

BUNDESARBEITSGERICHT



5 AZR 232/11 (F)

20 Sa 1736/07

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 1736/07 - wird zurückgewiesen.
2. Die Klägerin hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten nach Aufnahme des Revisionsverfahrens über die Feststellung einer Forderung zur Insolvenztabelle. 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 kaufmännische Angestellte
eingestellt.

Das Anstellungsverhältnis hat am 16. März 1987
begonnen. ...

2. Als Vergütung erhält Frau S

Gehalt gem. Gehaltsgruppe K 2 DM

Freiwillige übertarifliche Zulage DM

Bruttomonatsgehalt DM 3.450,--

Bei der übertariflichen Zulage handelt es sich um eine freiwillige, jederzeit 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.

...

Sonstige in diesem Vertrag nicht vereinbarte Leistungen des Arbeitgebers an den Angestellten sind freiwillig und jederzeit widerruflich. Auch wenn der Arbeitgeber sie mehrmals und regelmäßig erbringen sollte, erwirbt der Angestellte dadurch keinen Rechtsanspruch für die Zukunft.

...

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 Gehaltsgruppe K 2, in die die Klägerin damals eingruppiert war, 2.171,00 Euro brutto. Im Zeitraum Dezember 2006 bis April 2007 erhielt die Klägerin darüber hinaus monatlich 43,40 Euro brutto und im Mai und Juni 2007 79,00 Euro brutto, die in den Abrechnungen als übertarifliche Zulage bezeichnet waren.

3

§ 3 des Gehaltsrahmentarifvertrags für die Angestellten in der Eisen-, Metall- und Elektroindustrie des Landes Hessen vom 15. Januar 1982 idF vom 6. Mai 1990 (*GRTV*) sieht Leistungszulagen vor und bestimmt unter Abschn. I:

4

- „1. Die Tätigkeit von Angestellten wird mit dem tariflichen Grundgehalt bezahlt.

Die Festsetzung des Tarifgehaltes erfolgt aufgrund der am Arbeitsplatz gestellten Anforderungen und der sich daraus ergebenden tariflichen Einstufung.

2. Angestellte haben je nach Beurteilung ihrer Leistung einen Rechtsanspruch auf eine Leistungszulage zu ihrem tariflichen Grundgehalt.

Die Leistungszulagen aller Tarifangestellten müssen im Betriebsdurchschnitt mindestens 10 % der Summe der tariflichen Grundgehälter betragen.

...

Bei Neueinstellungen erfolgt die Beurteilung der Leistung und die Festlegung der Leistungszulage spätestens bis zum Ablauf einer Tätigkeitszeit von 3 Monaten. Bis zu diesem Zeitpunkt bleiben diese

Angestellten bei der Ermittlung des Betriebsdurchschnitts der Leistungszulagen unberücksichtigt.

3. Leistungszulagen bleiben auch nach Aufrücken in eine höhere Altersstufe bestehen. Beim Aufrücken in eine höher bewertete Tätigkeitsgruppe können sie entfallen oder neu festgesetzt werden.“

§ 3 Abschn. II GRTV enthält ein Beurteilungsschema und ordnet an, dass bei der Beurteilung der persönlichen Leistung von diesem Beurteilungsschema auszugehen ist. Außerdem heißt es dort unter Nr. 4:

„Die relative Höhe der Leistungszulagen ist nicht abhängig von der Gehaltsgruppe des Angestellten.“

Zu dem tariflichen Beurteilungsschema regelt § 3 Abschn. III GRTV weiter:

- „1. Zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat ist in einer Betriebsvereinbarung zu dem vorgenannten Beurteilungsschema folgendes festzulegen:

- a) die Gesamtpunktzahl und ihre Verteilung auf die Grundmerkmale (Gewichtung)
- b) ggf. die Funktionsbereiche, die mit unterschiedlichen Gewichtungen versehen werden können und
- c) die Kündigungsfrist der Betriebsvereinbarung.

Durch die Kündigung der Betriebsvereinbarung bleiben im Einzelarbeitsvertrag ausgewiesene Leistungszulagen unberührt.

2. Wird über Ziffer 1 keine Einigung erzielt, so sind auf Antrag des Arbeitgebers oder des Betriebsrates die Tarifvertragsparteien mit dem Ziel einer Vermittlung hinzuzuziehen.

Kommt es dabei zu keiner Einigung, so entscheidet die Einigungsstelle gemäß Betriebsverfassungsgesetz.

...

4. In Betrieben bis zu 25 Tarifangestellten kann der Arbeitgeber unter Zugrundelegung der Beurteilungsmerkmale und -stufen eine globale Beurteilung der Leistung des Angestellten durchführen und

entsprechend dem Ergebnis die Zuordnung in eine der Leistungsstufen vornehmen.

In diesem Fall entfällt die Betriebsvereinbarung gemäß Abschnitt III, Ziffer 1.

...

6. Die Beurteilung der Leistung obliegt dem Arbeitgeber oder seinem Beauftragten.

Für jeden Angestellten sind Beurteilungsunterlagen anzulegen, aus denen alle Angaben über die Beurteilung ersichtlich sind.

7. Der Arbeitgeber hat dem Angestellten die Leistungszulage, ausgedrückt in Prozenten des tariflichen Grundgehalts, in schriftlicher Form mitzuteilen. Die ermittelte Leistungszulage ist auf volle DM-Beträge aufzurunden.

...

10. Die Leistungsbeurteilung soll einmal im Jahr überprüft werden.

...“

Im Betrieb der Schuldnerin bestand ein Betriebsrat. Eine Betriebsvereinbarung gem. § 3 Abschn. III GRTV 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 10. September 2007 erweiterten Klage eine Leistungszulage gem. § 3 Abschn. I Nr. 2 GRTV für den Zeitraum September 2006 bis August 2007 verlangt und die Auffassung vertreten, die tarifliche Leistungszulage betrage (*mindestens*) 10 % des tariflichen Grundgehalts, wenn der Arbeitgeber die tariflich vorgeschriebene Leistungsbeurteilung nicht vornehme. Das ergebe sich zumindest aus § 315 BGB. Jedenfalls stehe ihr wegen der unterlassenen Leistungsbeurteilung ein Schadensersatzanspruch in dieser Höhe zu.

8

Die Klägerin hat in den Tatsacheninstanzen zuletzt beantragt,
die Beklagte zu verurteilen, an sie 2.605,20 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 übertar-
ifliche Vergütung erfüllt zu haben. § 315 BGB könne nicht angewendet werden,
weil die Tarifvertragsparteien die Höhe der Leistungszulage nicht in das Ermes-
sen des Arbeitgebers gestellt hätten. Ein Schadensersatzanspruch scheitere
am Fehlen einer Pflichtverletzung.

10

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Das Landesarbeitsge-
richt hat sie auf die Berufung der Schuldnerin 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 Insolvenz-
verwalterin aufgenommen und beantragt nunmehr die Wiederherstellung des
erstinstanzlichen Urteils mit der Maßgabe, die ausgeurteilte Forderung zur
Insolvenztabelle festzustellen.

11

Entscheidungsgründe

Die Revision der Klägerin ist unbegründet. Die Klägerin hat keinen An-
spruch 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 unbe-
gründet.

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 und eine hierauf entfallende Zinsforderung zur Insolvenztabelle angemeldet. Dass dabei die Hauptforderung höher beziffert ist und Zinsen für einen längeren Zeitraum geltend gemacht werden 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). Haupt- und Zinsforderung sind 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 GRTV 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 § 3 Abschn. I Nr. 2 GRTV haben Angestellte je nach Beurteilung ihrer Leistung einen Rechtsanspruch auf eine Leistungszulage zu ihrem tariflichen Grundgehalt. Schon aus dem Wortlaut der Tarifnorm ergibt sich, dass der Tarifvertrag damit dem Angestellten einen Anspruch auf eine Leistungszulage als Bestandteil der tariflichen Vergütung einräumt. Die Formulierung „je nach 18

Beurteilung ihrer Leistung“ ist keine den Anspruch entfallen lassende Einschränkung, sondern betrifft - wie sich aus dem tariflichen Gesamtzusammenhang ergibt - die Höhe des Anspruchs auf die tarifliche Leistungszulage. Diese soll sich aus der nach § 3 Abschn. III Nr. 6 GRTV dem Arbeitgeber obliegenden Beurteilung der Leistung des Angestellten ergeben, wobei der Tarifvertrag für die Leistungsbeurteilung in § 3 Abschn. II und Abschn. III GRTV detaillierte Vorgaben macht. Auch die Einordnung in die Leistungsstufe 1, einer „Null-Stufe“ (§ 3 Abschn. III Nr. 3 GRTV), lässt den Anspruch auf die Leistungszulage nicht entfallen, sondern führt nur dazu, dass die Höhe der Leistungszulage in der betreffenden Beurteilungsperiode ggf. Null beträgt.

b) Die Höhe der Leistungszulage nach § 3 Abschn. I Nr. 2 GRTV ist nicht bezifferbar, weil eine Beurteilung der Leistung der Klägerin im streitgegenständlichen Zeitraum und darüber hinaus generell nicht stattgefunden hat. 19

aa) § 3 GRTV enthält keine - ausdrückliche - Regelung darüber, was gelten soll, wenn der Arbeitgeber die ihm nach § 3 Abschn. III Nr. 6 GRTV obliegende Leistungsbeurteilung nicht vornimmt. Der Tarifvertrag bestimmt zwar in § 3 Abschn. I Nr. 2 Abs. 2 GRTV, dass die Leistungszulagen aller Tarifangestellten im Betriebsdurchschnitt mindestens 10 % der Summe der tariflichen Grundgehälter betragen muss. Damit ist jedoch nur das Gesamtvolumen festgelegt, das der Arbeitgeber als Leistungszulagen an alle in seinem Betrieb beschäftigten Angestellten zu verteilen hat. Einen Verteilungsgrundsatz dergestalt, dass bei einer Nichtbeurteilung der Angestellten diese jeweils 10 % ihres tariflichen Grundgehalts 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. 20

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 22

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*).

Handelt es sich um eine unbewusste Regelungslücke im GRTV, 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 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 § 3 Abschn. III Nr. 13 GRTV vorgesehenen paritätischen Kommission verweisen können. Sie hätten auch bestimmen können, dass in einem solchen Falle das Gesamtvolumen, das der Arbeitgeber nach § 3 Abschn. I Nr. 2 Abs. 2 GRTV für die Leistungszulagen zur Verfügung stellen muss, gleichmäßig auf alle Angestellten des Betriebs verteilt wird oder der Angestellte - wie die Klägerin meint - eine Leistungszulage pauschal in Höhe von 10 % seines tariflichen Grundgehalts beanspruchen kann. Sichere Anhaltspunkte dafür, welche Regelung die Tarifvertragsparteien getroffen hätten, bestehen nicht, zumal nach § 3 Abschn. II Nr. 4 GRTV die relative Höhe der Leistungszulage nicht von der Gehaltsgruppe des Angestellten abhängig sein soll.

24

- 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 § 3 GRTV nicht vereinbart, dass die Höhe der Leistungszulage der Arbeitgeber soll bestimmen können. Vielmehr heißt es in § 3 Abschn. I Nr. 2 GRTV ausdrücklich, die (*Höhe der*) Leistungszulage der Angestellten solle sich „je nach Beurteilung ihrer Leistung“ richten. Bei der nach § 3 Abschn. III Nr. 6 GRTV dem Arbeitgeber obliegenden Leistungsbeurteilung hat dieser zwar einen gewissen Beurteilungsspielraum. Das liegt in der Natur einer Leistungsbeurteilung und ergibt sich zudem aus § 3 Abschn. III Nr. 13 GRTV. Danach hat die paritätische Kommission ua. zu prüfen, „ob die Leistungsbeurteilung objektiv und nach billigem Ermessen durchgeführt wurde“. Der Tarifvertrag gibt aber in § 3 Abschn. II GRTV dem Arbeitgeber ein Beurteilungsschema vor, das nach § 3 Abschn. III Nr. 1 und Nr. 2 GRTV durch Betriebsvereinbarung und bei Nichteinigung durch die Einigungsstelle auszufüllen ist. Die dem Arbeitgeber für die Leistungsbeurteilung erteilten Vorgaben sind derart detailliert, dass von 27

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 Streitgegenstand „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 31

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 Anmeldungs- 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