

## Arbeitsrecht

### Flexible Gestaltung von leistungsbezogenen Entgelten im Arbeitsrecht

**Seit der Reform des Schuldrechts zum 1. Januar 2002 sind die Vorschriften über die Allgemeinen Geschäftsbedingungen auch auf Arbeitsverträge anzuwenden.**

Das Bundesarbeitsgericht (BAG) hat in einem Urteil vom 25. Mai 2005 (5 AZR 572/04) entschieden, dass der Arbeitsvertrag ein Verbrauchervertrag im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) ist. Damit werden auf ihn auch die Vorschriften über die Allgemeinen Geschäftsbedingungen angewendet. Dies gilt seit dem 1. Januar 2003 auch für Altverträge, die vor der Schuldrechtsreform abgeschlossen wurden. Es ist noch nicht vollständig geklärt, wie sich das auf die flexible Gestaltung von leistungsbezogenen Entgelten auswirkt, die zusätzlich zum regulären Arbeitsentgelt gezahlt werden. Das BAG hat aber mit seinem Urteil vom 12. Januar 2005 (5 AZ 364/04) die Richtung vorgegeben.

Angesichts der dynamischen wirtschaftlichen Entwicklungen, mit teils heftigen Ausschlägen in beide Richtungen, erscheint eine Entgeltflexibilisierung für Arbeitgeber notwendig. Da sich die wirtschaftliche Lage der mittelständischen Unternehmen und Selbständigen zunehmend komplexer gestaltet und die Konkurrenz bekanntlich niemals schläft, sind viele Arbeitgeber bestrebt, ihre Mitarbeiter am Erfolg ihres Unternehmens teilhaben zu lassen. Das soll sie an das Unternehmen binden und die Identifikation mit dem Unternehmen stärken. Außerdem sollen die Mitarbeiter motiviert werden, auch in Zukunft gute Leistungen zu erbringen und zum Erfolg des gesamten Unternehmens beizutragen.

**Besondere Bedeutung kommt dabei einer möglichst flexiblen Ausgestaltung dieser Teilhabe zu.**

Schließlich müssen die Arbeitgeber im Falle einer Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage die Möglichkeit haben, das zusätzlich zum regulären Arbeitsentgelt gezahlte, leistungsbezogene Entgelt ohne rechtliche Schwierigkeiten wieder zu beseitigen. Wie dies unter Vermeidung juristischer Fallstricke bewerkstelligt werden kann, soll diese Beitragsserie aufzeigen.

Das regelmäßige Arbeitsentgelt kann entweder aufgrund der Arbeitszeit (Zeitlohn) oder in direkter Abhängigkeit von der Leistung des Arbeitnehmers (Akkordlohn, Provision) berechnet werden. Möglich ist auch die Kombination eines zeitbezogenen Grundlohns mit zusätzlichen zeit- oder leistungsbezogenen Zahlungen (Überstundenzuschläge, leistungsbezogene Prämien, Provisionen bei garantiertem Fixum, Tantiemen).

Für Arbeitgeber, die Außendienstmitarbeiter beschäftigen oder die im telefonischen Direktvertrieb tätig sind, ist die Möglichkeit der Zahlung eines zusätzlichen, leistungsbezogenen Vergütungsbestanteils über einen zeitbezogenen Grundlohn hinaus interessant.

**Dem leistungsbezogenen Entgelt in diesem Sinne am nächsten kommt die Provision.**

Sie ist ein Leistungsentgelt, das für die Vermittlung oder den Abschluss von Verträgen mit dem Unternehmen (Arbeitgeber oder dessen Auftraggeber) gezahlt wird. Mit der Provision wird der Mitarbeiter am Wert der Geschäfte beteiligt, die er selbst abgeschlossen (Abschlussprovision) oder vermittelt hat (Vermittlungsprovision). Bemessungsgrundlage ist nicht die Arbeitsleistung selbst, sondern vorrangig der Erfolg. Die Provision stellt damit ein leistungsbezogenes, erfolgsabhängiges Entgelt dar. Dies steht im Folgenden im Vordergrund.

## Arbeitsrecht

### Die Ausgestaltung des leistungsbezogenen Entgelts

Die Vergütungsvereinbarung ist ein wesentlicher Bestandteil des Arbeitsvertrages. Die Zahlung der vereinbarten Vergütung ist die Hauptpflicht des Arbeitgebers und stellt die Gegenleistung für die erbrachte Arbeitsleistung dar. Das Arbeitsentgelt steht damit im Gegenseitigkeitsverhältnis (Synallagma) zur Arbeitsleistung des Arbeitnehmers. Als Vergütungsbestandteil steht auch das zusätzlich vom Arbeitgeber gezahlte leistungsbezogene Entgelt im Synallagma, wenn es jede Woche beziehungsweise jeden Monat ausgezahlt wird.

Dies stellt klar, dass auch eine gesondert und gegebenenfalls zeitlich später vom Arbeitsvertrag abgeschlossene Provisionsvereinbarung nicht losgelöst vom Arbeitsverhältnis betrachtet werden kann. Eine dort vereinbarte Klausel, welche die Zahlung des leistungsbezogenen Entgelts etwa unter einseitig vorbehaltenes Kündigungs- oder Widerrufsrecht des Arbeitgebers stellt, kann nicht unter Umgehung der arbeitsrechtlich zwingenden Normen und der AGB-Kontrolle erfolgen.

Es soll nachfolgend anhand eines Beispielfalls dargestellt werden, wie dem Arbeitgeber eine flexible Ausgestaltung eines leistungsbezogenen Entgelts gelingen kann und welche Voraussetzungen er bei den einzelnen Gestaltungen beachten muss.

**Beispiel:** Der Arbeitgeber betreibt ein Callcenter. Seine Arbeitnehmer arbeiten 40 Stunden in der Woche und erhalten einen tariflichen Grundlohn in Höhe von acht Euro pro Arbeitsstunde. Durchschnittlich erreichen die Arbeitnehmer im Monat zehn Geschäftsabschlüsse. Um seine Arbeitnehmer zu motivieren, möchte der Arbeitgeber eine zusätzliche, erfolgsabhängige Vergütung über den Grundlohn hinaus zahlen. Er hat sich zwei verschiedene Varianten eines erfolgsbeziehungsweise leistungsabhängigen Vergütungssystems überlegt.

- Variante 1:

Für jeden erfolgreichen Geschäftsabschluss sollen die Arbeitnehmer eine Provision in Höhe von 20 Euro erhalten.

- Variante 2:

Für konstant gute Leistungen (mehr als zehn Geschäftsabschlüsse pro Monat) erhöht der Arbeitgeber den Stundenlohn um einen Euro.

### Die Einzelheiten der Vergütungspflicht des Arbeitgebers bereiten im Arbeitsverhältnis oft erhebliche Probleme.

Hauptgrund hierfür ist in der Regel nicht die Grundvergütung, sondern die Neben- und/oder Zusatzvergütung. Im Kern geht es um die Frage, ob und inwieweit Vergütungssysteme erfolgsabhängig, leistungsbezogen und widerruflich gestaltet werden können.

Ausgehend von unserem Beispielfall möchte der Arbeitgeber den erdachten, zusätzlichen Vergütungsbestandteil im Bedarfsfall ohne große Umstände wieder beseitigen können. Er möchte sich gleich bei der Vereinbarung des zusätzlichen Vergütungsbestandteils das Recht vorbehalten, diesen nicht auf Dauer gewähren zu müssen. Dies kann er durch die wirksame Vereinbarung eines Änderungsvorbehalts erreichen. Zu den Änderungsvorbehalten, die dem Arbeitgeber als Instrumente der Flexibilisierung an die Hand gegeben sind, zählen unter anderem Widerrufsvorbehalt, Anrechnungsvorbehalt und Befristung.

## Arbeitsrecht

### **Der Widerrufsvorbehalt**

Der Arbeitgeber kann sich bei Gewährung eines leistungsbezogenen Entgelts ein Widerrufsrecht vorbehalten. Ein Widerrufsvorbehalt liegt vor, wenn ein vertraglicher Anspruch entsteht, aber durch Widerruf wieder erlöschen kann. Ein Widerrufsvorbehalt ermöglicht dem Arbeitgeber, einen einmal entstandenen Anspruch des Arbeitnehmers nachträglich durch Ausübung des Widerrufsrechts zu beseitigen. Der Widerruf muss dazu ausdrücklich vereinbart sein, er ergibt sich nicht aus der zusätzlichen Leistung als solcher. Es genügt für einen Widerruf nicht, eine Leistung lediglich als "zusätzliche Leistung" zu bezeichnen. Welche Anforderungen im Lichte der AGB-Kontrolle zu stellen sind, hat das Bundesarbeitsgericht (BAG) in seiner Entscheidung vom 12. Januar 2005 - Aktenzeichen 5 AZR 126/94 - deutlich gemacht.

Der Widerrufsvorbehalt fällt unter die AGB-Kontrolle, da die Vertragsbestimmung einseitig vom Arbeitgeber gestellt und für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert wird.

### **Beachtung des Transparenzgebotes gemäß § 307 Absatz 1 Satz 2 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)**

Das BAG hat in seinem Urteil vom 12. Januar 2005 entschieden, dass eine Vertragsklausel in einem Formulararbeitsvertrag, nach der dem Arbeitgeber das Recht zu stehen soll, "übertarifliche Lohnbestandteile jederzeit unbeschränkt zu widerrufen" unwirksam ist. Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Grundlegende Bedeutung für die Gestaltung von Änderungsvorbehalten hat an dieser Stelle das Transparenzgebot des § 307 Absatz 1 Satz 2 BGB. Es ist nur eingehalten, wenn die Klausel so formuliert ist, dass die Vertragsbedingungen durchschaubar, bestimmt, klar und verständlich sind. Wenn für die Ausübung des Widerrufs keine Bedingungen vereinbart sind, weiß der Arbeitnehmer nicht, welche Umstände zum Widerruf berechtigen sollen. Dies führt dazu, dass er den Wert des Anspruchs und mithin die Vertragsbedingungen nicht einschätzen kann. Es droht dem Arbeitnehmer die Gefahr, dass er zu einer falschen Beurteilung veranlasst wird, ob die Vereinbarung für ihn günstig und akzeptabel ist. Dies will § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB verhindern. Eine gänzlich fehlende Angabe, unter welchen Umständen der Widerruf erfolgen darf, führt daher zur Unwirksamkeit des Widerrufsvorbehalts.

### **Aber auch die Art und Höhe der widerruflichen Leistung muss eindeutig sein, damit der Arbeitnehmer erkennen kann, was eventuell "auf ihn zukommt".**

Die Frage, die es hier zu beantworten gilt, ist, wie konkret der Arbeitgeber die Gründe angeben muss, die ihn zum Widerruf berechtigen. Die Rechtsprechung verlangt nunmehr, dass Gründe angegeben werden, die zumindest erkennen lassen, warum der Widerruf möglich sein soll. Anzuknüpfen ist an die Sicht und Möglichkeit der Arbeitgeber. Denn nur, wenn es diesen möglich und zumutbar ist, den Widerrufsvorbehalt genau zu verfassen, stellt die fehlende Konkretisierung eine unangemessene Benachteiligung des Arbeitnehmers dar. Man kann vom Arbeitgeber allerdings nicht verlangen, dass er alle Umstände aufführt, die ihm in den nächsten 20 Jahren einen sachlichen Grund für einen Widerruf des zusätzlichen, leistungsbezogenen Entgelts geben können. Die Voraussetzungen für die Ausübung des Widerrufs müssen nicht detailliert sein, jedoch hinreichend konkret. Dementsprechend genügen Formulierungen wie "wichtiger Grund", "zwingender betrieblicher Anlass" oder "wenn es die Umstände erfordern" nicht.

Die Konkretisierung kann einmal auf wirtschaftliche Gründe oder auf die Leistung beziehungsweise auf das Verhalten des Arbeitnehmers gestützt werden. Als Konkretisierungsmöglichkeiten werden vom BAG eine wirtschaftliche Notlage des Unternehmens, ein negatives wirtschaftliches Ergebnis der Betriebsabteilung, nicht ausreichender Gewinn, ein Rückgang respektive ein Nichterreichen der erwarteten, wirtschaftlichen Entwicklung oder unterdurchschnittliche Leistungen sowie

## Arbeitsrecht

schwerwiegende Pflichtverletzungen des Arbeitnehmers genannt. Die wirtschaftlichen Gründe und die Dimension der Verschlechterung können in der Widerrufs Klausel zum Beispiel mit einem Auftragsrückgang um 20 Prozent oder dem Wegbruch eines größeren Vertriebsauftrages umschrieben werden.

**Der Widerrufsvorbehalt muss auch den Anforderungen des § 308 Nr. 4 BGB (Bürgerliches Gesetzbuch) genügen.**

Die Wirksamkeit eines Widerrufsrechts des Arbeitgebers beurteilt sich danach, ob der Widerrufsvorbehalt unter Berücksichtigung der Interessen des Arbeitgebers für den Arbeitnehmer zumutbar ist. Im Grundsatz hat der Arbeitgeber wegen der Ungewissheit und der allgemeinen Entwicklung des Arbeitsverhältnisses ein anerkanntes Interesse daran, bestimmte Leistungen, insbesondere "Zusatzleistungen" flexibel auszugestalten.

**Dadurch darf aber das Wirtschaftsrisiko des Unternehmens und der allgemeinen Entwicklung nicht auf den Arbeitnehmer verlagert werden.**

Die Änderung der Leistung ist zumutbar, wenn der vorbehaltene Widerrufsgrund so gewichtig ist, dass auf die Leistung eingewirkt werden darf. Es bedarf eines triftigen Grundes. § 308 Nr. 4 BGB ist strenger als § 307 Absatz 1 Satz 1 BGB, der nur fordert, dass die Klausel nicht unangemessen benachteiligt. Das heißt, dass die Beeinträchtigung eines rechtlich anerkannten Interesses des Arbeitnehmers durch begründete und billigenwertige Interessen des Arbeitgebers gerechtfertigt sein muss oder durch gleichwertige Vorteile ausgeglichen wird.

Nach der bisherigen Rechtsprechung des BAG zur alten Rechtslage ist eine Vereinbarung, die dem Arbeitgeber vertraglich das Recht zur einseitigen Änderung einzelner Vertragsbedingungen einräumt, grundsätzlich zulässig. Sie ist nur dann nichtig, wenn sie zur Umgehung des zwingenden Kündigungsschutzes führt. Das wird zumeist der Fall sein, wenn wesentliche Elemente des Arbeitsvertrages einer einseitigen Änderung unterliegen sollen, durch die das Gleichgewicht zwischen Leistung und Gegenleistung grundlegend gestört wird. Der Vertragsinhaltsschutz gemäß § 2 Kündigungsschutzgesetz dient als Maßstab.

**Allerdings kommt es nicht auf eine konkrete Umgehung des Schutzes vor Änderungskündigungen (bei Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes) an.**

Jeder Widerrufsvorbehalt ist unzumutbar, sobald er beim Arbeitnehmer eine Vergütungsminderung von 25 bis 30 Prozent der Gesamtvergütung zur Folge hat. Das gilt unabhängig davon, ob der Widerrufsgrund benannt ist oder ob er klar und verständlich ist, nach § 308 Nr. 4 BGB ist er dem Arbeitnehmer nicht zuzumuten. Bei der Flexibilisierung von Entgeltbestandteilen muss dem Arbeitnehmer stets der Tariflohn beziehungsweise die übliche Vergütung verbleiben. Nur dann wird dem Arbeitnehmer zu seinem Vorteil eine Leistung zusätzlich zu dem üblichen Entgelt gewährt. Der Arbeitgeber ist dann bis zur Grenze der Willkür frei, die Voraussetzungen des Anspruchs festzulegen und dementsprechend auch den Widerruf zu erklären.

**Ausübungskontrolle gemäß § 315 BGB**

Auch wenn der Widerrufsvorbehalt selbst wirksam vereinbart wurde, muss die Ausübung der vorbehaltenen Änderung im Einzelfall billigem Ermessen im Sinne des § 315 BGB, beziehungsweise § 106 Gewerbeordnung entsprechen. Die Erklärung des Widerrufs stellt eine Bestimmung der Leistung durch den Arbeitgeber nach § 315 Absatz 1 BGB dar. Billiges Ermessen erfordert die Berücksichtigung der wesentlichen Umstände des Falles und die angemessene Abwägung der beiderseitigen Interessen.

Insbesondere bedarf es für die Ausübung des Widerrufs eines sachlichen Grundes auf Seiten des

## Arbeitsrecht

Arbeitgebers, beziehungsweise eines berechtigten Interesses. Dabei sind die Anforderungen an eine sachgerechte Ermessensausübung nicht zu vergleichen mit den Anforderungen an eine sozial gerechtfertigte Änderungskündigung. Zweck eines von vornherein unter Widerrufsvorbehalt gestellten, zusätzlichen, variablen Lohnbestandteiles ist es, dass der Arbeitgeber die Möglichkeit haben soll, sich von ihm wieder leicht zu lösen.

### **Die Ausübung des Änderungsrechts darf nicht gegen den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz verstoßen.**

Können durch die vorbehaltene Änderung betriebsbedingte Kündigungen vermieden werden, dann gebietet und rechtfertigt das Ultima-Ratio-Prinzip die Änderung, beziehungsweise den Widerruf einer Leistung als das mildere Mittel im Vergleich zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Im Rahmen der Prüfung der Voraussetzungen der Widerrufsklausel wird auch geprüft, ob die geltend gemachten wirtschaftlichen Gründe wirklich vorliegen.

Auf den Beispielfall angewandt, bedeutet dies, dass der Arbeitgeber bei der Vereinbarung eines Widerrufsvorbehaltes auf Folgendes achten muss:

- Er muss die Gründe, die ihn zum Widerruf berechtigen sollen, klar und verständlich ausformulieren.
- Der unter den Widerrufsvorbehalt gestellte Vergütungsbestandteil darf nicht mehr als 25 bis 30 Prozent der Gesamtvergütung ausmachen, wobei dem Arbeitnehmer der Tariflohn beziehungsweise die übliche Vergütung verbleiben muss.
- Im Falle der Ausübung des Widerrufs müssen die für die Widerrufsberechtigung ausformulierten Gründe auch tatsächlich vorliegen.

Im Beispiel erhalten die Arbeitnehmer eine monatliche Vergütung in Höhe von 1.408 Euro (8 Stunden x 8 Euro x 22 Arbeitstage).

### **Der Grenzwertkorridor im Beispielfall für eine widerrufliche Leistung liegt zwischen 352 Euro (25 Prozent) und 422,40 (30 Prozent).**

In der ersten Variante erhalten die Arbeitnehmer für jeden erfolgreichen Geschäftsabschluss eine Provision von 20 Euro. Bei durchschnittlich zehn Abschlüssen pro Monat bedeutet dies eine zusätzliche Vergütung von 200 Euro im Monat. In der zweiten Variante erhöht sich der Stundenlohn um einen Euro. Dies stellt eine zusätzliche monatliche Vergütung von 176 Euro (8 Stunden x 1 Euro \* 22 Arbeitstage) dar. Beide Vergütungsvarianten bleiben also unterhalb des Grenzwertkorridors.

### **Vom Widerrufsvorbehalt ist der Freiwilligkeitsvorbehalt zu unterscheiden, denn beim Freiwilligkeitsvorbehalt entsteht kein Anspruch, der widerrufen werden müsste.**

Freiwilligkeitsvorbehalte dienen ursprünglich dazu, von vornherein die Entstehung eines Anspruchs auf Leistung zu verhindern. Anders als bei der Vereinbarung eines Widerrufsvorbehalts kann der Arbeitgeber die Leistung ohne vorherige Ankündigung und ohne Bindung an § 315 BGB (Bürgerliches Gesetzbuch) einstellen oder die Voraussetzungen für ihre Gewährung ändern, Bundesarbeitsgericht (BAG) vom 12. Januar 2000 - 10 AZR 840/98.

### **Keine unangemessene Benachteiligung gemäß § 307 Absatz 1 Satz 1 BGB**

Bei einem Freiwilligkeitsvorbehalt hat der Arbeitgeber klargestellt, dass kein vertraglicher

## Arbeitsrecht

Anspruch entstehen soll. Bei der Nachprüfung, ob der Freiwilligkeitsvorbehalt unangemessen benachteiligt, muss im Einzelfall geprüft werden, auf welche Leistungen sich der Vorbehalt bezieht. Steht die freiwillig gewährte Leistung im Gegenseitigkeitsverhältnis des Arbeitsverhältnisses, so besteht die Gefahr, dass der Arbeitgeber einen Teil seines unternehmerischen Risikos auf den Arbeitnehmer abwälzt.

Daher ist die Wirksamkeit eines Freiwilligkeitsvorbehalts vom Leistungsumfang, auf die sich der Vorbehalt bezieht, einzuschränken. Die Rechtsprechung des BAG sieht in einer vom Arbeitgeber vorformulierten Klausel hinsichtlich einer monatlich zu zahlenden Leistungszulage unter Ausschluss jeden Rechtsanspruchs eine unangemessene Benachteiligung der Arbeitnehmer (BAG Urteil vom 25.4.2007, 5 AZR 627/06 sowie Urteil vom 30.7.2008, 10 AZR 606/07). Ein vertraglich vereinbarter Ausschluss jeden Rechtsanspruchs bei laufendem Arbeitsentgelt ist gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam. Der Umfang der unter einem Freiwilligkeitsvorbehalt zugesagten Leistung ist dabei unerheblich.

### **Beachtung des Transparenzgebotes gemäß § 307 Absatz 1 Satz 2 BGB**

Der Freiwilligkeitsvorbehalt muss ebenfalls dem Transparenzgebot des § 307 Absatz 1 Satz 2 BGB genügen. Danach genügt etwa die bloße Bezeichnung einer Leistung als "freiwillig" nicht, um die Bindung zu beseitigen. Der Arbeitgeber muss ausdrücklich klarstellen, dass er nicht nur freiwillig leistet, sondern einen Rechtsanspruch für die Zukunft ausschließen will. Die Formulierung "freiwillig" kann auch lediglich ein Hinweis sein, dass der Arbeitgeber die Leistung bisher nicht schuldet.

Bei der Klausel "freiwillig unter dem Vorbehalt des jederzeitigen Widerrufs" droht wegen § 305c Absatz 2 BGB sogar die Unwirksamkeit, da dies zur Annahme eines Widerrufsvorbehalts führt und dieser ohne Angabe eines Grundes wegen Verstoßes gegen das Transparenzgebot unwirksam ist. Eine dem Transparenzgebot entsprechende Klausel hingegen lautet: "Auf die Zahlung des zusätzlichen, leistungsbezogenen Entgelts (Provision) besteht auch in Zukunft kein Rechtsanspruch."

### **Ausübungskontrolle gemäß § 315 BGB**

Der Freiwilligkeitsvorbehalt unterliegt wie der Widerrufsvorbehalt der Ausübungskontrolle. So darf der Arbeitgeber nicht gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz verstoßen oder willkürlich handeln.

Vereinbart der Arbeitgeber in unserem Beispielsfall einen Freiwilligkeitsvorbehalt, bedeutet dies:

- Bei dem unter den Freiwilligkeitsvorbehalt gestellten Vergütungsbestandteil darf es sich **nicht** um ein monatlich zu zahlendes leistungsbezogenes Entgelt handeln.
- Der Arbeitgeber muss klarstellen, dass er nicht nur freiwillig leistet, sondern dass auch in Zukunft kein Rechtsanspruch auf die Leistung bestehen soll.

In unserem Beispielsfall ist der vom Arbeitgeber vorgesehene Freiwilligkeitsvorbehalt aufgrund der monatlichen Gewährung des leistungsbezogenen Entgelts **gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam. Weiterhin ist zu beachten, dass auf das zusätzliche, leistungsbezogene Entgelt in diesem Fall ein Anspruch der Arbeitnehmer besteht und der Arbeitgeber es nicht jederzeit einstellen kann.**

Zwar ist anzuerkennen, so die Rechtsprechung des BAG, 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

## Arbeitsrecht

Flexibilisierung kann der Arbeitgeber in hinreichender Weise mit der Vereinbarung von Widerrufs- oder Anrechnungsvorbehalten verwirklichen. Die Konsequenz hieraus ist, dass solche Vergütungs- und Entgeltbestandteile, die eine laufende Gegenleistung für die Arbeitsleistung darstellen, nicht mehr zum Gegenstand eines Freiwilligkeitsvorbehalts gemacht werden können.

Bei der Vereinbarung von Freiwilligkeitsvorbehalten für leistungsbezogene Vergütungsbestandteile ist daher Vorsicht geboten. Es erscheint sinnvoll, Freiwilligkeitsvorbehalte in erster Linie für echte Gratifikationen und ähnliche Sonderleistungen, die nicht im unmittelbaren Gegenseitigkeitsverhältnis stehen, vorzusehen.

Die Flexibilität der Abänderung und Beseitigung eines nicht monatlich zu zahlenden zusätzlichen Entgelts durch diesen Änderungsvorbehalt geht jedoch zu Lasten des vom Arbeitgeber beabsichtigten Motivationseffekts bei den Arbeitnehmern. Diese möchten etwas Greifbares wie einen Anspruch sowie eine baldige Vergütung der von ihnen erbrachten überdurchschnittlichen Leistung. Schafft der Arbeitgeber dann aber auch noch bestimmte Voraussetzungen für die Gewährung der unter dem Freiwilligkeitsvorbehalt stehenden Entgeltbestandteils, wie beispielsweise das Bestehen des Arbeitsverhältnisses zum einem bestimmten Stichtag, hindert dies die Motivation der Arbeitnehmer zusätzlich. Sie fühlen sich dem Gutdünken des Arbeitgebers ausgeliefert.

### **Anrechnungsvorbehalte werden in Fällen vereinbart, in denen neben dem Tariflohn eine übertarifliche Zulage gezahlt wird.**

Durch einen Anrechnungsvorbehalt im Arbeitsvertrag erreicht der Arbeitgeber, dass eine Tariflohnerhöhung auf die Zulage angerechnet wird. So wird vermieden, dass der Arbeitnehmer den neuen Tariflohn "plus" Zulage in bisheriger Höhe erhält.

Unter dem Gesichtspunkt transparenter Vertragsgestaltung ist ein ausdrücklicher Anrechnungsvorbehalt erforderlich. Der Arbeitnehmer muss erkennen können, dass seine übertariflichen Lohnbestandteile nur so lange effektiv wirken, bis eine Tariflohnerhöhung erfolgt. Der Anrechnungsgrund ist auf einen konkreten und transparenten Aspekt reduziert. Deshalb verstoßen Anrechnungsklauseln regelmäßig nicht gegen § 308 Nr. 4 BGB (Bürgerliches Gesetzbuch) in Verbindung mit § 307 Absatz 1 Satz 2 BGB.

### **Der schlichte Hinweis "übertariflich" macht aber den Zweck der Zulage nicht deutlich.**

Aus dieser Kennzeichnung lässt sich nicht mit der notwendigen Bestimmtheit entnehmen, dass eine jederzeitige Anrechenbarkeit gewollt ist. Der bloße Hinweis auf die Übertariflichkeit der Zulage genügt daher in keiner Weise dem Transparenzgebot. Eine Vereinbarung, nach der übertarifliche Zulagen auf "kommende" Lohnerhöhungen anrechenbar sind, ist transparent und beschränkt das Anrechnungsrecht des Arbeitgebers auf den Zeitraum bis zur erstmöglichen Umsetzung der Erhöhung.

Anwendung kann diese Art des Änderungsvorbehalts freilich nur auf die in der zweiten Variante der Beispielfall dargestellten Form der Gewährung eines zusätzlichen, leistungsbezogenen Entgelts finden. Die Erhöhung des Stundenlohns um einen Euro bei konstant guten Leistungen wird hier im Falle einer Tariflohnerhöhung auf das zusätzliche Entgelt angerechnet. Erhöht sich der Tariflohn von acht auf neun Euro, entfällt das zusätzliche Entgelt. Es wird von der Tariflohnerhöhung aufgezehrt. Mit der Tariflohnerhöhung verschwindet allerdings der Motivationsanreiz für die Arbeitnehmer, auch weiterhin überdurchschnittliche Leistungen zu erbringen. Der Arbeitgeber muss bei der Vereinbarung des Anrechnungsvorbehalts darauf achten, dass er die Anrechnung klar und verständlich in der Vertragsklausel formuliert.

## Arbeitsrecht

### **Der zusätzliche Vergütungsbestandteil kann aber vom Arbeitgeber auch befristet werden.**

Mit Hilfe der Befristung einzelner Arbeitsbedingungen kann eine Flexibilisierung erreicht werden. Bei der Befristung werden Arbeitsbedingungen nur für bestimmte Zeit gewährt oder geändert. Anders als beim Widerrufsvorbehalt, ist bei der Befristung kein Ausübungsakt des Arbeitgebers erforderlich. Vielmehr entfällt die entsprechende Vertragsbedingung oder deren Änderung durch Zeitablauf automatisch. Die Befristung bedarf keines sie rechtfertigenden, sachlichen Grundes im Sinne der bisherigen, für die Befristung einzelner Arbeitsbedingungen vor In-Kraft-Treten des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts am 1. Januar 2002 bestehenden Rechtsprechung.

Sie unterliegt der allgemeinen, zivilrechtlichen Kontrolle nach §§ 305 ff. BGB. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) zum Befristungsrecht vor In-Kraft-Treten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes bedurfte die Befristung einzelner Arbeitsbedingungen eines sie rechtfertigenden Sachgrunds, wenn dem Arbeitnehmer durch die Befristung der gesetzliche Änderungskündigungsschutz entzogen wurde. Das war der Fall bei Vertragsbedingungen, die bei unbefristeter Vereinbarung dem Änderungskündigungsschutz nach § 2 Kündigungsschutzgesetz unterlagen, weil sie die Arbeitspflicht nach Inhalt und Umfang in einer Weise änderten, die sich unmittelbar auf die Vergütung auswirkte und damit das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung maßgeblich beeinflusste. Diese Rechtsprechung beruhte, wie das gesamte Befristungsrecht, auf dem Grundsatz, dass eine Befristungskontrolle nur vorzunehmen war, wenn dem Arbeitnehmer durch die Befristung der ihm ansonsten zustehende, gesetzliche Kündigungsschutz vorenthalten wurde.

### **Anderenfalls war die Vereinbarung einer Befristung auf Grund der bestehenden Vertragsfreiheit ohne weiteres zulässig - BAG, 27.07.2005 - 7 AZR 486/04.**

Die Inhaltskontrolle der nach dem 31. Dezember 2001 in Form Allgemeiner Geschäftsbedingungen vereinbarten Befristung einzelner Arbeitsbedingungen hat daher am Maßstab dieser Vorschriften und nicht mehr nach den bis dahin von der Rechtsprechung im Wege der Rechtsfortbildung entwickelten Grundsätzen zu erfolgen.

Die Anforderungen, die an eine befristete Gewährung eines über dem Tariflohn gezahlten Vergütungsbestandteil im Rahmen der AGB-Kontrolle zu stellen sind, sind im Grunde die gleichen wie an einen Widerrufsvorbehalt. In beiden Fällen möchte der Arbeitgeber die zusätzliche Leistung nicht auf Dauer erbringen. Während die zusätzliche Leistung bei der Befristung automatisch mit Zeitablauf wegfällt, muss beim Widerrufsvorbehalt der Arbeitgeber die Leistung widerrufen. Die Ausübungskontrolle gemäß § 315 BGB entfällt. Soweit der Arbeitgeber für den Widerruf der Leistung einen Grund benötigt, damit der Arbeitnehmer den Wert des Anspruches einschätzen kann, ist dieser für die Befristung entbehrlich.

### **Dem Arbeitnehmer ist hier von vornherein bekannt, dass das zusätzliche Entgelt nur für eine gewisse Zeit gewährt werden soll.**

Er wird nicht zu einer falschen Beurteilung veranlasst, ob die Vereinbarung für ihn günstig und akzeptabel ist. Gleichwohl ist im Rahmen des § 307 Absatz 1 Satz 2 BGB zu fordern, dass die Befristung klar und verständlich formuliert ist. Hierzu gehört auch, dass der befristete Vergütungsbestandteil zweifelsfrei beschrieben ist. Eine gegen Treu und Glauben verstoßende unangemessene Benachteiligung ist daher in der Regel bei der befristeten Zahlung eines außertariflichen, nur unwesentlich das Gleichgewicht von Leistung und Gegenleistung berührenden Vergütungsbestandteils, nicht anzunehmen.

Allerdings hat der Arbeitgeber darauf zu achten, dass die von ihm beabsichtigte Befristung des zusätzlichen Vergütungsbestandteils klar und verständlich formuliert ist. Zudem hat er, wie auch beim Widerrufsvorbehalt, zu berücksichtigen, dass dem Arbeitnehmer der Tariflohn



## Arbeitsrecht

beziehungsweise die übliche Vergütung verbleibt, wenn der zusätzliche Vergütungsbestandteil wegfällt. Der Grenzwertkorridor ist auch hier einzuhalten, um eine wesentliche Beeinträchtigung des Gleichgewichts von Leistung und Gegenleistung zu vermeiden.

### **Die Ausgestaltung des leistungsbezogenen Entgelts.**

Die zuvor genannten Änderungsvorbehalte bieten dem Arbeitgeber als Flexibilisierungsinstrumente die Möglichkeit, das zusätzliche, leistungsbezogene Entgelt seinen Vorstellungen entsprechend, in einem Vergütungssystem auszugestalten. Diese Möglichkeit ist dann gegeben, wenn die Vergütung des Arbeitnehmers im Wesentlichen von einem festen Arbeitsentgelt geprägt wird und der leistungsbezogene Vergütungsbestandteil (Provision oder Zulage) nur einen geringen Teil des monatlichen Arbeitsentgelts ausmacht. In einem solchen Fall kann eine wirksame Befristung oder ein Widerruf dieser Vergütungsabrede vereinbart werden.

Darüber hinaus kann der Arbeitgeber die Voraussetzungen für die Entstehung eines Anspruchs auf ein zusätzliches Entgelt festlegen. Bereits hier kann er maßgeblichen Einfluss auf die spätere Höhe des Anspruchs nehmen, indem er klar und verständlich definiert, unter welchen Voraussetzungen er eine Provision gewähren will. Es gehört zu den, dem Unternehmen vorbehaltenen Zielvorgaben einer Provisionsregelung, zu bestimmen, welche Umsätze so interessant sind, dass es zu ihrer Erreichung einen Motivationsanreiz in Form einer zusätzlichen Vergütung gewähren will. Derartige Zielvorgaben können sich aufgrund der jeweiligen Marktlage ändern. Zulässig und empfehlenswert ist es aber, für den Fall der Unwirksamkeit des Widerrufs hilfsweise eine Änderungskündigung auszusprechen.

### **Rechtsfolgen bei Verstoß gegen §§ 305 ff. BGB (Bürgerliches Gesetzbuch)**

Die Unwirksamkeit eines Änderungsvorbehalts ergibt sich in der Regel aus den §§ 307 ff. BGB und betrifft grundsätzlich die Klausel im Ganzen, nicht nur den gegen das Klauselverbot verstoßenden Teil. Klar ist auch, dass die Unwirksamkeit einer Vertragsklausel nicht zur Unwirksamkeit des gesamten Arbeitsvertrages führt, § 306 Absatz 1 BGB. An die Stelle der unwirksamen Klausel treten die gesetzlichen Regelungen. Sind solche nicht vorhanden, ist die unter den Änderungsvorbehalt gestellte Leistung unveränderlich.

Es ist jedoch zwischen Verträgen zu differenzieren, die vor dem 1. Januar 2002 geschlossen wurden (Altverträge) und solchen, die danach geschlossen wurden. Eine unwirksame Vertragsklausel fällt bei einem Altvertrag nicht ersatzlos weg. Vielmehr muss gemäß § 306 Absatz 2 BGB die entstandene Lücke durch ergänzende Vertragsauslegung geschlossen werden, da der Verwender bei Abschluss des Arbeitsvertrages die §§ 305 ff. BGB nicht berücksichtigen konnte und die Klausel nur deshalb unwirksam ist, weil sie in formeller Hinsicht den "neuen" Anforderungen nicht genügt. Es ist daher zu fragen, was die Parteien vereinbart hätten, wenn ihnen die gesetzlich angeordnete Unwirksamkeit der Klausel bekannt gewesen wäre. Nur so wird die unverhältnismäßige Rückwirkung des § 306 Absatz 2 BGB verfassungskonform abgemildert und dem Willen und den Interessen der Vertragsparteien angemessen Rechnung getragen. Ist die Vereinbarung eines Änderungsvorbehaltes jedoch unzulässig oder ein vereinbarter Änderungsvorbehalt nichtig, so kann die erstrebte Änderung des Arbeitsvertrages nur mit dem Mittel der Änderungskündigung erreicht werden.

### **Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung**

Neben den gesetzlichen Grenzen ist bei der Entgeltgestaltung darauf zu achten, dass die Regelungen nicht gegen geltende Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen verstoßen. Generell sind bei Fragen der Entgeltflexibilisierung die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats nach § 87 Absatz 1 Nr. 10

## Arbeitsrecht

und 11 Betriebsverfassungsgesetz zu beachten.

**Die flexible Gestaltung eines zusätzlichen, leistungsbezogenen Entgelts ermöglicht dem Arbeitgeber, in wirtschaftlich schlechten Zeiten flexibel zu reagieren.**

So kann er beispielsweise versuchen, das Unternehmen durch den Abbau der Zusatzleistungen anstelle von Kündigungen zu retten. Während der Gewährung dient das zusätzliche, leistungsbezogene Entgelt als Instrument der Motivationssteigerung und besseren Identifikation der Mitarbeiter mit dem Arbeitgeber.

Von der einfachen Zahlung eines zusätzlichen, leistungsbezogenen Entgelts oder einer Provision ohne eine schriftliche Vereinbarung ist dem Arbeitgeber grundsätzlich abzuraten. Der Arbeitgeber begibt sich hier in den Bereich einer anspruchsbegründenden, betrieblichen Übung. Die Beseitigungsmöglichkeiten sind mit hohen und teils strengen Anforderungen belegt. Hinzu tritt, dass der erhoffte Motivationseffekt beim Arbeitnehmer unter Umständen nur begrenzt erreicht wird. Der Arbeitnehmer wird sich in Regel stärker begeistern und motivieren lassen, wenn er etwas Schriftliches in der Hand hat.

**Diesen psychologischen Vorteil sollte der Arbeitgeber nicht verschenken.**

Ratsam und von vielen Arbeitgebern gewollt, ist ein solides Vergütungssystem, in dem die Grundsätze, Abrechnungsmaßstäbe und Voraussetzungen für das Entstehen des Anspruchs auf das zusätzliche, leistungsbezogene Entgelt geregelt sind. Da die Voraussetzungen eines solchen Anspruchs auf Leistung und Erfolg des Arbeitnehmers basieren, kann eine gewisse Flexibilität, was die Höhe der zusätzlichen Vergütung angeht, bereits innerhalb der Anspruchsvoraussetzungen erreicht werden. In den Genuss des Anspruchs soll schließlich nur der produktiv tätige Mitarbeiter kommen.

Die Personalsachbearbeiter in den Abteilungen für "Human Resources" der Unternehmen, welche die Arbeitsverträge vorbereiten und die vom Arbeitgeber gewünschten Vergütungssysteme umsetzen, entstammen häufig Berufen, die nur wenige, juristische Vorkenntnisse vermitteln. Der berufliche Erfahrungshintergrund dieser Sachbearbeiter stellt daher keineswegs sicher, dass künftig keine Arbeitsverträge mehr ohne hinreichende Widerrufsgründe ausgefertigt werden.

**Arbeitgeber sind also gut beraten, anwaltliche Hilfe bei der Vertragsgestaltung und der Umsetzung ihrer Vergütungssysteme in Anspruch zu nehmen.**

So kann vermieden werden, dass später zusätzliche, je nach Arbeitnehmerzahl nicht unerhebliche Kosten zur Beseitigung des zusätzlich zum Grundlohn gewährten leistungsbezogenen Entgelts entstehen. Der gewollte Motivationseffekt bei den Arbeitnehmern verkehrt sich im Streitfall ins Gegenteil.

Durch die neuen Anforderungen an die Änderungsvorbehalte werden die Personalabteilungen der Unternehmen zu mehr Sorgfalt bei der Vertragsgestaltung aufgefordert. Bei allen Änderungsvorhalten ist das Transparenzgebot zu beachten. Das heißt die Klauseln müssen einen Änderungsgrund in der Klausel selbst enthalten, die den Änderungsgrund beziehungsweise den Zweck des Änderungsvorhalts so klar und transparent wie möglich umreißt. Weiter dürfen sie nicht im Vertragstext versteckt werden, da sie ansonsten schon als formale Überraschungsklausel scheitern.

Freilich wird man diese Anforderungen in einem moderaten und interessengerechten Rahmen beider Parteien halten müssen. Die Bereitschaft der Arbeitgeber zur Gewährung über- und außertariflicher Leistungen wird empfindlich beschränkt, wenn sie nur die Alternative hätten, solche Leistungen entweder gar nicht oder auf Dauer zu versprechen. Den Arbeitnehmern wäre

## Arbeitsrecht

damit schlecht gedient, sollen die AGB-Vorschriften doch schließlich ihre Interessen und Rechte schützen.

Rechtsanwalt Andreas Dolny, Oberhausen