

# 50. Ergänzung

v. Westphalen / Thüsing / Pamp

2024

ISBN 978-3-406-80439-7

C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei  
[beck-shop.de](https://beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

[beck-shop.de](https://beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://beck-shop.de) für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

Leistung, des verbleibenden Verdienstes und der Stellung des Arbeitnehmers im Unternehmen typischerweise rechtfertigen.<sup>1068</sup> Selbst wenn der Widerruf unter Zugrundelegung dieser Grundsätze zulässig ist, überprüft das Gericht in einem zweiten Schritt, ob nicht ein unerlaubter Eingriff in den Kernbereich der Arbeitsvertrages vorliegt (→ Rn. 281). Das BAG betont in diesem Sinne: „Auch wenn der Arbeitgeber im Grundsatz ein anerkennenswertes Interesse daran hat, bestimmte Leistungen, insbesondere „Zusatzleistungen“ flexibel auszugestalten, darf das Wirtschaftsrisiko des Unternehmers nicht auf den Arbeitnehmer verlagert werden.“<sup>1069</sup> Diese doppelte Interessenabwägung ist **abzulehnen**. Sie führt dazu, dass die bisherige Umgehungsrechtsprechung nicht in den Wertungen des AGB-Rechts aufgeht, sondern diese als zusätzliche Prüfungsebene überlagert und ergänzt (→ Rn. 35ff).<sup>1070</sup> Dieser Ansatz ist in sich auch nicht konsequent, nimmt das Bundesarbeitsgericht doch selbst an, dass außerhalb des Kernbereichs der Arbeitgeber die Voraussetzungen eines Widerrufsrechts selbst bis zur Grenze der Willkür frei festlegen kann.<sup>1071</sup> Im Randbereich ist somit keine weitere Zumutbarkeitsprüfung vorzunehmen. **Willkürfreie, sachliche Gründe** reichen für ein Widerrufsrecht im Randbereich aus.<sup>1072</sup> In Betracht kommen etwa „wirtschaftliche Gründe“, „die Leistung des Arbeitnehmers“ oder „das Verhalten des Arbeitnehmers“. Eine weitere Untergliederung des Randbereichs findet nicht statt. Deshalb sind bei im Gegenseitigkeitsverhältnis stehenden Leistungen auch keine Widerrufsgründe zu verlangen, die ebenfalls eine betriebsbedingte Kündigung rechtfertigen würden.<sup>1073</sup> Andernfalls würde man den Unterschied zwischen der Änderungskündigung und dem bereits im Arbeitsvertrag angelegten Widerrufsvorbehalt eibebnen.<sup>1074</sup> Aber auch eine Beschränkung auf „schwerwiegende Gründe“ ist nicht gerechtfertigt.<sup>1075</sup> Denn unbeachtet der damit verbundenen zusätzlichen Abgrenzungsschwierigkeiten<sup>1076</sup> besteht im Randbereich des Arbeitsvertrages kein schützenswertes Vertrauen des Arbeitnehmers in den Fortbestand der Leistung, das einen derart strengen Maßstab rechtfertigen würde.

Die Widerrufsklausel muss ferner „die Angemessenheit und Zumutbarkeit erkennen lassen“.<sup>1077</sup> Die materielle Zulässigkeit des Widerrufs schlägt somit auf das **formelle Erscheinungsbild** der Klausel durch. Die zukünftig möglichen **Widerrufsgründe** müssen deshalb in der Klausel angegeben werden.<sup>1078</sup> Das BAG ist insofern großzügig. Das Gericht lässt es genügen, wenn die Widerrufsgründe „zumindest die Richtung angeben, aus der der Widerruf möglich sein soll“.<sup>1079</sup> In diesem Sinne anzugeben sind etwa wirtschaftliche Gründe, Leistung oder Verhalten des Arbeitnehmers.<sup>1080</sup> Der Grad der Störung muss zumindest dann konkretisiert werden, wenn der Arbeitgeber darauf abstellen *will*. Beispielhaft verweist das Gericht auf die „wirtschaftliche Notlage des Unternehmens“, ein „negatives wirtschaftliches Ergebnis der Betriebsabteilung“, einen „nicht ausreichenden Gewinn“, den „Rückgang bzw. das Nicht-

1068 BAG Urt. v. 24.1.2017 – 1 AZR 774/14, NZA 2017, 777 (778); Urt. v. 12.1.2005 – 5 AZR 364/04, BB 2005, 833 (834).

1069 BAG Urt. v. 24.1.2017 – 1 AZR 774/14, NZA 2017, 777 (778).

1070 Ebenso Bergwitz AuR 2005, 210 (212); für eine Überlagerung jedoch Hanau/Hromadka NZA 2005, 73 (76); Reinecke NZA 2005, 953 (960).

1071 BAG Urt. v. 12.1.2005 – 5 AZR 364/04, BB 2005, 833 (834).

1072 Preis/Preis, Der Arbeitsvertrag, II V 70 Rn. 25; ebenso Kort NZA 2005, 509; Hanau ZIP 2005, 1661 (1664); Hanau/Hromadka NZA 2005, 73 (76, 78); Willemsen/Grau NZA 2005, 1137 (1139); vgl. auch Bergwitz AuR 2005, 210 (215), der ein überwiegendes Arbeitgeberinteresse für den Widerruf verlangt.

1073 Dafür jedoch Preis/Lindemann AuR 2005, 229 (231).

1074 Däubler/Deinert/Walser/Bonin/Walser, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht, BGB § 308 Nr. 4 Rn. 42.

1075 aA. Däubler/Deinert/Walser/Bonin/Walser, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht, BGB § 308 Nr. 4 Rn. 43.

1076 Hanau/Hromadka NZA 2005, 73 (77).

1077 BAG Urt. v.13.4.2010 – 9 AZR 113/09, NZA-RR 2010, 457; Urt. v. 11.10.2006 – 5 AZR 721/05, BB 2007, 109 (112); Urt. v. 12.1.2005 – 5 AZR 364/04, BB 2005, 833 (835).

1078 Für den Widerrufsvorbehalt betreffend die Privatnutzung eines Dienstwagens ebenso LAG Nds Urt. v. 17.1.2006 – 13 Sa 1176/05, NZA-RR 2006, 289.

1079 BAG Urt. v. 24.1.2017 – 1 AZR 774/14, NZA 2017, 777 (778); Urt. v. 21.3.2012 – 5 AZR 651/10, NZA 2012, 616 mwN.

1080 BAG Urt. v. 24.1.2017 – 1 AZR 774/14, NZA 2017, 777 (778); Urt. v. 21.3.2012 – 5 AZR 651/10, NZA 2012, 616 mwN.

erreichen der erwarteten wirtschaftlichen Entwicklung“, „unterdurchschnittliche Leistungen des Arbeitnehmers“ und auf „schwerwiegende Pflichtverletzungen“ als denkbare Konkretisierungsmöglichkeiten. Diese Feststellung ist für die Vertragsgestaltung unproblematisch. Hinter ihr verbirgt sich nicht mehr als eine Selbstverständlichkeit: Der Arbeitgeber muss den ihm zustehenden Gestaltungsspielraum nicht voll ausnutzen, sondern kann sich stets stärker als erforderlich binden. Praktische Schwierigkeiten birgt dagegen die Frage, wann eine weitergehende Konkretisierung der Störungsgründe im Einzelfall nicht bloß zulässig ist, sondern zwingend erfolgen muss. Das BAG hält sich diesbezüglich bedeckt und lässt lediglich erkennen, dass eine allgemeine Umschreibung der Widerrufsgründe „nach dem Umfang des Änderungsvorbehalts“ ggf. nicht ausreichen kann.<sup>1081</sup> Als zulässig angesehen hat es in der Vergangenheit den Vorbehalt des Widerrufs, der an eine „wirtschaftliche Notlage“ anknüpft, für die Gewährung eines Weihnachtsgeldes.<sup>1082</sup> Dabei stützt es sich darauf, dass die „wirtschaftliche Notlage“ angesichts der Vielzahl möglicher wirtschaftlicher Entwicklungen nicht näher zu konkretisieren sei. Für entbehrlich hält es insbesondere die Angabe eines Zeitraums, in dem Verluste vorliegen müssen.<sup>1083</sup> Dies zeigt, dass es dem Arbeitgeber nicht abverlangt, festzulegen, was er im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht konkreter antizipieren kann.

**300** bb) *Ausübung des Widerrufsrechts.* Ist der Widerrufsvorbehalt wirksam vereinbart, ist in einem zweiten Prüfungsschritt die **Billigkeit des Widerrufs** entsprechend § 315 Abs. 1 BGB zu prüfen.<sup>1084</sup> Das genaue Verhältnis der Inhalts- zur Ausübungskontrolle ist jedoch schwierig zu bestimmen. Die Abgrenzung wird dadurch erschwert, dass die Rechtsprechung das Bestehen eines Widerrufsgrundes bereits im Rahmen des § 308 Nr. 4 BGB einer materiellen Prüfung unterzieht. Dass das AGB-Recht beim Zeitpunkt des Vertragsschlusses ansetzt, die Ausübungskontrolle dagegen auf den Zeitpunkt des Widerrufs blickt, ist bezüglich des Widerrufsgrundes ohne Belang. Prüft man, ob der tatsächliche Widerrufsgrund im Rahmen der vertraglich vorgesehenen Gründe liegt, kontrolliert man nicht die Billigkeit des Widerrufs, sondern das Vorliegen seiner vertraglichen Voraussetzungen.<sup>1085</sup> Ihre eigenständige Bedeutung behält die Billigkeitskontrolle somit nur in Fällen, die nicht mit dem Widerrufsgrund zusammenhängen.

**301** Maßgeblich bei der Beurteilung der Billigkeit des Widerrufs sind **alle Umstände des Einzelfalls**; einen abschließenden Kriterienkatalog gibt es nicht.<sup>1086</sup> In erster Linie ist abzustellen auf den Zweck der Leistung. Billigem Ermessen entspricht es daher nicht, eine Zulage für Arbeitsleistung von überdurchschnittlicher Qualität zu kürzen, weil der Arbeitnehmer mehrfach über längere Zeit erkrankt war, sofern die Qualität der erbrachten Arbeitsleistung unverändert geblieben ist.<sup>1087</sup> Auch besteht eine Bindung an den **Gleichbehandlungsgrundsatz**. Dementsprechend kann sich der ArbGeb bei unrentabler Produktion nicht einzelne Arbeitnehmer herausgreifen und ihnen gleichheitswidrig ein Sonderopfer abverlangen. Vielmehr ist er hier an die gleichen Schranken gebunden, die es auch bei einer Änderungskündigung zur Entgeltreduzierung zu beachten gilt.<sup>1088</sup> Auf der anderen Seite kann ein Widerruf billigem Ermessen entsprechen, wenn er gerade der Gleichbehandlung dient, wenn etwa eine Arbeitnehmergruppe bislang eine Zulage erhielt, um eine im Vergleich zu anderen Tarifgruppen niedrigere Entlohnung auszugleichen, nach einer Tarifierhöhung für ihre Gruppe eine Beibehaltung der Zulage aber zu einer Besserstellung führen würde.<sup>1089</sup> Im Einzelfall – etwa bei der Gewährung

1081 BAG Ur t. v. 12.1.2005 – 5 AZR 364/04, BB 2005, 833 (834).

1082 BAG Ur t. v. 24.1.2017 – 1 AZR 772/14, BeckRS 2017, 112013.

1083 BAG Ur t. v. 24.1.2017 – 1 AZR 774/14, NZA 2017 777 (778).

1084 BAG Ur t. v. 24.1.2017 – 1 AZR 774/14, NZA 2017, 777; Ur t. v. 12.1.2005 – 5 AZR 364/04, BB 2005, 833 (836).

1085 So aber Hanau ZIP 2005, 1661 (1663).

1086 BAG Ur t. v. 26.5.1992 – 9 AZR 174/91, NZA 1993, 67; Ur t. v. 13.5.1987 – 5 AZR 125/86, NZA 1988, 95; Ur t. v. 7.10.1982 – 2 AZR 455/80, NJW 1983, 2284.

1087 BAG Ur t. v. 7.1.1971 – 5 AZR 92/70, DB 1971, 392.

1088 KR/Kreft, KSchG § 2 Rz. 83; v. Hoyningen-Huene/Linck/Linck, KSchG § 2 Rn. 61 ff.

1089 BAG Ur t. v. 30.8.1972 – 5 AZR 140/72, DB 1973, 480; strenger bei der Änderungskündigung BAG Ur t. v. 20.1.2000 – 2 ABR 40/99, NZA 2000, 592; „Die Gleichbehandlung mit anderen Arbeitneh-

eines Dienstwagens<sup>1090</sup> – kann es zudem für die Billigkeit erforderlich sein, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer eine gewisse Auslaufrfrist für die widerrufliche Leistung einräumt, damit der Arbeitnehmer sich auf den Wegfall der Leistung einstellen kann.<sup>1091</sup>

#### d) Teilbefristung

Ein weiteres Instrument zur Flexibilisierung der Arbeitsbedingungen ist die Teilbefristung.<sup>1092</sup> Bei ihr entfällt der entsprechende Vertragsbestandteil mit Zeitablauf **automatisch**. Die Teilbefristung ist zur Flexibilisierung insofern weniger als ein Freiwilligkeits- oder Widerrufsvorbehalt geeignet, als bereits bei Vertragsschluss die Geltungsdauer der befristeten Arbeitsbedingung oder Gehaltszulage festgelegt werden muss.

aa) *Stand der Rechtsprechung*. Die Zulässigkeit der **Befristung des gesamten Arbeitsvertrages** richtet sich nach den Vorschriften des TzBfG. Diese verlangen im Regelfall das Bestehen eines sachlichen Grundes (§ 14 Abs. 1 TzBfG). Unklar war seit In-Kraft-Treten des TzBfG jedoch, ob gleiches für die **Befristung einzelner Vertragsbedingungen** zu gelten habe.<sup>1093</sup> In einer Entscheidung vom Januar 2004 verneinte das BAG zunächst die unmittelbare oder analoge Anwendbarkeit des § 14 Abs. 1 TzBfG auf diese Sachverhalte.<sup>1094</sup> In einer Folgeentscheidung sprach sich der Siebte Senat dann für die Kontrolle einer befristeten Arbeitszeiterhöhung am Maßstab des **§ 307 Abs. 1 S. 1 BGB** aus.<sup>1095</sup> Das LAG Niedersachsen wählt diesen Anknüpfungspunkt sogar in Fällen, in denen die befristete Übertragung einer anderen Tätigkeit im Rahmen eines separaten Arbeitsvertrages unter Ruhendstellung eines bereits zuvor und weiterhin bestehenden Arbeitsvertrages erfolgt, und zwar auch dann, wenn der Vertrag für die befristete Tätigkeitsübertragung sämtliche Arbeitsbedingungen für den Zeitraum der Befristung selbständig regelt.<sup>1096</sup>

Es kam jedoch zur einer partiellen Einbeziehung des **TzBfG gleichsam „durch die Hintertür“**.<sup>1097</sup> Trotz des unterschiedlichen Prüfungsmaßstabs sind nach der Rechtsprechung des BAG bei der nach § 307 Abs. 1 BGB vorzunehmenden Inhaltskontrolle der Befristung einzelner Vertragsbedingungen Umstände, die die Befristung eines Arbeitsvertrages insgesamt nach § 14 Abs. 1 TzBfG rechtfertigen könnten, nicht ohne Bedeutung. Sie können sich bei der Interessenabwägung nach § 307 Abs. 1 BGB zugunsten des Arbeitgebers auswirken.<sup>1098</sup> Liegt der Befristung ein Sachverhalt zugrunde, der die Befristung eines Arbeitsvertrages insgesamt mit einem Sachgrund iSv § 14 Abs. 1 S. 2 TzBfG rechtfertigen könnte, überwiegt in aller Regel das Interesse des Arbeitgebers an der nur befristeten Vereinbarung der Vertragsbedingung das Interesse des Arbeitnehmers an deren unbefristeter Vereinbarung. Dies ergibt sich aus den im Teilzeit- und Befristungsgesetz zum Ausdruck kommenden gesetzlichen Wertungsmaßstäben. Nur bei Vorliegen außergewöhnlicher Umstände auf Seiten des Arbeitnehmers kann in Ausnahmefällen eine andere Beurteilung in Betracht kommen.<sup>1099</sup>

Nach der Rechtsprechung des BAG können ausnahmsweise zur Annahme einer nicht unangemessenen Benachteiligung durch die Befristung einer Vertragsbedingung Umstände er-

mern stellt kein dringendes betriebliches Erfordernis iSv § 1 II 1 KSchG dar, das die Verschlechterung im Wege der Änderungskündigung bedingen kann.“

1090 BAG Urt. v. 21. 3. 2012 – 5 AZR 651/10, NZA 2012, 616.

1091 DÄUBLER/DEINERT/WALSER/Bonin/Walser BGB § 308 Nr. 4 Rn. 46 mwN.

1092 Dazu ausführlich: Wedemeyer, Die Inhaltskontrolle der Befristung von Arbeitsbedingungen, Diss., 2010.

1093 Dafür: APS/Backhaus, 2. Aufl. 2004, § 14 Rn. 26. Dagegen: KR/Bader TzBfG § 3 Rn. 3; Staudinger/PPreis, Neubearb. 2002, BGB § 620 Rn. 231.

1094 BAG Urt. v. 14. 1. 2004 – 7 AZR 213/03, NJW 2004, 3138.

1095 BAG Urt. v. 27. 7. 2005 – 7 AZR 486/04, NZA 2006, 40 (46); EzA § 307 BGB 2002 Nr. 13.

1096 LAG Nds Urt. v. 8. 1. 2018 – 15 Sa 318/17, BeckRS 2018, 2616 (Revision eingelegt unter dem Aktenzeichen 7 AZR 156/18).

1097 Vgl. dazu ausführlich Schmidt NZA 2014, 760.

1098 BAG Urt. v. 15. 12. 2011 – 7 AZR 394/10 – BeckRS 2012, 69455 = BAGE 140, 191, Rn. 22; Urt. v. 2. 9. 2009 – 7 AZR 233/08, BeckRS 2009, 73288 = BAGE 132, 59, Rn. 30, 38; BAG Urt. v. 25. 4. 2018 – 7 AZR 520/16, NJW 2018, 2815 (2817f.); BAG Urt. v. 19. 11. 2019 – 7 AZR 582/17, NZA 2020, 374 (377).

1099 BAG Urt. v. 7. 10. 2015 – 7 AZR 945/13, NZA 2016, 441; Urt. v. 2. 9. 2009 – 7 AZR 233/08, BeckRS 2009, 73288; BAG Urt. v. 25. 4. 2018 – 7 AZR 520/16, NJW 2018, 2815 (2817).

forderlich sein, die die Befristung eines Arbeitsvertrags insgesamt rechtfertigen würden. Dies hat der Senat für den Fall der Befristung einer erheblichen Aufstockung der Arbeitszeit angenommen, da die dem Teilzeit- und Befristungsgesetz zugrundeliegende Wertung, dass der unbefristete Vertrag der Normalfall und der befristete Vertrag die Ausnahme ist, auch für die Vereinbarung des Umfangs der Arbeitszeit gilt.<sup>1100</sup> Eine Arbeitszeiterhöhung in erheblichem Umfang liegt in der Regel vor, wenn sich das Erhöhungsvolumen auf mindestens 25% eines entsprechenden Vollzeitverhältnisses beläuft.<sup>1101</sup> Diese Grundsätze sind auf die Reduzierung der Arbeitszeit nicht<sup>1102</sup> und auf die befristete Übertragung einer höherwertigen Tätigkeit nicht uneingeschränkt übertragbar. Das nach der gesetzgeberischen Wertung des Teilzeit- und Befristungsgesetzes sozialpolitisch erwünschte unbefristete Arbeitsverhältnis soll dem Arbeitnehmer in erster Linie ein bestimmtes dauerhaftes Einkommen sichern, nicht aber einen bestimmten Tätigkeitsinhalt oder eine bestimmte hierarchische Stellung. Deshalb kann die Sicherung eines bestimmten Auskommens des Arbeitnehmers bei einer befristeten Tätigkeitsübertragung allenfalls dann beeinträchtigt sein, wenn diese mit einer ebenso befristeten und erheblichen Anhebung der Vergütung verbunden ist.<sup>1103</sup> Eine unangemessene Benachteiligung im Sinne von § 307 Abs. 1 S. 1 BGB liegt durch die Befristung einer Tätigkeitsübertragung dann vor, wenn die vereinbarte Vertragslaufzeit außer Verhältnis zu dem Erprobungszweck steht. Der Erprobungszweck muss nicht vereinbart werden.<sup>1104</sup>

**306** Es ist unerheblich, dass in der Vereinbarung der Grund für die Befristung nicht genannt ist.<sup>1105</sup>

**307** bb) *Eigene Konzeption*. Die Aussagekraft des TzBfG für die Inhaltskontrolle der Befristungen von Arbeitsbedingungen ist sehr begrenzt. Wenn man den Maßstab des Gesetzes übertragen will, dann muss dies auch für § 14 Abs. 2 TzBfG gelten. Die Befristung des gesamten Arbeitsvertrages darf nicht unter leichteren Voraussetzungen möglich sein als diejenige einzelner Teile.<sup>1106</sup> In den ersten beiden Jahren des Arbeitsverhältnisses muss deshalb die sachgrundlose Befristung einzelner Vertragsbedingungen zulässig sein, weil insoweit auch für die Befristung des ganzen Arbeitsverhältnisses kein Sachgrund erforderlich ist;<sup>1107</sup> dasselbe gilt für die Befristungen durch neu gegründete Unternehmen (§ 14 Abs. 2a TzBfG).

**308** Hat die Teilbefristung die Arbeitszeit zum Gegenstand, ist einer mit der Verringerung derselben einhergehenden Entgeltflexibilisierung durch § 4 TzBfG Grenzen gesetzt; es gilt der *pro-rata-temporis*-Grundsatz.

### 3. Anrechnung übertariflicher Entgelte

**309** Bei der Gestaltung des Arbeitsvertrags ist Vorsorge für den Fall zu treffen, dass es beim Abschluss eines neuen Tarifvertrages zu einer **Erhöhung des Tariflohns** kommt. Es stellt sich dann die Frage, ob bislang gezahlte über- und außertarifliche Entgelte auf diese Erhöhung anzurechnen sind oder zusätzlich zum erhöhten Tariflohn weiterhin gezahlt werden müssen. Sollen übertarifliche Zulagen unabhängig von einer Tarifloohnerhöhung gekürzt oder gänzlich gestrichen werden, bedarf es hierzu eines Widerrufsverbahls (→ *Rn. 280ff*). Geht es jedoch nur um eine Anrechnung auf eine Tarifloohnerhöhung, und damit insgesamt nicht um eine Entgeltminderung, sondern nur um eine Minderung der Entgelterhöhung, ist der Gestal-

1100 BAG Urt. v. 15.12.2011 – 7 AZR 394/10, NJW 2012, 2296; vgl. auch zur Rechtsprechung der Instanzgerichte Seel öAT 2017, 247.

1101 BAG Urt. v. 23.3.2016 – 7 AZR 828/13, AP BGB § 307 Nr. 73; BAG Urt. v. 25.4.2018 – 7 AZR 520/16, NJW 2018, 2815 (2817).

1102 BAG Urt. v. 24.2.2016 – 7 AZR 253/14, NZA 2016, 814 (817); Urt. v. 10.12.2014 – 7 AZR 1009/12, AP BGB § 307 Nr. 70.

1103 BAG Urt. v. 7.10.2015 – 7 AZR 945/13, NZA 2016, 441.

1104 BAG Urt. v. 24.2.2016 – 7 AZR 253/14, NZA 2016, 814.

1105 BAG Urt. v. 2.9.2009 – 7 AZR 233/08, NZA 2009, 1253; Urt. v. 10.12.2014 – 7 AZR 1009/12, NZA 2015, 811; ehemals aA Preis/Bender NZA-RR 2005, 337 (340).

1106 Lunk/Leder NZA 2008, 504 (507); Simon/Hidalgo/Koschker NZA 2012, 1071 (1076).

1107 IERG auch Fuhlrott NZA 2016, 1000 (1003).

tungsspielraum des Arbeitgebers größer.<sup>1108</sup> Dies gilt auch in den Fällen, in denen die Erhöhung des Tariflohns auf einer Umgruppierung beruht.<sup>1109</sup>

Nach der inzwischen ständigen Rechtsprechung des BAG ist es dem Arbeitgeber regelmäßig möglich, eine **übertarifliche Vergütung auf eine Tariflohnerhöhung anzurechnen**: Da es für den Arbeitgeber in der Regel nicht absehbar ist, ob er auch bei künftigen Tariflohnerhöhungen dazu in der Lage sein wird, die Zulagen neben der tarifvertraglichen Vergütung zu zahlen, ist der Vereinbarung einer übertariflichen Vergütung oder Zulage **grundsätzlich ein Anrechnungsvorbehalt** zu entnehmen. Etwas anderes gilt nur, wenn dem Arbeitnehmer vertraglich ausdrücklich ein neben dem jeweiligen Tarifentgelt selbstständiger Entgeltbestandteil zugesagt worden ist.<sup>1110</sup> Dem steht nach Auffassung des BAG nicht das Transparenzgebot des **§ 307 Abs. 1 S. 2 BGB** entgegen: Denn aus Sicht eines verständigen Arbeitnehmers sei ersichtlich, dass die übertarifliche Zulage nicht von der jeweiligen Höhe des Tariflohns unabhängig sein könne, sondern eine Anrechnung bei einer allgemeinen Tariflohnerhöhung möglich sein soll.<sup>1111</sup> Auch die Zweifelsregel des **§ 305 c Abs. 2 BGB** führt mit dem Bundesarbeitsgericht zu keinem anderen Ergebnis.<sup>1112</sup> Allein der Zahlung der Zulage ist nach Auffassung des BAG hingegen nicht zu entnehmen, dass die übertarifliche Zulage dem Arbeitnehmer als selbstständiger Entgeltbestandteil zustehen soll – und zwar selbst dann nicht, wenn die Zulage in der Vergangenheit über einen längeren Zeitraum hinweg vorbehaltlos gezahlt und nicht mit Tariflohnerhöhungen verrechnet worden ist.<sup>1113</sup>

Im Schrifttum ist die Rechtsprechung des BAG im Hinblick auf das Transparenzgebot und § 305 c Abs. 2 BGB auf Kritik gestoßen.<sup>1114</sup> Um auch diese Bedenken zu zerstreuen, kann freilich eine Regelung aufgenommen werden, die einen Anrechnungsvorbehalt ausdrücklich formuliert. Derartige Regelungen würden, wie sich a fortiori aus der derzeitigen Rechtsprechungslinie ergibt, dem Transparenzgebot problemlos standhalten. Wichtiger ist indes: Soll eine Anrechnung gerade nicht erfolgen, ist erforderlich, dass dies ausdrücklich klargestellt wird.

Kommt es entsprechend diesen Regeln zu einer Anrechnung, unterliegt diese nach richtiger Auffassung **keiner Billigkeitskontrolle** nach § 315 Abs. 1 BGB. Anders als beim Widerruf einer übertariflichen Zulage bedarf es hier nicht einer Erklärung des Arbeitgebers, die auf Billigkeit überprüft werden müsste, sondern die Anpassung tritt automatisch auf Grund des Arbeitsvertrags ein. Allerdings ist der Arbeitgeber hierbei an den Gleichbehandlungsgrundsatz gebunden und darf sich nicht gleichheitswidrig bei bestimmten Arbeitnehmern oder Arbeitnehmergruppen auf die Anrechnung berufen.<sup>1115</sup>

**Verhältnis zur betrieblichen Übung:**<sup>1116</sup> Inwieweit der Umstand, dass der Arbeitgeber in der **Vergangenheit** eine Zulage auf Tariflohnerhöhungen nicht angerechnet hat, ihn auch für die Zukunft bindet, ist umstritten. Vertreter des Schrifttums gehen davon aus, dass es hier zu einer betrieblichen Übung kommen kann, und versuchen die für dieses Rechtsinstitut herausgeformten Grundsätze auf die Frage der Anrechnung übertariflicher Entgelte zu übertragen.<sup>1117</sup> Bei der betrieblichen Übung handelt es sich jedoch allein um die Weitergewäh-

1108 BAG Urt. v. 30.5.2006 – 1 AZR 111/05, NZA 2006, 1170; Urt. v. 1.3.2006 – 5 AZR 363/05, NZA 2006, 746.

1109 BAG Urt. v. 24.10.2017 – 1 AZR 346/16, NZA 2018, 957 (958).

1110 Grundlegend BAG Urt. v. 23.9.2009 – 5 AZR 973/08, NJOZ 2010, 856 (857); vgl. auch Urt. v. 24.10.2017 – 1 AZR 346/16, NZA 2018, 957 (958); Urt. v. 27.8.2008 – 5 AZR 820/07, NZA 2009, 49 (51); Urt. v. 1.3.2006 – 5 AZR 540/05, NZA 2006, 688 (690); Urt. v. 21.1.2003 – 1 AZR 125/02, NJOZ 2003, 1056.

1111 BAG Urt. v. 27.8.2008 – 5 AZR 820/07, NZA 2009, 49 (52).

1112 BAG Urt. v. 27.8.2008 – 5 AZR 820/07, NZA 2009, 49 (52).

1113 BAG Urt. v. 23.9.2009 – 5 AZR 973/08, NJOZ 2010, 856 (857); Urt. v. 27.8.2008 – 5 AZR 820/07, NZA 2009, 49.

1114 Vgl. etwa Preis/Deutzmann NZA-Beilage 2017, 101 (104).

1115 BAG Urt. v. 9.6.1982 – 5 AZR 501/80, NJW 1982, 2838 = DB 1982, 2192; Urt. v. 22.8.1979 – 5 AZR 769/77, DB 1980, 406 = BB 1980, 680; s. auch Joost JuS 1989, 279.

1116 S. dazu auch: Hoffmann, Betriebliche Übung und AGB-Kontrolle, Diss., 2009.

1117 Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht, Bd. 1, S. 863.

rung in der Vergangenheit gewährter Leistungen, hier geht es um die Frage der Aufstockung, also um eine Erhöhung des Leistungsumfangs. Die Gründe, auf denen die betriebliche Übung ruht (der Verwirkungsgedanke und der Vertrauensschutz), sind hierauf nicht übertragbar, denn ein Vertrauen auf eine Lohnsteigerung ist weniger schutzwürdig als das Vertrauen auf den Lohnbestand. Zu Recht geht die Rechtsprechung daher davon aus, dass auch der Arbeitgeber, der bei Tarifloohnerhöhungen mehrfach die Zulage nicht angerechnet hat, sich hierdurch nicht verpflichtet hat, dies auch in Zukunft so zu handhaben.<sup>1118</sup> Anders entschied das BAG in einer Konstellation, in welcher der Arbeitgeber eine jahrzehntelange Praxis dahingehend führte, dass er Tarifloohnerhöhungen um eine übertarifliche Zulage aufstockte und die Zulage zugleich um den Faktor erhöhte, um den sich die Tarifgehälter erhöhten.<sup>1119</sup> Für das Entstehen einer betrieblichen Übung in Bezug auf den übertariflichen Vergütungsanteil solle es darauf ankommen, wie die Arbeitnehmer das Verhalten des Arbeitgebers nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung aller Begleitumstände verstehen mussten und durften.<sup>1120</sup>

#### 4. Überstundenvergütung – Pauschalierungsvereinbarungen (s. auch Rn. 149ff.)

- 314** Die Vergütung von Über- oder Mehrarbeit ist durch das ArbZG (anders als ehemals in § 15 Abs. 2 AZO) nicht gesondert geregelt. Unter **Überarbeit** wird das Überschreiten der regelmäßigen betrieblichen Arbeitszeit,<sup>1121</sup> unter **Mehrarbeit** wird das Überschreiten der gesetzlichen Arbeitszeit verstanden.<sup>1122</sup> Ob und in welchem Umfang Mehrarbeit zulässig ist, bestimmt sich nach den einschlägigen Arbeitnehmer-Schutzvorschriften, insb. nach dem ArbZG. Vgl. zur Vereinbarung von Überstunden in Arbeitszeitregelungen → Rn. 145ff.
- 315** Für den vertraglichen Anspruch des Arbeitnehmers auf Überstundenvergütung reicht die bloße Kenntnis des Arbeitgebers von der Überstundenleistung nicht aus. Erforderlich ist vielmehr eine **rechtsgeschäftliche**, ggf. konkludent getroffene **Vereinbarung** über die Leistung von Mehrarbeit, die Überstunden müssten vom Arbeitgeber angeordnet, gebilligt, geduldet oder jedenfalls zur Erledigung der geschuldeten Arbeit notwendig gewesen sein.<sup>1123</sup> Eine entsprechende Vergütungserwartung wird regelmäßig gegeben sein, kann jedoch bei leitenden oder sehr hoch bezahlten Mitarbeitern fehlen.<sup>1124</sup> Eine solche deutlich herausgehobene Vergütung liegt etwa dann vor, wenn das Entgelt die Beitragsbemessungsgrenze in der gesetzlichen Rentenversicherung überschreitet.<sup>1125</sup>
- 316** Bestimmt der Arbeitgeber, dass die Arbeit im unmittelbaren Anschluss an die Beendigung der regelmäßigen Arbeitszeit fortzusetzen ist, so liegt darin die **Anordnung von Überstunden**<sup>1126</sup> und auch, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die vorgeschriebenen Ruhepausen nicht gewährt,<sup>1127</sup> werden Überstunden angeordnet. Eine solche Weisung kann sich auch aus den Umständen ergeben, so etwa, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer eine Arbeit zuweist, die in der regelmäßigen Arbeitszeit nicht erbracht werden kann.<sup>1128</sup> Verlangt ein TV eine schriftliche Anordnung von Überstunden, so besteht ein Anspruch des Arbeitnehmers auf Überstundenvergütung selbst dann, wenn der Arbeitgeber die schriftliche Anordnung un-

1118 BAG Ur. v. 3.3.1993 – 10 AZR 42/92, DB 1993, 1930 = NZA 1993, 805; Ur. v. 22.9.1992 – 1 AZR 405/90, DB 1993, 380 = NZA 1993, 668; Ur. v. 4.6.1980 – 4 AZR 530/78, DB 1980, 2243 = BB 1980, 1583; Ur. v. 19.7.1978 – 5 AZR 180/77, NJW 1979, 183 = DB 1978, 2274; zust. Oetker RdA 1993, 16 (23); Wiedemann/Bayreuther TVG § 4 Rn. 405.

1119 BAG Ur. v. 19.9.2018 – 5 AZR 439/17, NZA 2019, 106 (107f.); s. ausführlich zur Frage, ob dies eine Kehrtwende des BAG darstellt: Bayreuther, NZA 2019, 517.

1120 BAG Ur. v. 19.9.2018 – 5 AZR 439/17, NZA 2019, 106 (107f.).

1121 ErfK/Preis BGB § 611 a Rn. 458.

1122 ErfK/Preis BGB § 611 a Rn. 458.

1123 BAG Ur. v. 10.4.2013 – 5 AZR 122/12, NZA 2013, 1100 mwN.

1124 Vgl. etwa BAG Ur. v. 17.8.2011 – 5 AZR 406/10, NZA 2011, 1335.

1125 BAG Ur. v. 22.2.2012 – 5 AZR 765/10, NZA 2012, 861.

1126 BAG Ur. v. 26.11.1992 – 6 AZR 455/91, NZA 1993, 659.

1127 BAG Ur. v. 27.2.1992 – 6 AZR 478/90, AP AZO Kr. § 3 Nr. 5.

1128 BAG Ur. v. 10.4.2013 – 5 AZR 122/12, NZA 2013, 1100 mwN.

terlassen hat.<sup>1129</sup> Hierbei macht es keinen Unterschied, ob dem Schriftformerfordernis deklaratorische oder konstitutive Bedeutung zukommt.<sup>1130</sup>

Eine einzelvertragliche Vereinbarung, wonach etwaige Überstunden mit dem Gehalt abgegolten sind, ist, sofern die Parteien damit nur die gesetzlich zulässigen Überstunden erfassen wollen,<sup>1131</sup> grundsätzlich ebenso zulässig wie eine Überstundenvergütung in Form einer gleich bleibenden **Pauschale**.<sup>1132</sup> Aus der vertraglichen Vereinbarung muss jedoch zumindest bei AGB eindeutig hervor gehen, dass mit der vereinbarten Vergütung auch etwa anfallende Mehrarbeit abgegolten ist,<sup>1133</sup> so dass das **Bestimmtheitsgebot** gewahrt ist. Die arbeitsvertragliche Regelung, dass Überstunden durch das gezahlte Bruttogehalt abgegolten seien, erfasst nur die im Rahmen des § 3 ArbZG liegende zulässige Mehrarbeit, nicht die darüber hinausgehenden Arbeitsstunden. Eine vorformulierte Pauschalierungsabrede, nach der im Bruttomonatsentgelt alle Zuschläge für Sonn- und Feiertagsarbeit oder auch Überstunden enthalten sind kann jedoch gegen § 307 BGB verstoßen, wenn diese keine Begrenzung nach oben enthält und auch nicht annähernd den Umfang der einkalkulierten zuschlagspflichtigen Arbeitsleistung transparent macht.<sup>1134</sup> Sie benachteiligt den Arbeitnehmer infolge der dem Arbeitgeber eingeräumten unbegrenzten Möglichkeit eines nachhaltigen Eingriffes in das synallagmatische Verhältnis von Leistung und Gegenleistung unangemessen und verletzt das Transparenzgebot. Probleme entstehen erst im Zusammenspiel der Pauschalabgeltung mit der Befugnis des Arbeitgebers zur Anordnung von Nacharbeit oder Überstunden. Hierzu bedarf es regelmäßig einer Regelung im Arbeitsvertrag, im Tarifvertrag oder in einer Betriebsvereinbarung, denn beim Fehlen einer solchen ist der Arbeitnehmer insb. zur Leistung von Überstunden grundsätzlich nicht verpflichtet. Nur dann, wenn der Arbeitsvertrag sowohl eine Pauschalierungsabrede als auch die Verpflichtung zur Leistung von Überstunden vorsieht, besteht somit die Gefahr, dass der Arbeitgeber das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung nachhaltig einseitig verschieben vermag. Für die Vertragsgestaltung empfiehlt sich in einem solchen Fall zweierlei: Im Arbeitsvertrag sollte zunächst die Anzahl der nicht gesondert vergüteten zusätzlichen Arbeitsstunden, mit denen der Arbeitnehmer höchstens zu rechnen hat, ausgewiesen werden. Dies mag durch die Angabe geschehen, dass ein bestimmter Teil der Vergütung zur pauschalen Abgeltung von bis zu einer bestimmten Zahl von Überstunden gedacht ist. Sodann ist klarzustellen, dass der Arbeitgeber zwar zusätzliche Überstunden anordnen darf, dessen Voraussetzungen aber ungeschrieben sein sollten, verbunden mit dem Hinweis, dass die Pauschalierungsabrede ab einer bestimmten Überschreitung des ausgewiesenen Überstundenkontingents nicht mehr gelten soll. Zu beachten ist weiterhin, dass eine Klausel, die ausschließlich die Vergütung von Überstunden, nicht aber die Anordnungsbefugnis des Arbeitgebers zur Leistung von Überstunden regelt, eine Hauptleistungsabrede darstellt und insofern die Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 3 BGB eingeschränkt ist.<sup>1135</sup> Die Klausel also, dass aus Mehrarbeit bis zu x % der vereinbarten Wochenarbeitszeit keine zusätzlichen Ansprüche entstehen können, betrifft nur die Gegenleistung (Vergütung bzw. bezahlter Freizeitausgleich) für die hiervon erfassten Überstunden, ohne zugleich die Anordnungsbefugnis des Arbeitgebers zur Ableistung von Mehrarbeit zu regeln. Sie ist damit eine Hauptleistungsabrede, die nur die Gegenleistung des Arbeitgebers für die vom Arbeitnehmer erbrachte Arbeitsleistung betrifft und deshalb von der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB aus-

1129 BAG Urt. v. 15.10.1992 – 6 AZR 349/91, NZA 1993, 1088; HessLAG Urt. v. 29.10.1992 – 13 Sa 1365/91, DB 1994, 382.

1130 BAG Urt. v. 15.10.1992 – 6 AZR 349/91, NZA 1993, 1088; gegen die Möglichkeit einer konstitutiven Wirkung derartiger Tarifregelungen BAG Urt. v. 17.4.1957 – 4 AZR 315/54, BeckRS 1957, 102735.

1131 LAG Hamm Urt. v. 16.11.2004 – 19 Sa 1424/04, LAGReport 2005, 138, mit Hinweis auf eine eventuelle Unwirksamkeit einer solchen Vereinbarung in einem Formulararbeitsvertrag nach BGB § 307.

1132 Vgl. BAG Urt. v. 16.5.2012 – 5 AZR 331/11, NZA 2012, 908 (909); BAG Urt. v. 29.1.2003 – 5 AZR 85/02, BeckRS 2003, 30797894; Urt. v. 29.5.2002 – 5 AZR 370/01, EzA § 611 BGB Mehrarbeit Nr. 10.

1133 Vgl. BAG Urt. v. 23.11.1961 – 2 AZR 301/61, DB 1962, 243.

1134 BAG Urt. v. 22.2.2012 – 5 AZR 765/10, NZA 2012, 861.

1135 BAG Urt. v. 16.5.2012 – 5 AZR 331/11, NZA 2012, 908.



genommen ist. Dennoch ist das Transparenzgebot gem. § 307 Abs. 1 S. 2 BGB einzuhalten. So ist mit dem BAG eine Klausel, die eine pauschale Vergütung von Mehrarbeit vorsieht, nur dann klar und verständlich, wenn der Umfang der ggf. zu leistenden Überstunden so bestimmt ist, dass der Arbeitnehmer bereits bei Vertragsschluss erkennen kann, was gegebenenfalls „auf ihn zukommt“ und welche Leistung er für die vereinbarte Vergütung maximal erbringen muss.<sup>1136</sup> Denn der Arbeitnehmer muss erkennen können, ab wann er einen Anspruch auf zusätzliche Vergütung hat. (s. zu Beispielen wirksamer und unwirksamer Klauseln Rn. 149ff.)

**318** Eine Vereinbarung über die Pauschalabgeltung von Überstunden findet ansonsten ihre Grenzen in der Vorschrift des **§ 138 BGB**.<sup>1137</sup> Der objektive Tatbestand sowohl des speziellen Wuchertatbestands aus § 138 Abs. 2 BGB als auch des allgemein sittenwidrigen Rechtsgeschäfts nach § 138 Abs. 1 BGB setzt ein auffälliges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung voraus, welches durch einen Vergleich der vereinbarten mit der üblichen Vergütung der Arbeitsleistung ermittelt wird.<sup>1138</sup> Ein auffälliges Missverhältnis ergibt sich bei Überstundenabreden demnach, wenn die vereinbarte Vergütung für sich genommen im Verhältnis zur Arbeitszeit gerade noch angemessen ist und erst durch die Mitabgeltung der Überstunden die Schwelle zur Sittenwidrigkeit überschritten wird.<sup>1139</sup> Das wird bei leitenden Mitarbeitern regelmäßig nicht der Fall sein. Ohne ausdrückliche vertragliche Vereinbarung gilt die **Grundvergütung** für die Überstunden gem. § 612 als stillschweigend vereinbart, ein **Überstundenzuschlag** aber nicht.<sup>1140</sup>

**319** Der Arbeitnehmer, der die Vergütung von Überstunden fordert, muss im Einzelnen darlegen, an welchen Tagen und zu welchen Tageszeiten er über die übliche Arbeitszeit hinaus gearbeitet hat und, dass Leistung von Überstunden vom Arbeitgeber veranlasst wurde oder diese ihm zumindest zuzurechnen ist. Dem Arbeitgeber obliegt es, dem Vortrag substantiiert entgegenzutreten. und im Einzelnen vortragen, welche Arbeiten er dem Arbeitnehmer zugewiesen hat und an welchen Tagen der Arbeitnehmer von wann bis wann diesen Weisungen nachgekommen ist.<sup>1141</sup> Erst anhand des konkreten Sachvortrags des Arbeitgebers kann das Gericht feststellen, welche Tatsachen streitig sind. Anschließend ist es Sache des Arbeitnehmers, im Einzelnen Beweis für die geleisteten Stunden anzutreten.<sup>1142</sup> Das BAG betont jedoch in einer späteren Entscheidung, dass diese Grundsätze jedoch nicht streng schematisch anzuwenden seien, sondern stets der Berücksichtigung der im jeweiligen Streitfall zu verrichtenden Tätigkeit und der konkreten betrieblichen Abläufe bedürfen würden.<sup>1143</sup> Dies gelte sowohl für die Darlegung einer Überstundenleistung als auch für die Darlegung der arbeitgeberseitigen Veranlassung.<sup>1144</sup> Demnach sei zu beachten, dass die zwei Darlegungsaspekte nicht stets strikt voneinander getrennt betrachtet werden können, da sie sich im Einzelfall „überlappen“ und gegenseitig bedingen können. Aus diesem Grund nimmt das BAG an, dass der Arbeitnehmer, der die Leistung von Überstunden substantiiert vorgetragen und die in den betrieblichen Verhältnissen liegenden Ursachen des Überschreitens der Normalarbeitszeit im Einzelnen geschildert hat, zugleich ausreichend geltend macht, die Überstundenleistung sei zur Erledigung der ihm obliegenden Arbeiten erforderlich und damit zumindest konkludent angeordnet gewesen.<sup>1145</sup> Nach diesen Grundsätzen entschied das BAG in einem Fall eines Kraftfahrers, dass der Arbeitnehmer seiner Darlegungspflicht hinsichtlich der arbeitgeberseitigen Veranlassung

1136 BAG Ur t. v. 4.5.2022 – 5 AZR 474/21, NZA 2022, 1271 Rn. 17; Ur t. v. 18.11.2015 – 5 AZR 751/13, NZA 2016, 487 Rn. 22ff.; Ur t. v. 27.6.2012 – 5 AZR 530/11, NZA 2012, 114.

1137 BAG Ur t. v. 16.5.2012 – 5 AZR 331/11, NZA 2012, 908 (909).

1138 BAG Ur t. v. 17.8.2011 – 5 AZR 406/10, NZA 2012, 582.

1139 BAG Ur t. v. 17.8.2011 – 5 AZR 406/10, NZA 2012, 582.

1140 Ebenso ErfK/Preis BGB § 611 a Rn. 461. Anders für Dienste höherer Art das BAG s. Rn. 152.

1141 BAG Ur t. v. 16.5.2012 – 5 AZR 347/11, NZA 2012, 939 (941).

1142 BAG Ur t. v. 10.4.2013 – 5 AZR 122/12, NZA 2013, 1100; Ur t. v. 3.11.2004 – 5 AZR 648/03, NZA 2005, 895; Ur t. v. 25.11.1993 – 2 AZR 517/93, NZA 1994, 837 (838).

1143 BAG Ur t. v. 21.12.2016 – 5 AZR 362/16, NZA-RR 2017, 233 Rn. 23; BAG Ur t. v. 4.5.2022 – 5 AZR 474/21, NZA 2022, 1271 Rn. 32.

1144 BAG Ur t. v. 4.5.2022 – 5 AZR 474/21, NZA 2022, 1271 Rn. 32.

1145 BAG Ur t. v. 4.5.2022 – 5 AZR 474/21, NZA 2022, 1271 Rn. 33.