollzieht.

7 (3) **Mitbestimmungsfrei** ist der Anrechnungsvorgang bzw der Zulagenwiderrief, wenn dadurch das Zulagenvolumen völlig aufgezehrt wird oder die Tariflohnerhöhung vollständig und gleichmäßig auf die über-/außertariflichen Zulagen angerechnet wird (BAG 1.3.06 – 5 AZR 363/05, NZA 06, 746; 24.10.17 – 1 AZR 346/16, NZA 18, 957). Dies gilt auch im Fall einer geplanten vollständigen Anrechnung, die irrtümlich nur zT durchgeführt wird. Hier trägt allerdings der ArbGeb die Darlegungs- und Beweislast für die fehlerhafte Umsetzung der Anrechnungsentscheidung (BAG 31.10.95, DB 96, 1189). Oftmals vereinbaren die Tarifvertragsparteien bei einer prozentualen Tarifierhöhung eine Einmalzahlung für die vor dem Tarifabschluss liegenden Monate. In einem solchen Fall löst bereits die ungekürzte Weitergabe der Einmalzahlung bei ansonsten vollständiger Anrechnung das Mitbestimmungsrecht des BRat aus (BAG 21.9.99 – 1 ABR 59/98, NZA 2000, 898). Soweit keine vollständige Anrechnung erfolgt (BAG 25.6.02 – 3 AZR 167/01, NZA 02, 1216) muss der ArbGeb sie daher von der Anrechnung ausnehmen, um mitbestimmungsfrei agieren zu können (BAG 14.8.01 – 1 AZR 744/00, NZA 02, 342; 16.4.02 – 1 AZR 363/01, NZA 03, 224).

8 Im Einzelnen sind folgende **Prüfungsschritte** zu beachten:

Damit ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs 1 Nr 10 BetrVG überhaupt eingreifen kann, muss zunächst ein **kollektiver Tatbestand** vorliegen. Die individuelle Lohngestaltung des einzelnen Arbeitsverhältnisses unterfällt nicht der Mitbestimmung des BRat (BAG 22.9.92 – 1 AZR 459/90, NZA 93, 566). Nicht entscheidend ist insoweit, wie viele ArbN von der Maßnahme betroffen sind. Denn selbst wenn eine größere Anzahl von ArbN Zulagenkürzungen hinnehmen muss, hat dies nicht zwangsläufig den kollektiven Charakter der Maßnahme zur Folge. Es sind andererseits generelle Regelungsfragen vorstellbar, die vorübergehend nur einen ArbN betreffen, auch können individuelle Sonderregelungen auf Wunsch der betroffenen ArbN gehäuft auftreten (BAG 22.9.92 – 1 AZR 235/90, NZA 93, 232).

9 Eine Orientierungshilfe bieten mehrere auf der Grundlage der Rspr des GS ergangene spätere **Einzelfallentscheidungen** des BAG. Ist zB – wie bei Kürzungen aus Leistungsgründen – notwendigerweise ein Vergleich mit anderen ArbN vorzunehmen, ist der kollektive Bezug stets vorhanden (BAG 22.9.92 – 1 AZR 459/90, NZA 93, 566; 3.5.94, DB 94, 2450). Das Gleiche gilt, wenn der ArbGeb bei einem Teil der ArbN eine Anrechnung vornimmt, weil sie hohe krankheitsbedingte Fehlzeiten aufweisen (BAG 22.9.92 – 1 AZR 460/90, NZA 93, 568). Ebenfalls kollektiven Charakter hat eine Anrechnung, die bei einer Mehrzahl von ArbN vorgenommen wird, deren Tätigkeit nicht mehr der Eingruppierung entspricht (BAG 23.3.93, DB 93, 1931) oder wenn ein bestehendes Gehaltssystem für AT-Angestellte nach abstrakt generellen Kriterien aus Anlass einer Tarifierhöhung geändert wird (BAG 28.9.94 – 1 AZR 870/93, DB 95, 678). Gleiches gilt, wenn der ArbGeb Steigerungen des Tarifgehalts aufgrund von Alterssprüngen, Höhergruppierungen oder Erhöhungen der tariflichen Leistungszulage anrechnet (BAG 22.4.97, DB 97, 2081). Entscheidend ist letztlich, ob es um die Strukturformen des Entgelts einschließlich ihrer näheren Vollzugsformen geht (BAG 9.7.96 – 1 AZR 690/95, NZA 97, 277). Letzteres ist bei einer Änderung der Verteilungsgrundsätze (der zweiten Grundvoraussetzung einer Mitbestimmungspflicht) für über-/außertarifliche Zulagen immer der Fall.

10 Demgegenüber **fehlt es an einem kollektiven Tatbestand**, wenn der ArbGeb eine Anrechnung nur bei einem einzelnen ArbN vornimmt, weil dieser trotz einer Umsetzung auf einen tariflich niedriger bewerteten Arbeitsplatz unverändert die bisherige Vergütung erhält (BAG 22.9.92 – 1 AZR 461/90, NZA 93, 569; LAG BaWü 10.12.96, NZA 97,

1125), oder wenn die Anrechnung auf Wunsch eines ArbN zur Vermeidung steuerlicher Nachteile vorgenommen wird (BAG 27.10.92, DB 93, 1143).

Die als weitere Mitbestimmungsvoraussetzung erforderliche **Änderung der Verteilungsgrundsätze**, liegt immer dann vor, wenn sich aufgrund der Anrechnung das Verhältnis der Zulagen verschiedener ArbN zueinander verändert (BAG 26.5.98 – 1 AZR 704/97, NZA 98, 1292; 8.6.04 – 1 AZR 308/03, NZA 05, 67). Dies ist aufgrund der üblicherweise differenzierten Zulagengestaltung bei einer Anrechnung regelmäßig der Fall. Selbst bei einer summenmäßig oder prozentual gleichen Anrechnung führt allein eine bislang unterschiedliche Zulagenhöhe bei einzelnen ArbN zu einer Änderung des Verteilungsschlüssels im Verhältnis der Zulagen untereinander (BAG 14.2.95, DB 95, 1917).

Unverändert bleiben die Verteilungsgrundsätze nur dann, wenn der ArbGeb bislang eine für alle ArbN prozentual zum jeweiligen Tariflohn gleiche Zulage gezahlt hat und diese nunmehr in gleichem prozentualem Umfang angerechnet bzw gekürzt wird. Der GS des BAG führt folgendes Zahlenbeispiel an:

Ein ArbGeb zahlt allen ArbN eine übertarifliche Zulage von 10 % (zB A: 2000 € + 200 €, B: 3000 € + 300 €, C: 5000 € + 500 €). Anlässlich einer Tarifloohnerhöhung um 6% rechnet er 4% an: Die Zulage verringert sich damit um den gleichen Prozentsatz auf 6% vom bisherigen Tariflohn (im Beispielfall A: 120 €, B: 180 €, C: 300 €). Das Verhältnis der Zulagen zueinander (im Beispielfall 2:3:5) bleibt unverändert.

Zu einer Änderung der Verteilungsgrundsätze kann es ausnahmsweise dennoch kommen, wenn nach der bisher geltenden Regelung alle ArbN einen bestimmten **Sockelbetrag** erhalten sollen, die prozentual gleichmäßige Anrechnung aber dazu führt, dass dieser Betrag bei einzelnen ArbN unterschritten wird.

Des Weiteren muss trotz der Anrechnung bzw Kürzung der Zulage ein **Regelungsspielraum** verbleiben. Dem können **Hinderungsgründe** tatsächlicher oder rechtlicher Natur entgegenstehen.

In tatsächlicher Hinsicht scheidet ein Mitbestimmungsrecht aus, wenn die Anrechnung so weitgehend ist, dass sie insgesamt zum Wegfall der Zulage führt. Ohne verbleibendes Zulagenvolumen scheidet eine Verteilung und damit gleichzeitig jede dahingehende Mitwirkungshandlung des BRat aus.

In rechtlicher Hinsicht sind nach der Rspr des GS die Mitbestimmungsgrenzen dann erreicht, wenn der ArbGeb eine Tarifloohnerhöhung vollständig auf alle Zulagen anrechnet, unabhängig davon, ob hierdurch eine Änderung der Verteilungsgrundsätze bewirkt wird (BAG 22.9.92 – 1 AZR 405/90, NZA 93, 668; BAG 3.3.93 – 10 AZR 42/92, NZA 93, 805). Die individualrechtlichen Vorgaben schränken den Handlungsspielraum des ArbGeb ein und verhindern eine andere Verteilungsalternative (BAG 22.9.92 – 1 AZR 235/90, NZA 93, 232). Das Gleiche gilt, wenn aufgrund individualrechtlicher Vorgaben (→ Rn 2) ausnahmsweise eine Anrechnung ausgeschlossen ist. Nimmt der ArbGeb in einem solchen Fall dennoch eine Anrechnung vor, so ergibt sich aus diesem vertragswidrigen Verhalten kein Mitbestimmungsrecht des BRat (BAG 7.2.96 – 1 AZR 657/95, NZA 96, 328).

Zu Recht sieht demgegenüber das BAG einen **weiteren rechtlichen Hinderungsgrund** bei einer bestehenden mitbestimmten Zulagenregelung (BAG 9.12.97 – 1 AZR 319/97, NZA 98, 661). Beachtet der ArbGeb diese bei der Zulagenänderung und vollzieht er damit letztlich nur diese Kollektivvereinbarung, so scheidet weitere Mitbestimmungsrechte aus. Der bloße Vollzug einer mitbestimmten Regelung kann kein neues Mitbestimmungsrecht auslösen (BAG 22.9.92 – 1 AZR 405/90, NZA 93, 668; BAG 14.2.95 – 1 AZR 565/94, NZA 96, 328).

Im Regelfall wird jedoch ein solcher Regelungsspielraum existieren. Es genügt bereits, dass der ArbGeb einen oder einzelne ArbN von der Anrechnung ausschließt (BAG 22.9.92 – 1 AZR 459/90, NZA 93, 566). Erst recht greift das Mitbestimmungsrecht des BRat ein, wenn der ArbGeb bestimmte Gruppen von ArbN von der Anrechnung ausnehmen will. Gleiches gilt, wenn der ArbGeb im Zusammenhang mit der vollständigen Anrechnung die übertariflichen Zulagen neu festsetzen und hierdurch die Anrechnung zum Teil kompensieren will (BAG 3.5.94 – 1 ABR 24/93, NZA 95, 40) oder bei mehreren **zeitlich versetzten Entgelterhöhungen** (BAG 10.3.09 – 1 AZR 55/08, NZA 09, 684), sofern dem eine **einheitliche Konzeption** zugrunde liegt (BAG 17.1.95, NZA 95, 792; BAG 14.2.95 – 1

18 Anrechnung übertariflicher Entgelte

AZR 565/94, NZA 96, 328; LAG Bln Bbg 11.1.17 – 23 Sa 1484/16, BeckRS 2017, 104822). Das setzt voraus, dass der ArbGeb bei der Entscheidung über die Anrechnung der ersten Stufe bereits sein Verhalten bei der zweiten Stufe geplant hat (BAG 24.1.17 – 1 ABR 6/15, NZA 17, 661).

- 18 Das Mitbestimmungsrecht greift auch ein, wenn die außertariflichen Angestellten von einer Anrechnung ganz oder teilweise ausgenommen werden sollen (BAG 27.10.92, BB 93, 1589), oder wenn bei der Anrechnung zwischen Arbeitern und Angestellten differenziert wird (LAG Hamm 18.1.94, NZA 95, 93). Es bezieht sich auf die **Verteilung des übertariflichen Zulagenvolumens** und die diesbezüglichen Verteilungsgrundsätze und erfasst nicht die Frage, ob und in welchem Umfang Mittel für eine übertarifliche Vergütung bereitgestellt werden müssen. Ob die übertarifliche Vergütung bei den ArbN arbeitsvertraglich bzw abrechnungsmäßig getrennt ausgewiesen wird, ist unerheblich. Entscheidend ist, dass sich rechnerisch ermitteln lässt in welchem Umfang und mit welcher Verteilungsmasse übertariflich vergütet wird (BAG 22.9.92 – 1 AZR 405/90, BB 93, 135).
- 19 Etwas anderes gilt allerdings dann, wenn innerhalb eines Betriebes **verschiedenartige Entgeltsysteme** bestehen, die durch Unterschiede in den Tätigkeiten sachlich bedingt sind. Hier erstreckt sich das Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs 1 Nr 10 BetrVG nicht auf das Verhältnis der einzelnen Entgeltsysteme zueinander. Daher kann ein ArbGeb mitbestimmungsfrei in einem Entgeltsystem eine vollständige Anrechnung vornehmen und das andere Entgeltsystem hiervon unberührt lassen (BAG 19.9.95 – 1 ABR 20/95, NZA 96, 484).
- 20 Diese Mitbestimmungsgrundsätze gelten gleichermaßen für Anrechnungen aus Anlass einer Tariflohnerhöhung wie für Zulagenkürzungen aus sonstigen Gründen bei individualrechtlich vorbehaltenem Widerruf (BAG 3.12.91 – GS 2/90, NZA 92, 749; BAG 10.11.92, DB 93, 439). Im Übrigen kann der BRat jederzeit von seinem **Initiativrecht** Gebrauch machen, sofern er eine Änderung des vorhandenen Zulagensystems erreichen will. Bei einer bestehenden Zulagenregelung auf der Grundlage einer oder mehrerer Betriebsvereinbarungen müssen diese allerdings zunächst gekündigt werden.
- 21 **4. Rechtsfolge** einer unterlassenen, aber im konkreten Fall erforderlichen Wahrung der Mitbestimmungsrechte des BRat ist die **Unwirksamkeit** der Anrechnungsmaßnahmen (BAG 25.7.96 – 6 AZR 179/95, NZA 97, 620; 22.5.12 – 1 AZR 94/11, NZA 12, 1234), denn die ordnungsgemäße Beteiligung des BRat ist nach der ständigen Rspr des BAG Wirksamkeitsvoraussetzung einer jeden Maßnahme, die für den ArbN nachteilig ist (BAG 10.3.09 – 1 AZR 55/08, NZA 09, 684; 3.12.91 – GS 2/90, NZA 92, 749). Steht demgegenüber aufgrund eines vorherigen arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahrens rechtskräftig fest, dass ein Mitbestimmungsrecht des BRat im konkreten Fall nicht besteht, scheidet ein Anspruch des ArbN auch dann aus, wenn er an diesem Beschlussverfahren nicht beteiligt war (BAG 23.2.16 – 1 AZR 73/14, NZA 16, 906).
- 22 Die Verletzung des Mitbestimmungsrechts selbst kann **keine zusätzlichen Ansprüche** begründen, die bislang nicht bestanden (BAG 3.9.14 – 5 AZR 109/13, BeckRS 2014, 74404). Insbes kann der BRat im Rahmen der Geltendmachung seines Mitbestimmungsrechts keinen Einfluss auf das Zulagenvolumen nehmen (LAG Frankfurt 12.9.91, NZA 92, 565 für die gleichbehandlungswidrige Einführung einer Zulage; aA DKW/Klebe § 87 Rz 319). Derartige Ansprüche können sich allenfalls individualrechtlich aus dem Gleichbehandlungsgebot ergeben. Ist der ArbGeb wegen Verletzung des Mitbestimmungsrechts verpflichtet, die übertarifliche Leistung im bisherigen Umfang fortzuführen, so kann er die weiteren Zahlungen unter dem Vorbehalt einer späteren Änderung (unter Mitwirkung des BRat) leisten und kann dann bei einer entsprechenden Einigung mit dem BRat später zu viel gezahlte Beträge zurückfordern.
- 23 **5. Muster.** S Online-Musterformular „M9.9 Arbeitsvertragliche Anrechnungsklausel“.

B. Lohnsteuerrecht

Weil

- 25 Auch die über- oder außertariflichen Entgelte gehören grds zum stpfl Arbeitslohn. Für den LStAbzug (§ 38 Abs 1 EStG) die Höhe der tatsächlichen Lohnzahlung maßgebend. Werden einem ArbN ohne Beendigung des Arbeitsverhältnisses entgangene oder entgegen der Einnahmen ersetzt (zB Einmalzahlung zur Ablösung übertariflicher Zulagen wegen einer entsprechenden Betriebsvereinbarung) liegt eine Modifikation des bestehenden Arbeitsver-

hältnisses vor. Dabei ist eine Lohnzahlung erfolgt, wenn dem ArbN der Lohn zugeflossen ist, er also über das Entgelt wirtschaftlich verfügen kann (§ 38 Abs 2 Satz 2 EStG). In diesen Fällen der Modifikation eines bestehenden Arbeitsverhältnisses können die Ausgleichszahlungen nicht der ermäßigten Besteuerung nach § 34 Abs 2 Nr 2 EStG iVm § 24 Nr 1 Buchst a EStG unterliegen. Zahlungen, die nicht an die Stelle weggefallener Einnahmen treten, sondern zivilrechtlich Erfüllungsleistungen eines Arbeitsvertrages sind, gehören nicht zu den Entschädigungen für entgangene Einnahmen iSd § 24 Nr 1 Buchst a EStG (BFH 18.5.05 – XI B 45/04, BFH/NV 2005, 1812).

C. Sozialversicherungsrecht

Völzke

Für die SozV hat die Frage der Wirksamkeit einer Anrechnung übertariflicher Entgelte 26 keine unmittelbare Bedeutung.

Anrufungsauskunft

A. Arbeitsrecht

Poeche

1. Interessenslage. Der ArbGeb hat die LSt für Rechnung des ArbN vom Lohn ein- 1
zubehalten (§ 38 Abs 3 Satz 1 EStG) und an das FA abzuführen. Er haftet dem FA gegen-
über auf Nachzahlung, falls er die LSt falsch berechnet und deshalb zu wenig abgeführt hat.
Er hat dann gegen den ArbN Anspruch auf Erstattung der nachentrichteten LSt (BAG
14.11.18 – 5 AZR 301/17, NZA 19, 250; 16.6.04 – 5 AZR 521/03, NZA 04, 1274). Die
Realisierung des Erstattungsanspruchs ist typischerweise mit Risiken behaftet, wenn eine
Aufrechnung gegen Entgeltansprüche des ArbN wegen der Pfändungsgrenzen (→ *Aufrech-*
nung Rn 7; → *Pfändung* Rn 23) oder wegen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses aus-
scheidet und ein gerichtlicher Titel erwirkt und vollstreckt werden muss. Gegenläufig ist der
ArbN daran interessiert, dass der ArbGeb nicht zu viel LSt abführt und ihm das FA zu viel
gezahlte LSt erst aufgrund der *Antragsveranlagung* erstattet. § 42e EStG ermöglicht beiden
Arbeitsvertragsparteien, die Steuerpflichtigkeit von ArbGebLeistungen durch eine Anru-
fungsauskunft des BetriebsstättenFA verbindlich zu klären (*Gamp* AuR 18, 87).

2. Einholung der Auskunft durch den Arbeitgeber. a) Risikoentlastung. Die Ver- 2
letzung der auf öffentlichem Recht beruhenden Verpflichtung des ArbGeb zur ordnungsg-
emäßen Berechnung und Abführung von Steuern schließt Ersatzansprüche des ArbN bei
fehlerhafter Handhabung nicht aus.

Einzustehen hat der ArbGeb für die verkehrübliche Sorgfalt (§ 276 BGB). Bei **unklarer**
Rechtslage hat er sich deshalb durch eine Anrufungsauskunft über die Steuerpflichtigkeit
der gewährten Geld- oder Sachleistungen zu unterrichten (BAG 30.4.08 – 5 AZR 725/07,
NZA 08, 884). Die Auskunft des FA schließt **Schadensersatzansprüche** des ArbN man-
gels Verschuldens des ArbGeb auch dann aus, wenn sie inhaltlich unrichtig ist, vorausgesetzt,
der ArbGeb hat den steuerrelevanten Sachverhalt ordnungsgemäß dargestellt. Darauf soll es
dann nicht ankommen, wenn der ArbN auf seine getrennte Anfrage hin dieselbe, unrichtige
Auskunft erhalten hat (BAG 11.10.89 – 5 AZR 585/88, NZA 90, 309).

b) Anspruch des Arbeitnehmers. Der ArbN hat gegen den ArbGeb **keinen An-** 3
spruch auf Einholung einer Anrufungsauskunft (offen gelassen in LAG Hamm 6.12.2000 –
14 Sa 1615/00, BeckRS 2000, 30788455). Der Weg, den der ArbGeb einschlägt, um die
LSt zutreffend zu ermitteln, ist ihm überlassen. Grund und Höhe des **Schadensersatz-**
anspruchs bei fehlerhafter Anwendung des Steuerrechts durch den ArbGeb richten sich
nach allgemeinen Grundsätzen: Bei zu viel entrichteter LSt wird es wegen der Erstattungs-
möglichkeit im Wege der *Antragsveranlagung* regelmäßig um einen Zinsschaden gehen. Bei
zu geringer Abführung der LSt kommen Kreditkosten in Betracht, falls der ArbN keine
Steuerstundung erhält und die nunmehr nachzuzahlende Steuer zuzüglich etwaiger Kosten
finanzieren muss.

3. Einholung der Auskunft durch den Arbeitnehmer. Zur Bindungswirkung der 4
dem ArbN erteilten Auskunft im Veranlagungsverfahren → Rn 12.

19 Anrufungsauskunft

B. Lohnsteuerrecht

Seidel

- 5 **1. Allgemeines. a) Auskünfte.** Im Steuerrecht lassen sich mehrere Arten von verbindlichen Auskünften des FA unterscheiden:
- gebührenpflichtige Auskünfte nach § 89 Abs 2 AO (allgemein verbindliche Auskünfte; § 89 Abs 3–5 AO) als gesetzliche Umsetzung der bisher von der Rspr entwickelten Regelung gem den Grundsätzen von Treu und Glauben. Näheres enthält die RechtsVO zu § 89 Abs 2 AO (SteuerauskunftsVO vom 30.11.07, BGBl I 07, 2783). Zur Zuständigkeit des FA oder des BZSt und zur Festsetzung und Erhebung von Gebühren nach § 89 Abs 3–5 AO s BMF 31.1.14, BStBl I 14, 290. Die Gebührenpflicht ist nicht verfassungswidrig (BFH 30.3.11 – I R 61/10, BStBl II 11, 536);
 - Verbindliche Zusagen im Anschluss an eine Außenprüfung (→ *Betriebsprüfung* Rn 8; §§ 204 ff AO; *Wagner* Teil L Rz 126 ff) und
 - die Anrufungsauskunft (§ 42e EStG) s iE BMF 12.12.17, DStR 17, 2734.
- Normale Auskünfte, zB die künftige steuerliche Behandlung bestimmter Ausgaben und die Anrufungsauskunft sind weiterhin gebührenfrei (LStR 42e).
- b) Zweck.** Das BetriebsstättenFA (→ Rn 6; → *Betriebsstätte* Rn 4 ff) hat auf Anfrage eines Beteiligten darüber Auskunft zu geben, ob und inwieweit im einzelnen Fall die Vorschriften über die LSt anzuwenden sind (§ 42e EStG). Da der ArbGeb hinsichtlich des LStAbzugsverfahrens (→ *Lohnabzugsverfahren* Rn 2 ff) öffentlich-rechtliche Pflichten zu erfüllen hat, dient die Möglichkeit der verbindlichen Auskunft über seine lohnsteuerlichen Pflichten im Einzelfall der Verminderung seines Haftungsrisikos (→ *Lohnsteuerhaftung* Rn 4 ff). Die Anrufungsauskunft bedingt weder ein besonderes rechtliches Interesse des Anfragenden noch ist sie auf Zweifelsfälle beschränkt (*HMW/Auskünfte* und Zusagen des Finanzamts Rz 14).
- 6 **2. Beteiligte.** Auskunftsberechtigt sind der ArbGeb, der ArbN als Steuerschuldner (BFH 9.10.92 – VI R 97/90, BStBl II 93, 166) und Personen, die Auskunft über ihre ArbGebEigenschaft wünschen sowie alle Personen, die darüber hinaus als Haftende in Anspruch genommen werden können (zB gesetzliche Vertreter, Vermögensverwalter und Verfügungsberechtigte iSd §§ 34, 35 AO – → *Lohnsteuerhaftung* Rn 29 ff – sowie Gesamtrechtsnachfolger, § 45 AO). ArbGebVerbände oder Gewerkschaften sind nicht auskunftsberechtigt, der BRat nur bei Bevollmächtigung durch den ArbGeb oder ArbN (*HMW/Auskünfte* und Zusagen des Finanzamts Rz 19).
- 7 **3. Zuständigkeit.** Die Auskunft kann intern zwar nur von einem **zuständigen Beamten** des BetriebsstättenFA (regelmäßig Amtsleiter, LStSachgebietsleiter und zeichnungsberechtigter Beamte des ArbGebBezirks) erteilt werden. Die Bindungswirkung knüpft allerdings an die mit der Verwaltungsaktsqualität (→ Rn 10) verbundene Außenwirkung der Regelung an (*Heuermann/Wagner* Teil K Rz 22), weshalb die – von der sachlichen Zuständigkeit zu unterscheidende – interne Zuständigkeit keine weitere Bedeutung hat. Bei **mehreren lohnsteuerrechtlichen Betriebsstätten** wird die Auskunft nur vom FA, in dessen Bezirk sich die Geschäftsleitung befindet, erteilt. Ist dieses FA kein BetriebsstättenFA, ist das FA zuständig, in dessen Bezirk sich die Betriebsstätte mit den meisten ArbN befindet (§ 42e Sätze 2 und 3 EStG). Bei **Konzernunternehmen** kommt – insbes auf Antrag – bei einem Fall von einigem Gewicht, wenn erkennbar ist, dass die Auskunft auch für andere ArbGeb des Konzerns von Bedeutung ist, eine Abstimmung unter den betroffenen FA in Betracht. Befindet sich die Konzernzentrale im Ausland, koordiniert das FA die Abstimmung, das als erstes mit der Angelegenheit betraut war (LStR 42e Abs 3). In Fällen der **Lohnzahlung durch Dritte**, in denen der Dritte ArbGebPflichten trägt (→ *Lohnabzugsverfahren* Rn 16, 17), ist dessen BetriebsstättenFA auch dann zuständig, wenn der Dritte Arbeitslöhne aus mehreren Dienstverhältnissen zusammenfasst (LStR 42e Abs 4). Die **Auskunft des LStAußenprüfers** stellt **keine Anrufungsauskunft** dar, kann jedoch ebenso wie eine im vorhergehenden Prüfungsbericht ausdrücklich unbeanstandete strittige Handhabung bei der Haftungsanspruchnahme iRd Ermessensausübung zu berücksichtigen sein (→ *Lohnsteuerußenprüfung* Rn 17; *Schmidt/Krüger* § 42e Rz 3; *HMW/Auskünfte* und Zusagen des Finanzamts Rz 46).
- 8 **4. Eine Form** ist zwar weder für die Anfrage noch für die Auskunft vorgeschrieben. Zur Vermeidung von Unklarheiten und Beweisschwierigkeiten, die zulasten dessen gehen, der