

## FAO - Forum Arbeitsrecht Oldenburg, 4. November 2010

Im Rahmen der noch jungen Veranstaltungsreihe „forum arbeitsrecht oldenburg“, konnte Frau Prof. Dr. Christiane Brors am 04.11.2010 etwa 80 Teilnehmer aus Anwaltschaft, Arbeitsgerichtsbarkeit und Wissenschaft an der Carl von Ossietzky Universität in Oldenburg begrüßen.

Es referierte Herr Richter am Bundesarbeitsgericht Wilhelm Mestwerdt zum Thema „Flexible Entgeltstrukturen im Arbeitsvertrag - Möglichkeiten und Grenzen“. Nach Begrüßung der Zuhörerschaft durch Frau Prof. Dr. Brors leitete Herr RiBAG Mestwerdt seinen Vortrag mit einem Blick auf die unterschiedlichen Perspektiven der Arbeitgeber wie der Arbeitnehmerseite auf die Rechtsprechung des BAG zu flexiblen Entgeltstrukturen ein. Während die Arbeitgeber die engen Grenzen der Inhaltskontrolle sowie die strengen Anforderungen des 10. Senats an das Transparenzgebot kritisierten, problematisierte die Arbeitnehmerseite die Zulässigkeit von Freiwilligkeitsvorbehalten, auch wenn durch die Sonderzahlung lediglich im Bezugsraum geleistete Arbeit zusätzlich vergütet werde (BAG 30.07.2008 - 10 AZR 606/07). Andererseits ermögliche die Verwendung flexibler Entgelte die Teilhabe am wirtschaftlichen Erfolg eines Unternehmens. So sei eine zusätzliche Vergütung „bei Gelegenheit“ möglich, wenn eine dauerhafte Gehaltserhöhung von Arbeitgeberseite gerade nicht erwünscht sei. Eine dauerhafte Entgelterhöhung könne nur durch eine Änderungskündigung oder einen Änderungsvertrag wieder rückgängig gemacht werden, wobei die Voraussetzungen an den Kündigungsgrund, die sich an § 2 KSchG messen lassen müssen, sehr hoch seien. Daher biete dieser Weg kaum eine Alternative für die Arbeitgeber.

Herr RiBAG Mestwerdt stellte heraus, dass der flexiblen Vergütung Grenzen gesetzt seien, die durch die Rechtsprechung zu definieren sind: Die Vergütung müsse berechenbar bleiben, Anpassungen nach unten müssen begrenzt sein. Anschließend ging Herr RiBAG Mestwerdt auf die einzelnen Möglichkeiten der Entgelt-Flexibilisierung ein, wobei er zunächst eine begriffliche Abgrenzung von flexiblen und variablen Vergütungsstrukturen vornahm. Von variabler Vergütung sei auszugehen, wenn der Anspruch dem Grunde, jedoch nicht der Höhe nach vereinbart sei. Flexibel seien Vergütungen ausgestaltet, wenn Freiwilligkeitsvorbehalte die Entstehung des Anspruchs an sich verhindern sollen.

Zielvorgaben, als vom Arbeitgeber formulierte Bedingungen, seien einseitig bestimmt i. S. d. § 315 BGB und daher nur auf das arbeitgeberseitig ausgeübte Ermessen gerichtlich überprüfbar. Die in der Praxis häufiger verwendeten Zielvereinbarungen zwischen Arbeitgeber und -nehmer dagegen unterlägen keiner Inhaltskontrolle. Sie ähnelten einer Preisabsprache. Problematisch seien Fälle, in denen zu hohe oder gar keine Ziele vereinbart worden seien. Im Hinblick auf eine Pflichtverletzung der Beteiligten bezüglich der Vereinbarung eines Ziels bzw. der Vereinbarung zu hoher Ziele greife der Schadensersatz nach § 280 Abs. 1 BGB (dazu die richtungsweisenden Entscheidungen des 10. Senats des BAG vom 12.12.2007 - 10 AZR 97/07 und 10.12.2008 - 10 AZR 889/07). Nach Ablauf des Bezugszeitraums seien Vereinbarungen unmöglich. Zudem greife die Schadensersatzlösung auch die Verschuldensfrage auf. Trage der Arbeitnehmer durch sein Verhalten zu einer unterbliebenen Zielvereinbarung bei, könne dies im Rahmen des Mitverschuldens angemessen berücksichtigt werden (BAG 12.12.2007 - 10 AZR 97/07).

Der ursprünglich zugesagte Bonus bilde die Grundlage für die anschließende Ermittlung der Schadensersatzhöhe (BAG 12.12.2007 - 10 AZR 97/07). Hinsichtlich der Darlegungs- und

Beweislast habe der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer ein Vereinbarungsangebot vorzulegen und nachzuweisen, dass dieses realistisch ist (BAG 10.12.2008 - 10 AZR 889/07).

Eine Bindung durch die Zielvereinbarung an das Geschäftsjahr und damit u. U. in das nächste Kalenderjahr hinein, sei zulässig (BAG 06.05.2009 - 10 AZR 443/08). Eine Bindung bis weit in das Folgejahr hinein (30.09.) sei dagegen zu weit gefasst und benachteilige den Arbeitnehmer unangemessen mit der Folge der Unwirksamkeit nach § 307 BGB (BAG 24.10.2007 - 10 AZR 825/06).

Sodann erläuterte Herr RiBAG Mestwerdt die BAG-Rechtsprechung zu Anrechnungs- und Widerrufsvorbehalten. Bezogen auf Anrechnungsvorbehalte entscheide das BAG recht großzügig. Die Anrechnung einer Tariflohnerhöhung auf eine individualvertragliche übertarifliche Vergütung sei grundsätzlich möglich, solange im Arbeitsvertrag nichts Gegenteiliges vereinbart sei (BAG 23.09.2009 - 5 AZR 973/08). Hinsichtlich einzelvertraglicher Widerrufsvorbehalte sei zu beachten, dass diese an § 308 Nr. 4 BGB zu messen seien. Die wirksame Vereinbarung setze die genaue Festlegung der widerruflichen Leistung nach Art und Höhe sowie der in Betracht kommenden Widerrufsründe voraus. Hierbei dürfe der Tariflohn nicht unterschritten werden und der widerrufliche Anteil am Gesamtlohn 25 % bis 30 % nicht übersteigen (BAG 11.10.2006 - 5 AZR 721/05). Für vor dem 01.01.2002 vereinbarte Klauseln bedürfe es insoweit einer ergänzenden Vertragsauslegung (BAG 12.01.2005 - 5 AZR 364/04; BAG 11.10.2006 - 5 AZR 721/05).

Eine weitere Möglichkeit der variablen Entgeltgestaltung biete die Befristung einzelner Entgeltbestandteile. Diese sei nicht an den Vorschriften des TzBfG zu messen, sondern unterliege einer Inhaltskontrolle. Die Verwendung von Freiwilligkeitsvorbehalten hinsichtlich Sonderzahlungen schließt einen Rechtsanspruch aus und verhindert die Entstehung einer betrieblichen Übung (BAG 18.03.2009 - 10 AZR 289/08). Allerdings sei es widersprüchlich, Voraussetzungen und Höhe von Sonderleistungen im Arbeitsvertrag zu konkretisieren und sie zusätzlich unter einen Freiwilligkeitsvorbehalt zu stellen. Eine solche Klausel verstoße gegen § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB (BAG 10.12.2008 - 10 AZR 17/08). Ob eine arbeitgeberseitige Leistung einmalig oder dauerhaft zugesagt werden soll, ist durch Auslegung nach §§ 133, 157 BGB zu bestimmen. Eine entsprechende einzelvertragliche Klausel unterliege bezüglich dieser Frage gemäß § 307 Abs. 3 BGB keiner Angemessenheitskontrolle nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB. Der 10. Senat unterziehe sie jedoch einer strengen Transparenzkontrolle.

Der Referent riet zum Abschluss seines Vortrags, stets sorgfältig zu prüfen, ob sich nicht bereits infolge konkludenten Verhaltens ein rechtsgeschäftlicher Bindungswille ergebe, bevor übereilt eine betriebliche Übung angenommen werde.

Im Anschluss an den Vortrag folgte eine rege Diskussion. In deren Verlauf meldete sich u. a. Herr Rechtsanwalt Junghans (DGB Rechtsschutz GmbH Oldenburg) zu Wort und bat um ein Beispiel, das die vornehmliche Annahme eines Bindungswillens infolge konkludenten Handelns zeigt. Herr RiBAG Mestwerdt verwies dazu auf die Entscheidung des BAG vom 21.04.2010 - 10 AZR 163/09, wobei er zugleich Schwierigkeiten bei der Abgrenzung einräumte. Herr Dr. Tech (AGV Oldenburg) warf die Frage nach der Verlässlichkeit der Rechtsprechung und damit nach dem Vertrauensschutz bezüglich der Zulässigkeit von Widerrufsvorbehalten auf. RiBAG Mestwerdt führte aus, dass es grundsätzlich auf den Einzelfall ankomme. Rechtsanwalt Missen aus Schorden wies auf das Problem der Anrechnung von Gehaltserhöhungen auf Erschwerniszulagen hin. Der Referent differenzierte nach der Rechts-

grundlage der Zulage, wobei gegebenenfalls eine Auslegung erforderlich sei. Eine Anrechnung sei nur dann zulässig, wenn es sich bei der Zulage um übertarifliches Gehalt handle.

Bei dem sich anschließenden kleinen Empfang unterhielten sich die Teilnehmer auch nach der Veranstaltung noch angeregt. Am 23. Mai 2011 findet die dritte Veranstaltung der Reihe „forum arbeitsrecht oldenburg“ statt. Herr Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Franz Josef Düwell wird zu dem Thema „Aktuelle Rechtsprechung zum Urlaubsrecht“ referieren.

Prof. Dr. Christiane Brors