

Flexible Gestaltung von leistungsbezogenen Entgelten im Arbeitsrecht unter Berücksichtigung der AGB-Kontrolle

I. Einleitung

Seit der Reform des Schuldrechts zum 01.01.2002 sind die Vorschriften über die Allgemeinen Geschäftsbedingungen (§§ 305 ff. BGB) gemäß § 310 Abs. 4 Satz 2 BGB auf Individualarbeitsverträge, unter Berücksichtigung der arbeitsrechtlichen Besonderheiten, anzuwenden. Das BAG hat in seinem Urteil vom 25.05.2005¹ entschieden, dass der Arbeitsvertrag Verbrauchervertrag im Sinne des § 310 Abs. 3 BGB ist, so dass eine Anwendbarkeit der Vorschriften über die Allgemeinen Geschäftsbedingungen auch nach dieser Vorschrift eröffnet ist. Dies gilt gem. Art. 229 § 5 EGBGB seit dem 01.01.2003 auch für Altverträge, die vor der Schuldrechtsreform abgeschlossen worden sind.

Wie sich dies auf die flexible Gestaltung von leistungsbezogenen Entgelten, die zusätzlich zum regulären Arbeitsentgelt gezahlt werden, auswirkt, ist noch nicht vollständig geklärt, aufgrund des Urteils des BAG vom 12.01.2005² jedoch präzisiert.

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, um sie an das Unternehmen zu binden und die Identifikation mit dem Unternehmen zu stärken. Dies soll die Mitarbeiter motivieren, 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, die den Arbeitgebern im Falle einer Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage die Möglichkeit gibt, das zusätzlich zum regulären Arbeitsentgelt gezahlte leistungsbezogene Entgelt ohne rechtliche Schwierigkeiten wieder zu beseitigen.

Wie dies unter Vermeidung juristischer Fallstricke bewerkstelligt werden kann, soll dieser Beitrag aufzeigen.

¹ BAG vom 25.05.2005 – 5 AZR 572/04, NZA 2005 S. 2131 = NJW 2005 S. 3305.

² BAG vom 12.01.2005 – 5 AZR 364/04, DB 2005 S. 669 = NZA 2005 S. 466.

II. Begriff des leistungsbezogenen Entgelts

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 bzw. leistungsbezogene Prämien, Provisionen bei garantiertem Fixum, Tantiemen)³.

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.

Die Provision ist ein Leistungsentgelt, das für die Vermittlung oder den Abschluss von Verträgen mit dem Unternehmen (Arbeitgeber oder dessen Auftraggeber) gezahlt wird⁴. 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 Erfolg⁵. Die Provision stellt damit ein leistungsbezogenes, erfolgsabhängiges Entgelt dar⁶. Dies steht im Folgenden im Vordergrund.

III. Ausgestaltung der leistungsbezogenen Zahlung

Die Vergütungsvereinbarung ist ein wesentlicher Bestandteil des Arbeitsvertrages⁷. 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 Arbeitnehmers⁸. Als Vergütungsbestandteil steht auch das zusätzlich vom Arbeitgeber gezahlte leistungsbezogene Entgelt im Synallagma, wenn es jede Woche bzw. jeden Monat ausgezahlt wird.⁹

³ Preis, Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2003, § 28 I. 1.

⁴ Deich, in: Innovative Arbeitsformen, Flexibilisierung von Arbeitszeit, Arbeitsentgelt, Arbeitsorganisation; Hrsg. Preis, 2005, S. 464.

⁵ Tschöpe/Schmalenberg, Anwalts-Handbuch Arbeitsrecht, 3. Aufl., 2. Teil A., Rn. 455; Deich a.a.O. (Fußnote 4), S. 464; Preis a.a.O. (Fußnote 3), § 28 I. 1. a).

⁶ Deich a.a.O. (Fußnote 4), S. 464.

⁷ Tschöpe/Schmalenberg, a.a.O. (Fußnote 5) 2. Teil A., Rn. 305.

⁸ Preis, a.a.O. (Fußnote 3), § 28 I.

⁹ Preis, a.a.O. (Fußnote 3), § 28 I. 1. a).

Dies stellt klar, dass auch eine gesondert und ggf. 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 ein 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.

Beispielfall:

Der Arbeitgeber betreibt ein Callcenter. Seine Arbeitnehmer arbeiten 40 Stunden in der Woche und erhalten einen tariflichen Grundlohn in Höhe von € 8,00 die Arbeitsstunde. Durchschnittlich erreichen die Arbeitnehmer im Monat 10 Geschäftsabschlüsse. Um seine Arbeitnehmer zu motivieren, möchte der Arbeitgeber eine zusätzliche erfolgsabhängige Vergütung über den Grundlohn hinaus zahlen. Der Arbeitgeber hat sich zwei verschiedene Varianten eines erfolgs- bzw. leistungsabhängigen Vergütungssystems überlegt.

Variante 1:

Für jeden erfolgreichen Geschäftsabschluss sollen die Arbeitnehmer eine Provision in Höhe von € 20,00 erhalten.

Variante 2:

Für konstant gute Leistungen (mehr als 10 Geschäftsabschlüsse pro Monat) erhöht der Arbeitgeber den Stundenlohn um € 1,00.

1. Vereinbarung eines Änderungsvorbehalts

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 können¹⁰.

¹⁰ Preis, a.a.O. (Fußnote 3), § 28 I.

Ausgehend von unserem Beispielsfall möchte der Arbeitgeber den erdachten zusätzlichen Vergütungsbestandteil im Bedarfsfalle ohne große Umstände wieder beseitigen können. Er möchte sich gleich bei der Vereinbarung des zusätzlichen Vergütungsbestandteils das Recht vorbehalten, dieses 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 u. a. Widerrufsvorbehalt, Anrechnungsvorbehalt und Befristung.

a) Widerrufsvorbehalt

aa) Begriff des Widerrufsvorbehalts

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 kann¹¹. Ein Widerrufsvorbehalt ermöglicht dem Arbeitgeber, einen einmal entstandenen Anspruch des Arbeitnehmers nachträglich wieder zu beseitigen, nämlich durch Ausübung des Widerrufsrechts. 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 bezeichnen¹². Welche Anforderungen im Lichte der AGB-Kontrolle zu stellen sind, hat das BAG in seiner Entscheidung vom 12.01.2005¹³ deutlich gemacht.

bb) AGB-Kontrolle

Der Widerrufsvorbehalt fällt gem. §§ 310 Abs. 3, 305 Abs. 1 Satz 1 BGB unter die AGB-Kontrolle, da die Vertragsbestimmung einseitig vom Arbeitgeber gestellt und für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert wird¹⁴.

¹¹ ErfK/Preis, 6. Aufl. 2006, §§ 305-310 BGB, Rn. 56; Maties, Freiwilligkeits- und Widerrufsvorbehalte in Arbeitsverträgen und bei der betrieblichen Übung, DB 2005, S. 2689.

¹² BAG vom 14.06.1995 – 5 AZR 126/94, NJW 1995 S. 75 = BB 1995 S. 2171; Preis, Lindemann, Änderungsvorbehalte – Das BAG durchschlägt den gordischen Knoten, NZA 2006 S. 636; Maties, Die gegenläufige betriebliche Übung, 2003, S. 125ff.

¹³ BAG vom 12.01.2005 – 5 AZR 364/04, DB 2005 S. 669 = NZA 2005 S. 466.

¹⁴ BAG vom 25.05.2005 – 5 AZR 572/04, NZA 2005 S. 2131 = NJW 2005 S. 3305; Hümmerich, Widerrufsvorbehalte in Formulararbeitsverträgen, NJW 2005 S. 1760.

(1) Beachtung des Transparenzgebotes gem. § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB

Das BAG hat in seinem Urteil vom 12.01.2005¹⁵ entschieden, dass eine Vertragsklausel in einem Formulararbeitsvertrag, nach der dem Arbeitgeber das Recht zu stehen soll, „übertarifliche Lohnbestandteile jederzeit unbeschränkt zu widerrufen“ unwirksam ist¹⁶. 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 Abs. 1 Satz 2 BGB. Es ist nur eingehalten, wenn der Arbeitgeber die Klausel so formuliert, dass die Vertragsbedingungen durchschaubar, bestimmt, klar und verständlich sind¹⁷. Wenn für die Ausübung des Widerrufs keine Bedingungen vereinbart sind, weiß der Arbeitnehmer nicht, welche Umstände zum Widerruf berechtigen sollen¹⁸. 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 ist¹⁹. 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 ggf. „auf ihn zukommt“²⁰. Die Frage die es hier zu beantworten gilt, ist, wie konkret der Arbeitgeber die Gründe angeben muss, die ihn zum Widerruf berechtigen sollen. Die Rechtsprechung verlangt nunmehr, dass Widerrufsgründe 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 gem. § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB dar. Man kann vom Arbeitgeber allerdings nicht verlangen, dass er alle Umstände aufführt, die ihm

¹⁵ BAG vom 12.01.2005 – 5 AZR 364/04, DB 2005 S. 669 = NZA 2005 S. 466.

¹⁶ Palandt/Heinrichs, 65. Auflage, 2006, § 308 BGB, Rn. 22.

¹⁷ BAG vom 12.01.2005 – 5 AZR 364/04, DB 2005 S. 669 = NZA 2005 S. 466; Preis, Lindemann, a.a.O. (Fußnote 12), S. 635.

¹⁸ Maties, a.a.O. (Fußnote 11), S. 2691; Preis, a.a.O. (Fußnote 3), § 39 II. 3. b) aa).

¹⁹ So auch Maties, a.a.O. (Fußnote 11), S. 2691.

²⁰ BAG vom 12.01.2005 – 5 AZR 364/04, DB 2005 S. 669 = NZA 2005 S. 466; BAG vom 18.8.2005 - 8 AZR 65/05, NZA 2006 S. 34 Ricken, Betriebliche Übung und Vertragskontrolle im Arbeitsrecht, DB 2006 S. 1373.

in den nächsten 20 Jahren einen sachlichen Grund für einen Widerruf des zusätzlichen leistungsbezogenen Entgelts geben können²¹. 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“ nicht²².

Die Konkretisierung kann einmal auf wirtschaftliche Gründe oder auf die Leistung bzw. 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 bzw. ein Nichterreichen der erwarteten wirtschaftlichen Entwicklung oder unterdurchschnittliche Leistungen sowie schwerwiegende Pflichtverletzungen des Arbeitnehmers genannt²³. Die wirtschaftlichen Gründe und die Dimension der Verschlechterung können in der Widerrufsklausel zum Beispiel mit einem Auftragsrückgang um 20%²⁴ oder dem Wegbruch eines größeren Vertriebsauftrages umschrieben werden.

(2) Anforderungen gem. § 308 Nr. 4 BGB

Darüber hinaus muss der Widerrufsvorbehalt auch noch den Anforderungen des § 308 Nr. 4 BGB genügen. Die Wirksamkeit eines Widerrufsrechts des Arbeitgebers beurteilt sich gem. § 308 Nr. 4 BGB danach, ob der Widerrufsvorbehalt unter Berücksichtigung der Interessen des Arbeitgebers für den Arbeitnehmer zumutbar ist²⁵. 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 werden²⁶. 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 Abs. 1 Satz 1 BGB, der nur fordert, dass die Klausel nicht unangemes-

²¹ Ebenso Maties, a.a.O. (Fußnote 11), S. 2692.

²² Maties, a.a.O. (Fußnote 11), S. 2692; BGH vom 20.01.1983 – VII ZR 105/81, DB 1983 S. 1296.

²³ BAG vom 12.01.2005 – 5 AZR 364/04, DB 2005 S. 669 = NZA 2005 S. 466; Hümmerich, a.a.O. (Fußnote 14), S. 1761, 1762.

²⁴ Maties, a.a.O. (Fußnote 11), S. 2692.

²⁵ Hümmerich, a.a.O. (Fußnote 14), S. 1761.

²⁶ BAG vom 12.01.2005 – 5 AZR 364/04, DB 2005 S. 669 = NZA 2005 S. 466.

sen benachteiligt. D. h. dass die Beeinträchtigung eines rechtlich anerkannten Interesses des Arbeitnehmers durch begründete und billigenwerte Interessen des Arbeitgebers gerechtfertigt sein muss oder durch gleichwertige Vorteile ausgeglichen wird²⁷.

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, was in aller Regel der Fall sein wird, wenn wesentliche Elemente des Arbeitsvertrages einer einseitigen Änderung unterliegen sollen, durch die das Gleichgewicht zwischen Leistung und Gegenleistung grundlegend gestört wird²⁸. Dieser Vertragsinhaltsschutz gem. § 2 KSchG dient als Maßstab. Allerdings kommt es nicht auf eine konkrete Umgehung des Schutzes vor Änderungskündigungen (bei Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes) an²⁹.

Jeder Widerrufsvorbehalt ist, unabhängig davon, ob der Widerrufgrund benannt ist, ob er klar und verständlich ist, dem Arbeitnehmer nach § 308 Nr. 4 BGB nicht zuzumuten, sobald er eine Vergütungsminderung beim Arbeitnehmer unter Überschreitung eines Korridors von 25% bis 30% der Gesamtvergütung zur Folge hat³⁰. Bei der Flexibilisierung von Entgeltbestandteilen muss dem Arbeitnehmer stets der Tariflohn bzw. die übliche Vergütung verbleiben³¹. 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 erklären³².

cc) Ausübungskontrolle gem. § 315 BGB

Auch wenn der Widerrufsvorbehalt selbst wirksam vereinbart wurde, muss die Ausübung der vorbehaltenen Änderung im Einzelfall billigem Ermessen i. S. des § 315

²⁷ Maties, a.a.O. (Fußnote 11), S. 2693.

²⁸ BAG vom 21.04.1993 – 7 AZR 297/92; BAG vom 28.05.1997 – 5 AZR 125/96, NZA 1997, 1160; BAG vom 15.08.2000 – 1 AZR 458/99 n. v., juris-Nr. 600003106; BAG vom 12.01.2005 – 5 AZR 364/04, DB 2005 S. 669 = NZA 2005 S. 466.

²⁹ BAG vom 12.01.2005 – 5 AZR 364/04, DB 2005 S. 669 = NZA 2005 S. 466; ErfK/Preis, a.a.O. (Fußnote 11), Rn 54.

³⁰ BAG vom 12.01.2005 – 5 AZR 364/04, DB 2005 S. 669 = NZA 2005 S. 466; Hümmerich, a.a.O. (Fußnote 14), S. 1761.

³¹ BAG vom 12.01.2005 – 5 AZR 364/04, DB 2005 S. 669 = NZA 2005 S. 466; Preis, Lindemann, a.a.O. (Fußnote 12), S. 635; ErfK/Preis, a.a.O. (Fußnote 11), Rn. 58.

³² BAG vom 12.01.2005 – 5 AZR 364/04, DB 2005 S. 669 = NZA 2005 S. 466.

BGB bzw. § 106 GewO entsprechen³³. Die Erklärung des Widerrufs stellt eine Bestimmung der Leistung durch den Arbeitgeber nach § 315 Abs. 1 BGB dar³⁴. Billiges Ermessen erfordert die Berücksichtigung der wesentlichen Umstände des Falles und die angemessene Abwägung der beiderseitigen Interessen³⁵. Insbesondere bedarf es für die Ausübung des Widerrufs eines sachlichen Grundes auf Seiten des Arbeitgebers³⁶ bzw. eines berechtigten Interesses³⁷. Dabei sind die Anforderungen an eine sachgerechte Ermessensausübung nicht zu vergleichen mit den Anforderungen an eine sozial gerechtfertigte Änderungskündigung im Sinne des § 1 Abs. 2 KSchG. Zweck eines von vornherein unter Widerrufsvorbehalt gestellten zusätzlichen variablen Lohnbestandteiles ist es, dass der Arbeitgeber die Möglichkeit haben soll, sich von ihm leichter wieder zu lösen³⁸. 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, bzw. den Widerruf einer Leistung, als das mildere Mittel im Vergleich zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses³⁹. Im Rahmen der Prüfung der Voraussetzungen der Widerrufsklausel wird auch geprüft, ob die geltend gemachten wirtschaftlichen Gründe wirklich vorliegen⁴⁰.

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

- Der Arbeitgeber muss die Gründe, die ihn zum Widerruf berechtigen sollen, klar und verständlich ausformulieren.

³³ BAG vom 12.01.2005 – 5 AZR 364/04, DB 2005 S. 669 = NZA 2005 S. 466; Preis, Lindemann, a.a.O. (Fußnote 12), S. 638; Preis, a.a.O. (Fußnote 3), § 39 II. 3. b) bb).

³⁴ BAG vom 12.01.2005 – 5 AZR 364/04, DB 2005 S. 669 = NZA 2005 S. 466.

³⁵ BAG vom 28.05.1997 – 5 AZR 125/96, NZA 1997, 1160; LAG Hamm vom 11.05.2004 – 19 Sa 2132/03, NZA-RR 2004 S. 515; LAG Düsseldorf vom 17.05.2005 - 6 Sa 1698/03; Preis, a.a.O. (Fußnote 3), § 39 II. 3. b) bb).

³⁶ BAG vom 13.05.1987 - 5 AZR 125/86; LAG Hamm vom 11.05.2004 – 19 Sa 2132/03, NZA-RR 2004 S. 515.

³⁷ BAG vom 15.08.2000 – 1 AZR 458/99 n. v., juris-Nr. 600003106; LAG Hamm vom 11.05.2004 – 19 Sa 2132/03, NZA-RR 2004 S. 515.

³⁸ BAG vom 15.08.2000 – 1 AZR 458/99 n. v., juris-Nr. 600003106; LAG Hamm vom 11.05.2004 – 19 Sa 2132/03, NZA-RR 2004 S. 515.

³⁹ Preis, Lindemann, a.a.O. (Fußnote 12), S. 638; BAG vom 15.11.1995 – 2 AZR 521/95, NZA 1996, 603.

⁴⁰ ErfK/Preis, a.a.O. (Fußnote 11), Rn. 61; Preis, Lindemann, a.a.O. (Fußnote 12), S. 638; BAG vom 15.08.2000 – 1 AZR 458/99 n. v., juris-Nr. 600003106.

- Der unter den Widerrufsvorbehalt gestellte Vergütungsbestandteil darf nicht mehr als 25%-30% der Gesamtvergütung ausmachen, wobei dem Arbeitnehmer der Tariflohn bzw. 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 € 1.408,00 (8 Stunden * € 8,00 * 22 Arbeitstage). Der Grenzwertkorridor für eine widerrufliche Leistung liegt zwischen € 352,00 (25%) und € 422,40 (30%). In der ersten Variante erhalten die Arbeitnehmer für jeden erfolgreichen Geschäftsabschluss eine Provision von € 20,00. Bei durchschnittlich 10 Abschlüssen pro Monat bedeutet dies eine zusätzliche Vergütung von € 200,00 im Monat. In der zweiten Variante erhöht sich der Stundenlohn um € 1,00. Dies stellt eine zusätzliche monatliche Vergütung von € 176,00 (8 Stunden * € 1,00 * 22 Arbeitstage) dar. Beide Vergütungsvarianten bleiben also unterhalb des Grenzwertkorridors.

b) Freiwilligkeitsvorbehalt

aa) Begriff des Freiwilligkeitsvorbehalts

Vom Widerrufsvorbehalt ist der Freiwilligkeitsvorbehalt zu unterscheiden, denn beim Freiwilligkeitsvorbehalt entsteht kein Anspruch, der widerrufen werden müsste⁴¹. Freiwilligkeitsvorbehalte dienen ursprünglich dazu, von vorneherein die Entstehung eines Anspruchs auf Leistung zu verhindern⁴². Anders als bei der Vereinbarung eines Widerrufsvorbehalts kann der Arbeitgeber die Leistung ohne vorherige Ankündigung und ohne Bindung an § 315 BGB einstellen oder die Voraussetzungen für ihre Gewährung ändern⁴³.

bb) AGB-Kontrolle

(1) Keine unangemessene Benachteiligung gem. § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB

Bei einem Freiwilligkeitsvorbehalt hat der Arbeitgeber klargestellt, dass kein vertraglicher Anspruch entstehen soll. Bei der Nachprüfung, ob der Freiwilligkeitsvorbehalt unangemessen benachteiligt, muss im Einzelfall geprüft werden, auf welche Leistun-

⁴¹ Maties, a.a.O. (Fußnote 11), S. 2694; ders. a.a.O. (Fußnote 12) S. 121 ff.

⁴² BAG vom 05.06.1996 – 10 AZR 883/95; BAG vom 12.01.2000 – 10 AZR 840/98, DB 2000 S. 1717; BAG vom 11.04.2000 – 9 AZR 255/99, BAGE 94, 204, 206 f; Ricken, a.a.O. (Fußnote 20), S. 1373.

⁴³ BAG vom 12.01.2000 – 10 AZR 840/98, DB 2000 S. 1717.

gen sich der Vorbehalt bezieht. Steht die freiwillig gewährte Leistung im Synallagma des Arbeitsverhältnisses, so besteht die Gefahr, dass der Arbeitgeber einen Teil seines unternehmerischen Risikos auf den Arbeitnehmer abwälzt.

Die Rechtsprechung des BAG⁴⁴ sieht daher in einer vom Arbeitgeber vorformulierten Klausel hinsichtlich einer monatlich zu zahlenden Leistungszulage unter Ausschluss jeden Rechtsanspruchs eine unangemessene Benachteiligung der Arbeitnehmer. Ein vertraglich vereinbarter Ausschluss jeden Rechtsanspruchs bei laufendem Arbeitsentgelt ist gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam.

Der Ausschluss jeden Rechtsanspruchs bei laufendem Arbeitsentgelt widerspricht dem Zweck des Arbeitsvertrags. Denn dem Arbeitgeber soll ermöglicht werden, 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 dazu noch ohne jegliche Erklärung einzustellen, beeinträchtigt die Interessen des Arbeitnehmers grundlegend. Dies gilt auch dann, wenn es sich bei den unter einem Vorbehalt stehenden Leistungen nicht um die eigentliche Grundvergütung, sondern um eine zusätzliche Abgeltung der Arbeitsleistung in Form einer Zulage handelt. Auch derartige Zulagen stellen laufendes Arbeitsentgelt dar, sind also in das vertragliche Synallagma eingebundene Leistungen. Der Umfang der unter einem Freiwilligkeitsvorbehalt zugesagten Leistung ist dabei unerheblich⁴⁵.

Die Vereinbarung eines Freiwilligkeitsvorbehalts ist daher nur zulässig, wenn die Leistungen nicht im Gegenseitigkeitsverhältnis stehen. Dies komme in Betracht bei Gratifikation oder ähnlichen Jahressonderzuwendungen⁴⁶.

(2) Beachtung des Transparenzgebotes gem. § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB

Der Freiwilligkeitsvorbehalt muss ebenfalls dem Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB genügen. Danach genügt etwa die bloße Bezeichnung einer Leistung als „freiwillig“ nicht, um die Bindung zu beseitigen⁴⁷. Der Arbeitgeber muss ausdrücklich

⁴⁴ BAG vom 25.4.2007, 5 AZR 627/06; BAG vom 30.7.2008, 10 AZR 606/07.

⁴⁵ BAG vom 25.4.2007, 5 AZR 627/06.

⁴⁶ Vgl. ErfK/Preis, a.a.O. (Fußnote 11), Rn. 71; Preis, Lindemann, a.a.O. (Fußnote 12), S. 636, 637.

⁴⁷ BAG vom 11.04.2000 – 9 AZR 255/99, DB 2000 S. 2328 = BB 2000 S. 2472; BAG vom 04.05.1999 – 10 AZR 290/98, DB 1999 S. 1907; Maties, a.a.O. (Fußnote 11), S. 2694; Ulrici, Betriebliche Übung und AGB-Kontrolle, BB 2005 S. 1904; Ricken, a.a.O. (Fußnote 20), S. 1373.

klarstellen, dass er nicht nur freiwillig leistet, sondern einen Rechtsanspruch für die Zukunft ausschließen will⁴⁸. Die Formulierung „freiwillig“ kann auch lediglich ein Hinweis sein, dass der Arbeitgeber die Leistung bisher nicht schuldet⁴⁹.

Bei der Klausel „freiwillig unter dem Vorbehalt des jederzeitigen Widerrufs“ droht wegen § 305c Abs. 2 BGB sogar die Unwirksamkeit, da dies zur Annahme eines Widerrufsvorbehalts führt und dieser ohne Angabe eines Grundes wegen Verstoßes gegen das Transparenzgebot unwirksam ist⁵⁰. Eine dem Transparenzgebot entsprechende Klausel hingegen lautet: „Auf die Zahlung des zusätzlichen leistungsbezogenen Entgelts [Provision] besteht auch in Zukunft kein Rechtsanspruch.“

cc) Ausübungskontrolle gem. § 315 BGB

Die Ausübung des Freiwilligkeitsvorbehalts unterliegt wie der Widerrufsvorbehalt der Ausübungskontrolle. So darf der Arbeitgeber nicht gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz verstoßen oder willkürlich handeln⁵¹.

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 wäre ein 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 wieder einstellen kann.

⁴⁸ ErfK/Preis, a.a.O. (Fußnote 11), Rn. 70; Maties, a.a.O. (Fußnote 11), S. 2694; Ulrici, a.a.O. (Fußnote 46), S. 1904.

⁴⁹ BAG vom 11.04.2000 – 9 AZR 255/99, DB 2000 S. 2328 = BB 2000 S. 2472; BAG vom 04.05.1999 – 10 AZR 290/98, DB 1999 S. 1907; Maties, a.a.O. (Fußnote 11), S. 2694; ders. a.a.O. (Fußnote 12), S. 125f.

⁵⁰ Maties, a.a.O. (Fußnote 11), S. 2694, 2695.

⁵¹ Preis, Lindemann, a.a.O. (Fußnote 12), S. 637.

Zwar ist anzuerkennen, so die Rechtsprechung des BAG⁵², 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 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.

c) Anrechnungsvorbehalt

aa) Begriff des Anrechnungsvorbehalts

Anrechnungsvorbehalte werden vereinbart in Fällen, in denen neben dem Tariflohn eine übertarifliche Zulage gezahlt wird. Durch einen Anrechnungsvorbehalt im Arbeitsvertrag erreicht der Arbeitgeber, dass im Fall der Tariflohnerhöhung diese auf die Zulage angerechnet wird, der Arbeitnehmer also nicht etwa den neuen Tariflohn "plus" Zulage in bisheriger Höhe erhält⁵³.

⁵² BAG vom 25.4.2007 – 5 AZR 627/06.

⁵³ Preis, a.a.O. (Fußnote 3), § 39 II. 3. c); ErfK/Preis a.a.O. (Fußnote 11), Rn. 64.

bb) AGB-Kontrolle

Unter dem Gesichtspunkt transparenter Vertragsgestaltung ist ein ausdrücklicher Anrechnungsvorbehalt erforderlich. Der Arbeitnehmer muss erkennen können, dass seine übertariflichen Lohnbestandteile nur solange effektiv wirken, bis eine Tariflohnerhöhung erfolgt⁵⁴. Der Anrechnungsgrund ist auf einen konkreten und transparenten Aspekt reduziert. Deshalb verstoßen Anrechnungsklauseln regelmäßig nicht gegen § 308 Nr. 4 BGB i. V. mit § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB⁵⁵. Der schlichte Hinweis "übertariflich" macht aber weder den Zweck der Zulage hinreichend deutlich, noch lässt sich aus dieser Kennzeichnung 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 Transparenzgebot⁵⁶. 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 Erhöhung⁵⁷.

Anwendung kann diese Art des Änderungsvorbehalts freilich nur auf die in der zweiten Variante des Beispielfalls dargestellte Form der Gewährung eines zusätzlichen leistungsbezogenen Entgelts finden. Die Erhöhung des Stundenlohns um € 1,00 bei konstant guten Leistungen wird hier im Falle einer Tariflohnerhöhung auf das zusätzliche Entgelt angerechnet. Erhöht sich der Tariflohn von € 8,00 auf € 9,00 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.

d) Befristung

aa) Begriff der Befristung

Der Arbeitgeber kann den zusätzlichen Vergütungsbestandteil befristen⁵⁸. Mit Hilfe der Befristung einzelner Arbeitsbedingungen kann eine Flexibilisierung erreicht wer-

⁵⁴ Preis, Lindemann, a.a.O. (Fußnote 12), S. 637; Preis, a.a.O. (Fußnote 3), § 39 II. 3. c).

⁵⁵ Preis, Lindemann, a.a.O. (Fußnote 12), S. 637.

⁵⁶ Preis, a.a.O. (Fußnote 3), § 39 II. 3. c); ErfK/Preis a.a.O. (Fußnote 11), Rn. 65.

⁵⁷ Preis, Lindemann, a.a.O. (Fußnote 12), S. 637.

⁵⁸ BAG vom 21.04.1993 – 7 AZR 297/92; Deich a.a.O. (Fußnote 4), S. 501, 502; Tschöpe/Schmalenberg, a.a.O. (Fußnote 5), 3.Teil I., Rn. 116; ErfK/Preis, a.a.O. (Fußnote 11), Rn. 73.

den. 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 bzw. deren Änderung durch Zeitablauf automatisch⁵⁹. Die Befristung bedarf keines sie rechtfertigenden sachlichen Grundes im Sinne des bisherigen, für die Befristung einzelner Arbeitsbedingungen vor In-Kraft-Treten des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts am 01.01.2002 bestehenden Rechtsprechung. Sie unterliegt vielmehr der allgemeinen zivilrechtlichen Kontrolle nach §§ 305 ff. BGB. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts 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 KSchG 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. Andernfalls war die Vereinbarung einer Befristung auf Grund der bestehenden Vertragsfreiheit ohne weiteres zulässig.⁶⁰

Die Inhaltskontrolle der nach dem 31.12.2001 in Form Allgemeiner Geschäftsbedingungen vereinbarten Befristung einzelner Arbeitsbedingungen hat daher am Maßstab dieser Vorschriften und nicht mehr nach den bis zum 31.12.2001 von der Rechtsprechung im Wege der Rechtsfortbildung entwickelten Grundsätzen zu erfolgen.⁶¹

bb) AGB-Kontrolle

Die Anforderungen, die an eine befristete Gewährung eines über dem Tariflohn gezahlten Vergütungsbestandteil im Rahmen der AGB-Kontrolle gem. § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB zu stellen sind, sind im Grunde die gleichen wie an einen Widerrufsvor-

⁵⁹ Preis/Preis, Der Arbeitsvertrag, 2. Aufl. 2005, II V 70 Rn. 67 ff.

⁶⁰ BAG vom 27.07.2005 – 7 AZR 486/04, NZA 2006, S. 40.

⁶¹ BAG vom 27.07.2005 – 7 AZR 486/04, NZA 2006, S. 40; ErfK/Preis, a.a.O. (Fußnote 11), Rn. 6a.

behalt⁶². 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 gem. § 315 BGB entfällt. Soweit der Arbeitgeber für den Widerruf der Leistung einen Grund braucht, damit der Arbeitnehmer den Wert des Anspruches einschätzen kann, ist dieser für die Befristung entbehrlich. Dem Arbeitnehmer ist hier von vorneherein 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 Abs. 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 gem. § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB ist daher in der Regel bei der befristeten Zahlungen eines außertariflichen, nur unwesentlich das Gleichgewicht von Leistung und Gegenleistung berührenden Vergütungsbestandteils, nicht anzunehmen.

Bei der Befristung 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 bei Wegfall des zusätzlichen Vergütungsbestandteils, dem Arbeitnehmer der Tariflohn bzw. die übliche Vergütung verbleibt. Der Grenzwertkorridor ist auch hier einzuhalten, um eine wesentliche Beeinträchtigung des Gleichgewichts von Leistung und Gegenleistung zu vermeiden.

2. Zwischenergebnis

Die zuvor genannten Änderungsvorbehalte bieten dem Arbeitgeber als Flexibilisierungsinstrumente die Möglichkeit, das zusätzliche leistungsbezogene Entgelt nach seiner Vorstellung, 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

⁶² vgl. Preis, Lindemann, a.a.O. (Fußnote 12), S. 637, 638.

ein Widerruf dieser Vergütungsabrede vereinbart werden⁶³. 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, in dem er klar und verständlich definiert, unter welchen Voraussetzungen er eine Provision gewähren will. Denn gehört es zu den, dem Unternehmen vorbehaltenen Zielvorgaben einer Provisionsregelung, selbst zu bestimmen, welche Umsätze es zur Erreichung der Unternehmensziele für so interessant ansieht, dass es zu ihrer Erreichung einen Motivationsanreiz in Form einer zusätzlichen Vergütung gewähren will. Derartige Zielvorgaben können sich aufgrund der jeweiligen Marktlage ändern⁶⁴. Zulässig und empfehlenswert ist es aber, für den Fall der Unwirksamkeit des Widerrufs hilfsweise eine Änderungskündigung auszusprechen⁶⁵.

3. Rechtsfolgen bei Verstoß gegen §§ 305 ff. BGB

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 Teil⁶⁶. Klar ist auch, dass die Unwirksamkeit einer Vertragsklausel nicht zur Unwirksamkeit des gesamten Arbeitsvertrages führt, § 306 Abs. 1 BGB⁶⁷. An die Stelle der unwirksamen Klausel treten die gesetzlichen Regelungen. Sind solche nicht vorhanden, ist die unter den Änderungsvorbehalt gestellte Leistung unveränderlich⁶⁸.

Es ist jedoch zwischen Verträgen zu differenzieren, die vor dem 01.01.2002 geschlossen wurden (Altverträge) und solchen, die danach geschlossen wurden. Eine unwirksame Vertragsklausel fällt bei einem Altvertrag nicht ersatzlos weg⁶⁹. Vielmehr muss gem. § 306 Abs. 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

⁶³ Tschöpe/Schmalenberg, a.a.O. (Fußnote 5) 2.Teil A., Rn. 466; BAG vom 21.04.1993 – 7 AZR 297/92.

⁶⁴ BAG vom 21.04.1993 – 7 AZR 297/92.

⁶⁵ ErfK/Preis, a.a.O. (Fußnote 11), Rn. 56.

⁶⁶ Palandt/Heinrichs, a.a.O. (Fußnote 16), § 306 BGB, Rn. 3; Preis, Lindemann, a.a.O. (Fußnote 12), S. 638.

⁶⁷ Hümmelich, a.a.O. (Fußnote 14), S. 1761.

⁶⁸ Preis, Lindemann, a.a.O. (Fußnote 12), S. 638.

⁶⁹ BAG vom 12.01.2005 – 5 AZR 364/04, DB 2005 S. 669 = NZA 2005 S. 466; Hümmelich, a.a.O. (Fußnote 14), S. 1761.

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 Abs. 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 werden⁷⁰.

4. 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 Abs. 1 Nr. 10 und 11 BetrVG zu beachten.

III. Zusammenfassung

Die flexible Gestaltung eines zusätzlichen leistungsbezogenen Entgelts ermöglicht es dem Arbeitgeber, in wirtschaftlich schlechten Zeiten, flexibel zu reagieren und zu 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 u. U. 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

⁷⁰ BAG vom 07.10.1982 – 2 AZR 455/80, DB 1983 S. 1368.

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 Arbeitnehmer kommen.

Die Personalsachbearbeiter in den Abteilungen für „*Human Resources*“ der Unternehmen, die 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 werden⁷¹. Die 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 Streitfalle 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, d.h. die Klauseln müssen einen Änderungsgrund in der Klausel selbst enthalten, die den Änderungsgrund bzw. den Zweck des Änderungsvorhalts, so klar und transparent wie möglich, umreißt. Weiter dürfen sie nicht im Vertragstext versteckt werden, da sie sonst schon als formale Überraschungsklausel scheitern⁷². Freilich wird man diese Anforderungen in einem moderaten und interessengerechten Rahmen beider Parteien halten müssen, da sonst die Bereitschaft der Arbeitgeber zur Gewährung über- und außertariflicher Leistungen empfindlich beschränkt wird, wenn sie nur die Alternative hätten, solche Leistungen entweder gar nicht oder auf Dauer zu versprechen. Den Arbeitnehmern wäre damit schlecht gedient, sollen die AGB-Vorschriften doch gerade ihre Interessen und Rechte schützen.

Rechtsanwalt Andreas Dolny, Oberhausen

⁷¹ So auch Hümmerich, a.a.O. (Fußnote 14), S. 1761.

⁷² Preis, Lindemann, a.a.O. (Fußnote 12), S. 638.