**Übertarifliche Lohn- und Gehaltszulagen**

**1. Allgemeines**

Übertarifliche Lohn- und Gehaltszulagen sind dadurch gekennzeichnet, dass die Grundvergütung des Mitarbeiters tariflich geregelt ist. Zu dieser Grundvergütung wird zusätzlich eine freiwillige, frei vereinbarte Zulage gezahlt. Der Begriff „außertariflich“ muss demgegenüber solchen Vertragsverhältnissen und einzelnen Vertragsbestandteilen vorbehalten bleiben, auf die – jedenfalls im Grundsatz – tarifliche Bestimmungen keine (unmittelbare) Anwendung finden sollen. Das bedeutet, dass es außertarifliche Vertragsbestandteile bei Mitarbeitern im Tarif nicht geben kann. Wenn dennoch häufig von „außertariflichen“ Zulagen die Rede ist, sind „übertarifliche“ gemeint.

Übertarifliche Zulagen gewährt der Arbeitgeber somit zusätzlich zu einem Tarifgehalt oder Tariflohn. Außertarifliche Vergütung ist hingegen das Arbeitsentgelt eines Angestellten, der aufgrund seiner Tätigkeitsmerkmale nicht mehr unter den persönlichen Geltungsbereich des einschlägigen Tarifvertrages fällt.

Für die betriebliche Praxis sind übertarifliche Lohn- und Gehaltszulagen unter recht gegenteiligen Aspekten bedeutsam.

Einmal kann es sein, dass zu Zeiten guter Konjunktur bei gleichzeitiger Enge des Arbeitsmarktes qualifizierte Mitarbeiter zu „nacktem Tarifentgelt“ nicht zu gewinnen oder nicht zu halten sind. Dann müssen zum Beispiel aus Arbeitsmarktgründen übertarifliche Zulagen vereinbart und gezahlt werden. Eine unzutreffende, weil zu hohe Tarifeingruppierung scheidet schon aus personalpolitischen Gründen aus.

Andererseits können bei schlechter Auftragslage des Betriebes oder Rationalisierungsdruck, vor allem bei allgemein schwieriger Konjunktur, übertarifliche Zulagen eine wichtige Manövriermasse sein, wenn es gilt, Personalkosten zu reduzieren.

Die Zulage zur Vergütung kann aber auch aufgrund besonderer individueller Leistungen erfolgen (Leistungszulage). Dieser Fall sieht in der Regel so aus, dass der Mitarbeiter nicht in einem System leistungsabhängiger Vergütung mit hohem variablen Anteil (Akkordlohn, Prämienlohn, Provisionssystem) beschäftigt werden kann. Er hat aber im abgelaufenen Jahr besonders gute Leistungen erbracht und erwartet hierfür eine „individuelle Belohnung“.

**2. Untertarifliche Vergütung**

Manchmal stellt sich aber auch die Frage, ob und in welchem Umfang die in Betrieben ohne Tarifbindung (d. h. es liegt keine Verbandsmitgliedschaft vor und es fehlt an der Allgemein-verbindlichkeitserklärung des Tarifvertrages) grundsätzlich frei aushandelbaren Arbeitsentgelte ggf. unter den Vergütungen eines vergleichbaren Tarifvertrages bleiben können. Hierzu gibt es in der Rechtsprechung unterschiedliche Auffassungen.

Nach einer Ansicht führt die Unterschreitung des Lohnes der niedrigsten Tarifgruppe eines vergleichbaren Tarifvertrages durch einen nicht tarifgebundenen Arbeitgeber um weniger als 30 % noch nicht zu einem auffälligen Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung und damit nicht zur Nichtigkeit einer solchen Vereinbarung. Andererseits wird aber auch angenommen, die tariflichen Löhne und Gehälter seien Mindestlöhne, die stets gezahlt werden müssten. Eine eindeutige Beurteilung ist daher nicht möglich.

**3. Die Grundsätze für die Vergabe übertariflicher Zulagen**

Im Einzelfall kann der Arbeitgeber übertarifliche Zulagen grundsätzlich frei vergeben und zwar auch dann, wenn die Vergabe – aus objektiver personalpolitischer Sicht – sachlich ungerechtfertigt ist. Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz ist im Bereich der Vergütung nur beschränkt anwendbar, weil der Grundsatz der Vertragsfreiheit Vorrang hat. Dies gilt aber nur für individuell vereinbarte Löhne und Gehälter. Wenn der Arbeitgeber, was ihm die Vertragsfreiheit ermöglicht, einzelne Arbeitnehmer besserstellt, können daraus andere Arbeitnehmer keinen Anspruch auf Gleichbehandlung herleiten.

Der Gleichbehandlungsgrundsatz ist anwendbar, wenn der Arbeitgeber die Leistungen nach einem bestimmten erkennbaren und generalisierenden Prinzip gewährt, indem er bestimmte Voraussetzungen oder bestimmte Zwecke festlegt.

**4. Vertragsgestaltung**

Entschließt sich das Unternehmen, generell eine übertarifliche Zulage zum tariflichen Stundenlohn zu zahlen, könnte die Formulierung über die Zulage im Vertrag wie folgt lauten:

*„Sie erhalten eine freiwillige, übertarifliche Zulage in Höhe von ………... €/Stunde. Diese Zulage ist jederzeit nach billigem Ermessen widerruflich und kann bei Tariferhöhungen verrechnet werden. Als Tariferhöhungen gelten in diesem Zusammenhang auch Erhöhungen zum Ausgleich tariflicher Arbeitszeitverkürzungen sowie Erhöhungen aus Anlass der Erreichung einer höheren Lebensalters- oder Dienstjahresstufe. Auch durch mehrjährige Nichtausübung des Anrechnungsvorbehalts wird der Vorbehalt nicht gegenstandslos.“*

Der ausdrückliche Hinweis auf die Anrechenbarkeit von Tariferhöhungen zum Ausgleich tariflicher Arbeitszeitverkürzungen ist nötig, nachdem das BAG entschieden hat: Ist eine übertarifliche Zulage (stillschweigend oder ausdrücklich) mit einem Anrechnungsvorbehalt verbunden, der sich generell auf Tariflohnerhöhungen bezieht, so erfasst dieser Vorbehalt im Zweifel nicht den Lohnausgleich für eine tarifliche Arbeitszeitverkürzung.

Bei der o. g. Leistungszulage kann die Regelung an sich regelmäßig nur lauten:

*„Sie erhalten eine übertarifliche Leistungszulage in Höhe von ………... €.“*

In den genannten Beispielen ist die Zulage in absoluten Euro-Beträgen ausgedrückt. Selbstverständlich ist es auch möglich, die Zulage in Prozenten vom Tarifentgelt auszudrücken.

Wenn die Zulage in einem absoluten Euro-Betrag ausgedrückt ist, spricht nichts für eine Verpflichtung des Arbeitgebers zur Erhöhung. Anders kann es sich verhalten, wenn die Zulage in Prozenten vom Tarifentgelt ausgedrückt ist. Hier sind im wesentlichen folgende Möglichkeiten denkbar:

Die Formulierung lautet: *„10 % übertarifliche Zulage zum jeweiligen Tariflohn bzw. -gehalt.“* Hier ist die Verpflichtung zur Erhöhung eindeutig vereinbart.

Die Formulierung lautet: „*10 % übertarifliche Zulage zum derzeitigen Tariflohn bzw. -gehalt, nämlich …………. €.“* Hier ist die Verpflichtung zur Erhöhung eindeutig ausgeschlossen.

Außerdem ist es natürlich möglich, eine Zulage ausdrücklich auf die Laufzeit des geltenden Lohn- oder Gehaltstarifvertrages zu befristen, z. B. mit der Formulierung: *„Die Zulage ist befristet auf die Laufzeit des gültigen Lohntarifvertrages und entfällt spätestens mit dessen Ablauf.“*

Die Formulierung lautet nur: *„10 % übertarifliche Zulage zum Tariflohn bzw. -gehalt, nämlich …………... €.“* Hier wird im Zweifelsfall eine Verpflichtung zur Erhöhung anzunehmen sein.

Wird eine übertarifliche Zulage über Jahre immer anlässlich der jeweiligen Tariflohnerhöhung um den Prozentsatz angehoben, um den die Tariflöhne steigen, kann eine betriebliche Übung dahingehend entstehen, dass diese Anhebung der übertariflichen Zulage auch zukünftig bei Tariflohnerhöhungen durch den Arbeitgeber vorzunehmen ist. Eine solche betriebliche Übung entsteht jedoch dann nicht, wenn der Arbeitgeber bei jeder Tariflohnerhöhung einen entsprechenden Vorbehalt macht. Dieser Vorbehalt kann wie folgt formuliert werden:

*„In Anbetracht der günstigen Ertragslage des Unternehmens können wir um den tariflich vereinbarten Prozentsatz von ….. % in diesem Jahr auch die übertariflichen Zulagen der Mitarbeiter erhöhen. Dies erfolgt jedoch rein freiwillig und begründet keinen Anspruch auf entsprechende Erhöhung in den folgenden Jahren.“*

**5. Grundsätze zur Verrechnung einer Lohn- oder Gehaltszulage**

Ob auch ohne ausdrücklich vereinbarten Verrechnungsvorbehalt eine Verrechnung einer übertariflichen Zulage mit einer Tariferhöhung vereinbart werden kann, wird von der Rechtsprechung unterschiedlich beurteilt. Zunächst kann von folgenden Grundsätzen ausgegangen werden:

Unzulässig ist die Anrechnung grundsätzlich nur dann, wenn dem Arbeitnehmer aufgrund einer vertraglichen Abrede die Zulage als selbstständiger Lohnbestandteil neben dem jeweiligen Tariflohn zustehen soll. Eine solche Vereinbarung kann sich auch bei Fehlen einer ausdrücklichen Zulage stillschweigend aus den besonderen Umständen bei den Vertragsverhandlungen, aus dem Zweck der Zulage oder aus einer betrieblichen Übung ergeben. Die Beweislast für die Tarifbeständigkeit der Zulage trägt der Arbeitnehmer.

So ist etwa eine auf besonderen sozialen Erwägungen beruhende Zulage als Mietbeihilfe oder eine Kinderzulage grundsätzlich nicht mit einer Tariflohnerhöhung verrechnungsfähig. Insbesondere aber in den Fällen einer echten Leistungszulage soll die Anrechnung einer Tariferhöhung grundsätzlich ausgeschlossen sein, jedenfalls dann, wenn der Arbeitgeber sich eine Anrechnung nicht ausdrücklich vorbehalten hat. Das gleiche soll gelten, wenn es sich um eine Sonderzulage für Sonderleistungen des Arbeitnehmers (z.B. Überstundenpauschale) oder um eine Zulage für besondere Erschwernisse oder Aufwendungen handelt. Derartige spezielle übertarifliche Zulagen müssen bei einer Tariflohnerhöhung bestehen bleiben, dürfen also nicht gestrichen oder gekürzt werden. Eine solche anrechnungsfeste Zulage besonderer Art liegt im Übrigen auch in einer Wechselschichtzulage, die zum Ausgleich der besonderen Belastung des Vier-Schicht-Betriebes gewährt wird.

Eine weitere Ausnahme von der Anrechnungsfreiheit besteht dann, wenn Arbeitgeber und Arbeitnehmer vereinbart haben, dass übertarifliche Lohnbestandteile bei Tariflohnerhöhungen erhalten bleiben sollen.

Demgegenüber schützt eine tarifliche Verdienstsicherung grundsätzlich nicht gegen die Anrechnungsmöglichkeit von Tariferhöhungen auf Zulagen, wenn diese Anrechnungsmöglichkeit schon vor Verdienstsicherung bestanden hat und auch bei nicht verdienstgesicherten Mitarbeitern praktiziert wird. Auch kann generell durch Tarifvertrag die Anrechnung der übertariflichen Lohnbestandteile, die aufgrund einzelvertraglicher Vereinbarung geschuldet werden, nicht wirksam normiert werden.

Werden die Tariflöhne oder die Tarifgehälter rückwirkend erhöht, so darf der Arbeitgeber die Zulage auch rückwirkend anrechnen, wenn die Anrechnung überhaupt zulässig ist.

Demgegenüber ist eine Kürzung des Arbeitsentgelts durch sogenannte Teilkündigung unzulässig. Denn eine Arbeitsvertragspartei darf sich nicht einseitig wahlweise aus der Bindung des Arbeitsvertrages bzw. aus dem Verhältnis von Leistung und Gegenleistung lösen, ohne zugleich den anderen Partner daraus zu entlassen.

Ist nach den vorstehenden Ausführungen der Arbeitgeber berechtigt, eine Tariflohnerhöhung bei einer allgemein vereinbarten übertariflichen Gesamtvergütung ganz oder teilweise anzurechnen, so ist er hierzu auch berechtigt, wenn der übertarifliche Vergütungsbestandteil in der Vergütungsvereinbarung gesondert als solcher ausgewiesen worden ist. Die Rechtsprechung sieht nämlich in der Vereinbarung eines Monatslohns in einer Summe ein gewichtiges Indiz gegen die Annahme eines Anrechnungsverbotes: Wenn auch die Aufspaltung des Lohnes in Tariflohn einerseits und Zulage andererseits noch nicht zwingend für ein solches Verbot spreche, sei umgekehrt die Ausweisung des Lohns in einer Summe, also nur des Effektivlohns, „regelmäßig ein deutliches Anzeichen dafür, dass kein anrechnungsfester übertariflicher Teil vereinbart werden sollte.“

**6. Der Gleichbehandlungsgrundsatz bei der Verrechnung übertariflicher Zulagen**

Ist die Anrechnung einer Tariflohnerhöhung auf übertarifliche Zulagen an sich zulässig, so hat der Arbeitgeber gleichwohl hierbei den Gleichbehandlungsgrundsatz zu beachten. Zwar hat der Grundsatz der Vertragsfreiheit Vorrang vor dem Gleichbehandlungsgrundsatz. Der Arbeitgeber darf jedoch nicht durch willkürliches Handeln ohne sachlichen Grund einzelne Arbeitnehmer schlechter stellen als andere.

Für den speziellen Fall der Anrechnung von Tariferhöhungen auf die tariflichen Zulagen bedeutet dies, dass der Arbeitgeber nicht ohne sachlichen Grund die Anrechnung nur bei wenigen Arbeitnehmern vornehmen darf, während er bei der Mehrzahl hiervon absieht.

Die Gründe für die Differenzierung muss der Arbeitgeber – spätestens im gerichtlichen Verfahren – offenlegen.

Unproblematisch ist die Anrechnung demnach immer dann, wenn sie bei allen in Frage kommenden Arbeitnehmern gleichmäßig vorgenommen wird. Bei Anrechnung nur im Einzelfall kommen objektiv nachweisbare Leistungsunterschiede in Betracht. Ob die Tatsache, dass ein Arbeitnehmer inzwischen ausgeschieden ist, bei einer rückwirkenden Tariflohnerhöhung einen zulässigen Differenzierungsgrund darstellt, ist in der Rechtsprechung umstritten.

**7. Verwirkung der Zulässigkeit der Verrechnung**

Grundsätzlich unbeachtlich ist es, ob bei früheren Tariferhöhungen angerechnet wurde oder nicht. Sofern eine Verrechnungsmöglichkeit überhaupt besteht, kann daher eine Tariflohnerhöhung auch dann auf eine übertarifliche Zulage angerechnet werden, wenn lange Zeit die übertarifliche Zulage zusätzlich zum Tariflohn gewährt wurde und eine Verrechnung nicht erfolgte. Die Rechtsprechung zur vorbehaltlosen Gewährung einer Weihnachtsgratifikation kann nämlich auf die Gewährung einer übertariflichen Zulage ohne Vorbehalt nicht angewendet werden.

Trotzdem empfiehlt es sich, den Mitarbeitern Folgendes mitzuteilen:

*„Von dem uns zustehenden Recht, die ab ………... in Kraft getretene Tariflohnerhöhung mit der unseren Mitarbeitern gewährten übertariflichen Lohnzulage zu verrechnen, haben wir keinen Gebrauch gemacht. Wir machen jedoch ausdrücklich darauf aufmerksam, dass wir unseren Vorbehalt, Tariflohnerhöhungen auf übertarifliche Zulagen anzurechnen bzw. diese Zulagen jederzeit nach billigem Ermessen widerrufen zu können, nach wie vor in vollem Umfang aufrechterhalten.“*

**8. Widerruf der Lohn- oder Gehaltszulage**

In der betrieblichen Praxis wird häufig die Ansicht vertreten, dass übertarifliche Zulagen uneingeschränkt ganz oder teilweise widerruflich seien. In Verträgen wird eine übertarifliche Zulage oft als „jederzeit frei widerruflich“ bezeichnet.

Die Vereinbarung eines solchen Widerrufsrechts ist zwar grundsätzlich im Hinblick auf die bestehende Vertragsfreiheit zulässig. Sie ist jedoch andererseits nichtig, wenn sie zur Umgehung des zwingenden Kündigungsschutzes führt. Dies ist dann der Fall, wenn wesentliche Elemente des Arbeitsvertrages einer einseitigen Änderung unterliegen sollen, durch die das Gleichgewicht zwischen Leistung und Gegenleistung grundlegend gestört würde. Bei Widerruf lediglich geringfügiger Lohnbestandteile ist das jedoch (noch) nicht anzunehmen.

Im Falle der Leistungszulage widerspricht ein Widerrufsvorbehalt zwar im Regelfall dem Zweck der Zulage, kann aber im Rahmen der Vertragsfreiheit grundsätzlich vereinbart werden. Falls Zweifel bestehen, sollte die Zulage nur als „übertarifliche Zulage“ ausgewiesen werden.

Andererseits begründet auch ein nach den vorstehenden Ausführungen an sich zulässiger Widerruf eines Vergütungsbestandteils noch kein Widerrufsrecht nach freiem Ermessen, sondern der Arbeitgeber muss sich nach § 315 Abs. 1 BGB im Rahmen billigen Ermessens halten. Denn der Arbeitnehmer kann durch den Widerrufsvorbehalt nicht zugleich auf den Schutz durch die änderungskündigungsrechtlichen Bestimmungen nach § 2 KSchG und auf den Schutz durch gerichtliche Ermessenskontrolle verzichten.

Im Übrigen kann aus Rechtsgründen der Widerruf eines Vergütungsbestandteils nur mit Wirkung für die Zukunft ausgesprochen werden, wobei offen ist, ob dies nur zum Beginn der nächsten Anrechnungsperiode geschehen kann oder mit unmittelbarer zeitlicher Wirkung.

Zur Vermeidung diesbezüglicher Risiken ist eine ausdrückliche und zu Beweiszwecken schriftliche Erklärung zu empfehlen, aus der sich Zeitpunkt, Umfang und Gründe für den Widerruf ergeben:

*„Schon mit Schreiben vom ………..... haben wir Sie detailliert darauf hingewiesen, dass unter Berücksichtigung Ihres derzeitigen Leistungsstandes …………………………... [Einzelheiten] die Zahlung der Ihnen seit …………... gezahlten freiwilligen übertariflichen Zulage nicht mehr gerechtfertigt ist. Wir haben Sie sodann in dem Schreiben aufgefordert, bis …………….. mindestens folgenden Leistungsstand ………………………..…………. [Einzelheiten] zu erbringen, um den andernfalls drohenden Widerruf Ihrer übertariflichen Zulage zu vermeiden.*

*Wie wir heute feststellen müssen, sind inzwischen Ihre Leistungen sogar noch abgesunken, ohne dass Sie dies mit personenbedingten oder sonstigen von Ihnen unbeeinflussbaren Gründen erklären können.*

*Daher widerrufen wir Ihre übertarifliche Zulage mit sofortiger Wirkung. Ihr Lohn/Gehalt setzt sich ab sofort wie folgt zusammen: ……………………………………………………“*

Verrechnet der Arbeitgeber anlässlich einer Höhergruppierung eine widerrufliche Sonderzulage mit der entstehenden Gehaltsdifferenz, so liegt darin ein vollständiger oder teilweiser Widerruf der Sonderzulage.

Erfolgt die Höhergruppierung aufgrund einer Änderung der tariflichen Gehaltsstruktur, so entspricht es billigem Ermessen, wenn der Arbeitgeber eine bisher im Hinblick auf die Tätigkeit des Angestellten gewährte – widerrufliche – Sonderzulage auf die Gehaltsdifferenz zwischen der alten und der neuen Tarifgruppe anrechnet.