

Vertragliche Möglichkeiten des Arbeitgebers zur Entgeltflexibilisierung

Von Arbeitnehmern wird gerade in Zeiten der Krise „Flexibilität“ gefordert. Dies beginnt bereits bei der Arbeitsplatzwahl, die unter Umständen für Berufspendler lange Anfahrtswege zum Arbeitsplatz erfordert.

Flexibilität wird vom Arbeitnehmer auch hinsichtlich der Arbeitszeit verlangt (Stichwort: Arbeit auf Abruf, § 12 TzBfG).

In diesem Aufsatz geht es um die Flexibilisierung des Arbeitslohnes und sonstiger Lohnbestandteile.

*Als Mittel zur Flexibilisierung des Arbeitslohnes kommen verschiedene Möglichkeiten in Betracht. Zum einen kann der Arbeitgeber Entgeltbestandteile unter gewissen Voraussetzungen widerrufen (sog. **Widerrufsvorbehalt**). Zum anderen können Lohnbestandteile als freiwillige Leistung gewährt werden, auf die von vornherein kein Rechtsanspruch besteht (sog. **Freiwilligkeitsvorbehalt**).*

Durch mehrere Entscheidungen des BAG sind inzwischen die meisten Fragen geklärt.

A) Einleitung

Mit der Entgeltflexibilisierung will sich der Arbeitgeber die Wettbewerbsfähigkeit erhalten.

Die Zulässigkeit derartiger Vereinbarungen hat mit Wirkung zum 01.01.2002 (bzw. für Altverträge mit Wirkung zum 01.01.2003; vgl. Art. 229 § 5 S. 2 EGBGB) eine einschneidende Änderung erfahren.

Da bis zum 31.12.2001 für Formulararbeitsverträge keine AGB-Kontrolle stattfand (vgl. § 23 I AGBG a.F.), wurden Widerrufsvorbehalte faktisch nur einer Ausübungskontrolle auf der Ebene des Direktionsrechts unterzogen.

Das Direktionsrecht des Arbeitgebers ist seit dem 01.01.2003 in § 106 GewO geregelt.¹ Danach kann der Arbeitgeber Inhalt, Ort und Zeit der **Arbeitsleistung** nach billigem Ermessen näher bestimmen, soweit diese Arbeitsbedingungen nicht durch den Arbeitsvertrag, Bestimmungen einer Betriebsvereinbarung, eines anwendbaren Tarifvertrages oder gesetzliche Vorschriften festgelegt sind.

Betrifft die Weisung des Arbeitgebers nicht die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers, son-

dern - wie beim Widerruf von Lohnbestandteilen - die Leistung des Arbeitgebers, so wird dieser Widerruf nach wie vor an § 315 I, III BGB gemessen.²

Die Überprüfung, ob der Widerruf von Entgeltbestandteilen zu Recht erfolgte, wurde bis zum 31.12.2001 daher nur daraufhin überprüft, ob die Entscheidung des Arbeitgebers dem billigen Ermessen entsprach, § 315 I, III BGB.

Seit dem 01.01.2002 findet nun auch bei Formulararbeitsverträgen eine AGB-Kontrolle anhand der §§ 307 bis 309 BGB statt, wobei allerdings die im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten angemessen zu berücksichtigen sind, § 310 IV S. 2 BGB. Selbst wenn der Arbeitsvertrag nur zur einmaligen Verwendung bestimmt ist, kommen gemäß § 310 III Nr. 2 BGB die §§ 307 bis 309 BGB zur Anwendung, da der Arbeitnehmer auch beim Abschluss des Arbeitsvertrages nach Ansicht des BAG als Verbraucher anzusehen ist.³

Praxis-Tipp: Der Verbraucher (hier der Arbeitnehmer) muss i.R.d. § 310 III Nr. 2 BGB aber beweisen, dass er auf den Inhalt des Vertrages keinen Einfluss nehmen konnte.⁴ Für die mangelnde Einflussnahmemöglichkeit des Arbeitnehmers spricht aber bei vorformulierten Vertragsbedingungen eine allgemeine Lebenserfahrung, sodass zugunsten des Arbeitnehmers die Grundsätze zum Anscheinsbeweis („prima-facie“) zur Anwendung kommen.⁵

Diese durch das AGB-Recht geprägte Rechtsprechung des BAG differenziert hinsichtlich der Entgeltflexibilisierung zwischen den sog. Widerrufs- und Freiwilligkeitsvorbehalten einerseits und zwischen laufendem (i.d.R. monatlich) gezahlten Entgelt und sonstigen Lohnbestandteilen (Sondervergütungen) andererseits.

¹ Bis zum 31.12.2002 wurde auf das Direktionsrecht § 315 BGB angewendet.

² BAG, NZA 2005, 465 (469).

³ Mittlerweile absolut gefestigte Rechtsprechung des BAG; vgl. dazu schon Tyroller, „Die Auswirkungen der Schuldrechtsmodernisierung auf das Arbeitsrecht“, in LiFe & Law 2006, 140 ff.

⁴ BGH, NJW 2008, 2250 ff. = LNR 2008, 15693.

⁵ vgl. Palandt, § 310 BGB, Rn. 17.

Anmerkung: Die Darstellung der Problematik kann am besten anhand von zwei Beispielfällen veranschaulicht werden.

Zuerst werden anhand eines Beispielfalles die Mittel der Entgeltflexibilisierung in Bezug auf das laufende Einkommen des Arbeitnehmers dargestellt und dabei zwischen Freiwilligkeits- und Widerrufsvorbehalten differenziert.

Anschließend wird der Freiwilligkeitsvorbehalt bei den Sonderzahlungen problematisiert.

Am Ende des Beitrages werden die Ergebnisse in einem Schaubild zusammengefasst.

B) Entgeltflexibilisierung bei laufendem Arbeitsentgelt („Monatslohn“)

Unter laufendem Arbeitsentgelt ist der (regelmäßig monatlich) gezahlte synallagmatische Arbeitslohn i.S.d. § 611 I BGB zu verstehen.

1. Sachverhalt

Ausgangsfall: Im standardmäßig verwendeten Arbeitsvertrag zwischen AG und AN ist folgende Regelung enthalten:

Als monatlich zu zahlendes Arbeitsentgelt erhält der AN einen festen Lohn von 1.800,- € sowie eine übertarifliche Zulage von 200,- €. Der AG hat das Recht, den übertariflichen Lohnbestandteil zu widerrufen, falls die Zielvorgabe des Unternehmens nicht erreicht wird.

Da die im Arbeitsvertrag transparent und verständlich definierte Zielvorgabe im Jahr 2008 vom Unternehmen wegen der Weltwirtschaftskrise nicht erreicht wurde, stellt der AG die Zahlung für 2009 ein. Zu Recht?

Abwandlung: Der Arbeitsvertrag enthält folgende Regelung:

Als monatlich zu zahlendes Arbeitsentgelt erhält der AN einen festen Lohn von 1.800,- € sowie eine übertarifliche Zulage von 200,- €. Die übertarifliche Zulage ist eine freiwillige Leistung, auf die auch bei wiederholter Zahlung kein Rechtsanspruch besteht.

Wäre die Zahlungseinstellung seitens des AG ab 2009 in der Abwandlung rechtmäßig?

2. Lösung des Ausgangsfall

Bei der übertariflichen Zulage handelt es sich nicht um eine freiwillige Sonderzahlung, sondern um das monatlich zu zahlende laufende Entgelt. Hierfür sprechen sowohl die Bezeichnung im Arbeitsvertrag als auch die Art der Leistung.

Die Zahlungseinstellung seitens des AG für 2009 wäre rechtmäßig, wenn

- der **Widerrufsvorbehalt** bei laufendem Arbeitsentgelt wirksam vereinbart wurde **und**
- der konkrete **Widerruf** im Einzelfall **billigem Ermessen entspricht**.

a) Wirksamkeit des Widerrufsvorbehalts

Bei dem Widerrufsvorbehalt handelt es sich um eine AGB i.S.d. §§ 305 ff. BGB, da der Arbeitsvertrag standardmäßig Verwendung findet. Er besteht aus Vertragsbestimmungen, die der AG dem AN bei Abschluss des Vertrags stellte und die für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert wurden (§ 305 I S. 1 BGB).

aa) Keine Überprüfungssperre, § 307 III S. 1 BGB

Der Widerrufsvorbehalt stellt eine von Rechtsvorschriften abweichende Regelung gemäß § 307 III S. 1 BGB dar. Nach dem Gesetz ist ein Vertrag nämlich bindend („pacta sunt servanda“⁶).

Von diesem gesetzlichen Grundsatz weicht der Widerrufsvorbehalt ab, sodass die Überprüfungssperre des § 307 III S. 1 BGB nicht zur Anwendung kommt.

Praxis-Tipp: Eine wichtige Erweiterung dieser Überprüfungssperre enthalten die §§ 307 III S. 2, 310 IV S. 3 BGB, wonach die formularvertragliche Einbeziehung eines Tarifvertrages nicht der AGB-Kontrolle unterliegt. Der in Bezug genommene Tarifvertrag muss aber bei unterstellter hypothetischer Tarifbindung ¹zeitlich, ²fachlich und ³räumlich anwendbar sein.⁷

Ist dies der Fall, so ist bei einer Globalverweisung auf den Tarifvertrag eine AGB-Kontrolle ausgeschlossen. Anderenfalls würde quasi „über die Hintertür“ durch eine richterliche Angemessenheitskontrolle in die Tarifautonomie des Art. 9 III GG eingegriffen.

⁶ Umkehrschluss aus § 346 I BGB: Bindung der Vertragsparteien, sofern sie sich im Vertrag keinen Rücktritt vorbehalten haben (vgl. dazu Looschelders, Schuldrecht Allgemeiner Teil, § 8, Rn. 141).

⁷ Herbert/Oberrath, NJW 2005, 3745 (3750); Diehn, NZA 2004, 129 (131); Witt, NZA 2004, 135 (137).

Nach einer aktuellen Entscheidung des BAG sind richtiger Weise auch Verweisungen auf in sich geschlossene Teile des einschlägigen Tarifvertrages privilegiert, also von der AGB-Kontrolle ausgeklammert, wenn sie ein abgeschlossenes Regelungssystem für den betroffenen Personenkreis enthalten.⁸

Verweisungen auf einzelne Normen und Klauseln des Tarifvertrages unterliegen dagegen der vollen Kontrolle, um eine „Rosinen-Pickerei“ zu verhindern; § 310 IV S. 3 BGB gilt in diesem Fall also nicht.

bb) Unwirksamkeit gem. § 308 Nr. 4 BGB?

Die Wirksamkeit des Widerrufsrechts richtet sich nach § 308 Nr. 4 BGB als der gegenüber § 307 BGB spezielleren Norm.

Zum formularvertraglichen Widerrufsvorbehalt von Entgeltbestandteilen hat das BAG bereits wiederholt entschieden, dass dieser gem. **§ 308 Nr. 4 BGB** unwirksam sein kann.⁹

Das Gesetz verbietet es aber nicht vollständig, Vergütungsbestandteile als widerruflich auszugestalten, wenn wirtschaftliche Gründe für einen Widerruf vorliegen. Die Vereinbarung des Widerrufsrechts ist gemäß § 308 Nr. 4 BGB zumutbar, wenn der Widerruf nicht grundlos erfolgen soll, sondern wegen der unsicheren Entwicklung der Verhältnisse als Instrument der Anpassung notwendig ist (sog. „**Flexibilisierung des Arbeitslohns**“).

Nach Ansicht des BAG muss die Bestimmung klar und verständlich sein und darf auch als solche den AN nicht unangemessen und unzumutbar benachteiligen.

(1) Formell-rechtliche Voraussetzungen: Transparenzkontrolle der Gründe für den Widerrufsvorbehalt

In formeller Hinsicht muss die Bestimmung die Angemessenheit und Zumutbarkeit erkennen lassen. Dabei muss sich bereits aus der Regelung selbst ergeben, dass der Widerruf nicht ohne Grund erfolgen darf.

Da § 308 Nr. 4 BGB § 307 BGB konkretisiert, sind auch dessen Wertungen heranzuziehen. In Anlehnung an § 307 I S. 2 BGB müssen die Voraussetzungen und der Umfang der vorbe-

haltenen Änderungen möglichst genau und verständlich konkretisiert werden.

Die widerrufliche Leistung muss nach Art und Höhe eindeutig sein, damit der Arbeitnehmer erkennen kann, was gegebenenfalls „auf ihn zukommt“.¹⁰

Auch die Berücksichtigung der im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten gem. § 310 IV S. 2 BGB befreit nicht von der Notwendigkeit, Gründe für eine Abänderung vertraglicher Bedingungen zu nennen und diese gegebenenfalls inhaltlich zu überprüfen.¹¹ Diese Voraussetzungen lassen sich nämlich im Regelfall auch leicht erfüllen. Bei den Widerrufsgründen lässt sich zumindest der Grund angeben, aus welchem der Widerruf möglich sein soll.¹²

Praxis-Tipp: Mögliche Widerrufsgründe können zum Beispiel die wirtschaftliche Notlage des Unternehmens, ein negatives wirtschaftliches Ergebnis der Betriebsabteilung, ein nicht ausreichender Gewinn, die Nichterreichung der erwarteten wirtschaftlichen Entwicklung bzw. einer angemessenen Zielvorgabe, unterdurchschnittliche Leistungen oder schwerwiegende Pflichtverletzungen des Arbeitnehmers etc. sein.

Diese Anforderungen waren im vorliegenden Beispielfall erfüllt, da eine wirtschaftliche Zielvorgabe im Arbeitsvertrag transparent und verständlich definiert war.¹³

¹⁰ Kroeschell, Die AGB-Kontrolle von Widerrufs- und Freiwillichkeitsvorbehalten, NZA 2008, 1393 (1394).

¹¹ BAG, NZA 2009, 428 (430).

¹² **Vertiefungshinweis für Praktiker:** Eine auf die Anforderungen (und Lücken!) von BAG, NZA 2005, 465 ff. aufbauende Checkliste für das Vorgehen des Kautelarjuristen bei der Ausarbeitung des Arbeitsvertrages finden Sie bei Schimmelpfennig, NZA 2005, 603 [609].

Bei vor dem 01.01.2002 abgeschlossenen Verträgen war der Widerrufsvorbehalt auch ohne Konkretisierung von Gründen wirksam und es wurde nur eine Wirksamkeitskontrolle des Widerrufs selbst durchgeführt. Seit dem 01.01.2003 gilt nun auch für Altverträge die neue Gesetzeslage, sodass hinsichtlich der Anforderungen an die Vertragsformulierung dies auf eine echte Rückwirkung hinausläuft.

Eine die Klausel teilweise „rettende“ ergänzende Vertragsauslegung will das BAG aber nur dann zulassen, wenn der Arbeitgeber während des Übergangsjahres 2002 (vgl. Art. 229 § 5 EGBGB) den Versuch unternommen hat, die nicht mehr dem Gesetz entsprechenden Anforderungen der Klausel der neuen Gesetzeslage anzupassen. Andernfalls ist die Klausel vollständig nichtig; vgl. BAG, NZA 2007, 809 (812); BAG, NZA 2008, 293 (295); BAG, NZA 2008, 464; BAG, NZA 2009, 428 (431 f.).

¹³ **Hinweis:** An der mangelnden Transparenz scheiterte die Zulässigkeit des Widerrufsvorbehalts im Grundsatzurteil des 5. Senats des BAG (NZA 2005, 465 ff.); dem folgend der 9. Senat des BAG in NZA 2007, 809 (810) für den Widerruf einer privaten Dienstwaggenutzung (= echter Entgeltbestandteil), die „jederzeit“ möglich sein sollte.

⁸ BAG, Urteil vom 06.05.2009, Az. 10 AZR 390/08.

⁹ BAG, NZA 2005, 465 ff.

Anmerkung: Hier beginnt in der Praxis für den vertragsgestaltenden Juristen die wichtigste Arbeit. Ein Fehler in diesem Bereich macht den Widerrufsvorbehalt unwirksam, sodass ein Widerrufsgrund seitens des Arbeitgebers nicht mehr geltend gemacht werden kann, selbst wenn ein solcher tatsächlich vorliegt.

(2) Materiell-rechtliche Voraussetzungen: Widerrufsvorbehalt darf das Wirtschaftsrisiko nicht unzulässig auf den AN abwälzen

Im Grundsatz hat der Arbeitgeber wegen der Ungewissheit der wirtschaftlichen Entwicklung des Unternehmens und der allgemeinen Entwicklung des Arbeitsverhältnisses ein anerkennenswertes Interesse daran, bestimmte Leistungen, insbesondere „Zusatzleistungen“ flexibel auszugestalten.

Allerdings darf der Arbeitgeber das **Wirtschaftsrisiko nicht auf den Arbeitnehmer abwälzen**. Eingriffe in den Kernbereich des Arbeitsvertrages sind nach der Wertung des § 307 II BGB nicht zulässig.¹⁴ Danach ist die Vereinbarung eines Widerrufsvorbehalts zulässig, soweit der widerrufliche Anteil am Gesamtdienst unter 25 % liegt und der Tariflohn nicht unterschritten wird.¹⁵

Anmerkung: Unklar ist, was das BAG mit der Formulierung meint, dass der Tariflohn nicht unterschritten werden dürfe. Insbesondere lässt sich den Urteilen nicht entnehmen, ob die Parteien überhaupt tarifgebunden waren (vgl. § 3 I TVG). Im Falle einer Tarifbindung wäre es eine Selbstverständlichkeit, dass der Arbeitgeber diesen nicht widerrufen kann, da eine Abweichung vom Tarifvertrag nur zugunsten des Arbeitnehmers möglich ist (vgl. § 4 III TVG).

Daher wird teilweise angenommen, dass der Tariflohn auch dann nicht unterschritten werden dürfe, wenn die Parteien nicht tarifgebunden sind.

Gegen diese Sichtweise spricht jedoch, dass ein derartiger Tarifvorbehalt eine „kalte Tarifbindung“ des Arbeitgebers herbeiführen würde, die mit der negativen Koalitionsfreiheit des Art. 9 III S. 1 GG nicht zu vereinbaren ist.¹⁶ Für diese Interpretation der nebulösen Entscheidungsgründe des BAG spricht allerdings die aktuelle politische Diskussion über Mindestlöhne, die - völlig unabhängig davon, ob diese sinnvoll und politisch korrekt wären - im Hinblick auf die Tarifautonomie in rein rechtlicher Hinsicht mehr als nur bedenklich sind.¹⁷

Zwischenergebnis: Da im Beispielsfall eine wirtschaftliche Zielvorgabe im Arbeitsvertrag transparent und verständlich als Widerrufsgrund definiert war und der widerrufliche Anteil der übertariflichen Zulage von 200,- € lediglich 10 % der Gesamtvergütung (2.000,- €) betraf, wurde der Widerrufsvorbehalt im Arbeitsvertrag wirksam vereinbart.

Exkurs: Diese Grundsätze überträgt das BAG auf die Flexibilisierung der vom Arbeitnehmer zu erbringenden Arbeitszeit. Ein diesbezügliches Recht, weniger oder mehr Arbeitsleistung zu verlangen, unterliegt nicht der Inhaltskontrolle des § 308 Nr. 4 BGB, da es nicht um die Änderung der vom Verwender (= AG) versprochenen Leistung geht. Das Leistungsbestimmungsrecht bzgl. der Arbeitszeit betrifft nämlich den Umfang der Arbeitspflicht des Arbeitnehmers, also des Vertragspartners des Verwenders.

Bei der Prüfung anhand des § 307 BGB ist zu berücksichtigen, dass der Arbeitnehmer ein berechtigtes wirtschaftliches Interesse an einer fest vereinbarten Dauer der Arbeitszeit hat. Hiervon hängt regelmäßig die Höhe des von ihm erzielten Einkommens ab. Dem Arbeitnehmer wird eine umso größere Planungssicherheit ermöglicht, je weniger variabel der Umfang der Arbeitszeit ausgestaltet ist.

¹⁴ **Hinweis:** Der Vertragsinhaltsschutz gemäß § 2 KSchG kann dabei als Maßstab dienen. Allerdings kommt es nicht auf eine konkrete Umgehung des Schutzes vor Änderungskündigungen (Anwendbarkeit des KSchG) an. Diese Beschränkung der Widerrufsmöglichkeiten gilt also auch in Kleinbetrieben, in denen das KSchG gem. § 23 I S. 2 bis 4 KSchG keine Anwendung findet.

¹⁵ Sind im Lohn auch nicht synallagmatische Entgeltbestandteile enthalten, so darf der widerrufliche Teil sogar bis zu 30 % betragen; vgl. BAG, NZA 2005, 465 ff.; BAG, NZA 2007, 87 ff.; BAG, NZA 2007, 809 ff.

¹⁶ Vgl. dazu ausführlich Bayreuther, „Widerrufs-, Freiwilligkeits- und Anrechnungsvorbehalte – geklärte und ungeklärte Fragen der aktuellen Rechtsprechung des BAG zu arbeitsvertraglichen Vorbehalten“, in ZIP 2007, 2010 ff.

¹⁷ In diesem Zusammenhang sei auf das Urteil des BAG vom 22.04.2009 (Az. 5 AZR 436/08; NZA 2009, 837 ff. = LNR 2009, 18406) zum „Lohnwucher“ hingewiesen, wonach ein auffälliges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung im Sinne von § 138 II BGB vorliegt, wenn die Arbeitsvergütung nicht einmal zwei Drittel eines in der betreffenden Branche und Wirtschaftsregion üblicherweise gezahlten Tariflohns erreicht. Dieses Urteil hat für die vorliegende Problematik allerdings keine unmittelbare Aussagekraft, da der Maßstab für § 138 BGB und §§ 307 ff. BGB unterschiedlich ist.

Bei festen Arbeitszeiten kann der Arbeitnehmer seine Freizeit planen und prüfen, ob er ggf. ein weiteres Teilzeitarbeitsverhältnis eingehen kann und möchte.

Die vom Arbeitgeber über die vereinbarte Mindestarbeitszeit hinausgehende abrufbare Arbeitsleistung des Arbeitnehmers darf nicht **mehr als 25 % der vereinbarten wöchentlichen Mindestarbeitszeit** betragen.¹⁸

Merke: Will der Arbeitgeber also ein relativ hohes Maß an Flexibilität, darf er mit dem Arbeitnehmer keine allzu niedrige Mindestarbeitszeit vereinbaren.

b) Wirksame Ausübung des wirksam vereinbarten Widerrufsrechts

Die wirksame Vereinbarung des Widerrufsvorbehalts genügt für sich allein noch nicht. Hinzukommen muss, dass der AG sein wirksam vereinbartes Widerrufsrecht im Einzelfall auch wirksam ausgeübt hat.

Da es sich nicht um eine Weisung bzgl. der Arbeitsleistung handelt, kommt nicht § 106 GewO, sondern § 315 BGB zur Anwendung.

Dass der AG bei der Ausübung des Widerrufsrechts die Grenzen des billigen Ermessens (§ 315 I, III BGB) überschritten hätte, lässt sich dem Sachverhalt nicht entnehmen.

Praxis-Tipp: Erfolgt der Widerruf nicht gegenüber allen Arbeitnehmern, könnte ein Verstoß gegen den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz vorliegen.¹⁹

Darüber hinaus könnte eine solche Einzelmaßnahme zu einer mitbestimmungspflichtigen Veränderung der Vergütungsstruktur i.S.v. § 87 I Nr. 10 BetrVG führen.²⁰

Eine Frist für die Wirkung des Widerrufs muss der Widerrufsvorbehalt nicht vorsehen. Eine entsprechende Anwendung des § 622 BGB wird trotz der Ähnlichkeit zur Änderungskündigung nach nahezu allgemeiner Meinung abgelehnt.

c) Endergebnis zum Ausgangsfall

Die Zahlungseinstellung seitens des AG für 2009 war damit rechtmäßig.

3. Lösung der Abwandlung

In der Abwandlung wird die monatlich zahlbare Leistungszulage als eine freiwillige Leistung vereinbart, auf die auch bei wiederholter Zahlung kein Rechtsanspruch besteht (sog. „Freiwilligkeitsvorbehalt“). Nach Ansicht des BAG hält der Freiwilligkeitsvorbehalt als AGB einer Inhaltskontrolle nach § 307 I und II BGB nicht stand und ist daher unwirksam.²¹

a) Freiwilligkeitsvorbehalt widerspricht dem Zweck des Arbeitsvertrages

Der Ausschluss eines Rechtsanspruchs bei **synallagmatischem, monatlich zu zahlendem Arbeitsentgelt** widerspricht dem Zweck des Arbeitsvertrages.

Ein Freiwilligkeitsvorbehalt würde es dem Arbeitgeber ermöglichen, vom Arbeitnehmer die vollständige Erbringung der geschuldeten Leistung zu verlangen und seinerseits über die von ihm geschuldete Gegenleistung zu disponieren. Damit verhindert der Ausschluss des Rechtsanspruchs die Verwirklichung des Prinzips der Vertragsbindung und löst die synallagmatische Verknüpfung der Leistungen beider Vertragsparteien.

Die Möglichkeit, die zugesagte Zahlung grundlos und ohne jegliche Erklärung einzustellen, benachteiligt den Arbeitnehmer unangemessen, da sie von wesentlichen Grundgedanken des Gesetzes abweicht. Der Freiwilligkeitsvorbehalt ist daher gem. § 307 II Nr. 1 BGB unwirksam.

b) Besonderheiten des Arbeitsrechts rechtfertigen Freiwilligkeitsvorbehalt nicht

Der **Freiwilligkeitsvorbehalt** ist auch nicht wegen möglicher Besonderheiten des Arbeitsrechts nach § 310 IV S. 2 BGB rechtfertigt.

Das BAG hat in der Vergangenheit nämlich die Wirksamkeit von Freiwilligkeitsvorbehalten **nur in Bezug auf** (die nicht monatlich erfolgenden) **Sonderzahlungen** zur Verhinderung des Entstehens einer betrieblichen Übung **anerkannt** (z.B. Weihnachtsgeld und andere Gratifikationen).

¹⁸ BAG, NZA 2006, 423 (428).

¹⁹ Kroeschell, NZA 2008, 1393 (1394).

²⁰ BAG, NZA 1992, 749.

²¹ BAG, NZA 2007, 853 ff.

Anmerkung: Damit stellt das BAG klar, dass nur solche Zahlungen, die **nicht** monatlich mit dem normalen Arbeitsentgelt gezahlt werden (sog. „Sonderzahlungen“), aus dem Synallagma ausgeklammert bzw. einem Freiwilligkeitsvorbehalt unterstellt werden können (vgl. dazu den nächsten Beispielfall).

c) Rechtsprechung zur Kontrolle von Widerrufsvorbehalten würde leerlaufen

Das BAG betont zwar, dass der Arbeitgeber wegen der Ungewissheit der wirtschaftlichen Entwicklung des Unternehmens und der allgemeinen Entwicklung des Arbeitsverhältnisses ein anerkennenswertes Interesse daran haben kann, bestimmte Leistungen (insbesondere „Zusatzleistungen“) flexibel auszugestalten.

Dieses Interesse an einer Flexibilisierung könne der Arbeitgeber aber in hinreichender Weise mit der Vereinbarung von Widerrufs- oder Anrechnungsvorbehalten verwirklichen.

Und genau das spricht gegen die Wirksamkeit von Freiwilligkeitsvorbehalten. Ansonsten würde der Arbeitgeber nämlich die Vorgaben zur Kontrolle der Entgeltflexibilisierung mittels Widerrufsvorbehalten ganz einfach dadurch unterlaufen können, dass er statt eines Widerrufsvorbehalts bzgl. einzelner synallagmatischer Lohnbestandteile einen Freiwilligkeitsvorbehalt in den Arbeitsvertrag aufnimmt.

Praxis-Tipp: Die Unwirksamkeit eines Freiwilligkeitsvorbehalts lässt sich folglich in einem „Erst-Recht-Schluss“ aus der Wertung des § 308 Nr. 4 BGB entnehmen, wonach ein Widerrufsvorbehalt, der jederzeit und unbeschränkt den Widerruf zulassen will, unwirksam wäre (s.o.).

d) Umfang des „freiwilligen Lohnes“ spielt keine Rolle

Der **Umfang** der unter einem „Freiwilligkeitsvorbehalt“ zugesagten Leistungen ist dabei - anders als bei den Widerrufsvorbehalten - **nach Ansicht des BAG unerheblich**.

Praxis-Tipp: Die Nichtanwendung der 25 % bis 30 % Grenze auf Freiwilligkeitsvorbehalte, wird teilweise kritisiert, da ein Gleichlauf von Widerrufs- und Freiwilligkeitsvorbehalt sinnvoll gewesen wäre.

Teile der Lehre sind daher der Ansicht, dass das BAG mit dieser rigorosen Auffassung weit überes Ziel hinausgeschossen sei²²

Die Rechtsprechung des BAG ist aber mittlerweile gefestigt. Es ist daher nicht anzunehmen, dass sich das BAG in diesem Punkt noch einmal umstimmen lässt. Für die Ansicht des BAG spricht, dass die 25 % - 30 %-Grenze beim Widerrufsvorbehalt einen berechtigten Grund erfordert, wohingegen der Freiwilligkeitsvorbehalt - selbst wenn dieser auf 25-30% des Lohns begrenzt würde - ein willkürliches Recht des Arbeitgebers begründet. Die Unterscheidung ist daher gerechtfertigt.

e) Endergebnis zur Abwandlung

Der arbeitsvertragliche Freiwilligkeitsvorbehalt ist gem. § 307 I, II BGB unwirksam. Daher war eine Einstellung der Zahlung nicht möglich, da sich die Unwirksamkeit des Freiwilligkeitsvorbehalts nur auf den Vorbehalt selbst bezieht und den Vertrag im Übrigen bestehen lässt (vgl. § 306 I BGB).

C) Entgeltflexibilisierung bei Sonderzahlungen

Sonderzahlungen (sog. Gratifikationen) werden nicht Monat für Monat bezahlt, sondern einmalig zu bestimmten Anlässen (z.B. als Weihnachtsgatifikation, als Urlaubsgeld, als 13. Monatsgehalt o.Ä.). Manchmal wird die Auszahlung dieser Sonderzahlungen auch aufgeteilt (z.B. erster Teil im Juni, zweiter Teil im Dezember). Jedenfalls handelt es sich hierbei nicht um den monatlich zu zahlenden Lohn, sondern um Entgelt im weiteren Sinne.

Praxis-Tipp: In manchen Fällen knüpft ein Arbeitgeber eine Sonderzahlung nicht an besondere Voraussetzungen und verfolgt mit ihr außer einer zusätzlichen Vergütung der im Bezugszeitraum tatsächlich geleisteten Arbeit keinen weitergehenden Zweck (sog. „arbeitsleistungsbezogene“ Sonderzahlung wie z.B. das 13. Monatsgehalt).

²² Bayreuther, „Widerrufs-, Freiwilligkeits- und Anrechnungsvorbehalte – geklärte und ungeklärte Fragen der aktuellen Rechtsprechung des BAG zu arbeitsvertraglichen Vorbehalten“, ZIP 2007, 2010 (2012); Bieder, „Arbeitsvertragliche Gestaltungsspielräume für die Entgeltflexibilisierung“, NZA 2007, 1135 (1139); ähnlich auch Schramm, „Die Zulässigkeit von Freiwilligkeitsvorbehalten in Arbeitsverträgen“, NZA 2007, 1325 (1327).

Nach Ansicht des BAG sind **Freiwilligkeitsvorbehalte auch bei solchen Sonderleistungen** statthaft, **obwohl diese im unmittelbaren Gegenseitigkeitsverhältnis zur Arbeitsleistung stehen.**²³

Es liegt nämlich im Interesse eines Arbeitnehmers, der einen Anspruch auf die Sonderzahlung bei den Vertragsverhandlungen nicht durchsetzen konnte, dem Arbeitgeber zu ermöglichen, ihm zusätzlich zu der vereinbarten eine weitere Vergütung zu zahlen. Dazu wird der Arbeitgeber oft nur dann bereit sein, wenn die Leistung der Sonderzahlung nicht zu einem Rechtsanspruch des Arbeitnehmers für künftige Bezugszeiträume führt. Würde man Freiwilligkeitsvorbehalte bei Sonderzahlungen nur für zulässig erklären, wenn der Arbeitgeber zusätzlich z.B. auch erbrachte oder künftige Betriebsstreue honoriert, wäre der Arbeitgeber gehalten, diese zusätzliche von ihm gar nicht gewollte Zwecksetzung z.B. durch Stichtags- oder Rückzahlungsklauseln zum Ausdruck zu bringen.

Sieht der Arbeitgeber von vergangenheits- und/oder zukunftsbezogenen Anspruchsvoraussetzungen für die Sonderzahlung ab, so wird der Arbeitnehmer dadurch nicht unangemessen benachteiligt.

Im Gegenteil: Er wird dadurch begünstigt, da er die Leistung zumindest unter Vorbehalt erhält!²⁴

1. Sachverhalt

Im standardmäßig verwendeten Arbeitsvertrag zwischen AG und AN ist folgende Regelung enthalten:

„Der Arbeitnehmer erhält eine Weihnachtsgratifikation in Höhe eines Bruttogehaltes. Ein Rechtsanspruch auf eine Weihnachtsgratifikation besteht nicht. Wird eine solche gewährt, stellt sie eine freiwillige, stets widerrufbare Leistung des Arbeitgebers dar.“

Ist diese Klausel zur Erreichung des Zieles geeignet oder müsste sie ggf. anders formuliert werden?

²³ Vgl. BAG, NZA 2008, 1173 [1174]. Das hatte die zumindest überwiegende Meinung anders beurteilt. Daher war bzgl. der nicht monatlich fälligen Zahlungen empfohlen worden, sie bei der Vertragsgestaltung durch sog. Stichtagsregelungen oder Rückzahlungsklauseln ausdrücklich an die Betriebsstreue zu binden, um damit klarzustellen, dass sie nicht im Synallagma stehen und damit einem Freiwilligkeitsvorbehalt unterstellt werden können (vgl. Schramm, NZA 2007, 1325 [1328]). Das hat sich nach BAG (a.a.O.) nun erledigt.

²⁴ Vgl. BAG, NZA 2008, 1173 (1178).

2. Lösung

Bei der Weihnachtsgratifikation handelt es sich nicht um das monatlich zu zahlende laufende Entgelt, sondern um eine freiwillige Sonderzahlung.

Hierfür gelten nach der Rechtsprechung des BAG im Hinblick auf Freiwilligkeitsvorbehalte andere Grundsätze als die es zum monatlichen Lohn entwickelt hat.

Während bei laufendem Arbeitsentgelt ein solcher Freiwilligkeitsvorbehalt immer unwirksam ist, kann der Arbeitgeber bei Sonderzahlungen grundsätzlich einen Rechtsanspruch des Arbeitnehmers auf eine in Aussicht gestellte Sonderzahlung ausschließen und sich die Entscheidung vorbehalten, ob und in welcher Höhe er künftig Sonderzahlungen gewährt.

Mit dem Freiwilligkeitsvorbehalt will der Arbeitgeber die Entstehung eines Anspruchs auf Grund betrieblicher Übung verhindern.

An der Zulässigkeit solcher Vorbehalte hält das BAG in verschiedenen Entscheidungen fest. Das BAG stellt aber bei der Formulierung des Freiwilligkeitsvorbehalts hohe Anforderungen an das Transparenzgebot des § 307 I S. 2 BGB.²⁵

a) Kein Verstoß gegen § 308 Nr. 4 BGB

Bei einem klar und verständlich formulierten Freiwilligkeitsvorbehalt, der jeden Rechtsanspruch des Arbeitnehmers auf die Sonderzahlung ausschließt, fehlt es an einer versprochenen Leistung i.S.v. § 308 Nr. 4 BGB.

Ein solcher Freiwilligkeitsvorbehalt verhindert die Entstehung eines Anspruchs auf eine Leistung für künftige Bezugszeiträume. Es wird also keine Verpflichtung des Arbeitgebers eingeschränkt oder sonst verändert.

Praxis-Tipp: Freiwilligkeitsvorbehalte schließen einen Rechtsanspruch des AN auf die Leistung für künftige Zeiträume aus. Widerrufsvorbehalte setzen demgegenüber einen Rechtsanspruch des AN voraus. Bei einer Zusage unter Widerrufsvorbehalt kann der AN also mit der Sonderzahlung rechnen und sie beanspruchen, solange der AG keinen Widerruf erklärt hat. Dagegen darf bei einem klar und verständlich formulierten, einen Rechtsanspruch auf die Sonderzahlung ausschließenden Freiwilligkeitsvorbehalt der AN von vornherein nicht mit Sonderzahlungen rechnen.

²⁵ BAG, NZA 2009, 535 ff.; BAG, NZA 2009, 310 ff.; BAG, NZA 2008, 1173 ff. = NJW 2008, 3592 ff.

Gerade dieser grundlegende Unterschied verbietet eine Gleichbehandlung der beiden Vorbehalte!

b) Kein Verstoß gegen § 307 I, II BGB

Ein Freiwilligkeitsvorbehalt benachteiligt den Arbeitnehmer auch nicht entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen i.S.v. § 307 I S. 1 BGB.

aa) Grundgedanke des § 611 I BGB

Ein Freiwilligkeitsvorbehalt, der einen Rechtsanspruch auf Sonderleistungen ausschließt, weicht nicht von § 611 I BGB ab, wonach der Arbeitgeber nur zur Gewährung der vereinbarten Vergütung verpflichtet ist. Haben die Arbeitsvertragsparteien ausschließlich eine nach Zeitabschnitten i.S.v. § 614 S. 2 BGB bemessene, in aller Regel monatlich zu zahlende laufende Vergütung vereinbart, muss der Arbeitgeber nach § 611 I BGB nicht zusätzlich zum laufenden Arbeitsentgelt Sonderzahlungen leisten.

bb) Wertung des § 4a EFZG

Die Regelung in § 4a S. 1 EFZG spricht dafür, dass Freiwilligkeitsvorbehalte bei Sonderzahlungen keine unangemessene Benachteiligung des Arbeitnehmers bedeuten.

Während hiernach eine Vereinbarung der Arbeitsvertragsparteien über die Kürzung von Sonderzahlungen auf Grund Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit grds. zulässig ist, verbietet § 12 EFZG den Arbeitsvertragsparteien den gesetzlichen Anspruch auf fortzuzahlendes, laufendes Arbeitsentgelt bei Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit (§ 3 EFZG) abzubedingen.

Daraus wird deutlich, dass der Gesetzgeber den Arbeitnehmer bei Sonderzahlungen gerade nicht für so schutzwürdig erachtet wie bei der Zahlung des laufenden Arbeitsentgelts.

cc) Keine Abweichung von sonstigen allgemein anerkannten Grundsätzen

Freiwilligkeitsvorbehalte bei Sonderzahlungen weichen nicht von allgemein anerkannten Rechtsgrundsätzen ab. Vielmehr entsprechen solche Vorbehalte den allgemein anerkannten Regeln zur Verhinderung des Entstehens einer betrieblichen Übung.

Würde man bei Freiwilligkeitsvorbehalten die Unwirksamkeit nach § 307 I S. 1 BGB bejahen, so hätte dies zur Folge, dass der Arbeitgeber bei Gratifikationen jedenfalls von einer dreimaligen Zahlung Abstand nehmen müsste, um einen Rechtsanspruch des Arbeitnehmers auf die Gratifikation auszuschließen.

Dadurch würde also gerade die Bejahung der Unwirksamkeit den Arbeitnehmer benachteiligen und nicht die Zahlung unter Vorbehalt. Die mit einem Freiwilligkeitsvorbehalt verbundenen Sonderzahlungen werden in der Praxis immerhin in vielen Fällen jahrelang geleistet.

c) Die 25 %-Grenze gilt nicht

Nach Ansicht des BAG gilt beim Freiwilligkeitsvorbehalt – anders als beim Widerrufsvorbehalt – die Grenze von maximal 25 % bzw. 30 % der Gesamtvergütung nicht. Die beträchtliche Höhe einer Sonderzahlung spricht nicht dagegen, einen künftigen Anspruch wirksam ausschließen zu können.

Eine Abgrenzung nach Prozentsätzen der Jahresgesamtvergütung lässt sich nicht rechtfertigen. Während bei Widerrufsvorbehalten ein Anspruch zunächst entsteht, aber wieder beseitigt werden kann, ist er im Falle eines vereinbarten Freiwilligkeitsvorbehaltes nie entstanden. Es entspräche auch nicht den Interessen beider Parteien, wenn der Arbeitgeber gehindert wäre, Sonderzahlungen ab einer bestimmten Höhe unter Freiwilligkeitsvorbehalt zu stellen. Die Folge wäre, dass er sie nicht oder höchstens zweimal erbringen würde.

Praxis-Tipp: Auch hier besteht also ein entscheidender Unterschied zu der Zulässigkeit und der Ausübung von Widerrufsvorbehalten, die nur dann interessengerecht sind, wenn ihr Volumen unter einem Viertel des Jahresgesamteinkommens liegt und die tarifliche Vergütung jedenfalls gewährleistet bleibt.

d) Aber: Strenge Anforderungen an das Transparenzgebot, § 307 I S. 2 BGB

Allerdings muss der Freiwilligkeitsvorbehalt klar und verständlich i.S.v. § 307 I S. 2 BGB sein und darf nicht in Widerspruch zu anderen Vereinbarungen der Arbeitsvertragsparteien stehen.

aa) Verbot der Widersprüchlichkeit

Eine arbeitsvertragliche Regelung, die dem Wortlaut nach eindeutig einen Anspruch des Arbeitnehmers auf die Sonderzahlung begründet, verpflichtet den Arbeitgeber zur Zahlung. In einem solchen Fall verspricht der Arbeitgeber eine Leistung i.S.v. § 308 Nr. 4 BGB.

Deshalb ist es widersprüchlich, wenn der Arbeitgeber zugleich entgegen diesem Versprechen mit einer Freiwilligkeitsklausel einen Rechtsanspruch auf die versprochene Sonderzahlung ausschließt.

Mit anderen Worten: Man kann nicht mit der einen Hand etwas geben, um es mit der anderen wieder wegzunehmen.

Wenn Sonderleistungen des Arbeitgebers in einem Formulararbeitsvertrag in Voraussetzungen und Höhe präzise formuliert werden, ist es in aller Regel widersprüchlich, diese dennoch an einen Freiwilligkeitsvorbehalt zu binden. Dies gilt v.a. für Zahlungen, die gezielt das Verhalten des Arbeitnehmers steuern und seine Leistung beeinflussen wollen.

Solche widersprüchliche Klauseln in einem Formulararbeitsvertrag sind nicht klar und verständlich i.S.v. § 307 I S. 2 BGB. In der Gefahr, dass der Vertragspartner wegen unklar abgefasster Vertragsbedingungen seine Rechte nicht wahrnimmt, liegt eine unangemessene Benachteiligung i.S.v. § 307 I BGB.

bb) Hier: Verstoß gegen § 307 I S. 2 BGB

Im Beispielsfall verstößt die Regelung im Arbeitsvertrag gegen das Transparenzgebot des § 307 I S. 2 BGB und ist deshalb unwirksam.

Der Wortlaut der getroffenen Abrede ist in Satz 2 zwar eindeutig. Diese Regelung ist jedoch deshalb nicht klar und verständlich i.S.v. § 307 I S. 2 BGB, weil sie zu der in Satz 1 getroffenen Vereinbarung in Widerspruch steht.

Die Formulierung „erhält“ ist typisch für die Begründung eines Entgeltanspruchs. Mit den Worten „in Höhe des Bruttogehaltes“ haben die Parteien auch die Höhe der Weihnachtsgratifikation präzise bestimmt.

Auch soweit Satz 3 des Arbeitsvertrages von einer „stets widerrufbaren Leistung des Arbeitgebers“ spricht, lässt sich die Klausel vom Wortlaut her nur dahingehend verstehen, dass dem Arbeitnehmer eine Weihnachtsgratifikation zusteht.

Der Widerruf einer Leistung durch den Arbeitgeber setzt aber den Anspruch des Arbeitnehmers auf die Leistung voraus. Hat der Arbeitnehmer keinen Anspruch auf die Leistung, geht auch ein Widerruf der Leistung ins Leere.²⁶

Zusammenfassung zu § 307 I S. 2 BGB:

1. Wenn eine vorformulierte Regelung dem Wortlaut nach eindeutig einen Anspruch des Arbeitnehmers auf die Sonderzahlung begründet, ist es widersprüchlich, wenn der Arbeitgeber zugleich entgegen diesem Versprechen mit einer Freiwilligkeitsklausel einen Rechtsanspruch auf die versprochene Sonderzahlung ausschließt.

2. Weiterhin ist es in sich widersprüchlich, in der Klausel von einer freiwilligen, stets widerrufbaren Leistung des Arbeitgebers zu sprechen, denn ein Widerruf setzt einen Anspruch voraus, während bei einem Freiwilligkeitsvorbehalt ein Anspruch für die Zukunft gerade nicht entstehen würde.

3. Ergebnis

Der unwirksame Freiwilligkeitsvorbehalt fällt ersatzlos weg. Er ist nicht in einen Widerrufsvorbehalt umzudeuten.²⁷ Eine geltungserhaltende Reduktion kommt nicht in Betracht.

Die konkrete Klausel des Arbeitsvertrages kann einen Anspruch auf Weihnachtsgratifikation also nicht verhindern, sondern würde diesen sogar begründen.

Anmerkung: Das BAG stützte den Anspruch also auf die ausdrückliche Regelung im Arbeitsvertrag, indem es dessen Einschränkung in Satz 2 für unwirksam erklärte. Das BAG stützte sich also nicht unmittelbar auf die Grundsätze der betrieblichen Übung, die nur dann zum Zuge kommen, wenn keine ausdrückliche Regelung eines Anspruchs im Arbeitsvertrag existiert.

4. Formulierungsbeispiele für zulässige Freiwilligkeitsvorbehalte

Da der im Beispielsfall verwendete Freiwilligkeitsvorbehalt als Mittel der Entgeltflexibilisierung ungeeignet war, muss dieser anders formuliert werden.

²⁶ BAG, Life & Law 2008, Heft 2, 97 ff. zu einer Bonuszahlung (= NZA 2008, 40 ff.); BAG, NZA 2008, 1173 (1179).

²⁷ BAG, NZA 2008, 1173 (1179).

„Wasserdicht“ ist die Formulierung erst dann, wenn der Arbeitgeber die Zahlung als freiwillige Leistung beschreibt, die mit der Maßgabe erfolgt, dass auch bei einer wiederholten Zahlung kein Rechtsanspruch für die Zukunft aus betrieblicher Übung begründet wird. In diesem Fall weiß der Arbeitnehmer genau, woran er ist.

Folgende Formulierungen wurden vom BAG bzw. der Literatur als zulässig anerkannt:

a) Formulierungsbeispiel 1

„Der Arbeitnehmer erhält ein monatliches Gehalt von 3.250,00 DM brutto. Die Vergütung wird dem Arbeitnehmer jeweils bis zum 5. des Folgemonats ausbezahlt. Die Gewährung sonstiger Leistungen (z.B. Weihnachts- und Urlaubsgeld, 13. Gehalt etc.) durch den Arbeitgeber erfolgt freiwillig und mit der Maßgabe, dass auch mit einer wiederholten Zahlung kein Rechtsanspruch für die Zukunft begründet wird.“²⁸

b) Formulierungsbeispiel 2

„Wir freuen uns, Ihnen für das Jahr 2008 eine Sonderzahlung in Höhe von 25.500,- € zukommen zu lassen. Die Auszahlung erfolgt mit dem Gehalt für April 2009. Diese Zahlung ist einmalig und schließt zukünftige Ansprüche aus. Wir danken Ihnen für Ihre bisherige Arbeit und wünschen Ihnen weiterhin viel Erfolg in unserem Hause.“²⁹

c) Formulierungsbeispiel 3

„Sollte der Arbeitgeber über die in diesem Vertrag genannten Leistungen hinaus weitere Sonderleistungen, wie etwa eine Weihnachtsgratifikation, erbringen, so erfolgt dies freiwillig und ohne Einräumung eines Rechtsanspruchs. Ein Anspruch für die Zukunft wird auch durch wiederholte Gewährung nicht begründet. Es bleibt stattdessen im freien, unbeschränkten Ermessen des Arbeitgebers, eine ähnliche Leistung zukünftig

zu erbringen. Die Gewährung von derartigen Sonderleistungen führt deshalb nicht zur Entstehung einer so genannten betrieblichen Übung.“³⁰

D) Zusammenfassung der Ergebnisse

Als „Essentials“ lässt sich die Problematik wie folgt zusammenfassen:

Zahlungen des Arbeitgebers

A) Laufendes Entgelt (v.a. Monatslohn)

1. Freiwilligkeitsvorbehalt:

- a) Grundsätzlich unzulässig, § 307 I, II BGB
- b) Daher voller Anspruch auf monatliches Entgelt

2. Widerrufsvorbehalt:

- a) Widerrufsvorbehalte bis zur Höhe von 25 % - 30 % der Gesamtvergütung zulässig, solange der Tariflohn nicht unterschritten wird.
- b) Gründe für den Widerruf müssen aber transparent und deutlich im Arbeitsvertrag festgelegt werden ⇒ hier werden und v.a. wurden in der Vergangenheit häufig Fehler gemacht

B) Sonderzahlungen (Gratifikationen)

Freiwilligkeitsvorbehalt:

- a) Grundsätzlich zulässig und zwar unabhängig von der Höhe der Sonderzahlung
- b) Hohe Anforderungen an das Transparenzgebot des § 307 I S. 2 BGB ⇒ häufige Unwirksamkeit wegen Widersprüchlichkeit der arbeitsvertraglichen Klauseln
- c) Bei einem klar und verständlich formulierten Vorbehalt fehlt es an einer versprochenen Leistung
- d) Eine betriebliche Übung kann dann nicht entstehen

²⁸ „Akzeptiert“ von BAG, NZA 2009, 310 ff. = LNR 11112.

²⁹ „Akzeptiert“ von BAG, NZA 2009, 535 ff. = LNR 2009, 14623.

Lingemann/Gotham, NJW 2009, 268 [271] sehen dagegen darin ein Risiko, dass das BAG selbst teilweise einräumt, eine präzise und allgemeingültige Abgrenzung von Sondervergütungen und „laufendem Arbeitsentgelt“ sei nicht möglich. Deswegen sei der Begriff „Sondervergütung“ oder „Sonderleistung“ nämlich ggf. zu untransparent i.S.v. § 307 I S. 2 BGB. Man müsse die Leistung also besser doch genau bezeichnen („Weihnachtsgeld“, „Urlaubsgeld“, o.Ä.).

Das BAG hat sich in dieser Entscheidung an dieser „Allgemeinbezeichnung“ aber nicht gestört.

³⁰ So etwa der Vorschlag von Leder/Scheuermann, NZA 2008, 1222 (1226).