

Tübingen, 26.03.2010

Rechtsanwalt Priv.-Doz. Dr. Georg Annuß

Sind freiwillige Leistungen noch möglich?

Über das Elend der Vertragsgestaltung
in Zeiten der AGB-Kontrolle

BERLIN
BRATISLAVA
BUDAPEST
BUKAREST
DRESDEN
DÜSSELDORF
FRANKFURT / M.
KIEW
MOSKAU
MÜNCHEN
NEW YORK
PRAG
WARSCHAU

NOERR.COM

Noerr

Agenda

- Widerrufsvorbehalt
- Anrechnungsvorbehalt
- Freiwilligkeitsvorbehalt
- Befristung von Arbeitsbedingungen

Widerrufsvorbehalt (1)

- „Einseitige Leistungsbestimmungsrechte, die dem Verwender das Recht einräumen, die Hauptleistungspflichten einzuschränken, zu verändern, auszugestalten oder zu modifizieren, unterliegen einer Inhaltskontrolle. Sie weichen von dem allgemeinen Grundsatz pacta sunt servanda [...] ab. Der Vertrag und die sich aus ihm ergebenden Verpflichtungen sind für jede Seite bindend“ (BAG 11.10.2006 – 5 AZR 721/05).
- § 308 Nr. 4 BGB: In Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist insbesondere unwirksam „die Vereinbarung eines Rechts des Verwenders, 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“.
- „Die Vereinbarung des Widerrufsrechts ist gem. § 308 Nr. 4 BGB zumutbar, wenn der Widerruf nicht grundlos erfolgen soll, sondern wegen der unsicheren Entwicklung der Verhältnisse als Instrument der Anpassung notwendig ist“ (BAG 11.10.2006 – 5 AZR 721/05).

Widerrufsvorbehalt (2)

- „Auch im Arbeitsverhältnis muss [...] ein Grund für den Widerruf bestehen. Unabhängig davon, ob der Grund als sachlich, hinreichend, triftig oder schwerwiegend bezeichnet wird, muss jedenfalls die gebotene Interessenabwägung zu einer Zumutbarkeit der Klausel für den Arbeitnehmer führen. Das richtet sich in Anlehnung an § 307 BGB insbesondere nach der Art und Höhe der Leistung, die widerrufen werden soll, nach der Höhe des verbleibenden Verdienstes und der Stellung des Arbeitnehmers im Unternehmen“ (BAG 11.10.2006 – 5 AZR 721/05).
- Die Vereinbarung eines Widerrufsvorbehalts ist zulässig, „soweit der im Gegenseitigkeitsverhältnis stehende widerrufliche Teil des Gesamtverdienstes unter 25 % liegt und der Tariflohn nicht unterschritten wird. Sind darüber hinaus Zahlungen des Arbeitgebers widerruflich, die nicht eine unmittelbare Gegenleistung für die Arbeitsleistung darstellen, sondern Ersatz für Aufwendungen, die an sich der Arbeitnehmer selbst tragen muss, erhöht sich der widerrufliche Teil der Arbeitsvergütung auf bis zu 30 % der Gesamtvergütung“ (BAG 11.10.2006 – 5 AZR 721/05).

Widerrufsvorbehalt (3)

- Anforderungen an die Vertragsgestaltung nach BAG (11.10.2006 – 5 AZR 721/05):
 - Die Vertragsbestimmung muss die Angemessenheit und Zumutbarkeit erkennen lassen. Der Maßstab von § 307 Abs. 1, 2, § 308 Nr. 4 BGB muss im Text der Klausel zum Ausdruck kommen. Aus der Regelung selbst muss sich ergeben, dass der Widerruf nicht ohne Grund erfolgen darf.
 - Die widerrufliche Leistung muss nach Art und Höhe eindeutig sein, damit der Arbeitnehmer erkennen kann, was ggf. „auf ihn zukommt“.
 - „Bei den Voraussetzungen der Änderung, also den Widerrufsgründen, lässt sich zumindest die Richtung angeben, aus der der Widerruf möglich sein soll (wirtschaftliche Gründe, Leistung oder Verhalten des Arbeitnehmers)“.
 - „Der Grad der Störung [...] muss konkretisiert werden, wenn der Verwender hierauf abstellen will und nicht schon allgemein auf die wirtschaftliche Entwicklung, die Leistung oder das Verhalten des Arbeitnehmers gestützte Gründe nach dem Umfang des Änderungsvorbehalts ausreichen und nach der Vertragsregelung auch ausreichen sollen“

Widerrufsvorbehalt (4)

- Weitere Fragen zur Vertragsgestaltung:
 - Muss Widerrufgrund die Qualität eines „dringenden betrieblichen Erfordernisses i.S.d. § 2 KSchG haben? (so etwa *Preis*, ArbV, II V 70 Rn. 20 ff., wenn sich „der Widerrufsvorbehalt unmittelbar auf synallagmatische Pflichten, auf bereits erdiente Rechte oder auf sonstige schutzwerte Vertrauenstatbestände [bezieht]“)
 - Ankündigungsfrist ist nach Ansicht des BAG nicht grundsätzlich erforderlich.
 - Zeitliche Begrenzung der Widerrufswirkung auf Zeitraum des Vorliegens der Widerrufsgründe erforderlich?
 - Jeweils für sich genommen unbedenkliche Klauseln können einen Summierungseffekt haben und in ihrer Gesamtwirkung unangemessen sein.
 - Summierungseffekt nur bei inhaltlichem Zusammenhang? (Wie ist inhaltlicher Zusammenhang zu bestimmen?)

Anrechnungsvorbehalt (1)

- „Ob eine Tariflohnerhöhung individualrechtlich auf eine übertarifliche Vergütung angerechnet werden kann, hängt von der zugrunde liegenden Vergütungsabrede ab [...]. Die Anrechnung ist grundsätzlich möglich, sofern dem Arbeitnehmer nicht vertraglich ein selbständiger Entgeltbestandteil neben dem jeweiligen Tarifentgelt zugesagt worden ist“ (BAG 23.09.2009 – 5 AZR 973/08).
- „Allein in der tatsächlichen Zahlung liegt keine vertragliche Abrede, die Zulage solle auch nach einer Tariflohnerhöhung als selbständiger Lohnbestandteil neben dem jeweiligen Tariflohn gezahlt werden. Das gilt auch, wenn die Zulage über einen längeren Zeitraum vorbehaltlos gezahlt und nicht mit Tariflohnerhöhungen verrechnet worden ist“ (BAG 23.09.2009 – 5 AZR 973/08).
- „Der Anrechnungsvorbehalt ist [...] bereits mit der Vereinbarung einer übertariflichen Vergütung oder Zulage hinreichend klar ersichtlich. Erhöht sich die tarifliche Vergütung, entspricht die Zulässigkeit der Anrechnung regelmäßig dem Parteiwillen, weil sich die Gesamtvergütung nicht verringert. Dabei kommt es nicht darauf an, ob der übertarifliche Vergütungsbestandteil als freiwillig oder anrechenbar bezeichnet worden ist. Es reicht aus, dass das Gesamtentgelt übertariflich ist“ (BAG 23.09.2009 – 5 AZR 973/08).

Anrechnungsvorbehalt (2)

- Will der Arbeitgeber eine Anrechnung nicht nur bei Erhöhung des Tarifentgelts, sondern auch bei Arbeitszeitverkürzung mit Lohnausgleich vornehmen, muss er das unter dem Gesichtspunkt der Transparenz ausdrücklich in die Anrechnungsklausel aufnehmen (BAG 15.03.2000 – 5 AZR 557/98)
- Möglich ist auch die Anrechnung einer tariflichen Einmalzahlung, sofern es sich um einen Teil der Tarifierhöhung handelt (BAG 27.08.2008 – 5 AZR 820/07).
- Zulässig ist regelmäßig auch eine rückwirkende Anrechnung: „Die Möglichkeit der rückwirkenden Anrechnung hält ebenfalls der AGB-Kontrolle stand. Der stillschweigende Vorbehalt einer nachträglichen Tilgungsbestimmung ist nicht wegen Intransparenz unwirksam. Bei der Zahlung einer nicht zweckgebundenen Zulage zum Tariflohn ist erkennbar, dass der Arbeitgeber sich vorbehält, in erster Linie alle von ihm geschuldeten Tariflohnansprüche zu erfüllen, und zwar gerade auch dann, wenn diese rückwirkend gewährt werden müssen“ (BAG 27.08.2008 – 5 AZR 820/07).

Freiwilligkeitsvorbehalt – Der Ansatz des 5. Senats (1)

- BAG 25.04.2007 – 5 AZR 627/06 hatte folgende Vertragsklausel zum Gegenstand:

Herr W erhält zusätzlich zu seinem monatlichen Bruttoentgelt ab 01.04.2002 eine monatliche Leistungszulage von EUR 200. Deren Zahlung wird mit der monatlichen Gehaltszahlung fällig. Die Zahlung erfolgt als freiwillige Leistung ohne Anerkennung einer Rechtspflicht. Aus der Zahlung können für die Zukunft keinerlei Rechte hergeleitet werden.

Freiwilligkeitsvorbehalt – Der Ansatz des 5. Senats (2)

- BAG 25.04.2007 – 5 AZR 627/06:
 - „Der Ausschluss jeden Rechtsanspruchs bei der Zusage einer monatlich zusammen mit der Grundvergütung zahlbaren Leistungszulage weicht von Rechtsvorschriften ab und unterliegt deshalb [...] der Inhaltskontrolle“.
 - „Solche Klauseln weichen von dem allgemeinen Grundsatz ab, dass Verträge und die sich aus ihnen ergebenden Verpflichtungen für jede Seite bindend sind. Nach § 611 Abs. 1 BGB begründet das Arbeitsverhältnis als Dauerschuldverhältnis regelmäßige beiderseitige Hauptleistungspflichten“.
 - „Behält sich der Arbeitgeber vor, monatlich neu über die Vergütung zu entscheiden, weicht dies von dem in § 611 BGB gekennzeichneten Wesen eines Arbeitsvertrags ab. Dies gilt nicht nur für die Grundvergütung, sondern auch für zusätzliche regelmäßige Zahlungen, die [...] als unmittelbare Gegenleistung für die vom Arbeitnehmer zu erbringende Arbeitsleistung vereinbart werden“.
 - „Der Ausschluss jeden Rechtsanspruchs bei laufendem Arbeitsentgelt widerspricht dem Zweck des Arbeitsvertrags [...]. Der Umfang der unter einem ‚Freiwilligkeitsvorbehalt‘ zugesagten Leistungen ist [...] unerheblich“.

Freiwilligkeitsvorbehalt – Der Ansatz des 10. Senats (1)

- BAG 30.07.2008 – 10 AZR 606/07 hatte folgende Vertragsklausel zum Gegenstand:

Der Angestellte erhält Weihnachtsgratifikation in Höhe des Bruttogehaltes nach den betrieblichen Vereinbarungen. Ein Rechtsanspruch auf eine Weihnachtsgratifikation besteht nicht. Wird eine solche gewährt, stellt sie eine freiwillige, stets widerrufbare Leistung des Arbeitgebers dar.

Freiwilligkeitsvorbehalt – Der Ansatz des 10. Senats (2)

- BAG 30.07.2008 – 10 AZR 606/07:
 - „Wird bereits im Arbeitsvertrag oder später bei der Leistung der Sonderzahlung klar und verständlich darauf hingewiesen, dass aus der Leistung der Sonderzahlung Ansprüche nicht hergeleitet werden können, dann schließt ein solcher Freiwilligkeitsvorbehalt einen Anspruch auf die Sonderzahlung für die Zukunft aus“.
 - „Bei einem klar und verständlich formulierten Freiwilligkeitsvorbehalt, der jeden Rechtsanspruch des Arbeitnehmers auf Sonderzahlung ausschließt, fehlt es jedenfalls an einer versprochenen Leistung [...]. Deshalb verstößt ein Freiwilligkeitsvorbehalt, der einen Rechtsanspruch auf die Sonderzahlung ausschließt, auch nicht gegen den allgemeinen Grundsatz „pacta sunt servanda“ [...], weil es zu keiner verbindlichen Zusage gekommen ist“.
 - „Ein Anspruch entsteht nur auf die jeweils zugesagte Sonderzahlung. Mit der Zahlung erlischt dieser Anspruch. Es gibt kein über die Erbringung der einzelnen Leistung hinausgehendes ‚pactum‘. Deshalb muss der Arbeitgeber auch nicht bereits zu Beginn des Bezugszeitraums unter Berufung auf die Freiwilligkeitsklausel ankündigen, dass er keine Sonderzahlung leisten will“.

Freiwilligkeitsvorbehalt – Der Ansatz des 10. Senats (3)

- „Bei einer Zusage unter Widerrufsvorbehalt kann der Arbeitnehmer mit der Sonderzahlung rechnen und sie beanspruchen, solange der Arbeitgeber keinen Widerruf erklärt hat [...]. Dagegen darf bei einem klar und verständlich formulierten, einen Rechtsanspruch auf die Sonderzahlung ausschließenden Freiwilligkeitsvorbehalt der Arbeitnehmer von vornherein nicht mit Sonderzahlungen rechnen“.
- „Schließen die Arbeitsvertragsparteien einen Arbeitsvertrag, der keinen Anspruch auf eine Sonderzahlung vorsieht, ist ihre Abrede zu achten und der Arbeitnehmer nicht einem Arbeitnehmer gleichzustellen, der den Abschluss des Arbeitsvertrags von der Leistung einer Sonderzahlung abhängig gemacht hat oder dem der Arbeitgeber von sich aus ausdrücklich Sonderzahlungen versprochen hat“.

Freiwilligkeitsvorbehalt – Der Ansatz des 10. Senats (4)

- „Eine im Arbeitsvertrag vorformulierte Regelung, die dem Wortlaut nach eindeutig einen Anspruch des Arbeitnehmers auf die Sonderzahlung begründet, indem sie festlegt, dass der Arbeitnehmer Anspruch auf eine bestimmte Sonderleistung hat, oder bestimmt, dass der Arbeitnehmer eine bestimmte Sonderzahlung erhält, oder regelt, dass der Arbeitnehmer an einem Bonussystem teilnimmt, verpflichtet den Arbeitgeber zur Leistung dieser Sonderzahlung“.
- „In einem solchen Fall verspricht der Arbeitgeber eine Leistung iSv. § 308 Nr. 4 BGB. Deshalb ist es widersprüchlich, wenn der Arbeitgeber zugleich entgegen diesem Versprechen mit einer Freiwilligkeitsklausel einen Rechtsanspruch auf die versprochene Sonderzahlung ausschließt“.
- „Wenn Sonderleistungen des Arbeitgebers in einem Formulararbeitsvertrag in Voraussetzungen und Höhe präzise formuliert werden, ist es in aller Regel widersprüchlich, diese dennoch an einen Freiwilligkeitsvorbehalt zu binden. Dies gilt insbesondere für Zahlungen, die gezielt das Verhalten des Arbeitnehmers steuern und seine Leistung beeinflussen wollen. Solche widersprüchliche Klauseln in einem Formulararbeitsvertrag sind nicht klar und verständlich iSv. § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB“.

Freiwilligkeitsvorbehalt – Der Ansatz des 10. Senats (5)

- BAG 21.01.2009 – 10 AZR 219/08
 - „Der Arbeitgeber kann außer bei laufendem Arbeitsentgelt grundsätzlich einen Rechtsanspruch des Arbeitnehmers auf eine *in Aussicht gestellte* Sonderzahlung ausschließen und sich die Entscheidung vorbehalten, ob und in welcher Höhe er künftig Sonderzahlungen gewährt“.
 - Ein hinsichtlich Sonderzahlungen klar und verständlich formulierter Freiwilligkeitsvorbehalt im Arbeitsvertrag schließt das Entstehen einer betrieblichen Übung aus.
- BAG 18.03.2009 – 10 AZR 289/09
 - Freiwilligkeitsvorbehalte bei Sonderzahlungen weichen nicht von allgemein anerkannten Rechtsgrundsätzen ab, sondern entsprechen den allgemein anerkannten Regeln zur Verhinderung einer betrieblichen Übung.
 - „Die beträchtliche Höhe der Sonderzahlung spricht nicht dagegen, einen künftigen Anspruch wirksam ausschließen zu können. Eine Abgrenzung nach Prozentsätzen der Jahresgesamtvergütung lässt sich nicht rechtfertigen“.
 - Ein Vertrauen darauf, „die Leistungen auch in Zukunft zu erhalten, [sei] im Hinblick auf die klare Mitteilung der Beklagten, dass kein Anspruch entstehe, jedenfalls nicht schutzwürdig“.

Freiwilligkeitsvorbehalt – Der Ansatz des 10. Senats (6)

- BAG 20.01.2010 – 10 AZR 914/08
 - „Sämtliche Sonderzuwendungen sind freiwillige Zuwendungen, für die kein Rechtsanspruch besteht (z. B. Weihnachtsgratifikation und Urlaubsgeld richten sich nach den Bestimmungen des BAT)“.
 - Das BAG kam unter Berufung auf § 305c Abs. 2 BGB zu dem Ergebnis, dass der Freiwilligkeitsvorbehalt sich nicht auf die Weihnachtsgratifikation und das Urlaubsgeld bezieht.

Freiwilligkeitsvorbehalt – 6 Juristen, 5 Meinungen? (1)

- *Reinecke* (BB 2008, 554): Die Möglichkeit, zugesagte laufende Leistungen unter Ausnutzung eines Freiwilligkeitsvorbehalts einzustellen, beeinträchtigt die Interessen der AN grundlegend. Ein entsprechender Freiwilligkeitsvorbehalt ist daher unwirksam. Ob und inwieweit diese Grundsätze auf Sonderzahlungen wie Weihnachtsgratifikationen, Boni, Prämien usw. übertragen werden können, ist noch unklar.
- *Hromadka/Schmitt-Rolfes* (NJW 2007, 1777, 1780): „Es gehört zur Vertragsfreiheit des Arbeitgebers, zu entscheiden, ob er sich für die Zukunft binden will oder nicht. Bindet er sich nicht, so ‚bezahlt‘ er dafür mit einem Gefühl der Unsicherheit bei seinen Mitarbeitern. Er muss wissen, ob er sich das leisten kann. Die AGB-Kontrolle führt zu keinem anderen Ergebnis, denn Allgemeine Geschäftsbedingungen und damit überprüfbar sind nur Vertragsbedingungen, nicht aber Bedingungen, bezüglich derer der AG sich gerade nicht vertraglich binden will“.
- *Lembke* (NJW 2010, 257, 262): „Folglich sind Freiwilligkeitsvorbehalte in Bezug auf Arbeitsentgelt im engeren Sinne stets als unangemessene Benachteiligung [...] anzusehen. Bei Entgelt im weiteren Sinne sind Freiwilligkeitsvorbehalte hingegen grundsätzlich zulässig“.

Freiwilligkeitsvorbehalt – 6 Juristen, 5 Meinungen? (2)

- *Preis* (Der Arbeitsvertrag, II V 70 Rn. 70): „Bei vertraglich fixierten Leistungen, die nicht im Gegenseitigkeitsverhältnis stehen, also eine echte ‚Zugabe‘ ohne Gegenleistungserwartung beinhalten, wie echte Gratifikationen, Jubiläumsgelder, Personalrabatte oder Zuwendungen zu familiären oder persönlichen Anlässen, können Freiwilligkeitsvorbehalte zulässig sein. Sie müssen aber deutlich vom Zentrum des Synallagmas entfernt stehen („kleine Freuden)“.
- *Schramm* (NZA 2007, 1325, 1328): Vergütungsbestandteile, die im synallagmatischen Gegenseitigkeitsverhältnis stehen, können nicht wirksam unter einen Freiwilligkeitsvorbehalt gestellt werden. Letztlich kommt es darauf an, ob der Vergütungsbestandteil eine Gegenleistung für die Arbeitsleistung oder für andere Leistungen – z.B. die erwiesene Betriebstreue – darstellt.

Freiwilligkeitsvorbehalt – Der Ansatz von *Krause* (1)

- Zu unterscheiden ist zwischen Vertragsabschlusserklärungen, die unmittelbar auf das Zustandekommen des Vertrags gerichtet sind, und Vertragsabschlussklauseln, die das Zustandekommen eines Vertrags regeln (*Krause*, FS Bauer 2010, 577, 585 f.).
 - Bestehe der objektive Gehalt der Klausel lediglich darin, den Willen des Arbeitgebers zum Ausdruck zu bringen, sich gegenüber dem Arbeitnehmer rechtsgeschäftlich nicht binden zu wollen, so liege keine Vertragsbedingung als Gegenstand einer AGB-Kontrolle vor.
 - Auf der anderen Seite stünden Klauseln, deren objektiver Gehalt in dem Versuch liege, die allgemeinen Grundsätze der Rechtsgeschäftslehre zu modifizieren, um hierdurch das Zustandekommen einer vertraglichen Bindung zu verhindern. Mit dem Vorbehalt sollen mithin die rechtlichen Regeln selbst gesteuert werden, deren Anwendung über die Frage entscheidet, ob der Arbeitgeber gebunden ist oder nicht. In diesen Gestaltungen hat man es mit kontrollfähigen Bedingungen zu tun.

„Wie unschwer einzusehen ist, handelt es sich bei dieser Unterscheidung um eine maßgebliche Weichenstellung für die weitere rechtliche Würdigung des jeweiligen Freiwilligkeitsvorbehalts“.

Freiwilligkeitsvorbehalt – Der Ansatz von *Krause* (2)

- „Auf der **ersten Stufe** ist zu ermitteln, ob sich der Arbeitgeber überhaupt in den Bereich rechtsgeschäftlicher Bindung hineinbegeben hat und eine Leistung zugesagt oder gegebenenfalls nur in Aussicht gestellt hat. Dies ist in erster Linie anhand der Formulierungen zu ermitteln, die der Arbeitgeber zur Umschreibung von Leistung und Freiwilligkeit gewählt hat“ (FS Bauer, S. 587).

Dabei sei zu beachten: Die Bindungswirkung von Verträgen dürfe nicht ausschließlich willentheoretisch begründet werden:

- „Wenn sich der Arbeitgeber die Funktion von Verträgen zunutze macht, kann er sich nicht durch einen seinen Erklärungen angefügten Vorbehalt von der damit verbundenen Bindung dispensieren“.
- „Der Arbeitgeber macht sich die Funktion von Verträgen dann zunutze, wenn er seine auf die jeweiligen Entgeltbestandteile bezogenen Erklärungen derart abfasst, dass der Arbeitnehmer bei seinem Verhalten berechtigterweise darauf aufbauen kann und dies offenbar auch tun soll [...]. Sofern dies geschieht, ist der Widerspruch zwischen Leistungszusage einerseits und Freiwilligkeitsvorbehalt andererseits auf der Ebene der Auslegung der arbeitgeberseitigen Erklärung durch ein Zurücktreten des Vorbehalts aufzulösen“.

Freiwilligkeitsvorbehalt – Der Ansatz von *Krause* (3)

- „Liegt nach alledem eine grundsätzlich verbindliche Entgeltzusage des Arbeitgebers vor, ist auf einer **zweiten Ebene** zu klären, ob der Freiwilligkeitsvorbehalt die Kraft hat, das aus der Anwendung allgemeiner rechtsgeschäftlicher Grundsätze folgende Ergebnis zu verhindern“:
 - „Auf dieser zweiten Ebene ist gegen eine Heranziehung des Transparenzgebots nichts einzuwenden“.
 - „Wichtiger als dieser formale Aspekt ist indes die inhaltliche Unangemessenheit, die darin besteht, dass der Freiwilligkeitsvorbehalt die Quadratur des Kreises bewerkstelligen und eine vertragliche Zusage unter Missachtung des Grundsatzes „pacta sunt servanda“ ihres rechtlich bindenden Charakters entkleiden soll“.
 - Praktisch wichtige Schlussfolgerung: „Auf der zweiten Stufe sind solche Vorbehalte aus AGB-rechtlichen Gründen daher stets unwirksam, wobei es am meisten überzeugt, insoweit zusätzlich das für gegenseitige Verträge geltende Äquivalenzprinzip heranzuziehen, das ausgehöhlt wird, wenn sich der Verwender einseitig von seiner Leistungspflicht lösen, den Vertragspartner aber an dessen Gegenleistung festhalten will. Dies gilt unabhängig vom Charakter des Entgeltbestandteils, erfasst also auch jährliche Sonderzuwendungen“.

Freiwilligkeitsvorbehalt – Der Ansatz von *Krause* (4)

- „Die bisherigen Überlegungen haben dazu geführt, dass der Arbeitgeber durch in jeder Hinsicht unmissverständliche Erklärungen das Entstehen einer vertraglichen Bindung vermeiden kann und hieran vor allem nicht durch das AGB-Recht gehindert wird. Dies gilt entgegen der Rechtsprechung auch für laufende Entgelte, obgleich in diesen Fällen vielfach eine grundsätzlich verbindliche Zusage vorliegen wird, die durch einen Freiwilligkeitsvorbehalt nicht mehr torpediert werden kann“
- Aber auch bei „echten Freiwilligkeitsvorbehalten“ gebe es Grenzen:
 - „Als Anknüpfungspunkt für eine Begrenzung kann man den Gedanken heranziehen, dass es rechtsmissbräuchlich ist, vom Arbeitnehmer ständig umfassende Leistungsbereitschaft zu erwarten, die Gegenleistung aber nach Gutdünken jederzeit – und sei es auch nur für die Zukunft – reduzieren zu können“.
 - Der Kernbereich des Arbeitsvertrags ist daher in jedem Fall geschützt und kann nur durch Änderungskündigung angetastet werden. Weil die Leistung – anders als beim Widerrufsvorbehalt – gerichtlich unüberprüfbar eingestellt werden könne, sei die Grenze niedriger als beim Widerrufsvorbehalt anzusetzen. Sie sei „aus Gründen der Rechtssicherheit“ bei 12,5 % des Gesamtentgelts anzusetzen.

Freiwilligkeitsvorbehalt – Ein Lösungsversuch (1)

- **Ausgangspunkt 1:** beim frei ausgehandelten Arbeitsvertrag (beachte § 310 Abs. 3 BGB) ist ein Freiwilligkeitsvorbehalt grundsätzlich auch dann zu akzeptieren, wenn er sich auf im Vertrag „zugesagte“ künftige Leistungen gleich welcher Art bezieht.
- **Ausgangspunkt 2:** Nach § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB gilt die Inhaltskontrolle nach den §§ 307 bis 309 BGB „nur für Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden“.
- „Rechtsvorschriften im Sinne des § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB sind nicht nur die Gesetzesbestimmungen selbst, sondern die dem Gerechtigkeitsgebot entsprechenden allgemein anerkannten Rechtsgrundsätze, dh. auch alle ungeschriebenen Rechtsgrundsätze, die Regeln des Richterrechts oder die auf Grund ergänzender Auslegung nach den §§ 157, 242 BGB und aus der Natur des jeweiligen Schuldverhältnisses zu entnehmenden Rechte und Pflichten“ (BAG 11.10.2006 – 5 AZR 721/05).

Freiwilligkeitsvorbehalt – Ein Lösungsversuch (2)

■ Was ist das gesetzliche Leitbild des Arbeitsvertrags?

- BAG 30.07.2008 – 10 AZR 606/07: „Ein Freiwilligkeitsvorbehalt, der einen Rechtsanspruch auf Sonderleistungen ausschließt, weicht nicht von § 611 Abs. 1 BGB ab, wonach der Arbeitgeber als Dienstgeber zur Gewährung der vereinbarten Vergütung verpflichtet ist. Haben die Arbeitsvertragsparteien ausschließlich eine nach Zeitabschnitten iSv. § 614 Satz 2 BGB bemessene, in aller Regel monatlich zu zahlende laufende Vergütung vereinbart, muss der Arbeitgeber nach § 611 Abs. 1 BGB nicht zusätzlich zum laufenden Arbeitsentgelt Sonderzahlungen leisten“.
- *Lotmar* (Der Arbeitsvertrag, 1902): „Der Arbeitsvertrag ist ein gegenseitiger obligatorischer Vertrag, weil er Vereinbarung gegenseitiger Leistungen ist, einerseits von Arbeit, andererseits von Entgelt. Die Bedeutung der Entgeltleistung als Gegenleistung rechtfertigt diese Begriffsbestimmung des Arbeitsvertrages“.

Freiwilligkeitsvorbehalt – Ein Lösungsversuch (3)

■ Schlussfolgerungen:

1. Eine „ehrliche Betrachtung“ (*Preis*) führt zu dem Ergebnis, dass der Arbeitgeber jede Leistung mit Rücksicht auf die Arbeitsleistung gewährt.
2. Stellt der Arbeitgeber künftige Leistungen konkret in Aussicht, so ist davon auszugehen, dass er diese Leistungen als „gerechte Gegenleistung“ für die vom Arbeitnehmer erbrachte Arbeitsleistung ansieht.
3. Handelt es sich um eine „gerechte Gegenleistung“, so widerspricht es dem Wesen des Arbeitsvertrags, diese Gegenleistung oder einen Teil davon nur unverbindlich in Aussicht zu stellen.
4. Daher bedeutet es stets einen Verstoß gegen § 307 Abs. 1 BGB, wenn im Arbeitsverhältnis konkret in Aussicht gestellte künftige Leistungen mit einem Freiwilligkeitsvorbehalt versehen werden. Unerheblich ist, ob es sich um laufende Leistungen, Sonderzahlungen oder sonstige Vorteile handelt.
5. Die Bedeutung von Freiwilligkeitsvorbehalten beschränkt sich darauf, die Entstehung betrieblicher Übungen zu verhindern.

Schlussfolgerungen für den Widerrufsvorbehalt

- Der Widerrufsgrund muss bei formularmäßig vereinbarten Widerrufsvorbehalten die Schwelle zum Kündigungsgrund überschreiten (im Anwendungsbereich des KSchG also die Schwelle des § 1 KSchG).
- Auch die Änderungsmodalitäten werden durch das Kündigungsrecht determiniert.
- Angesichts der Determinierung des Widerrufsgrundes durch die Kündigungsbedingungen brauchen in dem vertraglichen Widerrufsvorbehalt die Widerrufsgründe entgegen der Ansicht des BAG nicht im Einzelnen angegeben zu werden.

Die Befristung von Entgeltbedingungen

- BAG 02.09.2009 – 7 AZR 733/08
 - Die Wirksamkeit der Befristung einzelner Arbeitsbedingungen wird am Maßstab des § 307 BGB beurteilt.
 - Bei einer ausschließlich kalendermäßigen Befristung braucht der Grund für die Befristung der Arbeitsbedingungen nicht angegeben zu werden.
 - Die Ungewissheitssituation für den Arbeitnehmer bei unklaren Widerrufsvorbehalten und bei im Vertrag nicht genannten Gründen für die Befristung einer Arbeitsbedingung ist nicht vergleichbar. Für den Arbeitnehmer ist bei einer kalendermäßigen Befristung „unmissverständlich klar, dass die vereinbarte Regelung mit Fristablauf ohne weitere Handlungen des Arbeitgebers endet“.
- Aus dem hier vertretenen Ansatz folgt für die Befristung von Arbeitsbedingungen, dass sie einer AGB-Kontrolle nur standhalten, wenn für sie ein sachlicher Grund besteht. Dieser sachliche Grund muss – bezogen auf die jeweils befristeten Arbeitsbedingungen – die Qualität eines sachlichen Grundes gem. § 14 TzBfG erreichen.