

### 3. Klauselverbote mit Wertungsmöglichkeit gemäß § 308 BGB

- 72 Im Rahmen einer Inhaltskontrolle von AGB in Arbeitsverträgen sind besonders folgende Klauselverbote mit Wertungsmöglichkeit nach § 308 BGB praktisch relevant:

#### a) Rücktrittsvorbehalt

- 73 Teilweise behält sich der Arbeitgeber die endgültige Entscheidung über die Einstellung sowie die Einstufung in eine Besoldungs-/Vergütungsgruppe bis zu einer abschließenden Prüfung der angegebenen Qualifikationen und/oder der sonstigen vorgelegten Nachweise vor. So wird das Angebot zum Abschluss eines Arbeitsvertrages, zB von der Zustimmung des Personal-/Betriebsrates, der Feststellung der gesundheitlichen Eignung oder auch von der Vorlage eines polizeilichen Führungszeugnisses abhängig gemacht. Solche Vorverträge sind ebenfalls an den §§ 305–310 BGB zu messen<sup>1</sup>. Vorverträge über die Einstellung des Arbeitnehmers unter dem Vorbehalt der Prüfung seiner Nachweise und Qualifikationen stellen einen **Rücktrittsvorbehalt** zu Gunsten des Arbeitgebers iSd. § 308 Nr. 3 BGB dar.
- 74 Für die Frage, ob ein solche Klausel wirksam ist, kommt es entscheidend darauf an, ob der sachliche Grund für die Lösung vom Vertrag mit hinreichender Deutlichkeit angegeben ist. Dies ist dann der Fall, wenn der Arbeitgeber im Vertrag die sachlichen Gründe für den Rücktritt ausdrücklich aufzählt und deren Bedeutung für den Arbeitgeber aufzeigt. Liegen diese Voraussetzungen vor, ist ein Rücktrittsvorbehalt und dessen Ausübung zulässig<sup>2</sup>.

#### b) Änderungsvorbehalt

- 75 § 308 Nr. 4 BGB sieht vor, dass die Vereinbarung eines Rechts des Verwenders unwirksam ist, die versprochene Leistung zu ändern oder von ihr abzuweichen, wenn nicht die Vereinbarung der Änderung oder Abweichung unter Berücksichtigung der Interessen des Verwenders für den anderen Vertragsteil zumutbar ist.

Von der Rechtsprechung überprüfbar sind seit dem Inkrafttreten der Schuldrechtsreform daher Vertragsklauseln, die es dem Arbeitgeber ermöglichen, von seinen Leistungsversprechen abzuweichen, zB durch die Reduzierung oder Streichung von Lohnbestandteilen.

#### aa) Widerrufsvorbehalt

- 76 Ein Widerrufsvorbehalt ist gegeben, wenn ein Anspruch zwar entstanden ist, aber durch einen Widerruf wieder zum Erlöschen gebracht werden soll<sup>3</sup>. Der Arbeitgeber wird dadurch in die Lage versetzt, Leistungen für die Zukunft wieder einzustellen<sup>4</sup>.

Bereits **vor der Schuldrechtsreform** hat das BAG Widerrufsklauseln anhand von §§ 134, 138 BGB überprüft<sup>5</sup>. Die Verletzung eines gesetzlichen Verbotes nach

1 Vgl. BAG v. 27. 7. 2005 – 7 AZR 488/04, DB 2005, 2823.

2 Vgl. BAG v. 27. 7. 2005 – 7 AZR 488/04, DB 2005, 2823.

3 Die Zustimmung eines nicht am Vertragsschluss beteiligten Dritten kann als aufschiebende Bedingung vereinbart werden. Sie ist nicht einem Widerrufsvorbehalt gleichzusetzen, vgl. LAG Köln v. 3. 4. 2006 – 2 Sa 1466/05, ZTR 2007, 96.

4 Vgl. *Wisskirchen/Bissels*, S. 188; *Natzel*, FA 2006, 366.

5 Vgl. BAG v. 7. 10. 1982 – 2 AZR 455/80, DB 1983, 1368.

§ 134 BGB bejahte die Rechtsprechung<sup>1</sup>, wenn der Arbeitgeber einseitig durch die Ausübung des Widerrufs oder eine Änderung der Leistung kündigungsschutzrechtliche Vorschriften umging. Eine solche Umgehung war dann anzunehmen, wenn die Weiterbeschäftigung zu den geänderten Arbeitsbedingungen nur durch eine Änderungskündigung mit einer entsprechenden sozialen Rechtfertigung nach § 2 KSchG möglich gewesen wäre<sup>2</sup>. Bejaht wurde eine Umgehung von Kündigungsschutzvorschriften, wenn das Gleichgewicht zwischen Leistung und Gegenleistung erheblich gestört werden würde<sup>3</sup>. Eine derartige Störung ist nach Entscheidungen des BAG abzulehnen, wenn Provisionen widerrufen werden, die 15% des Tarifgehaltes<sup>4</sup> bzw. des Gesamtverdienstes<sup>5</sup> ausmachen. Gleiches kann bei dem Widerruf einer übertariflichen Zulage in Höhe von bis zu 31% des Tariflohns gelten<sup>6</sup>. Die Ausübung des Widerrufs musste jedoch gemäß § 315 BGB nach billigem Ermessen erfolgen.

Im Grundsatz sieht das BAG Widerrufsklauseln auch **nach dem Inkrafttreten der Schuldrechtsreform** als zulässig an. Der Widerruf darf nicht willkürlich erfolgen. Er ist vielmehr „wegen der unsicheren Entwicklung der Verhältnisse als Anpassungsinstrument notwendig“<sup>7</sup>. Besteht ein sachlicher Grund für den Widerruf, ist dieser zulässig<sup>8</sup>. Das BAG verlangt allerdings, dass die Vertragsklausel transparent und ausdrücklich zumindest in die Richtung weisen muss, aus der der Widerruf letztlich erfolgen kann (zB wirtschaftliche Gründe, Leistung oder Verhalten des Arbeitnehmers)<sup>9</sup>. Die schlichte Formulierung, dass der Widerruf „aus sachlichem Grund“ erfolgen kann, reicht daher nicht aus<sup>10</sup>. 77

Darüber hinaus darf der widerrufliche Teil nicht in den geschützten Kernbereich des Arbeitsverhältnisses eingreifen; nach dem BAG ist ein Widerruf zulässig, wenn der widerrufliche Teil nicht mehr als 25% der Gesamtvergütung beträgt und zudem der Tariflohn nicht unterschritten wird<sup>11</sup>. Sind Zahlungen des Arbeitgebers

1 Vgl. nur BAG v. 31. 1. 1985 – 2 AZR 393/83, nv.; LAG Köln v. 30. 5. 1983 – 5 Sa 279/83.

2 Vgl. BAG v. 7. 10. 1982 – 2 AZR 455/80, AP Nr. 5 zu § 620 BGB – Teilkündigung; BAG v. 13. 5. 1987 – 5 AZR 125/86, AP Nr. 4 zu § 305 BGB – Billigkeitskontrolle; BAG v. 28. 5. 1997 – 5 AZR 125/96, AP Nr. 36 zu § 611 BGB – Arzt-Krankenhaus-Vertrag; BAG v. 21. 4. 1993 – 7 AZR 297/92, AP Nr. 34 zu § 2 KSchG 1969; BAG v. 15. 11. 1995 – 2 AZR 521/95, NZA 1996, 603, 606.

3 Vgl. BAG v. 15. 11. 1995 – 2 AZR 521/95, NZA 1996, 605; dazu: *Schmiiedl*, NZA 2006, 1195.

4 Vgl. BAG v. 15. 11. 1995 – 2 AZR 521/95, NZA 1996, 606.

5 Vgl. BAG v. 7. 10. 1982 – 2 AZR 455/80, AP Nr. 5 zu § 620 BGB – Teilkündigung; BAG v. 21. 4. 1993 – 7 AZR 297/92, AP Nr. 34 zu § 2 KSchG 1969: Die widerrufene Provisionszusage betrug hier 15% der Gesamtvergütung.

6 Vgl. BAG v. 13. 5. 1987 – 5 AZR 125/86, AP Nr. 4 zu § 305 BGB – Billigkeitskontrolle.

7 Vgl. BAG v. 12. 1. 2005 – 5 AZR 364/04, NZA 2005, 465.

8 Vgl. BAG v. 19. 12. 2006 – 9 AZR 294/06, NZA 2007, 809: zur Widerrufsmöglichkeit der Privatnutzung eines Dienstwagens nach einer arbeitgeberseitigen Kündigung; LAG Köln v. 16. 10. 2006 – 14 Sa 9/06, NZA-RR 2007, 120; *Bayreuther*, ZIP 2007, 2009, wonach ein Sachgrund weder triftig noch wichtig sein muss. Für den Fall, dass als Widerrufsgrund eine „negative wirtschaftliche Entwicklung“ festgelegt wird, ist eine weitere Konkretisierung nicht erforderlich.

9 Vgl. BAG v. 12. 1. 2005 – 5 AZR 364/04, NZA 2005, 465; *Reiserer*, NZA 2007, 1249.

10 So auch *Hunold*, NZA-RR 2006, 120.

11 Vgl. BAG v. 11. 10. 2006 – 5 AZR 363/05, BAGE 117, 155; LAG München v. 22. 8. 2007 – 11 Sa 1168/06, AuA 2007, 751; zuvor schon BAG v. 12. 1. 2005 – 5 AZR 364/04, NZA 2005, 465; welches mit dieser Entscheidung nochmals klarstellt, dass sich ein Widerrufsvorbehalt ohne Weiteres auf synallagmatische Vergütungsbestandteile beziehen kann; für noch weitergehende Spielräume: *Bayreuther*, ZIP 2007, 2009; *Reinecke*, BB 2008, 554, der sich für die Möglichkeit eines Widerrufs von mehr als 25% des Arbeits-

widerrüflich, die nicht eine unmittelbare Gegenleistung für die Arbeitsleistung darstellen, sondern Ersatz für Aufwendungen, die an sich der Arbeitnehmer selbst tragen muss, erhöht sich der widerrüfliche Teil der Arbeitsvergütung auf bis zu 30% des Gesamtverdienstes<sup>1</sup>. Genügen Widerrufsvorbehalte den dargestellten Grenzen nicht, liegt ein Verstoß gegen das spezielle Klauselverbot des § 308 Nr. 4 BGB und das Transparenzgebot vor<sup>2</sup>.

- 78 Für „**Altverträge**“, die vor dem 1. 1. 2002 geschlossen wurden, kommt zudem eine ergänzende Vertragsauslegung in Betracht, wenn die Widerrufsklausel allein aufgrund der geänderten Rechtslage unwirksam ist. Eine Bindung des Arbeitgebers an die vereinbarte Leistung ohne Widerrufsmöglichkeit würde unverhältnismäßig in die Privatautonomie eingreifen. Mit einer solchen Rechtsfolge konnte, musste und durfte zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses niemand rechnen<sup>3</sup>. Sie würde keine angemessene, den typischen Interessen der Vertragspartner Rechnung tragende Lösung bieten. Es gelten dann die Widerrufsgründe, die die Vertragsparteien zugrunde gelegt hätten, wenn ihnen die gesetzlich angeordnete Unwirksamkeit der Widerrufsklausel bekannt gewesen wäre<sup>4</sup>.
- 79 ☞ **Hinweis:** Der Widerrufsvorbehalt muss nunmehr den strengen formellen Anforderungen des BAG genügen. Dh., die Klausel muss eindeutig und klar formuliert sein. Die Widerrufsgründe sind aufzuzählen. Klauseln, die häufig in der Vergangenheit benutzt wurden, wie zB die „freie“, „unbeschränkte“ oder „jederzeitige“ Widerrufbarkeit einer Leistung, sind nicht mehr bestimmt genug und somit auch nicht mehr zu verwenden<sup>5</sup>. Allenfalls über eine ergänzende Vertragsauslegung ist in diesen Fällen eine Rettung für solche Regelungen in „Altverträgen“ möglich.

### bb) Versetzungsklausel

- 80 Die Versetzungsklausel gibt dem Arbeitgeber das Recht, den Arbeitnehmer auf eine andere Position oder an einen anderen Ort zu versetzen<sup>6</sup>. Nach allgemeiner Auffassung in Rechtsprechung und Literatur kann sich bei fehlender ausdrücklicher Bestimmung eine **Festlegung des Arbeitsortes** auch aus der Auslegung des Arbeitsvertrages ergeben<sup>7</sup>. Hinsichtlich der Versetzung an einen anderen Ort sah das BAG eine Versetzungsklausel als wirksam an, nach der der Arbeitgeber den Arbeitnehmer jederzeit an einen anderen Arbeitsort innerhalb Deutschlands versetzen kann<sup>8</sup>. Eine solche Klausel verstößt nach Ansicht des Gerichts nicht gegen die AGB-Regelungen. In einem anderen Urteil billigte das BAG auch die Versetzung

---

verdienstes ausspricht, wenn es sich um sog. herausgehobene „Spitzenkräfte“ handelt, die des Schutzes durch die Rechtsordnung nicht bedürfen.

- 1 Vgl. BAG v. 11. 10. 2006 – 5 AZR 363/05, BAGE 117, 155; AuA 2007, 180; *Hunold*, AuA 2008, 283; dagegen unterliegt der in einer Betriebsvereinbarung geregelte Widerrufsvorbehalt keiner AGB-Kontrolle nach §§ 305 ff. BGB, so dass hier die Rechtsprechung zur Anwendung des § 308 Nr. 4 BGB bei Widerrufsvorbehalten nicht einschlägig ist, vgl. BAG v. 1. 2. 2006 – 5 AZR 187/05, NZA 2006, 563; *Junker*, NZA 2006, 147.
- 2 *Bieder*, NZA 2007, 1135.
- 3 Vgl. BAG v. 12. 1. 2005 – 5 AZR 364/04, NZA 2005, 465.
- 4 Vgl. BAG v. 12. 1. 2005 – 5 AZR 364/04, NZA 2005, 465; *Hümmerich*, BB 2007, 1498.
- 5 Formulierungsvorschlag bei *Wisskirchen/Bissels*, S. 193 f.
- 6 Dazu ausführlich *Wisskirchen/Bissels*, S. 163 ff.; siehe auch: *Bonanni/Niklas*, ArbRB 2008, 347 ff.; *Preis/Genenger*, NZA 2008, 969 ff.; *Küpper*, ZBVR online 2008, 26 ff.
- 7 Vgl. LAG Hessen v. 14. 6. 2007 – 11 Sa 296/06, BeckRS 2007, 45461; LAG Rh.-Pf. v. 18. 1. 2007 – 6 Sa 702/06, BeckRS 2007, 45567; *Fliss*, NZA-RR 2008, 225.
- 8 Vgl. BAG v. 13. 3. 2007 – 9 AZR 433/06, AuA 2008, 120f.

zwischen Dienstorten zweier Amtsgerichtsbezirke<sup>1</sup>. Das BAG<sup>2</sup> wies auch darauf hin, dass die Gründe für die Änderung des Arbeitsortes im Versetzungsvorbehalt nicht aufgeführt werden müssen. Es ließ jedoch offen, ob es bei schwerwiegenden Versetzungen möglicherweise zu einem anderen Ergebnis gelangen könnte<sup>3</sup>.

Im Gegensatz zum allgemeinen Direktionsrecht des Arbeitgebers verleiht ihm die Versetzungsklausel die Befugnis, dem Arbeitnehmer auch **anderweitige** Tätigkeiten zuzuweisen, als durch den Arbeitsvertrag vereinbart wurde<sup>4</sup>. Das BAG misst solche Klauseln an § 307 BGB<sup>5</sup>. Ausgeschlossen ist dagegen die Anwendbarkeit von § 308 Nr. 4 BGB auf die Ausübung des arbeitgeberseitigen Direktionsrechts, durch das der Arbeitgeber die vom Arbeitnehmer zu erbringende Arbeitsleistung hinsichtlich des Ortes, der Zeit und der zu verrichtenden Tätigkeit konkretisieren kann<sup>6</sup>, da die Vorschrift nur bei einseitigen Leistungsbestimmungsrechten bzgl. der Leistung des Verwenders, also in der Regel des Arbeitgebers, anwendbar ist<sup>7</sup>. Dies hat das BAG ausdrücklich bestätigt<sup>8</sup>. Die Rechtsprechung<sup>9</sup> hat in diesem Zusammenhang eine Versetzungsklausel als zulässig angesehen, nach der sich der Arbeitgeber „unter Wahrung der Interessen des Redakteurs“ die Zuweisung eines anderen Arbeitsgebietes vorbehält; dies berechtigt den Arbeitgeber nach dieser Entscheidung auch zur Übertragung eines anderen Ressorts. Diese kann den Wechsel von einer Haupt- zu einer Lokalredaktion umfassen. Dabei muss der Arbeitgeber aber einen angemessenen Ausgleich der beiderseitigen Interessen vornehmen. Das BAG<sup>10</sup> geht davon aus, dass die Nennung der konkreten Versetzungsgründe im Arbeitsvertrag nicht erforderlich ist. Ein Verstoß gegen das Transparenzgebot nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB liegt nicht vor. Das Gericht begründet seine Auffassung mit Hinweis auf § 106 Satz 1 GewO, der zum Ausdruck bringt, dass in Arbeitsverträgen regelmäßig nur eine rahmenmäßig umschriebene Leistungspflicht festgelegt werden kann. Das ist eine Besonderheit des Arbeitsrechts, die nach § 310 Abs. 4 Satz 2 BGB zu berücksichtigen ist<sup>11</sup>.

➤ **Hinweis:** Im Rahmen der Transparenzkontrolle gilt auch hier, dass der Arbeitgeber Inhalt und Grenzen seiner Versetzungsbefugnis möglichst präzise definieren sollte. Zu beachten ist, dass eine Versetzungsklausel auch deswegen unwirksam sein kann, weil sich das Vertragswerk in drucktechnischer Ausgestaltung nicht zwischen wesentlichen und unwesentlichen Klauseln unterscheidet. Dies ist insbesondere bei umfangreichen und unübersichtlichen Ver-

1 Vgl. BAG v. 24. 5. 2006 – 7 AZR 640/05, nv.

2 Vgl. BAG v. 13. 3. 2007 – 9 AZR 433/06, AuA 2008, 120f.

3 S. den Formulierungsvorschlag bei *Wisskirchen/Bissels*, S. 174.

4 Formulierungsvorschlag bei *Wisskirchen/Bissels*, S. 174.

5 So nunmehr ausdrücklich: BAG v. 11. 4. 2006 – 9 AZR 557/05, DB 2007, 289; *Schnitker/Grau*, BB 2002, 2124; *Hunold*, NZA 2007, 19; *Grobys/v. Steinau-Steinrück*, NJW-Spezial 2006, 514.

6 Vgl. *Annufß*, BB 2002, 462.

7 Vgl. BAG v. 11. 4. 2006 – 9 AZR 557/05, DB 2007, 289; *Schnitker/Grau*, BB 2002, 2124; *Hunold*, NZA 2007, 19; *Grobys/v. Steinau-Steinrück*, NJW-Spezial 2006, 514.

8 Vgl. BAG v. 11. 4. 2006 – 9 AZR 557/05, DB 2007, 289; *Schnitker/Grau*, BB 2002, 2124; *Hunold*, NZA 2007, 19; *Grobys/v. Steinau-Steinrück*, NJW-Spezial 2006, 514.

9 Vgl. BAG v. 11. 4. 2006 – 9 AZR 557/05, DB 2007, 289; *Hunold*, NZA 2007, 19; *Grobys/v. Steinau-Steinrück*, NJW-Spezial 2006, 514.

10 Vgl. BAG v. 11. 4. 2006 – 9 AZR 557/05, DB 2007, 289; *Hunold*, NZA 2007, 19; *Grobys/v. Steinau-Steinrück*, NJW-Spezial 2006, 514; erneut bestätigt durch BAG v. 13. 6. 2007 – 5 AZR 564/06, NZA 2007, 974.

11 Vgl. BAG v. 11. 4. 2006 – 9 AZR 557/05, DB 2007, 289; *Hunold*, NZA 2007, 19; *Grobys/v. Steinau-Steinrück*, NJW-Spezial 2006, 514.

tragstexten der Fall, die keine Überschriften enthalten<sup>1</sup>. Zudem ist der Überraschungseffekt um so größer, je belastender die Bestimmung ist. Im Einzelfall muss der Verwender dann darauf durch besondere drucktechnische Hervorhebung hinweisen<sup>2</sup>.

- 82 In diesem Zusammenhang ist aber einschränkend zu beachten, dass eine Versetzungsklausel hinsichtlich der Art der zu erbringenden Tätigkeit einen Vorbehalt enthält, der es dem Arbeitgeber ermöglicht, die Erbringung anderweitiger Tätigkeiten durch den Arbeitnehmer anzuordnen. Damit korrespondiert, dass der Arbeitgeber durch eine solche Anordnung in das Verhältnis zwischen Leistung (Arbeit) und Gegenleistung (Vergütung) eingreifen und dieses ändern kann.

Folgende Konstellationen der Versetzung sind vorstellbar: Die Zuweisung einer **höherwertigen Tätigkeit** ist regelmäßig unproblematisch, da dies für den Arbeitnehmer eine Beförderung darstellt<sup>3</sup>.

- 83 Die Zuweisung einer **geringwertigeren Tätigkeit** gibt es in den Alternativen mit und ohne Entgeltminderung. Das BAG sah eine vorformulierte Klausel, nach der ein Arbeitgeber **bei gleicher Vergütung** eine andere als die vertraglich vereinbarte Tätigkeit einem Arbeitnehmer, „falls erforderlich“ und nach „Abstimmung der beiderseitigen Interessen“ einseitig zuweisen kann, jedenfalls dann als unangemessene Benachteiligung iSv. § 307 BGB an, wenn nicht gewährleistet ist, dass die Zuweisung eine mindestens gleichwertige Tätigkeit zum Gegenstand hat<sup>4</sup>. Hierin kann nach Ansicht des Gerichts durch die Möglichkeit der willkürlichen, einseitigen Änderung der vertraglich vereinbarten Tätigkeit ein schwerwiegender Eingriff in den Inhaltsschutz gesehen werden<sup>5</sup>. Die Versetzungsklausel sollte sich ausdrücklich demgemäß nur auf „gleichwertige“ Tätigkeiten beziehen<sup>6</sup>.
- 84 Daher wird die noch verbleibende Alternative, dass mit der Versetzung eine **Entgeltminderung** bei gleichwertiger Tätigkeit einhergeht, ebenfalls als unzulässig anzusehen sein. Nach einer Literaturansicht ist eine Klausel, durch die der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer eine geringwertigere Tätigkeit mit einer verminderten Vergütung zuweisen kann, wegen des damit verbundenen Eingriffs in den Kernbereich der Entgeltzahlungspflicht nur unter den Voraussetzungen, die das BAG für Änderungs- und Widerrufsvorbehalte aufgestellt hat, zulässig<sup>7</sup>.

### cc) Anrechnungsklauseln

- 85 Oftmals wird in Arbeitsverträgen eine **Anrechnungsklausel** vereinbart. Durch diese kann der Arbeitgeber erreichen, dass eine Tariflohnerhöhung mit einer übertarif-

1 Vgl. LAG Brandenburg v. 26. 10. 2005 – 7 Sa 123/05, nv.

2 Jeweils zur Rechtslage vor dem Inkrafttreten der Schuldrechtsreform: vgl. BAG v. 29. 11. 1995 – 5 AZR 747/94, NZA 1996, 702; v. 6. 8. 2003 – 7 AZR 9/03, NZA 2004, 96.

3 Vgl. *Däubler/Dorndorf*, § 307 BGB Rz. 191.

4 Vgl. BAG v. 9. 5. 2006 – 9 AZR 424/05, NZA 2007, 145; *Bissels*, jurisPR-ArBR 30/2008 Anm. 3; *Hunold*, AuA 2007, 32; so jetzt auch LAG Köln v. 9. 1. 2007 – 9 Sa 1099/06, NZA-RR 2007, 343; *Küpper*, ZBVR online 2008, 26.

5 Vgl. BAG v. 9. 5. 2006 – 9 AZR 424/05, NZA 2007, 145; *Oelkers/Vernunft*, NJW-Spezial 2008, 530.

6 Vgl. aber: LAG Rheinland-Pfalz v. 1. 9. 2008 – 5 Sa 261/08, nv.: durch den Zusatz „zumutbare Tätigkeit“ kommt eine Zuweisung geringwertiger Tätigkeiten bereits nicht in Betracht; in diese Richtung auch: BAG v. 3. 12. 2008 – 5 AZR 62/08, nv.

7 So *Preis/Lindemann*, NZA 2006, 637.

lichen Zulage verrechnet wird<sup>1</sup>. Der Arbeitnehmer erhält also *nicht* den Tariflohn plus Zulage in bisheriger Höhe. Die Rechtsprechung hat in der Vergangenheit allein aus der Vertragsbezeichnung einer Zulage als „übertariflich“ großzügig eine Anrechnungsmöglichkeit des Arbeitgebers hergeleitet, obwohl die Klausel eine solche Befugnis nicht ausdrücklich nannte.

Im Hinblick auf die Wirksamkeit derartiger Regelungen nach dem Inkrafttreten der Schuldrechtsreform hat das BAG entschieden, dass Anrechnungs- nach anderen Maßstäben zu beurteilen sind als Widerrufsvorbehalte<sup>2</sup>. Denn anders als bei der Widerrufsklausel, die eine Kürzung des Gesamtbruttoverdienstes zur Folge hat, bleibt bei der „schlichten“ Anrechnung der Verdienst des Arbeitnehmers nominal unverändert. Das BAG führte dazu aus, dass es bei dem Anrechnungsvorbehalt keinerlei näher bestimmter Anrechnungsgründe bedarf. Einschränkend erwähnt werden muss aber, dass es sich um eine freiwillig über- bzw. außertariflich gezahlte Zulage des Arbeitgebers handelte.

So hält die im Arbeitsvertrag durch eine separat ausgewiesene „freiwillige, jederzeit widerrufliche und anrechenbare betriebliche **Ausgleichszulage**“ begründete Anrechnungsbefugnis des Arbeitgebers einer Inhaltskontrolle nach § 307 BGB stand<sup>3</sup>. In dem vom BAG<sup>4</sup> entschiedenen Fall ging es darum, dass der Arbeitgeber die Erhöhung der Tarifentgelte voll auf die übertariflich gezahlte Zulage anrechnete. Der vereinbarte Anrechnungsvorbehalt benachteiligt den Arbeitnehmer nicht unangemessen nach § 307 Abs. 1 BGB. Es verschiebt durch die Anrechnung lediglich das Verhältnis des tariflichen zu den übertariflichen Entgeltbestandteilen. Für einen durchschnittlichen Arbeitnehmer ist der Vorbehalt, die Zulage werde nicht ohne Kürzungsmöglichkeit gewährt, hinreichend klar und transparent. Solche Anrechnungsvorbehalte sind in arbeitsvertraglichen Vergütungsabreden seit Jahrzehnten üblich. Sie stellen eine Besonderheit des Arbeitsrechts dar, die gem. § 310 Abs. 4 Satz 2 BGB angemessen zu berücksichtigen ist<sup>5</sup>.

In dem oben genannten Verfahren<sup>6</sup> stand lediglich die Wirksamkeit der von Seiten des Arbeitgebers vorgenommenen Anrechnung der Tarifierhöhung auf das Arbeitnehmerentgelt in Streit. Die Wirksamkeit der Klausel im Übrigen, insbesondere die sich aus der kumulativen Erwähnung „freiwillig“ und widerruflich“ ergebende Unklarheit sowie Widersprüchlichkeit<sup>7</sup>, wurde dagegen nicht erörtert.

➤ **Hinweis:** Das Transparenzgebot gebietet, dass die Anrechnungsklausel bereits in der Überschrift als solche erkennbar ist. Zudem sollte als Anrechnungsgrund die Tarifloohnerhöhung angegeben sein. Aus der Klausel sollte sich auch die Höhe der anrechenbaren Leistung ergeben.

1 Ebenso kann eine Anrechnung einer tariflichen Einmalzahlung auf die übertarifliche Vergütung vereinbart werden. Das gilt auch dann, wenn die tarifliche Einmalzahlung den Tariflohn rückwirkend erhöht, vgl. BAG v. 1. 3. 2006 – 5 AZR 540/05, NZA 2006, 746; BAG v. 27. 8. 2008 – 5 AZR 820/07, DB 2008, 2766 ff.

2 Vgl. BAG v. 1. 3. 2006 – 5 AZR 363/05, NZA 2006, 746; Reiserer, NZA 2007, 1249.

3 Vgl. BAG v. 1. 3. 2006 – 5 AZR 363/05, NZA 2006, 746.

4 Vgl. BAG v. 1. 3. 2006 – 5 AZR 363/05, NZA 2006, 746.

5 Vgl. BAG v. 1. 3. 2006 – 5 AZR 363/05, NZA 2006, 746; Hümmerich, BB 2007, 1498.

6 Vgl. BAG v. 1. 3. 2006 – 5 AZR 363/05, NZA 2006, 746.

7 Vgl. BAG v. 1. 3. 2006 – 5 AZR 363/05, NZA 2006, 746.

**dd) Freiwilligkeitsvorbehalt**

- 88 Grundsätzlich ist der Freiwilligkeitsvorbehalt<sup>1</sup> in einem Arbeitsvertrag nach der Schuldrechtsreform zulässig<sup>2</sup>. Allerdings gilt einschränkend der Grundsatz, dass diese Klausel den Arbeitnehmer nicht unangemessen gem. § 307 BGB benachteiligen darf. Insbesondere ist das Transparenzgebot zu beachten, dass nach der Literatur erfordert, neben der Freiwilligkeit der Leistung auch gesondert darauf hinzuweisen, dass zukünftige Rechtsansprüche ausgeschlossen sind<sup>3</sup>. In diesem Zusammenhang bleibt abzuwarten, ob die Arbeitsgerichte dieses Merkmal zwingend verlangen. Sicherheitshalber sollte zumindest in Neuverträgen dieser Zusatz aufgenommen werden.
- 89 Bei der Gestaltung des Arbeitsvertrages muss der Arbeitgeber beachten, dass **Widerrufs- und Freiwilligkeitsvorbehalt** inhaltlich zu **trennen** sind. Während mit dem Widerruf eine zunächst bestehende rechtliche Verpflichtung im Nachhinein beseitigt wird, wird mit dem Freiwilligkeitsvorbehalt von vornherein die Entstehung einer rechtlichen Verpflichtung ausgeschlossen. Da beides sachlogisch nicht miteinander zu vereinbaren ist, ist die Klausel letztlich widersprüchlich, wenn beide Elemente in der Klausel verknüpft werden; dieses dürfte daher mit § 305c Abs. 2 BGB nicht zu vereinbaren sein. Die Instanzrechtsprechung ist zu dieser Frage uneinheitlich<sup>4</sup>.

1 Die Rspr. hat einen Freiwilligkeitsvorbehalt ausdrücklich nur für Gratifikationen und ähnliche Jahressonderleistungen anerkannt, vgl. BAG v. 12. 1. 2000 – 10 AZR 840/98, NZA 2000, 944; BAG v. 22. 10. 2002 – 10 AZR 48/02, NZA 2003, 557; BAG v. 21. 1. 2009 – 10 AZR 219/08, nv., vgl. auch *Lingemann/Gotham*, NZA 2008, 509. In einer jüngsten Entscheidung hat das BAG daher auch ausdrücklich einen Freiwilligkeitsvorbehalt hinsichtlich laufender Leistungszusagen (monatl. Zahlungen) als unwirksam qualifiziert, aber solche anerkannt, die sich auf erfolgsorientierte Jahressonderzahlungen beziehen, vgl. BAG v. 25. 4. 2007 – 5 AZR 627/06, NZA 2007, 853; *Lingemann/Gotham*, NZA 2008, 509. In einer weiteren Entscheidung hat das BAG festgestellt, dass es auf den Zweck der Leistung und insbesondere das Synallagma nicht ankommt. Freiwilligkeitsvorbehalte bei Sonderleistungen sind auch dann statthaft, wenn sie der zusätzlichen Vergütung der während des Bezugszeitraums geleisteten Arbeit dienen, nur dann nicht, wenn sie „laufendes Entgelt“ betreffen. Dabei geht das BAG davon aus, dass es sich immer dann um Sonderzahlungen und nicht um laufendes Entgelt handelt, wenn Zahlungen aus einem bestimmten Anlass gewährt werden. Auch leistungsabhängige Boni und Tantiemen sind demnach Sonderzahlungen, da der Arbeitnehmer nicht mit der gleichen Gewissheit mit ihnen rechnen kann, sondern diese von individuellen Leistungen oder Unternehmenserfolgen abhängig gemacht werden, vgl. BAG v. 30. 7. 2008 – 10 AZR 606/07, NJW-Spezial 2008, 62, *Lingemann/Gotham*, DB 2008, 2307. Im Ergebnis ist danach dem BAG folgend ein Vorbehalt immer dann unwirksam, wenn er sich auf eine monatlich zu leistende, regelmäßige Zahlung oder sonstige monatlich oder auch durchgehend vom Arbeitgeber gewährte Leistungen bezieht. Bei jährlicher oder anderweitiger nicht-monatlicher Zahlungsweise hingegen handelt es sich idR um Sonderleistungen, die unter Vorbehalt gestellt werden können. Etwas anderes gilt nur dann, wenn missbräuchlich laufendes Entgelt als Sonderzahlung ausgegeben wird. In der Literatur wird bereits die Möglichkeit, Vergütungsbestandteile, die im Gegenseitigkeitsverhältnis zur Arbeitsleistung stehen, zB Tantiemen, vgl. BAG v. 8. 9. 1998 – 6 AZR 273/97, EzA Nr. 2 zu § 611 BGB, unter einen Freiwilligkeitsvorbehalt zu stellen, abgelehnt, da dies einen unüberbrückbaren Wertungswiderspruch zum Grundsatz der Vertragstreue darstellen würde, vgl. Küttner/*Kania*, Kap. 461 Rz. 11; *Willemsen/Grau*, NZA 2005, 1141, Fn. 38 mwN.

2 Vgl. LAG Hamm v. 9. 6. 2005 – 8 Sa 2403/04, NZA-RR 2005, 624; *Hunold*, NZA-RR 2006, 118.

3 Vgl. *Zundel*, NJW 2006, 1240; *Willemsen/Grau*, NZA 2005, 1140; Küttner/*Kania*, Kap. 461 Rz. 11f.

4 Die Unwirksamkeit der Klausel aufgrund der Widersprüchlichkeit bejaht das LAG Hamm v. 27. 7. 2005 – 6 Sa 29/05, NZA-RR 2006, 125; LAG Brandenburg v. 13. 10. 2005