

## § 6. Generelle Flexibilisierungsinstrumente

### Übersicht

	Rn.
A. Individualrechtliche Gestaltungen .....	1
I. Einmalleistungen: Reichweite und Grenzen der Gestaltung freiwilliger Entgeltbestandteile .....	1
1. Freiwilligkeit von Entgeltbestandteilen .....	1
2. Kein laufendes Arbeitsentgelt .....	9
3. Einmalige Leistungen .....	25
4. Wiederkehrende Leistungen .....	29
5. Reichweite des Freiwilligkeitsvorbehalts .....	34
a) Totalvorbehalt .....	34
b) Freiwilligkeitsvorbehalt hinsichtlich des Anspruchsgrundes .....	42
c) Freiwilligkeitsvorbehalt der Höhe nach .....	49
6. Erklärung des Freiwilligkeitsvorbehalts .....	54
a) Leistungen mit kollektivem Bezug .....	55
aa) Anwendungsfall betriebliche Übung .....	55
bb) Kollektiver Charakter des Freiwilligkeitsvorbehalts .....	58
b) Konkreter oder pauschaler Freiwilligkeitsvorbehalt .....	62
c) Individualabreden (§ 305b BGB) .....	64
aa) Begriff und Abgrenzung .....	64
bb) Freiwilligkeitsvorbehalte bei Individualabreden .....	67
d) Sonstige individuelle Zusageformen .....	70
e) Zeitpunkt und Form .....	72
f) Qualifizierte Schriftformklausel anstelle des pauschalen Freiwilligkeitsvorbehalts? .....	77
aa) Qualifizierte Schriftformklausel und betriebliche Übung .....	77
bb) Qualifizierte Schriftformklausel und individuelle konkludente Zusagen .....	79
cc) Auswirkung der Rechtsprechungsänderung zu pauschalen Freiwilligkeitsvorbehalten .....	80
II. Befristung und Bedingung von Entgeltbestandteilen .....	82
1. Abgrenzung zu Einmalleistungen .....	82
2. Rechtliche Grenzen .....	85
a) Prüfungsmaßstab .....	85
b) Flexibilisierungsinteresse für die Befristung von Entgeltbestandteilen .....	93
c) Transparenzkontrolle .....	106
III. Änderungsvorbehalte .....	108
1. Begriff und Abgrenzung .....	108
2. Widerrufsvorbehalt .....	110
a) Bedeutung .....	110
b) Inhalts- und Transparenzkontrolle .....	112
aa) Prüfungsmaßstab .....	112
bb) Quantitative Grenzen .....	114
cc) Qualitative Anforderungen .....	118
c) Ausübungskontrolle .....	133
3. Bezugnahme auf externe Regelungswerke .....	135
a) Dynamische Bezugnahme auf Tarifverträge .....	135
b) Dynamische Bezugnahme auf einseitige Regelungswerke des Arbeitgebers .....	137
c) Dynamische Bezugnahme von Betriebsvereinbarungen .....	140
4. Direktionsrecht .....	150
IV. Zulagen und Zuschläge .....	155
1. Funktionszulagen .....	156
a) Anknüpfungspunkte .....	156
b) Quantitative Grenzen .....	159

	Rn.
c) Auflösende Bedingung/Befristung .....	166
d) Auswirkung auf Direktionsrechte .....	167
2. Leistungszulagen .....	171
a) Anknüpfungspunkte .....	171
b) Angemessenheits- und Transparenzkontrolle .....	172
3. Erschwerniszulagen .....	175
a) Anknüpfungspunkte .....	175
b) Rechts-, Angemessenheits- und Transparenzkontrolle .....	177
4. Sonstige Zulagen und Zuschläge .....	179
5. Anrechnung übertariflicher Zulagen .....	180
a) Bedeutung .....	180
b) Angemessenheits- und Transparenzkontrolle .....	181
B. Besonderheiten kollektivrechtlicher Gestaltungen .....	183
I. Einmalige, befristete oder auflösend bedingte Leistungen durch Tarifvertrag ....	183
II. Einmalige, befristete oder auflösend bedingte Leistungen durch Betriebsvereinbarung .....	187
III. Änderungsvorbehalte durch Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung .....	191
IV. Regelungsabreden .....	194

## A. Individualrechtliche Gestaltungen

### I. Einmalleistungen: Reichweite und Grenzen der Gestaltung freiwilliger Entgeltbestandteile

#### 1. Freiwilligkeit von Entgeltbestandteilen

- 1 Bei der Gestaltung freiwilliger Entgeltbestandteile beabsichtigt der Arbeitgeber weitestgehende Flexibilität. Mit der Freiwilligkeit sollen **Rechtsansprüche des Arbeitnehmers ausgeschlossen** werden, sodass der Arbeitgeber jeweils neu und nach freiem Ermessen über eine Leistung entscheiden kann. Diese freie Entscheidung soll sowohl dem Grunde nach, ob also überhaupt eine Leistung gewährt wird, wie auch der Höhe nach offen gehalten werden. Aus Sicht des Arbeitnehmers bewirkt dies einen Verlust an Planungssicherheit. Der Arbeitnehmer bleibt im ungewissen, ob er eine solche Leistung überhaupt und – sollte sich der Arbeitgeber zur Gewährung entscheiden – in welcher Höhe er diese Leistung erhält.

#### Beispiel:

Der Arbeitgeber entscheidet am Ende eines jeden Geschäftsjahres erneut, ob er – etwa in Ansehung des Unternehmensergebnisses oder einer besonders guten Arbeitsleistung – eine Sonderzahlung gewähren will. Die Höhe einer solchen Leistung setzt er nach seiner Bewertung der Gesamtumstände fest.

- 2 Nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen im Rahmen der Erbringung jeweils nur einer einzelnen Leistung durch den Arbeitgeber wäre dies unproblematisch, da die Gewährung einer Leistung im Einzelfall nicht zu einer Bindung für weitere Leistungen in der Zukunft führt. Man denke etwa an den täglichen Kauf einer bestimmten Zeitung an einem Kiosk. Der arbeitsrechtliche Ausgangspunkt aus dem Gesichtspunkt betrieblicher Übungen ist dagegen ein gänzlich anderer.
- 3 Die Gewährung einer Leistung im Einzelfall begründet zwar stets einen Rechtsanspruch des Arbeitnehmers. Dieser beschränkt sich jedoch auf die jeweilige (abgewickelte) Einzelleistung. Im Gegensatz dazu stellt sich bei einer beabsichtigten Freiwilligkeit der Leistung die Frage nach einer **Bindung hinsichtlich zukünftiger weiterer Leistungen**. Nur wenn

eine solche Bindung zu vermeiden ist, kommt der Arbeitgeber in den Genuss der beabsichtigten Flexibilität, die Leistung ganz oder teilweise in der Zukunft nicht erneut gewährleisten zu brauchen. Eine solche Bindung des Arbeitgebers kommt indessen insbesondere unter dem Gesichtspunkt betrieblicher Übungen oder individueller konkludenter Zusagenformen in Betracht.

Unter **betrieblicher Übung** versteht das BAG in seiner ständigen Rechtsprechung eine Wiederholung bestimmter Verhaltensweisen durch den Arbeitgeber, aus denen die Arbeitnehmer darauf schließen können, ihnen solle eine bestimmte Leistung auf Dauer gewährt werden.<sup>1</sup> Typisches Beispiel ist eine dreimalig wiederholte Zahlung in gleicher Höhe an die gesamte Belegschaft oder Teile von ihr.<sup>2</sup> Im jeweiligen Jahr des Bezugs der Leistung erfolgt eine Gesamt- bzw. – ausdrückliche oder schlüssige – Individualzusage hinsichtlich der einzelnen Zahlung. Auch ohne ausdrückliche Erklärung über zukünftige Leistungen nimmt das BAG eine Bindung des Arbeitgebers für die Zukunft an, weil der Arbeitgeber – so das BAG – mit einem **wiederholten und gleichförmigen Verhalten** konkludent ein rechtsgeschäftliches verbindliches Angebot auch hinsichtlich einer zukünftigen Fortsetzung dieser Verhaltensweise abgibt.<sup>3</sup> Während bei jährlichen Gratifikationen die dreimalige Wiederholung zu einer betrieblichen Übung führt, kommt es bei sonstigen Leistungen auf die Umstände des Einzelfalls (Art, Intensität und Dauer der Leistungen) an.<sup>4</sup>

#### Beispiel:

Der Arbeitgeber gewährt der Belegschaft in jedem Jahr eine Sonderzahlung mit dem Novembergehalt in Höhe eines Monatsgehalts, für die keine sonstige Rechtsgrundlage besteht. Bei der ersten, zweiten und in der Regel auch noch dritten Gewährung handelt es sich um eine Gewährung nach freiem Ermessen.

Mit der jeweiligen Gewährung gibt der Arbeitgeber ein Angebot auf die jeweilige Leistung ab, das der Arbeitnehmer durch Entgegennahme konkludent annimmt, ohne dass es eines Zugangs dieser Annahmeerklärung beim Arbeitgeber bedarf.<sup>5</sup> Damit entstehen zunächst nur ein einmaliger Rechtsanspruch und eine Rechtsgrundlage für das Behaltendürfen der jeweiligen einmaligen Leistung.

Mit der in der Regel dritten solchen Gewährung einer Leistung nimmt das BAG aber an, dass der Arbeitgeber gleichzeitig eine Regelmäßigkeit in der Zeit zum Ausdruck bringt. Der Arbeitnehmer darf diese Gewährung der Leistung so verstehen, dass der Arbeitgeber aus Sicht eines verständigen Arbeitnehmers nicht nur ein Angebot auf die dritte Leistung abgibt, sondern zugleich auf weitere solche Leistungen in der Zukunft. Auch dieses nimmt der Arbeitnehmer konkludent an, ohne dass es eines Zugangs dieser Annahmeerklärung beim Arbeitgeber bedarf.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> BAG 25.1.2023 – 10 AZR 109/22, NZA 2023, 629 (630); 15.5.2013 – 3 AZR 610/11, NZA 2012, 1279 (1287); 30.7.2008 – 10 AZR 606/07, NZA 2008, 1173 (1176); 28.5.2008 – 10 AZR 274/07, NZA 2008, 941 (942).

<sup>2</sup> BAG 25.1.2023 – 10 AZR 109/22, NZA 2023, 629 (630); 30.7.2008 – 10 AZR 606/07, NZA 2008, 1173 (1176).

<sup>3</sup> BAG 25.1.2023 – 10 AZR 109/22, NZA 2023, 629 (630); 15.5.2012 – 3 AZR 610/11, NZA 2012, 1279 (1287); 15.2.2011 – 3 AZR 35/09, NZA-RR 2011, 541; 30.7.2008 – 10 AZR 606/07, NZA 2008, 1173 (1176); 28.5.2008 – 10 AZR 274/07, NZA 2008, 941 (942).

<sup>4</sup> BAG 14.9.2011 – 10 AZR 526/10, NZA 2012, 81 (82); 28.7.2004 – 10 AZR 19/04, NZA 2004, 1152 (1154).

<sup>5</sup> BAG 25.1.2023 – 10 AZR 109/22, NZA 2023, 629 (630); 14.9.2011 – 10 AZR 526/10, NZA 2012, 81 (82); 28.7.2004 – 10 AZR 19/04, NZA 2004, 1152 (1154).

<sup>6</sup> BAG 25.1.2023 – 10 AZR 109/22, NZA 2023, 629 (630); 14.9.2011 – 10 AZR 526/10, NZA 2012, 81 (82); 28.7.2004 – 10 AZR 19/04, NZA 2004, 1152 (1154).

- 5 Die betriebliche Übung hat einen **kollektiven Bezug**.<sup>7</sup> Ihre Entstehung setzt voraus, dass das wiederholte und gleichförmige Verhalten des Arbeitgebers gegenüber einer Mehrzahl von Arbeitnehmern des Betriebs erfolgt.<sup>8</sup> Eine betriebliche Übung bezieht sich auf eine Vielzahl von Arbeitnehmern oder eine zumindest abgrenzbare Gruppe.<sup>9</sup> Wird die Leistung nur einem einzelnen Arbeitnehmer gewährt, ohne dass andere Arbeitnehmer eine zumindest vergleichbare Leistung erhielten, scheidet eine betriebliche Übung aus.<sup>10</sup>

**Beispiel:**

Der kollektive Bezug erfordert, dass der Arbeitgeber im Beispiel zuvor das Weihnachtsgeld jeweils gegenüber der Belegschaft insgesamt oder einer Gruppe von ihr gewährt. Zahlt der Arbeitgeber das Weihnachtsgeld nur einem einzigen Arbeitnehmer, ist ein kollektiver Bezug nicht erkennbar.

- 6 Eine auf dieser Grundlage entstandene betriebliche Übung wirkt kollektiv für den gesamten Betrieb, sodass sie sich auch auf neu eintretende Arbeitnehmer erstreckt, die in dem Betrieb zuvor noch nicht in den Genuss einer wiederholten Leistung konkret ihnen gegenüber gelangt sind.<sup>11</sup> In ihrer Wirkungsweise ähnelt die betriebliche Übung damit einer **Gesamtzusage**, dh einer verbindlichen Zusage des Arbeitgebers gegenüber der Belegschaft, eine bestimmte Leistung dauerhaft zu erbringen. Eine Gesamtzusage liegt vor, wenn der Arbeitgeber bekannt gibt, eine bestimmte Leistung zu gewähren. Eine Gesamtzusage wird wirksam, sobald Arbeitnehmer typischerweise in die Lage versetzt sind, von der Erklärung des Arbeitgebers Kenntnis zu nehmen.<sup>12</sup> Der Anspruch des Arbeitnehmers entsteht durch konkludente Annahme,<sup>13</sup> vergleichbar bei einer betrieblichen Übung.

**Praxistipp:**

Gesamtzusagen wie betriebliche Übungen können als Bestandteil des Arbeitsverhältnisses vom Arbeitgeber nicht einseitig aufgehoben werden. Der Arbeitgeber kann sich von Gesamtzusagen mit Wirkung für die Zukunft gegenüber sodann neu einzustellenden Arbeitnehmern lossagen.<sup>14</sup> Nichts anderes kann für betriebliche Übungen gelten. Erforderlich ist allein die Festlegung eines – nicht willkürlichen – Stichtages, von dem an neu eingestellte Arbeitnehmer in die Leistung nicht mehr einbezogen sein sollen. Die Ungleichbehandlung durch den Stichtag der Schließung der Gesamtzusage bzw. betrieblichen Übung für Neueintritte gegenüber den infolge Bestandsschutzes weiterhin Begünstigten ist durch den Stichtag gerechtfertigt.

- 7 Fehlt es an einem kollektiven Bezug, weil etwa eine Leistung nur gegenüber einem einzelnen Arbeitnehmer wiederholt gewährt wird, scheidet eine betriebliche Übung aus. Allerdings kommt in diesem Falle eine **konkludente Individualvereinbarung** unter den gleichen Voraussetzungen in Betracht.<sup>15</sup> Sie unterscheidet sich von der betrieblichen Übung durch den fehlenden kollektiven Bezug, kommt aber unter den gleichen Voraussetzungen zustande. Rechtsfolgen entfaltet sie nur in dem individuellen Arbeitsverhältnis. Andere Ar-

<sup>7</sup> BAG 21.4.2010 – 10 AZR 163/09, NZA 2010, 808 (809); 11.4.2006 – 9 AZR 500/05, NZA 2006, 1089 (1090).

<sup>8</sup> BAG 21.4.2010 – 10 AZR 163/09, NZA 2010, 808 (809); 11.4.2006 – 9 AZR 500/05, NZA 2006, 1089 (1090).

<sup>9</sup> BAG 21.4.2010 – 10 AZR 163/09, NZA 2010, 808 (809); 11.4.2006 – 9 AZR 500/05, NZA 2006, 1089 (1090).

<sup>10</sup> BAG 21.4.2010 – 10 AZR 163/09, NZA 2010, 808 (809); 11.4.2006 – 9 AZR 500/05, NZA 2006, 1089 (1090).

<sup>11</sup> BAG 28.6.2006 – 10 AZR 385/05, NZA 2006, 1174 (1176).

<sup>12</sup> BAG 13.11.2013 – 10 AZR 848/12, NZA 2014, 368 (369).

<sup>13</sup> BAG 13.11.2013 – 10 AZR 848/12, NZA 2014, 368 (369).

<sup>14</sup> BAG 20.8.2014 – 10 AZR 453/13, NZA 2014, 1333 (1334).

<sup>15</sup> BAG 14.9.2011 – 10 AZR 526/10, NZA 2012, 81 (82); 21.4.2010 – 10 AZR 163/09, NZA 2010, 808 (809).

beitnehmer können sich grds. nicht auf sie berufen. Möglich bleibt eine Einbeziehung nach allgemeinen Grundsätzen. Dies kann etwa aufgrund des allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes in Betracht kommen, falls trotz fehlenden kollektiven Bezuges ausnahmsweise ein regelhaftes Verhalten des Arbeitgebers feststellbar sein sollte.

#### Beispiel:

Ohne bestehende Zusage zahlt der Arbeitgeber seinem kaufmännischen Leiter jährlich einen Bonus. Mangels kollektiven Bezuges scheidet eine betriebliche Übung aus. Möglich ist indessen ein dauerhafter Rechtsanspruch auf jährliche Bonuszahlung aufgrund einer konkludenten individuellen Zusage.

Führt der Arbeitgeber zwei Niederlassungen mit jeweils einem Niederlassungsleiter und erfolgt die Bonuszahlung nur gegenüber einem von ihnen mit Blick auf dessen Leitung der Niederlassung, kann sich für den anderen Niederlassungsleiter die Einbeziehung über den allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz ergeben. Zumeist wird es aber an einer Regelhaftigkeit fehlen oder eine bestehende Regelhaftigkeit bereits einen Hinweis auf den kollektiven Bezug und damit eine betriebliche Übung bieten.

Will der Arbeitgeber eine Bindung für zukünftig wiederholte Leistungen vermeiden, 8 muss er hierzu einen **Vorbehalt** erklären, dass sich sein Leistungsversprechen auf die jeweilige Einzelleistung beschränkt und aus ihr keine Ansprüche auf wiederholte Leistungsgewährungen hergeleitet werden können.<sup>16</sup> Nur mit einem solchen Vorbehalt ist es nach Auffassung des BAG möglich, ein **schutzwürdiges Vertrauen** in der Belegschaft zu **auszuschließen**, aus wiederholten Einzelleistungen könne auf ein dauerhaftes Leistungssystem geschlossen werden. Allein eine unterschiedliche Höhe der Leistungen schließt die Entstehung betrieblicher Übungen bzw. konkludenter individueller Zusagen nicht aus.<sup>17</sup>

#### Beispiel:

Knüpft eine Sonderzahlung an das Betriebsergebnis, ist es diesem Zweck geschuldet, dass sie in unterschiedlicher Höhe gewährt wird.<sup>18</sup> Generell kann eine unterschiedliche Höhe den Anspruch dem Grunde nach einräumen, jedoch etwa eine ermessensabhängige Festsetzung der Höhe nach erfolgen – diese Festsetzung ist am Maßstab des § 315 BGB überprüfbar, so dass ein freies Ermessen des Arbeitgebers nicht mehr besteht (→ § 6 Rn. 49; → § 8 Rn. 220).

## 2. Kein laufendes Arbeitsentgelt

Für laufendes Arbeitsentgelt – konkret eine monatlich zu zahlende Leistungszulage – hat das BAG<sup>19</sup> eine Möglichkeit zum Ausschluss eines Rechtsanspruchs für zukünftige Leistungen abgelehnt. Das BAG geht davon aus, dass die Vermeidung eines Rechtsanspruchs bei Bestandteilen des laufenden Arbeitsentgelts dem **Zweck des Arbeitsvertrages** widerspricht, weil der Ausschluss eines Rechtsanspruchs die **synallagmatische Verknüpfung** der Leistungen der Vertragsparteien aufhebe.<sup>20</sup> Dies gelte unabhängig davon, ob ein solcher Vorbehalt die Grundvergütung oder eine zusätzliche Vergütungskomponente erfasse, da auch diese laufendes Arbeitsentgelt und damit in das Synallagma eingebundene Leistungen darstelle.<sup>21</sup>

<sup>16</sup> BAG 14.9.2011 – 10 AZR 526/10, NZA 2012, 81 (82); 10.12.2008 – 10 AZR 1/08, NZA-RR 2009, 576; 25.4.2007 – 5 AZR 627/06, NZA 2007, 853.

<sup>17</sup> BAG 25.1.2023 – 10 AZR 109/22, NZA 2023, 629 (630); 13.5.2015 – 10 AZR 266/14, NZA 2015, 992 (993).

<sup>18</sup> BAG 25.1.2023 – 10 AZR 109/22, NZA 2023, 629 (630); 13.5.2015 – 10 AZR 266/14, NZA 2015, 992 (993).

<sup>19</sup> BAG 25.4.2007 – 5 AZR 627/06, NZA 2007, 853; seitdem stRspr, u.a. BAG 25.1.2023 – 10 AZR 109/22, NZA 2023, 629 (631).

<sup>20</sup> BAG 25.4.2007 – 5 AZR 627/06, NZA 2007, 853.

<sup>21</sup> BAG 25.4.2007 – 5 AZR 627/06, NZA 2007, 853.

**Beispiel:**

Das Austauschverhältnis von Arbeitsleistung und Arbeitsentgelt im Arbeitsverhältnis als Dauerschuldverhältnis gem. § 611a BGB erfordert, dass der Arbeitnehmer das Arbeitsentgelt als Gegenleistung für seine Arbeitsleistung beanspruchen kann. Bei solchem Arbeitsentgelt verstößt der Vorbehalt des Ausschlusses eines Rechtsanspruchs gegen das synallagmatische Austauschverhältnis.

- 10 Hiervon ausgehend hat das BAG bei Bestandteilen des laufenden Arbeitsentgelts angenommen, dass ein **Freiwilligkeitsvorbehalt nicht möglich** sei. Aufgrund des Gegenseitigkeitsverhältnisses sämtlicher laufender Bestandteile des Arbeitsentgelts gegenüber der Arbeitsleistung bedeute ein Ausschluss des Rechtsanspruchs eine **Abweichung von Rechtsvorschriften**. Für vom Arbeitgeber vorformulierte Arbeitsverträge sieht § 307 Abs. 3 BGB eine Kontrolle am Maßstab der §§ 305 ff. BGB vor. Laut § 307 Abs. 1 BGB ist hier nach eine Unwirksamkeit einer Vertragsbestimmung anzunehmen, wenn die Vertragsbestimmung den Arbeitnehmer unangemessen benachteiligt. Nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB ist eine solche unangemessene Benachteiligung des Arbeitnehmers im Zweifel anzunehmen, wenn die Vertragsbestimmung mit wesentlichen Grundgedanken einer gesetzlichen Regelung, von der sie abweicht, nicht zu vereinbaren ist.
- 11 Für Bestandteile des **laufenden Arbeitsentgelts** nimmt das BAG eine solche, zur Unangemessenheit des Freiwilligkeitsvorbehalts führende, Abweichung an, wenn von der Einräumung eines Rechtsanspruchs auf Bestandteile des laufenden Arbeitsentgelts durch einen Freiwilligkeitsvorbehalt abgewichen werden soll.<sup>22</sup> Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass das laufende Arbeitsentgelt diejenige Vergütung ist, die im unmittelbaren Austauschverhältnis zur Arbeitsleistung steht. Dieser Teil des Entgelts unterliegt den schuldrechtlichen Verknüpfungen über das Synallagma. Abweichungen müssen sich an diesem gesetzlichen Leitbild messen lassen. Ein Freiwilligkeitsvorbehalt ist mit dem Leitbild des Austauschgedankens nicht zu vereinbaren,
- 12 Diese Rechtsprechung fußt auf einer Entscheidung des u. a. für Zulagen zuständigen 5. Senats des BAG.<sup>23</sup> Gegenstand war eine monatlich zu gewährende Zulage. Der für vertragliche Sonderzahlungen zuständige 10. Senat des BAG hat kurz danach in Abgrenzung zu dieser Entscheidung festgehalten, dass bei **Sonderzahlungen außerhalb des laufenden Arbeitsentgelts** die Möglichkeit eines Freiwilligkeitsvorbehalts bestehen bleibe – schon um der Notwendigkeit willen, dass Arbeitgeber anderenfalls von Leistungen gänzlich absähen, wenn sie diese stets dauerhaft gewähren müssten.<sup>24</sup> Das BAG hat damit erkannt, dass der Schutz des Arbeitnehmers durch die Rechtsprechung im Einzelfall bewirken kann, dass weitaus größere Nachteile für Arbeitnehmer entstehen, wenn der Arbeitgeber ihnen keine einmaligen Sonderzahlungen mehr zuwenden dürfte.

**Praxistipp:**

Schwierigkeiten beinhaltet die **Abgrenzung** laufenden Arbeitsentgelts, welches nicht unter einen Freiwilligkeitsvorbehalt gestellt werden kann, von Sonderzahlungen. Die Abgrenzung wirft die Frage auf, welche Leistungen des Arbeitgebers als **Gegenleistung für Arbeitsleistungen** in einem synallagmatischen Austauschverhältnis stehen und damit nicht unter einen Freiwilligkeitsvorbehalt gestellt werden können. Die Rechtsprechung hat bislang keinerlei eindeutige Abgrenzungskriterien benannt. Die Abgrenzung ist für die Frage einer künftigen Bindungswirkung aber von erheblicher Bedeutung.

<sup>22</sup> BAG 25.4.2007 – 5 AZR 627/06, NZA 2007, 853.

<sup>23</sup> BAG 25.4.2007 – 5 AZR 627/06, NZA 2007, 853.

<sup>24</sup> BAG 30.7.2008 – 10 AZR 606/07, NZA 2008, 1173 (1177); 10.12.2008 – 10 AZR 2/08, AP BGB § 307 Nr. 38; 18.3.2009 – 10 AZR 289/08, NZA 2009, 535 (537); 14.9.2011 – 10 AZR 526/10, NZA 2012, 81 (83).

Die Abgrenzung wirft die Frage auf, **welche Leistungen** des Arbeitgebers als Gegenleistung für Arbeitsleistungen in einem synallagmatischen Austauschverhältnis stehen. In der Literatur wird darauf abgestellt, ob eine berechnete Leistungserwartung des Arbeitnehmers mit Blick auf die von ihm erbrachte Arbeitsleistung besteht.<sup>25</sup> Überwiegend wird dies für sämtliche regelmäßigen Zahlungen angenommen.<sup>26</sup> Jedenfalls bei reinen Betriebstreueleistungen, die den Anspruch also nur an den Bestand des Arbeitsverhältnisses ohne jeden Bezug zur Arbeitsleistung knüpfen, ist jede Verklammerung der Zahlung mit erbrachten Arbeitsleistungen und damit ein synallagmatisches Austauschverhältnis ausgeschlossen.

#### Beispiel:

Nicht infrage zu stellen ist die Möglichkeit eines Freiwilligkeitsvorbehalts deshalb bei reinen Betriebstreueleistungen:

- Weihnachts- oder Urlaubsgelder, sofern nicht als 13. Gehalt oÄ gezahlt;
- Jubiläumszuwendungen;
- ein an der Anzahl genommener Urlaubstage bemessenes Urlaubsgeld, das also gerade für die Nichterbringung einer Arbeitsleistung gewährt wird;
- sonstige Zuwendungen, die allein an den Bestand des Arbeitsverhältnisses anknüpfen.

Noch nicht abschließend geklärt ist, ob sämtliche Leistungen, die **nicht monatlich rätierlich** oder die in **unregelmäßiger Höhe** gezahlt werden, unter einen Freiwilligkeitsvorbehalt gestellt werden können. Auch solche Leistungen können – sofern sie nicht allein an die Betriebstreue anknüpfen – dem synallagmatischen Austauschverhältnis zuzuordnen sein. Für den Bezug zur Arbeitsleistung ist die Zahlungsweise sicherlich ein eher zufallsbehaftetes Kriterium.

In der Literatur ist diese Frage bislang **umstritten**, aber die wohl überwiegende Auffassung schließt die Möglichkeit eines Freiwilligkeitsvorbehalts außerhalb reiner Betriebstreueleistungen aus.<sup>27</sup> Für diese Bewertung der überwiegenden Literatur spricht die Entwicklung der Rechtsprechung zum synallagmatischen Austauschverhältnis im Zusammenhang mit Bindungskomponenten für zukünftige Betriebstreue. Die jüngere Rechtsprechung zu dieser Frage nimmt eine Einbeziehung in das synallagmatische Austauschverhältnis bei sämtlichen Leistungen an, die nicht ausdrücklich als reine Betriebstreueleistung gekennzeichnet sind.<sup>28</sup>

#### Beispiel:

Nach dieser Auffassung wären einem Freiwilligkeitsvorbehalt zB nicht zugänglich:

- Bonuszahlungen für besondere Leistungen des Arbeitnehmers oder einer Gruppe von Arbeitnehmern;
- Tantiemen, da das Unternehmensergebnis als Summe (auch) aller Arbeitsleistungen zu betrachten sein soll.

Solche Leistungen erfolgen typischerweise unregelmäßig und damit außerhalb der zeitlich-rätierlichen Entgeltzahlung. Damit spricht viel dafür, dass die Maßgabe einer Einbindung in das Synallagma Freiwilligkeitsvorbehalte unabhängig von einer monatlich regelmäßigen oder unregelmäßigen Zahlungsweise bei sämtlichen (auch) leistungs- oder erfolgsabhängigen Vergütungsbestandteilen nach überwiegender Auffassung ausschließen wird.

Die Zahlungsweise wird dessen ungeachtet allenfalls Ausdruck dessen sein, was als monatliche und damit stetig aufrecht erhaltene Lebensgrundlage zu betrachten ist. Der alleinige Blick auf die Zahlungsweise sagt aber nichts darüber aus, ob ein unmittelbarer Leis-

<sup>25</sup> Preis/Preis II V 70 Rn. 44, 62; Preis/Lindemann NZA 2006, 632 (636).

<sup>26</sup> Preis/Preis II V 70 Rn. 62; Lingemann/Gotham DB 2007, 1754.

<sup>27</sup> Für die Möglichkeit eines Freiwilligkeitsvorbehalts etwa: Hümmerich/Reufels Gestaltung ArbV/Schiefer 1.68 Rn. 4394; gegen die Möglichkeit eines Freiwilligkeitsvorbehalts die wohl überwiegende Literatur: Preis/Preis II V 70 Rn. 62f.; Mengel S. 89 Rn. 141; wohl ebenso Schaub ArbR-HdB/Linck § 35 Rn. 108.

<sup>28</sup> BAG 18.1.2012 – 10 AZR 667/10, NZA 2012, 620 (621); 18.1.2012 – 10 AZR 612/10, NZA 2012, 561 (563).

tungsaustausch aufgrund des Synallagma erfolgt oder die Leistung daneben steht. So ist auch bei unregelmäßigen Leistungen denkbar, dass der Arbeitnehmer seine Lebensgrundlage an ihnen ausrichtet oder diese – etwa als 13. Gehalt im Rahmen eines vereinbarten Jahresgehalts – aufgrund eindeutiger Vereinbarungen dem laufenden synallagmatischen Arbeitsentgelt zuzuordnen sind.<sup>29</sup>

- 18 Eine Einbindung in den Schutz des vertraglichen Austauschverhältnisses überzeugt aber jedenfalls dann nicht, wenn der Arbeitgeber eine Sonderzahlung erstmals nach dem Bezugszeitraum, in dem der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung erbracht hat, in Aussicht stellt. In diesem Fall kann der Arbeitnehmer allenfalls in der **Hoffnung auf eine zusätzliche Leistung** gearbeitet haben – eine solche Hoffnung ist indessen nach vertragsrechtlichen Grundsätzen nicht schutzwürdig.<sup>30</sup> Der Arbeitnehmer bedarf keines Schutzes über das Synallagma, wenn zum Zeitpunkt des Leistungsaustauschs, zu dem der Anspruch auf synallagmatisches Arbeitsentgelt entstehen und danach fällig werden würde, noch keinerlei Anspruchsgrundlage besteht.<sup>31</sup> Da die nachträgliche Leistung nach den Grundsätzen des Vertragsrechts als Gegenleistung nicht geschuldet war, bedarf sie keines über sie vermittelten Schutzes. Eine zusätzliche Honorierung steht vielmehr neben dem synallagmatischen Leistungsaustausch.

#### Beispiel:

Der Arbeitnehmer erbringt während des gesamten Geschäftsjahres seine Arbeitsleistung und erhält sein vereinbartes Arbeitsentgelt. Der Arbeitgeber entscheidet sich zu Beginn des folgenden Geschäftsjahres – was zuvor nicht in Aussicht gestellt war – zu einer einmaligen Sonderzahlung für besondere Erfolge.

Nach überwiegender Literatur dürfte ein Freiwilligkeitsvorbehalt mangels ausschließlichen Betriebstreuebezuges ausscheiden – der Arbeitgeber wird sich eher gegen die Gewährung der Leistung entscheiden, um dauerhafte Bindungen zu vermeiden.

Richtigerweise muss ein Freiwilligkeitsvorbehalt aber möglich sein. Das laufende Arbeitsentgelt ist mit dem Leistungsaustausch für das Geschäftsjahr abgewickelt. Die Sonderzahlung, auf die zum Zeitpunkt des Leistungsaustauschs noch keine rechtlich aner kennenswerte Erwartung bestehen konnte, tritt daneben. Dann bedarf sie aber keines Schutzes über das Synallagma.

- 19 Das Beispiel zeigt, dass die gesetzliche Regelung des Synallagma die Interessenlage an der Gewährung einmaliger Leistungen mittels eines Freiwilligkeitsvorbehalts nicht trifft. Mit dem Freiwilligkeitsvorbehalt außerhalb des laufenden Arbeitsentgelts soll – anders als es etwa bei Stichtags- oder Rückzahlungsklauseln im Raum steht (→ § 7 Rn. 1 ff.) – **nicht** bereits **erarbeitetes Entgelt zur Disposition gestellt** werden. Vielmehr darf die einzelne Leistung behalten werden und bezieht sich der Freiwilligkeitsvorbehalt allein auf deren wiederholte Gewährung. Deshalb hat das BAG<sup>32</sup> zu Recht eine gem. § 307 Abs. 1 S. 1 BGB unzulässige Benachteiligung des Arbeitnehmers bei einem Freiwilligkeitsvorbehalt angenommen, der den Arbeitgeber trotz festgelegten Zielen in einem Zielvereinbarungssystem berechnete, bis zum Ende der Zielperiode nach freiem Ermessen über den Anspruch zu entscheiden. In diesem Falle steht – unabhängig von der tatsächlichen synallagmatischen Einbindung – jedenfalls ein konkreter Leistungsanreiz dem späteren Berufen auf einen Freiwilligkeitsvorbehalt entgegen. Dieser Schutzgedanke sagt aber nichts darüber aus, weshalb eine neben den vereinbarten Entgeltbestandteilen zu gewährende zusätzliche Leistung dauerhaft zu gewähren sein soll.
- 20 Ob diese starre Abgrenzung in der Literatur nach dem Leistungszweck einer Honorierung von Betriebstreue oder eines Entgelts für erbrachte Arbeitsleistungen vom BAG mit

<sup>29</sup> BAG 21.3.2001 – 10 AZR 28/00, NZA 2001, 785 (785).

<sup>30</sup> Vgl. Salamon NZA 2013, 590.

<sup>31</sup> LAG Hamburg 6.3.2013 – 3 Sa 73/12, BeckRS 2013, 71159.

<sup>32</sup> BAG 19.3.2014 – 10 AZR 622/13, NZA 2014, 595 (596).