

Hinweise
zur Anrechnung der tariflichen Lohn- und Gehaltserhöhung
auf freiwillige übertarifliche Verdienstbestandteile

Mit der **zweiten Stufe der vereinbarten Erhöhung der tariflichen Entgelte zum 1. August 2024** stellt sich in den Betrieben die Frage, **ob und in wie weit die prozentualen Entgelterhöhungen auf freiwillige übertarifliche Verdienstbestandteile angerechnet** werden können. Dies insbesondere unter der Berücksichtigung des Umstandes, dass mit dem Abschluss vom 13. April 2023 eine Entgelterhöhung in drei Stufen vereinbart wurde:

- 5,1 % zum 1. September 2023
- 2,1 % zum 1. August 2024
- 1,4% zum 1. Dezember 2024.

Dieser Frage gelten die folgenden Hinweise.

Vor der Durchführung einer Anrechnung sollte immer vorsorglich zunächst der Verband eingeschaltet werden.

I. Einzelvertragliche Zulässigkeit

1. Umfang und Grenzen der Anrechenbarkeit

Erhöhung der laufenden Tarifentgelte

Der Arbeitgeber kann nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) Tarifierhöhungen auf allgemeine freiwillige übertarifliche Verdienstbestandteile auch ohne ausdrückliche Vereinbarung einer entsprechenden Klausel grundsätzlich anrechnen (vgl. zuletzt BAG vom 24.10.2017 – 1 AZR 346/16 sowie BAG vom 23.09.2009 – 5 AZR 973/08; vgl. auch BAG vom 8.12.1982, DB 1983, 997; BAG vom 7.2.1996, DB 1996, 1630; BAG 21.01.2003 – 1 AZR 125 /02 – AP BetrVG 1972 § 87 Lohngestaltung Nr. 118).

Dieser Grundsatz gilt jedenfalls für den zweckfreien übertariflichen Vergütungsbestandteil, d.h. wenn mit ihm keine besonderen Zwecke verfolgt werden. Die Anrechnung ist unabhängig möglich, ob die übertariflichen Verdienstbestandteile mit dem Tariflohn oder – gehalt zu einem einheitlichen Gesamtlohn oder – gehalt zusammengefasst sind (vgl. dazu BAG vom 22.09.1992 – 1 AZR 405/90) oder ob sie als ausdrücklich ausgewiesene Zulagen im Hinblick auf die allgemeinen Lebenshaltungskosten, den wirtschaftlichen Erfolg des Betriebes oder die Arbeitsmarktlage zusätzlich zum Tariflohn oder – gehalt gewährt werden. Weiterhin kommt es nicht darauf an, ob der übertarifliche Vergütungsbestandteil als freiwillig oder anrechenbar bezeichnet worden ist. Es reicht aus, dass das Gesamtentgelt übertariflich ist (vgl. BAG vom 23.09.2009 – 5 AZR 973/08).

Hat der Arbeitgeber sich die Anrechnung von Tariferhöhungen vorbehalten, ist anrechenbar auch der Betrag, um den sich eine übertarifliche Zulage erhöht, die u.a. einen bestimmtem Prozentsatz des Tarifgrundentgeltes beträgt und sich folglich durch die Tarifierhebung verändert (BAG v. 21.1.2003, DB 2003, 1584).

Von der Anrechnung auf allgemeine übertarifliche Zulagen ausgenommen sind hingegen solche vom Grundentgelt abhängigen tariflichen Leistungen, die nicht allgemein die vertraglich geschuldete Arbeitsleistung abgelten, sondern zum Ausgleich für bestimmte konkrete Arbeiterschwernisse oder Arbeitsumstände zusätzlich bezahlt werden (vgl. dazu Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 11. Aufl. 2005, § 63 II und § 69 I. 4.); das sind z.B. tarifliche Zuschläge für Mehrarbeit, Arbeit bei besonderem Lärm oder Schmutz oder erhöhter Gefahr, Montagearbeit, Gießereiarbeit. Sie wären allenfalls anzurechnen auf etwa vorhandene jeweils zweckidentische übertarifliche Zulagen.

Die Anrechnung ist unabhängig davon möglich, ob die übertariflichen Verdienstbestandteile mit dem Tariflohn oder -gehalt zu einem einheitlichen Gesamtlohn oder -gehalt zusammengefasst sind (vgl. dazu BAG vom 22.9.1992, DB 1993, 380 = BB 1993, 135) oder ob sie als ausdrücklich ausgewiesene Zulagen im Hinblick auf die allgemeinen Lebenshaltungskosten, den wirtschaftlichen Erfolg des Betriebes oder die Arbeitsmarktlage zusätzlich zum Tariflohn oder -gehalt gewährt werden.

Ist die Zulage jedoch als **zusätzlicher Verdienstbestandteil** zum **jeweiligen** Tarifentgelt zugesagt worden, etwa weil sie als Prozentsatz zum jeweiligen Tarifentgelt ausgewiesen ist, **kann nur angerechnet werden, wenn der Arbeitgeber sich diese Möglichkeit ausdrücklich vorbehalten hat**. Das ist insbesondere erforderlich, wenn die Zulage für eine Tätigkeit, Leistung oder besondere Belastung gewährt wird, für die der Tarifvertrag keinen Ausgleich vor sieht (vgl. BAG vom 27.08.2008 – 5AZR 820/07 – AP BGB §307 Nr.36; BAG v. 23.3.1993, DB 1993, 1980).

Die Anrechnung ist nicht deshalb ausgeschlossen, weil der Arbeitgeber die übertariflichen Verdienstbestandteile jahrelang vorbehaltlos geleistet und bisher niemals mit Tarifierhöhungen verrechnet hat (BAG vom 8.12.1982, a.a.O.; vom 11.8.1992 - 1 AZR 100/88 - unveröffentlicht; vom 22.9.1992, DB 1993, 280; v. 7.2.1995, DB 1995, 1769). Vorsorglich sollte dennoch im Falle der - rechtlich zulässigen - Nichtanrechnung durch Aushang oder individuell gegenüber den Mitarbeitern darauf hingewiesen werden, dass die Tariflohnerhöhung trotz Fehlens einer entsprechenden Verpflichtung in voller Höhe gewährt wird.

Dieser Hinweis kann etwa lauten:

„Wir erhöhen die laufenden Tarifbezüge, ohne von der rechtlichen Möglichkeit Gebrauch zu machen, die Tarifierhöhung auf die übertariflichen Verdienstbestandteile anzurechnen.“

Obwohl die Anrechnung grundsätzlich ohne entsprechende Klausel möglich ist, möchten wir gleichwohl - um alle Zweifel und Risiken auszuschalten - empfehlen, generell für die künftige Möglichkeit der Anrechnung vorsorglich eine arbeitsvertragliche Grundlage zu schaffen. Deshalb sollten die Arbeitsverträge bei sich bietender Gelegenheit, wenn etwa ohnehin eine Änderung der getroffenen Vereinbarungen erforderlich wird, entsprechend ergänzt werden. Auch sollte beim Neuabschluss von Arbeitsverträgen stets eine Anrechnungsklausel mit vereinbart werden.

Für die Anrechnungsklausel, die auch einen **Widerrufsvorbehalt** umfasst, kommt folgende Formulierung in Betracht:

„Übertarifliche Verdienstbestandteile, die zusätzlich zum monatlich laufenden tariflichen Entgelt gewährt werden, können bei Vorliegen eines sachlichen Grundes (z. B. wirtschaftliche Gründe, Gründe im Verhalten oder in der Person des Arbeitnehmers oder im Rahmen einer Umstrukturierung) jederzeit widerrufen werden. Auf diese Leistungen sind ferner tariflich festgelegte Entgelterhöhungen – unabhängig von Grund und Art – sowie Erhöhungen des Tarifentgelts durch andere tarifliche Veränderungen (z. B. infolge tariflicher Umgruppierungen) ganz oder teilweise anrechenbar. Bei rückwirkenden Tariferhöhungen oder Tarifänderungen kann die Anrechnung auch rückwirkend erfolgen. Der Widerruf übertariflicher Leistungen allein wegen der Anrechnung von Entgeltsteigerungen anderer Arbeitnehmer auf deren Zulage ist ausgeschlossen.“¹

2. Zustandekommen und Rechtswirkung der Anrechnung

Die Anrechnung bedarf zu ihrer Wirksamkeit nach neuerer Rechtsprechung grundsätzlich einer **ausdrücklichen Erklärung gegenüber dem Arbeitnehmer** (BAG v. 17.9.2003, NZA 2004, 876). Ein solcher ausdrücklicher Hinweis sollte daher **zumindest mit der Entgeltabrechnung verbunden werden**.

Der Bestandteil des Lohnes oder Gehaltes, der vor der Tariferhöhung übertariflich war, ist nach der Tariferhöhung infolge der Anrechnungserklärung des Arbeitgebers in Höhe des Erhöhungsbetrages nicht mehr als übertariflich, sondern als Tariflohn oder -gehalt anzusehen. Dementsprechend verringern sich durch die Anrechnung die übertariflichen Verdienstbestandteile.

¹ Der letzte Satz der Anrechnungsklausel ist notwendig im Hinblick auf die - sehr bedenkliche – Entscheidung des BAG vom 22.4.1997 (NZA 1997, 1059). Mit der Beschränkung des Widerrufsrechts dürfte erreicht werden können, dass bei der Anrechnung individueller Verbesserungen des Tarifentgelts, z. B. bei Höhergruppierung oder bei Entgelterhöhung durch Überschreiten einer bestimmten Anzahl von Beschäftigungsjahren, das sonst zu beachtende Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nicht eingreift.

3. Gleichbehandlung

Bei der Anrechnung muss der Arbeitgeber den Gleichbehandlungsgrundsatz beachten (BAG vom 23.3.1993, DB 1993, 1931 = BB 1993, 1873; vom 22.8.1979, DB 1980, 406). Das bedeutet nicht, dass ausnahmslos und in allen Fällen in gleichem Umfang angerechnet werden muss. Unzulässig ist lediglich die willkürliche Benachteiligung von einzelnen Mitarbeitern oder Gruppen von Mitarbeitern gegenüber der Mehrheit der Belegschaft. Unterschiedliche Anrechnungen sind daher nicht zu beanstanden, wenn sie sachlich begründet sind.

Anerkannt ist, dass der Arbeitgeber solche Arbeitnehmer von der Anrechnung ausnehmen kann, auf die er zur Aufrechterhaltung des Betriebs besonders angewiesen ist oder die eine höhere berufliche Qualifikation haben als die übrigen Mitarbeiter (BAG vom 11.5.1988, NZA 1989, 854). Anerkannt ist ferner die Begünstigung einer Gruppe von Arbeitnehmern, weil anderenfalls ihre Arbeitsplätze nicht besetzt werden können (BAG vom 23.8.1995, DB 1996, 834).

Hingegen ist nach höchstrichterlicher Rechtsprechung die Zugehörigkeit zur Gruppe der Arbeiter oder der Angestellten für sich allein kein sachlicher Differenzierungsgrund (BAG vom 30.3.1994, NZA 1994, 786 = DB 1994, 2141; vom 25.1.1984, DB 1984, 2355; vgl. auch Schaub, a.a.O., § 112 II. 1.).

II. Betriebsverfassungsrechtliche Beurteilung

Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung (vgl. Entscheidung des Großen Senats des BAG vom 3.12.1991, DB 1992, 1579) unterliegt die Anrechnung von Tariferhöhungen auf übertarifliche Verdienstbestandteile dann dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG, **wenn sich dadurch die Verteilungsgrundsätze ändern** (vgl. dazu unten unter II.2.) und darüber hinaus **für eine anderweitige Regelung ein Spielraum verbleibt**. Dies gilt unabhängig davon, ob der Arbeitgeber sich die Anrechnung und/oder den Widerruf ausdrücklich vorbehalten hat.

Eine mitbestimmungspflichtige Anrechnung ohne Zustimmung des Betriebsrates oder ohne einen diese Zustimmung ersetzenden Spruch der Einigungsstelle wäre nach der Rechtsprechung des BAG unwirksam.

Allerdings ist ein etwa bestehendes Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates bei der Anrechnung nur dann zu beachten, wenn es nicht schon im Voraus wahrgenommen worden ist, z.B. bereits bei der Aufstellung des Zulagensystems. Als eine solche - in der Praxis seltene - vorgreifende Ausübung des Mitbestimmungsrechts kann etwa eine Absprache angesehen werden, durch die der Betriebsrat dem Arbeitgeber die Befugnis einräumt, eine Tariferhöhung einseitig in bestimmtem Umfang auf die übertariflichen Verdienstbestandteile anzurechnen. Ob ein solcher Fall vorliegt, kann nur im jeweiligen Betrieb festgestellt werden (vgl. dazu auch BAG vom 22.9.1992, DB 1993, 380).

Es ist zwischen den folgenden Anrechnungsfällen zu unterscheiden:

1. Mitbestimmungsfreie Anrechnungsfälle

Nach der Entscheidung des Großen Senats des BAG hat der Betriebsrat bei der Anrechnung nicht mitzubestimmen, soweit tatsächliche oder rechtliche Hindernisse entgegenstehen.

a) Vollständige und gleichmäßige Anrechnung

Bei der vollständigen und gleichmäßigen Anrechnung steht nach dieser Rechtsprechung der Mitbestimmung ein **rechtliches** Hindernis entgegen. Denn es fehlt die rechtliche Möglichkeit einer anderen Verteilung, wenn der Arbeitgeber die Tariferhöhung bei allen Zulagenempfängern voll anrechnet.

aa) Berücksichtigung der vorangegangenen Tariferhöhungen zum 01. September 2023 und der folgenden zum 01. Dezember 2024

Grundsätzlich war es nicht erforderlich gleich zu erklären, ob man mehrere, konkret nach dem Abschluss vom 13. April 2023 alle drei Stufen der tariflichen Erhöhung (die zum 01. September 2023, die zum 01. August 2024 und die zum 01. Dezember 2024) aufgrund des Tarifabschlusses vom 13. April 2023 anrechnen will.

Nur wenn der Arbeitgeber bereits bei der Nichtanrechnung oder der nicht vollständigen Anrechnung der ersten Stufe entschieden hat, die zweite, oder dritte Stufe anzurechnen, ist eine mitbestimmungsfreie Anrechnung der zweiten oder dritten Stufe ausnahmsweise ausgeschlossen. Wegen des einheitlichen Anrechnungskonzeptes ist dann die Frage einer vollständigen und gleichmäßigen Anrechnung unter Einbeziehung aller drei Stufen zu beurteilen. **Im Regelfall ist jedoch davon auszugehen, dass der Arbeitgeber bei jeder Stufe neu darüber befindet, ob und ggf. in welchem Umfang er sie auf übertarifliche Leistungen anrechnen will** (BAG v. 8.6.2004, NZA 2005, 66 ff.). **Deshalb müssen Sie, falls noch nicht getan, nun entscheiden, ob Sie eine Anrechnung vornehmen wollen.** Dies gilt unabhängig davon, ob der Arbeitgeber bei der Entscheidung über die erste Stufe sich ausdrücklich vorbehalten hat, über die Anrechnung der zweiten und dritten Stufe erst später zu entscheiden. Der Arbeitgeber muss aber ggf. durch substantiierten Vortrag zu seinen Motiven und zum Ablauf des Entscheidungsprozesses darlegen können, dass **eine einheitliche Anrechnungskonzeption nicht vorlag.**

bb) Berücksichtigung übertariflicher prozentualer Zulagen

Zur vollständigen und gleichmäßigen Anrechnung ist nach der Entscheidung des BAG v. 24.4.2001 (EzA § 87 BetrVG Betriebliche Lohngestaltung Nr. 71) erforderlich, dass auch die Erhöhung einer **übertariflichen Zulage, die einen bestimmtem Prozentsatz des tariflichen Grundentgelts beträgt** und sich daher bei dessen Anhebung ebenfalls erhöht angerechnet wird. Die Erhöhung einer solchen Zulage ist nach der Entscheidung des BAG vom 21.1.2003 (DB 2003, 1584) das Ergebnis der Tarifierhöhung und, sofern der Arbeitgeber sich die Anrechnung von Tarifierhöhungen vorbehalten hat, wie diese anrechenbar.

cc) Spätere Wiedereinführung oder Erhöhung übertariflicher Verdienstbestandteile

Vor einer vollständigen und gleichmäßigen Anrechnung ist zu berücksichtigen, dass eine spätere - unabhängig von der Anrechnung - vorgenommene Wiedereinführung oder Erhöhung übertariflicher

Verdienstbestandteile nach höchstrichterlicher Rechtsprechung dem Mitbestimmungsrecht bei der Einführung freiwilliger Zulagen unterliegt (so BAG vom 10.2.1988, DB 19 88, 1223; vom 8.12.1981, DB 1982, 1276), es sei denn es handelte sich dabei um eine mitbestimmungsfreie Einzelfallregelung (vgl. dazu unten unter II.2.). Eine solche Wiedereinführung übertariflicher Verdienstbestandteile wäre z. B. gegeben, wenn der Arbeitgeber im September 2023 zunächst die Anrechnung aller drei Stufen erklärt hat, aber in 2024 auf die Anrechnung der Tarifierhöhung zum 1. August 2024 oder 1. Dezember 2024 verzichten würde.

Nach der Rechtsprechung handelt es sich aber dann überhaupt nicht um eine vollständige und gleichmäßige Anrechnung, wenn der Arbeitgeber eine Entscheidung über eine Neuverteilung der Zulage bereits anlässlich der Tarifierhöhung trifft (BAG v. 11.8.1992, DB 1993, 46). Es ist nicht erforderlich, dass der Arbeitgeber bereits zum Zeitpunkt der Anrechnung im Einzelnen und abschließend entschieden hat, wem und in welcher Höhe neue übertarifliche Leistungen gewährt werden sollen. Es genügt, dass er schon **bei der Entscheidung über die Anrechnung die Ersetzung der laufenden Zulage durch eine andere oder auch eine Einmalzahlung plant** (BAG vom 17.1.1995, NZA 1995, 792). Ein geringer zeitlicher Abstand zwischen den Mitteilungen der Anrechnungs- und der Neuvergabeentscheidung kann ein Indiz hierfür sein.

dd) Versuch des Arbeitgebers zur Durchsetzung eigener Verteilungsgrundsätze

In einer Entscheidung vom 26. Mai 1998 (DB 1998, 2119) hat das BAG die an sich mitbestimmungsfreie vollständige und gleichmäßige Anrechnung für unwirksam erklärt, weil der Arbeitgeber zunächst eine andere Art der Anrechnung, nämlich eine ungleichmäßige Anrechnung angestrebt und dabei gegenüber dem Betriebsrat den Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit verletzt habe. Einen solchen Verstoß sieht das Gericht darin, dass der Arbeitgeber eigene mitbestimmungspflichtige Verteilungsgrundsätze vorgegeben habe, über die er keine Verhandlungen zugelassen, sondern für den Fall abweichender Vorstellungen des Betriebsrats von vornherein eine mit

bestimmungsfreie Vollanrechnung vorgesehen habe. Dieses Ausweichen in die Vollanrechnung sei allerdings dann gerechtfertigt, wenn der Betriebsrat in einem solchen Fall nicht der Verteilung, sondern der Kürzung des Leistungsvolumens widerspreche, weil er damit sein Mitbestimmungsrecht überschreite.

Nach wie vor zulässig ist allerdings, dass der Arbeitgeber mit dem Betriebsrat über eine mitbestimmungspflichtige Art der Anrechnung verhandelt und bis zum Abschluss dieser Verhandlungen vorläufig mitbestimmungsfrei (= vollständig und gleichmäßig oder anteilig und gleichmäßig) anrechnet (vgl. unten unter 3. b)).

b) Reduzierung des Zulagenvolumens auf Null

Ein **tatsächliches** Hindernis für das Eingreifen eines Mitbestimmungsrechts besteht nach der Rechtsprechung des Großen Senats des BAG dann, wenn das gesamte Zulagenvolumen infolge der Anrechnung auf Null reduziert wird. Da dann nichts mehr zu verteilen ist, fehlt es an jeglichem Anhaltspunkt für ein Mitbestimmungsrecht.

c) Anteilige und gleichmäßige Anrechnung ohne Änderung der Verteilungsgrundsätze

Nach der Rechtsprechung des Großen Senats des BAG ist das Mitbestimmungsrecht bei der anteiligen und gleichmäßigen Anrechnung zu beachten, wenn durch die Anrechnung die **Verteilungsgrundsätze** hinsichtlich der übertariflichen Verdienstbestandteile geändert werden; **bleiben sie unberührt, dann besteht kein Mitbestimmungsrecht**. Die **Verteilungsgrundsätze** bleiben nach dieser Rechtsprechung gleich, wenn das Verhältnis der Zulagen zueinander nach der Anrechnung dem vor ihrer Anrechnung entspricht. Dies ist in der Regel nur der Fall, wenn die Anrechnung eines Teils der Tarifierhöhung durch eine Kürzung der bestehenden Zulagen um denselben Prozentsatz der **Zulage** erfolgt.

Beispiel:

Fünf Arbeitnehmer haben folgende Zulagen:

- A: 0 €
- B: 30 €
- C: 60 €
- D: 90 €
- E: 120 €

Anlässlich der Tariflohnerhöhung werden die übertariflichen Zulagen aller Arbeitnehmer um 50 % gekürzt.

Nach der Kürzung betragen die einzelnen Zulagen:

- A: 0 €
- B: 15 €
- C: 30 €
- D: 45 €
- E: 60 €

Das Verhältnis der Zulagen untereinander beträgt nach der Kürzung wie auch vorher 0 : 1 : 2 : 3 : 4 (Beispiel bei Stege/Schneider DB 1992, 2342, 2343).

Als Ausnahmefall einer Beibehaltung der Verteilungsgrundsätze ist auch anzusehen, wenn der Arbeitgeber als Zulage einen **einheitlichen** Prozentsatz des Tarifentgelts gewährt und er die Tariflohnerhöhung um eine **einheitliche** Prozentpunktzahl auf die Zulage anrechnet.

Beispiel:

Zahlt der Arbeitgeber etwa allen Arbeitnehmern eine übertarifliche Zulage von 10 % der Tarifbezüge, z. B.

A: 1.500,- € + 150,- € = 1.650,- €,

B: 2.000,- € + 200,- € = 2.200,- €,

C: 3.000,- € + 300,- € = 3.300,- €),

und rechnet er bei einer Tariflohnerhöhung um 6 % auf die übertariflichen Zulagen 4 % an, verringern sich diese von 10 % auf 6 % vom bisherigen Tarifentgelt (im Beispielfall: A: 90 €, B: 120 €, C: 1800 €). Der Verteilungsgrundsatz, d.h. das Verhältnis der Zulagen zueinander (im Beispielfall 3 : 4 : 6), bleibt unverändert (Beispiel aus Entscheidung des Großen Senats des BAG vom 3.12.1991, a.a.O., vgl. unter C. III. 5.b) aa)).

2. Mitbestimmungspflichtige Anrechnungsfälle

a) Anteilige und gleichmäßige Anrechnung mit Änderung der Verteilungsgrundsätze

Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats greift ein, wenn bei einer anteiligen und gleichmäßigen Anrechnung die Verteilungsgrundsätze geändert werden, es sei denn, es läge eine der mitbestimmungsfreien Formen der Anrechnung (vgl. oben unter 1.) vor.

Beispiel:

Betrag des Tarifentgelts für die Arbeitnehmer A, B und C bisher 2.000,- € und erhielt A eine Zulage von 150,- €, B von 250,- € und C von 300,- € (Verhältnis 3 : 5 : 6), verringern sich die Zulagen im Falle einer **anteiligen Anrechnung** einer Tarifentgelterhöhung von 3 % **zur Hälfte**, bei A auf 120 -€, bei B auf 220 € und bei C auf 270 €. Damit hat sich auch das Verhältnis der Zulagen zueinander vom Verhältnis 3 : 5 : 6 zum Verhältnis 12 : 22 : 27 geändert.

b) Ungleichmäßige Anrechnung

Rechnet der Arbeitgeber vollständig oder anteilig, jedoch **nicht bei allen Arbeitnehmern oder aber nicht bei allen Arbeitnehmern in gleicher Weise (= ungleichmäßig)** an, dann ist nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung grundsätzlich ein Mitbestimmungsrecht gegeben (vgl. dazu auch BAG vom 22.9.1992, DB 1993, 380 = BB 1993, 135).

Das Mitbestimmungsrecht greift nur dann nicht ein, soweit es sich bei der Anrechnung/Nichtanrechnung um eine **Einzelfallregelung** handelt. Sie liegt aber nach der Rechtsprechung des BAG (vom 24.11.1987, DB 1988, 556) nur vor, wenn es sich um die Gestaltung eines oder mehrerer konkreter Arbeitsverhältnisse handelt und besondere, den jeweiligen Arbeitnehmer betreffende Umstände die ungleichmäßige Anrechnung (Nichtanrechnung bei einigen Arbeitnehmern oder Anrechnung in unterschiedlicher Weise bei einigen oder allen Arbeitnehmern) veranlassen oder inhaltlich bestimmen. Demgemäß dürfte bei der unterschiedlichen Anrechnung nur insoweit eine mitbestimmungsfreie Einzelfallregelung gegeben sein, wenn gerade in

der Person des jeweiligen Arbeitnehmers bestehenden Umständen Rechnung getragen werden soll, wenn der Arbeitgeber also z.B.

- unterschiedlich anrechnet, um dem individuellen " Marktwert" einzelner Arbeitnehmer mit der Bemessung der Vergütung zu entsprechen (ähnlich Matthes NZA 1987, 289, 294); nach höchstrichterlicher Rechtsprechung ist dies aber nur dann als Einzelfallregelung anzuerkennen, wenn der Arbeitgeber konkret en Anlass zu der Befürchtung hat, dass gerade diese Arbeitnehmer abwandern könnten, und wenn er gerade sie an den Betrieb binden will (BAG vom 14.6.1994, BB 1995, 825).
- durch die Anrechnung in einem Einzelfall dem Wunsch des Arbeitnehmers, steuerliche Nachteile zu vermeiden, entsprechen will (BAG v. 27.10.1992, NZA 1993, 561)
- anrechnet, weil der Arbeitnehmer trotz Umsetzung auf einen niedriger bewerteten Arbeitsplatz, unverändert die bisherige Vergütung erhält (BAG v. 22.9.1992, DB 1993, 384).

Hingegen genügt nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung für eine Einzelfallregelung nicht, dass der Arbeitgeber gegenüber einzelnen Arbeitnehmern anrechnet,

- die unzureichende Leistungen erbracht haben (BAG vom 22.9.1992, DB 1993, 385) oder
- die dem Betrieb erst kurze Zeit angehören oder die demnächst aus dem Betrieb ausscheiden werden (BAG v. 27.10.1992, aaO.) oder
- die zu viele Tage wegen Krankheit gefehlt haben (BAG vom 22.9.1992, DB 1993, 382) oder
- deren Tätigkeit nicht mehr ihrer durch eine tarifliche Alterssicherung geschützten Eingruppierung entspricht (BAG vom 23.3.1993, DB 1993, 1931 = BB 1993, 1873).

Für eine Einzelfallregelung soll ferner nicht genügen, dass der Arbeitgeber einzelne Arbeitnehmer wegen besonderer Leistungen oder aus sozialen Gründen von der Anrechnung ausnimmt (BAG vom 14.6.1994 aaO.).

Es muss allgemein damit gerechnet werden, dass die Rechtsprechung die Voraussetzungen für eine Einzelfallregelung nach strengen Maßstäben prüft.

3. Praktische Folgerungen

- a) Soweit ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates nicht besteht (vgl. oben unter II. 1.), kann der Arbeitgeber ohne Beteiligung des Betriebsrats anrechnen. Das ist nur dann nicht mehr möglich, wenn er zunächst eine mitbestimmungspflichtige Art der Anrechnung angestrebt und dabei dem Betriebsrat eigene Verteilungsgrundsätze vorgegeben und für den Fall des Scheiterns der Verhandlungen eine mitbestimmungsfreie Art der Anrechnung angekündigt hat (vgl. oben unter II. 1. a) cc)). Der Arbeitgeber, der sich hingegen erst nach dem Scheitern über die von ihm beabsichtigte mitbestimmungspflichtige Anrechnung zu einer mitbestimmungsfreien entschließt, muss den Betriebsrat jedoch nicht mehr beteiligen.
- b) Soweit ein Mitbestimmungsrecht besteht (vgl. oben unter II.2), muss mit dem Betriebsrat über die beabsichtigte Anrechnung der Tarifierhöhung auf die übertariflichen Verdienstbestandteile verhandelt werden.

Bis zum Abschluss der Verhandlungen mit dem Betriebsrat kann der Arbeitgeber von einer der oben (unter II.1) angeführten mitbestimmungsfreien Möglichkeiten der Anrechnung **vorläufig** Gebrauch machen. Dabei muss er, um eine rückwirkende Änderung der Verteilungsgrundsätze rechtlich zu sichern, gegenüber den betroffenen Arbeitnehmern - bei gleichzeitiger entsprechender Information des Betriebsrats - einen Vorbehalt erklären (BAG vom 19.9.1995, DB 1996,1576).

Vorschlag für Vorbehalt (bei vorläufiger anteiliger und gleichmäßiger Anrechnung ohne Änderung der Verteilungsgrundsätze):

"Wir möchten von der rechtlichen Möglichkeit Gebrauch machen, die Tarifierhöhung zum 1. März 2019 teilweise auf die übertariflichen Verdienstbestandteile anzurechnen. Dazu haben wir dem Betriebsrat

vorgeschlagen,Da es bisher nicht zu einer Einigung mit dem Betriebsrat gekommen ist, kürzen wir Ihre übertariflichen Verdienstbestandteile **vorläufig** ab März 2019 auf € (oder: um x %). Diese Maßnahme trifft alle Zulagenempfänger, bei denen sie zulässig ist, in gleicher Weise. Für den Fall, dass in den Verhandlungen mit dem Betriebsrat oder durch einen Spruch der Einigungsstelle eine andere Regelung festgelegt wird, behalten wir uns eine dementsprechende rückwirkende Änderung Ihres Lohn/Gehalts sowie eine Verrechnung so entstandener Überzahlungen vor."

Führen die Verhandlungen mit dem Betriebsrat **nicht zum Erfolg**, **muss der Arbeitgeber die Einigungsstelle anrufen**, wenn er an einer mitbestimmungspflichtigen Form der Anrechnung festhalten will.

Eine Anrechnung ohne Zustimmung des Betriebsrates oder einen diese Zustimmung ersetzenden Spruch der Einigungsstelle wäre nach der Rechtsprechung des BAG unwirksam. Nimmt der Arbeitgeber jedoch nunmehr Abstand von seinem ursprünglichen Vorhaben, kann er die vorläufige Regelung in eine endgültige umwandeln, die auch mitbestimmungsfrei ist.

Soll eine Betriebsvereinbarung oder ein Spruch der Einigungsstelle Rückwirkung haben, muss dies im Text deutlich zum Ausdruck kommen (BAG a.a.O.).

4. Fazit

Aufgrund der höchstrichterlichen Rechtsprechung empfiehlt es sich für den Arbeitgeber am ehesten, dann, wenn er weder eine vollständige und gleichmäßige Anrechnung noch eine Reduzierung des Zulagenvolumens auf Null in Betracht ziehen kann oder will, eine mitbestimmungsfreie anteilige und gleichmäßige Anrechnung durchzuführen und dementsprechend alle Zulagen in gleicher Weise um denselben Prozentsatz der Zulage zu kürzen.