

Inhaltskontrolle von Arbeitsverträgen

- unter besonderer Berücksichtigung der Änderungsvorbehalte -

Prof. Dr. Ulrich Preis
Institut für Deutsches und Europäisches
Arbeits- und Sozialrecht (IDEAS)
Universität zu Köln



I. Einführung

1. Die Erstreckung der Inhaltskontrolle des AGB-Rechts durch § 310 Abs. 4 BGB hat die wohl **nachhaltigste Rechtsänderung im Individualarbeitsrecht** nach der Verabschiedung des Kündigungsschutzgesetzes im Jahre 1951 bewirkt.
2. Dem BAG, insbesondere dem 5. Senat, ist es gelungen, mit mutigen und **dogmatisch fundierten Entscheidungen** den „gordischen Knoten“ einer in Dogmatik und Ergebnis widersprüchlichen Rechtsentwicklung zu durchschlagen und den Weg zu einer überschaubaren, konsistenten und flexiblen Vertragsgestaltung und -kontrolle zu ebneten.
3. Fast **alle bisherigen Kontrollansätze** und arbeitsvertraglichen Sonderwege (z.B. Gesamtzusage, betriebliche Übung) stehen auf dem Prüfstand.
4. Die **Kontrollmaßstäbe werden harmonisiert.**



I. Einführung

5. **Änderungsvorbehalte wurden vor der Anwendung des AGB-Rechts inkonsistent und widersprüchlich geprüft.**
 - Die Befristung einzelner Arbeitsbedingungen wurde wie die Befristung von Arbeitsverträgen nach der Umgehungstheorie auf Vorliegen eines sachlichen Grundes geprüft.
 - Anrechnungsvorbehalte bei übertariflichen Leistungen wurden großzügig anerkannt.
 - Intransparente Widerrufsvorbehalte unterlagen lediglich einer Billigkeitskontrolle
 - Freiwilligkeitsvorbehalte wurden entweder großzügig anerkannt oder in Widerrufsvorbehalte „umgedeutet“.
6. Durch das **Transparenzgebot** kommt es zu einer **schärferen Vertragskontrolle** im Arbeitsrecht.
7. Der „Lohn“ für eine transparentere Vertragsgestaltung kann eine weitergehende Flexibilität sein als nach früherer Rechtslage.
8. Bisher als zwingend erachtete Kontrollansätze (zum Beispiel Verbot der Gesetzesumgehung) weichen einer **flexibleren Betrachtungsweise**. Beispiele:
 - Bandbreitenregelungen (BAG 7. 12. 2005 – 5 AZR 535/04 - NZA 2006, 423)



II. Grundlagen

1. Gem. § 305 I sind AGB die für eine **Vielzahl von Verträgen** (mindestens 3! BAG 25. Mai 2005 - 5 AZR 572/04 NZA 2005, 1111) vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (idR. der AG) der anderen Vertragspartei bei Abschluss des Arbeitsvertrages stellt.
 - Die verwendende Partei muss die Vertragsbedingung nicht selbst vorformuliert haben und kann auch nur eine einmalige Verwendung beabsichtigen (z.B. Musterverträge).
 - Handschriftliche Ergänzungen hindern nicht das Vorliegen von AGB

2. Auch arbeitsrechtliche Sonderinstitute haben AGB-Charakter.
 - In einer **Gesamtzusage** können kontrollbedürftige benachteiligende Nebenbestimmungen enthalten sein.
 - Vorbehalte, die die **betriebliche Übung** relativieren, einschränken, entziehen (Stichwort: negative Betriebsübung) können unangemessen benachteiligend sein und sind auf Transparenz kontrollierbar (BAG 27.8.2008 – 5 AZR 820/07 -).

II. Grundlagen

3. Echte Individualabreden privilegiert das AGB-Recht.

- **Beispiel:** Verbot der Verhinderung von Individualabreden durch (doppelte) Schriftformklauseln (BAG 20. Mai 2008 - 9 AZR 382/07 – NZA 2008, 1233).
- **Beispiel:** Individuelle Vertragsabreden haben nach § 305b BGB Vorrang. Diese Wertung darf nicht durch eine undifferenzierte Anwendung der §§ 305 ff. BGB umgangen werden. (BAG 25. Mai 2005 - 5 AZR 572/04 NZA 2005, 1111).

4. Der Umstand, dass arbeitsvertragliche Abreden als „Verbraucherverträge“ einzuordnen sind, führt zu sinnvollen Differenzierungsmöglichkeiten.

- 310 Abs. 3 Nr. 3 BGB eröffnet bei der Inhaltskontrolle die Berücksichtigung der den Vertragsschluss begleitenden Umstände. (vgl. BAG 31.8.2005 - 5 AZR 545/04 - AP ArbZG § 6 Nr. 8).
- Dies Berücksichtigung dieser Umstände kann sowohl zur Unwirksamkeit einer nach generell-abstrakter Betrachtung wirksamen Klausel als auch zur Wirksamkeit einer nach typisierter Inhaltskontrolle unwirksamen Klausel führen.

II. Grundlagen

5. Nach § 307 Abs. 3 S. 1 BGB ist die Kontrolle von Hauptabreden und Preisabreden ausgeschlossen.
- Dies sind Abreden über den unmittelbaren Gegenstand der Hauptleistung (sog. Leistungsbeschreibung) und des dafür zu zahlenden Entgelts sowie Klauseln, die das Entgelt für eine zusätzlich angebotene Sonderleistung festlegen, wenn hierfür keine rechtlichen Regelungen bestehen.
 - Der gerichtlichen Kontrolle entzogene Leistungsbeschreibungen sind solche, die Art, Umfang und Güte der geschuldeten Leistung festlegen.
6. Demgegenüber sind Klauseln, die das Hauptleistungsversprechen einschränken, verändern, ausgestalten oder modifizieren, inhaltlich zu kontrollieren. Sie weichen im Allgemeinen von Vorschriften des dispositiven Gesetzesrechts ab oder ihr Regelungsgehalt könnte - sofern sie nicht in Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthalten wären - nach §§ 157, 242 BGB ermittelt werden.



II. Grundlagen

7. Verständlich werden diese Aussagen, wenn man sich den Zweck des Rechtsgedankens verdeutlicht.
- § 307 Abs. 3 BGB will marktwirtschaftliche Prinzipien, die freie Vereinbarung von Leistung und Gegenleistung sichern!
 - Aber: Die Transparenz der Vertragsbedingung ist Vorbedingung für die Kontrollfreiheit. Ohne Transparenz kein funktionierender Markt. So erklärt sich §§ 307 Abs. 3 S. 2 i.V.m. § 307 Abs. 1 S. 2 BGB
8. **Testfrage** (Stoffels , AGB-Recht 2003 Rn. 449): *Ist die jeweilige Vertragsbedingung den Kräften von Markt und Wettbewerb in einer Weise ausgesetzt, dass damit gerechnet werden kann, der durchschnittliche Kunde werde sie zur Kenntnis nehmen und in seine Abschlussentscheidung einbeziehen?*



II. Grundlagen

Beispiele für kontrollfähige Klauseln:

- a) **Kontrollfähig sind die Leistung begleitende Klauseln, wie**
 - **Ausgleichsquittungen (BAG 6.9.2007 NZA 2008, 219),**
 - **Nebenabreden zur Preisabrede,**
 - **die Hauptleistungsabreden einschränkende, verändernde oder ausgestaltende Klauseln (BAG 27.7.2005 - 7 AZR 486/04 - NZA 2006, 40, 45): Anrechnungsvorbehalte, Befristungen, Widerrufs- und Freiwilligkeitsvorbehalte.**

- b) **Wird eine Arbeitsbedingung befristet, handelt es sich um eine die Hauptleistungsabrede einschränkende Klausel. Gegenstand der Inhaltskontrolle ist nicht deren materieller Umfang (z. B. Entgelt oder Arbeitszeit), sondern deren zeitliche Einschränkung durch die Befristung.**



II. Grundlagen

Beispiele für kontrollfreie Abreden:

- a) Eine bewusste Abschlussentscheidung liegt i.d.R. vor, wenn die **Hauptabrede des Vertrages** geändert, etwa die Arbeitszeit oder das Entgelt herabgesetzt, oder gar das Arbeitsverhältnis durch actus contrarius aufgehoben wird (zum Aufhebungsvertrag BAG 27.11.2003 - 2 AZR 135/03 - NZA 2004, 597, 604; zu einer Überraschungsklausel, die zur Beendigung des ArbVerh. führt: BAG 15. 2. 2007 NZA 2007, 614).
- b) Die **Tätigkeitsbeschreibung** des Arbeitnehmers ist eine kontrollfreie Leistungsbeschreibung.
- c) Auch eine **isolierte Verzichtserklärung** kann kontrollfrei sein. Die Kontrolle beschränkt sich in diesen Fällen auf die Transparenzkontrolle (§ 307 Abs. 3 S. 2 BGB).



III. Transparenzgebot

1. Die Transparenzkontrolle greift **auch bei normwiederholenden Klauseln und Preisabreden**, § 307 Abs. 3 S. 2 BGB, sowie bei Bezugnahmen auf TV und BV, § 310 Abs. 4 S. 3 BGB (letzteres str., abw. *BAG 28.06.2007 - 6 AZR 750/06 - NZA 2007, 1049*).
- Die Transparenzkontrolle darf aber nicht überspannt werden: Die Verpflichtung zur Transparenz besteht nur im **Rahmen des Möglichen** (*BAG 31.8.2005 - 5 AZR 545/04 - AP ArbZG § 6 Nr. 8*).
 - a) **Anrechnungsvorbehalte** sind i.d.R. transparent und nicht unangemessen (*BAG 1. 3. 2006 5 AZR 363/05 - NZA 2006, 746*).
 - b) **Streit besteht über die Anforderungen an die Transparenz** (Bspl. **Widerrufsvorbehalte, Freiwilligkeitsvorbehalte, Vertragsstrafen**).
- **Gemäß § 310 Abs. 3 Nr. 3 BGB fließen die Umstände des Vertragsschlusses** in die Beurteilung der unangemessenen Benachteiligung ein. Diese Umstände können sich auch auf die Transparenzkontrolle auswirken (*BAG 31.8.2005 - 5 AZR 545/04 – AP ArbZG § 6 Nr. 8*).



III. Transparenzgebot

Beispiel für eine weitgehende Regelung (Ruhens des ArbVerh., Abbedingung des § 615 BGB):

„Eine Klausel im Arbeitsvertrag, wonach das Arbeitsverhältnis und die sich daraus ergebenden Arbeits- und Lohnzahlungspflichten während der Schulferienzeiten ruhen sollen, soweit diese Zeiten nicht durch Urlaub ausgefüllt werden, ist wirksam.“

„Die Klausel verstößt nicht gegen das Transparenzgebot des § 307 I 2 BGB. Die Bestimmung, dass das Arbeitsverhältnis und die sich daraus ergebenden Arbeits- und Lohnzahlungspflichten während der Ferienzeiten ruhen, soweit diese Zeiten nicht durch Urlaub ausgefüllt werden, ist hinreichend klar und verständlich.“

„Die Ruhensvereinbarung für die Zeiten der Schulferien stellt als solche keine unangemessene Benachteiligung dar.“

(BAG 10. 1. 2007 5 AZR 84/06 NZA 2007, 384)

Kritik: Dies ist bedenklich, wenn der Arbeitnehmer unbefristet gebunden ist und das Ruhen des Arbeitsverhältnisses über längere Zeiträume zum Wegfall der Sozialversicherungspflicht führt. Das kann zu einer unangemessenen Vertragsgestaltung führen.

IV. Widerrufsvorbehalte

1. **Voraussetzungen und Umfang der vorbehaltenen Änderungen müssen möglichst konkretisiert werden. Die widerrufliche Leistung muss nach Art und Höhe eindeutig sein, damit der Arbeitnehmer erkennen kann, was ggf. "auf ihn zukommt".**
2. **Die Bestimmung muss die Angemessenheit und Zumutbarkeit erkennen lassen. Der Maßstab von § 307 Abs. 1, Abs. 2, § 308 Nr. 4 BGB muss nach dem Text der Klausel zum Ausdruck kommen. Es muss sich aus der Regelung selbst ergeben, dass der Widerruf nicht ohne Grund erfolgen darf. (BAG 12. 1. 2005 NZA 2005, 465)**
 - **Bei den Widerrufsgründen muss zumindest die Richtung angegeben werden, aus der der Widerruf möglich sein soll (wirtschaftliche Gründe, Leistung oder Verhalten des Arbeitnehmers).**
 - **Der Grad der Störung (wirtschaftliche Notlage, negatives wirtschaftliches Ergebnis, nicht ausreichender Gewinn, Rückgang der erwarteten wirtschaftlichen Entwicklung, unterdurchschnittliche Leistungen des Arbeitnehmers, schwerwiegende Pflichtverletzungen) muss konkretisiert werden, wenn der Verwender hierauf abstellen will.**



IV. Widerrufsvorbehalte

3. Die Vereinbarung eines Widerrufsvorbehalts ist zulässig, soweit der im **Gegenseitigkeitsverhältnis stehende widerrufliche Teil des Gesamtverdienstes unter 25 % liegt** und der Tariflohn nicht unterschritten wird.
4. Sind darüber hinaus Zahlungen des Arbeitgebers widerruflich, die **nicht eine unmittelbare Gegenleistung** für die Arbeitsleistung darstellen, sondern Ersatz für Aufwendungen sind, die an sich der Arbeitnehmer selbst tragen muss, erhöht sich der widerrufliche Teil der Arbeitsvergütung auf bis zu **30 % des Gesamtverdienstes**.
5. An einer fehlenden Frist für die Wirkung des Widerrufs kann die Vereinbarung nicht scheitern. Hierfür gibt es keinen Ansatz im Gesetz. Allenfalls bei der Ausübungskontrolle kommt die Einräumung einer **Auslaufrist** in Betracht.

BAG 11. 10. 2006 NZA 2007, 87



IV. Widerrufsvorbehalte

- 6. Stets bedarf es auf der zweiten Stufe der Prüfung der konkreten Ausübung des Widerrufsrechts.**
- 7. Auch wenn ein unangemessener Eingriff in den Kernbereich des Arbeitsverhältnisses nicht vorliegt, muss die Ausübung des vorbehaltenen Widerrufs im Einzelfall billigem Ermessen iSd. § 315 BGB entsprechen.**
 - Die Widerrufsausübung kann gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz verstoßen.
 - Im Rahmen der Prüfung der Voraussetzungen der Widerrufsklausel wird auch geprüft, ob die geltend gemachten wirtschaftlichen Gründe wirklich vorliegen (BAG 15. 8. 2000 – 1 AZR 458/99 – juris)



V. Freiwillige Leistungen und Freiwilligkeitsvorbehalte

1. Literatur und Rechtsprechung kämpfen nach wie vor um die richtige Handhabung des Phänomens.
2. Die Lösung wird durch Verständigungsschwierigkeiten erschwert, weil die Fallgruppen nicht getrennt werden. Zu unterscheiden sind:
 - a) Im **Gegenseitigkeitsverhältnis** stehende laufende Zahlungen und Sondervergütungen.
 - b) **Nicht im Gegenseitigkeitsverhältnis** stehende Leistungen, die unter Freiwilligkeitsvorbehalt gestellt werden.
 - c) **Echte freiwillige Leistungen** (ohne vertragliche Zusage).
 - d) Ohne vertragliche Grundlage durch den Arbeitgeber gewährte Leistungen, die mit Hilfe eines Freiwilligkeitsvorbehalts nicht zum festen Vertragsbestandteil kraft **betrieblicher Übung** werden sollen.



V. Freiwillige Leistungen und Freiwilligkeitsvorbehalte

1. Im **Gegenseitigkeitsverhältnis** stehende laufende Zahlungen und Sondervergütungen

- a) Der Arbeitgeber kann als Vertragsverwender seine Gegenleistung nicht formularmäßig „freiwillig und unter Ausschluss des Rechtsanspruches“ gewähren.
- b) Diese – seit langem vertretene Einschätzung – hat der 5. Senat des BAG jetzt bestätigt, BAG 25.04.2007 - 5 AZR 627/06 - NZA 2007, 853.
„Sieht ein vom Arbeitgeber vorformulierter Arbeitsvertrag eine monatlich zu zahlende Leistungszulage unter Ausschluss jeden Rechtsanspruchs vor, benachteiligt dies den Arbeitnehmer unangemessen. Die Klausel ist unwirksam.“
BAG: „Dies gilt nicht nur für die Grundvergütung, sondern auch für zusätzliche regelmäßige Zahlungen, die von den Parteien als Teil der Arbeitsvergütung und damit als unmittelbare Gegenleistung für die vom Arbeitnehmer zu erbringende Arbeitsleistung vereinbart werden.“
- c) Der 5. Senat des BAG hat sich damit denjenigen Stimmen in der Literatur angeschlossen, die Freiwilligkeitsvorbehalte in Bezug auf Gegenleistungspflichten generell für unwirksam halten.

V. Freiwillige Leistungen und Freiwilligkeitsvorbehalte

1. Im **Gegenseitigkeitsverhältnis** stehende laufende Zahlungen und Sondervergütungen

- a)** Aus diesen Aussagen folgt, dass alle Zahlungen des Arbeitgebers daraufhin zu prüfen sind, ob sie als Gegenleistung zu kategorisieren sind.
- Dringend überprüfungsbedürftig ist die gesamte bisherige Rspr. des 10. Senats des BAG, soweit sie die Rechtmäßigkeit von Freiwilligkeitsvorbehalten bei sog. Gratifikationen und ähnlichen Jahressonderleistungen (zB jährliches Urlaubsgeld) bejaht hat.
 - Der 5. Senat würde Freiwilligkeitsvorbehalte bei allen Vergütungsbestandteilen, die in unmittelbarem Gegenseitigkeitsverhältnis zur Arbeitsleistung stehen, nicht anerkennen.
 - Der 10. Senat erzielt jetzt das gleiche Ergebnis über Transparenzerwägungen (BAG 30. 7. 2008 – 10 AZR 606/07 – NZA 2008, 1173).
- b)** Wenn der Arbeitgeber vertraglich eine konkrete Leistung verspricht, kann er diese nicht durch einen Freiwilligkeitsvorbehalt entwerten. Denkbar ist ein transparenter Widerrufsvorbehalt unter den dargestellten Voraussetzungen.

V. Freiwillige Leistungen und Freiwilligkeitsvorbehalte

1. Im **Gegenseitigkeitsverhältnis** stehende laufende Zahlungen und Sondervergütungen

c) Konsens ist, dass fast alle Freiwilligkeitsvorbehalte schon am Transparenzgebot des § 307 I 2 BGB scheitern.

- Die bloße Auflistung freiwilliger Leistungen im Vertrag begründet noch keinen Freiwilligkeitsvorbehalt!
- Rechtsanspruch und Freiwilligkeitsvorbehalt schließen sich gegenseitig aus, vgl. BAG 30. 7. 2008 – 10 AZR 606/07 - NZA 2008, 1173:

„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. Solche widersprüchlichen Klauseln sind nicht klar und verständlich im Sinne von § 307 I 2 BGB.“

V. Freiwillige Leistungen und Freiwilligkeitsvorbehalte

1. Im Gegenseitigkeitsverhältnis stehende laufende Zahlungen und Sondervergütungen

- d) **Freiwilligkeitsvorbehalte benachteiligen** den Arbeitnehmer auch materiell **unangemessen**.
- Die Fixierung von Leistungen im Arbeitsvertrag begründet eine berechnete Erwartung des Arbeitnehmers. Ein gleichzeitig vereinbarter Freiwilligkeitsvorbehalt verstößt gegen den genuinen Schutzzweck des AGB-Rechts und den Rechtsgedanken des Vertrauensschutzes („Wursttheorie“ für Vegetarier: „Möhrentheorie“).
 - In Nebenbestimmungen zur Preisabrede fixierte Freiwilligkeitsvorbehalte nehmen nicht an der Abschlussentscheidung des Arbeitnehmers teil, der in der Preisabrede ausdrücklich ausgewiesene Betrag aber schon.
- e) **Der Ausschluss des Rechtsanspruchs verhindert 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.**
- Aus den verschiedenen Entgeltbestandteilen (z.B. Grundgehalt, übertarifliche Zulage, Pauschalvergütung für Überstunden, „Weihnachtsgratifikation“ in Höhe eines Grundgehalts) kann der Arbeitnehmer seine Jahresvergütung berechnen und eine berechnete Vertrauenserwartung ziehen.
 - Die bisherige Rechtsprechung des BAG zu Sonderleistungen ist schwer zu halten. Freiwilligkeitsvorbehalte einerseits und Stichtags-, Bindungs- und Rückzahlungsklauseln andererseits schließen sich aus.
 - Sein Flexibilisierungsinteresse muss der Arbeitgeber mit der Vereinbarung von **transparenten Widerrufs- oder Anrechnungsvorbehalten verwirklichen**.

V. Freiwillige Leistungen und Freiwilligkeitsvorbehalte

1. Im **Gegenseitigkeitsverhältnis** stehende laufende Zahlungen und Sondervergütungen

f) Leistungsbezogene Zahlungen und Freiwilligkeitsvorbehalte schließen sich gegenseitig aus (BAG 24. 10. 2007 - 10 AZR 825/06 - NZA 2008, 40).

- Der Arbeitgeber kann nicht in einem Atemzug einen Vertragsanspruch begründen und gleichzeitig den Rechtsanspruch ausschließen.
- Solche Klauseln sind widersprüchlich und scheitern am Transparenzgebot.

g) Generell für alle Sonderzahlungen jetzt BAG 30. 7. 2008 – 10 AZR 606/07 - NZA 2008, 1173:

Nicht geeignete Vertragsvereinbarung:

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

Nicht geeignete Vertragsvereinbarung:

„Sie erhalten einen gewinn- und leistungsabhängigen Bonus, der im ersten Jahr Ihrer Betriebszugehörigkeit EUR 7.700,- nicht unterschreiten wird und im Frühjahr des Folgejahres zur Auszahlung kommt. Die Zahlung des Bonus erfolgt in jedem Falle freiwillig und begründet keinen Rechtsanspruch für die Zukunft.“

V. Freiwillige Leistungen und Freiwilligkeitsvorbehalte

1. Im **Gegenseitigkeitsverhältnis** stehende laufende Zahlungen und Sondervergütungen

Leitsatz BAG 24. 10 2007 10 AZR 825/06 NZA 2008, 40:

- „1. Ein Verstoß gegen das in § 307 Abs. 1 Satz 2 verankerte Transparenzgebot, Vertragsklauseln klar und verständlich zu formulieren, liegt vor, wenn der Arbeitgeber in einem von ihm vorformulierten Arbeitsvertrag sich zu einer Bonuszahlung verpflichtet und im Widerspruch dazu in einer anderen Vertragsklausel einen Rechtsanspruch des Arbeitnehmers auf eine Bonuszahlung ausschließt. In einem solchen Fall ist die Bonusregelung nicht insgesamt unwirksam, sondern nur insoweit, als der Arbeitnehmer durch den Ausschluss eines Rechtsanspruchs auf die Bonuszahlung benachteiligt wird.
2. Eine vom Arbeitgeber vorformulierte Klausel, die den Anspruch des Arbeitnehmers auf eine gewinn- und leistungsabhängige Bonuszahlung an ein an einem bestimmten Stichtag ungekündigtes Arbeitsverhältnis knüpft, unterliegt der Inhaltskontrolle nach § 307 BGB.
3. Eine Stichtagsregelung, die unabhängig von der Höhe der Bonuszahlung den Arbeitnehmer bis zum 30. September des Folgejahres bindet, ist zu weit gefasst, benachteiligt den Arbeitnehmer entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen iSv. § 307 BGB und ist deshalb unwirksam.
4. Es bleibt unentschieden, ob bei der Inhaltskontrolle von Bindungsklauseln zwischen Stichtags- und Rückzahlungsklauseln zu differenzieren ist, ob eine unangemessene Benachteiligung des Arbeitnehmers vorliegt, wenn Bindungsklauseln bei Sonderzahlungen nicht zwischen Kündigungen differenzieren, die in den Verantwortungsbereich des Arbeitnehmers oder des Arbeitgebers fallen, und ob bei Sonderzahlungen, die mindestens 25 % der Gesamtvergütung des Arbeitnehmers ausmachen, Stichtags- oder Rückzahlungsklauseln zulässig sind.



V. Freiwillige Leistungen und Freiwilligkeitsvorbehalte

2. Nicht im Gegenseitigkeitsverhältnis stehende Leistungen

- a) Eine „ehrliche“ Betrachtung der Vertragspraxis zeigt, dass der Arbeitgeber fast jede Leistung mit Rücksicht auf die Arbeitsleistung zahlt.
- b) Es gibt nur wenige Leistungen, die eindeutig nicht für die geleistete Arbeit erbracht werden (z.B. Personalrabatte, Heiratszuschläge; Jubiläumsgelder).
- c) Klauselbeispiel:

„In folgenden Fällen erhält der Arbeitnehmer eine einmalige Zulage in Höhe von ... Euro:

- Heirat
- 60. Geburtstag
- 25jähriges Dienstjubiläum

Ferner erhält der Arbeitnehmer einen Personalrabatt in Höhe von 10 % auf alle non-food-Artikel. Die Gewährung dieser Leistungen ist freiwillig. Ein Anspruch darauf wird für die Zukunft auch bei wiederholter Zahlung nicht begründet.“

V. Freiwillige Leistungen und Freiwilligkeitsvorbehalte

3. Echte freiwillige Leistungen (ohne vertragliche Zusage).

- a) „Echte“ freiwillige Leistungen, die ohne vertragliche Grundlage und ohne Rechtsanspruch gewährt werden, sind – bei transparenter Gestaltung – entweder bereits nicht kontrollfähig gem. § 307 Abs. 3 S. 1 BGB oder benachteiligen den Arbeitnehmer nicht unangemessen.
- Der Arbeitgeber kann anlassbezogen (gutes Geschäftsjahr, hohe Absatzzahlen, guter Börsenkurs) Leistungen an die Belegschaft oder Teile davon gewähren. Er sollte sie bei der Gewährung transparent als „freiwillige Leistungen, auf die kein Rechtsanspruch besteht“, deklarieren. Damit schließt er eine Bindung kraft betrieblicher Übung aus.
- b) Denkbar ist, dass der Arbeitgeber Leistungen in einem Vertrag pauschal erwähnt, ohne eine Regelung zu treffen:
- (Bspl.: „Bonuszahlungen: Die Firma kann Bonuszahlungen gewähren. Ob ein Bonus gewährt wird, entscheidet die Geschäftsleitung bis 30.6. des folgenden Kalenderjahres).
 - In einer solchen Klausel liegt schon kein rechtsgeschäftliches Leistungsversprechen, aus dem der Arbeitnehmer Vertrauensschutz herleiten könnte. Gewährt der Arbeitgeber dann tatsächlich einen Bonus, sind diese Zahlungen nicht anders als sonstige freiwillige Zahlungen ohne jede Vertragsbasis zu behandeln.



V. Freiwillige Leistungen und Freiwilligkeitsvorbehalte

4. Freiwilligkeitsvorbehalte bei betrieblicher Übung

- a) Eine Sonderthematik ist die Bindung des Arbeitgebers an eine betriebliche Übung.
- **Hinweis:** Offenkundig nur auf diese Thematik erstrecken sich – ohne dass es fallrelevant wäre – die Ausführungen des BAG 30. 7. 2008 – 10 AZR 606/07 - NZA 2008, 1173:
 - Es ist deutlich zu unterscheiden, ob der Arbeitgeber eine Zahlung ohne Vertragsgrundlage vornimmt und bei der Zahlung auf die Freiwilligkeit hinweist, oder ob eine Leistung versprochen wird und im nächsten Atemzug gebrochen wird.
- b) Gestritten werden muss um die Frage, ob auch ein pauschaler (vorweggenommener) Freiwilligkeitsvorbehalt in einem Arbeitsvertrag auch Ansprüche aus betrieblicher Übung verhindert.
- Verneinend: LAG Düsseldorf 11.4.2008 - 9 Sa 115/08 – (Revision eingelegt).
 - Bejahend: BAG 30.7.2008 - 10 AZR 606/07 – NZA 2008, 1173:
„Im Arbeitsvertrag enthaltene Hinweise und getroffene Abreden müssen zu ihrer Wirksamkeit nicht ständig wiederholt werden. Bringt der Arbeitgeber im Arbeitsvertrag deutlich zum Ausdruck, dass die Leistung von Sonderzahlungen ohne rechtliche Verpflichtung erfolgt, genügt dies § 307 I 2 BGB.“

V. Freiwillige Leistungen und Freiwilligkeitsvorbehalte

4. Freiwilligkeitsvorbehalte bei betrieblicher Übung

- c) Offenbar versucht die Rechtsprechung, Vorbehalte, die den Eintritt einer betrieblichen Übung verhindern, „zu retten“
- Beispiel: Zu **Schriftformklauseln** weist der 9. Senat den Weg in der Entscheidung vom 20.5.2008 – 9 AZR 382/07 – NZA 2008, 1233: Durch eine allgemeine – überschießende doppelte Schriftformklausel, die den Vorrang von Individualabreden ausschließt, kann das Entstehen einer betrieblichen Übung nicht verhindert werden.
 - Wenn die Schriftformklausel ausdrücklich nur auf den Fall der betrieblichen Übung fokussiert wird bzw. vorrangige Individualabreden nicht verhindert werden, soll jedenfalls noch die Verhinderung einer betrieblichen Übung bewirkt werden können.
 - In gleicher Weise versucht der 10. Senat mit Hilfe des **allgemeinen Freiwilligkeitsvorbehalts** das Entstehen eines Vertragsanspruches bei Sonderzahlungen ohne ausdrückliche Vertragsabrede im Wege der betrieblichen Übung zu verhindern.
- d) Fraglich ist, ob die bisherigen allgemeinen Freiwilligkeitsvorbehalte Transparenzerfordernissen genügen. Wie ist folgende Klausel zu beurteilen?
- „Gewährt der Arbeitgeber Sonderzahlungen, wird hierdurch ein Rechtsanspruch auf Weitergewährung in den folgenden Kalenderjahren nicht begründet. Der Arbeitgeber behält sich vor, jedes Jahr neu zu entscheiden, ob und in welcher Höhe eine Sonderzahlung gewährt wird.“**

V. Freiwillige Leistungen und Freiwilligkeitsvorbehalte

4. Freiwilligkeitsvorbehalte bei betrieblicher Übung

- e) Die Klausel ist insoweit intransparent, weil sie geeignet ist, den Arbeitnehmer über die wirkliche Rechtslage zu täuschen und ihn davon abzuhalten, seine Rechte in Anspruch zu nehmen.
- f) Für den Arbeitnehmer ist aus einer solchen Klausel nicht klar erkennbar, dass nur – ohne jede vertragliche Abrede - geleistete Sonderzahlungen gemeint sind.
- Beleg: Die Reichweite der Freiwilligkeitsklauseln ist durch das BAG selbst noch vor kurzer Zeit anders interpretiert worden (siehe nur BAG 5.6.1996 AP BGB § 611 Gratifikation Nr. 193):
 - § 3 Arbeitsentgelt:
 1. Der Arbeitnehmer erhält folgendes Arbeitsentgelt: Bruttogehaltsbezüge ab 01.03.1989 monatl.3.950,-- DM.
 2. ...3. Eine außervertragliche Zulage erfolgt auf freiwilliger Basis und kann jederzeit widerrufen werden....
 - § 4 Besondere Bezüge:
 1. Neben dem im vorstehenden Paragraphen festgelegten Arbeitsentgelt werden folgende Leistungen bzw. Sachbezüge vereinbart:
 13. Gehalt
 - Vermögenswirksame Leistungen DM 52,--
 - 50 % Urlaubsgeld/Fahrtkostenerstattung ...
 - 2. Betriebliche Sonderzuwendungen an den Arbeitnehmer aus besonderem Anlaß (z.B. Weihnachtsgeld, Urlaubsgeld) - Gratifikationen - erfolgen auf freiwilliger Grundlage. Ein Anspruch kann daraus nicht hergeleitet werden.
 - 3. Ein 13. Monatsgehalt gilt als Gratifikation."

V. Freiwillige Leistungen und Freiwilligkeitsvorbehalte

4. Freiwilligkeitsvorbehalte bei betrieblicher Übung

- Zum Vergleich die Entscheidungsgründe zu der o.g. Vertragsgestaltung:
 - 14
 - „II. Das in § 4 des Arbeitsvertrages vereinbarte 13. Gehalt ist eine Gratifikation und nicht eine aufgesparte Vergütung für im Laufe des Kalenderjahres geleistete Arbeit. Das ergibt sich eindeutig (!) einmal aus § 4 Nr. 3 des Arbeitsvertrages, wo ausdrücklich darauf hingewiesen wird, daß ein 13. Monatsgehalt eine Gratifikation darstellt, zum anderen auch daraus, daß lediglich § 3 des Arbeitsvertrages das **eigentliche Arbeitsentgelt** regelt und das 13. Gehalt in § 4 unter der Überschrift "Besondere Bezüge" aufgeführt ist.
 - 15
 - § 4 Nr. 2 des Arbeitsvertrages bestimmt ausdrücklich, dass Gratifikationen auf freiwilliger Grundlage gezahlt werden und ein Anspruch aus einer Zahlung nicht hergeleitet werden kann.
 - 16
 - 1. Ein solcher Freiwilligkeitsvorbehalt im Arbeitsvertrag lässt auch bei wiederholter und langjähriger Zahlung einen Anspruch aufgrund einer betrieblichen Übung nicht entstehen. Das gilt jedenfalls dann, wenn im Arbeitsvertrag nicht nur der freiwillige Charakter der Leistung betont, sondern gleichzeitig zum Ausdruck gebracht wird, dass auch aus einer wiederholten Zahlung ein Anspruch für die Zukunft nicht entsteht. Bei einer solchen Fallgestaltung ist der Arbeitgeber in jedem Jahr frei, erneut darüber zu entscheiden, ob er die Leistung gewähren will oder nicht. Das hat der Senat wiederholt entschieden. Daran hält der Senat fest (vgl. zuletzt Urteile des Senats vom 8. März 1995 - [10 AZR 208/94](#) - AP Nr. 184 zu § 611 BGB Gratifikation; vom 6. Dezember 1995 - [10 AZR 198/95](#) - zur Veröffentlichung in der Fachpresse vorgesehen).
- In der Entscheidung vom 30.7.2008 hält der 10. Senat an dieser Interpretation eben nicht fest.

V. Freiwillige Leistungen und Freiwilligkeitsvorbehalte

4. Freiwilligkeitsvorbehalte bei betrieblicher Übung

- f) Es zeichnet sich – bei aller Verwirrung – folgende „klare“ Linie ab.
- Vertraglich zugesicherte Leistungen können nicht gleichzeitig unter einen Freiwilligkeitsvorbehalt gestellt werden.
 - Entgeltabreden können – unter den Voraussetzungen der Rechtsprechung des BAG – unter den o.g. Voraussetzungen mit einem transparenten Widerrufsvorbehalt gestellt werden.
 - Eine ausdrückliche Zusage einer Leistung mit gleichzeitigem Freiwilligkeitsvorbehalt benachteiligt unangemessen (§ 307 I 1 BGB) bzw. ist intransparent (§ 307 I 2 BGB)
 - Individualabreden – auch hinsichtlich zusätzlicher Vergütungen – setzen sich wegen § 305 b BGB stets durch. Sie können nicht durch (doppelte) Schriftformklauseln verhindert werden.
 - **Freiwilligkeitsvorbehalte und (doppelte) Schriftformklauseln sind im Ergebnis allenfalls noch geeignet – bei transparenter Fassung – das Entstehen einer betrieblichen Übung zu verhindern.**
 - **Begründung: Die betriebliche Übung ist keine Individualabrede, sondern wird einseitig durch das Verhalten des Arbeitgebers bestimmt und damit „gestellt“.**
Zutreffend: BAG 20.5.2008 – 9 AZR 382/07 – NZA 2008, 1233.



V. Freiwillige Leistungen und Freiwilligkeitsvorbehalte

4. Freiwilligkeitsvorbehalte bei betrieblicher Übung

Vorschlag für transparente Freiwilligkeits- und Schriftformklauseln zur Verhinderung einer betrieblichen Übung:

(1) Freiwilligkeitsvorbehalt

„Jegliche Sonderzahlungen, die nicht in diesem Vertrag oder einer anderen vertraglichen Abrede vereinbart sind, erfolgen freiwillig und ohne Rechtsanspruch für die Zukunft. Auch die wiederholte Gewährung begründet keinen Anspruch aus betrieblicher Übung.“

(2) Schriftformklausel/Betriebliche Übung

„Ergänzungen und Änderungen dieses Arbeitsvertrages bedürfen der Schriftform, es sei denn, sie beruhen auf einer ausdrücklichen oder individuellen Vertragsabrede. Auch die Aufhebung dieses Schriftform-erfordernisses bedarf der Schriftform. Eine betriebliche Übung ist keine ausdrückliche bzw. individuelle Vertragsabrede. Auch wiederholte Leistungen oder Vergünstigungen ohne ausdrückliche Vertragsabrede begründen keinen Anspruch für die Zukunft.“

V. Freiwillige Leistungen und Freiwilligkeitsvorbehalte

4. Freiwilligkeitsvorbehalte bei betrieblicher Übung

g) Selbst wenn es also „nur noch“ um die Verhinderung einer betrieblichen Übung geht - sofern Zahlungen ohne vertragliche Vereinbarung geleistet werden, bleiben Fragen zur Funktionstauglichkeit der Rechtsprechung zur betrieblichen Übung.

h) Liegt ein Fall der betrieblichen Übung mit Freiwilligkeitsvorbehalt auch dann noch vor, wenn es nicht nur um „Gratifikationen“ geht, sondern um substantielle Zahlungen im Austauschverhältnis?

– **Beispiel: LAG Düsseldorf 11.4.2008 – 9 Sa 115/08 –.**

Der Arbeitnehmer erhält 55.000 € Jahresvergütung. In den Jahren 2002 bis 2005 erhielt er jeweils jährliche Sonderzahlungen in Höhe von 25.000 bis 30.000 €. Umstritten ist, ob die Basis der Zahlung das Geschäftsergebnis ist. Im Jahr seines Ausscheidens wird dem AN die Zahlung verweigert. Die Schreiben lauteten jeweils:

– „Wir freuen uns, Ihnen für das Jahr 200X eine Sonderzahlung in Höhe von € 25.500,00 zukommen zu lassen. Die Auszahlung erfolgt mit dem Gehalt für April 200x. Diese Zahlung ist einmalig und schließt zukünftige Ansprüche aus. Wir danken Ihnen für Ihre bisherige Arbeit und wünschen Ihnen weiterhin viel Erfolg in unserem Hause.“

V. Freiwillige Leistungen und Freiwilligkeitsvorbehalte

4. Freiwilligkeitsvorbehalte bei betrieblicher Übung

- i) Fragen zum Fall LAG Düsseldorf 11.4.2008 – 9 Sa 115/08 –:**
- **Unterliegt das vorformulierte Schreiben des Arbeitgebers der AGB-Kontrolle oder gehört die Formulierung „ Diese Zahlung ist einmalig und schließt zukünftige Ansprüche aus.“ zu der nach § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB kontrollfreien Hauptabrede?**
 - **Wird die Kontrollfähigkeit bejaht, ist zu prüfen, ob es sich bei der Sonderzahlung um einen Teil der Arbeitsvergütung handelt, die durch die Klausel dem Synallagma entzogen wird.**
 - **Ist die Rechtsprechung zur betrieblichen Übung geeignet, eine Flexibilisierung erheblicher Teile der Gegenleistung zu legitimieren?**
 - **Die Lösung liegt m.E. auf der Ebene des Rechtsbindungswillens. Liegt nicht in Wahrheit eine konkludent getroffene Hauptleistungsabrede vor, eine gewinnabhängige Tantieme zu zahlen, deren Höhe nicht feststeht?**
 - **Dann bestünde ein prinzipieller Anspruch, dessen konkrete Höhe im Wege der Auslegung (ggf. mit richterlicher Kontrolle) nach § 315 BGB zu bestimmen ist.**

V. Freiwillige Leistungen und Freiwilligkeitsvorbehalte

4. Freiwilligkeitsvorbehalte bei betrieblicher Übung

j) **Konsequenz:**

- Gelingt es dem Arbeitnehmer – gegen die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit des schriftlichen Arbeitsvertrages - eine rechtsgeschäftliche Abrede bzw. einen Rechtsbindungswillen des Arbeitgebers zu beweisen?
- Wenn ja, dann ist die einseitig formulierte Freiwilligkeitsvorbehalt eine diese rechtsgeschäftliche Abrede relativierende AGB.
- Im Ansatz richtig daher der „Professorenfall“ des BGH zur Beteiligung von Assistenten an Privateinnahmen (BGH 2.12.1976 WM 1977, 739).



VI. Anrechnung übertariflicher Leistungen

1. Ein ausdrücklicher Anrechnungsvorbehalt kann unter dem Gesichtspunkt des Transparenzgebotes (§ 307 I 2) nicht beanstandet werden. Der Arbeitnehmer erkennt an dieser Vertragsgestaltung, dass seine übertariflichen Lohnbestandteile nur so lange effektiv wirken, bis eine Tariflohnerhöhung erfolgt. **Der Anrechnungsgrund ist auf einen konkreten und transparenten Aspekt reduziert** (s. im einzelnen *Preis*, FS für Kissel, 1994, S. 879 ff.; *BAG 1. 3. 2006 - 5 AZR 363/05 - NZA 2006, 746*).
2. Der bislang von der Rspr. akzeptierte Hinweis „übertariflich“ genügt dem Transparenzgebot nicht, weil sich dieser Kennzeichnung nicht mit der notwendigen Bestimmtheit entnehmen lässt, dass eine jederzeitige Anrechenbarkeit gewollt ist (a.A. *BAG 27.8.2008 – 5 AZR 820/07 -*).
3. **Zweifelhaft ist aber, ob der bloße Gebrauch des Wörtchens „anrechenbar“ schon eine transparente Regelung eines Vorbehalts darstellt** (so aber *BAG 1. 3. 2006 - 5 AZR 363/05 - NZA 2006, 746*).
4. Auch kann bei formularmäßiger Vereinbarung ein Anrechnungsvorbehalt in Zweifelsfragen nicht zu Lasten des AN ausgelegt werden (§ 305 c II).



VII. Befristung einzelner Arbeitsbedingungen

1. Gegenstand der Inhaltskontrolle ist nicht die vereinbarte Erhöhung der Arbeitszeit und damit der Umfang der vom Arbeitnehmer zu erbringenden Arbeitsleistung als Hauptleistungspflicht aus dem Arbeitsverhältnis, sondern deren **zeitliche Einschränkung** durch die Befristung. Im Falle der Unwirksamkeit der Befristung ist der Umfang der Arbeitszeit - ebenso wie der gesamte Arbeitsvertrag - für unbestimmte Zeit vereinbart. (BAG 27.7.2005 NZA 2006, 40).
2. Die **Transparenzerfordernisse** sind mind. so hoch wie beim Widerrufsvorbehalt, da die Ausübungskontrolle entfällt und im Abschlusszeitpunkt der Befristungsgrund klar sein muss (z.B. vorübergehender Mehrbedarf; str.).
3. Allein die **Ungewissheit über den künftigen Arbeitskräftebedarf reicht nicht aus, die Befristung von Arbeitszeiterhöhungen zu rechtfertigen**. Diese Ungewissheit gehört zum unternehmerischen Risiko, das nicht auf die Arbeitnehmer verlagert werden kann (BAG 27.7.2005 NZA 2006, 40; BAG 8. 8. 2007 NZA 2008, 229).
4. Die befristete **Übertragung einer höherwertigen Tätigkeit** ist bei transparenter Vertragsgestaltung und sachlichem Grund für die Befristung i.d.R. nicht zu beanstanden (BAG 14. 11. 2007 - 4 AZR 945/06 – NZA-RR 2008, 358)



VIII. Direktionsrecht/Unechte Direktionsrechtserweiterungen

- 1. Zu unterscheiden sind echte und unechte Direktionsrechtserweiterungen.**
 - Die unechte Direktionsrechtserweiterung ist dadurch gekennzeichnet, dass sie materiell über den Inhalt des § 106 GewO gar nicht hinausgeht, sie damit im Lichte der §§ 307 ff. BGB auch hinsichtlich der Inhaltskontrolle keinen Bedenken unterliegt.
 - Notwendig ist aber eine transparente Formulierung!
- 2. Im Ergebnis richtig daher (BAG 11. 4. 2006 – 9 AZR 557/05 – BB 2006, 2195): *Eine formularmäßige Versetzungsklausel, die materiell der Regelung in § 106 GewO nachgebildet ist, stellt weder eine unangemessene Benachteiligung des Arbeitnehmers nach § 307 I 1 BGB dar noch verstößt sie allein deshalb gegen das Transparenzgebot des § 307 I 2 BGB.***
- 3. Präziser der 5. Senat (BAG 13. 6. 2007 - 5 AZR 564/06 - NZA 2007, 974): *Das Transparenzgebot verlangt nicht, alle möglichen Konkretisierungen der Arbeitspflicht und des Weisungsrechts ausdrücklich zu regeln. Vielmehr ist das gesetzliche Weisungsrecht (§ 106 GewO) Ausfluss und Folge der vertraglichen Festlegung der Arbeitspflicht.***



VIII. Direktionsrecht/Direktionsrechtserweiterungen

4. Unsicherheit besteht bzgl. Anforderungen an die Transparenz.

- In BAG 11. 4. 2006 AP BGB § 307 Nr. 17 wurde die Formulierung „*Der AG behält sich unter Wahrung der Interessen des AN die Zuweisung eines anderen Arbeitsgebietes vor*“ nicht beanstandet („unechte Direktionsrechtserweiterung“).
- In BAG 9. 5. 2006 AP BGB § 307 Nr. 21 wurde dagegen die Formulierung „*Falls erforderlich, kann der AG nach Abstimmung der beiderseitigen Interessen Art und Ort der Tätigkeit des/der Angestellten ändern*“ als zu weitgehend beanstandet, weil mit ihr auch die Zuweisung einer geringerwertigen Tätigkeit gemeint sein könnte („echte Direktionsrechtserweiterung“).
- In BAG 13. 3. 2007 9 AZR 433/06 AP Nr. 26 zu § 307 BGB wurde die Klausel, dass sich der Arbeitgeber vorbehält, *einen Mitarbeiter entsprechend seinen Leistungen und Fähigkeiten mit einer anderen im Interesse des Unternehmens liegenden Tätigkeit zu betrauen und auch an einem anderen Ort zu beschäftigen*, weder als intransparent noch als unangemessen bezeichnet („unechte Direktionsrechtserweiterung“).

5. Empfehlung: Präzise und transparente Formulierung!



VIII. Echte Direktionsrechtserweiterungen

1. Die „echte“ Erweiterung des Direktionsrechts ist – über die Schranken des § 106 GewO hinaus – Restriktionen unterworfen.
 2. Das Weisungsrecht nach § 106 GewO umfasst **nicht** die Befugnis zur Versetzung des Arbeitnehmers auf einen Arbeitsplatz mit einer **geringerwertigen Tätigkeit**, und zwar auch dann nicht, wenn die bisher gezahlte Vergütung fortgezahlt wird.
 3. Kurz gefasst: Das Weisungsrecht erstreckt sich nicht auf die *essentialia negotii* und die Grundlagen der Vertragsabrede.
 4. Echte Direktionsrechtserweiterungen sind kontrollfähig und kontrollbedürftig, insbesondere auch auf Transparenz.
- Die Kontrollmaßstäbe sind ähnlich wie bei Widerrufsvorbehalten.
 - Die Klausel ist ohne nachvollziehbare, transparente Änderungsgründe unwirksam. Die Grenze liegt auch hier in Anlehnung an BAG 7. 12. 2005 (NZA 2006, 423) bei einer Absenkung von 20%.
 - Es kommt hinzu: Der Arbeitnehmer hat ein gewichtiges Interesse an der Beibehaltung der höherwertigen Tätigkeit hat (s. a. BAG 9. 5. 2006 AP BGB § 307 Nr. 21: Eingriff in das Austauschverhältnis).
 - Entspr. Klauseln dürften **idR unangemessen** sein, da geringerwertige Tätigkeit und geringere Vergütung **doppelt belastend** wirken!!

VIII. Direktionsrecht – Zusammenfassung

Die Zulässigkeit und Kontrollfähigkeit von Tätigkeitsbeschreibungen, unechten und echten Direktionsrechtserweiterungen **richtet sich im Ergebnis nach folgender „3-Stufen-Theorie“** (hierzu *Preis/Genenger*, NZA 2008, 969):

1. Die Tätigkeitsbeschreibung des Arbeitnehmers ist eine kontrollfreie Hauptabrede (§ 307 Abs. 3 BGB). In der Formulierung einer engen oder weiten Tätigkeitsbeschreibung sind die Parteien frei.
2. Enge Tätigkeitsbeschreibungen können durch Direktionsrechtsklauseln erweitert werden, wobei diese Erweiterung auch Gegenstand einer (zulässigen) weiten Tätigkeitsbeschreibung sein kann, die im Rahmen des § 106 GewO konkretisiert wird (= **unechte Direktionsrechtserweiterung**). Im Kontext der Inhaltskontrolle bedeutet dies: Eine **unechte Direktionsrechtserweiterung im Sinne einer Tätigkeitsbeschreibung als Hauptabrede ist i.d.R. schon kontrollfrei und weicht jedenfalls nicht vom dispositiven Recht (§ 106 GewO) ab. Es ist nicht gerechtfertigt, an eine derartige Vertragsregelung die gleichen Transparenzerfordernisse wie bei echten Direktionsrechtserweiterungen oder Leistungsbestimmungsklauseln zu legen. Unechte Direktionsrechtserweiterungen sind auszulegen und unterliegen der Unklarheitenregel (§ 305 c Abs. 2 BGB) wie Transparenzkontrolle (§ 307 Abs. 3 S. 2, Abs. 1 S. 2 BGB).**
3. Direktionsrechtsklauseln, die dem Arbeitgeber das Recht einräumen, die Hauptabrede einseitig zu verändern (= **echte Direktionsrechtserweiterungen**) sind nur nach Maßgabe der strengen Anforderungen der Rechtsprechung zu Leistungsbestimmungsrechten (Änderungs-, Freiwilligkeits- und Widerrufsvorbehalten) zulässig.



IX. Abrufarbeit/Bandbreitenregelung

- 1. Abrufarbeit und Bandbreitenregelungen sind grds. zulässig! (BAG 7.12.2005 - 5 AZR 535/04 - NZA 2006, 423).**
 - Entsprechende Vereinbarungen unterliegen allerdings der Inhaltskontrolle gemäß §§ 305ff. BGB.
 - Die restriktive Entscheidung des BAG vom 12.12.1984 BAGE 47, 314, die jede Flexibilität bei der Dauer der Arbeitszeit ausschloss, ist damit obsolet!
- 2. Mit dem vertraglichen Recht, die vereinbarte regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit einseitig verlängern zu können, wird ein Teil des den Arbeitgeber nach § 615 BGB treffenden Wirtschaftsrisikos auf den Arbeitnehmer verlagert. Das ist nur in Grenzen zulässig.**



IX. Abrufarbeit/Bandbreitenregelung

„Das Interesse des Arbeitgebers an einer Flexibilisierung der Arbeitszeitdauer und das Interesse des Arbeitnehmers an einer festen Regelung der Dauer der Arbeitszeit und der sich daraus ergebenden Arbeitsvergütung sind angemessen zum Ausgleich zu bringen. .. Danach darf der widerrufliche Anteil am Gesamtverdienst nicht mehr als 25 -30 % des Gesamtverdienstes ausmachen. Bei der Prüfung der Angemessenheit einer Vereinbarung über Arbeit auf Abruf geht es .. allein um den Umfang der im unmittelbaren Gegenseitigkeitsverhältnis stehenden Arbeitspflicht. Das schließt einen über 25 % hinausgehenden Anteil abrufbarer Arbeitsleistung aus. **Die vom Arbeitgeber abrufbare über die vereinbarte Mindestarbeitszeit hinausgehende Arbeitsleistung des Arbeitnehmers darf nicht mehr als 25 % der vereinbarten wöchentlichen Mindestarbeitszeit betragen. Bei einer Vereinbarung über die Verringerung der vereinbarten Arbeitszeit beträgt demzufolge das Volumen 20 % der Arbeitszeit.“**

„Eine solche Regelung berücksichtigt die berechtigten beiderseitigen Interessen in angemessener Weise. Hierdurch wird dem Arbeitgeber ein hohes Maß an Flexibilität eingeräumt.

- Bei einer Sockelarbeitszeit von 30 Wochenstunden kann er über eine vereinbarte Arbeit auf Abruf die regelmäßige Arbeitszeit in der Woche auf bis zu 37,5 Stunden heraufsetzen.
- Soweit die Voraussetzungen für die Anordnung von Überstunden vorliegen, kann die Arbeitszeit noch weiter verlängert werden.
- **Die Höchstgrenze von 25 % der vereinbarten wöchentlichen Mindestarbeitszeit führt aber auch zu einem Schutz der Arbeitnehmer vor Vereinbarungen, die nur eine geringe Mindestarbeitszeit und einen hohen variablen Arbeitszeitanteil vorsehen..**
 - Je geringer die vereinbarte wöchentliche Mindestarbeitszeit ist, desto geringer ist rechnerisch die einseitig vom Arbeitgeber abrufbare Arbeitsleistung des Arbeitnehmers.
 - **Ist zB eine Mindestarbeitszeit von 15 Wochenstunden vereinbart, beträgt die zusätzlich abrufbare Arbeitsleistung nur 3,75 Stunden. Will der Arbeitgeber ein relativ hohes Maß an Flexibilität, darf er mit dem Arbeitnehmer keine allzu niedrige Mindestarbeitszeit vereinbaren. .“**

(BAG 7.12.2005 - 5 AZR 535/04 - NZA 2006, 423).



IX. Abrufarbeit/Bandbreitenregelung

3. Diese ausgewogene Grenzziehung wird nun vom 9. Senat aufgeweicht: Demnach soll der AG einseitig über eine Aufstockung um 75% der Mindestarbeitszeit disponieren dürfen, wenn dieser Flexibilität eine Arbeitsplatzsicherung zugunsten der AN gegenübersteht (BAG 14. 8. 2007 AP ATG § 6 Nr. 2). Bei Abwägung der Vor- und Nachteile benachteilige diese Vertragsgestaltung den AN nicht unangemessen. Es handele sich um eine „tatsächliche Besonderheit des Arbeitslebens“.
4. Krit. ist einzuwenden, dass damit jede handhabbare Grenze aufgegeben und dem AG die Möglichkeit eingeräumt wird, durch die Drohung mit Arbeitsplatzabbau und gleichzeitiger Einräumung eines Sonderkündigungsschutzes eine extreme Flexibilisierung der synallagmatischen Leistungen zu erreichen.



X. Fazit

1. Die AGB-Kontrolle gehört nach dem Kündigungsschutzrecht zum praktisch wichtigsten Bereich der Rechtsprechung im Individualarbeitsrecht.
2. Bis auf wenige Fallgestaltungen, die noch einer Feinjustierung bedürfen (Direktionsrechte, Freiwilligkeitsvorbehalte; Bandbreitenregelung), sind alle wesentlichen Grundfragen durch die Rspr. des 5. Senats des BAG vorgezeichnet. Feinjustierungen zur Rechtsprechung des 9. und 10. Senats, die unnötige Unklarheit gebracht haben, sind noch notwendig.
3. Das BAG zeigt, wie die Kodifikation der Inhaltskontrolle Sicherheit, Fairness und Flexibilität in die Arbeitsvertragsgestaltung bringt.
4. Für die Anwaltschaft gilt:
 - Transparente Vertragsgestaltung ist das Gebot der Stunde.
 - Mehr Müheverwaltung bei Vertragsentwürfen erfreut die Mandanten.
 - Vertragsgestaltung ist die vornehme (und ordentlich zu vergütende) Aufgabe der Kautelarjuristen.

