

Arbeitsrecht

Lernbuch nach Anspruchsgrundlagen

Bearbeitet von

Von Prof. Dr. Hermann Reichold, ehem. Richter am Staatsgerichtshof des Landes Baden-Württemberg

6. Auflage 2019. Buch. XXIII, 395 S. Kartoniert

ISBN 978 3 406 72977 5

Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

Gewicht: 684 g

[Recht > Arbeitsrecht > Arbeitsrecht allgemein, Gesamtdarstellungen](#)

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

schnell und portofrei erhältlich bei

The logo for beck-shop.de features the text 'beck-shop.de' in a bold, red, sans-serif font. Above the 'i' in 'shop' are three red dots of increasing size. Below the main text, the words 'DIE FACHBUCHHANDLUNG' are written in a smaller, red, all-caps, sans-serif font.

beck-shop.de
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.

weil kein überprüfbarer „Änderungsvorbehalt“, sondern nur ein pauschaler „Freiwilligkeitsvorbehalt“ vereinbart war. Solche einseitigen Leistungsbestimmungsrechte des Verwenders zur Einschränkung seiner Hauptleistungspflichten unterliegen der **Inhaltskontrolle nach § 307 BGB**. Sie weichen vom allgemeinen Grundsatz ab, dass Verträge für beide Seiten bindend sind (*pacta sunt servanda*). Im Arbeitsverhältnis kann der Arbeitnehmer grundsätzlich auf die Beständigkeit der monatlich zugesagten Vergütung vertrauen. Bei Abwägung der berechtigten Interessen i.S.v. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB muss hier Arbeitgeber S vorgeworfen werden, dass er die **synallagmatische Verknüpfung** von Arbeitsleistung und Entgelt in Bezug auf die Zulage grundlegend gelöst hat. Seinem Flexibilisierungsinteresse hätte ausreichend über Widerrufs- (Rn. 12) und Anrechnungsvorbehalte Rechnung getragen werden können. Wird Entgelt i.e.S. aber unter einen Freiwilligkeitsvorbehalt gestellt, hat der Arbeitnehmer keine realistische Aussicht auf eine sichere Vergütung. Damit nutzt der Arbeitgeber seine strukturelle Überlegenheit über Gebühr aus. Die vorliegende Klausel benachteiligt Karl daher nach §§ 307 Abs. 1, 2 Nr. 1 BGB unangemessen und ist **unwirksam**. An die Stelle der unwirksamen Klausel tritt nach § 306 Abs. 2 BGB dispositives Gesetzesrecht. Damit hat Karl nach § 611a Abs. 2 BGB i.V.m. dem Schreiben vom 2.4.2005 einen **Anspruch** auf Zahlung der Zulage von monatlich 200 € brutto (vgl. BAG NZA 2007, 853).

Die Rechtsprechung zu bereits „erdienter“ Entlohnung ist aber nicht einheitlich. So hat der 10. BAG-Senat auch bei einer sehr hohen und individuellen **jährlichen** Sonderzahlung den Freiwilligkeitsvorbehalt anerkannt, obwohl damit die individuelle Arbeitsleistung besonders entgolten wurde (BAG NJW 2009, 2619 = NZA 2009, 535). Ein solches „pactum“ soll nicht kontrollfähig sein. Dem kann nicht zugestimmt werden, weil jede missbräuchliche „Wollensbedingung“ (so EU-RL) auch bei Entgeltabreden kontrollfähig ist (vgl. Lemke, NJW 2010, 257). Maßgeblich ist vielmehr auch hier die Unvereinbarkeit des Freiwilligkeitsvorbehalts mit dem Grundgedanken des synallagmatischen Zusammenhangs von Leistung und Gegenleistung (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB).

bb) Widerrufsvorbehalt

Nicht zu verwechseln mit dem Freiwilligkeitsvorbehalt ist der Widerrufsvorbehalt („Umgestaltungsvorbehalt“, vgl. Zöllner, NZA 1997, 121, 123 ff.) des Arbeitgebers. Behält er sich wirksam einen Widerruf vor, so kann er dieses Gestaltungsrecht nur nach „billigem Ermessen“ (§ 315 Abs. 1 BGB) ausüben, will er die Zusatzleistung einstellen oder reduzieren (→ Rn. 23). Er hat sich also **deutlich stärker gebunden** als bei einem Freiwilligkeitsvorbehalt (BAG NZA 2008, 1173, 1175). Bei der Auslegung der Bedingungen einer vorgeblich „freiwilligen“ Leistung ist daher höchste Sorgfalt geboten. Wer eine nur widerrufliche und nicht freiwillige Leistung gewährt, bleibt ohne Widerruf daran gebunden (BAG NJW 1996, 276). Bei der **Klauselformulierung** ist das Verbot des **§ 308 Nr. 4 BGB** zu beachten. „Zumutbar“ ist danach eine Klausel nur, wenn der im Gegenseitigkeitsverhältnis stehende widerrufliche Teil unter 25 % der Gesamtvergütung liegt und zudem der Tariflohn nicht unterschritten wird

(Rn. 10). Der Arbeitgeber muss die Widerrufsgründe im Arbeitsvertrag formelhaft benennen (z.B. „wirtschaftliche Notlage“, vgl. BAG NJW 2007, 536).

cc) *Rückzahlungs- oder Stichtagsklauseln*

- 13 Nicht nur Widerruf, sondern sogar Rückzahlung kann zur Sicherung einer – **ausschließlich** – die Betriebstreue belohnenden Sondervergütung vereinbart werden. Ähnlich verhält es sich mit der Rückerstattung von **Aus- und Weiterbildungskosten**, die der Arbeitgeber für seine Mitarbeiter investiert hat und die er mit einer – grundsätzlich legitimen – Bleibebedingung verknüpft (Beispiel → § 7 Rn. 33). Solche Klauseln ordnen eine Rückzahlungspflicht z.B. bei Ausscheiden innerhalb des auf die Auszahlung folgenden Quartals oder – bei Weiterbildung – innerhalb zweier Folgejahre an. Eine ähnliche Funktion haben sog. **Stichtagsklauseln**, die eine Sonderzahlung überhaupt erst fällig stellen beim Verbleib z.B. bis zum 31. März des Folgejahres. **Wirksam** sind solche Klauseln aber nur bei

- „freiwilligen“ Arbeitgeberleistungen (nicht: bei individuell leistungsbezogenen Bonuszahlungen, BAG NJW 2008, 680; BAG NZA 2011, 989),
- ausdrücklicher Vereinbarung und eindeutiger Fassung sowie
- zumutbarer Bindungsdauer (**Drittwirkung** von Art. 12 GG) und angemessenen Bindungsgründen.

Geringfügige Sondervergütungen bis 100,- € dürfen überhaupt nicht zurückverlangt werden, bei Leistungen bis zu einem Monatsgehalt darf die Bindungswirkung nur für ein Quartal (BAG NZA 2004, 924), bei solchen bis zu zwei Monatsgehältern nur für ein halbes Jahr vereinbart werden. Ob diese Rechtsprechung angesichts der Kündigungsfristen des § 622 Abs. 1, 2 BGB aufrecht erhalten werden kann, erscheint aber zweifelhaft.

Klauseln bezüglich der **Rückzahlung von Ausbildungskosten** sind gem. **§ 307 BGB** dann unwirksam, wenn die Rückzahlungsverpflichtung für alle, also auch für die in die Risikosphäre des Arbeitgebers fallenden Kündigungen (z.B. aus betriebsbedingten Gründen) fällig werden soll (BAG NZA 2007, 748; 2006, 1042 → Beispiel § 7 Rn. 33). Wirksam ist dagegen die Klausel, die Weiterbildungskosten *vor dem* Abschluss der Ausbildung bei Ausscheiden „auf eigenen Wunsch oder aus seinem Verschulden“ zurückfordert (BAG DB 2011, 1338).

e) **Betriebliche Altersversorgung**

- 14 Auch Leistungen der betrieblichen Altersversorgung, d.h. „Leistungen der Alters-, Invaliditäts- oder Hinterbliebenenversorgung aus Anlass eines Arbeitsverhältnisses“ (Legaldefinition in § 1 Abs. 1 S. 1 BetrAVG), ergeben sich anders als bei der gesetzlichen Rentenversicherung **nicht aus dem Gesetz** – das **BetrAVG** ist ein „Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung“! –, sondern aufgrund freier Entscheidung des Arbeitgebers. Rechtsgrund ist also auch hier der **Arbeitsvertrag** i.V.m. der Versorgungszusage, die häufig auch im Tarifvertrag, in einer Betriebsvereinbarung als „Versorgungsordnung“ (auch als AGB),

in einer Gesamtzusage oder einer betrieblichen Übung enthalten ist oder kraft Gleichbehandlung als begründet gilt. Der Arbeitgeber ist dazu aber nicht verpflichtet. Sagt er eine „Betriebsrente“ zu, so handelt es sich um **Entgelt i.w.S.**, das

- kraft seines **Versorgungscharakters** beim Eintritt in den Ruhestand fällig wird,
- auf verschiedenen **Durchführungswegen**, nicht nur kraft Direktzahlung, sondern z.B. auch kraft einer Unterstützungskasse (betriebliches Versorgungswerk als e.V.) oder einer vom Arbeitgeber abgeschlossenen Lebensversicherung zugunsten des Arbeitnehmers oder im Wege der Entgeltumwandlung (§ 1 Abs. 2 Nr. 3 BetrAVG) umgesetzt werden kann,
- trotz Ausscheidens aus dem Unternehmen **als unverfallbare Anwartschaft** dem Arbeitnehmer erhalten bleibt, wenn gewisse Zeiten der Betriebszugehörigkeit und der Versorgungszusage erfüllt sind (näheres in §§ 1 b, 2 BetrAVG),
- nur bei wirtschaftlicher Notlage (sog. „zwingende Gründe“) oder bei gravierenden Treupflichtverletzungen des Arbeitnehmers widerrufen werden kann.

f) Abgrenzung

Kein Entgelt sind solche Bar- oder Sachleistungen, die dem Arbeitnehmer **15** nicht als Gegenleistung für seine Arbeitsleistung vom Arbeitgeber zufließen, sondern aus anderen Gründen, z.B. als Aufwendungsersatz nach § 670 BGB (z.B. Reisespesen → Rn. 106), Schadensersatz oder als Abfindung für den Verlust des Arbeitsplatzes (§§ 9, 10 KSchG).

Beispielsfall: Serviererin Ina verdient zusätzlich zu ihrem Bruttoverdienst bei der Brauerei-GmbH noch durchschnittlich 200,- € im Monat an **Trinkgeldern** von ihren zufriedenen Gästen, was einem Tagesschnitt von 10,- € entspricht. Sowohl für die Zeiten ihres Erholungsurlaubs als auch für die Krankheitstage wird ihr aber nur der anteilige Lohn ohne Trinkgelder fortbezahlt. Sie ist der Auffassung, das Trinkgeld sei ähnlich einer Provision fester regelmäßiger Lohnbestandteil, der in die Entgeltfortzahlung eingehen müsse. Zu Recht?

Lösung: Die Ina zufließenden Trinkgelder sind **nicht Arbeitsentgelt** gem. § 611a Abs. 2 BGB und damit weder nach § 11 BUrlG noch nach § 4 EFZG fortzuzahlen, weil kein Rechtsgrund ersichtlich ist, der ihr nicht nur die Aussicht, sondern einen Anspruch auf solche Zahlungen einräumt. Trinkgelder sind vielmehr Geldbeträge, die Dritte „ohne rechtliche Verpflichtung dem Arbeitnehmer *zusätzlich* zu einer dem Arbeitgeber geschuldeten Leistung“ zahlen, vgl. § 107 Abs. 3 S. 2 GewO. Anders wäre der Fall nur zu entscheiden, wenn der Arbeitgeber die regelmäßige Verdienstchance von Ina in seine Entgeltvereinbarung einfließen lassen würde und dann selbst als Naturalvergütung (hier: Verschaffung einer Verdienstmöglichkeit) schulden würde (BAG NJW 1996, 1012; vgl. aber § 107 Abs. 3 S. 1 GewO).

Prüfungsschema 9: Sondervergütungen („Gratifikationen“)

1. Anspruchsqualität

- a) Unbedingte Zusage → Behandlung wie Entgelt i.e.S.
 - b) Zusage **unter** Freiwilligkeits- oder Widerrufsvorbehalt (Entgelt i.w.S.)
- Achtung:** Im Zweifel entscheidet Auslegung, ob leistungsbezogenes Entgelt i.e.S. (a) oder kollektive „freiwillige“ Leistung i.w.S. (b) vorliegt – maßgebliches Indiz für (a) ist individuelle Entgeltauszahlung (nicht: kollektive Ausschüttung!).

2. Auslegung der Zusage

- a) Sondervergütung mit reinem Entgeltcharakter (z.B. „13. Monatsgehalt“)
- b) Sondervergütung für Betriebszugehörigkeit und/oder -treue (z.B. „Treueprämie“)
- c) **Im Zweifel:** Sondervergütung mit Mischcharakter, die sowohl Arbeitsleistung als auch Betriebstreue honorieren soll.

3. Anspruchskürzung bzw. -ausschluss (nur bei Entgelt i.w.S.)

- a) **Gesetzliche Regelung:** Kürzung von Sondervergütungen in den Grenzen des § 4a EFZG bei krankheitsbedingten Fehlzeiten möglich.
- b) **Vertragliche Regelung** in den **Grenzen** der §§ 307 ff., insb. §§ 308 Nr. 4, 315 BGB i.V.m. Art. 12 GG möglich:
 - Verfallsklauseln auch bei betriebsbedingter Kündigung, soweit 2 b/c (+) und transparente sowie zumutbare Bedingung (+)
 - Rückzahlungsklauseln müssen verhältnismäßig sein, soweit 2 b (+) und transparente sowie zumutbare Bedingung (+)
 - Anwesenheitsklauseln nur unter Beachtung von § 4a EFZG, soweit 2 b/c (+)
 - Kürzungsklauseln bei Zusatzvergütung (1b) möglich, soweit nicht mehr als 25 % des im Gegenseitigkeitsverhältnis stehenden Entgelts betroffen (BAG NJW 2005, 1820; NJW 2007, 536) und transparenter sowie zumutbarer Bedingung
- c) **Bei fehlender vertraglicher Regelung** entscheiden Sinn und Zweck der Sondervergütung über Bindungswirkung (→ Betriebliche Übung, Rn. 26)

3. Entgeltbemessung und -änderung

a) Durch Gesetz (insb. Mindestlohngesetz)

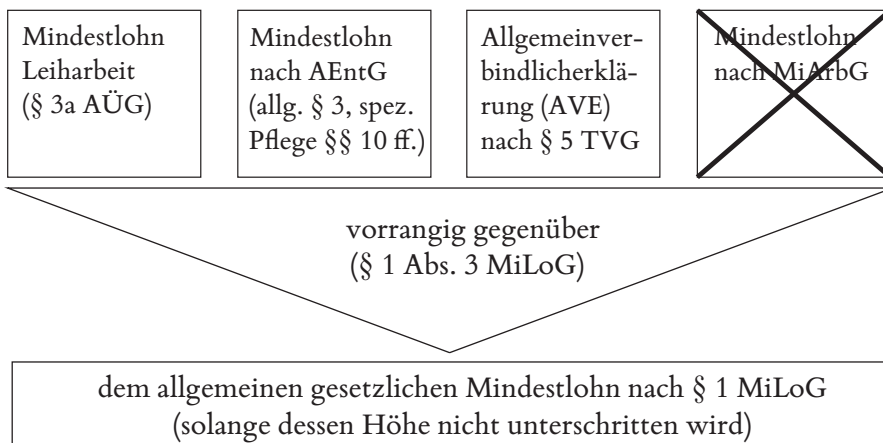
- 16 Die schwierige Frage nach dem „gerechten Lohn“ ist in einer Marktwirtschaft nicht Sache des Gesetzgebers, sondern folgt prinzipiell den Marktgesetzen von Angebot und Nachfrage in **modifizierter** Form: den Resultaten nämlich der Ausübung kollektiver Vertragsfreiheit zwischen den jeweiligen **Tarifpartnern** nach dem sog. „Gegenmachtprinzip“ (Rieble, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, 1996, Rn. 114). Allerdings hat die Erosion der Tarifbindung in manchen Branchen zum (umstrittenen) Eingriff des Gesetzgebers geführt, der zum 1.1.2015 einen **allgemeinen Mindestlohn** von 8,50 € brutto je Arbeitszeitstunde **politisch für nötig hielt** (näher Bayreuther, NZA 2014, 865; Lembke, NZA 2015, 70; zur Problematik allgemein vgl. Wank, FS Buchner, 2009, S. 898). Zum 1.1.2019 wird er auf 9,19 € angehoben, zum 1.1.2020 soll eine weitere Anhebung auf 9,35 € folgen. Abreden, die den Mindestlohn un-

terschreiten, sind unwirksam, vgl. § 3 S. 1 MiLoG. An die Stelle der unwirksamen Vergütungsvereinbarung tritt dann die Regel des § 612 Abs. 2 BGB: der Arbeitgeber schuldet dann nicht nur den Mindestlohn, sondern die tariflich übliche Entlohnung. Zu kritisieren ist, dass der Mindestlohn keine Rücksicht auf kollidierende Tarifverträge nimmt – er also nicht „tarifdispositiv“ ist und insoweit die (vorzugswürdige) tarifautonome Lohnfindung entmachtet, die es auch im Niedriglohnbereich noch gibt.

Der Anspruch auf den gesetzlichen Mindestlohn nach dem MiLoG wirft eine Vielzahl von Einzelfragen auf. So war etwa umstritten, ob **Mindestlohn auch für Bereitschaftszeiten**, also Zeiten mit weniger starker Inanspruchnahme, zu zahlen ist (abl. *Thüsing/Hütter*, NZA 2015, 970). Vom BAG ist das zu Recht bejaht worden, da das MiLoG nicht nach dem Grad der Inanspruchnahme des Arbeitnehmers differenziere (*BAG NJW* 2016, 3675). Sehr problematisch ist auch, ob z.B. Treueprämien, Urlaubs- und Weihnachtsgeld, Provisionen sowie sonstige Zuschläge auf den Mindestlohn **angerechnet** werden können. In einer wegweisenden Entscheidung hat das BAG entschieden, dass „alle zwingend und transparent geregelten Gegenleistungen des Arbeitgebers für die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers Bestandteil des Mindestlohns“ sind (*BAG NZA* 2017, 378). Damit ist alles, was im **Synallagma des Arbeitsverhältnisses** (→ Rn. 7) steht, auf den Mindestlohn anzurechnen. Das gilt auch für Treueprämien sowie Schicht- bzw. Sonn- und Feiertagszulagen, die der Arbeitgeber für jede tatsächlich geleistete Arbeitsstunde vorbehaltlos zahlt (vgl. *BAG NZA* 2017, 378; *NJW* 2017, 3324), sowie Weihnachtsgeld und sonstige Jahresonderzahlungen, die zu 1/12 monatlich ausgezahlt werden (*BAG BeckRS* 2016, 74821).

Es gibt für Arbeitnehmer folgende Wege zum Mindestlohn (mit unterschiedlicher Nähe zur **Tarifautonomie** → § 11 Rn. 5 ff., § 12):

Schaubild 10: Systematik gesetzlicher Mindestlohnvorgaben



Neben dem neuen Mindestlohngesetz, das einen unabdingbaren Mindestlohnsockel statuiert, gibt es folgende **vorrangige**, weil speziellere Wege zu einem (besseren) Mindestlohn: 17

(1) erlaubt das AÜG in § 3a eine eigene Mindestlohnregelung speziell für die **Leih-/Zeitarbeit** (ähnlich wie traditionell § 19 HAG für das Heimarbeitsrecht);

(2) ermöglicht weiterhin das **Arbeitnehmer-Entsendegesetz** (AEntG) die Festsetzung von Mindestlöhnen und anderen Mindestbedingungen (§§ 2, 5 AEntG) aufgrund *bundesweiter* Tarife per Rechtsverordnung (nach Antrag auf AVE – ohne das Einvernehmen im Tarifausschuss gem. § 5 Abs. 1 S. 1 TVG –, vgl. § 7 Abs. 1 AEntG) mit der Folge, dass **Branchen-Mindestlöhne** mit international zwingender Wirkung auch für ausländische Unternehmen, die Mitarbeiter nach Deutschland entsenden, EU-konform Geltung beanspruchen. Das sog. Tarifautonomiestärkungsgesetz vom 2.7.2014 hat diese Verbindlich-Erklärung auf **alle Branchen** erstreckt – geschuldet wird dann von allen Unternehmen nicht nur der Mindestlohn, sondern der festgesetzte höhere Tariflohn. Für den Mindestlohn in der **Pflegebranche** wurde zudem in §§ 10–13 AEntG wegen der besonderen Bedeutung der kirchlichen Einrichtungen („Dritter Weg“ → § 3 Rn. 48) eine besondere Kommissionslösung geschaffen, deren Vorschläge ebenfalls per RVO zum Branchen-Mindestlohn führen;

(3) wurde die tarifnahe klassische Allgemeinverbindlicherklärung von Lohn-tarifen nach § 5 TVG (→ § 12 Rn. 20) noch weiter geöffnet und setzt jetzt allein ein wenig greifbares „öffentliches Interesse“ voraus (krit. *Bepler*, DJT-Gutachten 2014, S. B 111);

(4) kann man jetzt endgültig auf das verstaubte „Gesetz über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen“ (**MiArbG**) von 1952, das 2009 gerade noch modernisiert wurde, verzichten.

Die Fülle der aktuellen Mindestlohnregelungen erzeugt konzeptionelle Unübersichtlichkeit und unabgestimmte Systeme (vgl. nur *Löwisch*, RdA 2009, 215; *Sittard*, NZA 2009, 346). Als Branchen-Mindestlöhne wahren sie dennoch nach Gegenstand und Verfahren eine gewisse Nähe zu den Einschätzungen der fachlich zuständigen Sozial- und Tarifpartner (soweit vorhanden). Dass der Staat den Weg hoheitlich festgesetzter Arbeitsbedingungen wählt, kann inzwischen aber nicht mehr als Ausnahme gelten, sondern greift auch durch die Kommission zur Festsetzung des Mindestlohns immer weiter um sich. Damit werden im Ergebnis Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände nicht gestärkt, sondern zulasten der ordnungspolitisch vorzugswürdigen Regel tarifautonomer Lösungen (→ Rn. 18) geschwächt.

b) Durch Tarifvertrag

aa) Kollektives Aushandeln

- 18 Das Aushandeln des Entgelts durch die Verbände der Arbeitgeber und Gewerkschaften ist die historische Antwort auf das arbeitsvertragliche Ungleichgewicht zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer (→ § 1 Rn. 6 ff.). Der Tarifvertrag ist noch immer der wichtigste Bemessungsfaktor für das Arbeitsentgelt. Er bewirkt keinen „Einheitslohn“, sondern differenziert nach Branchen und Regionen (und beschränkt nur dort den Kostenwettbewerb). Ein Facharbeiter

in der Energieindustrie NRW kann mehr als doppelt so viel wie der vergleichbar qualifizierte Arbeitnehmer in der Schuh- oder Textilindustrie SchlH verdienen. Der Marktmechanismus wird nur **nach unten** begrenzt, während wegen des Günstigkeitsprinzips (§ 4 Abs. 3 TVG) dem Arbeitgeber Spielräume nach oben verbleiben, die er z.B. durch die freiwillige Gewährung von „über-tariflichen Zulagen“ nutzt (→ Rn. 23). Häufiger als die normative Bindung an den Entgelttarif (§§ 3, 4 TVG) ist aber die rein vertragliche Bindung kraft Bezugnahmeklausel (→ § 3 Rn. 43), die auch eine Änderung **nach unten** (z.B. im Wege der Vertragsänderung) erlaubt.

bb) Eingruppierung

Die richtige Tarifierung wird **Eingruppierung** genannt. Wie in einem Katalog 19 ordnet der Entgelttarif einer abstrakten Tätigkeit (z.B. „Angestellte/r im Sozial- und im Erziehungsdienst“) eine Vergütungsstufe zu und definiert Anforderungen an die jeweilige Tätigkeit (z.B. durch Beschreibung der „Arbeitsvorgänge“, vgl. §§ 12, 13 TVöD bzw. TV-L). Der Arbeitgeber hat deshalb kein „Wahlrecht“ bei der Eingruppierung, sondern muss die **Entgeltbestimmung als tarifliche Rechtsfolge** (unter Mitbestimmung des Betriebsrats, vgl. § 99 Abs. 1 BetrVG) der vereinbarten Tätigkeit vollziehen (sog. „Tarifautomatik“). Irrt er sich dabei, hat der Arbeitnehmer Anspruch auch auf rückwirkende Höhergruppierung. Bei fehlender Tarifbindung („Bezugnahmeklausel“) wirkt eine ausdrücklich vereinbarte Tarifvergütung allerdings **konstitutiv** und nicht, wie sonst, als deklaratorische Entgeltbestimmung, die folglich nur durch Vertragsänderung bzw. Änderungskündigung noch verändert werden kann.

cc) Flucht aus dem Tarif?

Eine Entgeltveränderung **ohne Tarifparteien** kann vom einzelnen Arbeit- 20 geber zum Zwecke der Abkoppelung von der Tarifentwicklung oder der Absenkung nach unten nur durch Beendigung der Tarifbindung durch (1) Austritt aus dem Arbeitgeberverband bzw. Umstellung auf OT-Mitgliedschaft (→ § 11 Rn. 19) und (2) Ablauf des gültigen Entgelttarifs (§ 3 Abs. 3 TVG, i.d.R. nach ein bis zwei Jahren) erreicht werden. Das alleine führt aber noch nicht weiter, weil es (3) einer anderweitigen Entgeltvereinbarung bedarf, um die Nachwirkung des Tarifentgelts zu verhindern (→ § 12 Rn. 22). Weil Arbeitnehmer selten auf erworbene Besitzstände freiwillig verzichten, müsste dann zur betriebsbedingten **Änderungskündigung** gegriffen werden, die nach § 2 KSchG nur gerechtfertigt ist, wenn die Entgeltabsenkung das mildere Mittel gegenüber einer sonst berechtigten betriebsbedingten Kündigung darstellte. Mit anderen Worten: Entgeltabsenkungen gegen den Willen des Arbeitnehmers sind **nur bei nachweisbarer Existenzgefährdung** des Betriebs durch Änderungskündigung möglich. Zu rechtfertigen ist diese starke Bestandssicherung mit dem besonderen Stellenwert der tariflichen bzw. vertraglichen Entgeltabrede als einem *essential* des Arbeitsvertrags: „pacta sunt servanda“ (für differenzierende Lösungen aber z.B. Reichold, RdA 2002, 331 ff.; Reiserer, NZA 2007, 1249 f.).

c) Durch Betriebsvereinbarung

aa) Tarifvorbehalt für Entgeltregelungen

- 21 Die betriebliche Lohnbestimmung wird von vielen Kritikern des Flächentarifs als ökonomisch einzig sinnvolle Lösung gefordert. Juristisch scheitert das aber an **§ 77 Abs. 3 BetrVG** (i.V.m. Art. 9 Abs. 3 GG), der die Betriebsvereinbarung als Rechtsquelle für üblicherweise dem Tarif vorbehaltene Entgeltregelungen – auch für nicht tarifgebundene Arbeitgeber! – sperrt (→ § 12 Rn. 39). Allerdings können Entgeltregelungen zum Zwecke erwünschter Flexibilisierung durch Tarifvertrag an die Betriebsparteien **delegiert** werden. Ohne tarifvertragliche Ermächtigung können Betriebsvereinbarungen dennoch nach § 87 Abs. 1 Nrn. 10, 11 BetrVG über außer- oder übertarifliche Zulagen, freiwillige Jahresgratifikationen, Treuegelder usw. (also meist **Entgelt i.w.S.**) abgeschlossen werden, soweit keine tarifliche Regelung (tatsächlich) vorliegt. Dabei ist zu beachten, dass der Arbeitgeber mitbestimmungsfrei über das „Ob“ der Vergütung entscheiden kann, sodann über die Vergütungshöhe, den -zweck und die -zielgruppe. Der Betriebsrat hat dagegen über die „Wie“-Frage mitzubestimmen, also z.B. darüber, in welchem Verhältnis die übertariflichen Zulagen der Außendienstler zu denen der Innendienstler stehen sollen (sog. Verteilungsgrundsätze → § 14 Rn. 55). Gibt es einen Betriebsrat, aber **keine Tarifbindung**, dann übernimmt dieser nach viel zu weit gehender BAG-Rechtsprechung die Rolle der Ersatz-Gewerkschaft, weil er über die gesamte „betriebliche Vergütungsordnung“ mitbestimmen kann: alle Vergütungsbausteine leiste der Arbeitgeber „freiwillig“, diese seien daher alle auch (als Gesamtsystem!) mitbestimmungspflichtig (vgl. nur BAG NZA 2011, 598; NZA 2008, 1426). Damit wird die Vertragsfreiheit des Arbeitgebers im Entgeltbereich elementar eingeschränkt: jede Individualabrede zum Entgelt soll sich dem kollektiven System unterordnen (ausf. Kritik bei Reichold, FS Picker, 2010, S. 1079; ders., FS Wank, 2014, S. 455; vgl. auch Raab, SR 2018, 144).

Beispielsfall: Philipp ist EDV-Ingenieur und erhält von seiner Arbeitgeberin, der Sonix-AG, ein „frei vereinbartes Gehalt“ in Höhe von 4.500 €. Die S-AG ist ebenso wie P tarifgebunden, hat mit einem Teil ihrer Mitarbeiter aber Gehälter vereinbart, die erheblich über denen der obersten Tarifgruppe liegen (**AT-Gehälter**). P gehört der höchsten Gruppe „AT II“ an, unterhalb der die Gruppen „AT Ia“ und „AT Ib“ liegen. Mit dem neuen Tarifabschluss werden zum 1.6. die Tarifgehälter um 6,7% erhöht. Die Gehälter der AT Ia-Gruppe werden zum 1.6. einheitlich um 200 € erhöht, die der AT Ib-Gruppe in unterschiedlicher Höhe, mindestens jedoch um 215 €, und die der AT II-Gruppe ebenfalls unterschiedlich, durchschnittlich aber um 6%, ohne dass der Betriebsrat beteiligt wird. P erhält zum 1.6. 4.750 €. Im Arbeitsvertrag ist die Frage von Gehaltsanpassungen im Zusammenhang mit Tarifänderungen nicht angesprochen. P fragt, ob er nicht Anspruch auf die 6,7%ige Tarifloohnerhöhung habe, und ob die „Kürzung seiner übertariflichen Zulage“ mangels Mitbestimmung nicht ohnehin unwirksam sei.