

Entgeltgestaltung

Recht und Praxis maßgeschneiderter Vergütungsstrukturen

Bearbeitet von
Von Dr. Erwin Salamon, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht

1. Auflage 2019. Buch. XXXIII, 594 S. Hardcover
ISBN 978 3 406 72538 8
Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

[Recht > Arbeitsrecht > Arbeitsvertrag, Kündigungsschutz, Mutterschutz,
Personalwesen](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei


DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

a) Leistungen mit kollektivem Bezug

aa) Anwendungsfall betriebliche Übung

Leistungen mit kollektivem Bezug sind solche, die gegenüber der gesamten Belegschaft oder Teilen von ihr erbracht werden. Im Falle eines gleichförmigen und wiederholten Verhaltens des Arbeitgebers gegenüber der Belegschaft oder einem Teil von ihr nimmt die Rechtsprechung eine vertragliche Bindung des Inhaltes wiederholter gleichartiger Leistungen in der Zukunft an.⁶⁴ In diesen Fällen sagt der Arbeitgeber mit der Leistung im Einzelfall gegenüber dem **Kreis der Anspruchsberechtigten** die jeweilige Einzelleistung ausdrücklich oder konkludent verbindlich zu.

Die wiederholte Leistungsgewährung begründet nach der Rechtsprechung ein schutzwürdiges Vertrauen in die Annahme einer Bindung des Arbeitgebers über die jeweiligen Einzelleistungen hinaus für die Zukunft, wenn nicht gleichzeitig ein Vorbehalt erklärt wird.⁶⁵ Aufgrund dieses Erklärungswertes des Verhaltens des Arbeitgebers gegenüber einer Mehrheit von Arbeitnehmern sind die **Entstehung** einer betrieblichen Übung und die aus ihr konkret **Anspruchsberechtigten unabhängig voneinander** zu beurteilen.⁶⁶ Daraus folgt, dass auch neu in den Betrieb eintretende Arbeitnehmer sofort Ansprüche aus einer bestehenden betrieblichen Übung geltend machen können, obwohl gegenüber ihnen zuvor das die betriebliche Übung begründende gleichförmige und wiederholende Verhalten des Arbeitgebers fehlt.⁶⁷

Die Bindung der betrieblichen Übung entspricht deshalb der einer – nach Auffassung des BAG eine ausdrückliche arbeitgeberseitige Erklärung voraussetzenden – Gesamtzusage.⁶⁸ Möglich ist darüber hinaus, dass eine **betriebliche Übung einen Anspruch neben einer bestehenden Gesamtzusage konkretisiert**, wenn etwa eine Gesamtzusage dem Grunde nach einen Anspruch vorsieht, der durch ein gleichförmiges und wiederholtes Verhalten des Arbeitgebers hinsichtlich der **Höhe des Anspruchs im Wege einer betrieblichen Übung** ausgestaltet worden ist.

Beispiel:

Eine betriebliche Übung auf Zahlung einer Weihnachtsgratifikation in Höhe eines Bruttomonatsgehaltes entsteht, wenn der Arbeitgeber ohne Erklärung eines Freiwilligkeitsvorbehaltes gegenüber der gesamten Belegschaft in drei aufeinanderfolgenden Jahren anlässlich des Weihnachtsfestes im Dezember eines Kalenderjahres jeweils ein Bruttomonatsgehalt zahlt.

Die Rechtsfolge ist keine andere, wenn der Arbeitgeber durch Gesamtzusage die Zahlung eines Weihnachtsgeldes ausdrücklich verspricht, sich hinsichtlich der Höhe dieses Weihnachtsgeldes jeder Erklärung enthält, aber in drei aufeinanderfolgenden Jahren das Weihnachtsgeld jeweils in Höhe eines Bruttomonatsgehaltes bemisst.⁶⁹

In beiden Fällen erlangen später in den Betrieb eintretende Arbeitnehmer sofort einen Anspruch auf dieselbe Leistung. Bei zwischenzeitlichem Eintritt vor der dritten Leistungsgewährung entsteht der Anspruch für neu eintretende Arbeitnehmer mit der dritten Leistung gegenüber der Belegschaft insgesamt. Zu diesem Zeitpunkt gilt die betriebliche Übung für das Kollektiv und damit auch für sie.

⁶⁴ BAG 15.5.2012 – 3 AZR 281/11, BeckRS 2012, 73361; 14.9.2011 – 10 AZR 526/10, NZA 2012, 81 (82); ErfK/Preis BGB § 611 Rn. 220; Schaub ArbR-HdB/Koch § 111 Rn. 1.

⁶⁵ BAG 15.5.2012 – 3 AZR 281/11, BeckRS 2012, 73361; 14.9.2011 – 10 AZR 526/10, NZA 2012, 81 (82); ErfK/Preis BGB § 611 Rn. 220–222; Schaub ArbR-HdB/Koch § 110 Rn. 11.

⁶⁶ BAG 15.5.2012 – 3 AZR 281/11, BeckRS 2012, 73361; 28.6.2006 – 10 AZR 385/05, NZA 2006, 1174 (1177); 17.11.2009 – 9 AZR 765/08, NZA-RR 2010, 293 (295).

⁶⁷ BAG 15.5.2012 – 3 AZR 281/11, BeckRS 2012, 73361.

⁶⁸ BAG 28.6.2006 – 10 AZR 385/05, NZA 2006, 1174 (1177); 15.5.2012 – 3 AZR 281/11, BeckRS 2012, 73361; 18.11.2003 – 9 AZR 659/02, BeckRS 2003, 30799862.

⁶⁹ Vgl. Schaub ArbR-HdB/Koch § 110 Rn. 11.

bb) Kollektiver Charakter des Freiwilligkeitsvorbehaltes

- 58 Will der Arbeitgeber die Entstehung betrieblicher Übungen verhindern, bedarf es der Erklärung eines Freiwilligkeitsvorbehaltes. Der Freiwilligkeitsvorbehalt dient der Vermeidung zukünftiger gleichgerichteter Ansprüche nach Grund und/oder Höhe. Der Freiwilligkeitsvorbehalt zur Vermeidung einer betrieblichen Übung ist wegen des kollektiven Charakters der betrieblichen Übung ebenfalls **kollektiv zu erklären**. Ein nur im Einzelfall erklärter Freiwilligkeitsvorbehalt bei im Übrigen vorbehaltlosem Verhalten genügt nicht.⁷⁰ Der Vorbehalt ist deshalb **gegenüber allen Begünstigten** zu erklären, wobei ein Aushang am „Schwarzen Brett“ oder ein Hinweis im Intranet genügen muss.⁷¹

Praxistipp:

Der Arbeitgeber sollte zur Vermeidung der Entstehung betrieblicher Übungen Freiwilligkeitsvorbehalte stets gegenüber jedem einzelnen Arbeitnehmer erklären und sich den Zugang der Erklärung zwecks späterer Nachweisbarkeit dokumentieren lassen. Die Erklärung des Freiwilligkeitsvorbehaltes muss **zeitlich vor oder spätestens mit der Leistungserbringung** erfolgen, damit der Arbeitnehmer nicht mit der Entgegennahme der Leistung bereits ein Vertrauen in zukünftige Leistungsgewährungen entwickeln kann. Ein zeitlich nachfolgender Freiwilligkeitsvorbehalt – etwa im Rahmen eines Hinweises bei der Gehaltsabrechnung, die der Arbeitnehmer womöglich nicht einmal zur Kenntnis nimmt – genügt nicht.

- 59 Hat der Arbeitgeber nach dieser Maßgabe kollektiv einen Freiwilligkeitsvorbehalt erklärt, gelingt ihm der Nachweis der Erklärung des Freiwilligkeitsvorbehaltes bei einem einzelnen Arbeitnehmer jedoch nicht, kann dieser gleichwohl keinen Anspruch aus betrieblicher Übung geltend machen. Wegen des kollektiven Bezuges ist der **kollektiv „übliche“ Freiwilligkeitsvorbehalt** geeignet, die Entstehung einer betrieblichen Übung zu verhindern, so dass ein fehlender Freiwilligkeitsvorbehalt gegenüber nur einem einzelnen Arbeitnehmer unschädlich wäre.⁷²

Achtung!

Wegen einer möglichen konkludenten individuellen Zusage gegenüber diesem Arbeitnehmer, für die die Maßgabe des kollektiven Bezuges nicht gilt, kommt gleichwohl die Entstehung eines Anspruchs für einen solchen Arbeitnehmer in Betracht.⁷³ In der Rechtsprechung ist ungeklärt, ob bei einer Leistung mit kollektivem Bezug unter Freiwilligkeitsvorbehalt die Nichtentstehung einer betrieblichen Übung für das Kollektiv gleichermaßen Ansprüche eines Arbeitnehmers ausschließt, bei dem individuell die Voraussetzungen einer konkludenten Zusage gegeben sind. Dogmatisch würde sich ein solches Ergebnis nur schwer erklären lassen.

- 60 Wegen des Erfordernisses eines wiederholten gleichförmigen – in der Regel dreimaligen – Verhaltens des Arbeitgebers ohne Erklärung eines Vorbehaltes kann dieser auch dann noch erklärt werden, wenn **bereits ein- oder zweimalig vorbehaltlos** geleistet wurde. Solange der Tatbestand der betrieblichen Übung nicht vollendet ist, kann die Entstehung eines Vertrauens in eine künftige Leistungsgewährung noch zerstört werden.
- 61 Ist die betriebliche Übung einmal entstanden, scheidet ein Anspruchsverlust aufgrund einer **gegenläufigen betrieblichen Übung** durch dreimalige Leistungsgewährung unter

⁷⁰ Vgl. BAG 10. 12. 2008 – 10 AZR 35/08, NZA 2009, 258 (259); *Salamon* FA 2013, 101 (102).

⁷¹ *Salamon* FA 2013, 101 (102).

⁷² BAG 6. 12. 1995 – 10 AZR 123/95, BB 1996, 1383 (1384).

⁷³ BAG 14. 9. 2011 – 10 AZR 526/10, NZA 2012, 81 (82); 21. 4. 2010 – 10 AZR 163/09, NZA 2010, 808 (809).

Freiwilligkeitsvorbehalt aus. Entgegen seiner früheren Rechtsprechung misst das BAG⁷⁴ dem Schweigen des Arbeitnehmers auf einen solchen Freiwilligkeitsvorbehalt keine Bedeutung zu. Ein Anspruchsverlust kann damit nicht durch betriebliche Übung begründet werden.

b) Konkreter oder pauschaler Freiwilligkeitsvorbehalt

Nach bisheriger Rechtsprechung war ein Freiwilligkeitsvorbehalt sowohl **abstrakt-pauschal im Arbeitsvertrag** und damit maßgebend für die gesamte Dauer des Arbeitsverhältnisses als auch **konkret** im Zusammenhang mit jeweils einzelnen Leistungen möglich. Das BAG hatte bislang angenommen, dass ein abstrakt-pauschaler Freiwilligkeitsvorbehalt im Arbeitsvertrag geeignet sei, für die gesamte Dauer des Arbeitsverhältnisses ein Vertrauen des Arbeitnehmers in die zukünftige Gewährung von Leistungen, auf die im Übrigen ein Rechtsanspruch nicht eingeräumt worden war, auszuschließen.⁷⁵ Diese Betrachtung ist zutreffend, da von einem Arbeitnehmer erwartet werden kann, dass er einen einmalig für die gesamte Dauer eines Arbeitsverhältnisses erklärten Vorbehalt wie jede andere Vertragsbedingung während der gesamten Dauer eines Arbeitsverhältnisses beachtet.⁷⁶

Das BAG hat allerdings zwischenzeitlich seine **Rechtsprechung geändert**. Während es zwischenzeitlich noch Zweifel an seiner bisherigen Rechtsprechung geäußert hatte,⁷⁷ ist diese in jüngerer Zeit aufgegeben worden.⁷⁸ So könne bei jahrzehntelanger Gewährung einer zusätzlichen Leistung ein in Widerspruch zu diesem tatsächlichen Verhalten des Arbeitgebers stehender Freiwilligkeitsvorbehalt das Vertrauen in eine vorbehaltlose Gewährung kaum erschüttern.⁷⁹

c) Individualabreden (§ 305b BGB)

aa) Begriff und Abgrenzung

Besonderheiten im Zusammenhang mit der Erklärung von Freiwilligkeitsvorbehalten gelten bei Individualabreden iSd § 305b BGB. Gem. § 305b BGB haben individuelle Vertragsabreden stets **Vorrang** vor Bestimmungen in vom Arbeitgeber vorformulierten Arbeitsbedingungen. Gegenstand einer solchen Individualabrede kann jede vertragliche Regelung sein. Für das Vorliegen einer solchen Individualabrede kommt es nicht darauf an, ob diese ausdrücklich vereinbart wird oder durch konkludentes Verhalten zustande kommt.⁸⁰

Beispiel:

Der Arbeitgeber als Verwender von Formulararbeitsverträgen darf vor, während oder nach dem Abschluss des Arbeitsvertrages keine Leistungen versprechen, die durch die Gestaltung des Formulararbeitsvertrages ausgeschlossen oder entwertet werden. Solche Individualabreden genießen gem. § 305b BGB stets Vorrang vor den Bestimmungen des Formulararbeitsvertrages.

Ist etwa im Formulararbeitsvertrag ohne Leistungsversprechen allein ein Hinweis auf eine mögliche Sonderzahlung formuliert, suggeriert der Arbeitgeber aber anlässlich des Ab-

⁷⁴ BAG 18.3.2009 – 10 AZR 281/08 – NZA 2009, 601 (603); 25.11.2009 – 10 AZR 779/08, NZA 2010, 283 (285).

⁷⁵ BAG 30.7.2008 – 10 AZR 606/07, NZA 2008, 1173 (1174).

⁷⁶ Salamon FA 2013, 101 (103).

⁷⁷ BAG 14.9.2011 – 10 AZR 526/10, NZA 2012, 81 (82).

⁷⁸ BAG 13.11.2013 – 10 AZR 848/12, NZA 2014, 368 (372).

⁷⁹ BAG 14.9.2011 – 10 AZR 526/10, NZA 2012, 81 (84); zustimmend *Preis/Sagan* NZA 2012, 697; *abl. Bauer/v. Medem* NZA 2012, 894; *Salamon* FA 2013, 101 (103).

⁸⁰ BAG 19.3.2009 – 6 AZR 557/07, NZA 2009, 896; BGH 14.6.2006 – IV ZR 54/05, BeckRS 2006, 08442.

schluss des Arbeitsvertrages, dass diese ungeachtet der Formulierung jährlich gewährt wird, kommt dieser Zusage als Individualabrede Vorrang zu.

- 65 Allerdings fordert das BAG für eine Individualabrede iSd § 305b BGB, dass sie durch beide Parteien, dh **Arbeitnehmer und Arbeitgeber gemeinsam**, ausgehandelt wird.⁸¹ Ein einseitiges Stellen einer Vertragsbedingung durch den Arbeitgeber genügt demgegenüber nicht. Individualabreden iSd § 305b BGB liegen nach der Rechtsprechung deswegen nicht vor, wenn der Arbeitgeber gegenüber einzelnen Arbeitnehmern, insbesondere durch die bloße Gewährung einer Leistung, konkludent ein Angebot unterbreitet, welches vom Arbeitnehmer lediglich angenommen werden kann.⁸²

Beispiel:

Für eine Individualabrede iSd § 305b BGB genügt es nicht, wenn der Arbeitgeber lediglich eine Zahlung ohne jede sonstige Erklärung erbringt. Bei wiederholter gleichförmiger Gewährung kann zwar unter dem Gesichtspunkt der betrieblichen Übung oder konkludenten individuellen Vereinbarung ein Vertrauen in eine Zusage auf weitere Leistungen in der Zukunft und damit eine vertragliche Anspruchsgrundlage entstehen.

Eine solche, allein auf wiederholtem gleichförmigen Verhalten beruhende, Anspruchsgrundlage stellt aber keine Individualabrede iSd § 305b BGB dar, weil sie nicht durch eine – zumindest konkludente – Vereinbarung, sondern allein infolge Vertrauens in die Annahme einer Willenserklärung des Arbeitgebers als einseitig gestellte Arbeitsbedingung zustande kommt.

- 66 Damit ist das konkret-individuelle Pendant zur betrieblichen Übung nicht vom Begriff der Individualabrede des § 305b BGB umfasst, weil ein wiederholtes und gleichförmiges Verhalten gegenüber einem einzelnen Arbeitnehmer einseitig gestellt und damit kein Anwendungsfall des § 305b BGB ist.⁸³ Jede Vereinbarung kann dagegen in den Anwendungsbereich des § 305b BGB fallen.

bb) Freiwilligkeitsvorbehalte bei Individualabreden

- 67 Die Bedeutung des Freiwilligkeitsvorbehaltes im Zusammenhang mit Individualabreden gem. § 305b BGB besteht darin, den **Erklärungswert** (vom Arbeitgeber verlautbarten Geschäftswillen) einer Individualabrede zu **begrenzen**. Ebenso wie im Zusammenhang mit der Entstehung betrieblicher Übungen aus einem wiederholten und gleichförmigen Verhalten des Arbeitgebers ein Erklärungswert hinsichtlich zukünftiger weiterer Leistungen angenommen wird, ist eine solche Auslegung des Erklärungswertes bei gleichartigen wiederholenden Individualabreden iSd § 305b BGB möglich.

Beispiel:

Der Arbeitgeber vereinbart mit dem Arbeitnehmer dreimal in Folge die Gewährung einer Sonderzahlung in Abhängigkeit vom Unternehmensergebnis. Infolge einer Vereinbarung über diese jeweilige Leistung handelt es sich nicht um einseitig gestellte Arbeitsbedingungen wie bei konkludenten individuellen Vereinbarungen oder betrieblichen Übungen. Damit handelt es sich bezogen auf die einzelne Leistung um eine Individualabrede iSd § 305b BGB.

In Frage steht, ob mehrfache wiederholte solche Individualabreden bezogen auf die einzelne Leistung eine konkludente individuelle Zusage bzw. betriebliche Übung bezogen auf die künftige wiederholte Leistungsgewährung auslösen können, wenn die einzelne Individualabrede keinen Freiwilligkeitsvorbehalt enthält.

⁸¹ BAG 20. 5. 2008 – 9 AZR 382/07, NZA 2008, 1233 (1236).

⁸² BAG 20. 5. 2008 – 9 AZR 382/07, NZA 2008, 1233 (1236).

⁸³ BAG 20. 5. 2008 – 9 AZR 382/07, NZA 2008, 1233 (1236).

In der Rechtsprechung des BAG ist ein solcher Fall zwar noch nicht ersichtlich behandelt worden.⁸⁴ Jedoch hat das BAG⁸⁵ eine unangemessene Benachteiligung eines Arbeitnehmers iSd § 307 Abs. 1 S. 1 BGB bei einem Freiwilligkeitsvorbehalt erwogen, dessen Formulierung nicht ausdrücklich spätere Individualabreden iSv § 305b BGB ausnahm. Auswirkungen hat diese Rechtsprechung allein bei **abstrakt-pauschalen Freiwilligkeitsvorbehalten**, die aufgrund ihrer Abstraktheit ggf. geeignet sind, auch spätere Individualabreden zu erfassen.

Ein **konkreter Freiwilligkeitsvorbehalt**, der den Erklärungsgehalt der jeweiligen Leistungsgewährung auf diese begrenzt, kann dagegen **nicht** gegen § 305b BGB verstoßen. Ein solcher Freiwilligkeitsvorbehalt begrenzt den Erklärungswert der Individualabrede selbst und definiert damit ihren Anspruchsinhalt.

Praxistipp:

Individualabreden gem. § 305b BGB lassen sich damit durch Freiwilligkeitsvorbehalte nicht verhindern. Darin liegt das Regelungsziel des § 305b BGB.

Freiwilligkeitsvorbehalte als Bestandteile der jeweiligen Einzelvereinbarungen sind jedoch geeignet, zu verhindern, dass Arbeitnehmer die **Reichweite der Individualabrede** im Sinne eines dauerhaften Leistungsversprechens über wiederholte zukünftige Leistungen interpretieren.

In diesem Zusammenhang bedarf die Formulierung eines Freiwilligkeitsvorbehaltes keines Hinweises auf den Vorrang des § 305b BGB, da der Freiwilligkeitsvorbehalt Bestandteil der Individualabrede ist.

Anderes gilt, wenn Arbeitgeber trotz der Rechtsprechungsänderung⁸⁶ **abstrakt-pauschale Freiwilligkeitsvorbehalte** beibehalten. Um eine zu weitgehende Formulierung des Freiwilligkeitsvorbehaltes auszuschließen, ist bei einem pauschal-abstrakten Freiwilligkeitsvorbehalt der Vorrang der Individualabrede klarzustellen. Wegen der vom BAG angenommenen Unzulässigkeit solcher Freiwilligkeitsvorbehalte kommt dieser Gestaltung jedoch keine Bedeutung mehr zu.⁸⁷

DIE FACHBUCHHANDLUNG

d) Sonstige individuelle Zusageformen

Uneingeschränkte Bedeutung behalten Freiwilligkeitsvorbehalte bei sonstigen individuellen Zusagen, die **keine Individualabreden iSd § 305b BGB** darstellen. Auch wenn abzuwarten bleibt, ob das BAG seine Rechtsprechung über die Begrenzung von Individualabreden iSd § 305b BGB auf solche Vereinbarungen, die unter Mitwirkung des Arbeitnehmers zustande kommen, beibehält, ist nach der aktuellen Rechtsprechung jenseits der Individualabreden eine individuelle Zusage durch einseitiges konkludentes Handeln des Arbeitgebers möglich.⁸⁸

Das BAG nimmt unter den gleichen Voraussetzungen wie für die Entstehung einer betrieblichen Übung, lediglich ohne den diese kennzeichnenden kollektiven Bezug, **konkludente individuelle Zusagen** gegenüber dem Arbeitnehmer auf dauerhafte Leistungen an, wenn der Arbeitgeber gegenüber dem Arbeitnehmer ein **wiederholtes und gleichförmiges Verhalten** zeigt, aus dem der Arbeitnehmer auf wiederholte Leistungs-

⁸⁴ Das Urteil des BAG 21.4.2010 – 10 AZR 163/09, NZA 2010, 808 hat einen Erklärungsgehalt durch einseitiges konkludentes Handeln des Arbeitgebers zum Gegenstand, welches nach den genannten Maßstäben nicht den Begriff der Individualabrede iSd § 305b BGB erfüllt.

⁸⁵ BAG 14.9.2011 – 10 AZR 526/10, NZA 2012, 81 (85).

⁸⁶ BAG 13.11.2013 – 10 AZR 848/12, NZA 2014, 368 (372); 14.9.2011 – 10 AZR 526/10, NZA 2012, 81 (85).

⁸⁷ BAG 13.11.2013 – 10 AZR 848/12, NZA 2014, 368 (372).

⁸⁸ BAG 21.4.2010 – 10 AZR 163/09, NZA 2010, 808 (809f).

gewährungen schließen kann.⁸⁹ In diesem Zusammenhang hat das BAG ausdrücklich auf die **Möglichkeit und Notwendigkeit eines Freiwilligkeitsvorbehaltes** zur Vermeidung der Annahme eines Leistungsversprechens mit dem Inhalt wiederkehrender Leistungen hingewiesen.⁹⁰ Sofern es bei der Rechtsprechung bleibt, die diese individuellen Zusagen nicht dem Begriff der Individualabrede iSd § 305b BGB unterwirft, lassen sich solche individuellen Zusagen durch **konkret-individuelle Freiwilligkeitsvorbehalte** vermeiden.

Beispiel:

Der Arbeitgeber gewährt dem Arbeitnehmer ohne zugrunde liegende Vereinbarung dreimal in Folge eine Sonderzahlung in Abhängigkeit vom Unternehmensergebnis. Eine unterschiedliche Höhe der Leistung schließt die Entstehung einer konkludenten individuellen Zusage durch wiederholtes gleichförmiges – an das Unternehmensergebnis anknüpfendes – Verhalten des Arbeitgebers nicht aus.⁹¹ Es bedarf vielmehr eines Freiwilligkeitsvorbehaltes zur Klarstellung, dass trotz wiederholten und gleichförmigen Verhaltens keine Rechtsansprüche auf weitere solche Leistungen in der Zukunft entstehen.

e) Zeitpunkt und Form

- 72 Der Freiwilligkeitsvorbehalt muss **vor Entstehung eines Rechtsanspruchs** auf wiederholte Leistungen in der Zukunft erklärt werden. Dh die Erklärung muss so rechtzeitig erfolgen, dass aus Sicht des Arbeitnehmers noch kein wiederholtes gleichförmiges – vorbehaltloses – Verhalten des Arbeitgebers gegeben ist.

Beispiel:

Bei Einmalzahlungen knüpft die Entstehung der betrieblichen Übung bzw. konkludenten individuellen Zusage in der Regel an eine dreimalige wiederholte Gewährung der Leistung ohne Vorbehalt an. Zur Vermeidung eines Vertrauens in eine vorbehaltlose und damit wiederkehrende Gewährung der Leistung muss es genügen, wenn eine der drei Leistungen mit einem Freiwilligkeitsvorbehalt erfolgte.

- 73 Der Freiwilligkeitsvorbehalt muss dabei so rechtzeitig erklärt werden, dass er nicht auf einen bereits durch vorbehaltlose Leistung begründeten Rechtsanspruch trifft.

Beispiel:

Erklärt der Arbeitgeber den Freiwilligkeitsvorbehalt erst anlässlich der dritten Leistungsgewährung, muss der Freiwilligkeitsvorbehalt vor oder mit der Leistung wirksam werden.

- 74 Unabhängig von der Frage, ob der Freiwilligkeitsvorbehalt als Willenserklärung zu betrachten ist, wird er nicht vor seinem **Zugang** wirksam (§ 130 BGB in direkter oder analoger Anwendung). Zugang erfordert eine zumutbare Kenntnisnahmemöglichkeit für den Arbeitnehmer, so dass nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge mit einer Kenntnisnahme zu rechnen ist. Der Freiwilligkeitsvorbehalt muss hierzu entweder dem Arbeitnehmer gegenüber unter Anwesenden unmittelbar erklärt werden oder in eine Empfangseinrichtung des Arbeitnehmers gelangen.

Beispiel:

Die Beifügung zur Entgeltabrechnung genügt nur, wenn der Arbeitnehmer diese rechtzeitig entgegen nimmt oder sie ihm rechtzeitig zugestellt wird.

⁸⁹ BAG 21. 4. 2010 – 10 AZR 163/09, NZA 2010, 808 (809f.); näher *Salamon* NZA 2010, 1272 ff.

⁹⁰ BAG 21. 4. 2010 – 10 AZR 163/09, NZA 2010, 808 (809f.).

⁹¹ BAG 13. 5. 2015 – 10 AZR 266/14, NZA 2015, 992 (993).

Der Freiwilligkeitsvorbehalt ist von Gesetzes wegen an keine besondere Form gebunden und kann daher auch mündlich oder konkludent erfolgen. 75

Praxistipp:

Aus Beweisgründen sollte der Freiwilligkeitsvorbehalt stets schriftlich dokumentiert erfolgen und eine Empfangsbestätigung des Arbeitnehmers bzw. diese ersetzende Botenbestätigung enthalten.

Noch nicht abschließend geklärt ist die Formbedürftigkeit von Erklärungen des Arbeitgebers bei Zusammentreffen mit einer qualifizierten Schriftformklausel. Ist diese wirksam, wird sie jedenfalls zu beachten sein und auch den Freiwilligkeitsvorbehalt der Schriftform unterwerfen, so dass Textform (Telefax, E-Mail etc.) nicht genügt. Verstößt eine qualifizierte Schriftformklausel gegen den Vorrang der Individualabrede gem. § 305b BGB und ist sie deshalb unwirksam,⁹² kann sich die Frage stellen, ob der Arbeitgeber sich als Verwender der Klausel auf deren Unwirksamkeit berufen kann. Dies ist zwar im allgemeinen Zivilrecht anerkannt, in der instanzgerichtlichen Rechtsprechung aber umstritten⁹³, so dass der Arbeitgeber vorsorglich in jedem Falle bei Vereinbarung einer qualifizierten Schriftformklausel deren Maßgabe beachten sollte. 76

f) Qualifizierte Schriftformklausel anstelle des pauschalen Freiwilligkeitsvorbehalts?

aa) Qualifizierte Schriftformklausel und betriebliche Übung

Eine qualifizierte Schriftformklausel, die auch die Aufhebung des Schriftformerfordernisses der Schriftform unterwirft, bedarf auch zu ihrer Abbedingung der Wahrung der Schriftform.⁹⁴ Nach bisheriger Rechtsprechung konnte eine im Arbeitsvertrag formulierte qualifizierte Schriftformklausel die Entstehung jeder betrieblichen Übung verhindern, da die **betriebliche Übung das Schriftformerfordernis nicht erfüllt**.⁹⁵ An dieser Rechtsprechung hat das BAG auch nach Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes festgehalten.⁹⁶ 77

In dieser die bisherige Rechtsprechung bestätigenden Entscheidung hat das BAG insbesondere darauf erkannt, dass die betriebliche Übung keine Individualabrede ist, weil sie zugunsten einer Vielzahl von Arbeitnehmern kollektiv entsteht und damit keine individuell ausgehandelte Verpflichtung beinhaltet.⁹⁷ Bei einer betrieblichen Übung bleibt zudem kein Raum für eine ausgehandelte Vereinbarung.⁹⁸ Aus diesem Grunde steht auch der **Vorrang (formloser) Individualabreden gem. § 305b BGB** der Verhinderung einer betrieblichen Übung durch eine doppelte Schriftformklausel **nicht entgegen**. Daran scheitern qualifizierte Schriftformklauseln, die den Vorrang der Individualabrede nicht klarstellen, vielfach.⁹⁹ 78

⁹² BAG 20. 5. 2008 – 9 AZR 382/07, NZA 2008, 1233 (1237).

⁹³ Für eine generelle Unwirksamkeit BGH 22. 1. 1990 – II ZR 15/89, NJW-RR 1990, 613 (614); 20. 10. 1994 – III ZR 76/94, NJW-RR 1995, 179 (180); *Salamon RdA* 2011, 266 (268); aA LAG Köln 21. 8. 2013 – 11 Sa 171/13.

⁹⁴ BAG 24. 6. 2003 – 9 AZR 302/02, NZA 2003, 1145 (1147).

⁹⁵ BAG 24. 6. 2003 – 9 AZR 302/02, NZA 2003, 1145 (1147) mwN.

⁹⁶ BAG 20. 5. 2008 – 9 AZR 382/07, NZA 2008, 1233 (1234f.).

⁹⁷ BAG 20. 5. 2008 – 9 AZR 382/07, NZA 2008, 1233 (1236).

⁹⁸ BAG 20. 5. 2008 – 9 AZR 382/07, NZA 2008, 1233 (1236).

⁹⁹ BAG 20. 5. 2008 – 9 AZR 382/07, NZA 2008, 1233 (1234f.).

bb) Qualifizierte Schriftformklausel und individuelle konkludente Zusagen

- 79 Nichts anderes kann für **konkludente individuelle Vereinbarungen** gelten, die ebenfalls nicht dem Vorrang der Individualabrede unterfallen. Ebenso wie die betriebliche Übung wird jedoch eine individuelle konkludente Zusage durch gleichförmiges wiederholtes Verhalten des Arbeitgebers nicht ausgehandelt, sondern durch das Verhalten des Arbeitgebers einseitig gestellt, was einer Individualabrede iSd § 305b BGB nach Auffassung des BAG entgegensteht.¹⁰⁰ Ebenso wie bei einer betrieblichen Übung spricht die bisherige Betrachtung des BAG zu § 305b BGB jedenfalls dafür, dass eine doppelte Schriftformklausel die Entstehung eines Rechtsanspruchs bei einer individuellen Zusage durch konkludentes Verhalten wie bei einer betrieblichen Übung verhindern kann.

cc) Auswirkung der Rechtsprechungsänderung zu pauschalen Freiwilligkeitsvorbehalten

- 80 Nach bisheriger Rechtsprechung konnte eine (wirksame) qualifizierte Schriftformklausel ebenso wie ein im Arbeitsvertrag verankerter pauschaler (wirksamer) Freiwilligkeitsvorbehalt die Entstehung betrieblicher Übungen für die gesamte Dauer des Arbeitsverhältnisses vermeiden. Gleiches musste für konkludente individuelle Vereinbarungen gelten. Das BAG hat aber zwischenzeitlich seine bisherige Rechtsprechung zur Anerkennung pauschaler Freiwilligkeitsvorbehalte aufgegeben.¹⁰¹ Das BAG sieht einen **Widerspruch** zwischen dem tatsächlichen (vorbehaltlosen) Verhalten des Arbeitgebers zu einem solchen Freiwilligkeitsvorbehalt, so dass letzterer das Vertrauen des Arbeitnehmers in eine vorbehaltlose Gewährung kaum erschüttern könne.¹⁰²
- 81 Diese Argumentation mag man teilen oder nicht,¹⁰³ sie lässt sich jedenfalls **auf qualifizierte Schriftformklauseln übertragen**. Ist die wiederholte vorbehaltlose Leistungsgewährung als Widerspruch zu einem pauschalen Freiwilligkeitsvorbehalt zu betrachten, wird dies ebenso für das Verhältnis einer qualifizierten Schriftformklausel zu einer wiederholten formlosen Leistungsgewährung gelten müssen. In beiden Sachverhalten verhält sich der Arbeitgeber abweichend gegenüber der Gestaltung des Arbeitsvertrages. Faktisch hätten qualifizierte Schriftformklauseln damit jede Bedeutung verloren.

II. Befristung und Bedingung von Entgeltbestandteilen

1. Abgrenzung zu Einmalleistungen

- 82 Terminologisch knüpft die Befristung einer Arbeitsbedingung daran an, dass diese nur bis zu einem bestimmten **Endtermin** (Befristungszeitpunkt) gelten soll. Dabei kann es sich um eine kalendermäßige Befristung (Datum) oder eine auflösende Bedingung (Eintritt eines bestimmten Ereignisses handeln).

Beispiel:

Der Arbeitgeber gewährt eine monatliche Zulage für die Dauer eines Geschäftsjahres, die Dauer der Ausübung einer Funktion oder die Laufzeit eines Projektes.

- 83 Nach einer Auffassung in der Literatur¹⁰⁴ sollen Regelungen über die Befristung von Arbeitsbedingungen bereits dann zum Tragen kommen, wenn eine einmalige Sonderzah-

¹⁰⁰ BAG 20. 5. 2008 – 9 AZR 382/07, NZA 2008, 1233 (1236).

¹⁰¹ BAG 13. 11. 2013 – 10 AZR 848/12, NZA 2014, 368 (372); 14. 9. 2011 – 10 AZR 526/10, NZA 2012, 81 (82).

¹⁰² BAG 14. 9. 2011 – 10 AZR 526/10, NZA 2012, 81 (84).

¹⁰³ Zust. Preis/Sagan NZA 2012, 697; abl. Bauer/v. Medem NZA 2012, 894; Salamon FA 2013, 101 (103).

¹⁰⁴ Preis/Preis II V 70 R.n. 95 ff.