

orientiert sich unmittelbar an der Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers.²⁵ Zwar hat der Arbeitnehmer seine Leistungspflicht nicht selbst zu bestimmen, er muss jedoch unter angemessener Ausschöpfung seiner persönlichen Leistungsfähigkeit arbeiten.²⁶ Mit der bekannten Faustformel des BAG gesprochen bedeutet dies, der Arbeitnehmer muss „tun, was er soll, so gut, wie er kann“.²⁷ Dies schränkt die Möglichkeiten des Arbeitgebers, auf unzureichende Arbeitsleistungen zu reagieren, drastisch ein. Mag er auch „berechtigte“²⁸ Erwartungen haben, dass Leistung und Gegenleistung gleichwertig sind – werden diese Erwartungen enttäuscht, muss er dies nach dem BAG im Grundsatz schlicht akzeptieren, solange nicht erhebliche Störungen des Äquivalenzverhältnisses vorliegen.

3. Praktischer Nachweis unzureichender Arbeitsleistung

Die Gerichte geben dem Arbeitgeber einen Satz an Werkzeugen an die Hand, mit dem dieser den Nachweis unzureichender Arbeitsleistung erbringen soll. Die Kenntnis der Feinheiten der etablierten Rechtsprechung ist daher unabdingbar. **10**

Der Arbeitgeber hat regelmäßig keine Erkenntnisse dazu, ob der Arbeitnehmer nicht besser oder mehr leistet, weil er dazu nicht in der Lage ist, oder weil er es nicht will und die Leistung verweigert. Das sieht auch die Rechtsprechung und billigt dem Arbeitgeber zunächst einen **objektiven Vergleichsmaßstab** zu: die Leistung des in Rede stehenden Arbeitnehmers soll mit der Leistung „vergleichbarer“ Arbeitnehmer verglichen werden, um herauszufinden, ob die Abweichung so erheblich ist, dass der Arbeitgeber mit rechtlichen Mitteln reagieren darf. **11**

Was genau „**vergleichbar**“ in diesem Sinne bedeutet, ist Gegenstand heftiger Diskussionen. In der Praxis hat sich die Bildung von sogenannten Vergleichsgruppen bewährt, die als solche von der Rechtsprechung anerkannt werden.²⁹ In diese darf der Arbeitgeber nur Arbeitnehmer einbeziehen, die gleiche (d.h. gleichartige) oder wenigstens gleichwertige Aufgaben verrichten. Hierbei muss der Arbeitgeber auf tatsächlich erhobene Daten zurückgreifen. Existieren diese im Team, der Abteilung oder gar dem Unternehmen nicht (mangels vergleichbarer Arbeitnehmer), ist jedoch auch zulässig, die Leistung von Arbeitnehmern an- **12**

25 BAG 11.12.2003, 2 AZR 667/02, NZA 2004, 784, 786.

26 BAG 11.12.2003, 2 AZR 667/02, NZA 2004, 784, B. I. 2) c) d.Gr.

27 BAG 11.12.2003, 2 AZR 667/02, NZA 2004, 784, B. I. 2) b) d.Gr.

28 So ausdrücklich sogar das BAG, s. nur 3.6.2004, 2 AZR 386/03, NZA 2004, 1380; 2 AZR 667/02, NZA 2004, 784.

29 BAG 17.1.2008, 2 AZR 536/06, NZA 2008, 693; *Wisskirchen/Jordan*, S. 29.

Kap. 19 Entgeltgestaltung und „Low Performance“

derer Arbeitgeber innerhalb der gleichen Branche heranzuziehen.³⁰ Die Unschärfen an der Vergleichbarkeit nehmen bei einem solchen Quervergleich naturgemäß zu – ob in den Konkurrenzunternehmen die Arbeit schon absolut identisch organisiert ist und die Zuschnitte der einzelnen Aufgaben exakt gleich sind, wird dann zum Risiko des Arbeitgebers. Wo kein anderer Weg gangbar ist, kann notfalls auch ein Sachverständiger herangezogen werden.

- 13 Vergleichsgruppen müssen **ausgewogen** gestaltet werden, d. h. der Arbeitgeber darf nicht künstlich ein Team aus besonders leistungsstarken Kräften mit einem deutlich weniger leistenden Arbeitnehmer ergänzen.
- 14 Tauglichster Anknüpfungspunkt wird in der Regel aber neben dem Quervergleich die **vorherige Arbeitsleistung des Arbeitnehmers** sein. Diese muss über einen signifikanten Zeitraum erhoben worden sein.³¹ Nicht zulässig sind hingegen reine Schätzungen des Arbeitgebers zum Zeitaufwand für einzelne zu erledigende Arbeitsaufgaben.³²
- 15 Besonderes Augenmerk ist darauf zu legen, dass die **Anforderungen** an die Aufgabenerfüllung vergleichbar sein müssen. Klassische „warnende“ Beispiele hierfür sind insbesondere im Vertriebsbereich zu finden: Kritisch ist etwa eine unterschiedliche oder über die Zeit gewandelte Kundenstruktur in verschiedenen Vertriebsgebieten³³ mit unterschiedlicher wirtschaftlicher Leistungskraft oder aber ein Vergleich von Vertrieblern, die maßgeblich Bestandskunden betreuen, mit solchen, die Neukundenakquise betreiben sollen und damit inhaltlich andere Aufgabenschwerpunkte haben.
- 16 Ist eine Vergleichsgruppe derart gebildet, muss der Arbeitgeber sämtliche Faktoren aus der Betrachtung eliminieren, die nichts mit dem Arbeitnehmer und seiner Leistung im engeren Sinne zu tun haben, also etwa mangelhaftes Rohmaterial oder fehlerhafte Werkzeuge, technische Defekte an Maschinen, unterbrochene Lieferketten, höhere Gewalt, Verursachungsbeiträge von anderen Arbeitnehmern oder – nicht zuletzt – fehlende oder unpräzise Arbeitsanweisungen durch Vorgesetzte.³⁴ Vergleicht der Arbeitgeber sodann die Arbeitsleistung und kommt zum Schluss, dass grundsätzlich eine unzureichende Arbeitsleistung zu bejahen ist, muss diese nach Ansicht der Rechtsprechung weiterhin eine Erheblichkeitsschwelle überschreiten, die je nach Art des Leistungsdefizits – qualitativer oder quantitativer Art – unterschiedlich anzusetzen ist.³⁵

30 *Zaumseil*, S. 73 m. w. N.; ArbG Celle 14.5.2001, 2 Ca 73/01, NZA-RR 2001, 478; *Wisskirchen/Jordan*, S. 29.

31 *Tschöpe*, BB 2006, 213, 215.

32 LAG Nürnberg 25.8.2015, 6 Sa 109/15, n. v.

33 BAG 27.11.2008, 2 AZR 675/07, NZA 2009, 842.

34 *Wisskirchen/Jordan*, S. 34; LAG Hessen 26.4.1989, 10 Sa 1278/88, AiB 2001, 42.

35 BAG 17.1.2008, 2 AZR 536/06, NZA 2008, 693.

Im Falle einer **quantitativ unzureichenden Arbeitsleistung** müssen die objektiv messbaren Arbeitsergebnisse des Arbeitnehmers in erheblicher Weise hinter den Leistungen vergleichbarer Arbeitnehmer zurückbleiben.³⁶ Mit dieser interpretationsoffenen Definition wird der Arbeitgeber weitestgehend alleingelassen. Nur vereinzelt helfen Urteile, eine Orientierung zu geben:

- Ein Leistungsdefizit von 50 % kann eine kündigungsrelevante unzureichende Arbeitsleistung darstellen.³⁷
- Die Produktion von 25 % mehr „Ausschussware“ als vergleichbare Kollegen kann ebenfalls genügen, wenn jedenfalls vorher eine Abmahnung ausgesprochen worden ist.³⁸
- Auch wenn das Minusstundenkonto des Arbeitnehmers an das maximal zulässige Maß herangeführt worden ist (im Fall: 230 % mehr Minusstunden als vergleichbare Kollegen), wurde die unzureichende Arbeitsleistung in der Instanzrechtsprechung bereits bejaht.³⁹

Das BAG orientiert sich regelmäßig an der Unterschreitung eines Vergleichswertes von 66 % (d. h. einer „Minderleistung“ um mehr als ein Drittel⁴⁰), bezeichnet diesen Wert jedoch nur als „deutlichen Anhaltspunkt“ für ein pflichtwidriges Verhalten (und hält sich damit im Einzelfall die Tür für eine abweichende Bewertung offen). Das erschwert der Praxis die Bewertung eines Sachverhaltes enorm.

Demgegenüber wird bei **qualitativ unzureichender Leistung** die allgemeine Fehlerquote bzw. Fehlerhäufigkeit betrachtet, die nach Ansicht des BAG nicht abstrakt betrachtet werden kann. Vielmehr kommt es darauf an, ob das Verhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung in erheblicher Weise gestört ist. Insoweit muss der Arbeitsplatz mit seinen Anforderungen, die konkret geschuldete Arbeitsleistung, die dem Stelleninhaber übertragene Verantwortung und die Verkehrsanschauung mit in eine Abwägung der Interessen einbezogen werden.⁴¹ Angesichts derart „konkreter“ Kriterien ist eine seriöse Abschätzung der Erfolgsaussichten im Einzelfall durchaus herausfordernd.

Die weitgehend ausdiskutierte Abgrenzung zwischen **vorwerfbaren und nicht vorwerfbaren** Arten unzureichender Arbeitsleistung über den vorhandenen (oder fehlenden) Leistungswillen ist prima facie (nur) kündigungsschutzrecht-

36 BAG 27.11.2008, 2 AZR 675/07, NZA 2009, 842.

37 LAG Hamm 13.4.1983, 12 Sa 95/83, DB 1983, 1930.

38 LAG Hessen 26.4.1989, 10 Sa 1278/88, AiB 2001, 42.

39 LAG Mecklenburg-Vorpommern 15.1.2015, 5 Sa 219/14, NZA 2015, 350.

40 BAG 11.12.2003, 2 AZR 667/02, NZA 2004, 784; HaKo-Zimmermann, § 1 KSchG Rn. 389.

41 BAG 17.1.2008, 2 AZR 536/06, NZA 2008, 693.

lich von Relevanz.⁴² Hier steht regelmäßig die Frage im Raum, ob eine erfolglose, einschlägige Abmahnung erfolgt ist, die dem Arbeitnehmer Gelegenheit gegeben hat, das missbilligte Leistungsverhalten abzustellen und zu korrigieren. Für einfache Leistungs- und Arbeitsmängel sollen hierbei teilweise sechs bis neun Tage Besserungsfrist genügen,⁴³ während drei Wochen bei einem Angestellten bereits für zu kurz erachtet wurden.⁴⁴ Maßgeblich ist der konkrete Einzelfall. Auch im Hinblick auf die Entgeltgestaltung ist aber entscheidend, ob Ursache einer (zu vermeidenden) unzureichenden Arbeitsleistung der fehlende Leistungswille (bei gegebener Eignung) oder aber eine fehlende Eignung (bei vorhandenem Leistungswillen) wäre, da sich jeweils unterschiedliche Ansatzpunkte für die Gestaltungspraxis bieten. Besonders problematisch sind insoweit die sogenannten „Mischtatbestände“, in denen Aspekte beider Fallgruppen eine Rolle spielen; in diesen Fällen helfen zumeist nur maßgeschneiderte Lösungen.

4. Prozessuales

- 21 Im Prozess folgt die Darlegung der Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers einer **abgestuften** Systematik.⁴⁵
- 22 Der Arbeitgeber muss im Fall von **quantitativen** Minderleistungen zunächst nur darlegen, dass der Arbeitnehmer die durchschnittliche Arbeitsleistung innerhalb einer Vergleichsgruppe über einen erheblichen Zeitraum in deutlichem Maße unterschritten hat.⁴⁶ Neben der oben dargestellten Erheblichkeitsschwelle hinsichtlich der Intensität der Pflichtverletzung muss diese auch eine gewisse Dauer aufweisen; welche genau, ist eine Frage des Einzelfalles.⁴⁷ Trägt der Arbeitgeber hierzu schlüssig vor und erwidert der Arbeitnehmer nicht in adäquater Weise, kann schon aufgrund zugestandenen Vorbringens (§ 138 Abs. 3 ZPO) die unzureichende Arbeitsleistung unterstellt werden.⁴⁸ Gelingt es dem Arbeitnehmer, das Zahlenwerk oder dessen Aussagefähigkeit im Detail zu bestreiten bzw. darzulegen, weshalb er auch mit einer unterdurchschnittlichen Leistung seine per-

42 *Weber*, DB 2015, 1899, 1902; *HaKo-Zimmermann*, § 1 KSchG Rn. 388.

43 LAG Hamm 15.3.1983, 11 (10) Sa 904/82, DB 1983, 19 zu industriellen Anlern Tätigkeiten.

44 LAG Hamm 15.1.2004, 8 Sa 907/03, n. v.

45 *Weber*, DB 2015, 1899, 1902; *Lansnicker-Wörle*, § 7 Rn. 88; *HaKo-Zimmermann*, § 1 KSchG Rn. 389.

46 BAG 11.12.2003, 2 AZR 667/02, NZA 2004, 784; *Weber*, DB 2015, 1899, 1902; *HaKo-Zimmermann*, § 1 KSchG Rn. 389; *Lansnicker-Wörle*, § 7 Rn. 88.

47 BAG 11.12.2003, 2 AZR 667/02, NZA 2004, 784; LAG Baden-Württemberg 6.9.2006, 13 Sa 84/05, BB 2007, 1228.

48 BAG 17.1.2008, 2 AZR 536/06, NZA 2008, 3019; *HaKo-Zimmermann*, § 1 KSchG Rn. 389.

sönliche Leistungsfähigkeit vollständig ausschöpft, muss der Arbeitgeber diese Darstellung positiv widerlegen.

Stehen **qualitative** Leistungsmängel in Rede, ist die Darlegungslast des Arbeitgebers erweitert: Er muss über die „reinen“ Leistungsdefizite hinaus seine Kenntnisse dazu offenlegen, welche Anzahl an Fehlern der Arbeitnehmer begangen hat, welcher Art diese waren und wie erheblich – insbesondere mit Blick auf die Fehlerfolgen. Die Darlegung, dass ein Arbeitnehmer über einen längeren Zeitraum die durchschnittliche Fehlerhäufigkeit einer zutreffend gebildeten Vergleichsgruppe überschreitet, kann ausreichen, um eine vorwerfbare Pflichtverletzung darzutun.⁴⁹ Sodann obliegt es dem Arbeitnehmer, wie oben geschildert Gegenvortrag zu leisten. Gelingt ihm dies, muss der Arbeitgeber diese Darstellung wiederum positiv widerlegen. **23**

II. Reaktive Gestaltungsmöglichkeiten

Wenn eine unzureichende Arbeitsleistung im vorstehenden Sinne gegeben ist, bieten sich dem Arbeitgeber zahlreiche Handlungsmöglichkeiten auf individual- oder kollektivrechtlicher Basis. In der Praxis liegt der Fokus häufig (ausschließlich) auf der Frage, ob und wenn ja, wie schnell das Arbeitsverhältnis beendet werden kann.⁵⁰ Hiervon losgelöst bieten sich aber auch Möglichkeiten, über eine Umgestaltung des Entgelts das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung wiederherzustellen. Da in der Praxis erfahrungsgemäß noch immer die Fälle überwiegen, in denen unzureichende Arbeitsleistungen nicht von vorneherein in der Vergütungsgestaltung berücksichtigt worden sind, sollen zunächst die rein reaktiven Gestaltungsmittel des Arbeitgebers aufgezeigt werden. **24**

1. Individuelle Gestaltungsrechte

Dem Arbeitgeber stehen individualarbeitsrechtlich auf den ersten Blick vielfältige Reaktionsmöglichkeiten offen. Bei näherer Betrachtung sind die meisten jedoch nur wenig tauglich, um rechtssicher zu agieren, da rechtliche oder strategische Gründe entgegenstehen. Praktische Relevanz hat vor diesem Hintergrund hauptsächlich die Möglichkeit der Änderungskündigung zur Entgeltabsenkung. **25**

a) Minderung der Vergütung

Der naheliegende Gedanke, nämlich im Fall unzureichender Arbeitsleistung auch nur einen geminderten oder „gekürzten“ Entgeltanspruch zuzugestehen, ist **26**

49 BAG 17.1.2008, 2 AZR 536/06, NZA 2008, 3019; LAG Schleswig-Holstein 24.2.2010, 6 Sa 399/09, NZA-RR 2010, 466.

50 Hierzu im Detail etwa Grobys/Panzer-Schöder, Low Performance, Rn. 27 ff.; Hoffmann-Remy, S. 186 ff.; Zaumseil, S. 103 ff.

Kap. 19 Entgeltgestaltung und „Low Performance“

als Automatismus kraft Gesetzes nicht vorgesehen.⁵¹ Dies ist unmittelbare Konsequenz des Zusammenspiels von gesetzlichen Rahmenbedingungen und subjektivem Leistungsbegriff, wie ihn das BAG anwendet: Zwar ist das Äquivalenzverhältnis von Leistung und Gegenleistung gestört, doch schuldet der Arbeitnehmer nach h. M. nur das (pflichtgemäße) **Tätigwerden**, nicht einen Leistungserfolg.⁵² Aufgrund des Fixschuldcharakters der Arbeitspflicht wird die Arbeitsleistung unmöglich.⁵³ Nach dem Grundsatz „ohne Arbeit kein Lohn“ entfällt in Fällen der Nichtleistung der Anspruch auf die Vergütung (§ 326 Abs. 1 Satz 1 BGB);⁵⁴ im Streitfall muss der Arbeitgeber die Nichtleistung darlegen und beweisen.⁵⁵ In den übrigen Fällen der unzureichenden Arbeitsleistung erhält § 326 Abs. 1 Satz 2 BGB dem Arbeitnehmer grundsätzlich den Anspruch auf die Gegenleistung.⁵⁶ Ein Gewährleistungsrecht wie etwa das Minderungsrecht des Arbeitgebers im Falle von mangelhaft erbrachter Arbeitsleistung, das kreative Köpfe analog zum Kaufvertrag (§ 441 BGB) angedacht haben, ist im Gesetz nicht vorgesehen; eine Analogie scheidet aus.⁵⁷

b) Entgeltreduzierung durch Änderungskündigung

- 27 Daher existiert von Arbeitgeberseite häufig der Wunsch nach einer einseitigen **Anpassung** des Verhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung durch Änderungskündigung. Dies kann die Form annehmen, den Arbeitnehmer auf eine andere (geringer vergütete) Position überführen zu wollen, was insbesondere dort relevant ist, wo der Arbeitnehmer in einer strategisch wichtigen Position tätig ist, wo der Stelleninhaber schlicht „funktionieren“ muss. Alternativ dazu kann der Wunsch bestehen, den Arbeitnehmer auf der gleichen Stelle zu belassen, jedoch das Entgelt der unzureichenden Arbeitsleistung anzupassen. Das Mittel zur Realisierung dieser Ziele kann die personen- bzw. verhaltensbedingte Änderungskündigung sein – jedenfalls dort, wo tarifliche Regelungen die Mitarbeiter nicht gegen eine Tätigkeitsänderung oder Herabgruppierung schützen oder eine bestimmte Vergütung garantieren (allgemein zur Änderungskündigung zum Zweck der Entgeltabsenkung s. Kap. 18).

51 BAG 18.7.2007, 5 AZN 610/07, NZA 2007, 1015; zuvor schon BAG 6.6.1972, 1 AZR 438/71, NJW 1972, 2016.

52 BAG 17.1.2008, 2 AZR 536/06, AP Nr. 87 zu § 1 KSchG 1969 m. Anm. *Verstege*.

53 *ErfK-Preis*, § 615 BGB Rn. 4; *Wisskirchen/Jordan*, S. 51; *Maschmann*, NZA-Beil. 2006, 13, 17.

54 BAG 18.7.2007, 5 AZN 610/07, NZA 2007, 1015.

55 LAG Berlin-Brandenburg 28.2.2007, 4 Sa 1919/06, n. v.

56 Beispielhaft für den Fall der Schlechtleistung unter früherer Rechtslage LAG Köln 3.5.1996, 11 Sa 42/96, *juris*.

57 BAG 18.7.2007, 5 AZN 610/07, NZA 2007, 1015; *Maschmann*, NZA-Beil. 2006, 13, 17.

Die überwiegende Meinung in Literatur und Rechtsprechung steht solchen Kündigungen allgemein sehr **skeptisch** gegenüber (s. Kap. 18 Rn. 27 ff., 31),⁵⁸ wobei in den meisten Fällen nur die betriebsbedingte Änderungskündigung als scheinbar einzig praxisrelevanter Fall thematisiert wird. Wo eine Änderungskündigung zur Entgeltabsenkung überhaupt für möglich gehalten wird, weisen die Verfechter dieser Ansicht darauf hin, dass eine Änderungskündigung (regelmäßig) nur bei gleichzeitiger Anpassung der Tätigkeit und Vergütung, nicht aber isoliert der Vergütung, statthaft sein soll.⁵⁹ Wo diese Ansicht in **nicht betriebsbedingten** Konstellationen überhaupt begründet wird, findet man zumeist nur das Argument, der Arbeitnehmer schulde ein Tätigwerden, keinen Erfolg.⁶⁰ Sollen einzelne Arbeitnehmer zwecks Entgeltabsenkung eine Änderungskündigung erhalten (ohne dass die Belegschaft im Kollektiv Vergütungsänderungen erfahren sollte), winken andere Stimmen in der Literatur ab: Das BAG⁶¹ erkenne in kollektiv gelagerten Fällen das für die soziale Rechtfertigung der Vertragsänderung (§ 2 KSchG) erforderliche dringende betriebliche Erfordernis nur an, wenn die Entgeltänderung nicht durch bloße wirtschaftliche Gründe veranlasst sei, sondern die Arbeitsplätze insgesamt gefährdet seien. Wenn schon dort die Anforderungen so hoch seien, so könne auch im Einzelfall eine Änderungskündigung gegenüber einem sogenannten „Low-Performer“ kaum durchsetzbar sein.⁶²

Keines der oben genannten Argumente ist wirklich überzeugend. Der Rückschluss von kollektiven Änderungen der Arbeitsbedingungen überzeugt schon deshalb nicht, da die dortige Rechtsprechung ausschließlich betriebsbedingte Kündigungen betrifft, nicht aber personen- oder verhaltensbedingte Änderungskündigungen.⁶³ Das BAG selbst hat bereits angemerkt, dass im Rahmen der Prüfung milderer Mittel gegenüber einer Beendigungskündigung auch zu prüfen ist, ob eine zumutbare Beschäftigung zu geänderten Vertragsbedingungen, „u. U.“ auch eine **Vergütungsreduzierung**, in Betracht kommt.⁶⁴ Wenn eine unzurei-

58 Statt vieler v. *Hoyningen-Huene/Linck*, § 2 KSchG Rn. 138.

59 *APS-Künzl*, § 2 KSchG Rn. 243a; *BDDH-Nübold*, § 2 KSchG Rn. 88; differenzierender *SPV-Preis*, § 3 Rn. 1330: Entgeltkürzung, wenn Minderleistung dazu führt, dass der Arbeitnehmer nur die Merkmale einer niedrigeren Entgeltgruppe erfüllt; einschränkend *Hromadka*, NZA 1996, 1, 11 („bloße Entgeltänderung ist zwar nicht ausgeschlossen“).

60 v. *Hoyningen-Huene/Linck*, § 2 KSchG Rn. 138 m. w. N.

61 BAG 20.6.2013, 2 AZR 396/12, NZA 2013, 1409; BAG 1.3.2007, 2 AZR 580/05, NZA 2007, 1445; *SPV-Preis*, § 3 Rn. 1310a; *Lansnicker-Schwirtzek/Wiedebusch*, § 7 Rn. 238.

62 *Grobys/Panzer-Schöder*, Low Performance, Rn. 17; *DHSW-Manske*, § 2 KSchG Rn. 75 f.; *Hunold/Wetzling*, S. 234 ff.; *Wisskirchen/Jordan*, S. 56.

63 Ähnlich *Zaumseil*, S. 187; BAG 2.7.2003, 2 AZR 617/02, AP Nr. 73 zu § 2 KSchG 1969, Anm. *Bengelsdorf*.

64 BAG 11.12.2003, 2 AZR 667/02, NZA 2004, 784 (worauf v. *Hoyningen-Huene/Linck*, § 2 KSchG Rn. 278, wiederum zutreffend hinweist); ebenso LAG Sachsen 7.4.2006, 3

Kap. 19 Entgeltgestaltung und „Low Performance“

chende Arbeitsleistung (= Störung der Vertragsäquivalenz) in einem Maße vorliegt, die den Arbeitgeber potenziell sogar zu einer Beendigung des Vertrages berechtigen würde, dann muss es ihm mit oder ohne Änderung der vertraglichen Tätigkeit möglich sein, das Leistungs-Gegenleistungs-Verhältnis auf ein angemessenes Niveau zurückzuführen.⁶⁵ Ob der Arbeitnehmer ein Tätigwerden oder einen Erfolg schuldet, ist für diese Frage irrelevant.⁶⁶ Schließlich sieht das BAG auch Nebenleistungspflichten ausdrücklich als im Wege der Änderungskündigung modifizierbar an.⁶⁷

- 30** Wird eine formal wirksame Änderungskündigung ausgesprochen, ist also nach allgemeinen Grundsätzen zu prüfen:⁶⁸ Ist der Ausspruch einer Änderungskündigung erforderlich, weil personen- oder verhaltensbedingte Gründe im Sinne des § 1 Abs. 2 KSchG einer Weiterbeschäftigung zu unveränderten Bedingungen entgegenstehen (s. Kap. 18 Rn. 7 ff.)?⁶⁹ Insoweit ist auch die ausdifferenzierte Rechtsprechung des BAG zu den Anforderungen an solche Kündigungsgründe selbstverständlich zu beachten.⁷⁰ Eine Änderungskündigung in diesem Bereich ist daher kein Allheilmittel, sie ist aber auch **keinesfalls unmöglich**.
- 31** Ist die Änderungskündigung nach den oben dargestellten Grundsätzen erforderlich, ist auf einer zweiten Stufe zu prüfen, ob das Änderungsangebot für den Arbeitnehmer im Sinne des Verhältnismäßigkeitsprinzips sich auf die zumutbaren Änderungen des Arbeitsverhältnisses beschränkt hat. Die Änderungen dürfen sich nicht weiter von dem bisherigen Arbeitsverhältnis entfernen, als dies zur Erreichung des angestrebten Ziels (Geeignetheit)⁷¹ erforderlich ist (Erforderlichkeit i. e. S.) (s. Kap. 18 Rn. 22).⁷² Bei einer reinen Entgeltreduzierung wird sich die Frage ohnehin darauf beschränken, welche Entgeltbestandteile in welcher Weise angepasst werden sollen. Bei „Low Performern“ wird man insoweit vorrangig an die Kürzung von **leistungsorientierter** Vergütung denken können,

Sa 425/05, AuA 2007, 56; LAG Nürnberg, 12.6.2007, 6 Sa 37/07, NZR-RR 2008, 178; *Friemel/Walk*, NJW 2005, 2669, 3672; wohl auch *Glanz*, NJW-Spezial 2008, 82.

65 In diese Richtung auch BDDH-Nübold, § 2 KSchG Rn. 67: „Im Prinzip können (⋯) alle Sachverhalte, die (⋯) eine ordentliche Beendigungskünd(igung) sozial (⋯) rechtfertigen, eine Änderungs-Künd(igung) als insofern milderes Mittel begründen.“

66 So auch *Zaumseil*, S. 189; *Tschöpe*, BB 2006, 213, 216.

67 BAG 27.3.2003, 2 AZR 74/02, DB 2003, 1962; *MüArbR-Boewer*, § 46 Rn. 140 ff. m. w. N.

68 Zu den Voraussetzungen allgemein BDDH-Nübold, § 2 KSchG Rn. 119.

69 Zutreffend *Zaumseil*, S. 187, 188.

70 Für krankheitsbedingte Leistungsminderung exemplarisch BAG, 22.10.2015, 2 AZR 550/14, NZA-RR 2016, 243.

71 BAG 8.10.2009, 2 AZR 235/08, NZA 2010, 465; BAG 10.9.2009, 2 AZR 822/07, NZA 2010, 333.

72 BAG 29.11.2007, 2 AZR 388/06, NZA 2008, 523; BAG 2.3.2006, 2 AZR 64/05, NZA 2006, 985; BAG 17.3.2005, 2 ABR 2/05, NZA 2005, 949; *Zaumseil*, S. 193.

wie etwa die Streichung von Leistungszulagen⁷³ oder die Reduzierung oder den Neuzuschnitt variabler Vergütungsansprüche. Wenn solche Vergütungssysteme aber nicht existieren, kann auch die Grundvergütung nicht änderungsfest sein, da ein (geringer, aber immer noch adäquat) vergütetes Arbeitsverhältnis denknotwendig der geringere Einschnitt für den Arbeitnehmer ist als die (ebenfalls im Raum stehende) Beendigungskündigung.

Die Darlegungslast im Änderungsschutzprozess schließlich folgt der allgemeinen kündigungsschutzrechtlichen Darlegungslast.⁷⁴ **32**

c) Druckkündigung?

Wenig Argumentationsspielraum bietet hingegen der von Kollegen oder Kunden ausgeübte Druck auf den Arbeitgeber, wenn nämlich die weitere Zusammenarbeit mit einem „Low Performer“ verweigert wird. Aufgrund der Rechtsprechung des BAG zur sogenannten „Druckkündigung“ müssen sich Arbeitgeber gerade bei angeblich unzureichender Arbeitsleistung zunächst schützend vor den ins Visier genommenen Arbeitnehmer stellen und versuchen, die Dritten von ihrer Drohung abzubringen und eine Kündigung zu vermeiden.⁷⁵ Eine zumeist doch eher spontan entstehende Drucksituation steht regelmäßig diametral entgegengesetzt zu der Pflicht des Arbeitgebers, sorgfältig zu prüfen, welche Ursache eine „Low Performance“ hat und wie ihr ggf. arbeitsorganisatorisch entgegenge wirkt werden könnte. **33**

d) Aufrechnung mit Schadensersatzansprüchen wegen „Low Performance“

Der Arbeitgeber hat weiter die Möglichkeit, gegen den Entgeltanspruch des nicht adäquat leistenden Arbeitnehmers mit Schadensersatzansprüchen aufzurechnen, die aufgrund von schuldhafter Verletzung der Pflicht zur Arbeitsleistung bestehen könnten.⁷⁶ Abstrakt ist dies denkbar, z. B. in Form von Mehrkosten für Nacharbeiten, die zumindest anteilig von den verursachenden Arbeitnehmern zurückgefordert werden könnten. Praktisch betrachtet hat dieser Ansatz **nur in Einzelfällen** Relevanz. Die Gründe hierfür sind vielfältig: Zunächst muss es dem Arbeitgeber überhaupt einmal gelingen, eine schuldhafte Verletzung der Arbeitspflichten sowie einen daraus folgenden Schaden darzulegen. Haben mehrere Mitarbeiter einen Schaden verursacht, so darf der Arbeitgeber nicht ohne Weiteres nur einen auf den gesamten Schaden in Anspruch nehmen, son- **34**

⁷³ v. Hoyningen-Huene/Linck, § 2 KSchG Rn. 138; KPK-Bengelsdorf, § 2 Rn. 113.

⁷⁴ ErfK-Oetker, § 2 KSchG Rn. 72; APS-Künzl, § 2 KSchG Rn. 331; KR-Rost/Kreft, § 2 Rn. 160 f.; BDDH-Nübold, § 2 KSchG Rn. 136.

⁷⁵ Aus der jüngeren Rechtsprechung s. nur LAG Hamm, 16.10.2015, 17 Sa 696/15, AuA 2016, 314; BAG 18.7.2013, 6 AZR 420/12, NZA 2014, 109.

⁷⁶ Stück, ArbRAktuell 2011, 651, 652; Maschmann, NZA-Beil. 2006, 13, 17.

Kap. 19 Entgeltgestaltung und „Low Performance“

dem muss die jeweiligen Verursachungsbeiträge der verschiedenen Beteiligten berücksichtigt.⁷⁷ Während ein Schadensersatzanspruch und eine entsprechende Aufrechnung grundsätzlich in Betracht kommen, unterliegt diese den geltenden Pfändungsfreigrenzen.⁷⁸ Der Arbeitnehmer haftet nach den arbeitsrechtlichen Grundsätzen zur Haftungsprivilegierung ohnehin so gut wie nie voll;⁷⁹ selbst bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit ist seine Haftung zur Vermeidung einer Existenzgefährdung regelmäßig auf drei bis sechs Monatsgehälter beschränkt,⁸⁰ während es bei „einfacher“ Fahrlässigkeit zu einer Schadensteilung, bei leichter Fahrlässigkeit zu gar keiner Haftung des Arbeitnehmers kommt.

e) Vertragsstrafen bei „Low Performance“

- 35** Möglich ist weiterhin die Vereinbarung von Vertragsstrafen für den Fall einer unzureichenden Arbeitsleistung, d.h. den Fall, dass der Arbeitnehmer als Schuldner seine Verbindlichkeit nicht oder nicht in gehöriger Weise erfüllt (§ 339 Satz 1 BGB). Keine Bedenken bestehen hinsichtlich der Vereinbarung einer solchen Abrede in Arbeitsverträgen: § 309 Nr. 6 BGB steht dem nicht entgegen; im Gegenteil erfordern die Besonderheiten des Arbeitsrechts nach § 310 Abs. 4 Satz 2 BGB gerade die Möglichkeit, für den Fall des verschuldeten Vertragsbruchs Vertragsstrafen wirksam vereinbaren zu können. Es gelten jedoch die allgemeinen Grundsätze der Kontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen: Die in Formulararbeitsverträgen vereinbarten Vertragsstrafen müssen der Kontrolle nach § 305c Abs. 1 und § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB standhalten. Sie dürfen nicht an versteckter Stelle stehen und müssen **klar und verständlich** formuliert sein.
- 36** Aus der Abrede muss klar sein, welche Strafe für welche Pflichtverletzung geschuldet ist, sodass sich der Verpflichtete darauf einstellen kann. Das BAG legt insbesondere auf diese Anforderung einen gesteigerten Wert; es hat etwa „schuldhaftes Pflichtverstöße“ oder „gravierende Vertragsverstöße“ als nicht hinreichend bestimmt angesehen.⁸¹ Auch der bloße Hinweis auf eine „Low Performance“ kann nach diesen Maßstäben nicht ausreichen. Der Arbeitgeber kann aber durch die beispielhafte Nennung von Pflichtverletzungen dafür sorgen, dass die Rechtsrisiken insoweit überschaubar bleiben.⁸² Hier stellt sich das gleiche Prob-

77 LAG München 22.5.2006, 2 Sa 1110/05, AuA 2006, 615.

78 St. Rspr. seit BGH 22.4.1959, IV ZR 255/58, BB 1959, 574; aus der Literatur jeweils m. w. N. Lansnicker-Schwirtzek/Schwirtzek-Schoedon, § 6 Rn. 467; Stück, ArbRAktuell 2011, 651, 652; Maschmann, NZA-Beil. 2006, 13, 17; HR-Borgmann, § 1 Rn. 2703.

79 BAG 18.4.2002, 8 AZR 348/01, NZA 2003, 37; Stück, ArbRAktuell 2011, 651, 652.

80 BAG 18.4.2002, 8 AZR 348/01, NZA 2003, 37.

81 BAG 18.8.2005, 8 AZR 65/05, BB 2006, 720.

82 BAG 18.8.2005, 8 AZR 65/05, BB 2006, 720.

lem wie bei der Geltendmachung von Schadenersatz: auch solche Beispiele müssten konkret bezeichnen, ab welchem Grad der unzureichenden Arbeitsleistung die Vertragsstrafe fällig wird.

Herauszustellen ist jedoch, dass der Arbeitgeber zur Vermeidung einer **unangemessenen Benachteiligung** des Arbeitnehmers (§ 307 Abs. 1 BGB) ein berechtigtes Interesse an der Vertragsstrafe besitzen (und dieses im Zweifelsfall auch gerichtsfest nachweisen können) muss. Insoweit stellen sich zwei Fragen: Ist ein berechtigtes Interesse des Arbeitgebers anzuerkennen, wenn der Arbeitnehmer seine individuelle Leistungsfähigkeit ausschöpft und somit (nach dem Leistungsmaßstab des BAG) seine Arbeitsleistung fehlerfrei erbringt? Und ist die Abrede auch so ausgestaltet, dass keine unzulässige Übersicherung des Arbeitgebers eintritt? Eine Vertragsstrafe kann daher nur in der Höhe vereinbart werden, die dem Leistungsdefizit entspricht. Die Herabsetzung einer unverhältnismäßigen Vertragsstrafe (§ 343 Abs. 1 Satz 1 BGB) in Formulararbeitsverträgen ist nicht möglich; es kommt zu keiner geltungserhaltenden Reduktion.⁸³

2. Einvernehmliche Regelungen

Große praktische Relevanz im individualrechtlichen Bereich haben einvernehmliche Regelungen. Diese bieten (in den Grenzen tariflicher und betriebsverfassungsrechtlicher Regelungen, z. B. beim Verzicht auf Gehaltsbestandteile) typischerweise eine große Flexibilität. Sie erfordern jedoch auch ein großes Maß an Überzeugungsarbeit. Der Arbeitnehmer, der einer Entgeltanpassung zustimmen soll, muss verstehen, weshalb dies der Fall ist. Gerade bei Leistungsdefiziten sind die Ansichten der Arbeitsvertragsparteien oftmals diametral entgegengesetzt. Um sicherzustellen, dass der Vorschlag einer einvernehmlichen Regelung daher nicht im Sande verläuft, sollte der gut beratene Arbeitgeber schon im Eigeninteresse andere Ursachen für schlechte Leistungen als den Arbeitnehmer, seinen Leistungswillen und seine Leistungsfähigkeit ausschließen. Scheitert nämlich der Versuch einer Einigung, kann der Arbeitgeber nur noch einseitig vorgehen – und spätestens dann entscheidet der **ultima-ratio-Grundsatz** über den Erfolg oder Misserfolg einer (Änderungs- oder Beendigungs-)Kündigung.

Daher ist eine **abgestufte Prüfung** anzuraten. Zunächst sollte geprüft werden, ob der Arbeitnehmer alle benötigten Ressourcen zur Verfügung hat, um seine Arbeitsleistung adäquat zu erbringen. Dies schließt sowohl Betriebsmittel ein als auch geeignete Ansprechpartner und Führungskräfte. Falls nein, ist dies zu korrigieren. Kann dies als Ursache ausgeschlossen werden, ist ein etwaiges Qualifikationsdefizit zu prüfen: Machen Veränderungen in der Arbeitswelt oder der Person des Arbeitnehmers Fort- oder Weiterbildungsmaßnahmen erforderlich, etwa um mit technologischem Wandel Schritt zu halten? Ist auch dies nicht kau-

83 BAG 4.3.2004, 8 AZR 196/03, NZA 2004, 727.

Kap. 19 Entgeltgestaltung und „Low Performance“

sal für die „Low Performance“, sollte geprüft werden, ob organisatorische Änderungen für die konkrete Tätigkeit des Arbeitnehmers denkbar sind, deren Implementierung das Problem beheben kann. Geprüft werden sollte schließlich, ob eine Zuweisung anderer Aufgaben das Problem lösen kann. Wenn ja, ist zu verifizieren, wie diese arbeitsrechtlich umgesetzt werden kann, etwa durch Versetzung oder Änderungskündigung.

- 40 Wenn sich nach „Abarbeiten“ dieser Liste der Fokus nach wie vor auf den Arbeitnehmer richtet, stellt sich die Frage nach dem optimalen Gestaltungsmittel. Handelt es sich um einen Einzelfall unzureichender Arbeitsleistung, kann eine Korrekturvereinbarung das Mittel der Wahl darstellen. Geht es um ein abteilungs- oder betriebsweites Leistungsdefizit, sind massenhafte Änderungsvereinbarungen vorzugswürdig; die eigentliche Überzeugungsarbeit muss in solchen Sachverhalten regelmäßig nicht gegenüber dem Arbeitnehmer selbst, sondern anderweitig (nämlich gegenüber dem Betriebsrat oder einer im Betrieb vertretenen Gewerkschaft) geleistet werden.

a) Korrekturvereinbarungen

- 41 Korrekturvereinbarungen⁸⁴ sind eine Sonderform von Zielvereinbarungen. Sie dienen dem Ziel, einerseits die tatsächlichen Grundlagen eines Leistungsdefizites einvernehmlich festzustellen, andererseits durch konkret anknüpfende Maßnahmen- und Reaktionspakete eine einvernehmliche Lösung für die Zukunft zu finden, sollte das **Äquivalenzverhältnis** von Leistung und Gegenleistung weiterhin gestört bleiben. Konkret werden also Ziele und Zielerreichungszeiträume sowie flankierende Maßnahmen festgelegt sowie die Konsequenzen einer Zielerreichung und Zielverfehlung. Die vereinbarten Korrekturmaßnahmen sind hierbei das Ergebnis von freien Verhandlungen, in deren Rahmen die Interessen beider Seiten gleichberechtigt berücksichtigt werden konnten.⁸⁵ Werden die vereinbarten Korrekturziele erreicht, ist das Äquivalenzverhältnis von Leistung und Gegenleistung im Idealfall erfolgreich wiederhergestellt und jedenfalls wieder dem Normalmaß angenähert; verfehlt der Arbeitnehmer aber (realistische) Korrekturziele, können hieran anknüpfende Maßnahmen eingeleitet werden.
- 42 Die Möglichkeiten in diesem Bereich sind vielfältig. Denkbar ist im Falle eines so genannten „Low Performers“ beispielsweise ein **einvernehmlicher Verzicht** auf (betriebsverfassungsrechtlich oder tariflich verzichtsoffene) Gehaltsbestandteile, wenn innerhalb einer bestimmten Zeit, in der der Arbeitgeber durch Feedbackgespräche oder Shadowing unterstützt, die Arbeitsleistung nicht auf das

84 Zu Korrekturvereinbarungen im Detail *Hoffmann-Remy*, S. 24 ff.; *ErfK-Müller-Glöge*, § 626 BGB Rn. 29a; *BDDH-Kerwer*, § 1 KSchG Rn. 807; *MASIG-Maschmann*, A Rn. 35; *KR-Fischermeier*, § 626 BGB Rn. 273.

85 Näher zur Herleitung und Definition *Hoffmann-Remy*, S. 28.

Normalmaß geführt werden kann. Hierzu wären konkrete, messbare Ziele zu vereinbaren und ein Prozess zu definieren, wie diese Ziele erreicht werden können.

Abzugrenzen sind Korrekturvereinbarungen von den bloßen Korrekturvorgaben, also einseitigen Maßnahmen des Arbeitgebers, denen bloß der Schein der Zweiseitigkeit verliehen werden soll – mithin eine etwas anders „verpackte“ Abmahnung oder Anweisung im Rahmen des Direktionsrechts. **43**

Drei rechtliche Problemkreise sind im Zusammenhang mit dem Abschluss einer Korrekturvereinbarung zu beachten: die AGB-Kontrolle der Vereinbarung, die betriebliche Mitbestimmung sowie die prozessualen Folgen einer solchen Vereinbarung im Streitfall. Die Korrekturvereinbarung ist der „Inbegriff“ einer Individualvereinbarung im Sinne des § 305b BGB und damit rechtsdogmatisch keiner Inhaltskontrolle unterworfen.⁸⁶ Rechtspraktisch betrachtet aber wird ein Arbeitsgericht im Streitfall die Vereinbarung – zumindest als Kontrollüberlegung – immer einer Kontrolle nach den §§ 305 ff. BGB unterwerfen, um ein gefühltes oder tatsächliches strukturelles Machtgefälle zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer auszugleichen. Um an dieser Stelle Überraschungen zu vermeiden, kann eine **vorsorgliche Prüfung** der Regelungen auf Konformität mit dem AGB-Recht nur empfohlen werden. Praktisch betrachtet stellt dies keine allzu große Einschränkung dar; größte Risiken an dieser Stelle resultieren aus dem Verbot überraschender Klauseln, § 305c BGB, sowie dem Verbot überfordernder Klauseln im Sinne des § 307 Abs. 1 BGB. Ersteres kann durch die insoweit üblichen Mittel der Vertragsgestaltung vermieden werden (Zwischenüberschriften, drucktechnische Hervorhebungen etc.). Bezüglich § 307 Abs. 1 BGB kommt es vornehmlich darauf an, realistische Ziele und adäquate Zielerreichungsfristen zu vereinbaren. **44**

Betriebliche Mitbestimmung hat bei der Einführung von Korrekturvereinbarungen nur eingeschränkte Bedeutung. Das „Ob“ der Einführung ist dem Arbeitgeber überlassen. Eine verfahrensmäßige Mitbestimmung kann im Einzelfall aus § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG folgen, insbesondere, wenn der Arbeitgeber das zugehörige Gespräch etwa mit formalisierten Krankenrückkehrgesprächen verbindet.⁸⁷ Ansonsten kann eine Mitbestimmung hinsichtlich einzelner Regelungsgegenstände und Maßnahmen im Einzelfall nach §§ 87, 94 Abs. 2 BetrVG in Betracht kommen. **45**

Große Bedeutung hat die Korrekturvereinbarung schließlich, sollten alle Versuche nichts nützen und die Arbeitsvertragsparteien sich vor Gericht über die durchgeführten Maßnahmen (z. B. Entgeltanpassung) streiten. Soweit die Parteien tatsachenfeststellende Vereinbarungen getroffen haben, handelt es sich inso- **46**

⁸⁶ Im Detail *Hoffmann-Remy*, S. 104 ff.

⁸⁷ BAG 8.11.1994, 1 ABR 22/94, DB 1995, 1132.

Kap. 19 Entgeltgestaltung und „Low Performance“

weit um einen **Tatsachenvergleich**. Im Prozess muss die Partei, die sich auf einen abweichenden Lebenssachverhalt berufen will, daher die volle Darlegungs- und Beweislast gewärtigen.⁸⁸

b) Sonstige einvernehmliche Lösungen

- 47 Resultiert der Wunsch zur Vergütungsanpassung hingegen aus einem Sachverhalt, der kollektive Bezüge hat, ist die Korrekturvereinbarung regelmäßig nicht das passende Gestaltungsinstrument. Befindet sich das Unternehmen in einer Krise, werden häufig Versuche unternommen, z. B. Bereiche mit nicht „performenden“ Arbeitnehmern anzugehen, deren Leistungsniveau über längere Zeiträume hingenommen wurde. Auch in Umstrukturierungsszenarien entsteht des Öfteren der Wunsch, die Vergütungsstruktur eines nicht wettbewerbsfähigen, hinzugekauften Betriebes anzupassen. Aufgrund der hohen Voraussetzungen, die die Rechtsprechung an eine Änderungskündigung in kollektiv gelagerten betriebsbedingten Fällen stellt, bleiben dem Arbeitgeber in Ermangelung anderer Mittel häufig nur individuelle Änderungsvereinbarungen.
- 48 Um die erforderliche Zustimmung zu erreichen, muss den betroffenen Mitarbeitern die wirtschaftliche Lage und ihre eigene Betroffenheit eindringlich vor Augen geführt werden. Die wahrscheinlichsten Szenarien sollten klar umrissen werden, einschließlich der Konsequenzen einer fehlenden Wettbewerbsfähigkeit. Gleichzeitig sollte der Versuch unternommen werden, den von einer Entgeltanpassung Betroffenen eine mittel- bis langfristige Perspektive zu bieten, etwa in Form zukünftiger Vergütungserhöhungen. Befindet sich das Unternehmen, der betroffene Betrieb oder die Business Unit in einer Krisensituation, bietet sich die (ohnehin nahezu zwingende) Darstellung eines **Gesamtsanierungskonzeptes** an, mit dem nicht nur die individuelle Vergütung, sondern auch sonstige „geldwerte“ Leistungen (z. B. Sozialeinrichtungen, Betriebsrente) angepasst werden. Eine gerechte Lastenverteilung wirkt oftmals als das überzeugendste Argument überhaupt.

3. Kollektives Arbeitsrecht

- 49 Da es sich bei unzureichender Arbeitsleistung um einen individuellen Tatbestand handelt, bestehen auf den ersten Blick keine kollektivarbeitsrechtlichen Bezüge. Mittelbar sind kollektivrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten aber dennoch mit diesem Thema verwoben. So kommt es etwa häufig dazu, dass im Zuge von Unternehmenskäufen oder Betriebsübergängen Vergütungsordnungen aufeinandertreffen, von denen eine leistungsbezogene Anreize bietet, die andere starr und nicht leistungsbezogen ausgestaltet ist. Dann stellt sich die Frage nach

88 Hoffmann-Remy, S. 76 ff. sowie S. 216 ff.

der Möglichkeit zur **Ablösung** des nicht mehr zeitgemäßen Alt-Vergütungssystems (hierzu im Detail Kap. 19). Wenn es keinen Ansatzpunkt gibt, die Leistung der betroffenen Arbeitnehmer zu verbessern, kann häufig „wenigstens“ bei der Neugestaltung das Verhältnis zwischen Leistung und Vergütung mit Blick auf die Zukunft angepasst werden, wenn tarifliche (oder sonstige kollektivbezogene) Gehaltserhöhungen im Raum stehen. Dann kann der Arbeitgeber darüber nachdenken, bisherige freiwillige (nicht-leistungsbezogene) Vergütungsbestandteile auf zukünftige (Tarif-)Lohnerhöhungen in Anrechnung zu bringen, um keine Fehlanreize zu setzen.

III. Proaktive Gestaltung von Vergütungssystemen

Die oben beschriebenen praktischen Schwierigkeiten (s. Rn. 23 ff.) erklären, weshalb der Fokus der Praxis weniger darauf liegt, einen einmal entstandenen „Scherbenhaufen“ wieder zu kitten. Vielmehr sollen Probleme durch geeignete Vergütungsgestaltung von vornherein ausgeschlossen werden. Anreize im Rahmen der Vergütung sollen helfen, proaktiv eine „Low Performance“ möglichst **zu vermeiden**. Problematisch ist insoweit regelmäßig, dass die Vorgaben der Rechtsprechung und die Gestaltungswünsche der Praxis miteinander kollidieren. **50**

1. Leistungsentgelte

Hierzu gehört etwa die Schaffung von „klassischen“ Leistungsentgeltsystemen, etwa in Form des **Akkord- oder Prämienlohns**.⁸⁹ Diese Vergütungssysteme erhöhen (aufgrund der Anknüpfung an arbeitswissenschaftlich messbare Normalleistungen) für den Arbeitgeber die Berechenbarkeit und knüpfen die Vergütung unmittelbar an die Arbeitsleistung. Es besteht jedoch keine 1:1-Korrelation zwischen dem Vergütungsmaßstab einer Mindestleistung sowie der arbeitsvertraglich geschuldeten Leistung.⁹⁰ Grenzen werden derartigen Systemen häufig durch tarifvertragliche Höchststrafen gesetzt. **51**

2. Vergütungsbestandteile mit Änderungsvorbehalten

Der Einsatz von Vergütungssystemen, die bereits als Teil ihrer „DNA“ angelegte Vorbehalte etwa für den Fall einer unzureichenden Arbeitsleistung beinhalten, kann regelmäßig helfen, „Low Performance“ entweder ganz zu vermeiden oder das Unternehmen jedenfalls gegen ihre negativen Folgen zu schützen. **52**

⁸⁹ Grobys/Panzer-Schöder, Low Performance, Rn. 19.

⁹⁰ MüArbR-Reichold, § 40 Rn. 46.

a) Einseitiger Widerruf von Vergütungsbestandteilen

- 53 Bei unzureichender Arbeitsleistung können Vergütungsbestandteile grundsätzlich einseitig mit Wirkung für die Zukunft widerrufen werden. Voraussetzung hierfür ist ein wirksam vereinbarter **Widerrufsvorbehalt**, d. h. die Möglichkeit für den Arbeitgeber, unter bestimmten näher definierten Voraussetzungen die Auszahlung von einzelnen Vergütungsbestandteilen mit Wirkung für die Zukunft einzustellen. Dieser kann denkbare nicht mit einem Freiwilligkeitsvorbehalt kombiniert werden (s. Kap. 17 Rn. 52 f. m. w. N.). Ein wirksamer Widerruf setzt neben der wirksamen Vereinbarung voraus, dass das Recht im konkreten Fall in billiger Weise ausgeübt wird (**Ausübungskontrolle**).⁹¹
- 54 Praktische Evidenz zeigt, dass die meisten Rechtsprobleme im Zusammenhang mit unsorgfältiger Vertragsgestaltung, d. h. auf der Vereinbarungsebene, entstehen. Viele ältere oder auf Grundlage schlechter Mustervereinbarungen entworfene Widerrufsvorbehalte genügen den (strengen) Anforderungen der Rechtsprechung nicht: Ein Widerruf darf zunächst **nicht sachgrundlos** erfolgen.⁹² Die Widerrufsgründe müssen sich transparent auch aus dem Vorbehalt selbst ergeben, damit der Arbeitnehmer erkennen kann, wann welche erwarteten Vergütungsbestandteile wieder entfallen können.⁹³ Auch wenn es hierbei nach dem BAG ausreichend ist, die Widerrufsgründe nicht exakt zu beschreiben, sondern nur nach ihrer Art zu umschreiben,⁹⁴ finden sich in der Praxis in den seltensten Fällen überhaupt Widerrufsvorbehalte, die an eine unzureichende Arbeitsleistung anknüpfen. Typisch sind vielmehr (rein) wirtschaftliche Parameter.
- 55 Selbst wenn eine solche Anknüpfung aber existiert, sind zahlreiche Unwägbarkeiten vorherzusehen und durch **transparente Formulierungen** abzudecken (s. Kap. 17 Rn. 51): Sind nur personenbedingte oder auch verhaltensbedingte Gründe erfasst? Ist zumindest in abstrahierter Weise der Grad der Schlechtleistung angegeben, ab welchem ein Widerruf der Vergütungsbestandteile erfolgen kann,⁹⁵ und ist der angegebene Grad des Leistungsdefizits tauglich für einen Widerruf im Sinne einer Erheblichkeitsschwelle? Der Aufwand, der hier auf Vereinbarungsebene zu betreiben ist, führt häufig in der Praxis dazu, dass Arbeitgeber der Einfachheit halber mit „Standardklauseln“ zweifelhafter Wirksamkeit agieren. Das ist risikobehaftet, aber nicht ganz unverständlich, steht der Auf-

91 BAG 12.1.2005, 5 AZR 364/04, NZA 2005, 465, 469; APS-Künzl, § 2 KSchG Rn. 110 m. w. N.; Zaumseil, S. 178.

92 Zaumseil, S. 180 m. w. N.

93 BAG 11.10.2006, 5 AZR 721/05, NZA 2007, 87; BAG 12.1.2005, 5 AZR 364/04, NZA 2005, 465; LAG Berlin-Brandenburg 24.11.2008, 2 Sa 1462/08, BB 2009, 493; APS-Künzl, § 2 KSchG Rn. 111; BDDH-Elz, § 315 BGB Rn. 53 f.

94 BAG 25.4.2007, 5 AZR 627/06, NZA 2007, 853.

95 Maschmann, NZA-Beil. 2006, 13, 17; Wisskirchen/Jordan, S. 58.

wand doch häufig in keinem Verhältnis zu der Höhe der im Einzelfall widerruflich auszugestaltenden Vergütung.

Selbst eine im vorgenannten Sinne transparente Klausel muss sich innerhalb der Grenzen zur Vermeidung einer unangemessenen Benachteiligung bewegen. Der widerrufliche Vergütungsbestandteil darf höchstens **25 bis 31 % der Gesamtvergütung** des Arbeitnehmers einschließlich variabler Bestandteile wie Provisionen oder Zielvereinbarungsprämien ausmachen.⁹⁶ Der Kernbereich des Arbeitsverhältnisses soll einem Widerruf nicht zugänglich sein.⁹⁷ Widerrufsfest sind auch einmal verdiente Bestandteile, z. B. ein unterjährig bereits erreichtes Ziel mit korrespondierendem Zielbonus. Diese können nicht nachträglich zur Disposition gestellt werden.⁹⁸ 56

Eine ordnungsgemäß vereinbarte Klausel, die betätigt werden soll, erspart dem Arbeitgeber noch nicht die Schwierigkeit, im Streitfall die Voraussetzungen des Widerrufsgrundes darzulegen und zu beweisen, um den Widerruf auch faktisch durchsetzen zu können. Der Arbeitgeber trägt insoweit nämlich die **Darlegungs- und Beweislast**.⁹⁹ Insoweit muss der Arbeitgeber hier dezidiert dokumentieren, woraus er die unzureichende Arbeitsleistung hergeleitet hat. 57

Auf der Ebene der Ausübungskontrolle kommt es maßgeblich darauf an, ob der Arbeitgeber die Besonderheiten des Einzelfalles sowie die beiderseitigen Interessen angemessen berücksichtigt und gegeneinander abgewogen hat, als er das Widerrufsrecht ausgeübt hat.¹⁰⁰ 58

b) Freiwilligkeitsvorbehalte; Befristung von Arbeitsbedingungen

Nur geringe praktische Relevanz in „Low Performance“-Fällen haben die weiteren Gestaltungsinstrumente des Freiwilligkeitsvorbehalts (s. Kap. 17)¹⁰¹ sowie der Befristung einzelner Arbeitsbedingungen.¹⁰² Diese können dazu beitragen, im Rahmen der Gestaltung von Vergütungssystemen „Low Performance“ vorzubeugen; als alleinige Instrumente sind sie jedoch – auch aufgrund der zahlreichen Umsetzungsschwierigkeiten – zumeist ungeeignet.¹⁰³ 59

96 BAG 11.10.2006, 5 AZR 721/05, BB 2007, 109; BAG 13.5.1987, 5 AZR 125/86, NZA 1988, 95; BDDH-Elz, § 315 BGB Rn. 50; Zaumseil, S. 179.

97 BAG 11.10.2006, 5 AZR 721/05, BB 2007, 109; APS-Künzl, § 2 KSchG Rn. 111.

98 Küttner-Griese, Zielvereinbarung, Rn. 18; Grobys/Panzer-Juli, Variable Vergütung, Rn. 28.

99 BAG 11.10.1995, 5 AZR 1009/94, NZA 1997, 623; APS-Künzl, § 2 KSchG Rn. 113 m. w. N.

100 APS-Künzl, § 2 KSchG Rn. 110; aus der Rechtsprechung nur BAG 13.5.1987, 5 AZR 125/86, DB 1988, 183.

101 Zaumseil, S. 181.

102 Siehe für einen Überblick ErfK-Preis, § 310 BGB Rn. 74 ff.

103 Zu den rechtlichen Hürden statt vieler ErfK-Preis, § 310 BGB Rn. 75.

3. Bonussysteme

- 60** Große praktische Bedeutung hat schließlich die **anreizbezogene variable Vergütung**. Es existiert eine Vielzahl von Ansätzen, um insoweit sicherzustellen, dass Leistung und Vergütung sich in adäquater Weise gegenüberstehen. Teilweise befinden sich die Vertreter unterschiedlicher Ansätze schon fast in einer Art Glaubenskrieg darüber, welche Methodik die sinnvollste ist.

a) Klassische Zielbonussysteme

- 61** Etabliert hat sich die Prämierung von Arbeitnehmern im Fall der Erreichung individueller Ziele. Die „klassische“ Zielvereinbarung knüpfte an individuelle und regelmäßig kurzfristige Zielerreichung des Arbeitnehmers an (z. B. der Vertriebs Erfolg für das laufende Jahr, die Steigerung der individuellen Kundenzufriedenheit um einen bestimmten Prozentsatz oder die Durchführung einer bestimmten Anzahl von Projekten). Später wurde dies zunehmend ergänzt durch unternehmensbezogene Ziele. Dieser Trend setzt sich aktuell weiter fort: individuelle Ziele kommen immer stärker aus der Mode. Stattdessen erfolgt eine immer höher gewichtete Anknüpfung der Vergütung an **unternehmensbezogene Ziele** oder zumindest Ziele übergeordneter Organisationseinheiten (Team-, Abteilungs- oder Bereichsziele). Soweit Zielbonussysteme nach wie vor individuelle Leistungen prämiieren, werden diese zunehmend mit nichtlinearen Belohnungskurven, Unter- und Obergrenzen ausgestaltet, um genau den „Idealbereich“ der Leistung zu honorieren, der unternehmensseitig gewünscht ist.
- 62** Variable Vergütungssysteme knüpfen insbesondere seit der weltweiten Finanzkrise der Jahre 2007 und 2008 sowie entsprechenden Regulierungsbemühungen insbesondere im Bankbereich¹⁰⁴ zunehmend an mittel- bis langfristige Zielerreichung an. Auf diese Weise werden „längerfristige“ unzureichende Arbeitsleistungen adäquat erfasst. Dem gegenüber steht die immer stärkere Fokussierung des BAG auf den **leistungsbelohnenden** Charakter von Entgelten und dem nahezu vollständigen Abrücken von der Rechtsprechung zu sogenannten „Mischprämien“ (s. Kap. 20 Rn. 11),¹⁰⁵ was die Gestaltung von längeren Bindungsfristen zum argumentativen Drahtseilakt werden lässt. Aus eben diesem Grund geht ein starker Trend auch zur **Virtualisierung** von Vergütungsbestandteilen. Anstelle verdienter Boni mit entsprechenden Haltefristen treten zunehmend virtuelle „Credits“, „Shadow Units“ oder „Bausteine“, die für sich selbst betrachtet noch keinen Vergütungsgegenwert haben, sondern erst nach Ablauf bestimmter Fristen nach einer dann zu bestimmenden Formel in reale Vergütung umgewandelt werden. Insoweit verbleiben dem Unternehmen zumeist gewisse Ermessensspielräume, um auf Fehlentwicklungen adäquat zu reagieren. Schließlich sind

¹⁰⁴ Siehe nur § 10 Abs. 2 InstVGv.

¹⁰⁵ BAG 12.4.2011, 1 AZR 412/09, BB 2011, 2811; Löw/Gluck, DB 2015, 187.

auch in variablen Vergütungssystemen zunehmend Widerrufsvorbehalte enthalten, die etwa an bestimmte wirtschaftliche Unternehmensentwicklungen anknüpfen. Nur selten wird dies aber konsequent umgesetzt: Während der Fall wirtschaftlicher Fehlentwicklungen auf Unternehmensebene zumeist gut abgebildet werden kann, fehlt in den meisten Fällen nach wie vor eine Anknüpfung eines Widerrufsrechts an unzureichende Leistungserbringung.

b) Belohnungssysteme statt Zielbonussystemen?

Seit einiger Zeit wird unter der Überschrift „Schaffung zeitgemäßer Entgeltsysteme“ im Zusammenhang mit der „**Arbeitswelt 4.0**“ häufig über eine grundsätzliche Neujustierung der Gesamtvergütung nachgedacht. So soll die Grundvergütung – vereinfacht dargestellt – nicht länger (nur) der Sicherstellung des Lebensunterhaltes und der gerechten Teilnahme am Wohlstand und der Wohlstandsentwicklung dienen; vielmehr soll der Stellenwert der Arbeit sich nicht länger über die Vergütungskomponente definieren. Vergütung soll vielmehr dort erfolgen, wo besondere Leistungen, Beiträge oder Anstrengungen geeignet sind, den Unternehmenserfolg nachhaltig zu befördern. Gleichzeitig gerät der „Dreiklang“ aus Jahresgespräch, Zielsetzung und individueller Bonifizierung verstärkt in die Kritik. Jahresgespräche werden teilweise als überflüssig und nicht mehr mit den gewünschten flachen Hierarchien und agilen Unternehmensstrukturen vereinbar angesehen. Das Setzen individueller Ziele wird hinterfragt, da kein notwendiger Zusammenhang zwischen einem erfolgreichen Mitarbeiter (in seinem Bereich) und einer erfolgreichen Positionierung des Unternehmens am Markt im selben Zeitraum bestehen muss. Schließlich wird die Bonifizierungspraxis kritisiert, da selbst exzellente Mitarbeiter häufig geringere Boni erhalten, als ihnen eigentlich nach dem gelebten System zustehen sollten. Gründe hierfür sind häufig unternehmenspolitischer Natur und manifestieren sich z. B. in sogenannten **Rationalisierungskurven**. 63

Als Alternative zur „klassischen“ Bonifizierung verbreiten sich daher in jüngerer Zeit zunehmend so genannte „**on the spot**“-Boni. Bei diesen wird – vereinfacht dargestellt – den zuständigen Führungskräften jeweils für ihre Organisationseinheit ein jährlicher Bonustopf zugeteilt, den sie nach freiem Ermessen für besondere Arbeitsleistungen an ihre Mitarbeiter verteilen dürfen. Häufig werden derartige Systeme mit einem Vorschlagsprozess kombiniert. So sollen insbesondere gute Ideen einer Person oder eines Teams, projektbezogene Leistungen und „Meilensteine“ oder Durchbrüche im Rahmen der Entwicklung eines Produktes angemessen honoriert werden können. Ziel dieses Ansatzes ist es, wie in einem klassischen Bonussystem Wertschätzung gegenüber den Arbeitnehmern zu demonstrieren, gleichzeitig aber ein zeitnahes Feedback zur Arbeitsleistung abzugeben. 64

- 65 Auch die Handhabung von „on the spot“-Awards bedarf aber klarer Regeln. Dies beginnt bei der Budgetierung und entsprechenden Kompetenzen, setzt sich fort in der Frage, wer über die Verteilung entscheidet, und ist insbesondere dort entscheidend, wo ein klares gemeinsames Leistungsverständnis im Unternehmen herrschen muss: Wenn nicht klar ist, welche Leistungen von welcher Rolle erwartet werden können und dürfen, welche Maßstäbe an „besondere“ Leistungen zu setzen sind und in welche Richtung eine Entwicklung des Unternehmens besonders unterstützt werden soll, wird die Gewährung von „on the spot“-Boni zu einem Problem der Verteilungsgerechtigkeit. Insoweit ist zu sehen, dass unter Compliance-Gesichtspunkten ein stärker ermessensabhängiges System auch einer größeren **Kontrolle** bedarf (s. Kap. 20 Rn. 53 ff., 61 ff.). Das gilt insbesondere auch mit Blick auf eine Bonifizierung gegenüber – vermeintlichen oder tatsächlichen – „Low Performern“.

Kapitel 20

Änderungsvorbehalte zur Flexibilisierung von Sonderzuwendungen

Schrifttum: *Annuß*, Grundstruktur der AGB-Kontrolle von Arbeitsverträgen, BB 2006, 1333; *Bauer/Heimann*, Flexibel, motivierend und „all-inclusive“ – Rechtssichere Vergütung von Führungskräften, NZA-Beil. 2014, 114; *Bayreuther*, Freiwilligkeitsvorbehalte: Zulässig, aber überflüssig?, BB 2009, 102; *Günther/Biedrzyńska*, Nach dem Fest der Streit? – Die jüngste Entwicklung der Rechtsprechung zu Stichtagsklauseln bei Weihnachtsgeld und sonstigen Sonderzahlungen, ArbRAktuell 2014, 66; *Hanau/Hromadka*, Richterliche Kontrolle flexibler Entgeltregelungen in Allgemeinen Arbeitsbedingungen, NZA 2005, 73; *Heiden*, Neue Entwicklungen im Recht der Sonderzahlungen, RdA 2012, 225; *Heins/Leder*, Stichtagsklauseln und Bonuszusagen – unvereinbar?, NZA 2014, 520; *Hromadka/Schmitt-Rolfes*, Die AGB-Rechtsprechung des BAG zu Tätigkeit, Entgelt und Arbeitszeit, NJW 2007, 1777; *Lakies*, Neue Rechtsprechung zu Flexibilisierungsvarianten bei Sonderzuwendungen, ArbRAktuell 2013, 251; *Leder*, Aktuelles zur Flexibilisierung von Arbeitsbedingungen, RdA 2010, 93; *Lembke*, Die Gestaltung von Vergütungsvereinbarungen, NJW 2010, 257 und NJW 2010, 321; *Lunk/Leder*, Der Arbeitsvertrag – Einzelne Vertragsklauseln, NJW 2015, 3766 und NJW 2016, 1292; *Preis*, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht. Buchbesprechung NZA 2016, 153; *Preis*, Der langsame Tod der Freiwilligkeitsvorbehalte und die Grenzen betrieblicher Übung, NZA 2009, 281; *Preis/Sagan*, Der Freiwilligkeitsvorbehalt im Fadenkreuz der Rechtsgeschäftslehre, NZA 2012, 697; *Reisener*, Flexible Vergütungsmodelle AGB-Kontrolle, Gestaltungsvarianten, NZA 2007, 1249; *Reinecke*, Neue Regeln für Sonderzahlungen, BB 2013, 437; *Roggel/Neumann*, Sonderzahlungen mit Stichtagsklauseln – Grenzen der Rechtsprechung und Gestaltungsmöglichkeiten, BB 2014, 1909; *Schneider*, Betriebliche Übung und konkludente Vertragsanpassung, NZA 2016, 590; *Stoffels*, Neues zu Widerrufsvorbehalten in Arbeitsverträgen, NZA 2017, 1217; *Wank*, Änderung von Arbeitsbedingungen, NZA-Beil. 2012, 41; *Willemsen/Jansen*, Die Befristung von Entgeltbestandteilen als Alternative zu Widerrufs- und Freiwilligkeitsvorbehalten, RdA 2010, 1; *Willemsen/Grau*, Alternative Instrumente zur Entgeltflexibilisierung im Standardarbeitsvertrag, NZA 2005, 1137.

Übersicht

	Rn.		Rn.
I. Fragestellung	1	7. Arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz	18
II. Begriff der Sonderzuwendung	3	IV. Freiwilligkeitsvorbehalt	19
III. Rechtsgrundlagen	6	1. Zweck der Sonderzuwendung	20
1. Tarifvertrag	7	a) Entwicklung der Rechtsprechung	20
2. Betriebsvereinbarung	10	b) Rechtsprechung seit dem 18.1.2012	22
3. Arbeitsvertrag	11	c) Ermittlung des Zwecks durch Auslegung	24
4. Gesamtzusage	13		
5. Betriebliche Übung	14		
6. Schlüssiges Verhalten gegenüber einem Arbeitnehmer	17		

Kap. 20 Änderungsvorbehalte zur Flexibilisierung von Sonderzuwendungen

2. Entgeltcharakter bei Überschreitung des „üblichen Rahmens“	27	a) Verstoß gegen § 308 Nr. 4 BGB	47
a) Angleichung von Widerrufsvorbehalt und Freiwilligkeitsvorbehalt?	28	b) Ausübungskontrolle	52
b) Engere Grenze für Freiwilligkeitsvorbehalte	31	c) Formulierungsvorschlag	53
c) Schlussfolgerungen	32	2. Kombination von Freiwilligkeits- und Widerrufsvorbehalt	57
3. Pauschaler Vorbehalt	33	3. Summierung von (Änderungs-)Vorbehalten	59
4. Konkreter Vorbehalt	36	a) Fragestellung	59
a) Verstoß gegen das Transparenzgebot	36	b) Stellungnahme	60
b) Wirkungskdauer von Freiwilligkeitsvorbehalten	40	4. Anrechnungsvorbehalt	64
c) Formulierungsvorschlag	41	a) Zulässigkeit	65
5. Freiwilligkeitserklärung bei Auszahlung	43	b) Formulierungsvorschlag	69
a) Konkreter Hinweis bei Zahlung	43	5. Stichtagsregelung – Bindungsklausel – Rückzahlungsklausel	72
b) Formulierungsvorschlag	44	a) Inhaltskontrolle	74
V. Änderungsvorbehalte	45	b) Zulässigkeit bei betriebsbedingten Kündigungen	77
1. Widerrufsvorbehalt	46	c) Formulierungsvorschlag	78
		VI. Auswirkungen für die Praxis	81

I. Fragestellung

- 1 Inwieweit kann der Arbeitgeber noch „frei“ darüber entscheiden, ob und in welcher Höhe er seinen Arbeitnehmern Sonderzuwendungen, wie Weihnachts- oder Urlaubsgeld, zahlt? Diese Frage war vor der Schuldrechtsreform von der Rechtsprechung geklärt. Seitdem hat sich an der Interessenlage nichts geändert: Arbeitgeber wollen Leistungsanreize für Arbeitnehmer durch Zusatzleistungen gewähren, aber auf Veränderungen der wirtschaftlichen Lage ihres Unternehmens oder eine veränderte Marktlage möglichst flexibel reagieren und Zusatzleistungen auch wieder entziehen können. Arbeitnehmer wollen für ihre Leistung angemessen bezahlt werden und einen Anspruch auf versprochene und verdiente Leistungen haben.
- 2 Die Rechtsprechung erkennt ein Flexibilisierungsinteresse an, weist aber darauf hin, dass der einzelne Arbeitnehmer sich beim Abschluss von Arbeitsverträgen typischerweise in einer Situation struktureller Unterlegenheit befindet, da er in der Regel ungleich stärker auf sein Arbeitsverhältnis angewiesen ist, als der Arbeitgeber auf den einzelnen Arbeitnehmer.¹ Der Vertragsparität sei mit den Mitteln des Zivilrechts Geltung zu verschaffen. Die Zivilgerichte müssten bei der

1 Hanau/Hromadka, NZA 2005, 73, 77, sehen die Flexibilität gar als „Besonderheit des Arbeitsrechts“.

Inhaltskontrolle und der Anwendung von Generalklauseln die grundrechtliche Gewährleistung der Privatautonomie beachten.² Ausgehend von diesen Grundsätzen hat das Bundesarbeitsgericht in den letzten Jahren die zulässigen vertraglichen Grenzen der Flexibilisierung zunehmend eingeengt und ein Ende ist noch nicht absehbar. Diese Rechtsprechung hat zur Folge, dass einzelvertragliche Regelungen wie Freiwilligkeits- und Widerrufsvorbehalte, die sich auch heute noch in vielen Arbeitsverträgen finden, oftmals unwirksam sind.³

II. Begriff der Sonderzuwendung

Der Begriff der Sonderzuwendung⁴ wird im Entgeltfortzahlungsgesetz legal definiert als „Leistungen, die der Arbeitgeber zusätzlich zum laufenden Arbeitsentgelt erbringt“.⁵ Diese Definition entsprach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts vor der Schuldrechtsreform, an der der 10. Senat des Bundesarbeitsgerichts lange festgehalten hat.⁶ Anders formuliert kann man unter Sonderzuwendung jede Zahlung verstehen, die über das Grundentgelt – sei es der vereinbarte Stundenlohn oder das Festgehalt – hinausgeht. Darunter fallen Zahlungen, die zu bestimmten Anlässen oder Terminen gezahlt werden (meist als **Gratifikation** bezeichnet), wie Weihnachts- und Urlaubsgeld, 13. Monatsgehalt, Jahressonderzahlung oder Jubiläumsgelder, Prämien wie Anwesenheits- oder Halteprämien (s. Kap. 21), Zielerreichungs- und Bonuszahlungen (s. Kap. 20) und betriebliche Sozialleistungen, wie Sachbezüge (s. Kap. 24). Für dieses Kapitel soll der Begriff der Sonderzuwendungen eng verstanden werden und nur die (reinen) Gratifikationen oder Zahlungen, die zu bestimmten Anlässen oder Terminen geleistet werden, umfassen.⁷

Im Einzelfall kann sich die Abgrenzung zwischen laufendem Entgelt und Sonderzuwendung schwierig gestalten, da auch Sonderzuwendungen monatlich oder mehrmals im Kalenderjahr geleistet werden können. Man kann sich auch die Frage stellen, weshalb hier überhaupt differenziert werden soll, da es schließ-

2 BAG 25.4.2007, 5 AZR 627/06, BB 2007, 1900.

3 So auch *Bauer/Heimann*, NZA-Beil. 2014, 114, 114 und *Willemsen/Jansen*, RdA 2010, 1, 1.

4 Hierfür werden synonym gebraucht auch die Begriffe: Sonderzahlung, Sondervergütung.

5 § 4a Satz 1 EfzG.

6 Zuletzt BAG 30.7.2008, 10 AZR 606/07, BB 2008, 2465, Rn. 38; BAG 21.1.2009, 10 AZR 219/08, NZA 2009, 310; BAG 14.9.2011, 10 AZR 526/10, NZA 2012, 81.

7 Der Begriff Sonderzuwendung wird nicht einheitlich gebraucht, so werden darunter zum Teil wie hier vertreten alle zusätzlichen Entgelte verstanden (*Schaub-Linck*, § 78 Rn. 1), teilweise lediglich Gratifikationen (*ErfK-Preis* § 611a BGB Rn. 527; *Lakies*, ArbRAktuell 2013, 251, 251), teilweise wird unter Gratifikationen nicht das 13. Monatsgehalt verstanden, sondern nur Weihnachts-, Urlaubs- und Jubiläumsgeld (*Schaub-Linck*, § 78 Rn. 2).

lich für den Arbeitnehmer keinen wesentlichen Unterschied macht, ob er einmal im Jahr eine Zuwendung in Höhe von 2.400 € oder jeden Monat eine Zulage in Höhe von 200 € erhält.⁸ Das Bundesarbeitsgericht hält dementsprechend auch eine allgemein gültige Abgrenzung der beiden Begriffe laufendes Entgelt und Sonderzahlung „wegen der Vielzahl denkbarer Fallgestaltungen“ nicht für möglich.⁹ In der Literatur wird zum Teil vorgeschlagen, diese Differenzierung ganz aufzugeben.¹⁰

- 5 Das Bundesarbeitsgericht ist von dieser Definition scheinbar abgerückt.¹¹ Jedenfalls finden sich in neueren Entscheidungen des 10. Senats (der für Gratifikationen und Sondervergütungen nach der Geschäftsverteilung zuständig ist) die Begriffspaare Sonderzuwendung – laufendes Arbeitsentgelt nicht mehr, vielmehr wird die Abgrenzung nur noch hinsichtlich des Zwecks der Zahlung getroffen.¹²

III. Rechtsgrundlagen

- 6 Es gibt keinen gesetzlichen Anspruch auf Zahlung von Sonderzuwendungen, sodass es einer eigenen Rechtsgrundlage bedarf. Mögliche Rechtsgrundlagen werden im Folgenden kurz dargestellt, weil Änderungsvorbehalte je nach Rechtsgrundlage und hierfür maßgebliche Auslegungsregeln hinsichtlich ihrer Zulässigkeit unterschiedlich zu beurteilen sind.

1. Tarifvertrag

- 7 Soweit ein Tarifvertrag anwendbar ist – sei es, weil er allgemeinverbindlich ist (§ 5 Abs. 4 TVG) oder weil Arbeitgeber und Arbeitnehmer tarifgebunden sind (§ 3 Abs. 1 TVG) – und dieser Sonderzuwendungen gewährt, richtet sich der Anspruch auf die Zahlung allein nach den tarifvertraglichen Regelungen. Diese sind wie ein Gesetz auszulegen, die Regelungen über die Inhaltskontrolle finden gem. § 310 Abs. 4 Satz 3 BGB keine Anwendung.^{13,14} Das gilt auch, wenn ein-

8 Ähnlich auch *Preis*, NZA 2009, 281, 282.

9 BAG 30.7.2008, 10 AZR 606/07, BB 2008, 2465, Rn. 38.

10 *Heiden*, RdA 2012, 225, 227; *Bauer/Heimann*, NZA-Beil. 2014, 114, 116 m. w. N.

11 So auch *Preis*, NZA 2016, 153.

12 BAG 18.1.2012, 10 AZR 612/10, BB 2012, 2250; BAG 18.1.2012, 10 AZR 667/10, NZA 2012, 620; BAG 13.5.2015, 10 AZR 266/14, NZA 2015, 992.

13 Vgl. nur: BAG 23.9.2004, 6 AZR 442/03, NZA 2005, 475. Auf den größeren Spielraum der Tarifvertragsparteien im Hinblick auf Sonderzuwendungen verweist BAG 13.11.2013, 10 AZR 848/12, BB 2014, 1020, Rn. 35.

14 Tarifverträge werden gerichtlich nur hinsichtlich der Übereinstimmung mit Verfassung, Gesetzesrecht und guten Sitten überprüft, vgl. nur BAG 6.9.1995, 5 AZR 174/94, BB 1996, 959; BAG 27.6.2018, 10 AZR 290/17, DB 2018, 2311.

zelne tarifvertragliche Regelungen wörtlich in den Arbeitsvertrag übernommen werden.

Anders ist es, wenn ein Tarifvertrag nur deshalb anwendbar ist, weil im Arbeitsvertrag auf ihn Bezug genommen wird. Dann gilt das oben Gesagte nur, **8**

- wenn der Tarifvertrag als Ganzes in Bezug genommen wird (Globalverweisung) und
- es sich um einen Tarifvertrag handelt, der – läge eine Tarifbindung vor – zeitlich, fachlich und räumlich anwendbar ist.¹⁵

Denn Tarifverträge sind wegen der Tarifautonomie der Tarifvertragsparteien (Art. 9 Abs. 3 GG) von der Anwendbarkeit der §§ 307 ff. BGB ausgenommen, um den Tarifvertrag als Gesamtwerk zu sichern und ausgewogene Bestimmungen nicht durch punktuelle Eingriffe auszuhebeln. Anderes muss gelten, wenn nur einzelne Regelungen des Tarifvertrags einbezogen werden, da diese dann u. U. nicht mehr ausgewogen sind. Inwieweit es ausreicht, dass wenigstens auf selbstständige Teilkomplexe verwiesen wird (Teilverweisung), ist streitig.¹⁶ Nimmt ein Arbeitgeber nur für ihn vorteilhafte einzelne Regelungen eines Tarifvertrags in Bezug, dann sind diese – wie jede andere vertragliche Regelung auch – der Inhaltskontrolle unterworfen. Gleiches gilt für die Inbezugnahme Klausel selbst.¹⁷ **9**

2. Betriebsvereinbarung

Haben Arbeitgeber und Betriebsrat eine Betriebsvereinbarung über die Zahlung einer Sonderzuwendung geschlossen, richtet sich auch hier der Anspruch nach den dort geregelten Voraussetzungen. Betriebsvereinbarungen sind wegen ihres normativen Charakters wie Tarifverträge und Gesetze auszulegen, auch für diese gilt die Ausnahme des § 310 Abs. 4 Satz 3 BGB.¹⁸ **10**

¹⁵ BAG 6.5.2009, 10 AZR 390/08, NZA-RR 2009, 593, Rn. 28 ff.; *ErfK-Preis*, §§ 305–310 BGB Rn. 12 ff.

¹⁶ BAG 6.5.2009, 10 AZR 390/08, NZA-RR 2009, 593, Rn. 29

¹⁷ Vgl. nur BAG 22.7.2010, 6 AZR 170/08, BB 2011, 186, Rn. 38.

¹⁸ Betriebsvereinbarungen sind wie Tarifverträge überprüfbar (s. Rn. 13), vgl. z. B. BAG 7.6.2011, 1 AZR 807/09 NZA 2011, 1234; BAG 12.4.2011, 1 AZR 412/09, BB 2011, 2811. Zu beachten sind die Grenzen für die Betriebsparteien, durch Betriebsvereinbarungen Regelungen in Arbeitsverträgen aufzuheben (vgl. nur zur Ablösung von AGB durch Betriebsvereinbarungen BAG 17.7.2012, 1 AZR 476/11, NZA 2013, 338) oder über Stichtagsregelungen Entgelt zu entziehen (zur Auslegung von Bezugnahme Klauseln BAG 12.4.2011, 1 AZR 412/09, BB 2011, 2811).

3. Arbeitsvertrag

- 11** Seit Inkrafttreten der Schuldrechtsreform¹⁹ ist zu prüfen, ob Arbeitsverträge allgemeine Geschäftsbedingungen i.S.d. §§ 307 ff. BGB enthalten. Das ist nur zu verneinen, wenn es sich um eine ausgehandelte Individualabrede handelt. Das kommt im Arbeitsrecht eher selten vor, da Arbeitgeber fast immer vorgedruckte Arbeitsverträge verwenden, in die nur noch persönliche Daten eingesetzt werden.²⁰ Damit sind Arbeitsverträge regelmäßig der AGB-Kontrolle unterworfen.²¹
- 12** Aus dem AGB-Recht ergibt sich ein objektiver Auslegungsmaßstab, das heißt, es ist zu überprüfen, wie ein durchschnittlicher Arbeitnehmer die Regelung verstehen würde.²² Auszulegen ist der Vertragswortlaut, die Auslegung ist nicht am Willen der jeweiligen Vertragspartner zu orientieren.²³ Ergibt die objektive Auslegung des Vertragswortlauts, dass dieser unklar ist, weil mehrere Deutungen möglich sind, ist er an der Unklarheitenregel zu messen (§ 305c Abs. 2 BGB), mit der Folge, dass die für den Arbeitnehmer günstigere Auslegung anzuwenden ist.²⁴ Das gilt aber nur, wenn mindestens zwei Ergebnisse als vertretbar anzusehen sind, von denen keines den klaren Vorzug verdient. Widersprechen sich die Klauseln inhaltlich, ist § 305c Abs. 2 BGB unanwendbar und das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB greift.

4. Gesamtzusage

- 13** Anspruchsgrundlage kann auch eine Erklärung des Arbeitgebers gegenüber seinen Arbeitnehmern sein, dass er eine Leistung gewährt, wenn diese von ihm festgelegte Voraussetzungen erfüllen. Dies wird als Gesamtzusage bezeichnet. Der Arbeitnehmer erwirbt einen einzelvertraglichen Anspruch auf diese Leistung,

19 Das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts ist (auch) für Dauerschuldverhältnisse am 1.1.2002, für Verträge, die vor diesem Datum geschlossen wurden, am 1.1.2003 in Kraft getreten, Art. 229 § 5 EGBGB.

20 Die weitere Voraussetzung, dass es sich um mehrmals verwendete Verträge handeln muss, ist nach der Rechtsprechung entbehrlich, da Arbeitnehmer als Verbraucher anzusehen sind, sodass § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB anzuwenden ist, mit der Folge, dass es genügt, wenn ein vorformulierter Arbeitsvertrag einmal verwendet wird, vgl. nur BAG 25.5.2005, 5 AZR 572/04, BB 2005, 2131, Rn. 38 ff. Die weiteren Voraussetzungen von § 305 Abs. 2 und 3 BGB sind wegen § 310 Abs. 4 Satz 2 BGB ebenfalls für Arbeitsverträge nicht zu beachten.

21 So auch *ErfK-Preis*, §§ 305–310 BGB Rn.23; *Wank*, NZA-Beil. 2012, 41; *Lembke*, NJW 2010, 257, 257.

22 BAG 10.12.2008, 10 AZR 1/08, NZA-RR 2009, 576.

23 BAG 14.9.2011, 10 AZR 526/10, NZA 2012, 81; BAG 10.7.2013, 10 AZR 898/11, Rn. 17, AP Nr. 16 zu § 305c BGB.

24 BAG 19.3.2008, 5 AZR 429/07, NZA 2008, 757; BAG 20.1.2010, 10 AZR 914/08, NZA 2010, 445; BAG 17.4.2013, 10 AZR 281/12, NZA 2013, 787.

wenn er die vom Arbeitgeber genannten Anspruchsvoraussetzungen erfüllt, ohne dass es einer gesonderten Erklärung bedarf. Anspruchsvoraussetzungen können z. B. eine bestimmte Dauer der Betriebszugehörigkeit und der ungekündigte Bestand des Arbeitsverhältnisses zum Auszahlungszeitpunkt sein. Gesamtzusagen werden als Vertragsangebot i. S. d. § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB angesehen und unterliegen damit auch den für Allgemeine Geschäftsbedingungen geltenden Regeln.²⁵

5. Betriebliche Übung

Gewährt der Arbeitgeber zusätzlich zu dem vereinbarten monatlichen Gehalt 14 eine Leistung, ohne hierzu durch Gesetz, Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung oder Arbeitsvertrag verpflichtet zu sein, ist zunächst durch Auslegung (§§ 133, 157 BGB) zu ermitteln, ob er sich nur zu der konkreten Leistung oder darüber hinaus auch für die Zukunft verpflichtet hat. Hat der Arbeitgeber mehrmals an alle (vergleichbaren) Arbeitnehmer geleistet und nicht erkennbar nach außen zum Ausdruck gebracht, dass er sich hieran nicht binden will, kann hierin ein Anspruch aus betrieblicher Übung liegen. Es kommt nicht darauf an, ob der Arbeitgeber sich verpflichten will, sondern ob die Arbeitnehmer aus der regelmäßigen Wiederholung schließen können, dass diese Leistungen auf Dauer gewährt werden. Diese werden von den Arbeitnehmern stillschweigend angenommen (§ 151 BGB) und daraus erwachsen dann vertragliche Ansprüche auf die üblich gewordenen Vergünstigungen.²⁶

Diese (kritisierte²⁷) Konstruktion der Rechtsprechung wurde für jährlich gezahlte Sonderzuwendungen dahingehend weiterentwickelt, dass eine betriebliche Übung entsteht, wenn über mindestens 3 Jahre eine Zahlung in gleicher Höhe geleistet wurde.²⁸ Nach neuerer Rechtsprechung kann die Zahlung auch in unterschiedlicher Höhe erfolgen.²⁹ Für seltener gezahlte Leistungen, wie Jubiläumsgelder, stellt das Bundesarbeitsgericht darauf ab, wie häufig die Leistungen erbracht worden sind und setzt dies in Relation zur Mitarbeiterzahl. Auch die Höhe der Leistungen spielt eine Rolle. Bei einer Zahlung von 250 € zum 10-jährigen Betriebsjubiläum über einen Zeitraum von 10 Jahren an alle betroffenen Mitarbeiter, von denen in diesem Zeitraum 10 Prozent der Mitarbeiter profitierten, sah es eine betriebliche Übung als entstanden an.³⁰ 15

25 Ständige Rechtsprechung, vgl. nur BAG 13.11.2013, 10 AZR 848/12, BB 2014, 1020.

26 BAG 28.2.1996, 10 AZR 516/95, BB 1996, 1387.

27 Vgl. nur *Preis/Sagan*, NZA 2012, 697, 703, und *Schneider*, NZA 2016, 590 ff.

28 BAG 28.2.1996, 10 AZR 516/95, BB 1996, 1387.

29 BAG 13.5.2015, 10 AZR 266/14, NZA 2015, 992, Rn. 19 unter ausdrücklicher Aufgabe der bisherigen Rechtsprechung für die betriebliche Übung.

30 BAG 28.5.2008, 10 AZR 274/07, BB 2008, 1847, Rn. 18.

- 16 Das Entstehen einer betrieblichen Übung kann nicht durch eine (qualifizierte) Schriftformklausel verhindert werden. Da gemäß § 305b BGB individuelle Vertragsabreden Vorrang vor Allgemeinen Geschäftsbedingungen haben, ist eine solche Klausel irreführend und benachteiligt den Vertragspartner deshalb unangemessen i. S. v. § 307 Abs. 1 BGB.³¹ Eine Schriftformklausel, die nur auf die Verhinderung des Entstehens einer betrieblichen Übung gerichtet ist, ist jedoch nach der Rechtsprechung zulässig.³²

6. Schlüssiges Verhalten gegenüber einem Arbeitnehmer

- 17 Das Bundesarbeitsgericht erkennt nunmehr auch einen Anspruch auf Zahlung einer Sonderzuwendung an, wenn sich die dreimalige Gewährung einer Zahlung nur auf einen Arbeitnehmer bezieht. Anspruchsgrundlage ist die individuelle konkludente Abrede. Einen solchen Anspruch hat das Bundesarbeitsgericht – soweit ersichtlich – erstmals im Zusammenhang mit einer jährlichen Bonuszahlung bejaht, die mehrmals in unterschiedlicher Höhe ausgezahlt wurde. Der Arbeitgeber hatte jeweils mitgeteilt, dass die Arbeitnehmerin einen Jahresbonus in bestimmter Höhe erhalten werde, den die Arbeitnehmerin angenommen hat.³³ In einer weiteren Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts wurde ein Anspruch eines einzelnen Arbeitnehmers bejaht, nachdem der Arbeitgeber diesem jährlich drei Jahre lang eine „Sonderzahlung“ (zusätzlich zu einer jährlichen Weihnachtsgeldzahlung) in unterschiedlicher Höhe gewährt hatte.³⁴

7. Arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz

- 18 Auch aus dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz kann ein Anspruch auf Zahlung einer Sonderzuwendung beruhen (s. Kap. 11).

IV. Freiwilligkeitsvorbehalt

- 19 Nach der neueren Rechtsprechung sind Freiwilligkeitsvorbehalte in arbeitsvertraglichen Regelungen bei Sonderzuwendungen nur zulässig,
- wenn mit der Zahlung nur die Betriebstreue (oder andere vergleichbare Zwecke) honoriert werden soll (Rn. 20 ff.),
 - sich die Höhe der Zahlung im üblichen Rahmen reiner Treue- und Weihnachtsgratifikationen bewegt (Rn. 27) und
 - der Freiwilligkeitsvorbehalt der Inhaltskontrolle standhält (Rn. 34 ff.).

31 BAG 20.5.2008, 9 AZR 382/07 BB 2008, 2242, Rn. 39.

32 BAG 20.5.2008, 9 AZR 382/07, BB 2008, 2242, Rn. 34; a. A.: DBD-Däubler, § 305b BGB Rn. 14 m. w. N.

33 BAG 21.4.2010, 10 AZR 163/09, NZA 2010, 808.

34 BAG 13.5.2015, 10 AZR 266/14, NZA 2015, 992.

1. Zweck der Sonderzuwendung*a) Entwicklung der Rechtsprechung*

Vor der Schuldrechtsreform nahm die Rechtsprechung folgende Dreiteilung vor: **20**

- Zahlungen, die nur geleistete Dienste entlohnen sollen – sogenannte „**Sonderzuwendung mit reinem Entgeltcharakter**“ oder auch „Arbeitsentgelt im engeren Sinne“
- Zahlungen, mit denen nur die **Betriebstreue (reine Gratifikationen)** entlohnt werden soll und
- Zahlungen, mit denen sowohl Leistung als auch Treue belohnt werden soll, sogenannte „**Sonderzuwendung mit Mischcharakter**“ oder „Arbeitsentgelt im weiteren Sinne“.³⁵

Hieran hielt der 10. Senat auch nach Inkrafttreten der Schuldrechtsreform zunächst fest.³⁶ 2008 rückte er dann von dieser Unterscheidung ab und formulierte ausdrücklich, dass es auf den Zweck der Sonderzahlung nicht ankomme.³⁷ In einer weiteren Entscheidung aus dem Jahr 2009 setzte er diesen Weg fort, mit der Begründung, dass der Arbeitgeber „... in aller Regel jede Sondervergütung im Hinblick auf das Arbeitsverhältnis und die Verpflichtung des Arbeitnehmers zur Leistung der versprochenen Dienste“ erbringe.³⁸ Seit den Entscheidungen vom 18.1.2012 hat der 10. Senat die oben dargestellte Dreiteilung wieder eingeführt.³⁹ Der 9. Senat hat sich dieser Rechtsprechung angeschlossen.⁴⁰ **21**

b) Rechtsprechung seit dem 18.1.2012

Seitdem gilt, dass **nur Sonderzuwendungen**, deren **ausschließlicher Zweck** die Belohnung der **Betriebstreue** ist (oder andere vergleichbare Zwecke, die keine Vergütung der Arbeitsleistung darstellen, wie erhöhte Aufwendungen an Weihnachten oder im Urlaub), einem Freiwilligkeitsvorbehalt unterworfen werden können, da diese nicht im Synallagma zur erbrachten Arbeitsleistung stehen und deshalb grundsätzlich an den Eintritt weiterer Bedingungen geknüpft werden können.⁴¹ **22**

Freiwilligkeitsvorbehalte für **Sonderzuwendungen mit reinem Entgeltcharakter** stehen im Widerspruch zum Grundgedanken des § 611 Abs. 1 BGB, in- **23**

35 BAG 16.3.1994, 10 AZR 669/92, BB 1994, 1636, Rn. 20.

36 BAG 21.5.2003, 10 AZR 408/02, BAGE 106, 159, Rn. 23 ff.

37 BAG 30.7.2008, 10 AZR 606/07, BB 2008, 2465, Rn. 34.

38 BAG 1.4.2009, 10 AZR 393/08, AP Nr. 84 zu § 242 BGB Betriebliche Übung, Rn. 19.

39 BAG 18.1.2012, 10 AZR 612/10, BB 2012, 2250; BAG 18.1.2012, 10 AZR 667/10, NZA 2012, 620; BAG 13.5.2015, 10 AZR 266/14, NZA 2015, 992.

40 BAG 22.7.2014, 9 AZR 981/12, NZA 2014, 1136, Rn. 19.

41 BAG 18.1.2012, 10 AZR 612/10, BB 2012, 2250, Rn. 28.

dem sie dem Arbeitnehmer bereits erarbeiteten Lohn entziehen. Sie verkürzen außerdem in nicht zu rechtfertigender Weise die nach Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsfreiheit des Arbeitnehmers, weil sie die Ausübung seines Kündigungsrechts unzulässig erschweren. Ein berechtigtes Interesse des Arbeitgebers, dem Arbeitnehmer Lohn für geleistete Arbeit gegebenenfalls vorenthalten zu können, sei nicht ersichtlich.⁴² Sonderzuwendungen, die zumindest **auch** die Betriebstreue honorieren (**Sonderzuwendung mit Mischcharakter**), werden wie Sonderzuwendungen mit reinem Entgeltcharakter behandelt, da auch damit bereits erarbeitete Leistungen entzogen werden.⁴³

c) Ermittlung des Zwecks durch Auslegung

- 24** Welchen Zweck die Sonderzuwendung hat, ist durch Auslegung der vertraglichen Bestimmungen zu ermitteln. Hierbei kommt es nach der Rechtsprechung nicht darauf an, welchen Begriff der Arbeitgeber der Sonderzuwendung gibt.⁴⁴ Entscheidend ist allein der Inhalt der vertraglichen Regelung. Der Zweck einer Sonderzahlung soll sich danach „aus den tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen, von deren Vorliegen und Erfüllung die Leistung abhängig gemacht wird“, ergeben.⁴⁵ Das Bundesarbeitsgericht geht vom Entgeltcharakter aus, wenn keine weiteren Anspruchsvoraussetzungen vereinbart sind oder wenn die Sonderzahlung an das Erreichen quantitativer oder qualitativer Ziele geknüpft ist. „Will der Arbeitgeber andere Zwecke verfolgen, so muss sich dies deutlich aus der zugrundeliegenden Vereinbarung ergeben.“⁴⁶ Es ist also genau auf die Formulierung der Bestimmung zu achten. Jede Regelung, die an die Quantität oder Qualität der persönlichen Arbeit anknüpft, kann als Indiz für den Vergütungscharakter angesehen werden. Das kann zum Beispiel die Berücksichtigung der Arbeitsunfähigkeitszeiten oder von unfallfreiem Fahren beinhalten.⁴⁷
- 25** Beim **Weihnachtsgeld** sieht das Bundesarbeitsgericht einen (arbeitsleistungsunabhängigen) Zweck darin, dass die üblicherweise erhöhten Ausgaben in der Weihnachtszeit ermöglicht werden sollen. Der Begriff „Weihnachtsgeld“ kann sowohl als Fälligkeitsbestimmung für die Zahlung gesehen werden als auch als Anspruchsvoraussetzung, dass das Arbeitsverhältnis zu Weihnachten noch besteht. Voraussetzungen, die für einen leistungsunabhängigen Zweck sprechen können, sind die Vereinbarung einer Wartezeit, des (ungekündigten) Bestands zum Auszahlungszeitpunkt (Stichtagsregelung) oder einer Rückzahlungsklau-

42 BAG 18.1.2012, 10 AZR 612/10, BB 2012, 2250, Rn. 22; BAG 13.11.2013, 10 AZR 848/12, BB 2014, 1020, Rn. 23.

43 BAG 18.1.2012, 10 AZR 612/10, BB 2012, 2250, Rn. 28.

44 BAG 11.4.2009, 9 AZR 225/99, BB 2001, 152, Rn. 41 ff.

45 BAG 22.10.2003, 10 AZR 152/03, BB 2004, 494, Rn. 33.

46 BAG 18.1.2012, 10 AZR 667/10, NZA 2012, 620, Rn. 15.

47 Darauf weist *Reinecke*, BB 2013, 437, 439, hin.

sel.⁴⁸ Auch die systematische Stellung der Klausel im Vertrag im Anschluss an die sonstige Vergütung kann für den Entgeltcharakter sprechen.⁴⁹ Die anteilige Zahlung im Eintrittsjahr kann ebenso auf den Entgeltcharakter hindeuten. Es kann damit aber auch bezweckt werden, dass sich die Höhe des Beitrags zum Weihnachtsfest im Eintrittsjahr an der Dauer des Arbeitsverhältnisses orientiert. Wird neben der anteiligen Zahlung geregelt, dass der ungekündigte Bestand zum Auszahlungstag Voraussetzung für die Gewährung der Sonderzuwendung ist, ist vom Gratifikationscharakter auszugehen.⁵⁰ Hieran zeigt sich deutlich, dass immer alle Umstände miteinzubeziehen sind und eine Gesamtbewertung erfolgt, die dazu führen kann, dass einzelne Tatsachen unterschiedlich gewertet werden. Dazu folgendes Beispiel: Dankt der Arbeitgeber für den „persönlichen Einsatz“ bei Zahlung und gewährt er diese bei unbezahlten Arbeitsbefreiungen nur zeitanteilig, spricht dies für den Gegenleistungscharakter. Soll daneben ausdrücklich die Betriebstreue belohnt werden und die Zahlung von einem Bestand ab 1.1. des Jahres und einer ungekündigten Stellung abhängen sein, ist dies unbeachtlich.⁵¹

Wenn das Entstehen des **Urlaubsgeldanspruchs** an das Entstehen des Anspruchs auf bezahlten Erholungsurlaub geknüpft wird und das Urlaubsgeld pro genommenen Urlaubstag gezahlt wird, legt das nahe, dass „das Urlaubsgeld dem Erholungszweck des Urlaubs und nicht der Vergütung einer Arbeitsleistung dienen soll“.⁵² Anhaltspunkte für den Zweck ergeben sich nicht schon aus der Festlegung einer sechsmonatigen Wartefrist.⁵³ Gegen eine Akzessorietät von Urlaubsgeld und Urlaubsnahme sprechen aber eine feststehende Bemessungshöhe, eine fehlende Verbindung zum erzielten Urlaubsentgelt und die Festlegung von unterschiedlichen Fälligkeiten für beide Leistungen.⁵⁴ Wenn dann keine weiteren Voraussetzungen wie Bestand oder Rückzahlung vereinbart sind, ist vom Entgeltcharakter der Regelung auszugehen.

2. Entgeltcharakter bei Überschreitung des „üblichen Rahmens“

Darüber hinaus sieht das Bundesarbeitsgericht auch eine Sonderzuwendung, die „einen **wesentlichen Anteil der Gesamtvergütung**“ des Arbeitnehmers ausmacht, als zusätzliche Vergütung für geleistete Arbeit an. Gratifikationscharakter könnten nur die Sonderzuwendungen haben, die sich im „üblichen Rahmen reiner

48 BAG 21.5.2003, 10 AZR 408/02, EzA § 611 BGB 2002 Gratifikation, Prämie Nr. 8.

49 BAG 21.5.2003, 10 AZR 408/02, EzA § 611 BGB 2002 Gratifikation, Prämie Nr. 8.

50 BAG 18.1.2012, 10 AZR 667/10, NZA 2012, 620, Rn. 18.

51 BAG 13.11.2013, 10 AZR 848/12, BB 2014, 1020, Rn. 20.

52 Vgl. nur BAG 22.7.2014, 9 AZR 981/12, NZA 2014, 1136.

53 BAG 12.10.2010, 9 AZR 522/09, NZA 2011, 695, Rn. 24.

54 BAG 12.10.2010, 9 AZR 522/09, NZA 2011, 695, Rn. 24.

Treue- und Weihnachtsgratifikationen“ bewegen.⁵⁵ Das Bundesarbeitsgericht beurteilt den Zweck der Zahlung damit auch aufgrund der Höhe der Zahlung. Ist der „übliche Rahmen“ überschritten, wird damit quasi unterstellt, dass eine Sonderzuwendung mit Mischcharakter vorliegt, mit der Folge, dass sie Entgeltcharakter hat und keinem Freiwilligkeitsvorbehalt unterstellt werden kann. Wann ein wesentlicher Anteil erreicht oder der übliche Rahmen überschritten ist, ist von der Rechtsprechung bislang noch nicht genau fixiert.⁵⁶ In der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts wurde die Grenze nicht überschritten, die Zahlung lag 200 € unter dem durchschnittlichen Bruttomonatsgehalt der Klägerin.^{57,58}

a) Angleichung von Widerrufsvorbehalt und Freiwilligkeitsvorbehalt?

- 28 Diskutiert wurde schon vor dieser Entscheidung, dass die Freiwilligkeitsvorbehalte entsprechend den Widerrufsvorbehalten einer Grenze unterworfen werden sollten.⁵⁹ Ein Widerrufsvorbehalt ist nach ständiger Rechtsprechung (schon vor Inkrafttreten der Schuldrechtsreform) nur zulässig, soweit der im Gegenseitigkeitsverhältnis stehende widerrufliche Teil des Gesamtverdienstes unter 25% liegt und der Tariflohn nicht unterschritten wird. Anderenfalls liegt ein **Eingriff in den Kernbereich des Arbeitsvertrags** vor, der nach der Wertung des § 307 Abs. 2 BGB nicht zulässig sei. Der Arbeitgeber dürfe das Wirtschaftsrisiko nicht auf den Arbeitnehmer verlagern. Als Maßstab diene der Vertragsinhaltsschutz gem. § 2 KSchG.⁶⁰
- 29 Fraglich ist also, ob unter „wesentlichem Anteil der Gesamtvergütung“ und „Eingriff in den Kern des Arbeitsvertrags“ das Gleiche verstanden werden kann. Dagegen spricht die Wortwahl des Bundesarbeitsgerichts, aber auch die unterschiedliche Folge der Einordnungen. Während aus der Vereinbarung eines Freiwilligkeitsvorbehalts die Möglichkeit folgt, die Zahlung ohne Begründung einzustellen, ist Folge eines Widerrufsvorbehalts, dass in begründeten Fällen widerrufen werden kann und die Ausübung des Widerrufs kontrollierbar ist.⁶¹
- 29a Hätte der Senat die gleiche Grenze einführen wollen, hätte es nahegelegen, sich auf die Rechtsprechung zu den Widerrufsvorbehalten zu stützen und diese auf Freiwilligkeitsvorbehalte zu übertragen. Da der 5. Senat für laufendes Entgelt

55 BAG 18.1.2012, 10 AZR 667/10, NZA 2012, 620, Rn. 15.

56 So auch Reinecke, BB 2013, 437, 439, anders Günther/Biedrzyńska, ArbRAktuell 2014, 66, die von der 25%-Grenze ausgehen (vom BAG angedeutet in der Entscheidung vom 24.10.2007, 10 AZR 825/06, BB 2008, 166, Rn. 28).

57 BAG 18.1.2012, 10 AZR 667/10, NZA 2012, 620.

58 Die Höhe der Zahlung ist nur aus der Entscheidung der Vorinstanz ersichtlich (LAG Hamm 16.9.2010, 15 Sa 812/10, LAGE § 611 BGB 2002 Gratifikation Nr. 18).

59 Bayreuther, BB 2009, 102, 103; Heiden, RdA 2012, 225, 235.

60 BAG 11.10.2006, 5 AZR 721/05, BB 2007, 109 m. w. N.

61 Näher hierzu unter Rn. 50 ff.

bereits Freiwilligkeitsvorbehalte in Widerrufsvorbehalte umgedeutet hat, hätte dies nunmehr auch für Sonderzuwendungen durchgeführt werden können.⁶² Dazu war der Weg auch schon bereitet, da der 10. Senat schon 2007 angedeutet hatte, dass die 25 %-Grenze möglicherweise bei Freiwilligkeitsvorbehalten relevant sein könnte.⁶³

b) Engere Grenze für Freiwilligkeitsvorbehalte⁶⁴

In seiner Entscheidung von 2015 hat der Senat nun angedeutet, was er unter einem „wesentlichen Anteil der Gesamtvergütung“ im Zusammenhang mit Sonderzuwendungen versteht. Dort betraf die streitige Zahlung rund 15 % der Gesamtvergütung und wurde mit einer weiteren Sonderzahlung in Höhe von einem Bruttomonatsgehalt zusammengerechnet. In der Summe der beiden Zahlungen sah das Bundesarbeitsgericht die Grenze als überschritten an, mit der Folge, dass die Zahlungen als Gegenleistung für die erbrachte Arbeitsleistung angesehen wurden.⁶⁵ Er zieht also eine engere Grenze als bei Widerrufsvorbehalten, wenn man davon ausgeht, dass die zweite Zahlung ca. 5,1 % ausmacht, sodass insgesamt ca. 20 % betroffen waren.⁶⁶ 15 % scheinen also noch nicht auszureichen, 20 % sind aber bereits zu viel.

c) Schlussfolgerungen

Folge hiervon ist, dass auch Sonderzuwendungen mit Gratifikationscharakter nach den genannten Entscheidungen nicht wirksam unter einen Freiwilligkeitsvorbehalt gestellt werden können, wenn sie den – bislang nicht konkret festgelegten – Rahmen sprengen. Die Eingrenzung des zulässigen Spielraums ist aufgrund der wenigen Einzelfälle schwierig. Setzt man bei der Bezeichnung „üblicher Rahmen“ an, wäre dieser in der Praxis derzeit wohl bei einem halben bis zwei Bruttomonatsgehältern anzusetzen – das wären dann maximal 16,66 % der Gesamtvergütung. Meine Empfehlung wäre daher, um das Risiko einer unzulässigen Regelung zu vermeiden, maximal zwei Bruttomonatsgehälter als Treuebonus unter Freiwilligkeitsvorbehalt zu stellen.

62 Vgl. nur BAG 25.4.2007, 5 AZR 627/06, BB 2007, 1900, Rn. 23.

63 BAG 24.10.2007, 10 AZR 825/06, BB 2008, 166, Rn. 28.

64 So auch *Reinecke*, BB 2013, 437, 439.

65 BAG 13.5.2015, 10 AZR 266/14, NZA 2015, 992, Rn. 25. (Die Berechnung der 15 % ist nach den angegebenen Zahlen nicht nachvollziehbar; es müssten 18,25 % sein, allerdings mögen noch andere Zahlungen mit einberechnet worden sein, die sich aus dem Sachverhalt nicht ergeben und die Gesamtvergütung erhöht haben).

66 Nach den Angaben im Sachverhalt betrug die Sonderzuwendung 12.500 € und das Weihnachtsgeld 5.300 € für 2009. Ich bin bei der Berechnung von den 15 % ausgegangen und habe damit die Gesamtvergütung hochgerechnet und daraus den Prozentsatz des Bruttomonatslohns.

3. Pauschaler Vorbehalt

- 32 Der 10. Senat des Bundesarbeitsgerichts hatte folgende Regelung zu prüfen:
- 33 „Sonstige, in diesem Vertrag nicht vereinbarte Leistungen des Arbeitgebers an den Arbeitnehmer sind freiwillig und jederzeit widerruflich. Auch wenn der Arbeitgeber sie mehrmals und regelmäßig erbringen sollte, erwirbt der Arbeitnehmer dadurch keinen Rechtsanspruch für die Zukunft.“⁶⁷
- 34 Das Bundesarbeitsgericht hielt diese Regelung für unzulässig, weil der Freiwilligkeitsvorbehalt **alle zukünftigen Leistungen** unabhängig von ihrer Art und ihrem Entstehungsgrund erfassen sollte. Außerdem nahm es einen Verstoß gegen den in § 305b BGB bestimmten Vorrang der Individualabrede und den allgemeinen Rechtsgrundsatz, dass vertragliche Regelungen einzuhalten sind, an.⁶⁸ Denn es würden mit dieser Formulierung alle nachträglich ausdrücklich oder konkludent geschlossenen Vereinbarungen für unwirksam erklärt.⁶⁹
- 35 Ein pauschaler Vorbehalt ist damit, weil er unweigerlich auch Leistungen mitumfasst, die dem Synallagma unterliegen, nicht zulässig.⁷⁰ Formulierungsbeispiele erübrigen sich daher.

4. Konkreter Vorbehalt

a) Verstoß gegen das Transparenzgebot

- 36 Das Bundesarbeitsgericht hat in einer Reihe von Entscheidungen Freiwilligkeitsvorbehalte für unzulässig erklärt, weil sie nicht klar und verständlich waren (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB – Transparenzgebot).⁷¹ Exemplarisch hierzu folgende Entscheidung:
- 37 Im Arbeitsvertrag war geregelt:
- „Freiwillige soziale Leistungen richten sich nach dem betriebsüblichen Rahmen. Zurzeit werden gewährt:
- Urlaubsgeld in Höhe von 18,40 € pro Urlaubstag.
- Weihnachtsgeld in Höhe von ...

67 BAG 14.9.2011, 10 AZR 526/10, NZA 2012, 81.

68 BAG 14.9.2011, 10 AZR 526/10, NZA 2012, 81, Rn. 32.

69 Noch 2009 hatte das BAG das Gegenteil vertreten: BAG 21.1.2009, 10 AZR 219/08, NZA 2009, 907.

70 So auch *ErfK-Preis*, §§ 305–310 BGB Rn. 71; *MASIG-Maaß*, 360 Rn. 3; *Lakies*, *ArbRAktuell* 2013, 251, 252.

71 BAG 14.9.2011, 10 AZR 526/10, NZA 2012, 81; BAG 13.11.2013, 10 AZR 848/12, BB 2014, 1020; BAG 10.12.2008, 10 AZR 1/08, NZA-RR 2009, 576.

Die Zahlung der betrieblichen Sondervergütungen (Weihnachtsgratifikation, Urlaubsgeld, vermögenswirksame Leistungen) erfolgt in jedem Einzelfall freiwillig und ohne Begründung eines Rechtsanspruchs für die Zukunft.⁷²

Das Bundesarbeitsgericht stellte fest, dass die Formulierung des ersten Satzes nur so verstanden werden kann, dass damit bereits ein Anspruch auf die Zahlungen entsteht, dies ergebe sich aus dem Wort „gewährt“ und auch daraus, dass die Höhe der Leistung präzise festgelegt werde. Da helfe es nichts mehr, dass das Weihnachtsgeld als „freiwillige soziale Leistung“ bezeichnet werde. Denn die Bezeichnung als freiwillig könne auch zum Ausdruck bringen, dass der Arbeitgeber nicht durch Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung oder Gesetz zu dieser Leistung verpflichtet sei. Da der letzte Satz, der für sich zwar eindeutig sei und einen Rechtsanspruch auf eine Weihnachtsgratifikation ausschließe, im Widerspruch zu dem oben gewährten Anspruch auf ein Weihnachtsgeld stehe, sei er nicht klar und verständlich gem. § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB.⁷³

b) Wirkungskdauer von Freiwilligkeitsvorbehalten

Das Bundesarbeitsgericht hat „Bedenken“ geäußert, ob (zulässige) Freiwilligkeitsvorbehalte in langjährigen Arbeitsverhältnissen auf Dauer wirksam sein können. Im entschiedenen Fall war der Kläger mehr als 20 Jahre beschäftigt, das Bundesarbeitsgericht hielt die Zulässigkeit des Freiwilligkeitsvorbehalts für „zweifelhaft“, wenn nicht regelmäßig auf den vertraglichen Vorbehalt hingewiesen wird.⁷⁴ Auch dies sollten Arbeitgeber berücksichtigen und auf den vertraglichen Vorbehalt jeweils bei der Auszahlung – zum Beispiel auf der Lohnabrechnung oder am Schwarzen Brett – hinweisen.

c) Formulierungsvorschlag

„Sofern der Arbeitgeber Weihnachtsgeld zahlt, sollen damit nur die üblicherweise erhöhten Aufwendungen des Arbeitnehmers in der Weihnachtszeit ermöglicht werden. Die Zahlungen erfolgen mit der Maßgabe, dass auch bei wiederholter Zahlung kein Anspruch des Arbeitnehmers auf weitere Weihnachtsgeldzahlungen in der Zukunft entsteht. Das gilt nicht für mit dem Arbeitnehmer ausdrücklich individuell vereinbarte Zahlungen. Das Weihnachtsgeld wird mit dem Novembergehalt ausbezahlt und setzt voraus, dass der Arbeitnehmer zu diesem Zeitpunkt in einem ungekündigten Arbeitsverhältnis mit dem Arbeitgeber steht. Es beträgt maximal zwei Bruttomonatsgehälter oder 15 % der Gesamtvergütung.“

72 BAG 20.2.2013, 10 AZR 177/12, AP Nr. 299 zu § 611 BGB Gratifikation.

73 Zur Kritik an dieser „haarspalterischen“ Kontrolle *Bauer/Heimann*, NZA-Beil. 2014, 114, 115; *Leder*, RdA 2010, 93, 94; *Lembke*, NJW 2010, 257, 262.

74 BAG 14.9.2011, 10 AZR 526/10, NZA 2012, 81, Rn. 31.

- 40** Vergleichbare Regelungen sind auch denkbar für die Zahlung von Urlaubsgeld, Jubiläumsgeld und ein 13. Monatsgehalt oder eine Jahressonderzahlung. Zusätzlich kann auch ein Stichtag oder eine Rückzahlungsregelung vereinbart werden (s. Rn. 66 ff.).

5. Freiwilligkeitserklärung bei Auszahlung⁷⁵

a) Konkreter Hinweis bei Zahlung

- 41** Der Arbeitgeber kann bei der Auszahlung einer Zuwendung – soweit sie nicht vertraglich zugesagt ist – darauf hinweisen, dass die Leistung einmalig sein soll und keine Ansprüche für die Zukunft begründet.⁷⁶ In der Praxis kann dies entweder durch ein Schreiben an die Arbeitnehmer (begleitend zur Abrechnung) oder auch durch einen entsprechenden Aufdruck auf der Gehaltsabrechnung erfolgen. Der Vorteil ist, dass dieser eindeutigen Erklärung keine andere Bedeutung zugemessen werden kann, das Entstehen einer betrieblichen Übung damit also verhindert werden kann. Nachteilig ist, dass der oft beabsichtigte Zweck der Treuegeldzahlung, einen Mitarbeiter jedenfalls bis zu einem bestimmten Stichtag zu „halten“, damit nicht erreichbar ist. Insofern empfiehlt sich eine Kombination eines Freiwilligkeitsvorbehalts mit der Erklärung bei der Auszahlung. Damit ist zugleich die Problematik der Wirkungskdauer von Freiwilligkeitsvorbehalten gelöst.⁷⁷

b) Formulierungsvorschlag

- 42** „Mit der Novemberabrechnung erhalten Sie (als Dank für Ihre Treue zum Unternehmen) ein Weihnachtsgeld in Höhe von ... Hierbei handelt es sich (wie im Arbeitsvertrag vereinbart) um eine freiwillige Leistung des Arbeitgebers. Der Arbeitgeber behält sich vor, jedes Jahr neu zu entscheiden, ob und in welcher Höhe er ein Weihnachtsgeld zahlen kann. Ein Rechtsanspruch auf die wiederholte oder dauerhafte Gewährung eines Weihnachtsgeldes entsteht hiermit nicht.“⁷⁸

V. Änderungsvorbehalte

- 43** Verspricht ein Arbeitgeber eine arbeitsvertragliche Leistung und behält er sich vor, diese einseitig zu ändern, liegt ein Änderungsvorbehalt vor. Ein solcher kann nach der Rechtsprechung auch bei der Inbezugnahme auf eine interne Re-

⁷⁵ Preis/Sagan, NZA 2012, 697, sprechen von Einmalzahlung mit Freiwilligkeitshinweis.

⁷⁶ BAG 14.9.2011, 10 AZR 526/10, NZA 2012, 81; BAG 18.3.2009, 10 AZR 289/08, BB 2009, 1366.

⁷⁷ So auch MASIG-Maaß, 360 Rn. 4a; Lunk/Leder, NJW 2015, 3766, 3767.

⁷⁸ Angelehnt an MASIG-Maaß, 360 Rn. 4a.

gelung – wie eine Arbeits- und Betriebsordnung – vorliegen. Ist diese vom Arbeitgeber einseitig änderbar und soll sie in ihrer „jeweiligen“ Form gelten, verfolgt sie das gleiche Ziel wie andere Änderungsvorbehalte.⁷⁹

1. Widerrufsvorbehalt

In vielen Arbeitsverträgen findet sich die Formulierung, dass die Zahlung einer Sonderzuwendung gewährt wird, unter dem Vorbehalt, dass diese „**jederzeit widerruflich**“ sein soll. Auch diese Formulierung hält der Inhaltskontrolle nicht Stand. **44**

a) Verstoß gegen § 308 Nr. 4 BGB

Die Vereinbarung eines Widerrufsvorbehalts stellt eine von Rechtsvorschriften abweichende Regelung gem. § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB dar, da nach dem Vertragsrecht eine bindende Zusage nicht einseitig aufgehoben werden kann („pacta sunt servanda“) und unterliegt damit der Inhaltskontrolle. **45**

Nach § 308 Nr. 4 BGB ist die Vereinbarung eines Änderungsvorbehalts unwirksam, wenn sie nicht unter Berücksichtigung der Interessen des Arbeitgebers für den Arbeitnehmer zumutbar ist. Zumutbar ist sie nur, soweit der widerrufliche Teil des Gesamtverdienstes unter 25 % liegt und der Tariflohn nicht unterschritten wird, und damit der „**Kernbereich des Arbeitsverhältnisses**“ unangetastet bleibt. Sind Zahlungen des Arbeitgebers widerruflich, die keine 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 % des Gesamtverdienstes.⁸⁰ Das können zum Beispiel die kostenlose Beförderung zum Betrieb sowie Fahrtkosten- und Mietzuschüsse sein. Das wird damit begründet, dass dem Arbeitnehmer hier zu seinem Vorteil eine Leistung zusätzlich zum üblichen Entgelt gewährt werde. Der Arbeitgeber sei dann bis zur Grenze der Willkür frei, die Voraussetzungen des Anspruchs festzulegen und dementsprechend auch den Widerruf zu erklären.⁸¹ **46**

Weitere Voraussetzung für die Wirksamkeit ist, dass ein **Grund für den Widerruf** angegeben wird. Der Grund muss sich aus der Regelung selbst ergeben, der Arbeitnehmer muss erkennen können, was ggf. „auf ihn zukommt“. ⁸² Kontrollmaßstab für die Interessen des Arbeitgebers und die Zumutbarkeit sind dabei **47**

⁷⁹ BAG 11.2.2009, 10 AZR 222/08, NZA 2009, 428, Rn. 23.

⁸⁰ BAG 7.12.2005, 5 AZR 535/04, AP TzBfG § 12 Nr. 4.

⁸¹ BAG 11.10.2006, 5 AZR 721/05, BB 2007, 109; BAG 8.12.2010, 10 AZR 671/09, NZA 2012, 81.

⁸² BAG 12.1.2005, 5 AZR 364/04, BB 2005, 833.

auch die Art und Höhe der Leistung, die widerrufen werden soll, die Höhe des verbleibenden Verdienstes und die Stellung des Arbeitnehmers im Unternehmen.⁸³

- 48 Wie **konkret** dieser **Widerrufsgrund** zu bezeichnen ist, wird von den Senaten des Bundesarbeitsgerichts unterschiedlich beantwortet. Der 5. Senat vertritt, dass zumindest die Richtung angegeben werden muss, aus der der Widerruf möglich sein soll (wirtschaftliche Gründe, Leistung oder Verhalten des Arbeitnehmers). Auch der Grad der Störung (wirtschaftliche Notlage des Unternehmens, negatives wirtschaftliches Ergebnis der Betriebsabteilung, nicht ausreichender Gewinn, Rückgang bzw. Nichterreichen der erwarteten wirtschaftlichen Entwicklung, unterdurchschnittliche Leistungen des Arbeitnehmers, schwerwiegende Pflichtverletzungen) soll konkretisiert werden.⁸⁴ Der 9. Senat lässt die Angabe eines „anzuerkennenden“ Sachgrunds genügen.⁸⁵ Der 10. Senat spricht unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des 5. Senats von einem „triftigen“ Grund.⁸⁶ Der 1. Senat schließt sich ebenfalls der Rechtsprechung des 5. Senats an und lässt die Angabe der Richtung, aus der der Widerruf möglich sein soll, genügen.^{87,88} In der Literatur wird darüber hinaus empfohlen, auch für den Fall einer nötigen Umgestaltung des Entgeltsystems einen Widerrufsvorbehalt zu formulieren, da dieser unter die bereits genannten sachlichen Gründe nicht fällt, die Notwendigkeit eines Widerrufs zur Vereinheitlichung eines Entgeltsystems aber unter Umständen notwendig wird.⁸⁹
- 49 Im Übrigen ist die Widerrufsklausel aus Gründen des **Transparenzgebots** nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB so präzise zu fassen, dass der Arbeitnehmer weiß, in welchen Fällen er mit der Ausübung des Widerrufs rechnen muss.^{90,91}

83 BAG 12.1.2005, 5 AZR 364/04, BB 2005, 833, Rn. 22.

84 BAG 11.10.2006, 5 AZR 721/05, BB 2007, 109; BAG 20.4.2011, 5 AZR 191/10, BB 2011, 2034.

85 BAG 19.12.2006, 9 AZR 294/06, BB 2007, 1624; BAG 13.4.2010, 9 AZR 113/09, NZA-RR 2010, 457.

86 BAG 11.2.2009, 10 AZR 222/08, NZA 2009, 428.

87 BAG 24.1.2017, 1 AZR 774/14, NZA 2017, 777, Rn. 19

88 *Stoffels*, NZA 2017, 1218 problematisiert, ob unter Berücksichtigung dieser Entscheidung die Formulierung „wirtschaftlicher Gründe“ noch genügt. M. E. ist die Entscheidung aber so zu verstehen, dass das BAG den Widerrufsvorbehalt nur deshalb für unwirksam hält, da er auch ohne das Vorliegen eines sachlichen Grundes ausgesprochen werden kann, da die Formulierung sehr weit gefasst war.

89 Hierzu *Stoffels*, NZA 2017, 1219 m. w. N.

90 BAG 19.12.2006, 9 AZR 294/06, BB 2007, 1624, Rn. 30.

91 Die Prüfung durch das BAG ist uneinheitlich, z. T. wird alles unter § 308 Nr. 4 BGB geprüft, auch die Transparenz (BAG 21.3.2012, 5 AZR 651/10, NZA 2012, 616, Rn. 16), z. T. separat (BAG 19.12.2006, 9 AZR 294/06, BB 2007, 1624, Rn. 30).

b) Ausübungskontrolle

Ist der Widerrufsvorbehalt zulässig, ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob der Widerruf im Einzelfall billigem Ermessen entspricht, denn die Erklärung des Widerrufs stellt eine Bestimmung der Leistung durch den Arbeitgeber nach § 315 Abs. 1 BGB dar. Geprüft wird das tatsächliche Vorliegen des Widerrufsgrunds, die Verhältnismäßigkeit der Ausübung (z. B. Einhaltung einer Ankündigungsfrist) und ob der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz eingehalten wurde (s. Kap. 11).⁹² Bei dieser Prüfung erfolgt im Ergebnis die Annäherung der Senate zur Ausgestaltung des Widerrufsgrunds. Werden die Gründe in der Vertragsregelung konkret benannt, orientiert sich die Ermessensprüfung hieran, sind sie eher vage, gerät die Ausübungskontrolle intensiver.⁹³

c) Formulierungsvorschlag

„Der Arbeitnehmer erhält mit der Novemberabrechnung eine Sonderzuwendung in Höhe von ... EUR brutto. Der Arbeitgeber behält sich vor, diese Zahlung mit einer Frist von einem Monat zum Monatsende aus sachlichem Grund durch schriftliche Erklärung zu widerrufen.“

51

Ein sachlicher Grund liegt vor:

- aus betriebsbedingten Gründen, insbesondere bei einer wirtschaftlichen Notlage des Unternehmens (Rückgang der Umsatzentwicklung von mehr als ... %, Gewinnrückgang in Höhe von ... %), oder einer Massenentlassung i. S. d. § 17 KSchG,
- aus personenbedingten Gründen, insbesondere bei einer um mindestens ... % unterdurchschnittlichen Arbeitsleistung des Arbeitnehmers über einen Zeitraum von ... Monaten oder bei Arbeitsunfähigkeit in Höhe von 1/4 des jahresdurchschnittlichen Arbeitsentgelts gem. § 4a EfzG und
- aus verhaltensbedingten Gründen, insbesondere bei einer schwerwiegenden Pflichtverletzung des Arbeitnehmers, die vom Arbeitgeber schriftlich abgemahnt wurde.

Ein Widerruf wird darüber hinaus vorbehalten bei einer Umgestaltung des Entgeltsystems.

Der Widerruf wird in der Höhe begrenzt auf maximal 24,5 % der Gesamtvergütung.“⁹⁴

⁹² Vgl. nur BAG 21.3.2012, 5 AZR 651/10, NZA 2012, 616.

⁹³ So auch *Hromadka/Schmitt-Rolfes*, NJW 2007, 1777, 1801.

⁹⁴ Nach MASIG-Maaß, 600 Rn. 3 und *Stoffels*, NZA 2017, 1224.

2. Kombination von Freiwilligkeits- und Widerrufsvorbehalt

- 52** Eine vertragliche Formulierung wie „Die Zahlung eines Weihnachtsgelds ist freiwillig. Hierauf besteht kein Rechtsanspruch und sie kann jederzeit widerrufen werden“, findet sich (noch) in vielen Arbeitsverträgen. Diese Kombination von Freiwilligkeitsvorbehalt und Widerrufsvorbehalt ist nach der Rechtsprechung **immer unzulässig**. Es sei ein Widerspruch, einerseits einen Anspruch auszuschließen (Freiwilligkeitsvorbehalt) und andererseits einen Widerruf vorzubehalten, der das Bestehen eines Anspruchs voraussetzt (Widerrufsvorbehalt).⁹⁵
- 53** Der Arbeitgeber muss sich daher entscheiden, ob er einen Anspruch gewähren will und diesen unter einen Widerrufsvorbehalt stellt, oder erst gar keinen Anspruch gewähren will und einen Freiwilligkeitsvorbehalt formuliert. Beides zusammen kann für eine Leistung nicht vorbehalten werden.

3. Summierung von (Änderungs-)Vorbehalten

a) Fragestellung

- 54** Teilweise wird in der Literatur die Frage aufgeworfen, ob es nicht auch unzulässig sein muss, unterschiedliche Leistungen unter Vorbehalt zu stellen (seien es – mehrere – Freiwilligkeitsvorbehalte oder/und – mehrere – Widerrufsvorbehalte), wenn diese **in der Summe die 25 %-Grenze überschreiten**, also den Kern des Arbeitsverhältnisses betreffen.⁹⁶ Für **Freiwilligkeitsvorbehalte** hat das Bundesarbeitsgericht diese Frage in seiner Entscheidung vom 13.5.2015 konkludent **bejaht**, da es dort berücksichtigt hat, dass zwei unterschiedliche Sonderzuwendungen gezahlt wurden und erst die Summe der Zahlungen dazu führte, dass diese als wesentlicher Anteil an der Gesamtvergütung angesehen und damit die Grenze überschritten wurde.⁹⁷ Für **Widerrufsvorbehalte** gibt es als Anhaltspunkt nur die Formulierung, dass sich die Grenze „erhöht“, wenn Aufwendungen erstattet werden, die der Arbeitnehmer sonst selbst zu tragen hätte. Daraus kann der Schluss gezogen werden, dass die unterschiedlichen Grenzen für verschiedene Leistungen bedeuten, dass diese nicht summiert werden dürfen, da sie nicht im sachlichen Zusammenhang stehen, sodass je nach Zweck der Leistung die Grenze jeweils ausgeschöpft werden kann.⁹⁸ Denkbar wäre es auch, nach dem inhaltlichen Zusammenhang zu fragen und auf den jeweiligen Grund für den Widerruf abzustellen.⁹⁹

⁹⁵ BAG 30.7.2008, 10 AZR 606/07, BB 2008, 2465.

⁹⁶ Bayreuther, BB 2009, 102, 103; Annuß, BB 2006, 1333, 1338.

⁹⁷ BAG 13.5.2015, 10 AZR 266/14, NZA 2015, 992.

⁹⁸ So Willemsen/Grau, NZA 2005, 1137, 1139.

⁹⁹ So Annuß, BB 2006, 1333, 1338.

b) Stellungnahme

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, vor allem in Mietsachen, liegt ein Summierungseffekt vor, „wenn jeweils für sich unbedenkliche, aber inhaltlich zusammengehörige Klauseln in ihrer Gesamtwirkung zu einer unangemessenen Benachteiligung des Vertragspartners des Verwenders führen“. Da der gesamte Vertragsinhalt einschließlich seiner Individualteile zu würdigen sei, gelte das auch, wenn die zu prüfende Formulklausel mit einer Individualvereinbarung zusammentreffe.¹⁰⁰ Legt man diese Rechtsprechung für die **Widerrufsvorbehalte** zugrunde, dann ist zu fragen, welche Klauseln inhaltlich zusammengehören und so zu einer unangemessenen Benachteiligung führen können. M. E. gehören im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses **alle Regelungen, die widerruflich zusätzliche Leistungen zum Grundgehalt zusagen**, inhaltlich zusammen. Diese zugesagten Leistungen führen zu der Gesamtvergütung, mit der der Arbeitnehmer rechnet und die er seiner Lebensführung zugrunde legt. Insofern überzeugen mich die oben dargestellten Ansätze nicht, soweit der Kern des Arbeitsverhältnisses betroffen ist. Werden verschiedene Leistungen unter Widerrufsvorbehalt gestellt und überschreiten diese in der Summe die 25%- bzw. 30%-Grenze, so verbleibt dem Arbeitnehmer bei einem Widerruf aller Leistungen weniger als 70%–75% seiner Gesamtvergütung. Die grundsätzliche Entscheidung, dass für Aufwendungen, die der Arbeitnehmer sonst selber tragen müsste, eine höhere Grenze gilt, hat die Rechtsprechung ja bereits getroffen; an dieser inhaltlichen Aufteilung soll nicht gerüttelt werden. Im Ergebnis spielt es aber für den Arbeitnehmer keine Rolle, wofür die Zahlung geleistet wird, sondern dass er mit der Höhe der vereinbarten Zahlungen rechnen kann.

Zumindest dann, wenn damit auch die **tarifliche Grenze** unterschritten wird, ist dieser Entzug von Leistungen für den Arbeitnehmer nicht mehr zumutbar und die Interessen des Arbeitgebers müssen zurückstehen. Eindeutig ist das, wenn damit zugleich die Mindestlohngrenze unterschritten wird, da dann ein Verstoß gegen § 3 MiLoG vorliegt. Im Übrigen können zur Feststellung der tariflichen Grenze die Maßstäbe herangezogen werden, die bei der Rechtsprechung zum sittenwidrigen Lohn angewendet werden. Danach müssen den Arbeitnehmern 2/3 des in dem Wirtschaftszweig üblicherweise gezahlten Tarifentgelts oder, wenn es ein solches nicht gibt, des Lohnniveaus, das sich für die ausübende Tätigkeit in der Wirtschaftsregion gebildet hat, gezahlt werden.¹⁰¹

Werden diese Grenzen nicht tangiert, so können die vom Bundesarbeitsgericht aufgestellten Kriterien „Höhe des verbleibenden Verdienstes“ und „Stellung des Arbeitnehmers im Unternehmen“ mit herangezogen werden, um zu prüfen, ob dem Arbeitnehmer die Summe der widerrufenen Anteile unter Berücksichtigung

100 BGH 5.4.2006, VIII ZR 163/05, NJW 2006, 2116, Rn. 16.

101 BAG 18.11.2015, 5 AZR 814/14, NZA 2016, 494.

der Interessen des Arbeitgebers noch zumutbar ist. Die Angemessenheitskontrolle wird also auch hinsichtlich des Summierungseffekts durchgeführt. Bei der zu treffenden Einzelfallentscheidung muss gegebenenfalls auch berücksichtigt werden, inwieweit die widerrufenen Leistungen durch die Gewährung anderer Leistungen kompensiert werden.

- 58 Rechtsfolge** der Überschreitung der zulässigen Grenze in der Summe ist die **Unwirksamkeit beider Klauseln**. Dies hat der Bundesgerichtshof in einem Mietrechtsfall für zwei Klauseln entschieden, die wegen des Summierungseffekts beide unwirksam waren.¹⁰² Entscheidend war hierfür, dass die beiden – sprachlich getrennten – Regelungen in einem inhaltlichen Zusammenhang standen. Der Bundesgerichtshof befand, dass sich „der Verwender einer aus zwei Teilen bestehenden Klausel, deren einer Teil nur Bestand haben kann, wenn der andere Teil unwirksam ist,“ wegen des Transparenzgebots nicht auf die blue-pencil-Regelung berufen könne.¹⁰³ Im Arbeitsrecht kann nichts anderes gelten, wobei man hier sicherlich trefflich darüber streiten kann, ob der vom Bundesgerichtshof geforderte inhaltliche Zusammenhang besteht, der aus zwei Klauseln zwei zusammengehörige Teile macht. Wenn man aber meiner oben dargestellten Auffassung folgt, dass der inhaltliche Zusammenhang darin besteht, dass beide Regelungen zusammen den Kern des Arbeitsverhältnisses tangieren, so könnte man diese Voraussetzung durchaus bejahen. Aber auch Praktikabilitätsgründe sprechen für diese Lösung: Wonach sollte man sonst entscheiden, welche der beiden Regelungen unwirksam ist, vielleicht die belastendere – und nach welchen Kriterien entscheide ich, was objektiv belastender ist? Im Übrigen kann der Arbeitgeber auch bei Stellung des Arbeitsvertrages errechnen, in welchem Umfang er Leistungen einem Widerruf unterstellt und muss darauf achten, den Kern des Arbeitsverhältnisses damit nicht anzutasten.
- 59 Treffen Widerrufsvorbehalte und Freiwilligkeitsvorbehalte** zusammen, so ist dies differenziert zu sehen. Wenn der Arbeitgeber frei ist, über die Zahlung der Sonderzuwendung zu entscheiden, können diese Zahlungen nicht mit widerrufbaren Zahlungen summiert werden. Anderenfalls wäre der Freiwilligkeitsvorbehalt sinnentleert. Da dieser nach der neueren Rechtsprechung in der Höhe begrenzt ist, ergeben sich auch keine Wertungswidersprüche.¹⁰⁴ Denn damit ist sichergestellt, dass zumindest der Kern des Arbeitsverhältnisses durch die in Summe unter Freiwilligkeitsvorbehalt gestellten Leistungen nicht tangiert werden darf.

102 Nach Ansicht des BGH war es dabei unerheblich, dass eine der beiden Klauseln für sich bereits unwirksam war, dennoch kam es auf den Summierungseffekt an, mit dem auch die zweite Klausel unwirksam wurde (BGH 14.5.2003, VIII ZR 308/02, NJW 2003, 2234, Rn. 21).

103 BGH 14.5.2003, VIII ZR 308/02, NJW 2003, 2234, Rn. 21.

104 Diese Bedenken von *Bayreuther* sind somit ausgeräumt, es können dann nicht über 50% der Gesamtvergütung flexibilisiert werden, *Bayreuther*, BB 2009, 102, 103.

4. Anrechnungsvorbehalt

In Arbeitsverhältnissen, auf die Tarifverträge angewendet werden, können **über-tarifliche Zahlungen** unter einen Anrechnungsvorbehalt gestellt werden. **60**

a) Zulässigkeit

Das Bundesarbeitsgericht entschied über die Zulässigkeit einer Klausel, die eine „anrechenbare betriebliche Ausgleichszulage“ gewährte.¹⁰⁵ Dieser Anrechnungsvorbehalt sei dem Arbeitnehmer zumutbar, denn es ändere sich nichts an der Gesamtvergütung. Wenn der Arbeitgeber im Vorgriff bereits höhere als die tariflich geschuldeten Löhne oder Sonderzuwendungen zahlt, darf er selber entscheiden, ob er bei einer tariflichen Erhöhung weiterhin mehr zahlen will oder zunächst mal „nur“ das tariflich geschuldete Entgelt weiterzahlt.¹⁰⁶ Eine Unterlegenheit des Arbeitnehmers wie beim frei ausgehandelten Arbeitsvertrag ist hier nicht zu befürchten, soweit der Tarifvertrag als Ganzes anwendbar ist, er erhält jedenfalls das tarifliche Entgelt. Auch das Transparenzgebot nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB ist eingehalten. Der Arbeitnehmer kann erkennen, dass die Zulage nicht ohne Kürzungsmöglichkeit gewährt wird. Die Formulierung ist klar und verständlich. Das Bundesarbeitsgericht verweist hier zudem darauf, dass Anrechnungsvorbehalte in arbeitsvertraglichen Vergütungsabreden seit Jahrzehnten gang und gäbe sind und eine Besonderheit des Arbeitsrechts darstellen, die gem. § 310 Abs. 4 Satz 2 BGB angemessen zu berücksichtigen sind.¹⁰⁷ **61**

Das gilt unabhängig davon, wie die tarifliche Erhöhung gestaltet ist, auch Einmalzahlungen sind grundsätzlich anrechenbar.¹⁰⁸ Es muss aber immer geprüft werden, inwieweit der Tarifvertrag eigene Anrechnungsbestimmungen enthält; diese sind zu berücksichtigen. So kann zum Beispiel eine vom Arbeitgeber übertariflich gezahlte monatliche Anwesenheitsprämie nicht auf eine tarifliche Sonderzuwendung angerechnet werden, wenn der Manteltarifvertrag nur die Anrechenbarkeit bezüglich anderer Sonderzuwendungen gestattet, was durch Auslegung zu ermitteln ist.¹⁰⁹ **62**

Die Rechtsprechung erkennt zwar eine Anrechenbarkeit von übertariflichen Zulagen auch an, wenn dies nicht ausdrücklich vereinbart worden ist.¹¹⁰ Zu empfehlen ist aber dennoch, zur Klarstellung einen Vorbehalt vertraglich festzulegen, **63**

¹⁰⁵ BAG 1.3.2006, 5 AZR 363/05, BB 2006, 1282.

¹⁰⁶ Ähnlich MASIG-Maaß, 50 Rn. 11.

¹⁰⁷ BAG 1.3.2006, 5 AZR 363/05, BB 2006, 1282.

¹⁰⁸ BAG 27.8.2008, 5 AZR 820/07, NZA 2009, 49; anders der 1. Senat, der nach dem Zweck der Einmalzahlung differenziert: BAG 14.8.2001, 1 AZR 744/00, NZA 2002, 342.

¹⁰⁹ BAG 21.1.2009, 10 AZR 216/08, AP Nr. 283 zu § 611 BGB Gratifikation.

¹¹⁰ BAG 23.9.2009, 5 AZR 973/08, DB 2009, 2787.

Kap. 20 Änderungsvorbehalte zur Flexibilisierung von Sonderzuwendungen

auch weil ein solcher sogar eine Anrechnung gegenüber tarifbeständigen Zulagen ermöglicht.¹¹¹

- 64 Die Prüfung unterliegt der Ausübungskontrolle, die tatsächliche Anrechnung muss daher billigem Ermessen entsprechen, davon ist aber in der Regel auszugehen, da diese nicht zu einer Änderung des Gesamtbruttoverdienstes führt, sondern nur zu einer Verschiebung des Verhältnisses der tariflichen zu den übertariflichen Entgeltbestandteilen. Auch der Gleichbehandlungsgrundsatz ist zu beachten.

b) Formulierungsvorschlag

- 65 „Über den in Ziff. ... vorgesehenen Tariflohn hinaus erhält der Arbeitnehmer eine übertarifliche Zulage in Höhe von ... EUR brutto. Die übertarifliche Zulage kann ganz oder teilweise auf eine Erhöhung des Tariflohns oder/und eine Verkürzung der tariflichen Arbeitszeit angerechnet werden. Anrechenbar sind auch Tarifloohnerhöhungen, die aufgrund von Alterssprüngen oder Umgruppierungen entstehen.“¹¹²

Für Sonderzuwendungen empfiehlt sich, falls diese neben tariflichen Ansprüchen gewährt werden sollen oder solche derzeit noch nicht bestehen, folgende Formulierung:

„Sollte durch Tarifvertrag ein Anspruch auf Sonderzuwendungen begründet sein oder werden, werden die arbeitsvertraglichen Sonderzuwendungen auf die kollektivrechtlichen Ansprüche angerechnet.“¹¹³

5. Stichtagsregelung – Bindungsklausel – Rückzahlungsklausel

- 66 Wenn der Anspruch auf die Zahlung der Sonderzuwendung vom Bestehen des Arbeitsverhältnisses zum Zeitpunkt der Auszahlung, zum Ende des Bezugsraums oder zu einem Zeitpunkt danach abhängig gemacht wird, spricht man von Stichtagsregelungen oder auch Bindungsklauseln. Eine Rückzahlungsklausel legt fest, dass die Zahlung zurückzuzahlen ist, wenn das Arbeitsverhältnis vor einem festgelegten Stichtag außerhalb des Bezugsraums endet. Das Bundesarbeitsgericht hat, nach seiner Kehrtwende zur Relevanz des Zwecks der Sonderzuwendung konsequent, **Stichtagsklauseln grundsätzlich für unzulässig** erklärt, die Vergütung für bereits erbrachte Arbeitsleistung vom ungekündigten Bestand des Arbeitsverhältnisses abhängig machen. In diesen Fällen besteht daher ein zeitanteiliger Zahlungsanspruch, wenn das Arbeitsverhältnis innerhalb des Bezugszeitraums endet¹¹⁴ und ein Anspruch auf die gesamte Zahlung, wenn

111 BAG 23.3.1993, 1 AZR 520/92, BB 1993, 2088.

112 Angelehnt an MASIG-Maaß, 50 Rn. 4.

113 Angelehnt an Reiserer, NZA 2007, 1249, 1251.

114 BAG 18.1.2012, 10 AZR 612/10, BB 2012, 2250.

der Stichtag außerhalb des Bezugsraums liegt.¹¹⁵ Dies gilt entsprechend der Ausführungen unter III 1 nicht für tarifvertragliche Stichtagsregelungen, wenn die dort dargestellten Voraussetzungen eingehalten werden (s. Rn. 7 ff.).¹¹⁶

Damit sind Stichtagsregelungen und Rückzahlungsklauseln in der Regel nur zulässig, wenn die Sonderzuwendung ausschließlich Gratifikationscharakter hat.¹¹⁷ Das Bundesarbeitsgericht hat **Ausnahmen** aufgezeigt, bei denen im Einzelfall eine Stichtagsregelung auch für Sonderzuwendungen mit Entgeltcharakter zulässig sein kann: Wenn die Erbringung der Arbeitsleistung gerade in einem bestimmten Zeitraum vor dem Stichtag besonderen Wert hat, wie in Saisonbetrieben oder bei anderen branchen- oder betriebsbezogenen Besonderheiten¹¹⁸ und wenn die Sonderzahlung an bis zu bestimmten Zeitpunkten eintretende Unternehmenserfolge anknüpft.¹¹⁹ Ob eine solche Regelung dann im Einzelfall der Rechtsprechung standhält, bleibt abzuwarten.¹²⁰ **67**

a) Inhaltskontrolle

Problematisch im Rahmen der Angemessenheitskontrolle ist insbesondere die **Länge der Bindungsfrist**. Hier muss unterschieden werden zwischen Stichtags- und Rückzahlungsklauseln. An der Zulässigkeit von **Stichtagsklauseln**, die innerhalb des Bezugszeitraums liegen, bestehen keine Bedenken. Es könnte also beispielsweise festgelegt werden, dass die Zahlung der Sonderzuwendung voraussetzt, dass das Arbeitsverhältnis am 30.11. eines Jahres ungekündigt fortbesteht. Zu beachten ist aber, dass eine Klausel, die die Zahlung von der ungekündigten Stellung abhängig macht, die Bindungsfristen um die Dauer der Kündigungsfrist verlängert und damit ebenfalls über den Bezugszeitraum hinauswirken kann, im obigen Beispiel also bereits bei einer zweimonatigen Kündigungsfrist. **68**

Für Stichtagsklauseln, die außerhalb des Bezugsraums liegen, ist entscheidend, wann eine die Berufsfreiheit einschränkende und damit unangemessene Dauer der Bindungsfrist vorliegt. In einer zu einer Bonuszahlung ergangenen Entscheidung wurde eine bis zum 30.9. des Folgejahres reichende Bindungsfrist als unan- **69**

¹¹⁵ BAG 13.11.2013, 10 AZR 848/12, BB 2014, 1020.

¹¹⁶ Ausführlich dargelegt und bestätigt von BAG 27.6.2018, 10 AZR 290/17, DB 2018, 2311

¹¹⁷ BAG 18.1.2012, 10 AZR 667/10, NZA 2012, 620; BAG 22.7.2014, 9 AZR 981/12, NZA 2014, 1136.

¹¹⁸ BAG 13.11.2013, 10 AZR 848/12, BB 2014, 1020, Rn. 32.

¹¹⁹ BAG 13.11.2013, 10 AZR 848/12, BB 2014, 1020, Rn. 32; BAG 6.5.2009, 10 AZR 443/08, Rn. 15.

¹²⁰ Roggel/Neumann, BB 2014, 1909 ff., und Heins/Leder, NZA 2014, 520 ff., loten die Grenzen dieser möglichen Ausnahmen aus.

gemessen benachteiligend angesehen.¹²¹ In einer älteren Entscheidung bezüglich einer Gratifikation hatte das Bundesarbeitsgericht eine dreimonatige Bindungsfrist für zulässig erachtet.¹²² Feststehende Grundätze gibt es nicht. Im Grunde handelt es sich dabei um eine „verdeckte Rückzahlungsklausel“,¹²³ da der begünstigte Arbeitnehmer dem Unternehmen bis zum Ablauf der Bindungsfrist angehören muss, um in den Genuss der Zahlung zu kommen. Damit ist die Situation mit einem Arbeitnehmer, der bis zum Ablauf der Rückzahlungsfrist im Unternehmen bleiben muss, vergleichbar. Vorgeschlagen wird daher in der Literatur, die gleichen Kriterien wie bei Rückzahlungsklauseln anzuwenden, was m. E. zu sinnvollen Ergebnissen führen würde.¹²⁴

- 70** Für **Rückzahlungsklauseln** hat die Rechtsprechung folgende Grenzwerte entwickelt: Bei Sonderzuwendungen bis zu einem Betrag von 100 € ist eine Rückzahlungsklausel unwirksam.¹²⁵ Bei Werten zwischen 100 € und einem Bruttomonatsverdienst kann eine Rückzahlungsklausel bis zum 31.3. des Folgejahres vereinbart werden.¹²⁶ Zwischen einem und zwei Bruttomonatsgehältern kann die Frist bis zum 30.6. reichen. Längere Fristen sind nur in Ausnahmefällen zulässig.¹²⁷

b) Zulässigkeit bei betriebsbedingten Kündigungen

- 71** Fraglich ist, ob die Stichtagsregel auch dann zulässig ist, wenn es der Arbeitnehmer gar nicht in der Hand hat, die Voraussetzungen zu erfüllen, weil der Arbeitgeber eine betriebsbedingte Kündigung ausgesprochen hat.¹²⁸ Das Bundesarbeitsgericht hält dies auch nach der Schuldrechtsreform für zulässig; der Grund für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses müsse nicht in der Sphäre des Arbeitnehmers liegen. Begründet wird das damit, dass eine Sonderzahlung ihren Zweck, künftige Betriebstreue zu belohnen und den Arbeitnehmer zu reger und engagierter Mitarbeit zu motivieren, bei bereits ausgeschiedenen oder alsbald ausscheidenden Arbeitnehmern nicht erfüllen könne.¹²⁹

121 BAG 24.10.2007, 10 AZR 825/06, BB 2008, 166.

122 BAG 30.11.1989, 6 AZR 21/88, BeckRS 2008, 50724.

123 MASIG-Reiserer, 402 Rn. 20.

124 Roggel/Neumann, BB 2014, 1909, 1911 m. w. N.; MASIG-Reiserer, 402 Rn. 20.

125 BAG 17.3.1982, 5 AZR 1250/79, BB 1982, 1666.

126 Vgl. nur BAG 28.3.2007, 10 AZR 261/06, NZA 2007, 687.

127 BAG 10.5.1962, 5 AZR 452/61, AP BGB § 611 Gratifikation Nr. 22; BAG 9.6.1993, 10 AZR 529/92, BB 1993, 1809.

128 Gegen die Zulässigkeit *Lembke*, NJW 2010, 321, 324, und *Heiden*, RdA 2012, 225.

129 BAG 28.3.2007, 10 AZR 261/06, NZA 2007, 687, Rn. 18, bestätigt durch BAG 18.1.2012, 10 AZR 667/10, NZA 2012, 620, Rn. 14.

c) Formulierungsvorschlag

„Der Arbeitgeber gewährt dem Arbeitnehmer eine Sonderzuwendung in Höhe von ..., wenn der Arbeitnehmer am Stichtag 31.12. noch in einem Arbeitsverhältnis zum Arbeitgeber steht, anteilige Zahlungen erfolgen nicht. Mit der Sonderzuwendung soll ausschließlich die vom Arbeitnehmer erbrachte und zukünftige Betriebstreue belohnt werden.“

72

Eine Auszahlung ist ausgeschlossen, wenn sich das Arbeitsverhältnis am Stichtag in gekündigtem Zustand befindet. Diese Regelung gilt sinngemäß für Aufhebungsvereinbarungen.

Die Sonderzuwendung ist zurückzuzahlen, wenn der Arbeitnehmer vor dem 31.3. des auf den Stichtag folgenden Kalenderjahres aus dem Arbeitsverhältnis ausscheidet. Diese Regelung gilt sinngemäß auch für Aufhebungsvereinbarungen.¹³⁰

VI. Auswirkungen für die Praxis

Die eingangs gestellte Frage, inwieweit eine „freie“ Entscheidung des Arbeitgebers bei der Zahlung von Sonderzuwendungen noch möglich ist, muss wohl so beantwortet werden: Änderungsvorbehalte zur Flexibilisierung von Sonderzuwendungen haben ausgedient – jedenfalls in der Form, wie sie jahrzehntelang im Arbeitsrecht üblich waren. Freiwilligkeitsvorbehalte sind nur noch bei Sonderzuwendungen mit reinem Gratifikationscharakter zulässig. Widerrufsvorbehalte sind ebenfalls problematisch, da die zulässigen Widerrufsgründe noch nicht im Einzelnen judiziert sind; inwieweit Summierungseffekte zum Tragen kommen ist noch nicht entschieden. Auch Stichtagsregelungen sind regelmäßig nur für Sonderzuwendungen mit Gratifikationscharakter wirksam. Nur Anrechnungsvorbehalte sind unproblematisch, setzen aber die Anwendbarkeit eines Tarifvertrags voraus. Auch bei Beachtung der beschriebenen Grenzen bleibt die Gestaltung von Vergütungsabreden damit wohl weiter eine „gefahrgeleitete Tätigkeit“.¹³¹

73

130 Nach Günther/Biedrzyńska, ArbRAktuell 2014, 66, 68 und MASIG-Reiserer, 402 Rn. 13a.

131 Lembke, NJW 2010, 321, 326.

Kapitel 21

Änderungskündigung zur Entgeltsenkung

Schrifttum: *Annuß*, Betriebsbedingte Kündigung und arbeitsvertragliche Bindung, 2004; *Annuß/Bartz*, Änderungskündigung schwer gemacht, NJW 2006, 2153; *Betz*, Die betriebsbedingte Änderungskündigung – Mittel oder Hindernis bei der Umsetzung freier unternehmerischer Entscheidungen, Dissertation, 2007; *Betz*, Urteilsanmerkung zu BAG v. 26.6.2008 – 2 AZR 147/07, BB 2009, 110; *Berkowsky*, Die betriebsbedingte Änderungskündigung, Dissertation, 1999; *Berkowsky*, Der Arbeitsrichter in der Flugsicherung – Überlegungen zur Sozialauswahl bei betriebsbedingten Änderungskündigungen, DB 1990, 834; *Berkowsky*, Die betriebsbedingte Änderungskündigung und ihr Streitgegenstand, NZA 2000, 1129; *Berkowsky*, Änderungskündigung zur Änderung von Nebenabreden, NZA 2003, 1130; *Berkowsky*, Möglichkeiten und Grenzen der Änderungskündigung, NZA-Beil. 2010, 50; *Boecken*, Entgeltreduzierung infolge Umstrukturierung, AnwBl 2006, 681; *Boewer*, Streitgegenstand und Prüfungsmaßstab bei der Änderungsschutzklage, BB 1996, 2618; *Breuckmann*, Entgeltreduzierung unter besonderer Berücksichtigung der Änderungskündigung, Dissertation, 2003; *Caspers*, Rechtsfolgen des Formverstößes bei § 623 BGB, RdA 2001, 28; *Däubler*, Obligatorische Schriftform für Kündigungen, Aufhebungsverträge und Befristungen, AiB 2000, 188; *Herbert/Oberrath*, Die soziale Rechtfertigung der betriebsbedingten Änderungskündigung, NJW 2008, 3177; *Hromadka*, Möglichkeiten und Grenzen der Änderungskündigung, NZA 1996, 1; *Kittner*, Leichter kündigen als änderungskündigen?, NZA 1997, 968; *Kleinebrink*, Folgen einer fehlerhaften Eingruppierung in der Privatwirtschaft, NZA-RR 2014, 113; *Krois*, Die Änderungskündigung zum Zweck der Entgeltsenkung, ZfA 2009, 575; *Löwisch*, Die Änderung von Arbeitsbedingungen auf individualrechtlichem Wege, insbesondere durch Änderungskündigung, NZA 1988, 633; *Maschmann* (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Hromadka, 2008; *Maurer*, Eingruppierungskorrektur nur durch Änderungskündigung?, NZA 1993, 721; *Reiserer*, Atmendes Entgelt, atmende Arbeitszeit, NZA-Beil. 2010, 39; *Reiserer/Powietzka*, Änderungskündigung zur Entgeltsenkung, BB 2006, 1109; *Rücker*, Die betriebsbedingte Änderungskündigung zur isolierten Entgeltreduktion, Dissertation, 2003; *Schwerdtner*, Lernen auf Vorrat als Risiko, NJW 1987, 1607; *Seel*, Fehlerhafte Eingruppierung – Welchen Voraussetzungen unterliegt eine Eingruppierungskorrektur?, öAT 2011, 97; *Sievers*, Individualrechtliche Möglichkeiten und Grenzen einer Entgeltreduzierung, NZA 2002, 1182; *Stoffels*, Die Abänderung mehrerer Arbeitsbedingungen durch Änderungskündigung, NZA 2016, 581; *Wallner*, Die ordentliche Änderungskündigung des Arbeitgebers, Dissertation, 2001.

Übersicht

	Rn.		Rn.
I. Einführung	1	IV. Änderungskündigung zur Reduzierung der Vergütung im Kontext einer Änderung der Hauptleistungspflicht des Arbeitnehmers	11
II. Begriff der Änderungskündigung.	4	1. Kündigungselement	12
III. Der allgemeine Prüfungsmaßstab der sozialen Rechtfertigung einer Änderungskündigung	7		

Kap. 21 Änderungskündigung zur Entgeltsenkung

a) Wegfall des bisherigen Arbeitsplatzes	13	1. Reduzierung der im Gegenseitigkeitsverhältnis stehenden Vergütung	28
b) Sozialauswahl	14	a) Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts	29
c) Kündigungsfrist	18	b) Abweichende Auffassungen im juristischen Schrifttum .	30
2. Änderungsangebot	19	c) Stellungnahme	31
a) Zeitpunkt der Vertragsänderung	19	2. Änderung sogenannter Nebenabreden	33
b) Schriftform des Änderungsangebots	21	3. Rückgruppierung mittels Änderungskündigung	35
c) Reichweite der zulässigen Änderungen	22	VI. Die Beteiligung des Betriebsrats	36
V. Änderungskündigung zur isolierten Entgeltreduzierung . . .	27	VII. Zusammenfassung	39

I. Einführung

- 1 Flexiblen Arbeitsbedingungen kommt aus Sicht von Arbeitgebern und Arbeitnehmern eine stetig wachsende Bedeutung zu. Allerdings streben die Arbeitsvertragsparteien hinsichtlich unterschiedlicher Arbeitsbedingungen nach Flexibilität. Arbeitnehmern ist zunehmend an einer nach ihren Bedürfnissen variabel ausgestalteten Lage der Arbeitszeit gelegen, um Beruf und Privatleben miteinander vereinbaren zu können, wohingegen Arbeitgeber in Zeiten eines globalen Wettbewerbs mit häufig schwer vorhersehbaren konjunkturellen Entwicklungen eine flexible Vergütung für die wirtschaftliche Prosperität eines Unternehmens für unabdingbar und teilweise sogar für „überlebensnotwendig“ halten. Passend hierzu wird in diesem Zusammenhang mitunter auch – etwas pathetisch – von einer „atmenden Vergütung“¹ gesprochen.
- 2 Das Bedürfnis der Arbeitgeber an einer flexiblen Vergütung kollidiert jedoch typischerweise mit dem Interesse der Arbeitnehmer an finanzieller Planungssicherheit. In Ansehung dieses Interessenwiderspruchs sind dem Wunsch des Arbeitgebers nach Vereinbarung einer veränderlichen Vergütung im Arbeitsvertrag durch das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen Grenzen gesetzt (s. Kap. 20 und 24 bis 26). Erweist sich die arbeitsvertraglich zulässig vorgesehene Flexibilität der Vergütung aus Sicht des Arbeitgebers zu einem späteren Zeitpunkt als ungenügend oder sieht der Arbeitsvertrag eine solche nicht vor, weil der Arbeitgeber dies bei Vertragsschluss entweder nicht bedacht hat oder gegenüber dem Arbeitnehmer nicht durchsetzen konnte, ist der Arbeitgeber, der eine Entgeltsenkung anstrebt, auf eine nachträgliche Änderung des Arbeitsvertrages verwiesen. Gelingt es dem Arbeitgeber nicht, den Arbeitnehmer hiervon zu

1 Reiserer, NZA-Beil. 2010, 39.

überzeugen, kommt allenfalls eine einseitige Modifikation der Vergütung mithilfe einer Änderungskündigung in Betracht.

Genießt der Arbeitnehmer Kündigungsschutz nach dem Kündigungsschutzgesetz, bedarf eine solche Änderungskündigung der sozialen Rechtfertigung. Grundlegend zu unterscheiden sind hierbei die Fälle, in denen die Änderung der Vergütung im Kontext einer Änderung der Verpflichtung des Arbeitnehmers zur Erbringung der Arbeitsleistung mithilfe einer Änderungskündigung durchgesetzt werden soll (s. Rn. 11 ff.), von den Fällen, in denen ohne Veränderung der Hauptleistungspflicht des Arbeitnehmers auf eine Reduktion entgeltrelevanter Nebenabreden oder der im Synallagma stehenden Vergütung abgezielt wird (s. Rn. 27 ff.). 3

II. Begriff der Änderungskündigung

Zunächst enthielt das Kündigungsschutzgesetz vom 10.8.1951 keine Vorschrift, die sich ausdrücklich mit der Änderungskündigung befasste. Erst mit dem ersten Arbeitsrechtsbereinigungsgesetz vom 14.8.1969 fand der Begriff „Änderungskündigung“ durch die Einfügung der heutigen §§ 2, 4 Satz 2 und 8 in das Kündigungsschutzgesetz Eingang.² Seither trägt § 2 KSchG die amtliche Überschrift Änderungskündigung. Nach § 2 Satz 1 KSchG kann ein Arbeitnehmer, dem der Arbeitgeber im Zusammenhang mit der Kündigung die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu geänderten Bedingungen anbietet, dieses Angebot unter dem Vorbehalt annehmen, dass die Änderung der Arbeitsbedingungen nicht sozial ungerechtfertigt ist. Ein Zusammenhang zwischen Kündigung und Änderungsangebot i. S. v. § 2 Satz 1 KSchG erfordert eine zeitliche und eine sachliche Verknüpfung dieser beiden Rechtsgeschäfte.³ 4

Der notwendige sachliche Konnex kann in unterschiedlicher Weise hergestellt werden. So kann der Arbeitgeber eine unbedingte Kündigung aussprechen und daneben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses anbieten.⁴ Alternativ kann die Kündigung unter einer auch bei einseitigen Rechtsgeschäften zulässigen sog. Potestativbedingung erfolgen, deren Eintritt nur vom Willen des Arbeitnehmers als Erklärungsempfänger abhängt.⁵ Hierzu kann der Arbeitgeber entweder die Kündigung unter der aufschiebenden Bedingung erklären, dass der Arbeitnehmer das Änderungsangebot ablehnt oder unter der auflösenden Bedingung, dass der Arbeitnehmer das Angebot zur Weiterarbeit unter geänderten Bedingungen 5

2 Zur Entstehungsgeschichte des § 2 KSchG vgl. APS-Künzl, § 2 KSchG Rn. 1 f.; KR-Rost/Kreft, § 2 KSchG Rn. 1 ff.

3 Krois, ZfA 2009, 575, 588.

4 SPV-Preis, Rn. 1288.

5 v. Hoyningen-Huene-Linck, § 2 KSchG Rn. 7; KR-Rost/Kreft, § 2 KSchG Rn. 15.

Kap. 21 Änderungskündigung zur Entgeltsenkung

annimmt.⁶ Typischerweise wird ein Arbeitgeber in einer Kündigungserklärung allerdings nicht zum Ausdruck bringen, ob die Kündigung unter einer aufschiebenden oder unter einer auflösenden Bedingung steht, was mangels praktischer Relevanz⁷ für die Bejahung des sachlichen Zusammenhangs auch unschädlich ist, solange aus Sicht des Arbeitnehmers erkennbar ist, dass der Wille des Arbeitgebers nicht vorrangig auf die Beendigung des Arbeitsverhältnisses, sondern auf dessen Fortsetzung zu anderen Bedingungen abzielt.⁸

- 6 Der notwendige zeitliche Zusammenhang lag nach der früher vom Bundesarbeitsgericht vertretenen Auffassung nur vor, wenn die Kündigungserklärung und das Änderungsangebot dem Arbeitnehmer gleichzeitig zugehen.⁹ Zwischenzeitlich nimmt jedoch das Bundesarbeitsgericht¹⁰ in Übereinstimmung mit der ganz herrschenden Auffassung im Schrifttum zu Recht an, dass sich im Wege der Auslegung auch dann eine ausreichende zeitliche Verknüpfung ergeben kann, wenn die Kündigungserklärung dem Änderungsangebot nachfolgt.¹¹ Schließlich verbleibt dem Arbeitnehmer auch in diesem Fall die durch § 2 Satz 2 KSchG vorgesehene Bedenkzeit, um die Annahme des Änderungsangebots unter Vorbehalt erklären zu können, solange für ihn erkennbar ist, dass zwischen Kündigung und Änderungsangebot der zuvor beschriebene sachliche Zusammenhang besteht. Gerade diese Bedenkzeit zur Annahme des Änderungsangebots unter Vorbehalt würde dem Arbeitnehmer jedoch (zumindest teilweise) genommen, wenn man annehmen würde, der nach § 2 Satz 1 KSchG notwendige temporäre Zusammenhang ließe sich auch noch durch ein nach Ausspruch der Kündigung erklärtes Änderungsangebot herstellen, weswegen bei dieser Reihenfolge keine Änderungskündigung i. S. v. § 2 Satz 1 KSchG vorliegt.¹²

III. Der allgemeine Prüfungsmaßstab der sozialen Rechtfertigung einer Änderungskündigung

- 7 Obwohl eine Änderungskündigung bereits vor Geltung des § 2 KSchG für grundsätzlich zulässig erachtet wurde und obwohl es auch damals nahezu einhelliger Auffassung entsprach, dass bei einer Änderungskündigung das Kündi-

6 HaKo-Pfeiffer, § 2 KSchG Rn. 10.

7 HaKo-Pfeiffer, § 2 KSchG Rn. 10.

8 KR-Rost/Kreft, § 2 KSchG Rn. 16.

9 BAG 10.12.1975, 4 AZR 41/75, AP Nr. 90 zu §§ 22, 23 BAT.

10 BAG 17.5.2001, 2 AZR 460/00, EzA § 620 BGB Kündigung Nr. 3.

11 APS-Künzl, § 2 KSchG Rn. 30; ErfK-Oetker, § 2 KSchG Rn. 11; v. Hoyningen-Huene-Linck, § 2 KSchG Rn. 27.

12 APS-Künzl, § 2 KSchG Rn. 25 ff.; ErfK-Oetker, § 2 KSchG Rn. 12; KR-Rost/Kreft, § 2 KSchG Rn. 20 ff.; MüKoBGB-Hergenröder, § 2 KSchG Rn. 19; SPV-Preis, Rn. 1288; a. A. Löwisch, NZA 1988, 633, 634.

gungsschutzgesetz Anwendung findet,¹³ wird seit der normativen Verankerung des Begriffs der Änderungskündigung in § 2 KSchG in Rechtsprechung und Literatur weithin angenommen, § 2 KSchG enthalte den Prüfungsmaßstab der sozialen Rechtfertigung einer Änderungskündigung. Zumindest begrifflich steht nach dieser sog. Änderungstheorie das Änderungsangebot im Mittelpunkt der Prüfung der sozialen Rechtfertigung einer Änderungskündigung. Entscheidend ist danach, ob die Änderung der Arbeitsbedingungen sozial gerechtfertigt ist.¹⁴ Abweichend hiervon wird im juristischen Schrifttum mitunter vertreten, § 2 KSchG sei der Prüfungsmaßstab der sozialen Rechtfertigung einer Änderungskündigung nicht zu entnehmen. Vielmehr enthalte diese Vorschrift nur die Modalitäten einer Annahme des Änderungsangebots unter Vorbehalt. Nach Auffassung der Vertreter dieser sog. Beendigungstheorie bestimmt sich die soziale Rechtfertigung einer Änderungskündigung daher primär nach § 1 KSchG.¹⁵

Trotz dieses im Ausgangspunkt unterschiedlichen Prüfungsmaßstabs der sozialen Rechtfertigung einer Änderungskündigung kommen die Vertreter beider Theorien zwischenzeitlich in der Regel zu übereinstimmenden Ergebnissen bei der konkreten Überprüfung der sozialen Rechtfertigung einer Änderungskündigung.¹⁶ Das liegt daran, dass die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts und die herrschende Lehre zwar sprachlich noch immer das Änderungsangebot in das Zentrum der Überprüfung der sozialen Rechtfertigung einer Änderungskündigung stellen, inhaltlich jedoch weitgehend den Prüfungsmaßstab der Beendigungstheorie übernommen haben. Denn während das Bundesarbeitsgericht früher die soziale Rechtfertigung einer Änderungskündigung daran maß, ob die erstrebte Änderung der Arbeitsbedingungen unter Abwägung der Interessen des Arbeitgebers gegenüber dem Interesse des Arbeitnehmers an der Beibehaltung seiner gegenwärtigen Arbeitsbedingungen es als billigenswert und angemessen erscheinen lässt, um dieser Änderung willen das Mittel der Kündigung zu gebrauchen,¹⁷ ist das Bundesarbeitsgericht in einer Entscheidung vom 6.3.1986 von der bis dahin vorgenommenen Interessenabwägung abgerückt. Seither prüft das Bundesarbeitsgericht in ständiger Rechtsprechung auf einer ersten Prüfungsstufe, ob ein Erfordernis nach § 1 Abs. 2 KSchG das Änderungsangebot bedingt und sodann auf einer zweiten Prüfungsstufe, ob sich der Arbeitgeber bei einem an sich anerkennenswerten Anlass darauf beschränkt hat, die Arbeitsbedingungen vorzuschlagen, die der Arbeitnehmer billigerweise hinnehmen muss.¹⁸

13 KR-Rost/Kreft, § 2 KSchG Rn. 3.

14 BAG 3.11.1977, 2 AZR 277/76, AP BPersVG § 75 Nr. 1; ErfK-Oetker, § 2 KSchG Rn. 39; HaKo-Pfeiffer, § 2 KSchG Rn. 38.

15 Berkowsky, NZA 2000, 1129, 1133; Boewer, BB 1996, 2618, 2619 ff.

16 Herbert/Oberrath, NJW 2008, 3177, 3178.

17 BAG 12.1.1961, 2 AZR 171/59, NJW 1961, 939.

18 BAG 6.3.1986, 2 ABR 15/85, NZA 1987, 102.

Kap. 21 Änderungskündigung zur Entgeltsenkung

- 9 Der Umstand, dass auf der ersten Prüfungsstufe weiterhin auf die soziale Rechtfertigung des Änderungsangebots und nicht auf die soziale Rechtfertigung der in der Änderungskündigung enthaltenen Kündigung abgestellt wird, ist dabei m. E. eher als sprachliche Reminiszenz an den früheren Prüfungsmaßstab zu werten denn als inhaltlich zutreffende Beschreibung der zwischenzeitlich als maßgeblich erachteten Voraussetzungen. Schließlich beurteilt das Bundesarbeitsgericht die soziale Rechtfertigung einer Änderungskündigung nunmehr auf der ersten Stufe grundsätzlich nach denselben Kriterien wie eine Beendigungskündigung.¹⁹ Und auch die Formulierung, mit welcher der zweite Prüfungsschritt gemeinhin abstrakt beschrieben wird, stimmt mit der anschließend durchgeführten Subsumtion nicht exakt überein. Denn die Frage, ob der Arbeitnehmer die Änderung billigerweise hinnehmen muss, lässt eigentlich eine Interessenabwägung im Rahmen einer Billigkeitskontrolle erwarten. Tatsächlich wird eine solche jedoch nicht vorgenommen.²⁰ Vielmehr soll durch die Beschreibung des zweiten Prüfungsschritts lediglich die Geltung des Erforderlichkeitsgrundsatzes zum Ausdruck gebracht werden.²¹ Diesem werden zwei Komponenten beigemessen. Zum einen wird untersucht, ob die Änderung der Arbeitsbedingungen überhaupt im Wege der Änderungskündigung herbeigeführt werden kann. Insoweit wird etwa die Ausübung eines bestehenden Direktionsrechts als milderes Mittel erachtet, das vorrangig einzusetzen ist. Zum anderen dürfen sich nach Auffassung der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts die angebotenen Änderungen nicht weiter vom Vertragsinhalt entfernen, als es zur Erreichung des angestrebten Ziels notwendig ist.²²
- 10 Zusammenfassend gilt daher, dass im Allgemeinen die soziale Rechtfertigung einer Änderungskündigung nach ganz herrschender Auffassung in zwei Prüfungsschritten geprüft wird. Inhaltlich wird dabei auf der ersten Stufe die soziale Rechtfertigung der in der Änderungskündigung enthaltenen Kündigung untersucht. Hierbei gilt – mit Ausnahme der Sozialauswahl bei einer betriebsbedingten Änderungskündigung (s. Rn. 14 ff.) – grundsätzlich derselbe Prüfungsmaßstab wie bei einer Beendigungskündigung.²³ Lediglich die bei einer Beendigungskündigung zu stellende Frage nach einer anderweitigen Beschäftigungsmöglichkeit wird im ersten Prüfungsschritt ausgeklammert, da sie im zweiten Prüfungsschritt Eingang findet. In diesem wird primär das Änderungsangebot untersucht, indem danach gefragt wird, ob die mithilfe der Kündigung angestrebte Änderung des Arbeitsvertragsinhalts erforderlich ist.

19 *Annuß*, S. 257; *Kittner*, NZA 1997, 968, 969.

20 *KR-Rost/Kreft*, § 2 KSchG Rn. 98.

21 *KR-Rost/Kreft*, § 2 KSchG Rn. 98.

22 BAG 19.5.1993, NZA 1993, 1075.

23 *Herbert/Oberrath*, NJW 2008, 3177, 3178.

IV. Änderungskündigung zur Reduzierung der Vergütung im Kontext einer Änderung der Hauptleistungspflicht des Arbeitnehmers

Der vorstehend beschriebene Prüfungsmaßstab der sozialen Rechtfertigung einer Änderungskündigung findet vom Bundesarbeitsgericht und der herrschenden Auffassung in der Literatur strikte Beachtung bei einer Änderungskündigung, im Rahmen derer dem Arbeitnehmer im Zusammenhang mit dem Anspruch einer Kündigung nicht nur eine reduzierte Vergütung, sondern auch eine Veränderung der Hauptleistungspflicht des Arbeitnehmers angeboten wird. Denkbar ist hierbei ein Angebot des Arbeitgebers an den Arbeitnehmer auf Reduzierung der Arbeitszeit bei unveränderter Tätigkeit oder das Angebot einer geänderten Tätigkeit mit oder ohne Reduzierung der Arbeitszeit. **11**

1. Kündigungselement

Grundsätzlich kommen sowohl eine personen- als auch eine verhaltens- als auch eine betriebsbedingte Änderungskündigung als Mittel zur einseitigen Reduzierung der Arbeitszeit bzw. zur Änderung der vertraglich geschuldeten Arbeitsleistung in Betracht. Eine hohe praktische Relevanz hat hierbei nur die ordentliche betriebsbedingte Änderungskündigung,²⁴ weswegen sich die nachfolgende Darstellung hierauf beschränkt. **12**

a) Wegfall des bisherigen Arbeitsplatzes

Die soziale Rechtfertigung einer betriebsbedingten Änderungskündigung, die auf eine geänderte Tätigkeit und damit einhergehend auf eine geänderte Vergütung abzielt, setzt voraus, dass der bisherige Arbeitsplatz des Arbeitnehmers weggefallen ist. Hierbei ergeben sich keine Besonderheiten gegenüber einer ordentlichen betriebsbedingten Beendigungskündigung. Entscheidend ist danach, ob unter Respektierung einer freien unternehmerischen Entscheidung inner- oder außerbetriebliche Gründe dazu führen, dass jedenfalls mit Ablauf der Kündigungsfrist mit einem geringeren oder veränderten Arbeitsanfall auch das Bedürfnis zur vertragsgemäßen Weiterbeschäftigung für den gekündigten Arbeitnehmer entfallen oder innerhalb einer Gruppe vergleichbarer Arbeitnehmer gesunken ist. **13**

b) Sozialauswahl

Rechtfertigt ein verringerter Beschäftigungsbedarf die Beendigungskündigung eines oder mehrerer, jedoch nicht aller betroffener Arbeitnehmer, so ist im Rah- **14**

²⁴ Krois, ZfA 2009, 575, 599.

Kap. 21 Änderungskündigung zur Entgeltsenkung

men einer Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG zu ermitteln, gegenüber welchem konkreten Arbeitnehmer der Ausspruch einer Kündigung sozial gerechtfertigt ist. Einzubeziehende in die Sozialauswahl sind alle vergleichbaren Arbeitnehmer eines Betriebes. Die Vergleichbarkeit richtet sich nach dem bisherigen Arbeitsvertragsinhalt. Als vergleichbar gelten diejenigen Mitarbeiter, die austauschbar sind.²⁵ Eine derartige Austauschbarkeit liegt bei einer Beendigungskündigung vor, wenn Mitarbeiter kraft Direktionsrechts auf den Arbeitsplatz eines anderen Arbeitnehmers versetzt werden könnten und zur Ausübung dieser Tätigkeit fachlich in der Lage wären.²⁶ Ist nach diesen Kriterien der auswahlrelevante Personenkreis definiert, findet sodann eine Sozialauswahl nach den in § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG normierten Kriterien statt.

- 15 Besteht dagegen für einen oder mehrere Arbeitnehmer, die vom reduzierten Beschäftigungsbedarf betroffen sind, die Möglichkeit der Weiterbeschäftigung auf einem anderen freien Arbeitsplatz im Unternehmen unter geänderten Vertragsbedingungen, kommt es nach Ansicht des Bundesarbeitsgerichts²⁷ und nach verbreiteter Auffassung in der Literatur²⁸ im Rahmen einer Sozialauswahl nicht alleine darauf an, ob die Arbeitnehmer nach ihrer bisherigen Tätigkeit miteinander verglichen werden können und hinsichtlich ihrer Arbeitsplätze austauschbar sind. In den Auswahlkreis werden vielmehr nur diejenigen Arbeitnehmer einbezogen, die auch in der Lage sind, die Tätigkeit auf dem freien Arbeitsplatz im Unternehmen auszuüben. Ferner wird die sodann vorzunehmende Sozialauswahl nicht auf einen Vergleich des Lebensalters, der Dauer der Betriebszugehörigkeit und der Unterhaltspflichten beschränkt. Vielmehr wird auch danach gefragt, welchem Arbeitnehmer eine Umstellung auf die neue Tätigkeit nach seiner Vorbildung und seinen persönlichen Eigenschaften leichter oder schwerer fällt. Hierbei werden Eigenschaften wie Wendigkeit, schnelle Auffassungsgabe, Anpassungsfähigkeit und der Gesundheitszustand als relevant erachtet.²⁹
- 16 An dieser Sichtweise wird m. E. zu Recht Kritik geübt.³⁰ Zwar erscheint es konsequent, darauf abzustellen, wem die geänderten Arbeitsbedingungen am ehesten zumutbar sind, wenn man davon ausgeht, es komme für die soziale Rechtfertigung einer Änderungskündigung nicht darauf an, ob die Beendigung des Arbeitsverhältnisses sozial gerechtfertigt ist, sondern ob die geänderten Arbeitsbedingungen sozial gerechtfertigt sind. Jedoch wurde bereits zuvor dargestellt, dass auch die herrschende Lehre und die Rechtsprechung des Bundesarbeitsge-

25 BAG 20.6.2013, 2 AZR 271/12, NZA 2013, 837.

26 BAG 17.2.2000, 2 AZR 142/99, NZA 2000, 822.

27 BAG 13.6.1986, 7 AZR 623/84, NJW 1987, 1662; BAG 18.1.2007, 2 AZR 796/05, NJOZ 2008, 4233.

28 HaKo-Pfeiffer, § 2 KSchG Rn. 51.

29 BAG 18.1.2007, 2 AZR 796/05, NJOZ 2008, 4233.

30 Vgl. etwa Berkowsky, DB 1990, 834, 835; Boewer, BB 1996, 2618, 2621; Schwerdtner, NJW 1987, 1607, 1608.

richts zwar sprachlich noch immer dieser sog. Änderungstheorie folgen, inhaltlich aber auf der ersten Prüfungsstufe der sozialen Rechtfertigung einer Änderungskündigung mittlerweile grundsätzlich den Prüfungsmaßstab der Beendigungskündigung anlegen. Die gegenüber einer Beendigungskündigung geänderte Sozialauswahl im Rahmen einer Änderungskündigung lässt sich daher gerade nicht mit einer einheitlichen Sichtweise der Anforderungen an die soziale Rechtfertigung einer Änderungskündigung begründen.

Hintergrund dürfte vielmehr eine auf Gerechtigkeitserwägungen beruhende Heranziehung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes sein. In der Tat hat der Gesetzgeber durch die Verwendung des Wortes „bedingt“ in § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG zum Ausdruck gebracht, dass eine Kündigung nur dann sozial gerechtfertigt ist, wenn sie erforderlich ist;³¹ das heißt, wenn kein milderes Mittel existiert, mit dem der Arbeitgeber ebenfalls den angestrebten Zweck erreichen kann.³² Jedoch gilt der Erforderlichkeitsgrundsatz nach § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG nur innerhalb der Beziehung der Arbeitsvertragsparteien und nicht im Verhältnis der Arbeitnehmer untereinander.³³ Dieser Sichtweise folgt im Grunde auch die Rechtsprechung. So hat das Bundesarbeitsgericht in einer Entscheidung vom 19.5.1993 wörtlich ausgeführt: „Das Kündigungsschutzgesetz stellt für die Beurteilung der Kündigung auf die zweiseitige Rechtsbeziehung ab. Nur die spezifischen, aus Sinn und Zweck des Vertrages und des Gesetzes herleitbaren Interessen der Vertragsparteien spielen für die Frage nach der Rechtfertigung der Kündigung eine Rolle. Aus dieser strikt arbeitsvertragsbezogenen Konzeption des Kündigungsschutzes ergibt sich, dass sich der Katalog milderer Maßnahmen regelmäßig auf die Rechtsbeziehung der streitenden Vertragsparteien beschränken muss.“³⁴ Im Widerspruch zu dieser bilateralen Geltung des Erforderlichkeitsgrundsatzes beruht die Beschränkung des auswahlrelevanten Personenkreises im Rahmen der Sozialauswahl bei einer Änderungskündigung letztlich auf der Annahme, die Änderungskündigung gegenüber einem Arbeitnehmer sei ein milderes Mittel gegenüber der Beendigungskündigung eines anderen Arbeitnehmers. Diese Sichtweise beinhaltet jedoch nicht nur die gezeigte Inkonsistenz, sondern ist auch bei einer wertenden Betrachtung kritikwürdig. Die These, eine Änderungskündigung würde einen Arbeitnehmer weniger hart treffen als eine Beendigungskündigung einen anderen Arbeitnehmer, ist m. E. jedenfalls in dieser Allgemeinheit nicht richtig. Man stelle sich etwa vor, dass in der Verwaltung eines Sicherheitsunternehmens ein Arbeitsplatz wegfällt und ein anderer Arbeitsplatz im Bereich des Wachpersonals im Schichtdienst mit wechselnden Einsatzorten frei ist. Bezieht man vorliegend nur Arbeitnehmer in die Sozialauswahl

31 Betz, Die betriebsbedingte Änderungskündigung, S. 51 ff.

32 MüArbR-Berkowsky, § 110 Rn. 58.

33 Boewer, BB 1996, 2618, 2620.

34 BAG 19.5.1993, 2 AZR 584/92, BB 1993, 2020.

Kap. 21 Änderungskündigung zur Entgeltsenkung

mit ein, die als Wachpersonal arbeiten können, hätte dies beispielsweise zur Folge, dass eine alleinerziehende, langjährig beschäftigte Mitarbeiterin deshalb eine sozial gerechtfertigte Änderungskündigung mit dem Angebot der Weiterbeschäftigung im Schichtdienst an wechselnden Einsatzorten erhält, weil sie vor ihrer kaufmännischen Ausbildung als Wachfrau gearbeitet hat, wohingegen ihr seit einem halben Jahr beschäftigter Kollege in der Verwaltung, der keine Unterhaltspflichten hat, seinen Arbeitsplatz behalten kann, weil er über keine Zusatzqualifikation als Wachmann verfügt.

c) Kündigungsfrist

- 18 Bei einer ordentlichen Beendigungskündigung resultiert allein aus der Angabe einer zu kurz bemessenen Kündigungsfrist im Kündigungsschreiben grundsätzlich nicht der Erfolg einer fristgemäß erhobenen Kündigungsschutzklage des Arbeitnehmers. Kann dem Kündigungsschreiben im Wege der Auslegung das richtige Kündigungsdatum entnommen werden, stellt bereits die konkrete Kündigung trotz Nennung des falschen Beendigungstermins eine ordentliche Kündigung zum rechtlich zutreffenden Termin dar. Lässt sich dagegen dem Kündigungsschreiben das richtige Beendigungsdatum nicht im Wege der Auslegung entnehmen, so ist die konkrete Kündigung regelmäßig in eine andere Kündigung mit richtigem Beendigungsdatum nach § 140 BGB umzudeuten.³⁵ Diese Grundsätze hinsichtlich der Kündigungsfrist gelten auch für die ordentliche Änderungskündigung.³⁶ Eine ordentliche Änderungskündigung, die eine Beendigung des bisherigen Arbeitsverhältnisses und das Angebot der Weiterbeschäftigung zu geänderten Bedingungen zu einem einheitlichen Termin vor Ablauf der maßgeblichen Kündigungsfrist vorsieht, kann daher zumeist als Kündigung zum rechtlich zulässigen Termin, verbunden mit dem Angebot der Weiterbeschäftigung zu geänderten Bedingungen nach Ablauf der zutreffenden Kündigungsfrist, ausgelegt werden. Ist eine Auslegung in vorgenanntem Sinne nicht möglich, ist sie regelmäßig in eine solche Änderungskündigung umzudeuten.

2. Änderungsangebot

a) Zeitpunkt der Vertragsänderung

- 19 Im Zusammenhang mit der Einhaltung der maßgeblichen Kündigungsfrist ergibt sich jedoch ein Sonderproblem bei der ordentlichen Änderungskündigung, wenn diese im Kündigungsschreiben zwar hinsichtlich der Beendigung des Arbeitsverhältnisses die zutreffende ordentliche Kündigungsfrist nennt, hiermit aber das Angebot auf Weiterbeschäftigung zu geänderten Bedingungen zu einem

35 BAG 15.5.2013, 5 AZR 130/12, NZA 2013, 1076.

36 Moll-Boewer, § 46 Rn. 40.

Zeitpunkt verbindet, der vor Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist liegt. Nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichts ist in diesem Fall das Angebot, die Arbeitsbedingungen bereits vor Ablauf der Kündigungsfrist zu ändern, sozialwidrig, mit der Folge, dass die Kündigung insgesamt unwirksam ist. Schließlich könne das Angebot auf Änderung der Vertragsbedingungen zu einem Termin vor Ablauf der im Kündigungsschreiben genannten Kündigungsfrist entgegen seinem Wortlaut in der Regel auch nicht als Angebot auf Weiterbeschäftigung zu anderen Konditionen erst nach Ablauf der benannten Kündigungsfrist ausgelegt werden.³⁷ Dieser Rechtsprechung ist im Ergebnis zuzustimmen. Bietet der Arbeitgeber die Änderung der Arbeitsbedingungen zu einem Datum an, welches vor dem des erklärten Beendigungsdatums liegt, ist aus Sicht des Arbeitnehmers (§ 133 BGB) davon auszugehen, dass der Arbeitgeber die Vertragsänderung bereits vor Ablauf der Kündigungsfrist wünscht. Eine Auslegung in ein Angebot auf Beendigung der Arbeitsbedingungen erst nach Ablauf der Kündigungsfrist scheidet daher in der Regel hier aus. Damit liegt m. E. in diesem Fall bereits begrifflich keine Änderungskündigung mangels eines ausreichenden Zusammenhangs zwischen Änderungsangebot und Kündigungserklärung vor, da die Kündigung des Arbeitsverhältnisses zu einem späteren Datum nicht darauf abzielen kann, die Änderung der Vertragsbedingungen zu einem hiervon abweichenden früheren Datum herbeizuführen. Konsequenz hieraus ist, dass die Kündigung, die zu einem Datum erklärt wurde, welches nach dem Zeitpunkt liegt, zu dem die geänderten Arbeitsbedingungen gelten sollen, letztlich eine Beendigungskündigung darstellt. Nach dem von der ganz herrschenden Meinung angenommenen Vorrang der Änderungskündigung vor der Beendigungskündigung ist diese Beendigungskündigung unwirksam, weil dem gekündigten Arbeitnehmer zum Beendigungsdatum die Weiterarbeit zu geänderten Bedingungen anzubieten gewesen wäre.

Ist dagegen nicht das Angebot auf Änderung der Arbeitsbedingungen zu einem Zeitpunkt vor Ablauf der maßgeblichen Kündigungsfrist gerichtet, sondern ist lediglich die Frist zur Annahme, der zum richtigen Zeitpunkt angebotenen Vertragsänderung, zu kurz bemessen, führt dies nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts nicht zur Unwirksamkeit der Änderungskündigung. Vielmehr gilt in diesem Fall die gesetzliche Frist zur Erklärung des Vorbehalts nach § 2 Satz 2 KSchG. **20**

b) Schriftform des Änderungsangebots

Aufgrund der Regelung des § 623 BGB, wonach die Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Kündigung zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform bedarf, ist selbstverständlich, dass die im Rahmen einer Änderungskündigung enthaltene **21**

³⁷ BAG 21.9.2006, 2 AZR 120/06, BB 2007, 891.

Kap. 21 Änderungskündigung zur Entgeltsenkung

Kündigungserklärung vom Aussteller der Kündigung eigenhändig unterschrieben sein muss (§ 126 Abs. 1 BGB). Dagegen folgt aus dem Wortlaut des § 623 BGB nicht, dass auch das in einer Änderungskündigung enthaltene Änderungsangebot der Schriftform genügen muss. Ferner bedarf die wirksame Begründung eines Arbeitsverhältnisses nicht der Schriftform, was dafür spricht, dass das Änderungsangebot im Rahmen einer Änderungskündigung ebenfalls nicht der Schriftform unterliegt.³⁸ Ungeachtet dessen entspricht es nahezu einhelliger Auffassung, dass aufgrund der Einheitlichkeit von Kündigung und Änderungsangebot³⁹ bzw. aus Gründen der Rechtsklarheit⁴⁰ auch das Änderungsangebot der Schriftform unterliegt und eine rechtswirksame Änderungskündigung daher voraussetzt, dass der Inhalt der angesonnenen Änderungen zumindest ausreichend schriftlich angedeutet wird.⁴¹

c) Reichweite der zulässigen Änderungen

- 22** Sind die Rechtmäßigkeitsanforderungen an das Kündigungselement erfüllt, darf sich der Arbeitgeber mithilfe einer danach an sich zulässigen Änderungskündigung nach ganz überwiegender Auffassung nicht weiter vom bisherigen Vertragsinhalt entfernen, als es zur Erreichung des angestrebten Zwecks notwendig ist.⁴² Das bedeutet zunächst, dass jede einzelne der angesonnenen Vertragsänderungen am Erforderlichkeitsgrundsatz zu messen ist. Ferner bedarf nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts bei einem Änderungsangebot, welches mehrere Änderungen umfasst, jede einzelne Änderung der sozialen Rechtfertigung.⁴³ Entgegen dieser Terminologie folgt aus Letzterem jedoch nicht, dass im Hinblick auf jede einzelne Änderung die zuvor beschriebene zweistufige Prüfung der sozialen Rechtfertigung einer Änderungskündigung vorzunehmen ist. Vielmehr soll damit zum Ausdruck gebracht werden, dass sich jede einzelne der angebotenen Änderungen nicht weiter vom Inhalt des bisherigen Arbeitsvertrages entfernen darf, als es zur Anpassung an die geänderten Arbeitsbedingungen erforderlich ist.⁴⁴

38 *Annuß*, S. 269; *Caspers*, RdA 2001, 28, 30; *Wallner*, S. 114 ff.

39 BAG 16.9.2004, 2 AZR 628/03, BB 2005, 946; BDDH-Nübold, § 2 KSchG Rn. 37; Grobys/Panzer-Heemeier-Juli, Änderungskündigung, Rn. 3; MüKoBGB-Henssler, § 623 BGB Rn. 30a.

40 Däubler, AiB 2000, 188, 190.

41 BAG 17.2.2016, 2 AZR 613/14, AP KSchG 1969, § 2 Nr. 168; BAG 26.1.17, 2 AZR 68/16, NZA 2017, 499.

42 BAG 3.7.2003, 2 AZR 617/02, BB 2004, 1006; BAG 23.6.2005, 2 AZR 95/05, NJOZ 2006, 1601; APS-Künzl, § 2 KSchG Rn. 121.

43 BAG 6.3.1986, 2 ABR 15/85, NZA 1987, 102; BAG 3.7.2003, 2 AZR 617/02, BB 2004, 1006; BAG 18.5.2017, 2 AZR 606/16, BeckRS 2017, 118085; APS-Künzl, § 2 KSchG Rn. 121.

44 BAG 26.6.2008, 2 AZR 147/07, BB 2009 108.

Diese Ansicht ist vereinzelt auf Kritik gestoßen. Ihr wird insbesondere vorge- **23**
 worfen, dass durch das Kündigungsschutzgesetz nur der konkrete Arbeitsvertrag
 geschützt werde. Gäbe es einen vom Kündigungsschutzgesetz anerkannten
 Grund zur Kündigung dieses konkreten Arbeitsvertrages, sei der gesamte Ver-
 tragsinhalt grundsätzlich nicht mehr geschützt.⁴⁵ Bei Vorliegen eines Kündi-
 gungsgrundes wird von den Vertretern dieser Auffassung daher teilweise ange-
 nommen, dass trotz bestehender Weiterbeschäftigungsmöglichkeit auf einem
 anderen Arbeitsplatz keine Obliegenheit des Arbeitgebers existiere, anstelle
 einer Beendigungskündigung eine Änderungskündigung auszusprechen. Wenn
 sich der Arbeitgeber dennoch, ohne gesetzlich dazu verpflichtet zu sein, dazu
 entschließt, mit der Kündigung ein Änderungsangebot zu verbinden, so sei er
 hinsichtlich des Inhalts dieses Änderungsangebots frei.⁴⁶ Andere erkennen dage-
 gen – ebenso wie das Bundesarbeitsgericht – bei Bestehen einer Weiterbeschäf-
 tigungsmöglichkeit auf einem freien anderen Arbeitsplatz einen Vorrang der Än-
 derungskündigung vor der Beendigungskündigung grundsätzlich an und erlegen
 dem Arbeitgeber Schranken hinsichtlich des Inhalts des Änderungsangebots
 auf. Insoweit wird angenommen, der Arbeitgeber müsse dem Arbeitnehmer eine
 Weiterbeschäftigung zu einer üblichen Vergütung i. S. v. § 612 Abs. 2 BGB an-
 bieten⁴⁷ bzw. zu den Bedingungen, zu denen er einen externen Bewerber neu ein-
 stellen könnte.⁴⁸

Jedoch berücksichtigen auch diese zuletzt genannten Anforderungen an den **24**
 Mindestinhalt des Änderungsangebots nach Ansicht des Bundesarbeitsgerichts
 nicht ausreichend, dass der Arbeitnehmer in der Vergangenheit nicht nur einen
 Bestands-, sondern auch einen Inhaltsschutz erworben habe.⁴⁹ Nach ganz herr-
 schender Auffassung folgt daher alleine aus der sozialen Rechtfertigung einer
 Veränderung der Hauptleistungspflicht – sprich der Tätigkeit des Arbeitnehmers –
 im Wege der Änderungskündigung nicht zwangsläufig, dass zugleich auch die
 Vergütung des Arbeitnehmers im Wege dieser Änderungskündigung ebenfalls
 zulässigerweise modifiziert werden kann. Eine Ausnahme hiervon wird aller-
 dings gemacht, wenn im Betrieb ein einheitliches Vergütungssystem angewandt
 wird und für die neue Tätigkeit nach diesem System eine niedrigere Vergütung
 vorgesehen ist als für die bisherige Tätigkeit. In diesen Fällen bedarf die dem

45 *Annuß/Bartz*, NJW 2006, 2153, 2156; *Betz*, BB 2009, 110, 111; *Boecken*, AnwBl
 2006, 681, 687; *Sievers*, NZA 2002, 1182.

46 *Annuß/Bartz*, NJW 2006, 2153, 2156.

47 *Sievers*, NZA 2002, 1182, 1188.

48 *Betz*, BB 2009, 110, 111.

49 BAG 23.6.2005, 2 AZR 642/04, BB 2006, 159.

Kap. 21 Änderungskündigung zur Entgeltsenkung

betrieblichen Vergütungssystem entsprechende Vergütungsänderung keiner besonderen Rechtfertigung (sog. Tarifautomatik).⁵⁰

- 25 Ergibt sich die Höhe der Vergütung dagegen für die geänderte Tätigkeit nicht automatisch aus einem Tarifvertrag oder aus einer vom Arbeitgeber aufgestellten Vergütungsordnung, sondern hat der Arbeitgeber die Gehälter aller vergleichbaren Arbeitnehmer frei ausgehandelt, so ist nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts nach den Grundsätzen der abgestuften Darlegungs- und Beweislast zu prüfen, ob die dem Arbeitnehmer konkret angebotene Vergütung den Änderungsschutz des Arbeitnehmers hinreichend berücksichtigt. Hierbei ist der Arbeitgeber nicht verpflichtet, dem betroffenen Arbeitnehmer im Wege der Änderungskündigung die höchste für vergleichbare Tätigkeiten gezahlte Vergütung anzubieten. Er hat vielmehr lediglich den Arbeitnehmer, dem gegenüber er eine Änderungskündigung ausspricht, unter Berücksichtigung seines Änderungsschutzes in das frei ausgehandelte Vergütungsgefüge einzuordnen. Bietet er dabei dem Arbeitnehmer eine Vergütung an, welche die durchschnittlich gezahlte Vergütung deutlich unterschreitet, so muss er darlegen, welche weiteren Gesichtspunkte ihn zu dieser niedrigen Vergütungsfestsetzung bewogen haben und inwiefern dabei der bestehende Änderungsschutz hinreichend berücksichtigt wurde. Bewegt sich demgegenüber die angebotene Vergütung, verglichen mit der der anderen Arbeitnehmer, im oberen Bereich, so spricht zunächst eine Vermutung dafür, dass die angebotene Vergütung vom Arbeitnehmer billigerweise hinzunehmen ist. In diesem Fall muss der Arbeitnehmer im Rahmen der abgestuften Darlegungslast weitere Gesichtspunkte vortragen, die es gerade bei ihm, unter Berücksichtigung seines Änderungsschutzes, erfordern, dass seine geänderte Tätigkeit noch höher vergütet wird.⁵¹
- 26 Diese Rechtsprechung bedeutet für den Arbeitgeber bei Fehlen einer sogenannten Tarifautomatik eine gewisse Rechtsunsicherheit, weil sich die Untergrenze einer zulässigen Vergütungsreduktion bei einer veränderten Tätigkeit nur schwer bestimmen lässt. Da bei einer Änderungskündigung, die eine Änderung in mehreren Punkten vorsieht, die Unwirksamkeit einer einzelnen der angesonnenen Änderungen zur Unwirksamkeit der gesamten Änderungskündigung führt,⁵² ist dem Arbeitgeber aus praktischer Sicht in diesen Fällen zu raten, im Rahmen des Änderungsangebots nur eine zurückhaltende Vergütungsreduktion anzutragen.

50 BAG 23.6.2005, 2 AZR 642/04, BB 2006, 159; BAG 27.11.2008, 2 AZR 757/07, NZA 2009, 481; BAG 28.10.2010, 2 AZR 688/09, NZA-RR 2011, 167; APS-Künzl, § 2 KSchG Rn. 121.

51 BAG 3.4.2008, 2 AZR 500/06, NZA 2008, 812; KR-Rost/Kreft, § 2 KSchG Rn. 106e.

52 BAG 23.6.2005, 2 AZR 642/04, BB 2006, 159; APS-Künzl, § 2 KSchG Rn. 121; a. A. etwa Berkowsky, NZA-Beil. 2010, 50, 54; Stoffels, NZA 2016, 581 ff.

V. Änderungskündigung zur isolierten Entgeltreduzierung

Grundlegend zu unterscheiden von der soeben dargestellten Konstellation, in der eine Änderungskündigung sowohl auf eine geänderte Tätigkeit als auch auf eine geänderte Vergütung abzielt, sind die Fälle, in denen der Arbeitgeber eine Änderungskündigung ausspricht, die bei gleichbleibender Tätigkeit eine geringere Vergütung vorsieht. Mitunter wird ausgehend von der rechtspolitischen Erwägung, eine solche Änderungskündigung sei geeignet, Arbeitsplätze zu erhalten, weil die Stilllegung eines unrentablen Unternehmens so vermieden werden könne, dafür plädiert, die Rechtmäßigkeit des Einsatzes dieses Instrumentariums seitens der Rechtsprechung nicht zu restriktiv zu beurteilen.⁵³ Ob diese unternehmerische Sichtweise zutrifft, bedarf vorliegend keiner Bewertung, da es der Rechtsprechung nach dem Gewaltenteilungsgrundsatz ohnehin nicht gestattet ist, sich von rechtspolitischen Erwägungen leiten zu lassen, die nicht normativ begründet sind. Entscheidend ist vielmehr, inwieweit dem Arbeitgeber nach Maßgabe des Kündigungsschutzgesetzes die Möglichkeit eröffnet ist, mittels einer Änderungskündigung die Vergütung bei gleichbleibender Tätigkeit zu reduzieren. Hierbei wird vielfach danach differenziert, ob die Änderungskündigung auf eine Reduzierung der im Gegenseitigkeitsverhältnis stehenden Vergütung (s. Rn. 28 ff.) oder auf sogenannte entgeltrelevante Nebenabreden (s. Rn. 33 f.) abzielt. Einen Sonderfall stellt die sogenannte korrigierende Rückgruppierung dar (s. Rn. 35).

1. Reduzierung der im Gegenseitigkeitsverhältnis stehenden Vergütung

Werden auch – trotz eines formal unterschiedlichen Prüfungsmaßstabs im Ansatzpunkt – bei der Überprüfung der sozialen Rechtfertigung einer Änderungskündigung im Allgemeinen von der ganz herrschenden Auffassung im juristischen Schrifttum und von der Rechtsprechung weitgehend übereinstimmende Ergebnisse gefunden (s. Rn. 7 ff.), so gilt dies nicht für den Fall, in dem mithilfe einer Änderungskündigung lediglich die im Synallagma stehende Vergütung reduziert werden soll.⁵⁴

a) Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts

Das Bundesarbeitsgericht nimmt an, dringende betriebliche Erfordernisse i. S. v. §§ 1 Abs. 2 Satz 1, 2 KSchG, die eine solche Änderungskündigung rechtfertigen können, liegen nur vor, wenn durch die Senkung der Personalkosten die Stille-

⁵³ Reiserer/Powietzka, BB 2006, 1109, 1109; Stoffels, FS Hromadka, S. 463, 472; ähnlich Löwisch, NZA 1988, 633, 637.

⁵⁴ Krois, ZfA 2009, 575, 606.

Kap. 21 Änderungskündigung zur Entgeltsenkung

gung des Betriebes oder die Reduzierung der Belegschaft verhindert werden kann und die Kosten durch andere Maßnahmen nicht zu senken sind.⁵⁵ Hierfür sei zwar nicht erforderlich, dass ohne den Ausspruch einer Änderungskündigung der Ruin des Arbeitgebers unmittelbar bevorstehe. Jedoch müsse im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung feststehen, dass bei einer Aufrechterhaltung der bisherigen Personalkostenstruktur weitere, betrieblich nicht mehr auffangbare Verluste entstehen, die absehbar zu einer Reduzierung der Belegschaft oder sogar zu einer Schließung des Betriebes führen. Regelmäßig setze deshalb eine solche Situation einen umfassenden Sanierungsplan voraus, der alle gegenüber der beabsichtigten Änderungskündigung milderer Mittel ausschöpft. Eine bestimmte Frist, die der Arbeitgeber einhalten müsse, bevor er zu einschneidenden Maßnahmen wie dem Ausspruch von Änderungskündigungen zum Zwecke der Entgeltreduzierung greifen darf, existiere nicht. Erforderlich, aber auch ausreichend, sei, dass die vom Arbeitgeber angeführte konkrete Gefährdungssituation ein solches Ausmaß angenommen hat, dass auch unter Ausschöpfung sämtlicher milderer Mittel eine Sanierung des Betriebes zur Abwendung der konkret bedrohlichen Lage nur durch die arbeitsvertraglichen Änderungen möglich ist.⁵⁶ Liegt ein solcher Fall vor, habe der Arbeitgeber den Verhältnismäßigkeits- und den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz beim Ausspruch seiner Änderungskündigungen zu beachten. Dies bedeute, dass die angebotene Vergütungsreduktion nicht weiter gehen darf als zur Verhinderung der Betriebsstilllegung bzw. zur Vermeidung des Arbeitsplatzabbaus nötig.⁵⁷ Ferner sei der von den Arbeitnehmern zu erbringende Beitrag auf alle Arbeitnehmer des Betriebes gleichmäßig zu verteilen.⁵⁸

b) Abweichende Ansichten im juristischen Schrifttum

- 30** Vereinzelt wird im juristischen Schrifttum die Auffassung vertreten, eine betriebsbedingte Änderungskündigung, die lediglich darauf abzielt, die Vergütung bei unveränderter Tätigkeit zu reduzieren, sei mangels gesetzlicher Grundlage generell unzulässig.⁵⁹ Andere Autoren stimmen mit dieser Ansicht insoweit überein, als sie ebenfalls davon ausgehen, mithilfe von § 2 KSchG könne die Änderungskündigung zur isolierten Entgeltsenkung nicht legitimiert werden.⁶⁰ Dennoch wird eine Änderungskündigung, welche lediglich auf eine Reduktion

55 BAG 12.1.2006, 2 AZR 126/05, BB 2006, 1115; BAG 29.11.2007, 2 AZR 789/06, BeckRS 2011, 74166; BAG 26.6.2008, 2 AZR 139/07, AP KSchG 1969 § 2 Nr. 138.

56 BAG 29.11.2007, 2 AZR 789/06, BeckRS 2011, 74166; BAG 20.10.2017, 2 AZR 783/16 (F), NZA 2018, 440.

57 BAG 29.11.2007, 2 AZR 789/06, BeckRS 2011, 74166.

58 BAG 26.6.2008, 2 AZR 139/07, AP KSchG 1969 § 2 Nr. 138.

59 *Berkowsky*, Die betriebsbedingte Änderungskündigung, 1999, S. 109 ff.; *Breuckmann*, S. 265 ff.; *Kittner*, NZA 1997, 968, 971 ff.

60 *Wallner*, S. 239.

der Vergütung bei unveränderter Tätigkeit abzielt, unter bestimmten Voraussetzungen für zulässig erachtet. Dogmatisch wird dies damit begründet, dass eine Änderungskündigung in diesem Fall als milderes Mittel gegenüber einer ansonsten notwendig werdenden Beendigungskündigung zulässig sein könne.⁶¹ Letztlich liegt dieser Gedanke – entgegen der sprachlichen Anknüpfung an das Erfordernis eines betriebsbedingten Kündigungsgrundes i. S. v. §§ 1 Abs. 2, 2 KSchG – auch der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zugrunde. Denn auch das Bundesarbeitsgericht hält eine derartige Änderungskündigung aufgrund des damit einhergehenden Eingriffs in das Verhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung nur dann für zulässig, wenn hierdurch eine ansonsten notwendige Beendigungskündigung vermieden werden kann.⁶² Soweit im juristischen Schrifttum eine Änderungskündigung zur isolierten Reduzierung der im Gegenseitigkeitsverhältnis stehenden Vergütung aus Gründen der Verhältnismäßigkeit für zulässig erachtet wird, werden vielfach die hierfür vom Bundesarbeitsgericht aufgestellten strengen Voraussetzungen weitgehend übernommen und lediglich im Detail etwas weniger restriktive Anforderungen an den Kündigungsgrund gestellt. So wird vertreten, dass auch Verluste in einzelnen Abteilungen, die in absehbarer Zeit, worunter ein Zeitraum von ca. einem Jahr verstanden wird, einen Arbeitsplatzwegfall befürchten lassen, als Kündigungsgrund selbst dann ausreichen, wenn der Betrieb in seinem Bestand insgesamt nicht betroffen ist.⁶³ Andere Autoren sprechen sich im Hinblick auf die unternehmerische Entscheidungsfreiheit für eine arbeitgeberfreundlichere Sichtweise aus und plädieren für niedrigere Anforderungen an den Kündigungsgrund. Ausreichend soll danach etwa sein, dass der Betrieb fortlaufend rote Zahlen schreibt⁶⁴ bzw. das Streben des Arbeitgebers nach einem Mindestgewinn oder einer Mindestrentabilität.⁶⁵ Schließlich wird in der Literatur unter Berufung auf praktische Bedürfnisse ein flexibles sog. „Drei-Stufen-Modell“ vorgeschlagen, bei dem die Anforderungen an den Kündigungsgrund bei einer Änderungskündigung, die isoliert auf eine Reduktion der Vergütung abzielt, unterschiedlich streng sind, je nachdem, inwieweit die Arbeitnehmer auf die Beibehaltung ihrer bisherigen Vergütung vertrauen dürfen.⁶⁶

61 Wallner, S. 244.

62 BAG 12.1.2006, 2 AZR 126/05, BB 2006, 1115.

63 Krois, ZfA 2009, 575, 610 ff.; APS-Künzl, § 2 KSchG Rn. 261; ähnlich Hromadka, NZA 1996, 1, 10.

64 Stoffels, FS Hromadka, S. 463, 473.

65 Rücker, S. 115.

66 Reiserer/Powietzka, BB 2006, 1109, 1112 ff.

Kap. 21 Änderungskündigung zur Entgeltsenkung

c) *Stellungnahme*

- 31** Zunächst gilt es sich vor Augen zu führen, dass der Gesetzgeber die soziale Rechtfertigung einer Änderungskündigung, mithilfe derer die Vergütung bei unveränderter Tätigkeit reduziert werden soll, nicht gesondert geregelt hat. Die soziale Rechtfertigung einer solchen Änderungskündigung kann daher auch unter Berufung auf vermeintliche Bedürfnisse der Praxis nicht anhand abweichender Maßstäbe erfolgen als eine Änderungskündigung, deren Änderungsangebot einen anderen Inhalt hat. Diese Feststellung führt im nächsten Schritt zu dem Ergebnis, dass sich die soziale Rechtfertigung einer Änderungskündigung, die isoliert auf eine Entgeltsenkung abzielt, weder nach der Beendigungs- noch nach der Änderungstheorie rechtfertigen lässt. Denn unabhängig davon, ob man annimmt, die Anforderungen an das in einer Änderungskündigung enthaltene Kündigungselement ergeben sich aus § 1 Abs. 2 KSchG oder aus § 2 Satz 1 KSchG, ist beiden Auffassungen gemeinsam, dass eine Änderungskündigung nur bei Vorliegen betriebs-, personen- oder verhaltensbedingter Gründe sozial gerechtfertigt ist. Einen derartigen Kündigungsgrund – und insbesondere einen betriebsbedingten Kündigungsgrund – stellen die unterschiedlichen diskutierten Wirtschaftlichkeitserwägungen nicht dar. Dies wird auch von denjenigen so erkannt, welche die soziale Rechtfertigung der Änderungskündigung zur isolierten Entgeltreduktion im Einzelfall aus Gründen der Verhältnismäßigkeit bejahen.
- 32** M.E. sind die von der Rechtsprechung und Teilen des Schrifttums genannten Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen jedoch auch unter Berufung auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht geeignet, eine derartige Änderungskündigung zu rechtfertigen. Im Hinblick auf dessen bilaterale Geltung (s. Rn. 14 ff.) stellt der Ausspruch einer Änderungskündigung gegenüber sämtlichen Mitarbeitern eines Betriebs bzw. einer Abteilung, die auf eine Reduktion der Vergütung bei unveränderter Tätigkeit abzielt, kein milderes Mittel als der Ausspruch von Beendigungskündigungen gegenüber einzelnen Mitarbeitern des Betriebs bzw. einer Abteilung dar. Vom Verhältnismäßigkeitsgrundsatz erfasst kann eine Änderungskündigung daher bereits dem Grunde nach ohnehin nur dann sein, wenn diese anstelle einer gegenüber dem konkreten Arbeitnehmer ansonsten auszusprechenden Beendigungskündigung erfolgt. Liegen bereits die Voraussetzungen für eine betriebsbedingte Beendigungskündigung vor, stellt sich die hier diskutierte Problematik nicht, weil ein Arbeitgeber, der berechtigt wäre, eine Kündigung ohne Änderungsangebot auszusprechen, selbstverständlich auch berechtigt ist, mit dem Ausspruch einer Kündigung ein Änderungsangebot zu verbinden. Problematisch ist jedoch, ob unter Berufung auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bei Fehlen eines aktuellen Kündigungsgrundes der Ausspruch einer Änderungskündigung mit der Begründung gerechtfertigt werden kann, andernfalls läge in absehbarer Zeit (beispielsweise in einem Jahr) voraussichtlich ein Grund für eine Beendigungskündigung vor. Stellt also die Vermeidung eines

zukünftigen Grundes für eine Beendigungskündigung tatsächlich einen Grund für eine Änderungskündigung dar?⁶⁷ Auch wenn die Beantwortung dieser Frage anhand der einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen zu erfolgen hat, erscheint vorab doch bemerkenswert, dass gerade diejenigen, die für eine möglichst hohe Flexibilität des Arbeitgebers wegen der Unvorhersehbarkeit künftiger Entwicklungen plädieren, die Auffassung vertreten, dass der Zeitraum, zu dem andernfalls voraussichtlich ein betriebsbedingter Kündigungsgrund vorliegt, möglichst großzügig bemessen werden sollte und die Anforderungen an die Ausschöpfung alternativer Maßnahmen und an ein Sanierungskonzept nicht zu hoch gestellt werden sollten. Diese Argumentation erfolgt m. E. mit zweierlei Maß. Sind künftige Entwicklungen für den Arbeitgeber schwer vorherzusehen, gilt dies doch für positive wie auch für negative Entwicklungen gleichermaßen. Es stellt sich daher die Frage, woher der Arbeitgeber, der nicht zuverlässig beurteilen kann, ob es ihm in einem Jahr „wirtschaftlich gut geht“, wissen kann, ob es ihm in einem Jahr „wirtschaftlich schlecht geht“. Bei einer rein dogmatischen Betrachtung lässt sich dem Kündigungsschutzgesetz nicht entnehmen, dass die Vermeidung einer künftigen betriebsbedingten Kündigung einen eigenständigen Grund für eine Änderungskündigung zur isolierten Entgeltreduzierung darstellen kann. Zwar hat der Gesetzgeber den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz mithilfe des Wortes „bedingt“ in § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG im Kündigungsschutzgesetz verankert, jedoch nur in der Weise, dass gerade und ausschließlich personen-, verhaltens- und betriebsbedingte Gründe eine (Änderungs-)Kündigung rechtfertigen können. Ein solcher Grund liegt in den hier diskutierten Fällen jedoch gerade nicht vor. Angesichts der – mitunter unter Verweis auf das Sozialstaatsprinzip – häufig vertretenen Auffassung, wonach das gesamte Kündigungsrecht durch das ultima-ratio-Prinzip überlagert werde,⁶⁸ ließe sich schließlich noch daran denken, die Rechtmäßigkeit einer Änderungskündigung zur Vermeidung einer künftigen Beendigungskündigung mithilfe dieses allgemeinen Grundsatzes zu rechtfertigen. Hiergegen spricht aber, dass das im Sozialstaatsprinzip verankerte ultima-ratio-Prinzip im Hinblick auf das Kündigungsrecht gerade im Kündigungsschutzgesetz seine konkrete Ausgestaltung gefunden hat. Eine nach dem Kündigungsschutzgesetz sozial nicht gerechtfertigte Änderungskündigung lässt sich daher m. E. nicht mithilfe des Sozialstaatsprinzips bzw. des „allgemeinen ultima-ratio-Prinzips“ im Widerspruch zu den Bestimmungen des Kündigungsschutzgesetzes begründen.

67 *Annuß*, S. 282.

68 BAG 23.9.1976, 2 AZR 309/75, AP KSchG 1969 § 1 Wartezeit Nr. 1.

2. Änderung sogenannter Nebenabreden

- 33 Während sich das Bundesarbeitsgericht im Rahmen der zuvor dargestellten Überprüfung der sozialen Rechtfertigung einer Änderungskündigung, die auf eine Reduktion der im Synallagma stehenden Vergütung bei unveränderter Tätigkeit abzielt, jedenfalls nicht ausdrücklich zu einem gegenüber sonstigen Änderungskündigungen abweichenden Prüfungsmaßstab bekennt, werden bei einer Änderungskündigung, mit der lediglich sog. Nebenabreden modifiziert werden sollen, auch wenn diese Entgeltcharakter haben, *expressis verbis* weniger strenge Maßstäbe angelegt.⁶⁹ Als derartige Nebenabreden gelten arbeitsvertragliche Vereinbarungen, die an Umstände anknüpfen, die erkennbar nicht während der gesamten Dauer des Arbeitsverhältnisses gleich bleiben müssen. Angenommen wurde dies bislang etwa für Abreden, die eine pauschale Vergütung für Überstunden,⁷⁰ pauschale Fahrt- oder Mietkostenzuschüsse oder einen kostenlosen Bustransfer vom Wohnort zur Arbeitsstätte⁷¹ vorsahen. Es wird argumentiert, der Arbeitgeber hätte sich in diesem Fall den Widerruf der versprochenen Leistung vorbehalten können. Sei dies unterblieben, könne bei einer wesentlichen Veränderung der für die jeweilige Abrede maßgeblichen Umstände eine Änderung der Nebenabrede mithilfe einer Änderungskündigung gerechtfertigt sein.⁷² Ein Arbeitgeber stütze sich hierbei auf Umstände, die außerhalb von §§ 1, 2 KSchG als möglicher Wegfall oder als mögliche Störung der Geschäftsgrundlage geprüft würden. Derartige Umstände können das Beharren auf der vereinbarten Leistung als unbillig und unberechtigt erscheinen lassen und daher geeignet sein, eine Änderungskündigung sozial zu rechtfertigen.⁷³
- 34 Diese Auffassung wird zu Recht kritisiert.⁷⁴ Bereits die rechtssichere Beurteilung dessen, was als Nebenabrede einzustufen ist, dürfte in der Praxis im Einzelfall erhebliche Schwierigkeiten bereiten.⁷⁵ Noch schwerer wiegen jedoch die dogmatischen Bedenken. Ganz unabhängig davon, ob in den von der Rechtsprechung entschiedenen Fällen die Voraussetzungen einer Vertragsanpassung wegen Störung der Geschäftsgrundlage wirklich vorgelegen hätten, überzeugt es m. E. nicht, einerseits zu argumentieren, die Vorschriften zur sozialen Rechtfertigung einer Änderungskündigung nach §§ 1, 2 KSchG seien Sondervorschriften gegenüber den allgemeinen schuldrechtlichen Bestimmungen betreffend die

69 BAG 27.3.2003, 2 AZR 74/02, NZA 2003, 1029.

70 BAG 23.11.2000, 2 AZR 547/99, BB 2001, 940.

71 BAG 27.3.2003, 2 AZR 74/02, NZA 2003, 1029.

72 BAG 23.11.2000, 2 AZR 547/99, BB 2001, 940; BAG 27.3.2003, 2 AZR 74/02, NZA 2003, 1029.

73 BAG 20.6.2013, 2 AZR 396/12, NZA 2013, 1409.

74 Ausführlich etwa: *Berkowsky*, NZA 2003, 1130 ff.

75 APS-Künzl, § 2 KSchG Rn. 266a; Moll-Boewer, § 46 Rn. 143; *Herbert/Oberrath*, NJW 2008, 3177, 3180.

Störung der Geschäftsgrundlage i. S. v. § 313 BGB,⁷⁶ um dann andererseits unter Verweis auf die allgemeinen Bestimmungen zur Störung der Geschäftsgrundlage die soziale Rechtfertigung einer Änderungskündigung zu bejahen, obwohl sie nach dem gewöhnlichen Prüfungsmaßstab nach §§ 1, 2 KSchG gerade nicht sozial gerechtfertigt wäre. Nach dem Grundsatz *lex specialis derogat legi generali* verdrängt die Sondervorschrift die allgemeine Bestimmung und nicht umgekehrt.⁷⁷ Ferner sprechen auch die angeführten Billigkeitserwägungen m. E. nicht dafür, an die Prüfung der sozialen Rechtfertigung einer Änderungskündigung, welche die Modifikation sog. Nebenabreden zum Ziel hat, erleichterte Anforderungen zu stellen. Schließlich ist dem Arbeitgeber, für den erkennbar war, dass die Umstände, unter denen die Abrede getroffen wurde, nicht während der gesamten Dauer des Arbeitsverhältnisses gleich bleiben müssen, zuzumuten, einen zulässigen Widerrufsvorbehalt zu vereinbaren.⁷⁸ Vergisst er dies oder kann er die Regelung über einen Widerrufsvorbehalt gegenüber dem Arbeitnehmer bei Vertragsschluss nicht durchsetzen, erscheint es mir im Gegenteil unbillig, dem Arbeitgeber nachträglich ein Mittel an die Hand zu geben, mit dessen Hilfe er unter Gefährdung des Fortbestands des Arbeitsverhältnisses eine Vertragsanpassung herbeiführen kann. Schließlich darf nicht übersehen werden, dass bei einer Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 Abs. 1 BGB grunds. lediglich eine Vertragsanpassung erfolgt, wohingegen ein Arbeitnehmer, welcher ein derartiges im Zusammenhang mit einer Kündigung erklärtes Änderungsangebot nicht (zumindest unter Vorbehalt nach § 2 Satz 2 KSchG) annimmt, seinen Arbeitsplatz verliert, wenn man eine solche Änderungskündigung für sozial gerechtfertigt erachtet.

3. Rückgruppierung mittels Änderungskündigung

Für zahlreiche Arbeitsverhältnisse richtet sich die Höhe der Vergütung des Arbeitnehmers nach tarifvertraglichen Bestimmungen. Wird der Arbeitnehmer in diesen Fällen nach einer Entgeltgruppe bezahlt, obwohl die Voraussetzungen hierfür nicht oder jedenfalls nicht mehr erfüllt sind, kommt es für eine seitens des Arbeitgebers begehrte Herabsetzung der Vergütung nach Maßgabe einer niedrigeren Entgeltgruppe darauf an, ob im Arbeitsvertrag die Bezahlung der Vergütung nach der bisherigen konkreten Entgeltgruppe konstitutiv vereinbart war oder ob die Höhe der Vergütung von der Erfüllung der tarifvertraglichen Voraussetzungen abhängen sollte. Wurde im Arbeitsvertrag der Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers nicht konstitutiv auf Basis einer bestimmten Entgeltgruppe vereinbart, bedarf es keiner Vertragsänderung, wenn sich im Nachhinein herausstellt, dass die Voraussetzungen der Entgeltgruppe, nach der sich

⁷⁶ BAG 8.10.2009, 2 AZR 235/08, NZA 2010, 465.

⁷⁷ Ähnlich: *Berkowsky*, NZA 2003, 1130, 1132.

⁷⁸ APS-Künzl, § 2 KSchG Rn. 266a.

Kap. 21 Änderungskündigung zur Entgeltsenkung

die bisherige Vergütung gerichtet hat, nicht erfüllt sind. In dieser Fallgestaltung ist der Arbeitgeber aufgrund der sog. Tarifaufstieg daher individualrechtlich grds. ohne Weiteres berechtigt, die Vergütung nur mehr nach der zutreffenden niedrigeren Entgeltgruppe zu leisten.⁷⁹ Im Einzelfall kann jedoch eine derartige Rückgruppierung aus Gründen des Vertrauensschutzes unzulässig sein.⁸⁰ Haben sich die Parteien hingegen konstitutiv auf einen Vergütungsanspruch nach Maßgabe einer bestimmten Entgeltgruppe geeinigt, kann hiervon lediglich im Falle einer Änderung des Arbeitsvertrages abgewichen werden. Gelingt es dem Arbeitgeber nicht, den Arbeitnehmer von einer einvernehmlichen Vertragsänderung zu überzeugen, wird im Schrifttum vielfach, ohne weitergehende Problematisierung, auf das Instrumentarium der Änderungskündigung zur Vertragsanpassung verwiesen. Dieser pauschale Hinweis ist zumindest deswegen irreführend, weil eine Änderungskündigung auch in diesem Fall nicht unter erleichterten Voraussetzungen zulässig ist.⁸¹ Zwar wird dies vereinzelt vertreten und beispielsweise argumentiert, bei beiderseitiger Tarifbindung könne eine übertarifliche Bezahlung zur Missstimmung bei anderen Mitarbeitern führen, was einen betriebsbedingten Grund für eine Änderungskündigung darstellen könne.⁸² Solange jedoch nicht ausnahmsweise die Voraussetzungen einer zulässigen sog. Druckkündigung vorliegen, gilt allerdings, dass eine Entgeltreduzierung allein zum Zwecke der Herstellung der Gleichbehandlung der Mitarbeiter nicht mithilfe einer Änderungskündigung erfolgen kann.⁸³ Mithin handelt es sich schlichtweg um den unter Ziffer V.1. dargestellten Fall der Änderungskündigung mit dem Ziel der Reduzierung der im Gegenseitigkeitsverhältnis stehenden Vergütung bei unveränderter Tätigkeit. Wie gezeigt, ist eine solche Änderungskündigung – wenn man sie überhaupt für zulässig hält – aufgrund der strengen Anforderungen der Rechtsprechung in der Praxis nahezu ausgeschlossen. Mithin entscheidet in aller Regel die häufig im Wege der Auslegung (nur schwer) zu ermittelnde Frage, ob die Vergütung nach einer bestimmten Entgeltgruppe konstitutiv vereinbart wurde, darüber, ob eine nachträgliche Korrektur der Vergütung nach Maßgabe eines Tarifvertrages möglich ist oder nicht.⁸⁴ Den Vertragsparteien ist daher zu raten, diesen Umstand bei Vertragsschluss stärker als bisher zu bedenken und auf eine eindeutige Formulierung im Arbeitsvertrag zu achten.

79 BAG 16.2.2000, 4 AZR 62/99, BB 2001, 476; BAG 24.9.2008, 4 AZR 685/07, NZA 2009, 499; APS-Künzl, § 2 KSchG Rn. 268; ErfK-Koch, § 46 ArbGG Rn. 35; KR-Rost/Kreft, § 2 KSchG Rn. 108; *Kleinebrink*, NZA-RR 2014, 113, 114 ff.; *Mauwer*, NZA 1993, 721, 722 ff.; *Seel*, öAT 2011, 97, 98; einschränkend: *Küttner-Griese*, Eingruppierung, Rn. 21 f.

80 Vgl. etwa BAG 13.12.2017, 4 AZR 576, 16, NZA 2018, 601.

81 APS-Künzl, § 2 KSchG Rn. 270; *Kleinebrink*, NZA-RR 2014, 113, 118.

82 DHSW-Manske, § 2 KSchG Rn. 80.

83 BAG 1.7.1999, 2 AZR 826/98, NZA 2000, 592.

84 Vgl. hierzu ausführlich: *Kleinebrink*, NZA-RR 2014, 113, 116 ff.

VI. Die Beteiligung des Betriebsrats

In Betrieben, in denen ein Betriebsrat existiert, ist dieser vor Ausspruch einer Änderungskündigung nach § 102 BetrVG zu beteiligen. Eine ordnungsgemäße Betriebsratsanhörung setzt hierbei neben der Mitteilung des aus Sicht des Arbeitgebers relevanten Kündigungssachverhalts voraus, dass der Betriebsrat über den Inhalt des Änderungsangebots informiert wird.⁸⁵ Bei einer Änderungskündigung, die jedenfalls auch auf eine Reduzierung der Vergütung abzielt, sind dem Betriebsrat daher die Kündigungsfrist,⁸⁶ die Gründe für die beabsichtigte Vergütungsreduktion⁸⁷ und der konkrete Inhalt der angestrebten künftigen Vergütungsabrede mitzuteilen. Erfolgte die Betriebsratsanhörung fehlerhaft, wirkt sich dies nur bei einer vorbehaltlosen Annahme des Änderungsangebots nicht aus, da die Unwirksamkeit der Kündigungserklärung nach § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG nicht zur Unwirksamkeit des Änderungsangebots führt.⁸⁸ **36**

Zielt die Änderungskündigung zumindest auch auf eine Veränderung der betrieblichen Lohngestaltung ab, unterliegt dies der Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG.⁸⁹ Ein solcher Fall liegt etwa dann vor, wenn eine vertragliche Einheitsregelung zur Vergütung, wie etwa die Gewährung einer Auslöse bei auswärtiger Tätigkeit, mithilfe einer Änderungskündigung modifiziert werden soll. Verletzt der Arbeitgeber dieses Mitbestimmungsrecht bei Ausspruch der Änderungskündigung, folgt hieraus nicht die Unwirksamkeit der Änderungskündigung, da die sog. Theorie der Wirksamkeit im Kündigungsrecht nach neuerer Auffassung des Bundesarbeitsgerichts keine Anwendung findet. Ist die Änderungskündigung sozial gerechtfertigt, ist es dem Arbeitgeber daher lediglich verwehrt, die Änderung durchzusetzen, ehe die erforderliche Zustimmung des Betriebsrats vorliegt bzw. durch den Spruch einer Einigungsstelle ersetzt wurde.⁹⁰ **37**

85 BAG 10.3.1982, 4 AZR 158/79, NJW 1982, 2839; BAG 12.8.2010, 2 AZR 104/09, BeckRS 2011, 67804; APS-Künzl, § 2 KSchG Rn. 131; BDDH-Nübold, § 102 BetrVG Rn. 153; DHSW-Manske, § 2 KSchG Rn. 59; GK-BetrVG-Raab, § 102 Rn. 99; Richardi-Thüsing, § 102 BetrVG Rn. 60.

86 BAG 29.3.1990, 2 AZR 420/89, AP BetrVG 1972 § 102 Nr. 56; APS-Künzl, § 2 KSchG Rn. 129; GK-BetrVG-Raab, § 102 Rn. 99; MüKoBGB-Hergenröder, § 2 KSchG Rn. 88.

87 LAG Niedersachsen 21.2.2011, 6 Sa 1570/00, BeckRS 2014, 67716.

88 APS-Künzl, § 2 KSchG Rn. 137; ErfK-Oetker, § 2 KSchG Rn. 19.

89 BAG 17.6.1998, 2 AZR 336/97, BB 1998, 2320; ErfK-Oetker, § 2 KSchG Rn. 23.

90 BAG 17.6.1998, 2 AZR 336/97, BB 1998, 2320; BAG 23.11.2000, 2 AZR 690/99, BeckRS 2000, 30788293; APS-Künzl, § 2 KSchG Rn. 171; BDDH-Nübold, § 2 KSchG Rn. 165; ErfK-Oetker, § 2 KSchG Rn. 23; KR-Rost/Kreft, § 2 KSchG Rn. 145; a. A. BAG 31.1.1984, 1 AZR 174/81, NZA 1984, 167; v. Hoyningen-Huene-Linck, § 2 KSchG Rn. 205.

- 38 Schließlich ist bei einer Änderungskündigung, deren Änderungsangebot (auch) eine Versetzung i. S. v. § 95 Abs. 3 BetrVG oder eine Umgruppierung zum Gegenstand hat, in Betrieben mit in der Regel mehr als zwanzig wahlberechtigten Arbeitnehmern der Betriebsrat zusätzlich nach § 99 BetrVG zu beteiligen. Hierbei können aus Gründen der Vereinfachung die Verfahren der Beteiligung nach § 99 BetrVG und nach § 102 BetrVG miteinander verbunden werden. Erforderlich ist allerdings, dass der Arbeitgeber dem Betriebsrat zu erkennen gibt, dass er mit dem Antrag auf Zustimmung zur Umgruppierung zugleich das Mitwirkungsverfahren für die beabsichtigte Änderungskündigung einleiten will.⁹¹ Auch insoweit gilt, dass die Wirksamkeit einer Änderungskündigung jedoch nicht davon abhängt, dass der Betriebsrat zuvor der Versetzung bzw. der Umgruppierung zugestimmt hat bzw. die Zustimmung durch das Gericht ersetzt worden ist.⁹² Der Arbeitgeber darf jedoch eine Versetzung nicht tatsächlich vornehmen, ehe nicht die Zustimmung des Betriebsrats hierzu erteilt bzw. ersetzt wurde.⁹³ Wird ein Zustimmungsersetzungsverfahren hinsichtlich einer aus Anlass einer Änderungskündigung begehrten Umgruppierung vorgenommen, wird angenommen, dass dieser gerichtlichen Entscheidung eine gewisse Bindungswirkung auch für das Individualrechtsverhältnis zwischen dem Arbeitgeber und dem betroffenen Arbeitnehmer zukommt.⁹⁴ Wird die Zustimmung zu einer vom Arbeitgeber begehrten Umgruppierung in einem Beschlussverfahren nicht ersetzt, weil eine andere als die dem Arbeitnehmer angebotene Vergütungsgruppe zutreffend ist, ist eine Änderungskündigung nach Ansicht des Bundesarbeitsgerichts und verbreiteter Auffassung im Schrifttum nicht sozial gerechtfertigt.⁹⁵

VII. Zusammenfassung

- 39 Die vorstehenden Ausführungen zeigen, dass die Änderungskündigung ein wenig geeignetes Mittel ist, um die arbeitsvertraglich vereinbarte Vergütung nachträglich einseitig zu reduzieren. Denkbar ist dies nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zwar in den Fällen, in denen mithilfe einer Änderungskündigung auch die Hauptleistungspflicht des Arbeitnehmers verändert werden soll. Jedoch kann eine Änderungskündigung auch hier nicht als strategisches

91 BAG 3.11.1977, 2 AZR 277/76, AP BPersVG § 75 Nr. 1; MüKoBGB-Hergenröder, § 2 KSchG Rn. 94.

92 BAG 30.9.1993, 2 AZR 283/93, NZA 1994, 615; BAG 12.8.2010, 2 AZR 945/08, NZA 2011, 460; KR-Rost/Kreft, § 2 KSchG Rn. 136 ff.

93 APS-Künzl, § 2 KSchG Rn. 163; KR-Rost/Kreft, § 2 KSchG Rn. 137; zu den Folgen einer dauerhaften Unmöglichkeit der Realisierung der Änderungskündigung wegen rechtskräftiger Abweisung eines Antrags auf Zustimmungsersetzung vgl. KR-Rost/Kreft, § 2 KSchG Rn. 141b.

94 KR-Rost/Kreft, § 2 KSchG Rn. 142a.

95 BAG 28.8.2008, 2 AZR 967/06, NZA 2009, 505; APS-Künzl, § 2 KSchG Rn. 160; BDDH-Nübold, § 2 KSchG Rn. 163; Berkowsky, NZA 2010, 250, 252.

Mittel des Arbeitgebers zur Senkung der Personalkosten eingesetzt werden, weil es ihm jedenfalls nach ganz herrschender Meinung verwehrt ist, hierdurch sein Vergütungsniveau abzusenken.⁹⁶ Zielt die Änderungskündigung darauf ab, dass bei unveränderter Hauptleistungspflicht des Arbeitnehmers lediglich dessen Vergütung reduziert wird, sprechen m.E. gute Gründe dafür, eine Änderungskündigung, die der sozialen Rechtfertigung nach dem Kündigungsschutzgesetz bedarf, generell für sozialwidrig zu erachten. Abweichend hiervon hält die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts in diesen Fällen die soziale Rechtfertigung einer Änderungskündigung für grundsätzlich möglich. Sofern es sich dabei jedoch nicht ausnahmsweise um eine – schwer identifizierbare – sog. Nebenabrede handelt, sind die vom Bundesarbeitsgericht geforderten Voraussetzungen für die Rechtmäßigkeit einer solchen Änderungskündigung derart hoch, dass deren soziale Rechtfertigung nur im Ausnahmefall in Betracht kommt. Angesichts dessen ist der nach einer flexiblen Vergütung strebende Arbeitgeber gehalten, bereits bei Begründung eines Arbeitsverhältnisses vorausschauend zu agieren und – soweit rechtlich zulässig – zu versuchen, vergütungswirksame Anpassungsmöglichkeiten im Arbeitsvertrag mit dem Arbeitnehmer zu vereinbaren (s. insbesondere Kap. 20 und 24 bis 26).

⁹⁶ Krois, ZfA 2009, 575, 585.

Kapitel 22

Vergütungsordnungen beim Betriebsübergang

Schrifttum: *Bachner*, Fortgeltung von Gesamt- und Einzelbetriebsvereinbarungen nach Betriebsübergang, NJW 2003, 2861; *Bachner/Gerhardt/Matthießen*, Arbeitsrecht bei der Umstrukturierung von Unternehmen und Betrieben, 5. Aufl. 2018 (BGM); *Bayreuther*, Vorbehaltlose dynamische Bezugnahmeklauseln nach einem Betriebsübergang – Neues vom EuGH, NJW 2017, 2158; *Brune/Schmitz-Scholemann*, Die Fortgeltung einer Gesamtbetriebsvereinbarung als Einzelbetriebsvereinbarung nach einem Betriebsübergang – Überlegungen zum Beschluss des Bundesarbeitsgerichts vom 24. Januar 2017, FS Willemssen, 2018, S. 65; *Busch/Gerlach*, Dynamische Verweisung auf Tarifverträge vs. unternehmerische Freiheit nach Betriebsübergang, BB 2017, 2356; *dies.*, Anpassungsmöglichkeiten bei dynamischer Verweisung auf Tarifvertrag, BB 2018, 1780; *Eylert/Schinz*, Dynamische Bezugnahmeklauseln beim Betriebsübergang im Spannungsfeld zwischen nationalen und europäischen Regelungen, RdA 2017, 140; *Gaul/Naumann*, Rechtsfolgen eines Betriebsübergangs für unternehmens- und konzernspezifische Sonderleistungen, NZA 2011, 121; *Gräf*, Tarifpluralität und Tarifeinheit nach Betriebs(teil)übergang, NZA 2016, 327; *Hartmann*, Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu dynamischen Bezugnahmeklauseln im Betriebsübergang, EuZA 2015, 203; *Henssler*, Unternehmensumstrukturierung durch Tarifrecht, FS Schaub, 1998, S. 311; *Hohenstatt*, Nach „Asklepios“: Sechs Thesen zum Schicksal von Bezugnahmeklauseln beim Betriebsübergang, FS Willemssen, 2018, S. 187; *Hromadka/Maschmann/Wallner*, Der Tarifwechsel, 1999; *Jacobs*, Gesamtbetriebsvereinbarung und Betriebsübergang, FS Konzen, 2006, S. 345; *Jacobs/Frieling*, Keine dynamische Weitergeltung von kleinen dynamischen Bezugnahmeklauseln nach Betriebsübergängen, EuZW 2013, 737; *Klein*, Das Schicksal dynamischer Bezugnahmeklauseln bei Betriebsübergang – Korrekturmöglichkeit durch EuGH, NZA 2016, 410; *Kreft*, Normative Fortgeltung von Betriebsvereinbarungen nach einem Betriebsübergang, FS Wißmann, 2005, S. 347; *R. Lange*, Die Fortgeltung von Betriebsvereinbarungen bei Umstrukturierung, NZA 2017, 288; *Latzel*, Unternehmerische Freiheit als Grenze des Arbeitnehmerschutzes – vom Ende dynamischer Bezugnahmen nach Betriebsübergang, RdA 2014, 110; *C. Meyer*, Kollektiv- und individualrechtliche Überleitungsverträge bei Betriebsübergang, DB 2009, 1350; *ders.*, Normative Fortgeltung einer Gesamtbetriebsvereinbarung bei Betriebsübergang, NZA 2016, 749; *Mücker/Fuhrott/Niklas/Otto/Schwab*, Arbeitsrecht in der Umstrukturierung, 4. Aufl. 2016 (MFNOS); *Müller-Bonanni/Mehrens*, Ablösung der tariflichen Vergütungsordnung nach Betriebsübergang auf einen nicht tarifgebundenen Erwerber, NZA 2012, 1194; *Mues*, Bestandsschutz und Änderbarkeit von Betriebsvereinbarungen nach Betriebsübergang und Betriebsteilübergang, DB 2003, 1273; *Naber/Krois*, EuGH zum Schicksal von Bezugnahmeklauseln bei Betriebsübergang – Anpassungsbedarf im deutschen Recht?, ZESAR 2014, 121; *Neufeld/Flockenhans*, Ablösung individualrechtlicher Zusagen betrieblicher Altersversorgung im Lichte der neuen Rechtsprechung, BB 2016, 2357; *Preis/Richter*, Grenzen der normativen Fortgeltung von Betriebsvereinbarungen beim Betriebsübergang, ZIP 2004, 925; *Reichold*, Entgeltanspruch aufgrund Vergütungsordnung trotz fehlender Nachwirkung, RdA 2011, 311; *Rieble*, Betriebsverfassungsrechtliche Folgen der Betriebs- und Unternehmensumstrukturierung, NZA 2003, Beilage zu Heft 16, 62; *Rieble/Gutzeit*, Betriebsvereinbarungen nach Unternehmensumstrukturierung, NZA 2003, 233; *Sagan*, Die kollektive Fortgeltung von Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen nach § 613a Abs. 1 Sätze 2–4 BGB, RdA

Kap. 22 Vergütungsordnungen beim Betriebsübergang

2011, 163; *ders.*, Das Verschlechterungsverbot bei der Ablösung von Kollektivverträgen nach einem Betriebsübergang, EuZA 2012, 247; *ders.*, Die Vorlage des BAG in Asklepios: Eine späte Antwort auf Werhof und Alemo-Herron, ZESAR 2016, 116; *Salamon*, Die Fortgeltung von Gesamtbetriebsvereinbarungen beim Betriebsübergang, RdA 2007, 103; *ders.*, Die kollektivrechtliche Geltung von Betriebsvereinbarungen beim Betriebsübergang unter Berücksichtigung der neueren BAG-Rechtsprechung, RdA 2007, 153; *ders.*, Die Konzernbetriebsvereinbarung beim Betriebsübergang, NZA 2009, 471; *ders.*, § 87 BetrVG als Geltungsgrund tariflicher Vergütungsordnungen für Außenseiter?, NZA 2012, 899; *Sieg/Maschmann*, Unternehmensumstrukturierung aus arbeitsrechtlicher Sicht, 2. Aufl. 2010; *Sittard/Flockenhaus*, „Scattolon“ und die Folgen für die Ablösung von Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen nach einem Betriebsübergang, NZA 2013, 652; *Steffan*, Neues vom EuGH zum Betriebsübergang: Was folgt aus „Scattolon“?, NZA 2012, 473; *Thüsing*, Folgen einer Umstrukturierung für Betriebsrat und Betriebsvereinbarung, DB 2004, 2474; *Ubber/Massig*, Die Betriebsvereinbarungsoffenheit Allgemeiner Geschäftsbedingungen – ein Ausweg aus der „Ewigkeitsbindung“ durch Bezugnahmeklauseln?, BB 2017, 2230; *Völksen*, Beendigung fortgeltender freiwilliger Betriebsvereinbarungen nach einem Betriebsübergang, NZA 2013, 1182; *Wahlig/Brune*, Entdynamisierung von Bezugnahmeklauseln nach Betriebsübergang, NZA 2018, 221; *Willemsen*, Aktuelle Rechtsprechung des EuGH zum Arbeits- und Sozialrecht, RdA 2012, 291; *Willemsen/Grau*, Zurück in die Zukunft – Das europäische Aus für dynamische Bezugnahmen nach Betriebsübergang?, NJW 2014, 12; *Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt*, Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, 5. Aufl. 2016; *E. Willemsen*, Bezugnahmeklauseln bei Betriebsübergang – neue Signale aus Luxemburg?, FS Willemsen, 2018, S. 619; *Winter*, Betriebsübergang und Tarifvertragsersetzung – was ergibt sich aus dem Urteil Scattolon?, RdA 2013, 36; *Wißmann/Niklas*, Asklepios – Der Vorhang zu und neue Fragen offen, NZA 2017, 697; *Witschen*, Ablösung von Kollektivverträgen nach einem Betriebsübergang – Die Befristung des Verschlechterungsverbots, EuZA 2017, 534

Übersicht

Rn.	Rn.
I. Einführung	1
1. Begriff des Betriebsübergangs (= Betriebsinhaberwechsels) . .	1
2. Übergang des Arbeitsverhältnisses nach § 613a BGB	2
3. Fortwirkung bisheriger Vergütungsordnungen	3
4. Änderung von Vergütungsordnungen	4
II. Fortwirkung arbeitsvertraglicher Vergütungspflichten	5
1. Eintritt des Erwerbers in die arbeitsvertraglichen Pflichten des Veräußerers	5
a) Grundsatz	5
b) Folgen für die Vergütungspflicht	6
c) Gewährung sonstiger Leistungen	11
2. Änderung der fortwirkenden Vergütungspflichten	13
a) Änderung durch den Veräußerer	13
b) Änderung durch den Erwerber	15
c) Anspruch auf Gleichbehandlung?	16
3. Rechtsstellung des bisherigen Arbeitgebers	17

III. Fortwirkung tarifvertraglicher Vergütungsordnungen	18	c) Bezugnahmeklausel beim Betriebsübergang	47
1. Überblick	20	d) Änderung einer Bezugnahmeklausel nach dem Betriebsübergang	51
2. Normative Fortwirkung	21	IV. Fortwirkung betrieblicher Vergütungsordnungen	56
a) Bedeutung	21	1. Überblick	56
b) Verbandstarifvertrag	22	2. Fortwirkung von (Einzel-) Betriebsvereinbarungen	57
c) Firmentarifvertrag	23	a) Normative Fortwirkung	57
3. Überführung von Tarifnormen in das Arbeitsverhältnis	26	b) Transformation nach § 613a Abs. 1 S. 2 BGB.	61
a) Grundsätze des § 613a Abs. 1 S. 2 BGB.	26	3. Fortwirkung von Gesamtbetriebsvereinbarungen	62
b) Änderung der überführten Tarifnormen	32	a) Normative Fortwirkung	62
4. Kraft Bezugnahmeklausel geltende Tarifnormen	41	b) Transformation nach § 613a Abs. 1 S. 2 BGB.	67
a) Funktion und Wirkung	41		
b) Statische und dynamische Bezugnahme	44		

I. Einführung

1. Begriff des Betriebsübergangs (= Betriebsinhaberwechsels)

In einer dynamischen Wirtschaft wechseln jedes Jahr tausende Betriebe ihren Inhaber. Inhaberwechsel meint dabei etwas anderes als Gesellschafterwechsel. Scheidet bei einer Personengesellschaft (z. B. OHG, KG), die einen Betrieb führt, einer der Gesellschafter aus und tritt ein neuer ein, ändert sich der Betriebsinhaber nicht; der Arbeitgeber (OHG, KG) bleibt derselbe.¹ Entsprechendes gilt, wenn die Anteile („shares“) an einer juristischen Person als Rechtsträger eines Betriebs übertragen werden, wie etwa die Aktien einer AG oder die Gesellschaftsanteile an einer GmbH. Auch hier bleibt der Rechtsträger und damit der Betriebsinhaber und der Arbeitgeber derselbe, nur der hinter dem Arbeitgeber stehende Anteilsinhaber wechselt.² Das unterscheidet den „**share deal**“ von einem „**asset deal**“. Bei ihm werden nicht die Anteile an einem Rechtsträger übertragen, sondern materielle und immaterielle Vermögensgegenstände („assets“), wie Grundstücke, Gebäude, Maschinen, Patente und Lizenzen, die erst in ihrer organisatorischen Verbindung einen Betrieb (z. B. Fabrik, Kaufhaus, Gaststätte) oder einen Betriebsteil (z. B. Forschungslabor, Kantine, Auslieferungslager) ausmachen. Führt der Erwerber mit den übernommenen Vermögensgegenständen den Betrieb oder Betriebsteil fort, kommt es zu einem Betriebsinhaberwechsel.³

1 BAG 14.8.2007, 8 AZR 803/06, NZA 2007, 1428.

2 BAG 23.3.2017, 8 AZR 91/15; AP BGB § 613a Nr. 468; BAG 27.4.2017, 8 AZR 859/15, AP BGB § 613a Nr. 469.

3 BAG 13.10.2011, 8 AZR 455/10, NZA 2012, 504; BAG 25.1.2018, 8 AZR 309/16, NZA 2018, 933.

2. Übergang des Arbeitsverhältnisses nach § 613a BGB

- 2 § 613a BGB regelt, was dann mit den im Betrieb bestehenden Arbeitsverhältnissen geschieht: Sie gehen auf den neuen Inhaber über. Der **Betriebsinhaberwechsel** führt folglich zu einem **Arbeitgeberwechsel**. Dieser wird nach dem Vorbild des § 566 BGB („Kauf bricht nicht Miete“) kraft Gesetzes angeordnet. § 613a BGB schützt dabei nicht nur den Bestand, sondern auch den Inhalt des Arbeitsverhältnisses. Dieses soll unverändert fortbestehen, wenn zwar der Inhaber des Betriebs oder Betriebsteils wechselt, aber der Arbeitsplatz, d. h. die konkrete Arbeitsaufgabe innerhalb der vom bisherigen Inhaber geschaffenen und vom neuen Inhaber übernommenen Arbeitsorganisation, erhalten bleibt.⁴ Macht sich der **Erwerber** die vorgefundene und noch funktionsfähige Organisation des alten Inhabers zur Verfolgung eigener Zwecke zunutze, so **tritt er** von Gesetzes wegen **in die Rechte und Pflichten aus den Arbeitsverhältnissen ein**, die zu dieser Organisation gehören.⁵

3. Fortwirkung bisheriger Vergütungsordnungen

- 3 Für die Art und Weise, wie eine beim Veräußerer bestehende Vergütungsordnung nach einem Betriebsübergang beim Erwerber fortwirkt, kommt es auf ihren **Geltungsgrund** an. An Vergütungsordnungen, die auf dem **Arbeitsvertrag** beruhen, ist der Erwerber gebunden, weil er wegen § 613a Abs. 1 S. 1 BGB als neuer Arbeitgeber in die Pflichten des im Zeitpunkt des Betriebsübergangs bestehenden Arbeitsvertrags eintritt (s. Rn. 5 ff.). Für die Fortwirkung **tariflicher Vergütungsordnungen** ist maßgeblich, ob diese beim Veräußerer bisher normativ galten und der Erwerber nach dem Betriebsübergang ebenfalls tarifgebunden ist (s. Rn. 21 ff.), oder ob die Tarifnormen durch eine **Verweisungsklausel** im Arbeitsvertrag in Bezug genommen wurden (s. Rn. 41 ff.). Ist der Erwerber an keinen oder an einen anderen Tarifvertrag als der Veräußerer gebunden, sorgt § 613a Abs. 1 S. 2 BGB als Auffangnorm dafür, dass beim Veräußerer normativ geltende Vergütungsordnungen zunächst erhalten bleiben (s. Rn. 26 ff.). **Betriebsvereinbarung** wirken normativ fort, wenn der Betrieb bei der rechtsgeschäftlichen Übernahme oder dem gesetzlichen Übergang seine Identität bewahrt (s. Rn. 56 ff.). Ist das nicht der Fall, kommt es zur Fortgeltung nach § 613a Abs. 1 S. 2 BGB (s. Rn. 61). Die Fortwirkung von Einzel- und Gesamtbetriebsvereinbarungen kann Probleme bereiten, wenn diese mit beim Erwerber geltenden Kollektivvereinbarungen kollidieren (s. Rn. 69 ff.).

4 BAG 10.11.2011, 8 AZR 546/10, NZA 2012, 509.

5 St. Rspr., vgl. BAG 21.6.2012, 8 AZR 181/11, NZA-RR 2013, 6.

4. Änderung von Vergütungsordnungen

Unterscheidet sich die Vergütungsordnung eines übernommenen von dem eines vorhandenen Betriebs, steht der Erwerber vor der schwierigen Entscheidung, alles beim Alten zu belassen oder die Bedingungen aneinander anzupassen. Das **personalwirtschaftliche Kalkül wird meist auf Anpassung** gerichtet sein. Die Erfahrung lehrt, dass einheitliche Belegschaften nicht auf Dauer ungleich behandelt werden können. Trotz aller technischen Möglichkeiten, die die moderne EDV mittlerweile bietet, lassen sich **gespaltene Belegschaften** nur mit großem personellen und organisatorischen Aufwand betreuen, der sich allenfalls bei erheblichen Unterschieden im Vergütungsniveau rechnet. Hinzukommt eine zumindest latente **Störung des Betriebsfriedens**. Zu sehr hängen die Arbeitnehmer dem Gedanken an, dass innerhalb derselben Belegschaft, in der „jeder jeden kennt“, für gleiche, zumindest für vergleichbare Arbeit auch das gleiche Entgelt zu zahlen ist. Freilich heißt das nicht, dass nicht auch Ausnahmen von der Anpassungsregel und damit Gründe für „gespaltene Belegschaften“ bestehen könnten. Manchmal liegen sie schlicht in der Schwierigkeit, die verschiedenen Arbeitsbedingungen nach einer Zusammenlegung aneinander anzupassen. Scheitern die Bemühungen, bleibt es bei der durch § 613a Abs. 1 BGB bewirkten Wahrung des Besitzstandes. Damit verbindet sich die richtige Erkenntnis, dass Besitzstandswahrung als solche bereits einen Grund für die Ungleichbehandlung liefert.⁶ Schlichtes „Nichtstun“ führt also gerade nicht zu einem Anspruch auf Anpassung.⁷

II. Fortwirkung arbeitsvertraglicher Vergütungspflichten**1. Eintritt des Erwerbers in die arbeitsvertraglichen Pflichten des Veräußerers***a) Grundsatz*

Liegen die Voraussetzungen des § 613a BGB vor, kommt es zu einem kraft Gesetzes angeordneten **Vertragspartnerwechsel** auf Arbeitgeberseite,⁸ wenn der Arbeitnehmer dem nicht nach § 613a Abs. 6 BGB widerspricht. Einer **Zustimmung** zu diesem Gläubigerwechsel **bedarf es nicht**. Der Erwerber tritt als neuer Arbeitgeber in die Rechte und die Pflichten des im Zeitpunkt des Betriebsübergangs bestehenden Arbeitsvertrags ein (§ 613a Abs. 1 Satz 1 BGB). Der Veräußerer scheidet aus dem Arbeitsverhältnis aus, bleibt aber nach Maßgabe des § 613a Abs. 2 BGB Haftungsschuldner (s. Rn. 17).

⁶ So zutreffend BAG 29. 8. 2001, 4 AZR 352/00, NZA 2002, 863.

⁷ BAG 31.8.2005, 5 AZR 517/04, NZA 2006, 265.

⁸ ErfK-Preis, § 613a BGB Rn. 66.

Kap. 22 Vergütungsordnungen beim Betriebsübergang

b) Folgen für die Vergütungspflicht

- 6 Der Erwerber tritt so in die **Haupt- und Nebenpflichten ein**, wie sie **vor dem Betriebsübergang bestanden**. Das betrifft vor allem die Erfüllung von Ansprüchen auf Löhne und Gehälter, soweit sie auf arbeitsvertraglicher Grundlage beruhen, Lohnersatzleistungen (Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall usw.), Nebenleistungen (Gratifikationen, Sonderzuwendungen usw.) und rückständigen Lohn.⁹ Hat der Arbeitnehmer seine Leistung vor dem Betriebsübergang erbracht, für die die Vergütung erst nach dem Betriebsübergang fällig wird, muss sie der Erwerber erfüllen. Dabei ist jedoch die Mithaftung des Veräußerers nach § 613a Abs. 2 BGB zu beachten (s. Rn. 17).
- 7 Der vollständige Eintritt des Erwerbers in die Rechte und Pflichten des Veräußerers bedeutet nicht nur eine Nachfolge in die rechtlichen Beziehungen. Der **Erwerber muss sich auch** Gegebenheiten zurechnen lassen, die als Tatbestandsmerkmale für spätere Rechtsfolgen von Bedeutung sind. Der Arbeitnehmer soll einen Anspruch oder ein Recht nicht deshalb verlieren, weil der Betrieb übergeht, obwohl der Arbeitnehmer beim Veräußerer zuvor alle Voraussetzungen für die Entstehung des Anspruchs oder des Rechts geschaffen hatte.¹⁰ Bei Rechten, zu deren Verwirklichung es auf die Dauer der Betriebszugehörigkeit ankommt, muss der Erwerber **Zeiten vor dem Betriebsübergang berücksichtigen**.¹¹ Das gilt vor allem für die Gewährung zusätzlicher sozialer Leistungen des Arbeitgebers, die von der **Dauer der Betriebszugehörigkeit** abhängen, wie etwa Gratifikationen, Treueprämien oder Jubiläumsgelder.¹² Hat der Veräußerer kein Jubiläumsgeld zugesagt, ist der Erwerber nicht verpflichtet, die vor dem Betriebsübergang zurückgelegte Beschäftigungszeit auf die Dienstzeit anzurechnen, die für das von ihm gewährte Jubiläumsgeld erforderlich ist. Aus § 613a BGB ergibt sich nicht, dass durch den Betriebsübergang neue Ansprüche der übernommenen Arbeitnehmer begründet werden.¹³
- 8 Zuweilen wird versucht, die „**Betriebskontinuität**“ der übernommenen Arbeitnehmer zu **unterbrechen**. Mit den Betroffenen werden dazu **Aufhebungsverträge** geschlossen, wobei ihnen **zugleich neue Arbeitsverträge** mit dem Betriebserwerber angeboten oder verbindlich in Aussicht gestellt werden. Das BAG hat dieser Praxis eine Absage erteilt.¹⁴ Solange Aufhebungsverträge nicht auf das endgültige Ausscheiden des Arbeitnehmers aus dem Betrieb gerichtet

9 BAG 18.8.1976, 5 AZR 95/75, AP Nr. 4 zu § 613a BGB.

10 BAG 21.3.1991, 2 AZR 577/90, NZA 1991, 726.

11 EuGH 14.9.2000, C-343/98, NZA 2000, 1279; EuGH 6.9.2011, C-108/10, NZA 2011, 1077; EuGH 6.4.2017, C-336/15, NZA 2017, 585.

12 MünchKomm/Müller-Glöge, § 613a BGB Rn. 97.

13 BAG 26.9.2007, 10 AZR 657/06, NZA 2007, 1426.

14 BAG 10.12.1998, 8 AZR 324/97, NZA 1999, 422.

sind, sind sie unwirksam, wenn sie lediglich die Kontinuität des Arbeitsverhältnisses beseitigen sollen, der Arbeitsplatz aber erhalten bleibt.¹⁵

Ein vom Veräußerer gesetzter Tatbestand, der zur **Entstehung einer betrieblichen Übung** führen kann, wird dem Erwerber zugerechnet. Das gilt sogar dann, wenn er diesen nicht kennt. Er kann die Entstehung einer betrieblichen Übung aber unter denselben Voraussetzungen verhindern wie der Veräußerer.¹⁶ Vergütungsansprüche aus betrieblicher Übung stehen **nicht** unter dem **stillschweigenden Vorbehalt einer ablösenden Betriebsvereinbarung**.¹⁷ Anderes nimmt die Rechtsprechung für betriebliche Einheitsregelungen an, die in Abstimmung mit der zuständigen Arbeitnehmervertretung zustande gekommen oder geändert worden sind. Hier könne der Arbeitnehmer erkennen, dass die Leistung einer kollektivrechtlichen, möglicherweise auch verschlechternden Änderung zugänglich sein soll.¹⁸

Ausschlussfristen zur Geltendmachung von Vergütungsansprüchen **laufen nach dem Betriebsübergang grundsätzlich so weiter**, als ob das Arbeitsverhältnis zur selben Partei fortbestünde.¹⁹ Ist eine Ausschlussfrist gegenüber dem Veräußerer gewahrt, wirkt dies auch gegenüber dem Erwerber.²⁰ Bei einer **zweistufigen Ausschlussfrist** muss eine Klage gegen den Erwerber gerichtet werden, wenn der Übergang während des Laufs der zweiten Stufe erfolgt.²¹ Auf den Ablauf einer Ausschlussfrist kann sich der Erwerber dann nicht berufen, wenn weder er noch der Veräußerer der Unterrichtungspflicht nach § 613 a Abs. 5 BGB nachgekommen ist und ein innerer Zusammenhang zwischen dieser Versäumnis und der Fristversäumung besteht.²²

c) Gewährung sonstiger Leistungen

Ob der Erwerber Leistungen wie Personaleinkauf, Aktienoptionen, Gestattung der Privatnutzung eines Dienstfahrzeugs, Stellung einer Werkmietwohnung fortzugewähren hat, hängt davon ab, ob sie beim Veräußerer als **Teil des Arbeitsvertrags** vereinbart waren, weil nur diese nach § 613a Abs. 1 BGB auf den Erwerber übergehen.²³ Das ist bei **Sachleistungen**, die der Arbeitgeber **als Gegenleistung für die vom Arbeitnehmer erbrachten Dienste gewährt, regelmäßig anzu-**

15 S. ausf. *Sieg/Maschmann*, Umstrukturierung Rn. 244 ff.

16 BAG 18.3.2009, 10 AZR 289/08, NZA 2009, 535.

17 BAG 5.8.2009, 10 AZR 483/08, NZA 2009, 1105.

18 St. Rspr., vgl. nur BAG 17.7.2012, 1 AZR 476/11, DB 2012, 2873.

19 BAG 22.8.2012, 5 AZR 526/11, NZA 2013, 376.

20 BAG 21.3.1991, 2 AZR 577/90, NZA 1991, 726.

21 BAG 21.3.1991, 2 AZR 577/90, NZA 1991, 726.

22 BAG 22.8.2012, 5 AZR 526/11, AP BGB § 613a Nr. 435.

23 AR-Bayreuther, § 613a BGB Rn. 47 ff.; *Gaul/Naumann*, NZA 2011, 121.

nehmen (z. B. Deputate, verbilligte Mittagsverpflegung, Job-Ticket).²⁴ Für nicht kraft Arbeitsvertrags gewährte Ansprüche muss sich der Arbeitnehmer an seinen bisherigen Vertragspartner halten, jedenfalls soweit nichts anderes vereinbart ist. Ansprüche auf unternehmensbezogene Leistungen (Jahreswagen bei den Automobilunternehmen, Freiflüge, Freifahrten) stehen, selbst wenn sie zur arbeitsvertraglich geschuldeten Vergütung zählen, unter dem (stillschweigenden) Vorbehalt, dass sie der Arbeitgeber selbst erbringt.²⁵ **Bei der Überlassung einer Werkswohnung** kommt es darauf an, ob es sich um eine Werksdienstwohnung (§ 576b BGB) oder eine Werksmietwohnung (§§ 576, 576a BGB) handelt. Im ersten Fall gehört das Wohnrecht zum Inhalt des Arbeitsvertrags und ist daher vom Erwerber nach § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB auch nach dem Übergang zu gewähren. Im zweiten Fall ist die Wohnung zwar mit Rücksicht auf das bestehende Arbeitsverhältnis vermietet, jedoch besteht neben diesem ein eigenständiges Mietverhältnis, für das § 613a BGB nicht gilt.²⁶ War der Veräußerer arbeitsvertraglich zur Stellung einer Wohnung verpflichtet, geht diese Verpflichtung auf den Erwerber über.²⁷

- 12 Der Erwerber tritt grundsätzlich auch in die **bestehenden Versorgungsanswartschaften** der übernommenen Arbeitnehmer ein.²⁸ Es wäre mit dem Schutzzweck des § 613a BGB nicht zu vereinbaren, den Erwerber von der Erfüllung von Ansprüchen auf Leistungen aus der betrieblichen Altersversorgung gänzlich freizustellen.²⁹ Das gilt für **Direktzusagen** des Veräußerers, für Zusagen über die **Versorgung aus einer Unterstützungskasse**³⁰ und für eine Versorgung durch eine **Lebensversicherung**.³¹ Das gilt auch und gerade dann, wenn die alte Unterstützungskasse³² oder die Lebensversicherungsgesellschaft³³ nicht zahlen. Der Übergang der Answartschaften kann nicht durch den Übernahmevertrag zwischen dem Veräußerer und dem Erwerber ausgeschlossen werden,³⁴ auch nicht zum Zwecke der Sanierung. Möglich ist aber ein Verzicht der Arbeitnehmer auf diese Rechte.³⁵ Entsprechende Verträge unterliegen jedoch einer gerichtlichen Inhaltskontrolle.³⁶ Soweit die Höhe oder die Unverfallbarkeit von Ansprüchen

24 S. im Einzelnen Kap. 29 und MaSiG-Maschmann, A 16 ff.

25 BAG 7.9.2004, 9 AZR 631/03, NZA 2005, 941; BAG 13.12.2006, 10 AZR 792/05, NZA 2007, 325.

26 ErfK-Preis, § 613a BGB Rn. 77.

27 Staudinger-Annuß, § 613a BGB Rn. 188.

28 BAG 12.5.1992, 3 AZR 247/91, NZA 1992, 1080.

29 BAG 29.10.1985, 3 AZR 485/83, EzA § 613a BGB Nr. 52.

30 BAG 28.1.1989, 3 AZR 29/88, NZA 1989, 681.

31 BAG 8.11.1988, 3 AZR 85/87, NZA 1989, 679.

32 BAG 28.1.1989, 3 AZR 29/88, NZA 1989, 681.

33 BAG 8.11.1988, 3 AZR 85/87, NZA 1989, 679.

34 BAG 14.7.1981, 3 AZR 517/80, EzA § 613a BGB Nr. 31.

35 BAG 12.5.1992, 3 AZR 247/91, NZA 1992, 1080.

36 BAG 12.5.1992, 3 AZR 247/91, NZA 1992, 1080.

von der Dauer der Betriebszugehörigkeit abhängen, sind **Beschäftigungszeiten** beim alten und beim neuen Arbeitgeber **zu addieren**.³⁷ Dagegen gehen bereits entstandene Versorgungsansprüche oder unverfallbare Anwartschaften ausgeschiedener Arbeitnehmer nicht auf den Erwerber über.³⁸

2. Änderung der fortwirkenden Vergütungspflichten

a) Änderung durch den Veräußerer

Änderungsvereinbarungen, die zwischen dem Veräußerer und seinen Arbeitnehmern vor einem Betriebsübergang geschlossen werden, sind **unwirksam**, wenn damit die zwingenden Rechtsfolgen des § 613a Abs. 1 BGB umgangen werden.³⁹ Nach Ansicht der Rechtsprechung bestimme das Gesetz nicht nur, dass der Erwerber „an sich“ neuer Arbeitgeber werde, sondern lege zugleich fest, dass dieser in die Rechte und Pflichten aus den im Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsverhältnissen eintrete. Folglich werde der Inhalt eines Arbeitsverhältnisses genauso geschützt wie sein Bestand. Durch § 613a Abs. 1 BGB solle insbesondere verhindert werden, dass ein Betriebsübergang zum Anlass genommen werde, die erworbenen Besitzstände der Arbeitnehmer abzubauen. Dies sei unzulässig.⁴⁰ Der Betriebsübergang dürfe sich nicht nachteilig auf den Inhalt des Arbeitsverhältnisses auswirken.

Nicht verpönt sind benachteiligende Änderungsverträge, wenn für ihren Abschluss ein **sachlicher Grund** besteht.⁴¹ Welche Umstände eine Benachteiligung rechtfertigen, ist erst ansatzweise geklärt. Insbesondere ist offen, ob der **Erhalt von Arbeitsplätzen** einen tauglichen Sachgrund liefert. Einen solchen hat die Rechtsprechung jedenfalls in der Vergangenheit angenommen.⁴² Seit einiger Zeit steht das BAG solchen als „neutral“ zu bezeichnenden Regelungen eher reserviert gegenüber,⁴³ weil damit das Verschlechterungsverbot leerläuft. Die Literatur erkennt den Erhalt von Arbeitsplätzen als Sachgrund an.⁴⁴ Bei geringfügigen Änderungen sind die Anforderungen geringer.⁴⁵ Auf **Versorgungsanwartschaften** kann nach h. M. nur dann verzichtet werden, wenn auch eine Unterstützungskasse ihre Leistungen widerrufen könnte.⁴⁶

37 BAG 8.2.1984, 3 AZR 229/81, EzA § 613a BGB Nr. 37.

38 Allgem. M. BAG 11.11.1986, 3 AZR 194/85, NZA 1987, 559; BGM/Matthießen, § 7 Rn. 89.

39 BAG 19.3.2009, 8 AZR 722/07, NZA 2009, 1091 m. w. N.; BGM/Gerhardt, § 6 Rn. 207.

40 BAG 21.2.2006, 3 AZR 216/05, NZA 2007, 931.

41 BAG 21.5.2008, 8 AZR 481/07, NZA 2009, 144.

42 BAG 26.1.1977, 5 AZR 302/75, NJW 1977, 1470.

43 Vgl. BAG 20.4.1999, 1 ABR 72/98, NZA 1999, 887.

44 Z. B. ErfK-Preis, § 613a BGB Rn. 83; C. Meyer, DB 2009, 1350, 1352.

45 BAG 17.1.1980, 3 AZR 160/79, NJW 1980, 1124.

46 BAG 29.10.1985, 3 AZR 485/83, AP BetrAVG § 1 Betriebsveräußerung Nr. 4.

Kap. 22 Vergütungsordnungen beim Betriebsübergang

b) Änderung durch den Erwerber

- 15 Nach dem Betriebsübergang kann der Erwerber die einzelvertraglich geregelten Arbeitsbedingungen **so ändern, wie es der Veräußerer vermocht hätte**.⁴⁷ Die **Zeitschranke** des § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB gilt hierfür nicht. Eines sachlichen Grundes bedürfen allerdings auch beim Erwerber Vereinbarungen, mit denen auf rückständigen Lohn verzichtet wird oder die Ansprüche auf betriebliche Altersversorgung verschlechtern.⁴⁸ Änderungskündigungen sind zulässig, wenn und soweit sie das Kündigungsverbot des § 613a Abs. 4 BGB beachten. Eine Verschlechterung individualrechtlich begründeter Arbeitsbedingungen **durch Betriebsvereinbarung** ist grundsätzlich unzulässig, selbst wenn die Arbeitsbedingungen – wie etwa bei Ansprüchen aus einer betrieblichen Übung – einen kollektiven Bezug aufweisen.⁴⁹ Vergütungsansprüche aus betrieblicher Übung stehen auch **nicht** unter dem **stillschweigenden Vorbehalt einer ablösenden Betriebsvereinbarung**.⁵⁰ Zwischen dem (Individual-)Arbeitsvertrag und der Betriebsvereinbarung gilt das Günstigkeitsprinzip und nicht das Ordnungsprinzip.⁵¹ Bei Sozialleistungen mit kollektivem Bezug sind lediglich umstrukturierende Betriebsvereinbarungen zulässig; diese müssen aber dem kollektiven Günstigkeitsprinzip genügen.⁵²

c) Anspruch auf Gleichbehandlung?

- 16 Führt der Erwerber neben dem übernommenen einen bereits bei ihm bestehenden Betrieb fort, ist er **nicht verpflichtet** – auch nicht nach längerer Zeit –, die bei ihm geltenden Arbeitsbedingungen **anzupassen**.⁵³ Der **Gleichbehandlungsgrundsatz** gilt nur dann, wenn der Arbeitgeber **eine eigene Regel aufstellt**.⁵⁴ Erst wenn der Erwerber neue Vergütungsstrukturen schafft, ist er an den Gleichbehandlungsgrundsatz gebunden.⁵⁵ Unterschiedliche Arbeitsvertrags- und Vergütungssysteme bei der bisherigen und der übernommenen Belegschaft rechtfertigen für sich allein noch keine unterschiedliche Gehaltserhöhung, wohl aber die Herstellung einheitlicher Arbeitsbedingungen durch den Ausgleich von Nach-

47 EuGH 6.11.2003, C-4/01, NZA 2003, 1325 – Martin.

48 BAG 18.8.2005, 8 AZR 523/04, NZA 2006, 145.

49 BAG 5.8.2009, 10 AZR 483/08, NZA 2009, 1105.

50 BAG 5.8.2009, 10 AZR 483/08, NZA 2009, 1105.

51 BAG 5.8.2009, 10 AZR 483/08, NZA 2009, 1105.

52 BAG GS 16.9.1986, GS 1/82, AP Nr. 17 zu § 77 BetrVG 1972.

53 BAG 31.8.2005, 5 AZR 517/04, NZA 2006, 265, 266; BAG 19.1.2010, 3 ABR 19/08, NZA-RR 2010, 356.

54 BAG 13.2.2002, 5 AZR 713/00, NZA 2003, 215; BAG 21.3.2002, 6 AZR 144/01, NZA 2002, 1304.

55 BAG 31.8.2005, 5 AZR 517/04, NZA 2006, 265, 266 = AP Nr. 288 zu § 613a BGB m. Anm. Maschmann.

teilen der Stammebelegschaft.⁵⁶ Allerdings muss der Erwerber die Gründe für die Differenzierung offenlegen, sonst kann die benachteiligte Gruppe Gleichbehandlung mit der begünstigten verlangen.⁵⁷

3. Rechtsstellung des bisherigen Arbeitgebers

Mit dem Übergang des Arbeitsverhältnisses auf den Erwerber endet das Arbeitsverhältnis zu dem bisherigen Arbeitgeber; etwaige tarifliche Ausschlussfristen für Ansprüche gegen den Veräußerer beginnen ab diesem Zeitpunkt zu laufen.⁵⁸ Der **Veräußerer haftet** dem Arbeitnehmer neben dem Erwerber als Gesamtschuldner für Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis, soweit sie **vor dem Zeitpunkt des Betriebsübergangs entstanden sind und vor Ablauf von einem Jahr nach diesem Zeitpunkt fällig werden** (§ 613a Abs. 2 S. 1 BGB). Werden Ansprüche erst nach dem Betriebsübergang fällig, so haftet der Veräußerer nur in dem Umfang, der dem im Zeitpunkt des Betriebsübergangs abgelaufenen Teil ihres Bemessungszeitraums entspricht (§ 613a Abs. 2 S. 2 BGB). 17

Beispiel: Im Arbeitsvertrag ist ein 13. Monatsgehalt vereinbart, das im Dezember fällig wird. Der Betrieb geht am 1.5. über. Der Erwerber haftet nach § 613a Abs. 1 S. 1 BGB für das volle 13. Gehalt, der Veräußerer daneben für den in der Zeit vom 1.1. bis 30.4. verdienten Anteil. 18

Wer im **Innenverhältnis** die Schuld zu tragen hat, hängt von den Vereinbarungen im Übernahmevertrag ab. Ist nichts vereinbart, gilt § 426 Abs. 1 S. 1 BGB.⁵⁹ 19

III. Fortwirkung tariflicher Vergütungsordnungen

1. Überblick

Für die Art und Weise der Fortwirkung kommt es darauf an, ob die **tariflichen Arbeitsbedingungen** beim Veräußerer **normativ** gelten, weil der Veräußerer einen Firmentarifvertrag geschlossen hat oder im zuständigen Arbeitgeberverband organisiert ist und er ein Gewerkschaftsmitglied beschäftigt (s. Rn. 22 ff.), oder ob die Tarifnormen durch eine **arbeitsvertragliche Verweisungsklausel in Bezug genommen** wurden (s. Rn. 41 ff.). Je nachdem können die Tarifbedingungen auch beim Erwerber normativ oder individualrechtlich weitergelten. Ist der Erwerber an keinen Tarifvertrag gebunden, sorgt § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB als Auffangnorm dafür, dass beim Veräußerer tariflich geregelte Arbeitsbedingungen zunächst erhalten bleiben (s. Rn. 26). 20

⁵⁶ BAG 14.3.2007, 5 AZR 420/06, NZA 2007, 862.

⁵⁷ BAG 15.7.2009, 5 AZR 486/08, NZA 2009, 1202.

⁵⁸ BAG 10.8.1994, 10 AZR 937/93, AP Nr. 126 zu § 4 TVG Ausschlussfristen.

⁵⁹ BGH 4.7.1985, IX ZR 172/84, AP Nr. 50 zu § 613a BGB.

2. Normative Fortwirkung

a) Bedeutung

- 21** Normative Fortwirkung bedeutet, dass die beim **Veräußerer unmittelbar und (einseitig) zwingend geltenden Tarifverträge** auch beim Erwerber normativ wirken, d. h. nicht eigens zwischen den Arbeitsvertragsparteien vereinbart werden müssen und auch nicht Bestandteil des Arbeitsvertrags werden, sondern **wie Gesetze in ihrer jeweiligen Fassung auf das Arbeitsverhältnis einwirken** (§ 4 Abs. 1 TVG). Normativ wirken Tarifverträge bei einem Betriebsübergang nur dann fort, wenn beide Arbeitsvertragsparteien auch nach dem Inhaberwechsel im Sinne des § 3 TVG an denselben Tarifvertrag gebunden sind.⁶⁰ Dabei macht es einen Unterschied, ob der Veräußerer an einen Verbands- oder an einen Firmentarifvertrag gebunden war und ob der Betrieb im Wege der Einzel- oder der Gesamtrechtsnachfolge übertragen wird.

b) Verbandstarifvertrag

- 22** An einen Verbandstarifvertrag ist gebunden, wer **Mitglied** im tarifschließenden Arbeitgeberverband ist. Da die **Verbandsmitgliedschaft höchstpersönlicher Natur** ist, geht diese bei einem Betriebsübergang grundsätzlich nicht auf den Erwerber über. Das ergibt sich bereits aus § 38 BGB.⁶¹ Soll der Verbandstarifvertrag normativ fortwirken, muss der Erwerber deshalb dem Arbeitgeberverband angehören oder beitreten. Unterlässt er dies, endet die normative Wirkung. Ein anderes Ergebnis wäre nicht mit der **negativen Koalitionsfreiheit** des Arbeitgebers zu vereinbaren. Erfolgt der Betriebsübergang im Wege der Gesamtrechtsnachfolge, gelten dieselben Grundsätze wie bei der Einzelrechtsnachfolge. Dabei macht es keinen Unterschied, ob der hinter dem Betrieb stehende Rechtsträger verschmolzen oder gespalten wird. Zu einer normativen Fortwirkung des Verbandstarifvertrags kommt es – außer bei allgemeinverbindlichen Tarifverträgen – nämlich nur, wenn der Rechtsträger des übergegangenen Betriebs Mitglied im tarifschließenden Arbeitgeberverband ist. Die Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband geht jedoch auch bei einem Betriebsübergang im Wege der Gesamtrechtsnachfolge nicht von selbst über.⁶²

c) Firmentarifvertrag

- 23** **Partei** eines Firmentarifvertrags ist nicht der Arbeitgeberverband, sondern ein **einzelner Arbeitgeber**; auch dieser ist nach § 2 TVG tariffähig. Firmentarifverträge können für einzelne, mehrere oder sämtliche Betriebe eines Unternehmens

⁶⁰ Vgl. BAG 10.6.2009, 4 ABR 21/08, NZA 2010, 51.

⁶¹ Löwisch/Rieble, § 3 TVG Rn. 177 und 506.

⁶² BAG 24.6.1998, 4 AZR 208/97, NZA 1998, 1346; Däubler-Lorenz, § 3 TVG Rn. 168 ff.; Wiedemann-Oetker, § 3 TVG Rn. 163 ff.

geschlossen werden und sogar für Betriebsteile. Entscheidend für die **normative Fortwirkung eines Firmentarifvertrags ist die Tarifbindung des Erwerbers**. Sie hängt davon ab, ob der Betrieb oder Betriebsteil im Wege der Einzel- oder der Gesamtrechtsnachfolge übertragen wird.

aa) Einzelrechtsnachfolge

Übernimmt der Erwerber den Betrieb im Wege der Einzelrechtsnachfolge, so tritt dieser nach § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB nur in die auf ihn übergegangenen Arbeitsverhältnisse ein. Da der **Erwerber** bei einer Einzelrechtsnachfolge in keine weiteren Rechtspositionen des Veräußerers eintritt – vor allem **nicht in die Stellung als Tarifvertragspartei**⁶³ –, endet mit dem Betriebsübergang die normative Geltung des Firmentarifvertrags. Bei einer Einzelrechtsnachfolge geht ein **Firmentarifvertrag also nicht ipso iure auf den Erwerber über**.⁶⁴ Normativ wirkt der Firmentarifvertrag nur dann beim Erwerber fort, wenn er diesen **übernimmt**. Hierzu bedarf es eines dreiseitigen Rechtsgeschäfts zwischen Veräußerer, Erwerber und tarifschließender Gewerkschaft.⁶⁵ Wird der Firmentarifvertrag nicht übernommen, wird er nach Maßgabe von § 613a Abs. 1 S. 2–4 BGB in das Arbeitsverhältnis transformiert (s. Rn. 26). Eine Verpflichtung zur Übernahme besteht für den Erwerber grundsätzlich nicht.⁶⁶ 24

bb) Gesamtrechtsnachfolge

Bei einer Gesamtrechtsnachfolge tritt der Erwerber vollständig die Rechtsnachfolge des Veräußerers an. Da die Stellung als Partei eines Firmentarifvertrags – anders als die Mitgliedschaft in einem Arbeitgeberverband – nicht höchstpersönlicher Natur ist, wird der **Erwerber** bei einer Gesamtrechtsnachfolge **automatisch Partei des Firmentarifvertrags**. Im Grundsatz gilt deshalb der Firmentarifvertrag beim Erwerber normativ fort.⁶⁷ Das leuchtet unmittelbar ein, wenn eine juristische Person in eine andere juristische umgewandelt wird, weil sie beim Formwechsel kraft Fiktion ihre Identität bewahrt.⁶⁸ In allen anderen Fällen stellen sich schwierige Fragen. Wegen der Vielzahl der Varianten muss auf das Spezialschrifttum verwiesen werden.⁶⁹ 25

63 BAG 10.6.2009, 4 ABR 21/08, NZA 2010, 51; BAG 26.8.2009, 4 AZR 280/08, NZA 2010, 238.

64 BAG 20.6.2001, 4 AZR 295/00, NZA 2002, 517.

65 BAG 26.8.2009, 4 AZR 280/08, NZA 2010, 238; *Löwisch/Rieble*, § 1 TVG Rn. 476.

66 S. zu einer Ausnahme BAG 11.9.1991 NZA 1992, 321.

67 BAG 24.6.1998, 4 AZR 208/97, NZA 1998, 1346; BAG 4.7.2007, 4 AZR 491/06, NZA 2008, 307; *Hromadka/Maschmann/Wallner*, Tarifwechsel Rn. 237; *Löwisch/Rieble*, § 3 TVG Rn. 154 ff.; *Däubler-Lorenz*, § 3 TVG Rn. 179.

68 *Henssler*, FS Schaub, S. 311, 314.

69 *Sieg/Maschmann*, Umstrukturierung Rn. 273 ff.; *WHSS-Hohenstatt*, E Rn. 101 ff.

3. Überführung von Tarifnormen in das Arbeitsverhältnis

a) Grundsätze des § 613a Abs. 1 S. 2 BGB

- 26 Ist der Erwerber nicht an den beim Veräußerer geltenden Tarifvertrag gebunden, verlieren die bisherigen Tarifnormen ihre Wirkung. Um das zu vermeiden, ordnet § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB an, dass Rechte und Pflichten, die durch Rechtsnormen eines für Arbeitgeber und Arbeitnehmer verbindlichen Tarifvertrags geregelt sind, **zum Inhalt des Arbeitsverhältnisses werden** und vor **Ablauf eines Jahres** nach dem Zeitpunkt des Betriebsübergangs **nicht zum Nachteil des Arbeitnehmers geändert werden dürfen**. Die Tarifnormen werden durch die Transformation nach § 613a Abs. 1 S. 2 BGB nicht zum Inhalt des Arbeitsvertrags, sondern behalten ihren kollektivrechtlichen Charakter bei.⁷⁰ Der Erwerber ist an sie in einer Weise **gebunden**, die der **Nachbindung** des aus einem tarifschließenden Arbeitgeberverband ausgetretenen Arbeitgebers **gemäß § 3 Abs. 3 TVG entspricht**; für diesen endet die Nachbindung auch dann, wenn der Tarifvertrag nach seinem Austritt geändert wird, da er sonst ohne mitgliederschaftliche Legitimation der Normsetzungsmacht der Tarifvertragsparteien unterworfen wäre. Entsprechendes muss beim Übergang des Betriebs auf einen nicht tarifgebundenen Erwerber gelten.⁷¹ Eine Änderung des Tarifvertrags nach einem Betriebsübergang hat also für die auf den Erwerber übergegangenen Arbeitsverhältnisse keine Auswirkungen.⁷² Folglich **partizipieren die Arbeitnehmer auch nicht mehr an späteren Tariflohnerhöhungen**, soweit diese auf neuen Tarifabschlüssen beruhen.⁷³ Ihre Arbeitsbedingungen werden auf den beim Betriebsübergang gültigen Stand „eingefroren“. Ist allerdings in der (statisch) fortwirkenden Norm selbst eine Dynamik angelegt, soll diese auch nach dem Betriebsübergang erhalten bleiben.⁷⁴
- 27 **Beispiele:** Sieht ein Entgelttarif bereits bei seinem Abschluss drei zeitlich gestaffelte Tariflohnerhöhungen vor, ist der Erwerber an sämtliche Steigerungen gebunden, auch wenn sie erst nach dem Betriebsübergang wirksam werden.⁷⁵ Sieht ein Tarifvertrag am Dienst- oder Lebensalter orientierte Lohnsteigerungen vor, nimmt ein Arbeitnehmer auch nach einem Betriebsübergang an einem Aufstieg in den Lebensaltersstufen seiner Vergütungsgruppe teil.⁷⁶

70 BAG 22.4.2009, 4 AZR 100/08, NZA 2010, 41, 46 ff.; krit. *Sieg/Maschmann*, Umstrukturierung Rn. 283.

71 BAG 22.4.2009, 4 AZR 100/08, NZA 2010, 41, LS 1 und Tz. 83.

72 BAG 4.8.1999, 5 AZR 642/98, NZA 2000, 154.

73 BAG 19.9.2007, 4 AZR 711/06, NZA 2008, 241; *Sagan*, RdA 2011, 163.

74 BAG 14.11.2007, 4 AZR 828/06, NZA 2008, 420, 421; BAG 22.4.2009, 4 AZR 100/08, NZA 2010, 41, Rn. 84.

75 BAG 19.9.2007, 4 AZR 711/06, NZA 2008, 241.

76 BAG 14.11.2007, 4 AZR 828/06, NZA 2008, 420, 421.

Ein „**Einfrieren**“ einer in einer Tarifnorm angelegten Dynamik kommt dagegen **28**
in Betracht, wenn der Tarifvertrag die Umsetzung dieser Dynamik von einer weiteren außervertraglichen dynamischen Komponente abhängig macht, sodass es nicht ausschließlich auf den Zeitablauf ankommt.⁷⁷

Beispiel: Ein Flächentarifvertrag in Ostdeutschland sieht eine automatische Anpassung an einen Flächentarifvertrag in Westdeutschland für den Fall vor, dass dieser geändert wird. Hier hängt die Dynamik nicht allein vom Zeitablauf ab, sondern davon, ob die Tarifvertragsparteien in Westdeutschland tatsächlich einen neuen Tarifvertrag vereinbaren.⁷⁸ Erst recht keine Dynamik besteht, wenn ein Tarifvertrag nicht mit seinem Abschluss, sondern später in Kraft tritt. Maßgeblich für die Transformation nach § 613a Abs. 1 S. 2 BGB ist dann allein der Zeitpunkt des Inkrafttretens.⁷⁹ **29**

Waren die Rechte und Pflichten beim Veräußerer in **mehreren Tarifverträgen** **30**
geregelt, so geht der Gesamtbestand der Tarifnormen in das auf den Erwerber übergehende Arbeitsverhältnis ein.⁸⁰ Der Erwerber ist so lange an sie gebunden, wie diese – jeweils – gelten bzw. bis sie geändert werden. Wird etwa der Entgelttarifvertrag geändert, der Manteltarifvertrag jedoch nicht, endet nur die Nachbindung an den Entgelttarifvertrag. Wird beim Veräußerer durch einen (Sanierungs-)Haustarifvertrag vom Verbandstarifvertrag abgewichen, geht auch hier die gesamte „Tariflage“ auf den Erwerber über. Die **Verbandstarifverträge werden durch einen Sanierungstarifvertrag aber nur verdrängt**, nicht abgelöst. Endet der Sanierungstarif ohne Nachwirkung – etwa durch Kündigung –, gelten wieder die bis dahin nur überlagerten Normen des unverändert fortbestehenden Verbandstarifvertrags.⁸¹

§ 613a Abs. 1 S. 2 BGB erfasst **nur die Arbeitsverhältnisse, für die Tarifverträge normativ** gelten.⁸² Das ist der Fall, wenn beide Arbeitsvertragsparteien vor dem Betriebsübergang an einen Haustarifvertrag gebunden oder Mitglieder in Verbänden sind, die einen einschlägigen Tarifvertrag geschlossen haben (§§ 4 Abs. 1, 3 Abs. 1 TVG),⁸³ oder wenn das Arbeitsverhältnis in den Geltungsbereich eines für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrags fällt. Gelten Tarifnormen aufgrund einer **Bezugnahme Klausel** im Arbeitsvertrag, so findet nicht § 613a Abs. 1 S. 2 BGB, sondern § 613a Abs. 1 S. 1 BGB Anwendung (s. Rn. 47 ff.) **31**

77 BAG 17.5.2000, 4 AZR 363/99, NZA 2001, 453; BAG 19.9.2007, 4 AZR 711/06, NZA 2008, 241, 243.

78 BAG 17.5.2000, 4 AZR 363/99, NZA 2001, 453, 456.

79 BAG 16.5.2012, 4 AZR 321/10, NZA 2012, 923.

80 BAG 22.4.2009, 4 AZR 100/08, NZA 2010, 41.

81 BAG 22.4.2009, 4 AZR 100/08, NZA 2010, 41.

82 BAG 19.9.2007, 4 AZR 711/06, NZA 2008, 241, 242.

83 Ein nachträglicher Gewerkschaftsbeitritt genügt nicht, s. BAG 16.5.2012, 4 AZR 320/10, ZInsO 2012, 1895.

b) Änderung der überführten Tarifnormen

- 32 Die Überführung der Tarifnormen in das Arbeitsverhältnis bewirkt lediglich einen zeitweiligen Schutz der alten Tarifbedingungen. Die überführten Tarifnormen können **abgelöst** werden. Das kann kollektivrechtlich nur durch einen neuen **Tarifvertrag** geschehen, **nicht aber durch Betriebsvereinbarung**⁸⁴ (§ 613a Abs. 1 S. 3 BGB), oder **individualrechtlich** durch einen Änderungsvertrag (§ 613a Abs. 1 S. 2, 4 BGB), der unter Umständen durch eine Änderungskündigung herbeigeführt werden kann.

aa) Ablösung durch Tarifvertrag

- 33 Abgelöst werden Arbeitsbedingungen nur dann, wenn der beim Erwerber geltende Tarifvertrag **denselben Regelungsgegenstand betrifft** oder dahin auszulegen ist, dass er die arbeitsvertraglich fortgeltende Tarifvertragsregelung auch ohne eigenständige Regelung dieses Gegenstands ablösen soll. Aus einer Erklärung der Tarifvertragsparteien im neuen Tarifvertrag, wonach zu dem entsprechenden Gegenstand erst in der Zukunft Verhandlungen aufgenommen werden sollen, lässt sich i. d. R. nicht schließen, dass für die Zwischenzeit die Ansprüche entfallen sollen.⁸⁵ Sodann müssen **Erwerber und Arbeitnehmer kongruent an den neuen Tarifvertrag gebunden sein**.⁸⁶ Das entspricht der Rechtslage bei § 4 Abs. 5 TVG und folgt aus der negativen Koalitionsfreiheit des Arbeitnehmers. Die Rechtsprechung wendet § 613a Abs. 1 S. 3 BGB auch dann an, wenn erst **nach dem Betriebsübergang** ein **Tarifvertrag** abgeschlossen wird, an den die Arbeitsvertragsparteien gebunden sind.⁸⁷ Der Arbeitnehmer bedarf des Schutzes durch die alten Tarifnormen nicht mehr, wenn er durch neue beim Erwerber geschützt wird.
- 34 Da die in das Arbeitsverhältnis überführten Tarifnormen nicht Teil des Arbeitsvertrags werden, sondern auch nach einem Betriebsübergang kollektivrechtlich fortwirken, findet das Günstigkeitsprinzip, das zwischen tariflichen und arbeitsvertraglichen Regelungen gilt, keine Anwendung, sondern es gilt die **Zeitkollisionsregel**. Die erst nach dem Betriebsübergang geschlossenen Tarifverträge gelten auch dann, wenn sie für den Arbeitnehmer ungünstiger sind.⁸⁸ Der EuGH⁸⁹ hat diese Rechtsfolge in der Entscheidung **Scattolon** beanstandet. Die

84 BAG 6.11.2007, 1 AZR 862/06, NZA 2008, 542; BAG 13.11.2007, 3 AZR 191/06, NZA 2008, 600.

85 BAG 22.1.2003, 10 AZR 227/02, AP Nr. 242 zu § 613a BGB.

86 BAG 22.1.2003, 10 AZR 227/02, AP Nr. 242 zu § 613a BGB.

87 BAG 16.5.1995, 3 AZR 535/94, AP Nr. 15 zu § 4 TVG Ordnungsprinzip.

88 BAG 11.5.2005, 4 AZR 315/04, NZA 2005, 1362, 1365 m.w.N.; BAG 22.4.2009, 4 AZR 100/08, NZA 2010, 41, 47.

89 EuGH 6.9.2011, C-108/10, NZA 2011, 1077 – Scattolon; Sagan, EuZA 2012, 247; Steffan, NZA 2012, 473; Willemsen, RdA 2012, 291, 301.

Ablösung tariflich geregelter Arbeitsbedingungen durch einen beim Erwerber geltenden Kollektivvertrag dürfe nicht dazu führen, dass dem Arbeitnehmer „insgesamt schlechtere Arbeitsbedingungen“ als vor dem Übergang auferlegt würden.⁹⁰

bb) Keine Ablösung durch Betriebsvereinbarung

Die in den Arbeitsvertrag überführten Tarifnormen können grundsätzlich nicht durch Betriebsvereinbarung abgelöst werden.⁹¹ Der Wortlaut des § 613a Abs. 1 S. 3 BGB legt es laut BAG nahe, dass tarifliche Regelungen nur durch tarifliche Regelungen ablösbar sind; dafür, dass der Gesetzgeber eine „**Überkreuzablösung**“ tariflicher durch betriebliche Regelungen zulassen wollte, gäben die Gesetzesmaterialien nichts her. Zudem widersprächen Verschlechterungen tariflicher Regelungen durch Betriebsvereinbarung dem Schutzzweck der Norm. Art. 3 Richtlinie 2001/23/EG und § 613a Abs. 1 BGB verfolgten ersichtlich das Ziel, die Rechtsstellung der Arbeitnehmer beim Betriebsübergang zu erhalten. Auch systematische Bedenken stünden entgegen.⁹² **35**

Eine Ablösung durch **verschlechternde Betriebsvereinbarung** hält das BAG allenfalls noch **im Bereich der erzwingbaren Mitbestimmung** für zulässig.⁹³ Verschlechterungen durch freiwillige Betriebsvereinbarung seien nicht mehr möglich.⁹⁴ Eine Ablösung komme dabei nur soweit in Betracht, wie das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats reiche. Sie scheide aus, wo eine Betriebsvereinbarung einen nicht der Mitbestimmung unterfallenden Tatbestand regelt. Das gelte auch für nur teilweise der Mitbestimmung unterliegende Regelungsgegenstände.⁹⁵ Hier fehle es an der notwendigen Kongruenz des Umfangs der „erzwingbaren“ Regelungsmacht der Tarifparteien auf der einen und der Betriebspartner auf der anderen Seite. Damit **scheidet eine Ablösung in den wichtigsten Fällen aus**. Bei der **Arbeitszeit** hat der Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht nur bei der Lage und der vorübergehenden Änderung der Dauer, nicht bei der Dauer schlechthin.⁹⁶ Bei der **Vergütung** sind nur die Entlohnungsgrundsätze mitbestimmungspflichtig, nicht die Höhe der Entlohnung.⁹⁷ Bei der **betrieblichen Altersversorgung** entscheidet der Arbeitgeber frei, ob er überhaupt eine **36**

90 Zu möglichen Folgen *Sagan*, EuZA 2012, 247; *Sittard/Flockenhaus*, NZA 2013, 652; *Steffan*, NZA 2012, 473; *Winter*, RdA 2013, 36; *Witschen*, EuZA 2017, 534.

91 BAG 6.11.2007, 1 AZR 862/06, NZA 2008, 542; BAG 13.11.2007, 3 AZR 191/06, NZA 2008, 600; krit. *Müller-Bonani/Mehrens*, NZA 2012, 1194.

92 Zur Kritik *Sieg/Maschmann*, Umstrukturierung Rn. 327.

93 BAG 6.11.2007, 1 AZR 862/06, NZA 2008, 542; BAG 13.11.2007, 3 AZR 191/06, NZA 2008, 600.

94 BAG 22.3.2005, 1 ABR 64/03, NZA 2006, 383, 389.

95 BAG 13.11.2007, 3 AZR 191/06, NZA 2008, 600, 603.

96 BAG 24.1.2006, 1 ABR 6/05, NZA 2006, 862, 868.

97 BAG GS 3.12.1991, GS 2/90, NZA 1992, 749.

Kap. 22 Vergütungsordnungen beim Betriebsübergang

Betriebsrente gewährt, wie viele Mittel er hierfür bereitstellen und welchen Personenkreis er begünstigen will.⁹⁸ Der Betriebsrat hat nur beim Leistungsplan und bei der Heranziehung der Arbeitnehmer zu Beiträgen mitzubestimmen; das genügt nicht für die Ablösung eines tariflichen Betriebsrentensystems durch eine Betriebsvereinbarung aus Anlass eines Betriebsübergangs.⁹⁹

cc) Ablösung durch Änderungsvertrag

- 37 Erst nach **Ablauf einer Jahresfrist**, die mit dem Zeitpunkt des Betriebsübergangs beginnt, können die Arbeitsbedingungen individualrechtlich zulasten des Arbeitnehmers verändert werden. **Vor Ablauf** der Jahresfrist können die Rechte aus dem alten Tarifvertrag in **zwei Fällen geändert werden**: Wenn der alte Tarifvertrag nicht mehr gilt, sei es infolge Zeitablaufs, sei es durch Kündigung (§ 613a Abs. 1 S. 4 Alt. 1 BGB), und wenn der Betrieb nach dem Inhaberwechsel in den Geltungsbereich eines anderen Tarifvertrags fällt, eine beiderseitige Bindung an diesen Tarifvertrag fehlt und seine – vollständige¹⁰⁰ – Anwendung zwischen dem neuen Inhaber und dem Arbeitnehmer vereinbart wird (§ 613a Abs. 1 S. 4 Alt. 2 BGB).
- 38 **Beispiel**: Maschinenbauunternehmen M, das an den einschlägigen Metall-TV gebunden ist, gliedert seinen Vertrieb zu einer selbständigen Vertriebs-GmbH aus, auf die nur noch die Tarifverträge des Groß- und Außenhandels anwendbar sind.
- 39 Die **Änderung der Arbeitsbedingungen** erfolgt nicht von selbst, sondern bedarf stets einer Vereinbarung, die **ausdrücklich oder konkludent** erfolgen kann. Allerdings stellt der bisherige Tarifvertrag nach Ansicht der Rechtsprechung¹⁰¹ eine **Vergütungsordnung** dar, bei deren **Änderung der Betriebsrat** nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG **mitzubestimmen** hat. Da der Erwerber betriebsverfassungsrechtlich an die Stelle des Veräußerers tritt, hat er bis zu einer Einigung mit dem Betriebsrat die im bisherigen Tarifvertrag geregelten Vergütungsgruppen zu beachten und Mitarbeiter entsprechend einzugruppieren.¹⁰² Das Mitbestimmungsrecht erstreckt sich aber nicht auf die Entgelthöhe, sondern nur auf die Bildung von Entgeltgruppen nach abstrakten Kriterien. Soweit der Erwerber diese beachtet, kann er mit nicht tarifgebundenen Arbeitnehmern die Höhe des Entgelts frei vereinbaren;¹⁰³ missachtet er sie, können die betroffenen

98 BAG 26.4.1988, 3 AZR 168/86, NZA 1989, 219.

99 BAG 13.11.2007, 3 AZR 191/06, NZA 2008, 600, 603.

100 BAG 22.4.2009, 4 AZR 100/08, NZA 2010, 41, 47.

101 BAG 8.12.2009, 1 ABR 66/08, NZA 2010, 404.

102 BAG 18.10.2011, 1 ABR 25/10, NZA 2012, 392; vgl. weiter *Salamon*, NZA 2012, 899.

103 BAG 17.5.2011, NZA-RR 2011, 644; BAG 18.10.2011, 1 ABR 25/10, NZA 2012, 392.

Arbeitnehmer eine Vergütung auf der Grundlage der zuletzt mitbestimmten Entlohnungsgrundsätze verlangen.¹⁰⁴

Das **Einverständnis** des Arbeitnehmers zur Änderung der nunmehr nach § 613a Abs. 1 S. 2 BGB arbeitsvertraglich geltenden Tarifnormen darf nach Jahresfrist **auch mit Hilfe einer Änderungskündigung erzwungen werden**. Die Änderungskündigung scheitert auch nicht an § 613a Abs. 4 BGB. § 613a Abs. 4 BGB schützt den Arbeitnehmer nicht vor einer Anpassung an die neue betriebliche Situation. Für die Änderungskündigung gelten die allgemeinen Grundsätze. Ist das KSchG auf das Arbeitsverhältnis anwendbar, so ist zu fragen, ob ein dringender betrieblicher Grund die Änderung bedingt und ob sich der Arbeitgeber darauf beschränkt hat, dem Arbeitnehmer nur solche Änderungen vorzuschlagen, deren Annahme ihm zumutbar sind.¹⁰⁵ Kündigungsgrund kann nur eine Änderung der Tätigkeit sein oder – wenn nur die Gegenleistung geändert werden soll – die Gefährdung des Betriebs und/oder seiner Arbeitsplätze. Einen besonderen Kündigungsgrund zur Durchführung der Änderungen nach § 613a Abs. 1 S. 2–4 BGB gibt es nicht. Das Interesse des Erwerbers, in seinem Betrieb **einheitliche Vertragsbedingungen** zu schaffen, **rechtfertigt für sich allein deshalb noch keine Änderungskündigung**, insbesondere dann nicht, wenn damit eine Entgeltsenkung verbunden ist.¹⁰⁶ Das gilt umso mehr, als die Rechtsprechung den Grundsatz der Tarifeinheit im Betrieb aufgegeben hat.¹⁰⁷ Ebenso wenig genügt die Wahrung des Gleichbehandlungsgrundsatzes,¹⁰⁸ und zwar selbst dann nicht, wenn die Ungleichbehandlung zu einer Störung des Betriebsfriedens führt.¹⁰⁹

4. Kraft Bezugnahmeklausel geltende Tarifnormen

a) Funktion und Wirkung

Der Tarifvertrag gilt gemäß § 4 Abs. 1 TVG nur für die beiderseits tarifgebundenen Arbeitsvertragsparteien. Der im Arbeitgeberverband organisierte Arbeitgeber müsste demnach bei den Arbeitsbedingungen nach der Zugehörigkeit seiner Arbeitnehmer zur tarifschießenden Gewerkschaft differenzieren. Wegen der damit verbundenen Ungleichbehandlung wären Spannungen in der Belegschaft nicht zu verhindern. Mit großer Selbstverständlichkeit erwarten alle, auch die nichtorganisierten, die Anwendung der tariflichen Mindestbedingungen auf ihre

104 BAG 22.6.2010, 1 AZR 853/08, NZA 2010, 1243 m. krit. Anm. Reichold, RdA 2011, 311.

105 BAG 24.4.1997, 2 AZR 352/96, AP Nr. 42 zu § 2 KSchG 1969; vgl. Gräf, NZA 2016, 327.

106 BAG 12.1.2006, 2 AZR 126/05, NZA 2006, 587.

107 BAG 7.7.2010, 4 AZR 549/08, NZA 2010, 1068.

108 BAG 28.4.1982, 7 AZR 1139/79, AP Nr. 3 zu § 2 KSchG 1969.

109 BAG 15.3.1991, 2 AZR 582/90, NZA 1992, 120.

Arbeitsverhältnisse. Bei tarifgebundenen Arbeitgebern ist es deshalb üblich, im Arbeitsvertrag die Anwendung der Tarifbestimmungen auch für die nichtorganisierten Arbeitnehmer zu vereinbaren. Das geschieht durch eine sog. **Bezugnahme- bzw. Verweisungsklausel**. Sie fungiert hier als „Gleichstellungsabrede“,¹¹⁰ die das widerspiegeln soll, was tarifrechtlich gilt.¹¹¹ Sie ersetzt nur die fehlende Mitgliedschaft des Arbeitnehmers in der Gewerkschaft und stellt ihn so, als wäre er tarifgebunden. Da jedoch einem betriebsfremden Bewerber die Tarifgebundenheit des Arbeitgebers zumeist unbekannt ist, geht die neuere Rechtsprechung¹¹² davon aus, dass der Gleichstellungszweck in der Klausel ausdrücklich vereinbart werden muss. Wurde die Tarifgebundenheit des Arbeitgebers an den im Arbeitsvertrag genannten Tarifvertrag nicht in einer für den Arbeitnehmer erkennbaren Weise zur auflösenden Bedingung der Vereinbarung gemacht, liegt eine konstitutive Verweisungsklausel vor, die durch einen Verbandsaustritt des Arbeitgebers oder einen sonstigen Wegfall seiner Tarifgebundenheit nicht berührt wird.¹¹³ Für die Auslegung von arbeitsvertraglichen Bezugnahmeklauseln in **bis zum 31.12.2001** abgeschlossenen Arbeitsverträgen („**Altverträge**“) gilt **aus Gründen des Vertrauensschutzes weiter die Regel**, wonach die Bezugnahme in einem von einem tarifgebundenen Arbeitgeber vorformulierten Arbeitsvertrag auf die für das Arbeitsverhältnis einschlägigen Tarifverträge als **Gleichstellungsabrede** auszulegen ist, also nur die Gleichstellung nicht tarifgebundener mit tarifgebundenen Arbeitnehmern bezweckt.¹¹⁴

- 42 Auch **nicht tarifgebundene Arbeitgeber** können Bezugnahmeklauseln verwenden. Mangels arbeitgeberseitiger Tarifbindung kann die Verweisung aber von vornherein keine Gleichstellung bezwecken.¹¹⁵ Wendet ein nicht verbandlich organisierter Arbeitgeber den für sein Unternehmen oder seinen Betrieb einschlägigen Tarifvertrag an, erspart er sich das Aushandeln der Arbeitsbedingungen mit jedem einzelnen Arbeitnehmer.¹¹⁶ Die Verweisung dient insoweit der **Vereinheitlichung der Arbeitsbedingungen**.¹¹⁷ Häufig gewährt auch der nichtorganisierte Arbeitgeber die **branchenüblichen Bedingungen**. Damit will er aber keinen unabänderlichen Mindeststandard schaffen, sondern seine Bedingungen am sach nächsten Tarifvertrag orientieren, vor allem dann, wenn in seiner Branche üblicherweise nach dem einschlägigen Tarifvertrag entlohnt wird.¹¹⁸

110 So die frühere st. Rspr., vgl. BAG 26.9.2001, 4 AZR 544/00, NZA 2002, 634.

111 *Löwisch/Rieble*, § 3 TVG Rn. 229.

112 BAG 14.12.2005, 4 AZR 536/04, NZA 2006, 607.

113 BAG 18.4.2007, 4 AZR 652/05, NZA 2007, 965; BAG 29.8.2007, 4 AZR 767/06, NZA 2008, 364.

114 BAG 14.12.2005, 4 AZR 536/04, NZA 2006, 607.

115 BAG 25.9.2002, 4 AZR 294/01, NZA 2003, 807.

116 *Löwisch/Rieble*, § 3 TVG Rn. 236; *Däubler-Lorenz*, § 3 TVG Rn. 217.

117 S. dazu BAG 26.9.2001, 4 AZR 544/00, NZA 2002, 634.

118 *Hromadka/Maschmann/Wallner*, Tarifwechsel Rn. 116.

Die Bezugnahme führt dazu, dass der **Inhalt des Tarifvertrags** zum Inhalt des Arbeitsvertrags wird. Er wirkt jetzt **schuldrechtlich**, nicht normativ wie bei beiderseitiger Tarifbindung nach § 4 Abs. 1 TVG.¹¹⁹ Die Verweisung kann schriftlich, mündlich oder konkludent¹²⁰ erfolgen, durch Einzelvereinbarung, Gesamtzusage oder betriebliche Übung. Eine stillschweigende Bezugnahme ist zulässig, weil der Arbeitsvertrag nicht formbedürftig ist. Das Angebot kann darin liegen, dass der Arbeitgeber Tarifbestimmungen anwendet und der Arbeitnehmer das widerspruchslos hinnimmt. Gewährt ein tarifgebundener Arbeitgeber tarifliche Leistungen, sollen im Zweifel alle einschlägigen Tarifbestimmungen gelten, also auch die tariflichen Ausschlussfristen.¹²¹ **43**

b) Statische und dynamische Bezugnahme

Die Verweisung auf den Tarifvertrag kann „statisch“ oder „dynamisch“ erfolgen (s. Kap. 23 Rn. 43 ff.). **Die statische Bezugnahme** führt dazu, dass alle oder ein Teil der Vorschriften eines bestimmten Tarifvertrags auf Dauer zum Bestandteil des Arbeitsvertrags werden. Die in Bezug genommenen Bestimmungen gelten **ohne Rücksicht auf die weitere Entwicklung** des Tarifvertrags, also auch, wenn dieser von den Tarifvertragsparteien aufgehoben oder geändert werden sollte.¹²² Es ist so, als wären sie wörtlich in den Arbeitsvertrag aufgenommen worden. **44**

Bei der **dynamischen Verweisung** sind zwei Gestaltungsformen zu unterscheiden: Wird auf die „Tarifverträge der XY-Industrie in ihrer jeweils geltenden Fassung“ oder auf einzelne Bestimmungen daraus verwiesen, spricht man von einer „kleinen“ oder „zeit“-**dynamischen Verweisungsklausel**. Damit sollen die Regelungen der zeitlich abfolgenden Tarifverträge einer bestimmten Branche angewendet werden.¹²³ Wird Bezug genommen auf die „jeweils für den Arbeitgeber einschlägigen Tarifverträge“, ohne dass diese – insbesondere im Hinblick auf den fachlichen Geltungsbereich – näher konkretisiert werden, so spricht man von einer „großen“ **dynamischen Verweisungsklausel**.¹²⁴ Da mit einer solchen Klausel bei einem Branchenwechsel die jeweils sachnächsten Tarifverträge auf alle Arbeitnehmer des Betriebs angewendet werden sollen, ist auch von einer „**Tarifwechselklausel**“ die Rede.¹²⁵ Muster zur Gestaltung s. Kap. 23 Rn. 50 ff. **45**

119 St. Rspr., vgl. BAG 17.6.2015, 4 AZR 61/14, NZA 2016, 373.

120 BAG 19.1.1999, 1 AZR 606/98, NZA 1999, 879.

121 BAG 19.1.1999, 1 AZR 606/98, NZA 1999, 879.

122 WHSS-Hohenstatt, E Rn. 180; Hromadka/Maschmann/Wallner, Tarifwechsel Rn. 121.

123 BAG 29.8.2007, 4 AZR 767/06, NZA 2008, 364.

124 BAG 29.8.2007, 4 AZR 767/06, NZA 2008, 364 m. w. N.

125 BAG 16.10.2002, 4 AZR 467/01, NZA 2003, 390.

- 46 Die statische Verweisung kommt in der Praxis selten vor. Die Rechtsprechung¹²⁶ nimmt deshalb mit Recht an, dass eine dynamische Verweisung sachnäher ist, weil sie auch künftige Änderungen erfasst und weil sie damit den Interessen der Parteien in der Regel besser gerecht wird, jedenfalls bei Verweisungen auf Entgelttarifverträge.¹²⁷ **Im Zweifel sei daher eine Verweisung auch ohne eine ausdrückliche Regelung als eine (zeit-)dynamische Bezugnahmeklausel auszulegen.**¹²⁸ Wenn die Parteien etwas anderes wollten, müssten sie das zum Ausdruck bringen.¹²⁹ Einer ausdrücklichen „Jeweiligkeitsklausel“ bedürfe es nicht.¹³⁰

c) Bezugnahmeklausel beim Betriebsübergang

- 47 Im Falle eines Betriebsübergangs gehen die im Wege einer arbeitsvertraglichen Bezugnahme begründeten Rechte und Pflichten nach § 613 a Abs. 1 S. 1 BGB **unverändert** auf den Erwerber über.¹³¹ Der individualvertragliche Charakter der in Bezug genommenen Tarifverträge bleibt erhalten. Dass der Tarifvertrag beim Veräußerer zugleich normativ und schuldrechtlich gilt, ändert nichts an den Wirkungen der Bezugnahmeklausel. Eine ggf. nach dem Übergang entstehende Regelkollision ist nach dem Günstigkeitsprinzip zu lösen.¹³² Der Erwerber wird so gestellt, als hätte er die dem Arbeitsverhältnis zugrunde liegenden Willenserklärungen des Veräußerers gegenüber dem Arbeitnehmer selbst abgegeben und damit die Tarifregelungen zum Inhalt des Arbeitsvertrags gemacht.¹³³ Deshalb wirkt eine vom Veräußerer vereinbarte **dynamische Bezugnahmeklausel** auch nach dem Betriebsübergang beim Erwerber dynamisch fort.¹³⁴ Dabei soll es laut BAG nicht darauf ankommen, ob der Erwerber selbst – normativ – tarifgebunden ist und damit durch eine Beteiligung an den Tarifverhandlungen Einfluss auf den künftigen Inhalt der Tarifverträge nehmen kann.¹³⁵ Es gebe keinen Grund, den Erwerber hinsichtlich seiner Bindung an Arbeitsverträge im Vergleich zu anderen Arbeitgebern zu privilegieren. Ihm stehe es frei, den Inhalt der einzelvertraglichen Abreden der von ihm zu übernehmenden Arbeitnehmer – ebenso wie wei-

126 BAG 9.11.2005, 5 AZR 128/05, NZA 2006, 202.

127 Skeptisch aber für solche auf Manteltarifverträge BAG 24.9.2008, 6 AZR 76/07, NZA 2009, 154, 157.

128 St. Rspr., vgl. zuletzt BAG 30.8.2017, 4 AZR 443/15, NZA 2018, 363 Rn. 20 m. w. N.

129 BAG 16.8.1988, 3 AZR 61/87, NZA 1989, 102.

130 BAG 20.4.2012, 9 AZR 504/10, NZA 2012, 982 Rn. 26 m. w. N.

131 BAG 30.8.2017, 4 AZR 443/15, NZA 2018, 363 Rn. 24 ff.

132 BAG 22.4.2009, 4 AZR 100/08, NZA 2010, 41; BAG 15.4.2015, 4 AZR 587/13, NZA 2015, 1274 Rn. 27; BAG 11.7.2018, 4 AZR 533/17, NZA 2018, 1486 Rn. 30.

133 BAG 17.6.2015, 4 AZR 61/14 (A), NZA 2016, 373 Rn. 15.

134 BAG 30.8.2017, 4 AZR 95/14, NZA 2018, 255 Rn. 42 ff.; Bayreuther, NJW 2017, 2158; Eylert/Schinz, RdA 2017, 140.

135 BAG 17.6.2015, 4 AZR 61/14 (A), NZA 2016, 373 Rn. 15.

tere vertragliche Bindungen des Veräußerers, z.B. Leasing-Verträge, Kundenverträge, Lieferantenbedingungen usw. – zu prüfen und bei dem Aushandeln seiner Gegenleistung angemessen zu berücksichtigen.¹³⁶ Würde man anders entscheiden, könnte sich ein konzerngebundener Arbeitgeber allein dadurch von einer Tarifynamik befreien, dass er seinen Betrieb auf ein anderes, nicht tarifgebundenes Konzernunternehmen verlagert.¹³⁷ Der Erwerber werde dadurch auch nicht in seiner negativen Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG) verletzt. Dass er dynamische Bezugnahme dulden müsse, liege allein daran, dass er aufgrund einer privatautonomen Entscheidung durch die Übernahme des Betriebs in die vertraglich begründete Rechtsposition des Veräußerers eingetreten sei.¹³⁸

Der EuGH sah das eine Zeitlang anders. In der **Werhof-Entscheidung**¹³⁹ war er der Ansicht, dass eine Bezugnahme Klausel, die dynamisch auf einen Entgelttarifvertrag verweise, von Art. 3 Abs. 1 der Betriebsübergangs-Richtlinie (BÜRL) 2001/23/EG¹⁴⁰ erfasst werde. Damit gingen die Rechte und Pflichten aus einem Kollektivvertrag, auf den der Arbeitsvertrag verweise, zwar sogar dann auf den Erwerber über, wenn dieser nicht an ihn gebunden sei. Allerdings wolle die Richtlinie den Erwerber nicht an erst nach dem Zeitpunkt des Übergangs geltende Kollektivverträge binden. Ihr Ziel sei lediglich, die am Tag des Übergangs bestehenden Rechte und Pflichten der Arbeitnehmer zu wahren. Zudem dürften die Interessen des Erwerbers nicht unberücksichtigt bleiben. Dieser müsse in der Lage sein, die für die Fortsetzung seiner Tätigkeit erforderlichen Anpassungen vorzunehmen. Dem stehe eine dynamische Fortwirkung des beim Veräußerer geltenden Tarifvertrags entgegen. Obendrein sei der Erwerber in seiner negativen Vereinigungsfreiheit beeinträchtigt. Denn er werde an künftige Tarifverträge gebunden, ohne Mitglied der tarifschließenden Partei zu sein. In der Rechtssache **Alemo-Herron**¹⁴¹ hatte der EuGH seine Ansicht bekräftigt. Auch dort erteilte er der dynamischen Fortgeltung einer Bezugnahme Klausel eine Absage, weil sie notwendige Anpassungen der Arbeitsbedingungen nach einem Betriebsübergang behindere und die nach Art. 16 GRC geschützte unternehmerische Freiheit beeinträchtige. Anderes gelte laut EuGH nur, wenn es dem Erwerber möglich sei, *„im Rahmen eines zum Vertragsabschluss führenden Verfahrens, an dem er beteiligt ist, seine Interessen wirksam geltend zu machen und die Entwicklung der Arbeitsbedingungen seiner Arbeitnehmer bestimmenden Faktoren mit Blick*

136 BAG 30.8.2017, 4 AZR 95/14, NZA 2018, 255 Rn. 58.

137 BAG 17.6.2015, 4 AZR 61/14 (A), NZA 2016, 373 Rn. 49.

138 BAG 30.8.2017, 4 AZR 95/14, NZA 2018, 255 Rn. 60.

139 EuGH 9.3.2006, C-499/04, NZA 2006, 376 Rn. 27 ff.

140 V. 12.3.2001, ABI. L 82 v. 22.3.2001, S. 16.

141 EuGH 18.7.2013, C-426/11, NZA 2013, 835 Rn. 29 ff.; *Hartmann*, EuZA 2015, 203; *Klein*, NZA 2016, 310; *Latzel*, RdA 2014, 110; *Naber/Krois*, ZESAR 2014, 121; *Willemsen*, NJW 2014, 12.

auf seine künftige wirtschaftliche Tätigkeit auszuhandeln“.¹⁴² Daran fehlte es in dem der Entscheidung zugrundeliegenden Fall, weil der Erwerber nicht Mitglied des Arbeitgeberverbandes war, dem der Veräußerer angehörte, und es auch nicht werden konnte.

- 49 Beide Entscheidungen lösten in Deutschland eine **heftige Debatte** aus. Dem EuGH wurde u. a. vorgeworfen, die unterschiedlichen Arten der Fortgeltung von Arbeitsbedingungen in Art. 3 Abs. 1 und Abs. 3 RL 2001/23/EG zu vermengen.¹⁴³ Für Kollektivverträge ordne Art. 3 Abs. 3 eine lediglich statische Fortwirkung an und schütze überdies das Ablösungs- und Vereinheitlichungsinteresse des Erwerbers, da er die Fortgeltung der Kollektivbedingungen unter den Vorbehalt der Ablösung durch die beim Erwerber geltenden Kollektivverträge stelle. Für arbeitsvertragliche Verpflichtungen gelte dagegen Art. 3 Abs. 1, der einen unveränderten Übergang der Vertragsbedingungen auf den Erwerber vorsehe. Eine möglicherweise gegebene Beschränkung der Unternehmerfreiheit sei aus Gründen des Arbeitnehmerschutzes gerechtfertigt und verhältnismäßig.
- 50 Das BAG¹⁴⁴ rief daraufhin in der Rechtssache **Asklepios Kliniken** erneut den EuGH an. Der **EuGH**¹⁴⁵ bestätigte in seiner viel beachteten Entscheidung zwar formal seine bisherige Linie und wiederholte seine in der Rechtssache Alemo-Herron aufgestellte Formel. Im Ergebnis gab er allerdings seine bisherige Ansicht auf und **schloss sich der vom BAG vertretenen dynamischen Fortwirkung der beim Veräußerer geltenden Tarifverträge** an. Eine genauere Begründung für seinen Kurswechsel blieb er jedoch schuldig.¹⁴⁶ Ihm genügten die vom BAG in seiner Vorlageentscheidung aufgezeigten Instrumente zur Beendigung der Tarifyndynamik durch den Erwerber.¹⁴⁷ Über deren tatsächliche Wirksamkeit zu befinden, sei Sache des vorlegenden Gerichts.¹⁴⁸ Im Anschluss an diese EuGH-Entscheidung hat das BAG in einer Reihe von Urteilen¹⁴⁹ zu den von ihm angeführten Änderungsinstrumenten Stellung genommen, allerdings nur abstrakt. Was die **dynamische Fortwirkung** von Bezugnahmen anbelangt, ist deshalb von einer **gefestigten Rechtsprechung** auszugehen. Das Augenmerk richtet sich nun auf die tatsächliche Wirksamkeit der vom BAG ins Spiel ge-

142 EuGH 18.7.2013, C-426/11, NZA 2013, 835 Rn. 33.

143 Eylert/Schinz, RdA 2017, 140, 144 ff., Klein, NZA 2016, 410; Willemsen/Grau, NJW 2014, 12, 14.

144 BAG 17.6.2015, 4 AZR 61/14 (A), NZA 2016, 373.

145 EuGH 27.4.2017, C-680 und 681/15, NZA 2017, 571 Rn. 22.

146 Wißmann/Niklas, NZA 2017, 697.

147 Bayreuther, NJW 2017, 2158; Busch/Gerlach, BB 2017, 2356; Hohenstatt, FS Willemsen, 2018, S. 187; Sagan, ZESAR 2016, 116; Wahlig/Brune, NZA 2018, 221; E. Willemsen, FS Willemsen, 2018, S. 619; Wißmann/Niklas, NZA 2017, 697.

148 EuGH 27.4.2017, C-680 und 681/15, NZA 2017, 571 Rn. 24.

149 BAG 30.8.2018, 4 AZR 95/14, NZA 2018, 255; BAG 30.8.2017, 4 AZR 443/115, NZA 2018, 363; BAG 27.3.2018, 4 AZR 208/17, NZA 2018, 1264.

brachten Änderungsinstrumente. Diskutiert wird, ob für deren Einsatz andere als die üblichen Voraussetzungen gelten, wenn es (nur) um die Beseitigung einer Tarifynamik geht.¹⁵⁰

d) Änderung einer Bezugnahmeklausel nach dem Betriebsübergang

Für eine **Änderung** der Bezugnahmeklausel bedarf es einer **Vereinbarung** zwischen Erwerber und dem kraft Gesetzes auf ihn übergegangenen Arbeitnehmer. § 613a BGB steht dem nicht entgegen. Die Änderung bedarf nach st. Rspr. auch keines rechtfertigenden Grundes,¹⁵¹ selbst dann nicht, wenn sich die Arbeitsbedingungen verschlechtern, etwa weil eine Entdynamisierung der beim Veräußerer geltenden Tarifverträge oder die für den Arbeitnehmer **ungünstigeren** Tarifnormen des Erwerbers vereinbart werden. Soweit § 613a Abs. 1 S. 2 BGB eine **Sperrfrist** von einem Jahr für die – auch einvernehmliche – Verschlechterung der Arbeitsbedingungen vorsieht, **gilt dies ausschließlich für Arbeitsbedingungen**, die vor dem Betriebsübergang zwischen Veräußerer und Arbeitnehmer **normativ** kraft Tarifvertrags oder Betriebsvereinbarung gegolten hatten.¹⁵² Mit den übernommenen Arbeitnehmern kann daher unmittelbar nach dem Betriebsübergang Abweichendes vereinbart werden.¹⁵³

Lehnt der übergegangene Arbeitnehmer die ihm angebotene Vertragsänderung ab, kann sie der Erwerber auch einseitig mittels **Änderungskündigung** herbeiführen.¹⁵⁴ Im Anwendungsbereich des KSchG ist eine solche jedoch nur dann wirksam, wenn sie sozial gerechtfertigt ist.¹⁵⁵ In der hierzu ergangenen Rechtsprechung hat das BAG darauf abgestellt, ob sich der Arbeitgeber auf die für die Fortsetzung der Tätigkeit „**erforderlichen**“ **Anpassungen beschränkt** hat.¹⁵⁶ Für Änderungskündigungen zur Entgeltabsenkung gelten wegen des damit verbundenen Eingriffs in das vertragliche Synallagma von Leistung und Gegenleistung (sehr) **hohe Anforderungen**.¹⁵⁷ Ob anderes gilt, falls sich der Erwerber mit einer **Entdynamisierung** der beim Veräußerer geltenden Bezugnahmeklausel begnügt, die nur den bisherigen Status quo festschreibt, ohne (sofort) das Entgelt abzusenken, hat das BAG auch in seiner neuesten Rechtsprechung offengelassen.

150 *Busch/Gerlach*, BB 2017, 2356, 2360 m. w. N.; *Hohenstatt*, FS Willemsen, S. 187, 192 f.; *Sagan*, ZESAR 2016, 116, 120 f.; *Wahlig/Brune*, NZA 2018, 221, 2226; eher verneinend BAG 17.6.2015, 4 AZR 61/14 (A), NZA 2016, 373 Rn. 49; BAG 30.8.2017, 4 AZR 443/15 NZA 2018, 363 Rn. 41.

151 BAG 30.8.2017, 4 AZR 95/14, NZA 2018, 255 Rn. 48 m. w. N.

152 BAG 30.8.2017, 4 AZR 443/15 NZA 2018, 363 Rn. 31 m. w. N.

153 BAG 7.11.2007, 5 AZR 1007/06, NZA 2008, 530.

154 BAG 30.8.2017, 4 AZR 95/14, NZA 2018, 255 Rn. 50 ff.

155 BAG 30.8.2017, 4 AZR 443/15 NZA 2018, 363 Rn. 38.

156 BAG 10.9.2009, 2 AZR 822/07, NZA 2010, 333.

157 BAG 20.8.1998, 2 AZR 84/98, NZA 1999, 255; BAG 10.9.2009, 2 AZR 822/07, NZA 2010, 333.

sen.¹⁵⁸ Soweit der Erwerber mit der **Änderungskündigung** eine **Angeleichung des Vergütungsniveaus** der auf ihn übergegangenen Arbeitnehmer mit dem seiner eigenen Belegschaft bezweckt,¹⁵⁹ hat die Rechtsprechung dem bislang jedenfalls eine **Absage erteilt**.¹⁶⁰ Ob diese Rechtsprechung für den Fall eines Betriebsübergangs mit den Vorgaben des EuGH vereinbar ist, ist nach wie vor umstritten.¹⁶¹ Das BAG beharrt jedenfalls darauf, dass der Erwerber den rechtlichen Inhalt der vom Veräußerer verwendeten Bezugnahmeklauseln vor dem Betriebsübergang hätte prüfen können. Unterlässt er dies, habe er die für ihn nachteiligen Konsequenzen selbst zu verantworten. Die Änderungskündigung diene laut BAG nicht der nachträglichen Korrektur einer unzureichenden Prüfung. Ließe man eine solche Korrektur ohne die sonst geltenden materiell-rechtlichen Kriterien zu, könnte sich ein Betriebserwerber leichter von ihm für nachteilig gehaltenen Arbeitsbedingungen lösen als ein Arbeitgeber in einem laufenden Arbeitsverhältnis.¹⁶²

- 53 Dem Erwerber bleibt deshalb nur die **sorgfältige Auslegung einer Bezugnahmeklausel**. Wie erwähnt, geht die Rechtsprechung davon aus, dass dynamische Verweisungsklauseln, die beim Veräußerer als sog. **Gleichstellungsabrede** fungieren, den bisherigen Tarifvertrag nach einem Betriebsübergang nicht mehr dynamisch, sondern nur noch in der Fassung zum Zeitpunkt des Betriebsübergangs in Bezug nehmen.¹⁶³ Bezweckt die Bezugnahmeklausel die Gleichstellung der nicht gewerkschaftlich organisierten Mitarbeiter mit den organisierten, kann der bisherige Tarifvertrag bei den nicht organisierten nach dem Betriebsübergang nur statisch weiterwirken, weil auch die organisierten Arbeitnehmer ab diesem Zeitpunkt nicht mehr an der weiteren Tarifentwicklung teilnehmen.¹⁶⁴ Von einer Gleichstellungsabrede geht die Rechtsprechung jedoch nur bei Bezugnahmeklauseln aus, die ein tarifgebundener Arbeitgeber **vor dem Inkrafttreten der Schuldrechtsreform am 1.1.2002** vereinbart hatte.¹⁶⁵ Bei Arbeitsverträgen, die nach diesem Zeitpunkt geschlossen wurden, soll es bei der dynamischen Fortwirkung der bisherigen Tarifverträge bleiben.¹⁶⁶ Wurde jedoch ein vor dem

158 BAG 30.8.2017, 4 AZR 95/14, NZA 2018, 255 Rn. 57; BAG 30.8.2017, 4 AZR 443/15 NZA 2018, 363 Rn. 40.

159 Zum Vereinheitlichungsinteresse *Willemsen/Grau*, NJW 2014, 12, 15.

160 BAG 1.7.1999, 2 AZR 826/98, NZA 1999, 1336.

161 Für eine Vereinbarkeit *Bayreuther*, NJW 2017, 2158, 2159; *Eylert/Schinz*, RdA 2017, 140; *Klein*, NZA 2016, 410; *Wahlig/Brune*, NZA 2018, 221; a. A. *Latzel*, RdA 2014, 110; *Wißmann/Niklas*, NZA 2017, 697, 701; wohl auch *Sagan*, ZESAR 2016, 116, 120.

162 BAG 30.8.2017, 4 AZR 95/14, NZA 2018, 255 Rn. 58.

163 BAG 17.11.2010, 4 AZR 127/09, NZA 2011, 457.

164 BAG 29.8.2001, 4 AZR 332/00, NZA 2002, 513; BAG 20.6.2001, 4 AZR 295/00, NZA 2002, 517.

165 BAG 18.4.2007, 4 AZR 652/05, NZA 2007, 965.

166 BAG 8.7.2015, 4 AZR 51/14, NZA 2015, 1462.