

# BUNDESARBEITSGERICHT



5 AZR 231/11 (F)

20 Sa 1735/07

Hessisches  
Landesarbeitsgericht

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am  
22. Februar 2012

## URTEIL

Metze, Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsklägerin,

pp.

Revisionsbeklagte,

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der Beratung vom 22. Februar 2012 durch den Vizepräsidenten des Bundesarbeitsgerichts Dr. Müller-Glöge, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Laux, den Richter

am Bundesarbeitsgericht Dr. Biebl sowie die ehrenamtliche Richterin Reinders und den ehrenamtlichen Richter Ilgenfritz-Donné für Recht erkannt:

1. Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Hessischen Landesarbeitsgerichts vom 9. Oktober 2008 - 20 Sa 1735/07 - wird zurückgewiesen.
2. Die Klägerin hat die Kosten der Revision zu tragen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

Die Parteien streiten über eine tarifliche Leistungszulage. 1

Die Klägerin war bei der W GmbH & Co. KG (*frühere Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsbeklagte, im Folgenden nur: Schuldnerin*), einem Unternehmen der Elektroindustrie, beschäftigt. Sie ist Mitglied der IG-Metall. Im Arbeitsvertrag vereinbarten die Klägerin und die Schuldnerin ua.: 2

„1. Frau S

wird als Mitarbeiterin in der Fräserei  
für Arbeiten in der Lohngruppe 2  
des Lohnrahmentarifvertrages für Arbeiter in der  
Eisen-, Metall- und Elektroindustrie des Landes  
Hessen in der jeweils gültigen Fassung eingestellt.

...

2. I. Als Vergütung erhält Frau S

nach der derzeitigen tariflichen Regelung  
einen Bruttomonatslohn bei 152,25 Std. DM 2.650,--

...

2.II. Bei der übertariflichen Zulage handelt es sich um eine freiwillige, jederzeit nach freiem Ermessen widerrufliche Leistung, auf die auch bei wiederholter Gewährung kein Rechtsanspruch für die Zukunft besteht. Diese Leistung kann auch jederzeit ganz oder teilweise anlässlich von tariflichen Höher-, Herab- oder Umgruppierungen angerechnet werden.

...

14. Im übrigen gelten die Bestimmungen der Tarifverträge der Eisen-, Metall- und Elektroindustrie des Landes Hessen in der jeweils gültigen Fassung.“

Die Schuldnerin war (Voll-)Mitglied des Arbeitgeberverbands der Hessischen Metallindustrie, bis sie im Juni 2003 in eine OT-Mitgliedschaft wechselte. Zu diesem Zeitpunkt betrug das tarifliche Grundgehalt in der Lohngruppe 2 1.510,32 Euro brutto. Die Schuldnerin zahlte der Klägerin monatlich 1.632,15 Euro brutto.

3

§ 7 des Lohnrahmentarifvertrags für die gewerblichen Arbeitnehmer in der Eisen-, Metall- und Elektroindustrie des Landes Hessen vom 15. Januar 1982 (*LRTV*) sieht für Zeitlöhner Leistungszulagen vor und bestimmt ua.:

4

- „1. Zeitlohnarbeit wird mit dem tariflichen Stundenlohn bezahlt. ...

...

3. Zeitlohnarbeiter haben je nach Beurteilung der Leistung einen persönlichen Rechtsanspruch auf Gewährung einer Leistungszulage auf den Grundlohn ihrer Lohngruppe.

Die Leistungszulage je Stunde muß im Durchschnitt aller Zeitlohnarbeiter des Betriebes mindestens 13 % des tariflichen Zeitgrundlohnes (Tabellenlohn) betragen. ...

Bei Neueinstellungen erfolgt die Beurteilung der Leistung und die Festlegung der Leistungszulage unmittelbar nach Ablauf einer Tätigkeitszeit von 6 Wochen.

Wird einem Zeitlohnarbeiter eine höher bewertete Lohngruppe zugeordnet, so kann die Leistungszulage entfallen oder neu festgelegt werden.“

In § 7 Ziff. 5 *LRTV* geben die Tarifvertragsparteien Bewertungsmerkmale für die Beurteilung der persönlichen Leistung vor. Ferner kann der Arbeitgeber zwischen einer summarischen und einer analytischen Leistungsbeurteilung wählen, wobei die summarische Beurteilung durch eine globale Beurteilung der Leistung unter Beachtung der von den Tarifvertragsparteien vorgegebenen

5

Bewertungsmerkmale und die Festlegung des Verfahrens hierfür nach beratender Mitwirkung des Betriebsrats durch den Arbeitgeber erfolgt (§ 7 Ziff. 7 LRTV). Bei einer analytischen Beurteilung der Leistung bedarf es einer - ergänzenden - Betriebsvereinbarung (§ 7 Ziff. 8 LRTV), bei Nichteinigung sind die Tarifvertragsparteien hinzuziehen. Außerdem bestimmt § 7 LRTV:

- „9. Die Beurteilung der Leistung und die Festlegung der Geldbeträge in den Fällen der Ziffer 7 und 8 obliegen dem Arbeitgeber und sind von diesem in Prozenten oder Geldbeträgen festzulegen.
10. Die Leistungszulage ist vom Arbeitgeber im Einzelarbeitsvertrag oder durch Lohnbelege prozentual auszuweisen.
- ...
12. Einmal im Jahr soll die Leistungsbeurteilung überprüft werden. Ist im Einzelfall der Arbeitgeber oder der Arbeitnehmer der Auffassung, daß die gezeigte Leistung der vorliegenden Beurteilung nicht mehr entspricht, so ist eine Überprüfung vorzunehmen.
- ...
13. Zur Regelung von Streitigkeiten über die Leistungsbeurteilung ist eine paritätisch besetzte Kommission zu bilden, die die Berechtigung des Einspruchs zu prüfen hat. ...“

In den gemeinsamen Erläuterungen zu § 7 LRTV heißt es zu § 7 Ziff. 3

6

Abs. 1:

„Aus der Formulierung, daß je nach Beurteilung der Leistung ein persönlicher Rechtsanspruch auf Gewährung einer Leistungszulage besteht, kann nicht abgeleitet werden, daß jeder Zeitlohnarbeiter eine Leistungszulage zu beanspruchen hat.

Maßgebend für die Gewährung ist die Beurteilung entsprechend der betrieblich festgelegten bzw. vereinbarten Verfahren gemäß der Ziffer 7 oder 8. Erst nach Beurteilung der Leistungen ist festzustellen, ob Ziffer 3 Absatz 2 erfüllt ist.“

Im Betrieb der Schuldnerin bestand ein Betriebsrat. Eine beratende Mitwirkung gem. § 7 Ziff. 7 LRTV fand nicht statt, eine Betriebsvereinbarung gem. § 7 Ziff. 8 LRTV wurde nicht geschlossen. Ebenso wenig erfolgten Leistungsbeurteilungen. 7

Nach erfolgloser Geltendmachung hat die Klägerin mit der am 12. Juli 2007 eingereichten und mit Schriftsatz vom 24. Oktober 2007 ermäßigten Klage eine Leistungszulage gem. § 7 LRTV für den Zeitraum September 2006 bis Juni 2007 verlangt und die Auffassung vertreten, die tarifliche Leistungszulage betrage (*mindestens*) 13 % des tariflichen Grundlohns, wenn der Arbeitgeber die tariflich vorgeschriebene Leistungsbeurteilung nicht vornehme. Dies ergebe sich zumindest aus § 315 BGB. Jedenfalls stehe ihr wegen der unterlassenen Leistungsbeurteilung ein Schadensersatzanspruch in Höhe des geltend gemachten Erfüllungsanspruchs zu. 8

Die Klägerin hat in den Tatsacheninstanzen zuletzt beantragt, die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 1.963,40 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Klageerhebung zu zahlen. 9

Die Schuldnerin hat Klageabweisung beantragt und geltend gemacht, den Anspruch auf Zahlung einer tariflichen Leistungszulage durch eine übertarifliche Vergütung erfüllt zu haben. § 315 BGB könne nicht angewendet werden, weil die Tarifvertragsparteien die Höhe der Leistungszulage nicht in das billige Ermessen des Arbeitgebers gestellt hätten. Ein Schadensersatzanspruch scheitere am Fehlen einer Pflichtverletzung. 10

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat auf die Berufung der Schuldnerin die Klage abgewiesen. Mit der vom Senat zugelassenen Revision hat die Klägerin zunächst die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils begehrt. Nachdem am 1. September 2009 über das Vermögen der Schuldnerin das Insolvenzverfahren eröffnet worden war, hat die Klägerin mit Schriftsatz vom 25. März 2011 das Verfahren gegen die Insolvenzverwalterin aufgenommen und beantragt nunmehr die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils mit der Maßgabe, die ausgerichtete Forderung 11

nebst Zinsen zur Insolvenztabelle festzustellen.

### **Entscheidungsgründe**

Die Revision der Klägerin ist unbegründet. Die Klägerin hat keinen Anspruch auf eine tarifliche Leistungszulage in bestimmbarer Höhe. Ob ihr die Klageforderung als Schadensersatz zusteht, kann der Senat nicht feststellen, § 181 InsO. 12

I. Die Klage auf Feststellung der auf den Anspruchsgrund „tarifliche Leistungszulage“ gestützten Forderung nebst Zinsen ist zulässig, aber unbegründet. 13

1. Wegen der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Schuldnerin kann die Klägerin nicht mehr wie in den Vorinstanzen Zahlung an sich verlangen. Die streitgegenständliche Forderung ist keine Masseverbindlichkeit (§ 55 InsO), sondern eine Insolvenzforderung, die nach § 174 InsO zur Tabelle anzumelden ist. Im Falle des Bestreitens der Forderung muss die Feststellung gegen den Bestreitenden betrieben werden, § 179 Abs. 1 InsO. Bei Anhängigkeit eines Rechtsstreits zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens erfolgt dies durch die Aufnahme des Rechtsstreits, § 180 Abs. 2 InsO. 14

Die Klägerin hat nach ihrem unbestrittenen Sachvortrag und den mit dem Wiederaufnahmeschriftsatz vorgelegten Unterlagen eine als „tarifliche Leistungszulage“ bezeichnete Forderung zur Insolvenztabelle angemeldet. Dass dabei die Hauptforderung höher beziffert ist als im unterbrochenen und wieder aufgenommenen Rechtsstreit verlangt, ist unschädlich (vgl. LAG Niedersachsen 10. Juli 2003 - 4 Sa 3/03 - NZA-RR 2004, 317; Uhlenbruck/Sinz 13. Aufl. § 181 InsO Rn. 11 mwN; zu § 146 Abs. 4 KO ebenso BGH 14. Dezember 1987 - II ZR 170/87 - zu I der Gründe, BGHZ 103, 1). Die Forderung ist von der Insolvenzverwalterin bestritten worden. 15

2. Die Klage ist unbegründet. Die Höhe der Leistungszulage ist wegen der von der Schuldnerin nicht vorgenommenen Leistungsbeurteilung nicht bestimmbar. 16

a) Auf das Arbeitsverhältnis der Parteien findet kraft beiderseitiger Tarifgebundenheit der LRTV Anwendung, § 3 Abs. 1 und Abs. 3, § 4 Abs. 1 TVG. Dass die Nachbindung der Schuldnerin geendet hätte, hat weder sie selbst noch die Insolvenzverwalterin geltend gemacht. 17

Nach § 7 Ziff. 3 LRTV haben Zeitlohnarbeiter wie die Klägerin je nach Beurteilung ihrer Leistung einen Rechtsanspruch auf eine Leistungszulage zu ihrem tariflichen Grundlohn. Schon aus dem Wortlaut der Tarifnorm ergibt sich, dass der Tarifvertrag damit dem gewerblichen Arbeitnehmer einen Anspruch auf eine Leistungszulage als Bestandteil der tariflichen Vergütung einräumt. Die Formulierung „je nach Beurteilung der Leistung“ ist keine den Anspruch entfallende Einschränkung, sondern betrifft - wie sich aus dem tariflichen Gesamtzusammenhang ergibt - die Höhe des Anspruchs auf die tarifliche Leistungszulage. Diese soll sich aus der nach § 7 Ziff. 9 LRTV dem Arbeitgeber obliegenden Beurteilung der Leistung ergeben, wobei der Tarifvertrag für die Leistungsbeurteilung in § 7 Ziff. 6 bis Ziff. 8 LRTV detaillierte Vorgaben macht. An dem Bestehen eines Anspruchs dem Grunde nach ändern die gemeinsamen Erläuterungen der Tarifvertragsparteien zu § 7 Ziff. 3 LRTV nichts. Damit wird nur verdeutlicht, dass bei einer entsprechend schlechten Leistung für eine bestimmte Beurteilungsperiode (vgl. § 7 Ziff. 12 LRTV) die Höhe der Leistungszulage auch Null betragen kann und damit die „Gewährung“ faktisch entfällt. 18

b) Die Höhe der Leistungszulage nach § 7 Ziff. 3 LRTV ist nicht bezifferbar, weil eine Beurteilung der Leistung der Klägerin im streitgegenständlichen Zeitraum und darüber hinaus generell nicht stattgefunden hat. 19

aa) § 7 LRTV enthält keine - ausdrückliche - Regelung darüber, was gelten soll, wenn der Arbeitgeber die ihm nach § 7 Ziff. 9 LRTV obliegende Leistungsbeurteilung nicht vornimmt. Der Tarifvertrag bestimmt zwar in § 7 Ziff. 3 LRTV, dass die Leistungszulage je Stunde im Durchschnitt aller Zeitlohnarbeiter des 20

Betriebs mindestens 13 % des tariflichen Zeitgrundlohns betragen muss. Damit ist jedoch nur das Gesamtvolumen festgelegt, das der Arbeitgeber als Leistungszulagen an alle in seinem Betrieb beschäftigten Zeitlohnarbeiter zu verteilen hat. Einen Verteilungsgrundsatz dergestalt, dass bei einer Nichtbeurteilung der Zeitlohnarbeiter diese jeweils 13 % ihres tariflichen Zeitgrundlohns als Leistungszulage sollen beanspruchen können, enthält die Tarifnorm nicht. Auch einen „Sockelbetrag“, der bei jeder (*schlechten*) Leistung mindestens zu zahlen wäre, hat der Tarifvertrag nicht festgesetzt.

bb) Diese tarifliche Regelungslücke darf nicht von der Rechtsprechung geschlossen werden. 21

Handelt es sich bei der Nichtregelung der Höhe der Leistungszulage bei fehlender Leistungsbeurteilung durch den Arbeitgeber um eine bewusste Auslassung durch die Tarifvertragsparteien, kommt eine Lückenschließung schon deshalb nicht in Betracht, weil die Gerichte nicht befugt sind, gegen den Willen der Tarifvertragsparteien ergänzende tarifliche Regelungen zu „schaffen“. Dies wäre ein unzulässiger Eingriff in die verfassungsrechtlich geschützte Tarifautonomie (*BAG 25. Februar 2009 - 4 AZR 964/07 - Rn. 20 mwN, AP TVG § 1 Auslegung Nr. 215*). 22

Handelt es sich um eine unbewusste Regelungslücke im LRTV ist für eine Lückenschließung erforderlich, dass sich aus dem Tarifvertrag selbst hinreichende Anhaltspunkte ergeben, wie die Tarifvertragsparteien nach ihrem mutmaßlichen Willen die nicht berücksichtigte Fallkonstellation geregelt hätten, wenn sie die Lückenhaftigkeit erkannt hätten. Bestehen dagegen keine sicheren Anhaltspunkte für die mutmaßliche Regelung der Tarifvertragsparteien und sind verschiedene Regelungen denkbar, scheidet eine Ausfüllung der tariflichen Regelungslücke durch die Gerichte ebenfalls aus. Sie würde wiederum in die durch Art. 9 Abs. 3 GG allein den Tarifvertragsparteien zugewiesene Gestaltungsfreiheit eingreifen (*BAG 24. Februar 1988 - 4 AZR 614/87 - BAGE 57, 334; 21. April 2010 - 4 AZR 750/08 - Rn. 34, ZTR 2010, 571*). 23

Das ist vorliegend der Fall. Es sind verschiedene Regelungen denkbar, wie die Tarifvertragsparteien bei einer fehlenden Leistungsbeurteilung durch 24



den Arbeitgeber die Höhe der tariflichen Leistungszulage hätten regeln können. So hätten die Tarifvertragsparteien den Arbeitnehmer zur Bestimmung der Anspruchshöhe auf eine Klage auf Beurteilung oder die Anrufung der in § 7 Ziff. 13 LRTV vorgesehenen paritätischen Kommission verweisen können. Sie hätten auch bestimmen können, dass in einem solchen Falle das Gesamtvolumen, das der Arbeitgeber nach § 7 Ziff. 3 LRTV für die Leistungszulagen zur Verfügung stellen muss, gleichmäßig auf alle Zeitlohnarbeiter des Betriebs verteilt wird oder der Zeitlohnarbeiter - wie die Klägerin meint - eine Leistungszulage pauschal in Höhe von 13 % seines tariflichen Zeitgrundlohns beanspruchen kann. Sichere Anhaltspunkte dafür, welche Regelung die Tarifvertragsparteien getroffen hätten, bestehen nicht.

c) Die Höhe der Leistungszulage kann nicht durch Urteil gem. § 315 Abs. 3 Satz 2 Halbs. 2 BGB bestimmt werden. Denn der Tarifvertrag hat die Bestimmung der Höhe der Leistungszulage nicht dem Arbeitgeber überlassen, § 315 Abs. 1 BGB. 25

aa) § 315 Abs. 1 BGB regelt, dass die Bestimmung nach billigem Ermessen zu treffen ist, wenn die Leistung durch einen Vertragsschließenden bestimmt werden soll. Entspricht die getroffene Bestimmung nicht der Billigkeit, so wird sie nach § 315 Abs. 3 Satz 2 Alt. 1 BGB durch Urteil getroffen; das Gleiche gilt gem. § 315 Abs. 3 Satz 2 Alt. 2 BGB, wenn die Bestimmung verzögert wird. Die Vertragshilfe des § 315 BGB greift aber nur dort, wo die Parteien das vereinbart, sich also autonom der richterlichen Schlichtung durch Ersatzleistungsbestimmung unterworfen haben (*BAG 12. Dezember 2007 - 10 AZR 97/07 - Rn. 24, BAGE 125, 147*). 26

bb) Die Tarifautonomie als Möglichkeit oder Aufgabe der Tarifvertragsparteien, die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen eigenverantwortlich zu regeln, schließt es zwar grundsätzlich nicht aus, die Rechtsetzungsbefugnis zu delegieren (*BAG 16. Juni 2010 - 4 AZR 944/08 - Rn. 29*). Die Tarifvertragsparteien haben aber in § 7 LRTV nicht vereinbart, dass die Höhe der Leistungszulage der Arbeitgeber soll bestimmen können. Vielmehr heißt es in § 7 Ziff. 3 LRTV ausdrücklich, die (*Höhe der*) Leistungszulage des Zeitlohnarbeiters solle sich „je 27

nach Beurteilung der Leistung“ richten. Bei der nach § 7 Ziff. 9 LRTV dem Arbeitgeber obliegenden Leistungsbeurteilung hat dieser zwar einen gewissen Beurteilungsspielraum. Das liegt in der Natur einer Leistungsbeurteilung. Der Tarifvertrag gibt aber in § 7 Ziff. 5 bis Ziff. 8 LRTV dem Arbeitgeber für die Leistungsbeurteilung derart detaillierte Vorgaben, dass von einer Leistungsbestimmung durch den Arbeitgeber nicht gesprochen werden kann.

II. Ob die Klägerin die festzustellende Forderung als Schadensersatz wegen der von der Schuldnerin nicht vorgenommenen Leistungsbeurteilung beanspruchen kann, obliegt nach § 181 InsO nicht der Prüfung des Senats. Insoweit ist die Feststellungsklage unzulässig. 28

1. Nach § 181 InsO kann die Feststellung nach Grund, Betrag und Rang der Forderung nur in der Weise begehrt werden, wie die Forderung in der Anmeldung oder im Prüfungstermin bezeichnet worden ist. Es handelt sich dabei um eine Sachurteilsvoraussetzung. Einer Klage, mit der die Feststellung einer unangemeldeten und ungeprüften Forderung beantragt wird, fehlt das - auch in der Revisionsinstanz von Amts wegen zu prüfende - Feststellungsinteresse und ist als unzulässig abzuweisen (*BAG 16. Juni 2004 - 5 AZR 521/03 - zu I der Gründe, BAGE 111, 131; BGH 5. Juli 2007 - IX ZR 221/05 - zu B I 2 der Gründe mwN, BGHZ 173, 103*). 29

2. Grund der Forderung in § 181 InsO meint den Klagegrund und damit den (Lebens-)Sachverhalt, aus dem die Forderung entspringt (*BGH 22. Januar 2009 - IX ZR 3/08 - Rn. 10 mwN, ZIP 2009, 483; Uhlenbruck/Sinz 13. Aufl. § 181 InsO Rn. 5 mwN*). Der Grund bestimmt, soweit die Forderung als anerkannt in die Tabelle eingetragen wird, den Umfang der Rechtskraft der Eintragung gegenüber den Gläubigern (§ 178 Abs. 3 InsO) und, soweit die Forderung bestritten wird, den Umfang der Rechtskraft des im Feststellungsprozess ergehenden Urteils, § 183 Abs. 1 InsO (*vgl. dazu BGH 27. September 2001 - IX ZR 71/00 - ZIP 2001, 2099*). 30

Der bei der Anmeldung nach dem eigenen Vorbringen der Klägerin (*nur*) angegebene Grund „tarifliche Leistungszulage“ umfasst nicht den Streit- 31

gegenstand „Schadensersatzanspruch“. Dieser beruht auf einem anderen Sachverhalt als der Klagegrund tarifliche Leistungszulage, nämlich einer behaupteten Pflichtverletzung der Schuldnerin, und ist zudem rechtlich wesentlich anders zu beurteilen. Muss - wie hier - dem in der Feststellungsklage geltend gemachten Anspruchsgrund eine andere Verteidigung entgegengesetzt werden als dem angemeldeten, handelt es sich stets um eine wesentliche Änderung des Grundes der Forderung, die ohne ein neues Anmelde- und Prüfungsverfahren die Unzulässigkeit der Feststellungsklage bedingt (vgl. *BGH 5. Juli 2007 - IX ZR 221/05 - Rn. 19, BGHZ 173, 103; Uhlenbruck/Sinz 13. Aufl. § 181 InsO Rn. 6, jeweils mwN*).

III. Die Klägerin hat gem. § 97 Abs. 1 ZPO die Kosten der Revision zu tragen.

32

Müller-Glöge

Laux

Biebl

Reinders

Ilgenfritz-Donné