



Mandanteninfo 01/2018: Wie viel Freiwilligkeit steckt im Arbeitsvertrag?

Arbeitsverträge enthalten oft neben dem Grundlohn und einer Leistungszulage auch zusätzliche **freiwillige Zulagen**, die der Arbeitgeber mit einem zusätzlichen Vermerk im Arbeitsvertrag versieht, in dem er beispielsweise schreibt:

„Die freiwillige, übertarifliche Zulage ist jederzeit widerruflich und auf Tarifierhöhungen jeglicher Art anrechenbar.“

Ähnliche Klauseln finden sich bei Bonuszahlungen, Gratifikationen und Weihnachtsgeldern. Nach besonders hohen Tariflohnerhöhungen versuchen die Arbeitgeber dann regelmäßig einen Teil der Erhöhung auf übertarifliche Entgeltbestandteile anzurechnen.

Fraglich ist, ob dies so ohne weiteres möglich ist.

Hier sind die Grundsätze der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zu beachten. Es gilt folgendes:

1. Anrechnungsentscheidungen unterliegen grundsätzlich dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats. Die Beachtung der Mitbestimmungsrechte nach [§ 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG](#) ist **Wirksamkeitsvoraussetzung** der Anrechnungsentscheidung. Bei einer Anrechnung, die die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats nicht beachtet, bleibt der Arbeitgeber die angerechneten Beträge schuldig und hat diese bis zur Grenze der Verfallsfristen nachzubezahlen.

Die Anrechnung unterliegt nur dann nicht der Mitbestimmung des Betriebsrats, wenn die Anrechnungsentscheidung bei **allen Mitarbeitern** das Zulagenvolumen **vollständig** und ganz aufzehrt. Lässt der Arbeitgeber bei einzelnen Mitarbeitern die Zulage bestehen, oder kürzt diese nur teilweise, so bleibt es beim Grundsatz der Mitbestimmung als Wirksamkeitsvoraussetzung (*vgl. BAG GS 03.12.1991 – GS 2/90; BAG vom 21.01.2003 – 1 AZR 125/02*).

2. Auch wenn der Betriebsrat an der Anrechnungsentscheidung beteiligt wird, ist diese noch nicht zwingend rechtswirksam. **Neben den kollektivrechtlichen Voraussetzungen müssen auch die individualrechtlichen Voraussetzungen aus dem Arbeitsvertrag erfüllt sein.**

Ein arbeitsvertraglicher Widerrufsvorbehalt, wonach freiwillige Leistungen „jederzeit unbeschränkt“ widerrufen werden können, ist gemäß [§ 308 Nr. 4 BGB](#) unwirksam. Voraussetzungen und Umfang der vorbehaltenen Änderungen müssen vom Arbeitgeber im Arbeitsvertrag konkretisiert worden sein. Ansonsten sind sie in einem Standardarbeitsvertrag unwirksam.

Mit einem Freiwilligkeits- oder Widerrufsvorbehalt möchte der Arbeitgeber verhindern, dass bestimmte finanzielle Leistungen zu einem dauerhaften Bestand des Arbeitsvertrages werden und möchte sich daher einseitig vorbehalten, diese Zusagen wieder beseitigen zu können.

In der Praxis spielt dies häufig bei Gratifikationen, Weihnachtsgeldern, Boni und übertariflichen Lohnbestandteilen eine Rolle. Da **Teilkündigungen des Arbeitsvertrages generell unzulässig** sind und Änderungskündigungen dem Arbeitgeber zu aufwendig erscheinen, will der Arbeitgeber mit dem Freiwilligkeitsvorbehalt oder dem Vorbehalt des Widerrufs, solche arbeitsvertraglichen Ansprüche für die Zukunft entweder nicht entstehen lassen, oder nach deren Entstehen wieder beseitigen.

Seit einer Gesetzesänderung im Jahr 2002 überprüft die Rechtsprechung solche Klauseln am Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB), wenn der Arbeitgeber diese „Geschäftsbedingungen“ für eine Vielzahl von Verträgen verwendet.

Es geht also um die Kontrolle der Wirksamkeit des „Kleingedruckten“.

Dabei können Vertragsklauseln, die die Freiwilligkeit oder auch die Verrechenbarkeit einer Klausel regeln, unwirksam sein,

- wenn sie an versteckter Stelle auftauchen („überraschende Klausel“ gemäß [§ 305c Abs. 1 BGB](#))
- wenn sie nicht klar und verständlich formuliert sind („Unklarheitenregelung“ gemäß [§ 307 Abs. 1 S. 2 BGB](#)), oder
- wenn sie sich auf Sonderleistungen beziehen, die neben dem laufenden Entgelt gewährt werden, wie zum Beispiel Boni oder Weihnachtsgeld und eine „unangemessene Benachteiligung“ gemäß [§ 307 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 BGB](#) enthalten.

Können laufende Zahlungen, wie beispielsweise übertarifliche Leistungen unter einem Freiwilligkeitsvorbehalt gestellt werden?

Nein, eine monatlich zu zahlende Zulage (unabhängig von ihrer Benennung) kann nicht unter Ausschluss jedes Rechtsanspruchs „freiwillig“ bezahlt werden. Eine solche Gestaltung benachteiligt den Arbeitnehmer unangemessen. Die Klausel ist daher gemäß [§ 307 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 Nr. 1 BGB](#) unwirksam (*vgl. BAG 5 AZR 627/06*), weil das Arbeitsverhältnis ein Austauschverhältnis ist, welches dem Arbeitgeber ermöglicht vom Arbeitnehmer die volle Arbeitsleistung zu verlangen, während er seinerseits aber über die von ihm geschuldete Gegenleistung frei disponieren können will. Dies gilt auch dann, wenn es bei dem unter Freiwilligkeitsvorbehalt stehenden Zahlungen nicht um die eigentliche Grundvergütung oder einen sonst zwingenden tariflichen Anspruch wie beispielsweise eine Schicht- oder Leistungszulage geht (*vgl. BAG a.a.O.*).

Kann eine Zahlung als „Freiwillig und jederzeit widerruflich“ bezeichnet werden?

Arbeitsvertragliche Klauseln, mit denen Sonderzahlungen wie Urlaubsgelder, Weihnachtsgelder oder sonstige Gratifikationen als „freiwillige und stets widerrufliche“ Zahlungen bezeichnet werden, sind nach wie vor in einer Vielzahl von Arbeitsverträgen weit verbreitet – allerdings **rechts-**

unwirksam. Dies hat erst jüngst die dritte Kammer des Arbeitsgerichts Freiburg im Februar 2018 entsprechend der ständigen Rechtsprechung des BAG erneut bestätigt (*vgl. BAG 08.12.2010 – [10 AZR 671/09](#)*). Insbesondere die häufig verwendete Kombination eines Freiwilligkeitsvorbehalts mit einem Widerrufsvorbehalt ist rechtsunwirksam, weil die Freiwilligkeit ja gerade voraussetzt, dass eine Rechtspflicht nicht besteht, während die Widerruflichkeit zur Grundlage hat, dass ein Anspruch besteht, der jedoch durch den Widerruf beseitigt werden können soll. Solche Klauseln sind jedoch unklar, da nicht erkennbar ist, welchen Regelungsgehalt diese Klausel haben soll. **Die Kombination von Widerrufsvorbehalt und Freiwilligkeitsklausel schließt sich nach der Rechtsprechung des BAG gegenseitig aus**, mit der Folge, dass solche Vorbehalte unwirksam sind und der Arbeitnehmer einen individualrechtlichen Anspruch auf die vorbehaltene Leistung behält. Soweit der Arbeitgeber sich eine Leistung wirksam vorbehalten möchte und sich nicht dauerhaft vertraglich binden möchte, müsste er dies konkret tun, indem er beispielsweise vereinbart: *„Der Arbeitnehmer erhält eine Projektleiterzulage, so lange er in einer verantwortlichen Funktion im Projekt xy tätig ist. Nach Projektende behält sich der Arbeitgeber vor, die Projektzulage zu widerrufen, wenn der Mitarbeiter die Funktion nicht mehr inne hat.“*

3. Ob eine Tariflohnerhöhung individualrechtlich auf eine übertarifliche Vergütung angerechnet werden kann, hängt von der zugrunde liegenden arbeitsvertraglichen Regelung ab. Haben die Vertragsparteien hierzu eine ausdrückliche Vereinbarung getroffen, so gilt diese. Andernfalls ist aus den Umständen zu ermitteln, ob eine Befugnis zur Anrechnung besteht. Die Anrechnung ist grundsätzlich möglich, sofern dem Arbeitnehmer nicht vertraglich ein selbstständiger Entgeltsbestandteil neben dem jeweiligen Tarifentgelt zugesagt worden ist (*vgl. BAG 5 AZR 820/07*). Allein in der tatsächlichen Zahlung liegt keine vertragliche Abrede, die Zulage solle auch nach einer Tariflohnerhöhung als selbstständiger Lohnbestandteil neben dem jeweiligen Tariflohn gezahlt werden. Dies gilt auch, wenn die Zulage über einen längeren Zeitraum vorbehaltlos gezahlt und nicht mit Tariflohnerhöhungen verrechnet worden ist.

Hat der Arbeitnehmer bei der Vertragsanbahnung jedoch über sein Gehalt verhandelt und darauf hingewiesen, dass er bei seinem bisherigen Arbeitgeber jeweils übertariflich bezahlt wurde und gewährt daraufhin der neue Arbeitgeber eine „Zulage“ oder „individuelle Zulage“, so könnte dies für eine anrechnungsfeste vertraglich geschuldete Zulage sprechen, die jeweils neben dem jeweiligen Tariflohn zu bezahlen ist. Wird jedoch nur neben dem Tariflohn tatsächlich ohne weitere Übereinkunft eine „übertarifliche Zulage“ bezahlt, so geht die Rechtsprechung davon aus, dass die gewährte übertarifliche Zulage künftigen Tariflohnerhöhungen vorgreift und damit verrechenbar ist (*vgl. BAG vom 23.09.2009 – [5 AZR 973/08](#)*).

Eine weitere Baustelle eröffnet sich durch die Bezugnahmeklauseln in Arbeitsverträgen.

Bezugnahmeklauseln erklären außerhalb des Arbeitsvertrages bestehende Regelungen für anwendbar.

In den meisten Fällen werden Tarifverträge in Bezug genommen. Die Klausel kann enger oder weiter sein und statisch auf den Tarifvertrag verweisen („...*der derzeit geltende Tarifvertrag der xy-Industrie findet Anwendung.*“), oder auch eine dynamische Verweisung im Vertrag enthalten, wie zum Beispiel:

„Im Übrigen gelten die Tarifverträge der xy-Industrie in ihrer jeweiligen Fassung.“

Derartige Bezugnahmeklauseln sind Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) des Arbeitgebers und unterliegen der vollen gerichtlichen Kontrolle (*ArbG Freiburg, Urteil vom 07.02.2018 3 Ca 395/17, BAG vom 08.12.2010 – [10 AZR 671/09](#)*).

Können Beschäftigte aus einer dynamischen Bezugnahmeklausel Tarifansprüche auch dann herleiten, wenn die Tarifbindung des Arbeitgebers weggefallen ist?

Vom Grundsatz her gelten Tarifverträge nur gesetzsgleich, das heißt unmittelbar und zwingend, wenn der Arbeitnehmer und der Arbeitgeber tarifgebunden sind. Dies ist der Fall, wenn der Arbeitnehmer Mitglied der tarifschließenden Gewerkschaft ist und der Arbeitgeber Mitglied des tarifschließenden Arbeitgeberverbandes, oder wenn der Arbeitgeber selbst einen Tarifvertrag abgeschlossen hat (Haustarifvertrag).

War nun der Arbeitgeber tarifgebunden und hat auch Nicht-Gewerkschaftsmitgliedern den Tarifvertrag bezahlt und im Arbeitsvertrag alle Tarifverträge in Bezug genommen, so sollte diese Bezugnahmeklausel nach der Rechtsprechung des BAG lediglich als „Gleichstellungsabrede“ der Nicht-Gewerkschaftsmitglieder mit den Gewerkschaftsmitgliedern beinhalten. Das heißt bei wegfallender Tarifbindung des Arbeitgebers, wie sie beispielsweise nach einem Verbandsaustritt, der Begründung einer OT-Mitgliedschaft oder nach einem Betriebsübergang denkbar ist, hat das dazu geführt, dass die Arbeitnehmer lediglich die zum Zeitpunkt des Wegfalls der Tarifbindung des Arbeitgebers geltenden tariflichen Ansprüche geltend machen konnten. Spätere Tarifänderungen, vor allem Tariflohnerhöhungen musste der Arbeitgeber dieser Rechtsprechung zu Folge nicht mitmachen.

Diese Rechtsprechung hat das BAG mit Urteil vom 29.08.2007 (*BAG 4 AZR 765/06 und 4 AZR 793/07*) **aufgegeben**. Im Rahmen der AGB-Kontrolle hat das BAG seither entschieden, dass durch die **dynamische Verweisung** auf die Tarifverträge in ihrer jeweiligen Fassung den Arbeitnehmern **echte Ansprüche** eingeräumt werden, die sich aus den in Bezug genommenen Tarifverträgen ergeben. Dies gilt unabhängig davon, ob der Arbeitgeber früher tarifgebunden war oder (zum Beispiel nach einem Betriebsübergang) jetzt tarifgebunden ist oder nicht. Wenn die Bezugnahmeklausel zum Beispiel dynamisch auf die Metall- und Elektrotarifverträge im Tarifgebiet Südbaden verweisen, hat der Arbeitnehmer auch nach dem Wegfall der originären Tarifbindung des Arbeitgebers Anspruch auf die Tariflohnerhöhung von 4,3 % zum 01.04.2018. Gleiches gilt für die Einmalzahlung von € 100,00 für den Monat März.

Diese **neue Rechtsprechung** wendet das BAG aber nur auf Arbeitsverträge an, die am 01.01.2002 oder später abgeschlossen wurden. Möglicherweise können jedoch auch Kollegen, die

vor dem 01.01.2002 ihren persönlichen Arbeitsvertrag abgeschlossen haben, in den Genuss der strengeren AGB-Kontrolle kommen. Dies soll immer dann der Fall sein, wenn ein Arbeitnehmer seinen Arbeitsvertrag bis zum 31.12.2001 geschlossen hat, jedoch zu einem späteren Zeitpunkt mit dem Arbeitgeber Änderungen oder Ergänzungen seines Vertrages vereinbart hat, bei denen neben den eigentlichen Änderungen vereinbart wurde, dass es „im Übrigen bei den bisher geltenden vertraglichen Regelungen verbleibt“. Dann sei das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien durch die Neuregelung umfassend geregelt. Auf den Willen der Parteien, eine Änderung im Hinblick auf den ursprünglichen Arbeitsvertrag herbeiführen zu wollen, käme es nicht an. Die Änderung hänge nicht vom Willen der Parteien ab, sondern sei eine Rechtsfolge bei einem Neuabschluss ab dem 01.01.2002, weshalb ein solcher Zusatzvertrag als „Neuvertrag“ anzusehen sei, der der strengeren Rechtskontrolle unterliegt (*vgl. ArbG HH – 27 Ca 453/15 vom 24.02.2016, ebenso LAG Bremen vom 06.03.2018 – 1 Sa 87/17*).

Nach der Entscheidung des LAG Bremen ist ein „Neuvertrag“, der der strengeren Rechtskontrolle unterliegt, auch anzunehmen, wenn der Arbeitgeber zur Sicherung der Arbeitsplätze und zur Vermeidung betriebsbedingter Kündigungen „im Gegenzug“ um das Einverständnis der Arbeitnehmer bittet, dass der Arbeitgeber zukünftig keine übertariflichen Leistungen mehr zahlen muss, sondern nur noch Tariflohn. Mit dieser Bezugnahmeklausel sei die dynamische Tarifenbezugnahme zum Gegenstand der Willensbildung des Änderungsvertrages gemacht worden.

Für die betriebliche Praxis enthält diese Rechtsprechung jede Menge Sprengstoff, da die Gerichte sogar dann der Auffassung sind, dass die Geltendmachung der Tarifansprüche auch dann nicht verwirkt sind, wenn ein Arbeitnehmer nach unterbliebener Weitergabe der Tariflohnerhöhungen diese mehrere Jahre lang nicht geltend gemacht hat, so dass die tariflichen Rechte inklusive sämtlicher Lohnerhöhungen bis zur Grenze der Verwirkung für die Vergangenheit und die Zukunft geltend gemacht werden können.

Sie interessieren sich für andere Ausgaben?

<http://www.arbeitsrecht24.com/mandanteninfo.php>

