

Beck'sches Formularbuch Arbeitsrecht

von

Bernd Klemm, Dr. Hendrik Kornbichler, Dr. Kerstin Neighbour, Dr. Ingrid Ohmann-Sauer, Matthes Schröder, Dr. Eckard Schwarz, Henning Abraham, Dr. Thomas Frank, Dr. Leif H. Hansen, Dr. Tim Gero Joppich, Dr. Lars Mohnke, Dr. Martin Pflüger, Stefan Richter, Tim Wybitul, Andreas Zürn

3., überarbeitete und erweiterte Auflage



Verlag C.H. Beck München 2014

Verlag C.H. Beck im Internet:

www.beck.de

ISBN 978 3 406 62565 7

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

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

gem Beginn oder unterjähriger Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine nur zeitanteilige Auszahlung erfolgt, ist also nur deklaratorisch. Sie empfiehlt sich zur Vermeidung von Streitigkeiten.

Eine überproportionale Kürzung des 13. Monatsgehalts für Zeiten, in denen das Arbeitsverhältnis noch nicht bestand (Fall des **unterjährigen Eintritts**), ist aufgrund des reinen Entgeltcharakters des 13. Monatsgehalts unzulässig. Dieses wird durch die laufende Erbringung der Arbeitsleistung – unabhängig von vergangener oder künftiger Betriebstreue – durch den Arbeitnehmer „verdient“ (vgl. BAG AP BGB § 611 Gratifikationen Nr. 84).

Aus diesem Grund ist auch der Bestand des Arbeitsverhältnisses zum Auszahlungstermin (Fall des **unterjährigen Austritts**) keine Anspruchsvoraussetzung. Die Auszahlung des 13. Monatsgehalts kann deshalb nicht von der Bedingung abhängig gemacht werden, dass das Arbeitsverhältnis an einem bestimmten Tag noch besteht (sog. Stichtagsregelung; vgl. BAG EZA BGB § 611 Gratifikation, Prämie Nr. 86; BAG NZA 2011, 989; BAG BB 2013, 2931). Wenn vor allem Wert auf die Vereinbarung einer Stichtagsregelung gelegt wird, dann sollte die Sonderzahlung **deutlich als Sonderzahlung ausschließlich zur Belohnung der Betriebstreue** und nicht als 13. Monatsgehalt ausgestaltet werden (→ Form. A. III. 5 Anm. 1, 9). Entscheidet sich der Arbeitgeber jedoch dafür, eine Sonderzahlung als 13. Monatsgehalt auszugestalten, ist (wie im Formular geschehen) auf eine Stichtagsregelung zu verzichten.

Für Zeiten, in denen das **Arbeitsverhältnis ruht** (z. B. Elternzeit, unbezahlter Urlaub oder Freistellungsphasen), kann das 13. Monatsgehalt auch ohne ausdrückliche Regelung anteilig gekürzt werden. Dies folgt aus dem Grundsatz „Ohne Arbeit kein Lohn“. Erbringt der Arbeitnehmer beispielsweise im Bezugszeitraum (hier: Kalenderjahr) nur einen Monat lang seine Arbeitsleistung bei im Übrigen ruhendem Arbeitsverhältnis, so schuldet der Arbeitgeber auch nur ein Zwölftel des 13. Monatsgehalts (zur Elternzeit vgl. EuGH NZA 1999, 1325; BAG NZA 1995, 1098; BAG NZA 1991, 318; anders bei Teilzeittätigkeit bei demselben Arbeitgeber während der Elternzeit BAG NZA 2000, 1060; zur Teilnahme an einem rechtmäßigen Streik BAG NJW 2000, 1285). Das Formular enthält gleichwohl eine klarstellende Regelung zur Vermeidung von Streitigkeiten.

6. Kürzung bei Fehlzeiten. Für Fehlzeiten, in denen das Arbeitsverhältnis zwar nicht ruht, aber dennoch keine gesetzlichen Entgeltfortzahlungsansprüche bestehen, ist eine anteilige Kürzung des 13. Monatsgehalts vorgesehen. Dies folgt wiederum aus dem Grundsatz „Ohne Arbeit kein Lohn“.

Für **Mutterschutzzeiten** (§§ 3 Abs. 2, 6 Abs. 1 MuSchG) ist nach Ansicht des BAG allerdings eine Kürzung von Sonderzahlungen ausgeschlossen. Denn die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Zahlung der Vergütung werde während dieser Zeiten „. . . . nicht in vollem Umfang aufgehoben“. Vielmehr bleibe der Arbeitgeber zur Zahlung eines Zuschusses zum Mutterschaftsgeld verpflichtet (vgl. BAG NZA 1999, 766; BAG NZA 1999, 772). Diese Entscheidungen sind nur schwer nachvollziehbar. Denn der Arbeitgeberzuschuss zu einer gesetzlichen Sozialleistung kann nicht als „Kompensation“ für die entfallene Vergütung zur Aufrechterhaltung des ungekürzten Anspruchs auf das 13. Monatsgehalt fungieren. Der Rechtsprechung folgend wurden die Mutterschutzzeiten jedoch explizit von der Kürzungsregelung ausgenommen.

5. Gratifikation für Betriebstreue

§ Vergütung¹

(1) (.)²

(2) Die Gesellschaft entscheidet jährlich neu, ob sie dem Mitarbeiter (*Optional: frühestens ab dem Jahr der Betriebszugehörigkeit*)³ mit dem Novembergehalt eine Gratifikation bis zu einer Höhe von EUR (in Worten: Euro) brutto gewährt. Wird eine Gratifikation gewährt und ist der Mitarbeiter in Teilzeit tätig, wird die Gratifikation nur anteilig im Verhältnis der vereinbarten Arbeitszeit zur Arbeitszeit von Vollzeitarbeitskräften gezahlt.⁴ Entscheidet sich die Gesellschaft für die Gewährung einer Gratifikation, wird hiermit ausschließlich die Belohnung der in der Vergangenheit gezeigten Betriebstreue und die Förderung zukünftiger Betriebstreue des Mitarbeiters bezweckt.⁵

(Alternative:⁶

(2) Die Gesellschaft entscheidet jährlich neu, ob und in welcher Höhe sie dem Mitarbeiter mit dem Novembergehalt eine Gratifikation gewährt. In diesem Fall wird die Gratifikation – abhängig von der ununterbrochenen Betriebszugehörigkeit – folgende Höchstbeträge nicht übersteigen:

bei mindestens einem Jahr Betriebszugehörigkeit maximal EUR (in Worten: Euro) brutto

bei mindestens zwei Jahren Betriebszugehörigkeit maximal EUR (in Worten: Euro) brutto

bei mindestens vier Jahren Betriebszugehörigkeit maximal EUR (in Worten: Euro) brutto

bei mindestens sechs Jahren Betriebszugehörigkeit maximal EUR (in Worten: Euro) brutto

bei mindestens acht Jahren Betriebszugehörigkeit maximal EUR (in Worten: Euro) brutto

bei mindestens zehn Jahren Betriebszugehörigkeit maximal EUR (in Worten: Euro) brutto

(.).

Wird eine Gratifikation gewährt und ist der Mitarbeiter in Teilzeit tätig, wird die Gratifikation nur anteilig im Verhältnis der vereinbarten Arbeitszeit zur Arbeitszeit von Vollzeitarbeitskräften gezahlt. Entscheidet sich die Gesellschaft für die Gewährung einer Gratifikation, wird hiermit ausschließlich die Belohnung der in der Vergangenheit gezeigten Betriebstreue und die Förderung zukünftiger Betriebstreue des Mitarbeiters bezweckt.)

(3) Sofern die Gesellschaft eine Gratifikation gewährt, erfolgt dies freiwillig und mit der Maßgabe, dass auch bei wiederholter Zahlung ein Anspruch des Mitarbeiters nur auf die jeweils erhaltene, nicht aber auf weitere Gratifikationen in der Zukunft entsteht.⁷

(4) Wird eine Gratifikation gewährt, wird sie bei unterjährigem Beginn des Arbeitsverhältnisses nur zeitanteilig gezahlt.⁸

(5) Eine etwaige Gratifikation wird nur dann gezahlt, wenn

- das Arbeitsverhältnis zum Auszahlungstermin noch besteht und

- bis zum Auszahlungstermin keine außerordentliche und keine ordentliche Kündigung aus personenbedingten, verhaltensbedingten oder betriebsbedingten Gründen durch die Gesellschaft erklärt wurde und
- bis zum Auszahlungstermin keine außerordentliche und keine ordentliche Kündigung durch den Mitarbeiter erklärt wurde und
- bis zum Auszahlungstermin auch kein Aufhebungsvertrag abgeschlossen wurde.
S. 1 gilt nicht, wenn die Gratifikation 200 EUR brutto oder weniger beträgt.⁹

(6) Wurde eine Gratifikation gezahlt, ist sie zurückzuzahlen, wenn

- eine außerordentliche oder eine ordentliche Kündigung aus personenbedingten, verhaltensbedingten oder betriebsbedingten Gründen durch die Gesellschaft erklärt wird oder
- eine außerordentliche oder eine ordentliche Kündigung durch den Mitarbeiter erklärt wird oder
- ein Aufhebungsvertrag abgeschlossen wird oder
- eine Befristung vereinbart ist
und das Arbeitsverhältnis hierdurch vor Ablauf des 31. 3. des folgenden Kalenderjahrs oder, sofern die Gratifikation eine Monatsvergütung übersteigt, vor Ablauf des 30.6. des folgenden Kalenderjahrs endet. Eine Rückzahlungsverpflichtung besteht nicht, wenn die Gratifikation 200 EUR brutto oder weniger beträgt.¹³

Anmerkungen

1. Gratifikation. Die Gratifikation ist eine Zuwendung des Unternehmens zu einem bestimmten Anlass (z.B. Weihnachten, Urlaub, Jubiläum). Gratifikationen sind **Arbeitsentgelt im weiteren Sinne**. Mit ihnen wird über die Entlohnung erbrachter Arbeitsleistung hinaus ein weitergehender Zweck verfolgt, insbesondere die Honorierung von **Betriebstreue** (vgl. BAG AP BGB § 611 Gratifikation Nr. 135; *Preis Arbeitsvertrag II* S 40 Rn. 30). Der Arbeitnehmer soll durch diese Sonderzahlung, die zusätzlich zum Arbeitsentgelt im engeren Sinne geleistet wird, an den Betrieb „gebunden“ werden. Daher wird teilweise auch die Bezeichnung „Sonderzahlungen mit Bindungswirkung“ verwendet. Die Terminologie ist nicht einheitlich und so wird der Begriff „Gratifikation“ teilweise auch für Sonderzahlungen mit reinem Entgeltcharakter verwendet, die ausschließlich die bereits erbrachte Arbeitsleistung belohnen sollen (**Arbeitsentgelt im engeren Sinne**, z.B. 13. Monatsgehalt, → Form. A. III. 4; vgl. *Reiserer DB* 1997, 426; Bauer/Lingemann/Diller/Haufmann/*Lingemann* 1. Alternative zu Form. M 12.15). Im Formular ist eine Gratifikation geregelt, die als Sonderzahlung zur Honorierung der Betriebstreue ausgestaltet ist.

Die Unterscheidung zwischen den einzelnen Arten von Sonderzahlungen ist nicht nur theoretisch. Hiervon hängt ab, ob und in welchem Umfang ein Gestaltungsspielraum hinsichtlich Ausschluss-, Kürzungs- und Stichtagsregelungen besteht. Zusätzliche Leistungen des Arbeitgebers in Form von **Sonderzahlungen mit reinem Entgeltcharakter** (13. Monatsgehalt; → Form. A. III. 4) entlohnen ausschließlich die bereits erbrachte **Arbeitsleistung**. Für die Abgrenzung zu den Sonderzahlungen zur Honorierung der Betriebstreue und den Sonderzahlungen mit Mischcharakter zieht die Rechtsprechung Indizien heran, um die Zweckrichtung zu bestimmen. Die Bezeichnung (z. B. als Weihnachtsgratifikation) und die Abhängigkeit der Zahlung vom (ungekündigten) Bestand des Arbeitsverhältnisses an einem bestimmten Tag (sog. Stichtagsregelung) sprechen für die Bindungswirkung und damit gegen das Vorliegen einer Sonderzahlung mit reinem Entgeltcharakter (vgl. LAG Düsseldorf BeckRS 1996, 30908152). Gegen den Charakter einer Sonderzahlung mit reinem Entgeltcharakter und für das Vorliegen einer Gratifikation spricht auch die Staffelung der Höhe der Auszahlungssumme nach der Betriebszugehörigkeit (vgl. BAG AP BGB § 611 Gratifikation Nr. 93), die Abhängigkeit des

Anspruchs auf Sonderzahlung von der Erfüllung einer bestimmten Wartezeit und die Aufnahme eines Freiwilligkeitsvorbehalts (vgl. MünchHdbArbR/Krause § 59 Rn. 7).

Sonderzahlungen nur zur Honorierung der Betriebstreue sind ohne jeglichen Bezug zur Arbeitsleistung ausgestaltet. In der Regel soll dann nicht nur die vom Arbeitnehmer in der Vergangenheit gezeigte Betriebstreue belohnt, sondern auch die Betriebstreue in der Zukunft gefördert werden. Diese Form der Gratifikation war für die Praxis in der Vergangenheit von geringer Bedeutung. Häufig wählte der Arbeitgeber in der Vergangenheit eine **Sonderzahlung mit Mischcharakter**. Mit dieser wird nicht nur die gezeigte und zukünftige Betriebstreue, sondern auch die Arbeitsleistung belohnt. Aufgrund der Änderung der Rechtsprechung des BAG sind Stichtags- und Rückzahlungsklauseln nur noch bei Sonderzahlungen zur Honorierung der Betriebstreue und nicht mehr für Sonderzahlungen mit Mischcharakter zulässig (→ Anm. 9, 10). Kommt es dem Arbeitgeber vorrangig darauf an, mit der Sonderzahlung zu erreichen, dass das Arbeitsverhältnis zu einem bestimmten Stichtag noch besteht, muss er die Zahlung wie im Formular als Sonderzahlung zur Honorierung der Betriebstreue ausgestalten. Der Nachteil dieser Gestaltung ist, dass keine Kürzung bei Fehlzeiten ohne Entgeltfortzahlungsanspruch oder bei ruhendem Arbeitsverhältnis möglich ist, weil der mit der Gratifikation verfolgte Zweck auch ohne tatsächlich erbrachte Arbeit erreicht wird (zur Kürzung bei ruhendem Arbeitsverhältnis vgl. BAG NJW 1975, 278; BAG NZA 1995, 1096; *Hanau/Vossen* DB 1992, 213, 218; *Küttner/Griese* Einmalzahlungen Rn. 12 ff.; zur Kürzung bei Krankheit vgl. BAG NZA 2005, 655; *Salamon* NZA 2013, 590, 592).

Auch wenn der Arbeitgeber eine Gratifikation freiwillig – d.h. ohne Verpflichtung aufgrund Gesetzes, Tarifvertrages oder Betriebsvereinbarung – gewährt, muss er bei seiner Entscheidung, ob und unter welchen Voraussetzungen er „freiwillige“ Gratifikationen gewährt, den **allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz** beachten. Danach ist es dem Arbeitgeber verwehrt, einzelne Arbeitnehmer oder Gruppen von Arbeitnehmern von allgemein begünstigenden Regelungen auszunehmen, wenn kein **sachlicher Grund** für die Ungleichbehandlung vorliegt (vgl. BAG NZA 1998, 1298; BAG NZA 2007, 687; BAG NZA 2007, 1424; *Freitag* NZA 2002, 294, 296). Ein sachlicher Grund ist gegeben, wenn nach dem Zweck der Leistung Gründe bestehen, die es unter Berücksichtigung aller Umstände rechtfertigen, einem Arbeitnehmer die vergleichbaren Arbeitnehmern gewährte Leistung vorzuenthalten. Ein solcher Grund kann beispielsweise gegeben sein, wenn der Arbeitgeber mit der Leistung eine bestimmte Arbeitnehmergruppe stärker an den Betrieb binden will, weil deren Weggang zu besonderen Belastungen führen würde (vgl. BAG NZA 2003, 724).

Der **Betriebsrat hat ein erzwingbares Mitbestimmungsrecht** bei Fragen der betrieblichen Lohngestaltung (§ 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG) und damit, soweit der Aspekt der Verteilung betroffen ist, auch bei Gratifikationen.

2. Ergänzende Regelung. Die Klausel ist eine Ergänzung zu → Form. A. II. 1. Sie ist im Anschluss an die Vergütungsregelung (§ 3) nach Abs. (1) einzufügen. Die folgenden Absätze in § 3 von → Form. A. II. 1 rücken dann entsprechend nach hinten.

3. Wartezeitregelung. Die in der Alternative vorgesehene Wartezeitregelung verdeutlicht den Zweck der Gratifikation, die Betriebstreue zu honorieren. Die Verknüpfung einer Gratifikation mit einer Wartezeitregelung in Abhängigkeit von der Betriebszugehörigkeit ist grundsätzlich **zulässig** (vgl. *Preis* Arbeitsvertrag II S 40 Rn. 35).

4. Teilzeitarbeit. Gegen das **Schlechterstellungsverbot von Teilzeitarbeitskräften** (vgl. § 4 Abs. 1 S. 1, S. 2 TzBfG) wird verstoßen, wenn Teilzeitbeschäftigte aufgrund ihres unterschiedlichen Arbeitspensums von einer Gratifikationsregelung völlig ausgeschlossen werden. Zulässig ist es jedoch, Teilzeitbeschäftigten nur eine ihrer Arbeitszeit entsprechende anteilige Gratifikation zu gewähren (vgl. BAG NZA 1991, 350). Soll die als

Festbetrag vorgesehene Gratifikation Teilzeitbeschäftigten nur anteilig gewährt werden, muss dies ausdrücklich vertraglich geregelt werden (im Form. jeweils Abs. (2) S. 2). Denn bei einer Gratifikation, die die Betriebstreue des Arbeitnehmers belohnt, ergibt sich eine anteilige Gewährung nicht automatisch. Knüpft die Höhe der Gratifikation dagegen an das **Monatsgehalt** des Arbeitnehmers an, ergibt sich automatisch eine Berücksichtigung einer etwaigen Teilzeittätigkeit. Einer gesonderten Kürzungsregelung bedarf es dann nicht. Abs. (2) S. 2 ist daher bei Anknüpfung der Gratifikationshöhe an das Monatsgehalt zu streichen, da es sonst zu einer unzulässigen überproportionalen Benachteiligung von Teilzeitbeschäftigten kommt.

5. Zweck. Um die in der Praxis häufig auftretenden Auslegungsprobleme hinsichtlich der Zweckrichtung zu vermeiden, wurde der Zweck der Gratifikation im Formular **ausdrücklich genannt**. Die Belohnung der vergangenen Betriebstreue und die Förderung der zukünftigen Betriebstreue belegen, dass es sich eine Sonderzahlung zur Honorierung der Betriebstreue handelt. Hierfür sprechen auch die im Formular verwendeten Stichtags- und Rückzahlungsklausel (s. Form. Abs. (5) und (6)). Allerdings darf sich die Gratifikation nur im üblichen Rahmen einer Treuegratifikation bewegen und keinen wesentlichen Anteil an der Gesamtvergütung des Arbeitnehmers ausmachen (BAG NZA 2012, 620, 622). Dieser übliche Rahmen ist bei einem Monatsgehalt sicher nicht überschritten (*Reinecke* BB 2013, 437, 440). Eine dahingehende Entscheidung des BAG steht jedoch noch aus. Der Zweck der Honorierung der Betriebstreue tritt wohl in den Hintergrund, wenn die Gratifikation mehr als drei Monatsgehälter der Gesamtvergütung des Arbeitnehmers ausmacht (vgl. BAG NZA 2009, 783).

6. Staffelung nach Betriebszugehörigkeit. Die Gratifikationshöhe ist in der Alternative nach der Dauer der Betriebszugehörigkeit gestaffelt. Auch durch die Staffelung der Gratifikationshöhe wird deutlich, dass es sich um eine Sonderzahlung zur Honorierung der Betriebstreue handelt.

7. Freiwilligkeitsvorbehalt. Der Freiwilligkeitsvorbehalt **verhindert** von vornherein die **Entstehung eines Anspruchs auf eine Gratifikation** (BAG NZA 2010, 445; BAG NZA 2011, 628). Der Freiwilligkeitsvorbehalt hat zur Folge, dass der Arbeitgeber die Leistungen **ohne die Erfüllung weiterer Voraussetzungen** einstellen kann. Eine Ausübungskontrolle findet anders als beim Widerrufsvorbehalt (→ Form. A. III. 1 Anm. 7) nicht statt. Es bedarf daher weder eines sachlichen Grunds noch der Beachtung der Grundsätze billigen Ermessens (BAG AP BGB § 307 Nr. 38). Der Freiwilligkeitsvorbehalt bezieht sich nicht nur auf Gratifikationen in der Zukunft, sondern auch auf Leistungen für den laufenden Bezugszeitraum (vgl. BAG NZA 1996, 1028 unter Aufgabe von BAG AP BGB § 611 Gratifikation Nr. 86). Ein Rechtsanspruch auf die Gratifikation für ein bestimmtes Jahr entsteht daher erst mit einer vorbehaltlosen Zusage oder mit der tatsächlichen Erbringung der Leistung (vgl. BAG AP BGB § 611 Gratifikation Nr. 187; BAG NZA 2000, 944).

Um dem Transparenzgebot gerecht zu werden (dazu sogleich), ist es zu empfehlen, dass im Freiwilligkeitsvorbehalt geregelt wird, dass der Arbeitgeber jährlich neu entscheidet, ob und in welcher Höhe er eine Leistung gewährt. Derartige Formulierungen wurden teilweise als einseitiges Leistungsbestimmungsrecht verstanden. Das verstöße zwar nicht gegen das AGB-Recht. Allerdings müsse das einseitige Leistungsbestimmungsrecht nach billigem Ermessen (vgl. § 315 BGB) ausgeübt werden (zu Bonuszahlungen vgl. BAG NZA 2013, 148; zu Weihnachtsgratifikationen vgl. BAG NZA 2013, 1013; ausführlich *Lakies* ArbRAktuell 2013, 251). Mit diesem Verständnis wäre die Ausübung des Vorbehalts dann doch wieder justiziabel.

Es ist umstritten, **welche Vergütungsbestandteile** unter einen Freiwilligkeitsvorbehalt gestellt werden können. Das BAG hat diese Frage bislang nicht abschließend geklärt (→ Form. A. II. 1 Anm. 9). Das Formular sieht eine jährliche Zahlung einer Gratifikation

vor, die nicht die Arbeitsleistung, sondern die Betriebstreue honoriert. Ein Freiwilligkeitsvorbehalt ist für eine solche Leistung möglich.

Die Rechtsprechung zu Freiwilligkeitsvorbehalten ist sehr restriktiv geworden. So sind allgemeine Freiwilligkeitsvorbehalte in einem Anstellungsvertrag unwirksam, die sämtliche Zusatzleistungen erfassen sollen (BAG BeckRS 2013, 67714; BAG BeckRS 2013, 69281, → Form. A. II. 1 Anm. 9).

Soweit Leistungen überhaupt noch unter einen Freiwilligkeitsvorbehalt gestellt werden können, werden an dessen Formulierung hohe Anforderungen unter dem Gesichtspunkt des **Transparenzgebots** (§ 307 Abs. 1 S. 2 BGB) gestellt (BAG NZA 2008, 1173; BAG AP BGB § 307 Nr. 38; BAG NZA 2011, 628). Der Freiwilligkeitsvorbehalt (an sich) muss klar und verständlich sein. Er darf sich nicht in dem bloßen Hinweis erschöpfen, dass die Leistung über sonstige bestehende Regelung hinaus „freiwillig“ erfolgt. Vielmehr muss deutlich werden, dass kein Anspruch auf die Leistung besteht. Das betrifft nicht nur die Klausel zum Freiwilligkeitsvorbehalt selbst. Vielmehr muss strikt darauf geachtet werden, dass sich nicht aus anderen Regelungen der Vereinbarung der Eindruck ergibt, dass die Gratifikation fest zugesagt werden soll. Auch das würde sich in Widerspruch zum Freiwilligkeitsvorbehalt setzen. Der Eindruck einer fest zugesagte Leistung könne aber auch entstehen, wenn geregelt ist, dass der Arbeitnehmer eine bestimmte Leistung „erhält“ oder er an der Ausschüttung eines bestimmten Vergütungsbestandteils „teilnimmt“ oder sogar von einem „Anspruch des Arbeitnehmers“ die Rede ist. Ein Anspruch würde auch suggeriert, wenn die Voraussetzungen und die Höhe der Leistungen präzise formuliert sind. Um dem Transparenzgebot gerecht zu werden und um den Eindruck eines Anspruchs zu vermeiden, wird im Formular die Regelung zur Gratifikation damit eingeleitet, dass die Gesellschaft jährlich neu entscheidet, ob eine Gratifikation gewährt wird. Es wird auch keine bestimmte Höhe, sondern nur ein Höchstbetrag geregelt. In den weiteren Regelungen wird darauf hingewiesen, dass sie nur bei einer entsprechenden Gewährung der Gratifikation zur Anwendung kommen.

Aufgrund der verschärften Rechtsprechung ist dringlich zu empfehlen, den **Freiwilligkeitsvorbehalt vor jeder Zahlung einer Gratifikation zu wiederholen** (→ Form. A. II. 1 Anm. 9). Ein solcher Hinweis wirkt auch dem Entstehen einer betrieblichen Übung oder einer vertraglichen Bindung durch konkludente Willenserklärung entgegen (BAG NZA 2011, 826 Rn. 28; BAG NJW 2013, 1021; *Lakies ArbRAktuell* 2013, 343941).

Formulierungsvorschlag:

Sehr geehrte/r Frau/Herr,

wir freuen uns, Ihnen mitzuteilen, dass sich die Gesellschaft entschieden hat, in diesem Jahr eine Gratifikation zu zahlen.

Die Gratifikation beträgt für Sie in diesem Jahr

. EUR brutto.

Wir weisen darauf hin, dass dies eine freiwillige Leistung ist. Auch bei wiederholter Zahlung entsteht ein Anspruch nur auf die jeweils erhaltene, nicht aber auf zukünftige Gratifikationen. Im Übrigen gelten die Bestimmungen gemäß § Abs. bis des Arbeitsvertrags.

Mit freundlichen Grüßen

.

Unterschrift der Gesellschaft

8. Anteilige Zahlung bei Eintritt. Bei Gratifikationen zur Honorierung der Betriebsstreue ist aufgrund des Zwecks auch eine Klausel zulässig, die die **zeitanteilige Kürzung** der Gratifikation **bei unterjährigem Eintritt** vorsieht. Eine anteilige Kürzung bei einem unterjährigem Austritt ist hier nicht enthalten. Für diesen Fall greift die Stichtagsregelung (vgl. im Form. Abs. (5) und → Anm. 10) und schließt einen Anspruch vollständig aus.

Abs. (4) ist zu streichen, wenn von der Wartezeitregelung (Option in Abs. (2) S. 1) oder der Staffelung der Gratifikation nach Betriebszugehörigkeit mit einer Mindestbetriebszugehörigkeit von einem Jahr Gebrauch gemacht wird (Alternative zu Abs. (2)).

9. Stichtagsregelung. Bei Verwendung einer Stichtagsregelung kommt die Gratifikation nur dann zur Auszahlung, wenn das Arbeitsverhältnis zu einem bestimmten Zeitpunkt noch besteht, es ungekündigt ist und auch kein Aufhebungsvertrag abgeschlossen wurde. Früher wurden Stichtagsregelungen sowohl bei Sonderzahlungen mit Mischcharakter als auch bei Sonderzahlungen zur Honorierung der Betriebstreue für zulässig gehalten (BAG NZA 1993, 353). Nur bei Sonderzahlungen mit reinem Entgeltcharakter wurden Stichtagsregelungen für unzulässig erklärt. Diese Rechtsprechung hat der 10. Senat aufgegeben (BAG NZA 2012, 561). Stichtagsregelungen sind weiterhin für Sonderzahlungen mit reinem Entgeltcharakter und nunmehr auch für Sonderzahlungen mit Mischcharakter unzulässig. Möglich sind Stichtagsregelungen nur noch für Sonderzahlungen, die nicht (auch nicht zum Teil) die Arbeitsleistung belohnen, sondern allein die Betriebstreue honorieren oder lediglich eine Beteiligung an den erhöhten Aufwendungen zu Weihnachten darstellen (BAG NZA 2012, 561). Die im Formular geregelte Gratifikation honoriert ausschließlich die Betriebstreue. Eine Stichtagsregelung ist daher möglich.

Weitere Voraussetzung für eine wirksame Stichtagsregelung ist, dass der Stichtag **innerhalb des Bezugszeitraums** liegt (vgl. *Preis Arbeitsvertrag* II S 40 Rn. 56). Das ist der Zeitraum, für den die Gratifikation gezahlt wird. Soweit ein Stichtag gewählt wird, der außerhalb des Bezugszeitraums und nach Fälligkeit der Gratifikationszahlung liegt, ist dies keine Stichtagsregelung, sondern eine (verdeckte) Rückzahlungsklausel (→ Anm. 10). Im Formular wurde vorgesehen, die Gratifikation mit dem Novembergehalt auszus zahlen. An diesen **Auszahlungstermin** knüpft auch die Stichtagsregelung an.

Unter dem Gesichtspunkt des Vorliegens einer unangemessenen Benachteiligung (§ 307 Abs. 1 S. 1 BGB) prüft das BAG, ob Stichtagsregelungen zu einer **überlangen Bindungsdauer** führen (BAG NZA 2008, 40). Eine solche Fallkonstellation ist denkbar, wenn sehr lange Kündigungsfristen zu einer längeren Bindung führen würden, als sie über eine Rückzahlungsklausel erreicht werden könnte. Das BAG hat jedoch nicht entschieden, wann eine überlange Bindungsdauer vorliegt, sondern offen gelassen, ob insoweit auf die für Rückzahlungsklauseln entwickelten Grenzen (→ Anm. 10) zurückgegriffen werden kann. Es hat lediglich darauf hingewiesen, dass sich auch eine Stichtagsklausel an der Höhe der jeweiligen Gratifikation orientieren muss. Um diesem Umstand Rechnung zu tragen, wurde im Formular vorgesehen, dass Kleingratifikationen bis 200 EUR nicht von der Stichtagsklausel erfasst werden.

Maßgeblich für den Anspruch auf eine Gratifikation nach der hier vorgeschlagenen Regelung ist, dass sich der Arbeitnehmer am Stichtag in einem **ungekündigten Arbeitsverhältnis** befindet und auch **kein Aufhebungsvertrag** abgeschlossen ist. Das BAG geht davon aus, dass **alle Arten der Kündigung** des Arbeitsverhältnisses von einer Stichtagsregelung erfasst werden können. Das betrifft ordentliche und außerordentliche Kündigungen sowie Arbeitgeber- und Arbeitnehmerkündigungen. Auch der Grund der Kündigung (betriebs-, personen- oder verhaltensbedingt) ist unerheblich (BAG BeckRS 1983, 04923; BAG AP BGB § 611 Gratifikation Nr. 167; BAG AP BGB § 242 Betriebliche Übung Nr. 55; BAG NZA 2012, 620).

Ist die arbeitgeberseitige **Kündigung unwirksam**, so ist zu unterscheiden: Greift der Arbeitnehmer die Kündigung nicht fristgemäß gerichtlich an, gilt sie als rechtswirksam (§ 7 KSchG). Das Arbeitsverhältnis endet dann aufgrund dieser Kündigung, so dass die Gratifikation nach der Stichtagsregelung ausgeschlossen ist. Eine Berufung auf die Stichtagsregelung kann ausnahmsweise dann ausgeschlossen sein, wenn der Arbeitgeber den Eintritt der Bedingung treuwidrig herbeigeführt hat (§ 162 Abs. 2 BGB; vgl. BAG NZA 2012, 620). Wird die Kündigung angegriffen und stellt ein Gericht fest, dass sie unwirksam war, greift die Stichtagsregelung nicht und die Gratifikation ist zu zahlen. Allein der Umstand, dass eine (in diesem Fall unwirksame) Kündigung ausgesprochen wurde, lässt die Gratifikation nicht entfallen. Aufgrund des Urteils werden alle nachteiligen Folgen der Kündigung beseitigt. Das Gleiche gilt, wenn die Unwirksamkeit der Kündigung gericht-

lich festgestellt und das Arbeitsverhältnis nur aufgrund eines Auflösungsantrags nach §§ 9, 10 KSchG aufgelöst wird (vgl. BAG NZA 1990, 490).

Es ist wichtig, die Stichtagsklausel auf den Fall zu erstrecken, dass zum vorgesehenen Stichtag bereits ein **Aufhebungsvertrag** geschlossen ist. Ohne entsprechende Regelung wäre dieser Fall nicht von der Stichtagsregelung umfasst, da ein vor dem Stichtag abgeschlossener Aufhebungsvertrag einer Kündigung des Arbeitsverhältnisses nicht gleichsteht (vgl. BAG AP BGB § 611 Gratifikation Nr. 146).

Endet das Arbeitsverhältnis bereits vor dem Stichtag infolge des Auslaufens einer **Befristung**, ist keine Gratifikation zu zahlen (LAG Mainz BeckRS 2011, 71725). Ob eine Gratifikation auch dann ausgeschlossen werden kann, wenn der Arbeitnehmer zum maßgeblichen Stichtag in einem befristeten Arbeitsverhältnis steht, wurde noch nicht abschließend durch die Rechtsprechung entschieden. Klar ist nur, dass es hierfür einer ausdrücklichen Regelung bedürfte, weil eine Befristung nicht einer Kündigung gleichsteht (vgl. BAG AP BGB § 611 Gratifikation Nr. 160; BAG NZA 2007, 687, 689). Offen ist dagegen, ob es überhaupt zulässig ist, den Anspruch auf eine Gratifikation von dem Bestehen eines am Stichtag unbefristeten Arbeitsverhältnisses abhängig zu machen. Bedenken ergeben sich aufgrund des Verbots der Schlechterstellung befristet beschäftigter Arbeitnehmer (§ 4 Abs. 2 TzBfG). Danach dürfen befristet beschäftigte Arbeitnehmer im Verhältnis zu vergleichbaren unbefristet beschäftigten Arbeitnehmern (auch im Hinblick auf das Arbeitsentgelt) nur dann unterschiedlich behandelt werden, wenn hierfür sachliche Gründe vorliegen. Vom Zweck der Gratifikation her, auch die zukünftige Betriebs-treue zu honorieren, ließe sich argumentieren, dass bei Auslaufen einer Befristung diese Voraussetzung nicht mehr erreicht werden kann. Allerdings entsteht infolge der zum Teil sehr langen Befristungszeiträume ein Widerspruch zur möglichen Bindungsdauer im Rahmen einer Rückzahlungsklausel. Ist eine Rückzahlungsklausel vorgesehen, muss der Arbeitnehmer die Gratifikation zurückzahlen, wenn er das Arbeitsverhältnis vor dem 31.3. oder 30.6. des Folgejahres beendet. Würde der Arbeitnehmer der Gratifikation verlustig gehen, weil sein Arbeitsverhältnis aufgrund einer Befristung zu einem späteren Zeitpunkt endet, wäre er stärker gebunden als ein unbefristet beschäftigter Arbeitnehmer. Der bloße Umstand, dass zum Stichtag bereits feststeht, dass das Arbeitsverhältnis aufgrund einer Befristung enden wird, wurde daher nicht aufgenommen. Die verwendete Klausel führt daher nur dann zum Ausschluss, wenn das Arbeitsverhältnis vor dem Stichtag infolge des Auslaufens der Befristung bereits geendet hat. Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses nach dem Stichtag infolge einer Befristung hat jedoch im Rahmen der Rückzahlungsklausel Bedeutung. Hierdurch wird dann eine Gleichstellung mit den unbefristet beschäftigten Arbeitnehmern erreicht (vgl. sogleich → Anm. 10).

10. Rückzahlungsklauseln. Durch eine Rückzahlungsklausel kann geregelt werden, dass die Gratifikation zurückgezahlt werden muss, wenn der Arbeitnehmer vor einem bestimmten, nach der Auszahlung der Gratifikation liegenden Zeitpunkt, aus dem Arbeitsverhältnis ausscheidet. Hierfür bedarf es einer ausdrücklichen Vereinbarung, in der die **Voraussetzungen**, die die Rückzahlungspflicht auslösen, klar geregelt sind. Außerdem darf die Rückzahlungspflicht den Arbeitnehmer nicht unangemessen lange binden (vgl. BAG AP BGB § 611 Gratifikation Nr. 176; BAG AP BGB § 611 Gratifikation Nr. 250). Rückzahlungsklauseln werden im Zweifel eng ausgelegt. Verbleibende Unklarheiten gehen zulasten des Arbeitgebers (vgl. § 305c Abs. 2 BGB).

Das BAG hat noch nicht entschieden, wie hoch der Anteil der Vergütung sein darf, der einer Rückzahlungspflicht unterliegen kann. Im Zusammenhang mit einer Beendigung aufgrund einer betriebsbedingten Kündigung hat es sich aber dahin geäußert, dass eine Überschreitung von 25 Prozent des Gesamtverdienstes kaum interessengerecht sei (vgl. BAG NZA 2008, 40, 43). Da das BAG diese Grenze auch in anderem Zusammenhang angewandt hat (→ Form. A. III. 1 Anm. 7 bzgl. eines Widerrufsvorbehalts, → Form.