

BUNDESARBEITSGERICHT



6 AZR 151/10
16 Sa 10/09
Landesarbeitsgericht
Baden-Württemberg

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
7. Juli 2011

URTEIL

Gaßmann, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Sechste Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 7. Juli 2011 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Fischermeier, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Brühler, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Spelge sowie den ehrenamt-

lichen Richter Knauß und die ehrenamtliche Richterin Kammann für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg - Kammern Mannheim - vom 17. September 2009 - 16 Sa 10/09 - unter Zurückweisung der Revision im Übrigen teilweise aufgehoben.
2. Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Arbeitsgerichts Mannheim - Kammern Heidelberg - vom 21. Januar 2009 - 10 Ca 140/08 - teilweise abgeändert:
Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 56,74 Euro brutto zuzüglich Zinsen von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. Februar 2007 zu zahlen.
3. Der Kläger hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten darüber, ob dem Kläger für die Kalenderjahre 2007 und 2008 eine tarifliche Leistungszulage iHv. monatlich 109,93 Euro brutto zusteht. 1

Der Kläger war bei der Beklagten vom 1. September 1982 bis zum 31. Dezember 2008 als Arbeiter beschäftigt. Von Januar 2001 bis Dezember 2008 wurde er im Rahmen einer Verwaltungsleihe beim Abwasserzweckverband H (AZV) eingesetzt, mit dem er mit Wirkung zum 1. Januar 2009 ein Arbeitsverhältnis begründete. Auf das Arbeitsverhältnis der Parteien fanden kraft beiderseitiger Tarifbindung die zwischen der Vereinigung der Kommunalen Arbeitgeberverbände (VKA) und dem Kommunalen Arbeitgeberverband Baden-Württemberg mit der Gewerkschaft Öffentliche Dienste, Transport und Verkehr (ÖTV) und mit der Vereinten Dienstleistungsgewerkschaft (*ver.di*) abgeschlossenen Tarifverträge Anwendung. Der Kläger erhielt bis zum 31. De- 2

zember 2006 eine Leistungszulage gemäß § 5 des vom Kommunalen Arbeitgeberverband Baden-Württemberg und der Gewerkschaft ÖTV abgeschlossenen Bezirkslohntarifvertrags Nr. 5 G vom 5. April 1991 für Arbeiter und Arbeiterinnen gemeindlicher Verwaltungen und Betriebe (*BzLT Nr. 5 G*). § 5 dieses Tarifvertrags regelt:

„§ 5 Leistungszulage

- (1) Für besondere Leistungen kann der Arbeitgeber eine Leistungszulage gewähren.
- (2) Die Leistungszulage ist jederzeit widerruflich.
- (3) Die Leistungszulage darf im Einzelfall in den Lohngruppen 1 bis 6 a höchstens 15 v. H., in den Lohngruppen 7 bis 9 höchstens 9 v. H. aus 95 v. H. des Monatstabellenlohnes der Stufe 1 der jeweiligen Lohngruppe oder aus 95 v. H. des auf die Arbeitsstunde umgerechneten Monatstabellenlohnes der Stufe 1 der jeweiligen Lohngruppe betragen.
- (4) Leistungszulagen sollen in der Regel an höchstens 25 v. H. der Gesamtzahl der beschäftigten Arbeiter bewilligt werden.

...“

Ab dem 1. Oktober 2005 richtete sich das Arbeitsverhältnis der Parteien nach den Vorschriften des TVöD und des Tarifvertrags zur Überleitung der Beschäftigten der kommunalen Arbeitgeber in den TVöD und zur Regelung des Übergangsrechts (*TVÜ-VKA*). In § 2 TVÜ-VKA ist geregelt:

3

„§ 2 Ablösung bisheriger Tarifverträge durch den TVöD.

- (1) Der TVöD ersetzt in Verbindung mit diesem Tarifvertrag bei tarifgebundenen Arbeitgebern, die Mitglied eines Mitgliedsverbandes der VKA sind, den

...

- Bundesmanteltarifvertrag für Arbeiter gemeindlicher Verwaltungen und Betriebe - BMT-G II - vom 31. Januar 1962,

...

- (2) Die von den Mitgliedverbänden der VKA abgeschlossenen Tarifverträge sind durch die landesbezirklichen Tarifvertragsparteien hinsichtlich ihrer Weitergeltung zu

prüfen und bei Bedarf bis zum 31. Dezember 2006 an den TVöD anzupassen; die landesbezirklichen Tarifvertragsparteien können diese Frist verlängern. Das Recht zur Kündigung der in Satz 1 genannten Tarifverträge bleibt unberührt.

...“

Am 22. November 2006 schlossen der Kommunale Arbeitgeberverband 4
Baden-Württemberg und ver.di einen am 15. Dezember 2006 in Kraft getre-
ten landesbezirklichen Tarifvertrag, in dem sie die in § 2 Abs. 2 TVÜ-VKA
vorgesehene Anpassungsfrist bis zum 31. Dezember 2007 verlängerten.

Die Beklagte unterrichtete den Kläger in einem Schreiben vom 5
18. Oktober 2005 über die Überleitung seines Arbeitsverhältnisses in den TVöD
und teilte ihm hinsichtlich der Leistungszulage Folgendes mit:

„Sie haben bisher eine Leistungszulage in Höhe von
109,93 Euro erhalten, die nicht bei der Berechnung des
Vergleichsentgelts berücksichtigt wurde. Diese wird Ihnen
vorläufig auch weiterhin gezahlt und in Ihrer Entgeltab-
rechnung separat ausgewiesen.“

Bezüglich des Leistungsentgelts regelte § 18 TVöD-VKA in der für den 6
Klagezeitraum maßgeblichen Fassung (§ 18 TVöD-VKA aF):

„§ 18 VKA Leistungsentgelt

(1) Die leistungs- und/oder erfolgsorientierte Bezahlung soll dazu beitragen, die öffentlichen Dienstleistungen zu verbessern. Zugleich sollen Motivation, Eigenverantwortung und Führungskompetenz gestärkt werden.

(2) Ab dem 1. Januar 2007 wird ein Leistungsentgelt eingeführt. Das Leistungsentgelt ist eine variable und leistungsorientierte Bezahlung zusätzlich zum Tabellenentgelt.

(3) Ausgehend von einer vereinbarten Zielgröße von 8 v. H. entspricht bis zu einer Vereinbarung eines höheren Vorphundertsatzes das für das Leistungsentgelt zur Verfügung stehende Gesamtvolumen 1 v. H. der ständigen Monatsentgelte des Vorjahres aller unter den Geltungsbereich des TVöD fallenden Beschäftigten des jeweiligen Arbeitgebers. Das für das Leistungsentgelt zur Verfügung stehende Gesamtvolumen ist zweckentsprechend zu verwenden; es besteht die Verpflichtung zu

jährlicher Auszahlung der Leistungsentgelte.

...

(4) Das Leistungsentgelt wird zusätzlich zum Tabellenentgelt als Leistungsprämie, Erfolgsprämie oder Leistungszulage gewährt; das Verbinden verschiedener Formen des Leistungsentgelts ist zulässig. Die Leistungsprämie ist in der Regel eine einmalige Zahlung, die im Allgemeinen auf der Grundlage einer Zielvereinbarung erfolgt; sie kann auch in zeitlicher Abfolge gezahlt werden. Die Erfolgsprämie kann in Abhängigkeit von einem bestimmten wirtschaftlichen Erfolg neben dem gemäß Absatz 3 vereinbarten Startvolumen gezahlt werden. Die Leistungszulage ist eine zeitlich befristete, widerrufliche, in der Regel monatlich wiederkehrende Zahlung. Leistungsentgelte können auch an Gruppen von Beschäftigten gewährt werden. Leistungsentgelt muss grundsätzlich allen Beschäftigten zugänglich sein. Für Teilzeitbeschäftigte kann von § 24 Abs. 2 abgewichen werden.

...

(5) Die Feststellung oder Bewertung von Leistungen geschieht durch das Vergleichen von Zielerreichungen mit den in der Zielvereinbarung angestrebten Zielen oder über eine systematische Leistungsbewertung. Zielvereinbarung ist eine freiwillige Abrede zwischen der Führungskraft und einzelnen Beschäftigten oder Beschäftigtengruppen über objektivierbare Leistungsziele und die Bedingungen ihrer Erfüllung. Leistungsbewertung ist die auf einem betrieblich vereinbarten System beruhende Feststellung der erbrachten Leistung nach möglichst messbaren oder anderweitig objektivierbaren Kriterien oder durch aufgabenbezogene Bewertung.

(6) Das jeweilige System der leistungsbezogenen Bezahlung wird betrieblich vereinbart. Die individuellen Leistungsziele von Beschäftigten bzw. Beschäftigtengruppen müssen beeinflussbar und in der regelmäßigen Arbeitszeit erreichbar sein. Die Ausgestaltung geschieht durch Betriebsvereinbarung oder einvernehmliche Dienstvereinbarung, in der insbesondere geregelt werden:

...

Protokollerklärungen zu § 18:

...

5. Die landesbezirklichen Regelungen in Baden-Württemberg, in Nordrhein-Westfalen und im Saarland zu Leistungszuschlägen zu § 20 BMT-G bleiben unberührt.“

Die Beklagte widerrief mit einem an den Kläger gerichteten Schreiben vom 11. Januar 2007, das sie am Montag, dem 15. Januar 2007, an den Kläger abschickte, die Leistungszulage. Sie begründete den Widerruf mit dem zum 1. Januar 2007 eingeführten Leistungsentgelt und teilte dem Kläger ua. mit, dass die Ausgestaltung des Leistungsentgelts in einer Dienstvereinbarung geregelt werde, sie über diese Ausgestaltung mit der Personalvertretung verhandle und die Frage, ob und gegebenenfalls in welcher Höhe der Kläger Leistungsentgelt erhalte, sich nach den Bestimmungen der Dienstvereinbarung richte. Mit einem Schreiben vom 2. Februar 2007 forderte der Kläger die Beklagte ohne Erfolg auf, den Widerruf vom 11. Januar 2007 zurückzunehmen und ihm die Leistungszulage weiterhin zu zahlen.

7

Am 23. Mai 2007 schloss der AZV mit dem bei ihm gebildeten Personalrat eine rückwirkend zum 1. Januar 2007 in Kraft getretene Dienstvereinbarung über die Gewährung eines Leistungsentgelts an die Beschäftigten des AZV. Diese Dienstvereinbarung ersetzte eine Dienstvereinbarung vom 30. Juli 1999 über die Gewährung einer Leistungszulage an die gewerblichen Mitarbeiter des AZV. Nach § 1 Abs. 1 Satz 2 der Dienstvereinbarung über das Leistungsentgelt nach § 18 TVöD-VKA bei der Beklagten nehmen abgeordnete Beschäftigte bezüglich der leistungsbezogenen Bezahlung an dem System teil, welches bei der aufnehmenden Dienststelle gilt. Am 12. November 2007 verfügte die Beklagte aufgrund dieser Regelung, dass an die zum AZV abgeordneten, ganzjährig und in Vollzeit beschäftigten Mitarbeiter für das Jahr 2007 jeweils 379,00 Euro auszubezahlen sind. Diesen Betrag erhielt auch der Kläger.

8

Der Kläger ist der Ansicht, die in § 5 BzLT Nr. 5 G geregelte Leistungszulage stehe ihm auch für die Jahre 2007 und 2008 zu. Der BzLT Nr. 5 G sei nach der Verlängerung der in § 2 Abs. 2 Satz 1 TVÜ-VKA genannten Frist bis zum 31. Dezember 2007 weder außer Kraft getreten noch dahingehend angepasst worden, dass die Leistungszulage aufgrund der Einführung des Leistungsentgelts entfallen sei. Vielmehr gölten die Rechtsnormen des BzLT Nr. 5 G gemäß § 4 Abs. 5 TVG fort, bis sie durch eine andere Abmachung ersetzt würden. Die Beklagte habe die Leistungszulage nicht wirksam widerru-

9

fen. Der Widerruf der Leistungszulage sei tarifwidrig. Er verstoße gegen die Regelung in der Protokollnotiz Nr. 5 zu § 18 TVöD-VKA, sei sachlich nicht begründet und entspreche auch nicht billigem Ermessen. Die Begründung der Beklagten, nach der Einführung des Leistungsentgelts sei kein Raum mehr für die im BzLT Nr. 5 G geregelte Leistungszulage, trage nicht. Das Leistungsentgelt und die Leistungszulage verfolgten unterschiedliche Zwecke. Während das Leistungsentgelt dazu beitragen solle, die öffentlichen Dienstleistungen zu verbessern und die Motivation, die Eigenverantwortung und die Führungskompetenz zu stärken, diene die Leistungszulage dazu, die besondere Leistung des Einzelnen in seinem Aufgabenbereich zu honorieren. Hinsichtlich der Qualität seiner Arbeit habe es keinerlei Veränderungen gegeben. Schließlich sei der Widerruf der Leistungszulage auch deshalb unwirksam, weil dazu ein Beschluss des Gemeinderats fehle.

Der Kläger hat sinngemäß beantragt,

10

die Beklagte zu verurteilen, an ihn 2.638,32 Euro brutto zuzüglich Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus jeweils 109,93 Euro brutto seit dem 1. Februar 2007, 1. März 2007, 1. April 2007, 1. Mai 2007, 1. Juni 2007, 1. Juli 2007, 1. August 2007, 1. September 2007, 1. Oktober 2007, 1. November 2007, 1. Dezember 2007, 1. Januar 2008, 1. Februar 2008, 1. März 2008, 1. April 2008, 1. Mai 2008, 1. Juni 2008, 1. Juli 2008, 1. August 2008, 1. September 2008, 1. Oktober 2008, 1. November 2008, 1. Dezember 2008 sowie seit dem 1. Januar 2009 zu zahlen.

Die Beklagte hat zu ihrem Klageabweisungsantrag die Auffassung vertreten, der Widerruf der Leistungszulage sei aus sachlichen Gründen erfolgt, entspreche billigem Ermessen und sei damit wirksam. § 5 BzLT Nr. 5 G enthalte keine Einschränkungen hinsichtlich der für einen Widerruf der Leistungszulage in Betracht kommenden Sachgründe. Die Anpassung der Vergütung des Klägers an das neue Tarifrecht und die in § 18 TVöD-VKA geregelte leistungsorientierte Bezahlung sei sachlich gerechtfertigt. Der Widerruf sei im Interesse der Gleichbehandlung aller Arbeitnehmer bei der leistungsorientierten Bezahlung erfolgt und habe damit der innerbetrieblichen Gerechtigkeit gedient.

11

Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seinen Anspruch auf die Leistungszulage weiter. Die Beklagte beantragt, die Revision des Klägers zurückzuweisen. 12

Entscheidungsgründe

Die Revision des Klägers hat überwiegend keinen Erfolg. Die Revision des Klägers ist nur begründet, soweit dieser für die Zeit vom 1. bis zum 16. Januar 2007 die Zahlung einer Leistungszulage iHv. 56,74 Euro brutto beansprucht. Soweit der Kläger darüber hinaus bis zum 31. Dezember 2008 die Zahlung einer Leistungszulage iHv. monatlich 109,93 Euro brutto verlangt, ist die Revision des Klägers unbegründet. Insoweit haben die Vorinstanzen die Klage zu Recht abgewiesen. 13

I. Dem Kläger steht die Leistungszulage iHv. monatlich 109,93 Euro brutto für die Zeit vom 1. bis zum 16. Januar 2007 gemäß § 5 Abs. 1 BzLT Nr. 5 G iVm. § 24 Abs. 3 Satz 1 TVöD anteilig iHv. 56,74 Euro brutto zu. 14

1. Nach § 5 Abs. 1 BzLT Nr. 5 G kann der Arbeitgeber für besondere Leistungen eine Leistungszulage gewähren. Diese Möglichkeit bestand auch im gesamten Klagezeitraum. Die Regelung in § 5 BzLT Nr. 5 G ist nicht aufgrund der Neuordnung des Tarifrechts im öffentlichen Dienst zum 1. Oktober 2005 nach dem Ablösungsprinzip außer Kraft getreten (*vgl. zur Fortgeltung landesbezirklicher Regelungen abweichend vom Ablösungsprinzip BAG 24. Februar 2010 - 4 AZR 708/08 - AP TVÜ § 2 Nr. 2 = EzTöD 320 TVÜ-VKA § 2 Abs. 2 Nr. 2*). § 2 Abs. 2 Satz 1 TVÜ-VKA hindert die Zahlung der Leistungszulage nicht. Diese Vorschrift verpflichtet die landesbezirklichen Tarifvertragsparteien nur, die Weitergeltung der von ihnen abgeschlossenen Tarifverträge zu prüfen und bei Bedarf bis zum 31. Dezember 2006 bzw. bis zum Ablauf der von ihnen verlängerten Frist an den TVöD anzupassen. Eine solche Anpassung ist nicht erfolgt. Im Übrigen regelt die Protokollerklärung Nr. 5 zu § 18 TVöD-VKA, dass 15

die landesbezirklichen Regelungen in Baden-Württemberg zu Leistungszuschlägen zu § 20 BMT-G unberührt bleiben.

2. § 24 Abs. 3 Satz 1 TVöD bestimmt, dass, wenn der Anspruch auf Tabellenentgelt oder die sonstigen Entgeltbestandteile nicht für alle Tage eines Kalendermonats besteht, der Teil gezahlt wird, der auf den Anspruchszeitraum entfällt. Die Leistungszulage ist ein sonstiger Entgeltbestandteil im Sinne dieser Vorschrift. Nach § 5 Abs. 2 BzLT Nr. 5 G ist die Leistungszulage jederzeit widerruflich. Deshalb musste die Beklagte weder eine Widerrufsfrist noch einen Widerrufstermin einhalten. Allerdings rechtfertigt das Wort „jederzeit“ in § 5 Abs. 2 BzLT Nr. 5 G nicht die Annahme, dass der Widerruf der Leistungszulage auch rückwirkend erfolgen kann. Mit ihrem am 15. Januar 2007 an den Kläger abgeschickten Schreiben vom 11. Januar 2007 konnte die Beklagte die Leistungszulage deshalb nicht wirksam rückwirkend zum 1. Januar 2007 widerrufen. Der Kläger hat nicht behauptet, dass ihm der Widerruf erst nach dem 16. Januar 2007 zugegangen ist. Er hat damit für die Zeit vom 1. bis zum 16. Januar 2007 Anspruch auf eine anteilige Leistungszulage iHv. 56,74 Euro brutto (*16/31 aus 109,93 Euro brutto*).

3. Gemäß § 288 Abs. 1 BGB iVm. § 24 Abs. 1 Satz 2 TVöD stehen dem Kläger die beanspruchten Verzugszinsen aus dem zuerkannten Betrag ab dem 1. Februar 2007 zu.

II. Im Übrigen ist die Klage unbegründet. Die Beklagte ist nicht verpflichtet, dem Kläger die beanspruchte Leistungszulage iHv. monatlich 109,93 Euro brutto für die Zeit vom 17. Januar 2007 bis zum 31. Dezember 2008 zu zahlen. Dem Anspruch des Klägers steht entgegen, dass die Beklagte mit ihrem Schreiben vom 11. Januar 2007 die Leistungszulage gemäß § 5 Abs. 2 BzLT Nr. 5 G wirksam widerrufen hat.

1. § 5 Abs. 2 BzLT Nr. 5 G bestimmt, dass die Leistungszulage jederzeit widerruflich ist. Damit nennt die Vorschrift keine Voraussetzungen für den Widerruf. Dies bewirkt nicht die Unwirksamkeit der Bestimmung. Ein tariflich geregelter Widerrufsvorbehalt unterliegt ebenso wie ein Widerrufsvorbehalt in

einer Betriebsvereinbarung (vgl. BAG 1. Februar 2006 - 5 AZR 187/05 - BAGE 117, 44) gemäß § 310 Abs. 4 Satz 1 BGB nicht der Inhaltskontrolle nach den §§ 305 ff. BGB. Ein dem Arbeitgeber in einem Tarifvertrag eingeräumtes Widerrufsrecht muss daher nicht den nach § 308 Nr. 4 BGB an einen Änderungsvorbehalt in einem Formulararbeitsvertrag zu stellenden formellen Anforderungen gerecht werden.

2. Der Widerruf der Leistungszulage ist nicht aufgrund einer Umgehung des Kündigungsschutzgesetzes unwirksam. Allerdings schützt dieses Gesetz den Arbeitnehmer grundsätzlich auch vor einseitig vom Arbeitgeber auf der Grundlage tarifvertraglicher Ermächtigungen verfügten Änderungen (vgl. BAG 24. September 2008 - 6 AZR 76/07 - BAGE 128, 73). Die Ausübung des tariflichen Widerrufsrechts durch die Beklagte stellt sich jedoch nicht als Umgehung des Vertragsinhaltsschutzes nach § 2 KSchG dar. 20

a) Unter der Geltung der Bereichsausnahme zum AGB-Recht war anerkannt, dass durch den Widerruf einer übertariflichen Leistungszulage iHv. knapp 25 % des Tarifstundenlohns das Kündigungsschutzgesetz nicht umgangen wird (BAG 13. Mai 1987 - 5 AZR 125/86 - BAGE 55, 275). Auch der Widerruf einer tätigkeitsgebundenen Zulage iHv. 15 % der Gesamtbezüge wurde von der Rechtsprechung nicht beanstandet (BAG 15. November 1995 - 2 AZR 521/95 - AP TVG § 1 Tarifverträge: Lufthansa Nr. 20 = EzA BGB § 315 Nr. 45). Obwohl es bei der Kontrolle am Maßstab des § 308 Nr. 4 BGB nicht auf die Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes und damit nicht auf eine Umgehung des Vertragsinhaltsschutzes nach § 2 KSchG ankommt, kann dieser doch auch nach der Schuldrechtsreform weiterhin als Maßstab für die Zulässigkeit des Eingriffs in den Arbeitsvertrag durch die Ausübung eines Widerrufsrechts durch den Arbeitgeber dienen (BAG 12. Januar 2005 - 5 AZR 364/04 - BAGE 113, 140; 9. Februar 2006 - 6 AZR 47/05 - BAGE 117, 81). Die Vereinbarung eines Widerrufsrechts für den Arbeitgeber im Arbeitsvertrag ist grundsätzlich zulässig, wenn der widerrufliche Anteil am Gesamtverdienst unter 25 bis 30 % liegt und der Tariflohn nicht unterschritten wird (BAG 11. April 2006 - 9 AZR 557/05 - BAGE 118, 22). 21

b) Welchen Anteil am Gesamtverdienst des Arbeitnehmers Tarifvertragsparteien widerruflich ausgestalten dürfen, muss hier nicht entschieden werden. Jedenfalls überschreiten sie die Grenzen ihrer autonomen Regelungsbefugnis nicht, wenn sie ein Widerrufsrecht des Arbeitgebers vereinbaren, das weniger als 25 % der bisherigen Gesamtvergütung des Arbeitnehmers erfasst, weil in diesem Umfang grundsätzlich auch die Vereinbarung eines Widerrufsvorbehalts für den Arbeitgeber in einem Formulararbeitsvertrag zulässig ist. Da die Leistungszulage gemäß § 5 Abs. 3 BzLT Nr. 5 G im Einzelfall in den Lohngruppen 1 bis 6 a höchstens 15 v. H., in den Lohngruppen 7 bis 9 höchstens 9 v. H. aus 95 v. H. des Monatstabellenlohnes der Stufe 1 der jeweiligen Lohngruppe oder aus 95 v. H. des auf die Arbeitsstunde umgerechneten Monatstabellenlohnes der Stufe 1 der jeweiligen Lohngruppe betragen darf, macht sie weniger als 25 % des Gesamtverdienstes aus, so dass eine Umgehung des Kündigungsschutzgesetzes nicht in Betracht kommt.

22

3. Entgegen der Auffassung des Klägers ist der Widerruf der Leistungszulage nicht deshalb unwirksam, weil er nicht vom Gemeinderat oder Haushaltsausschuss der Beklagten beschlossen worden ist. Nach den vom Kläger nicht mit Revisionsrügen angegriffenen und damit bindenden Feststellungen des Landesarbeitsgerichts konnte nach der Hauptsatzung und der Zuständigkeitsordnung der Beklagten ihr Personalamt die Widerrufsentscheidung treffen.

23

4. Ohne Erfolg rügt der Kläger, die Protokollerklärung Nr. 5 zu § 18 TVöD-VKA, wonach ua. die landesbezirklichen Regelungen in Baden-Württemberg zu Leistungszuschlägen zu § 20 BMT-G unberührt bleiben, schließe den Widerruf der Leistungszulage aus. Diese Regelung stellt nur klar, dass zusätzlich zum Leistungsentgelt die nach landesbezirklichen Regelungen zustehenden Leistungszulagen gewährt werden können. Zu einem in den landesbezirklichen Regelungen vorgesehenen Recht des Arbeitgebers, die Leistungszulage zu widerrufen, verhält sich die Protokollerklärung Nr. 5 zu § 18 TVöD-VKA nicht. Sie hindert damit nicht die Ausübung des in § 5 Abs. 2 BzLT Nr. 5 G geregelten Widerrufsrechts.

24

5. Der Hinweis des Klägers, seine Leistung habe sich nicht geändert, so dass der Widerruf der Leistungszulage nicht zulässig sei, hilft ihm nicht weiter. Allerdings ist dem Kläger einzuräumen, dass ein Widerruf der Leistungszulage in der Praxis vor allem dann erfolgen wird, wenn keine besonderen Leistungen mehr erbracht werden und damit die Voraussetzung, an die § 5 Abs. 1 BzLT Nr. 5 G die Gewährung der Leistungszulage bindet, nicht mehr erfüllt ist. § 5 Abs. 2 BzLT Nr. 5 G knüpft das Recht zum Widerruf der Leistungszulage jedoch weder ausdrücklich noch mittelbar an den Wegfall der besonderen Leistungen. Wenn § 5 Abs. 1 BzLT Nr. 5 G regelt, dass der Arbeitgeber für besondere Leistungen eine Leistungszulage gewähren kann, verpflichtet die Vorschrift den Arbeitgeber damit nicht, dem Arbeitnehmer für besondere Leistungen eine Leistungszulage zu zahlen. Die Bestimmung stellt die Zahlung der Zulage mit der Formulierung „kann gewähren“ vielmehr ins Ermessen des Arbeitgebers. Dies zeigt, dass der Arbeitnehmer auch bei besonderen Leistungen grundsätzlich keinen Anspruch auf eine Leistungszulage hat. Daraus wird deutlich, dass ein Widerruf der Leistungszulage auch dann zulässig sein kann, wenn der Arbeitnehmer unverändert besondere Leistungen erbringt. Hätten die Tarifvertragsparteien des BzLT Nr. 5 G den Widerruf der Leistungszulage an den Wegfall der besonderen Leistungen des Arbeitnehmers binden wollen, hätten sie nicht anordnen dürfen, dass die Leistungszulage jederzeit widerruflich ist. Sie hätten bestimmen können und müssen, dass die Leistungszulage widerrufen werden kann, wenn keine besonderen Leistungen des Arbeitnehmers mehr vorliegen.

25

6. Entgegen der Ansicht des Klägers ist der Widerruf der Leistungszulage nicht deshalb unwirksam, weil er ohne sachlichen Grund erfolgt ist und nicht billigem Ermessen im Sinne von § 315 BGB entsprochen hat.

26

a) Die Tarifvertragsparteien haben mit dem Satz in § 5 Abs. 2 BzLT Nr. 5 G „Die Leistungszulage ist jederzeit widerruflich“ den Widerruf nicht ausdrücklich an Sachgründe geknüpft. Allerdings kann aus dem Wortlaut dieses Satzes nur die Freiheit des Zeitpunkts des Widerrufs abgeleitet werden und nicht darüber hinaus auch die inhaltliche Ungebundenheit des Widerrufs. Die

27

zeitliche Ungebundenheit ist jedoch häufig ein Indiz für das Fehlen einer inhaltlichen Bindung für den Widerruf (*BAG 30. August 2000 - 4 AZR 560/99 - Rn. 53, AP TVG § 1 Tarifverträge: Metallindustrie Nr. 172 = EzA TVG § 4 Metallindustrie Nr. 121; 9. Februar 2005 - 5 AZR 209/04 - Rn. 14, EzA BGB 2002 § 315 Nr. 1*). In der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist auch anerkannt, dass die Tarifvertragsparteien grundsätzlich nicht gehindert sind, dem Arbeitgeber ein freies, nicht an billiges Ermessen im Sinne von § 315 Abs. 1 BGB gebundenes Widerrufs- oder sonstiges Gestaltungsrecht einzuräumen (*vgl. 30. August 2000 - 4 AZR 560/99 - aaO; 9. Februar 2005 - 5 AZR 209/04 - aaO; 14. Januar 2009 - 5 AZR 75/08 - AP BGB § 315 Nr. 88*). Allerdings schreibt § 315 Abs. 1 BGB, der vor unbilligen Benachteiligungen durch die Ausübung eines einseitigen Bestimmungsrechts schützen will (*vgl. zu diesem Zweck bei einem arbeitsvertraglich vereinbarten Widerrufsvorbehalt BAG 9. Juni 1967 - 3 AZR 352/66 - AP BGB § 611 Lohnzuschläge Nr. 5*), im Zweifel ein Bestimmungsrecht nach billigem Ermessen vor. Für den Schutzzweck des § 315 Abs. 1 BGB und die Frage, ob der Widerruf einer Zulage billigem Ermessen im Sinne dieser Vorschrift entspricht, also die wesentlichen Umstände des Falls abgewogen und angemessen berücksichtigt worden sind (*st. Rspr., vgl. BAG 23. September 2004 - 6 AZR 567/03 - BAGE 112, 80, 83; 22. Juli 2010 - 6 AZR 847/07 - AP BGB § 611 Kirchendienst Nr. 55 = EzA BGB 2002 § 611 Kirchliche Arbeitnehmer Nr. 15*), ist es in aller Regel ohne Relevanz, ob das Recht zum Widerruf einer Leistungszulage tariflich oder einzelvertraglich begründet wurde.

b) Die Frage, ob ein freies Widerrufsrecht der Leistungszulage mit der Funktion des § 315 BGB im Einklang stünde, bedarf keiner Entscheidung. Zugunsten des Klägers kann davon ausgegangen werden, dass der Widerruf der Leistungszulage gemäß § 5 Abs. 2 BzLT Nr. 5 G nicht ohne sachlichen Grund erklärt werden darf und billigem Ermessen im Sinne von § 315 Abs. 1 BGB entsprechen muss. Diesen Anforderungen würde der Widerruf der Beklagten gerecht.

28

- c) Entgegen der Rüge des Klägers hat die Beklagte die Leistungszulage nicht ohne sachlichen Grund widerrufen. 29
- aa) Maßgeblich für das Vorliegen eines den Widerruf einer Leistungszulage rechtfertigenden Sachgrundes ist vor allem der mit der Leistungszulage verfolgte Zweck. Nach § 5 Abs. 1 BzLT Nr. 5 G kann der Arbeitgeber für besondere Leistungen eine Leistungszulage gewähren. Die in § 5 BzLT Nr. 5 G geregelte Leistungszulage dient damit der Honorierung besonderer Leistungen. Werden solche nicht mehr erbracht, ist es regelmäßig entsprechend diesem mit der Leistungszulage verfolgten Zweck sachlich gerechtfertigt, die Leistungszulage zu widerrufen. 30
- bb) Der mit der Leistungszulage verfolgte Zweck entfällt aber auch dann, wenn die Funktion dieser zusätzlichen Vergütung auf andere Art und Weise erfüllt wird, zB die besonderen Leistungen aufgrund des Inkrafttretens einer anderen, für die Arbeitsvertragsparteien verbindlichen Regelung zusätzlich vergütet werden. Dies war hier der Fall. Entgegen der Auffassung des Klägers unterscheiden sich die mit der Leistungszulage nach § 5 BzLT Nr. 5 G und dem zum 1. Januar 2007 eingeführten Leistungsentgelt nach § 18 TVöD-VKA verfolgten Zwecke nicht grundlegend. Gemäß § 18 Abs. 1 Satz 1 TVöD-VKA soll die leistungs- und/oder erfolgsorientierte Bezahlung dazu beitragen, die öffentlichen Dienstleistungen zu verbessern. Zugleich sollen Motivation, Eigenverantwortung und Führungskompetenz gestärkt werden (§ 18 Abs. 1 Satz 2 TVöD-VKA). In § 18 Abs. 2 Satz 2 TVöD-VKA haben die Tarifvertragsparteien das Leistungsentgelt als eine variable und leistungsorientierte Bezahlung zusätzlich zum Tabellenentgelt bezeichnet. Um eine leistungsorientierte zusätzliche Vergütung zum Tabellenentgelt handelt es sich aber auch bei der Leistungszulage nach § 5 Abs. 1 BzLT Nr. 5 G, die der Arbeitgeber für besondere Leistungen gewähren kann. Das Argument des Klägers, die Leistungszulage diene im Gegensatz zum Leistungsentgelt nicht der Verbesserung der öffentlichen Dienstleistungen und der Stärkung der Motivation, der Eigenverantwortung und der Führungskompetenz, sondern der Honorierung der besonderen Leistung des Einzelnen in seinem Aufgabenbereich, überzeugt nicht. Besondere Leis- 31

tungen eines im öffentlichen Dienst Beschäftigten in seinem Aufgabenbereich sind kein Selbstzweck, sondern tragen zur Steigerung des Ansehens des öffentlichen Dienstes und zur Verbesserung der öffentlichen Dienstleistungen bei. Ohne besondere Leistungen Einzelner ist eine Steigerung der Leistungsfähigkeit des öffentlichen Dienstes kaum möglich.

d) Ohne Erfolg rügt der Kläger, der Widerruf der Leistungszulage wahre nicht die Grenzen billigen Ermessens im Sinne von § 315 Abs. 1 BGB. 32

aa) Die Bestimmung einer Leistung und damit auch der Widerruf einer Leistungszulage entspricht billigem Ermessen im Sinne von § 315 Abs. 1 BGB, wenn die wesentlichen Umstände des Falls abgewogen und angemessen berücksichtigt worden sind (*st. Rspr., vgl. BAG 23. September 2004 - 6 AZR 567/03 - BAGE 112, 80, 83; 22. Juli 2010 - 6 AZR 847/07 - AP BGB § 611 Kirchendienst Nr. 55 = EzA BGB 2002 § 611 Kirchliche Arbeitnehmer Nr. 15*). Maßgeblich ist der Zeitpunkt, in dem der Arbeitgeber die Ermessensentscheidung zu treffen hat (*BAG 17. August 2010 - 9 AZR 414/09 - EzA TVG § 4 Altersteilzeit Nr. 33; 15. September 2009 - 9 AZR 643/08 - Rn. 26 und 29, AP TVG § 1 Altersteilzeit Nr. 44 = EzA TVG § 4 Altersteilzeit Nr. 31*). Ob die Entscheidung der Billigkeit entspricht, unterliegt gemäß § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB der gerichtlichen Kontrolle (*BAG 23. Januar 2007 - 9 AZR 624/06 - Rn. 29 mwN, AP AVR Diakonisches Werk § 1 Nr. 14*). Strittig ist, ob die Wahrung billigen Ermessens im Sinne von § 315 Abs. 1 BGB in der Revisionsinstanz uneingeschränkt nachprüfbar ist (*BAG 23. September 2004 - 6 AZR 567/03 - BAGE 112, 80, 84; 13. März 2003 - 6 AZR 557/01 - AP BGB § 611 Arzt-Krankenhaus-Vertrag Nr. 47 = EzA BGB 2002 § 611 Krankenhausarzt Nr. 1; 24. April 1996 - 5 AZR 1031/94 - AP BGB § 611 Direktionsrecht Nr. 48 = EzA BGB § 611 Direktionsrecht Nr. 18; 12. September 1996 - 5 AZR 30/95 - BAGE 84, 116; 16. Oktober 1991 - 5 AZR 35/91 - AP BÉrzGG § 19 Nr. 1 = EzA BÉrzGG § 19 Nr. 1; DFL/Löwisch 3. Aufl. § 315 BGB Rn. 9*) oder ob das Revisionsgericht nur befugt ist zu kontrollieren, ob das Tatsachengericht den unbestimmten Rechtsbegriff des billigen Ermessens verkannt hat (*BAG 12. Januar 1989 - 8 AZR 251/88 - BAGE 60, 362; 30. April 1975 - 4 AZR 351/74 - AP*

MTB II § 38 Nr. 8; GMP/Müller-Glöge 7. Aufl. § 73 Rn. 10; ErfK/Koch 11. Aufl. § 73 ArbGG Rn. 5). Trotz dieses Streits (vgl. zum Meinungsstand GMP/Müller-Glöge 7. Aufl. § 73 Rn. 10) besteht allerdings Einigkeit, dass die Billigkeitskontrolle in erster Linie Aufgabe der Tatsacheninstanzen ist, weil es bei ihr darum geht, die besonderen tatsächlichen Gegebenheiten eines Falls festzustellen und zu würdigen (BAG 17. August 2010 - 9 AZR 414/09 - EzA TVG § 4 Alterszeitzeit Nr. 33; 16. Oktober 1991 - 5 AZR 35/91 - AP BErzGG § 19 Nr. 1 = EzA BErzGG § 19 Nr. 1; 13. März 2003 - 6 AZR 557/01 - AP BGB § 611 Arzt-Krankenhaus-Vertrag Nr. 47 = EzA BGB 2002 § 611 Krankenhausarzt Nr. 1).

bb) Selbst wenn zugunsten des Klägers von einem unbeschränkten Überprüfungsrecht des Revisionsgerichts ausgegangen würde, hielte die Annahme des Landesarbeitsgerichts, die Grenzen billigen Ermessens seien gewahrt, den Angriffen der Revision stand. 34

(1) Entgegen der Ansicht des Klägers zwingen die Ausführungen der Beklagten in ihrem Schreiben vom 11. Januar 2007 nicht zu der Annahme, dass die Beklagte kein Ermessen bei ihrer Entscheidung, die Leistungszulage zu widerrufen, ausgeübt hat. Die Beklagte hat dem Kläger in diesem Schreiben allerdings ua. mitgeteilt: „Infolge dieses tariflich vorgegebenen jährlich zu zahlenden Leistungsentgelts besteht für die weitere Auszahlung der bislang gewährten Leistungszulage nach der Regelung im Bezirkslohnvertrag keinerlei Raum.“ Diese Begründung für den Widerruf der Leistungszulage und der weitere Satz „Die Zulagenzahlung müssen wir deshalb zum Zeitpunkt des Beginns der Einführung des neuen tariflichen Leistungsentgelts mit Ablauf des 31. Dezember 2006 widerrufen und die Zahlung ab diesem Zeitpunkt einstellen“ legen zwar für sich genommen nahe, dass die Beklagte kein Ermessen ausgeübt hat, sondern sich zum Widerruf der Leistungszulage aufgrund des zum 1. Januar 2007 eingeführten Leistungsentgelts gezwungen sah. Jedoch erschöpft sich die Begründung der Beklagten im Schreiben vom 11. Januar 2007 nicht in dem Hinweis auf die Einführung des Leistungsentgelts. Die Beklagte hat zunächst auf den tariflich begrenzten Kreis der Leistungszulagenbezieher und -bezieherinnen sowie die nach ihrer Ansicht offensichtlich gewordenen Schwä- 35

chen im Festsetzungs- und Verteilungssystem hingewiesen. Anschließend hat sie dem Kläger mitgeteilt, dass bereits seit den frühen 90er Jahren Verhandlungen über eine Neukonzeption zur Verteilung von Leistungszulagen geführt worden seien. Danach hat die Beklagte auf die Ablösung der Leistungszulagen durch Erfolgsprämien bei Regiebetrieben hingewiesen. Dies zeigt, dass die Beklagte beim Widerruf der Leistungszulage nicht nur auf die Einführung des Leistungsentgelts, sondern auch auf die genannten anderen Umstände abgestellt hat. Die Ausführungen der Beklagten im Schreiben vom 11. Januar 2007 wären weitgehend überflüssig, wenn die Beklagte der Auffassung gewesen wäre, die Einführung des Leistungsentgelts zwingt sie zum Widerruf der Leistungszulage.

(2) Aber auch dann, wenn sich aus dem Schreiben der Beklagten vom 11. Januar 2007 gemäß der Ansicht des Klägers keine Abwägungsentscheidung der Beklagten ergäbe und die Beklagte sich zum Widerruf gezwungen gesehen hätte, begründete dies noch nicht die Unwirksamkeit des Widerrufs der Leistungszulage. Gemäß § 315 Abs. 2 BGB erfolgt die Bestimmung der Leistung durch Erklärung gegenüber dem anderen Teil. Eine Begründung für die erfolgte Bestimmung sieht das Gesetz ebenso wie § 5 Abs. 2 BzLT Nr. 5 G für den Widerruf der Leistungszulage nicht vor. Die Wahrung billigen Ermessens hängt damit nicht davon ab, ob der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer - vorprozessual - mitgeteilt hat, welche Umstände und Interessen er in seine Entscheidung eingestellt hat. Eine materiell-rechtliche oder prozessuale Präklusion des Arbeitgebers lässt sich nicht begründen. Wenn § 315 Abs. 3 Satz 1 BGB regelt, dass, wenn die Bestimmung nach billigem Ermessen erfolgen soll, die getroffene Bestimmung für den anderen Teil nur verbindlich ist, wenn sie der Billigkeit entspricht, zeigt dies, dass es allein darauf ankommt, ob die vom Arbeitgeber getroffene Bestimmung objektiv billigem Ermessen entspricht. Ist der Arbeitgeber davon ausgegangen, dass er eine Leistungszulage nach freiem Ermessen widerrufen darf, ist die Widerrufsentscheidung jedoch nach billigem Ermessen zu treffen, bewirkt dies noch nicht die Unwirksamkeit des Widerrufs, wenn dieser objektiv billigem Ermessen entspricht (*vgl. BAG 9. Juni 1967 - 3 AZR 352/66 - AP BGB § 611 Lohnzuschläge Nr. 5*).

36

(3) Das Interesse des Klägers geht dahin, zusätzlich zum Tabellenentgelt eine möglichst hohe leistungsorientierte Vergütung zu erhalten. Im Interesse des Klägers liegt es daher, dass ihm das in § 18 TVöD-VKA geregelte Leistungsentgelt und zusätzlich weiterhin die in § 5 BzLT Nr. 5 G vorgesehene Leistungszulage gezahlt wird. Das Interesse des Klägers, dass er für seine besonderen Leistungen eine zusätzliche Vergütung erhält, ist anzuerkennen. Allerdings liegt es auch im berechtigten Interesse der Beklagten, die besonderen Leistungen des Klägers nicht zusätzlich durch die Zahlung einer weiteren leistungsorientierten Vergütung abzugelten und für einen begrenzten Kreis von Beschäftigten eine doppelte Leistungsbezahlung vorzunehmen. Insoweit sind nicht nur schutzwürdige finanzielle Belange der Beklagten zu berücksichtigen, sondern auch, dass es der innerbetrieblichen Lohngerechtigkeit abträglich ist, nicht alle Beschäftigten nach einheitlichen Maßstäben an der leistungsorientierten Vergütung partizipieren zu lassen. Ob sie Beschäftigten das in § 18 TVöD-VKA geregelte Leistungsentgelt zahlt, obliegt nicht der Entscheidung der Beklagten. Da nach § 5 Abs. 4 BzLT Nr. 5 G Leistungszulagen in der Regel an höchstens 25 v. H. der Gesamtzahl der beschäftigten Arbeiter bewilligt werden sollen, ist es der Beklagten ungeachtet der damit verbundenen finanziellen Belastung auch nicht möglich, den Kreis der Beschäftigten, denen sie eine Leistungszulage zahlt, unbegrenzt auszuweiten. Der Widerruf der Leistungszulage iHv. monatlich 109,93 Euro brutto hat zwar eine Verminderung der Gesamtvergütung des Klägers bewirkt, die durch das zum 1. Januar 2007 eingeführte Leistungsentgelt nicht vollständig ausgeglichen wurde. Da der Kläger nach den von ihm nicht angegriffenen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts ab dem 1. Januar 2007 in das neue System der Leistungsbewertung und Leistungsbeurteilung nach § 18 TVöD-VKA einbezogen worden ist und für das Jahr 2007 ein Leistungsentgelt iHv. 379,00 Euro brutto erhalten hat, überwiegt jedoch das Interesse der Beklagten, die besonderen Leistungen des Klägers nicht zusätzlich durch die Zahlung einer weiteren leistungsorientierten Vergütung abzugelten, sondern alle Beschäftigten nach einheitlichen Maßstäben an der leistungsorientierten Vergütung partizipieren zu lassen, das Interesse des Klägers an der Weiterzahlung der Leistungszulage. Die Beklagte durfte daher,

37

ohne die Grenzen billigen Ermessens zu verletzen, die Leistungszulage mit ihrem Schreiben vom 11. Januar 2007 widerrufen.

III. Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 Abs. 2 Nr. 1, § 97 Abs. 1 ZPO. 38

Fischermeier

Brühler

Spelge

D. Knauß

K. Kammann