

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

Band 360

Leistungsbestimmungsrechte und Arbeitsentgelt

AGB-rechtliche Anforderungen an die Wirksamkeit und
Ausgestaltung arbeitgeberseitiger Bestimmungsvorbehalte
im Entgeltbereich

Von

Stefan Schmidt-Lauber



Duncker & Humblot · Berlin

STEFAN SCHMIDT-LAUBER

Leistungsbestimmungsrechte und Arbeitsentgelt

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

Herausgegeben von

Prof. Dr. Matthias Jacobs, Hamburg

Prof. Dr. Rüdiger Krause, Göttingen

Prof. Dr. Sebastian Krebber, Freiburg

Prof. Dr. Thomas Lobinger, Heidelberg

Prof. Dr. Markus Stoffels, Heidelberg

Prof. Dr. Raimund Waltermann, Bonn

Band 360

Leistungsbestimmungsrechte und Arbeitsentgelt

AGB-rechtliche Anforderungen an die Wirksamkeit und
Ausgestaltung arbeitgeberseitiger Bestimmungsvorbehalte
im Entgeltbereich

Von

Stefan Schmidt-Lauber



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät
der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg
hat diese Arbeit im Jahre 2019 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2020 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: Klaus-Dieter Voigt, Berlin
Druck: CPI buchbücher.de GmbH, Birkach
Printed in Germany

ISSN 0582-0227
ISBN 978-3-428-18089-9 (Print)
ISBN 978-3-428-58089-7 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2019/2020 von der Juristischen und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg als Dissertation angenommen.

Besonderer Dank gilt meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Daniel Ulber. Er hat mich bereits im Studium für das AGB-Recht begeistert und in mir frühzeitig den Wunsch geweckt, mich im Rahmen einer Dissertation wissenschaftlich mit diesem Themengebiet auseinanderzusetzen. Bedanken möchte ich mich auch für die großartige Betreuung meiner Arbeit und die zügige Anfertigung des Erstgutachtens. Herr Prof. Ulber stand mir stets mit Rat und Tat zur Seite, hatte immer ein offenes Ohr für meine Anliegen und gab mir unzählige wertvolle Ratschläge. Bedanken möchte ich mich auch bei Frau Prof. Dr. Katja Nebe für die äußerst zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Großer Dank gilt vor allem meinen Eltern, die mich stets bedingungslos unterstützt haben und mir auch bei diesem Projekt in jeder Hinsicht zur Seite standen. Ohne sie wäre diese Arbeit nie zustande gekommen.

Herzlich bedanken möchte ich mich außerdem bei den zahlreichen Helfern, die mich in vielerlei Hinsicht bei dieser Arbeit unterstützt haben, insbesondere durch das Korrekturlesen und ihre stete Gesprächsbereitschaft. Zu nennen sind hier Malte Göbel, Jule Delfs, Sophie Kruppa und Nina Wortmann.

Hamburg, im Juni 2020

Stefan Schmidt-Lauber

Inhaltsübersicht

Kapitel 1

Einführung 27

A. Einleitung	27
B. Festlegung des Untersuchungsgegenstandes: Begriff und Inhalt arbeitgeberseitiger Bestimmungsvorbehalte im Entgeltbereich sowie Eingrenzung des Prüfungsmaßstabs	29
C. Problemübersicht	39
D. Gang der Untersuchung	50

Kapitel 2

Problemanalyse: Die Sonderstellung arbeitgeberseitiger Bestimmungsvorbehalte in Rechtsprechung und Literatur 52

A. Übereinstimmender Ausgangspunkt in der BGH- und BAG-Rechtsprechung: Notwendigkeit der Konkretisierung von Leistungsbestimmungsrechten, soweit möglich	53
B. Rechtsprechung des BAG zu arbeitgeberseitigen Bestimmungsvorhalten im Entgeltbereich: weitgehende Freiheit des Verwenders	55
C. Rechtsprechung des BGH: Erfordernis der Konkretisierung einseitiger Bestimmungsrechte	71
D. Rechtsprechung des BAG zu Freiwilligkeits- und Widerrufsvorhalten: strenge Anforderungen in der AGB-Kontrolle	100
E. Schrifttum zur AGB-Kontrolle arbeitgeberseitiger Bestimmungsvorbehalte	117
F. Zusammenfassung und Ausblick	132

Kapitel 3

Vorfrage: Das Verhältnis von Angemessenheits- und Transparenzkontrolle 145

A. Zur Notwendigkeit der Feststellung einer unangemessenen Benachteiligung bei Intransparenz	146
B. Die Unterschiede zur Unangemessenheit nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB	154
C. Ergebnisse	165

*Kapitel 4***Die angemessene Ausgestaltung arbeitgeberseitiger
Bestimmungsvorbehalte** 167

- A. Volle Kontrollfähigkeit arbeitgeberseitiger Bestimmungsvorbehalte 167
- B. Die Angemessenheitskontrolle arbeitgeberseitiger Bestimmungsvorbehalte im
Entgeltbereich 199

*Kapitel 5***Die Transparenz arbeitgeberseitiger Bestimmungsvorbehalte** 366

- A. Anwendbarkeit und Inhalt der Transparenzkontrolle nach § 307 Abs. 1 S. 2 BGB 366
- B. Die transparente Gestaltung arbeitgeberseitiger Bestimmungsvorbehalte 378

*Kapitel 6***Rechtsfolgen unwirksamer Bestimmungsvorbehalte** 466

- A. Grundsatzfragen zum Umgang mit unwirksamen AGB-Klauseln: geltungserhaltende Reduktion, Teilunwirksamkeit und ergänzende Vertragsauslegung 467
- B. Die Unwirksamkeit der gesamten Klausel und ihre Problematik bei arbeitgeberseitigen Bestimmungsvorbehalten 473
- C. Zur Aufrechterhaltung von Bestimmungsvorbehalten durch geltungserhaltende Reduktion 476
- D. Die Aufrechterhaltung des Leistungsversprechens bei unwirksamen Bestimmungsvorbehalten 479
- E. Füllung der übrigen Lücke durch dispositives Gesetzesrecht 485
- F. Ersetzung unwirksamer Bestimmungsvorbehalte durch ergänzende Vertragsauslegung 490
- G. Zusammenfassung zu den Rechtsfolgen der Unwirksamkeit arbeitgeberseitiger Bestimmungsvorbehalte 500

*Kapitel 7***Zusammenfassung und Ergebnisse** 503

- A. Gesamtfazit 503
- B. Die Ergebnisse im Einzelnen 506
- C. Ausblick 529

Literaturverzeichnis 532

Sachwortverzeichnis 543

Inhaltsverzeichnis

Kapitel 1

Einführung	27
A. Einleitung	27
B. Festlegung des Untersuchungsgegenstandes: Begriff und Inhalt arbeitgeberseitiger Bestimmungsvorbehalte im Entgeltbereich sowie Eingrenzung des Prüfungsmaßstabs	29
I. Das Wesen einseitiger Leistungsbestimmungsrechte im Allgemeinen	29
II. Arbeitgeberseitige Bestimmungsvorbehalte im Entgeltbereich: Begriffsbestimmung und Inhalt	30
III. Abgrenzung zu Freiwilligkeits- und Widerrufsvorhalten	32
IV. Einordnung arbeitgeberseitiger Bestimmungsvorbehalte: Nähe zu Widerrufsvorhalten	34
V. Die vorliegend anzulegenden Kontrollmaßstäbe	36
VI. Zusammenfassung	37
C. Problemübersicht	39
I. Zur Relevanz des Verhältnisses von Angemessenheits- und Transparenzkontrolle	40
II. Zur Angemessenheit arbeitgeberseitiger Bestimmungsvorbehalte	40
1. Die Anwendbarkeit der Angemessenheitskontrolle	41
2. Die zu untersuchenden Auswirkungen der Angemessenheitskontrolle	42
III. Zur transparenten Gestaltung arbeitgeberseitiger Bestimmungsvorbehalte	46
IV. Rechtsfolgen der Unangemessenheit und Intransparenz arbeitgeberseitiger Bestimmungsvorbehalte	49
D. Gang der Untersuchung	50

Kapitel 2

Problemanalyse: Die Sonderstellung arbeitgeberseitiger Bestimmungsvorbehalte in Rechtsprechung und Literatur	52
A. Übereinstimmender Ausgangspunkt in der BGH- und BAG-Rechtsprechung: Notwendigkeit der Konkretisierung von Leistungsbestimmungsrechten, soweit möglich	53

B. Rechtsprechung des BAG zu arbeitgeberseitigen Bestimmungsvorbehalten im Entgeltbereich: weitgehende Freiheit des Verwenders	55
I. Rechtsprechung des BAG vor der Schuldrechtsreform: keine formellen Anforderungen	56
II. Rechtsprechung des BAG nach der Schuldrechtsreform: keine Konkretisierungspflicht trotz Anwendbarkeit der AGB-Kontrolle	57
1. BAG zu Versetzungsklauseln: keine Konkretisierung des Umfangs oder der Voraussetzungen; ausreichender Schutz durch § 315 BGB, § 106 GewO	58
2. BAG zu einseitigen Leistungsbestimmungsrechten im Entgeltbereich: kein Konkretisierungserfordernis	59
a) Billiges Ermessen als ausreichende Konkretisierung	59
b) Kein zwingendes Konkretisierungserfordernis auch bei Leistungen aus dem Gegenseitigkeitsverhältnis	62
c) Gleichbleibendes Verständnis unabhängig vom Gegenleistungscharakter	64
d) Konkretisierung jedenfalls nicht in der Klausel selbst notwendig ..	68
e) Zusammenfassung	70
C. Rechtsprechung des BGH: Erfordernis der Konkretisierung einseitiger Bestimmungsrechte	71
I. BGH-Rechtsprechung zu Preisanpassungsklauseln: ausgeprägte Konkretisierungspflicht	72
1. Voraussetzung der Transparenz: Umfang der Preisanpassung aus der Klausel erkennbar und an ihr messbar	72
2. Billiges Ermessen ist keine ausreichende Einschränkung	75
3. Zusammenfassung	77
II. BGH-Rechtsprechung zu anderen einseitigen Leistungsbestimmungsrechten: strengerer Maßstab als das BAG bei Bestimmungsvorbehalten	78
1. Strenge Anforderungen des Transparenzgebots	79
2. Anforderungen im Rahmen der Angemessenheitskontrolle	81
a) Rechtsprechung zum AGBG: billiges Ermessen nach § 315 BGB genügt nicht zur Konkretisierung	82
b) Unveränderter Konkretisierungsmaßstab in der neueren Rechtsprechung	82
c) Billiges Ermessen als ausreichende Konkretisierung des Entscheidungsmaßstabs	84
d) Im Einzelfall geringere Konkretisierung bei Bestimmungsrechten zur erstmaligen Festlegung einer Leistung	84
e) Freie Gestaltung bei freiwilligen Leistungen	86
3. Verstoß gegen § 308 Nr. 4 BGB bzw. § 10 Nr. 4 AGBG	87
4. Zusammenfassung	88
III. Intransparenz mangels Verweises auf § 315 Abs. 3 BGB	90

IV.	Unangemessenheit von Leistungsbestimmungsrechten wegen Einräumung zusätzlicher Gewinnmöglichkeiten	91
1.	Zusätzliche Gewinnmöglichkeit durch fehlende Konkretisierung	91
2.	Pflicht zur Weitergabe von Kostensenkungen ist Voraussetzung der Angemessenheit von Anpassungsklauseln	92
3.	Zusammenfassung und Ausblick	94
V.	Zur Kompensation intransparenter oder unangemessener Klauseln	95
1.	Keine Kompensation durch § 315 Abs. 3 BGB	95
2.	Kompensation durch Einräumung eines Kündigungsrechts	97
VI.	Zusammenfassung und Ausblick	98
D.	Rechtsprechung des BAG zu Freiwilligkeits- und Widerrufsvorbehalten: strenge Anforderungen in der AGB-Kontrolle	100
I.	Rechtsprechung zur AGB-Kontrolle von Freiwilligkeitsvorbehalten	101
1.	Freiwilligkeitsvorbehalt und Begründung eines Anspruchs: Widersprüchlichkeit führt zur Intransparenz	101
2.	Unangemessenheit von Freiwilligkeitsvorbehalten nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB	102
a)	Unangemessenheit von Freiwilligkeitsvorbehalten bezüglich laufender Vergütung	103
b)	Unangemessenheit wegen Gegenleistungscharakters der betreffenden Leistung	104
c)	Zur Harmonisierung der AGB-Kontrolle arbeitgeberseitiger Flexibilisierungsklauseln	105
3.	Zur Unangemessenheit von Stichtagsklauseln	105
4.	Zusammenfassung und Ausblick	106
II.	Rechtsprechung zur AGB-Kontrolle von Widerrufsvorbehalten	108
1.	Rechtsprechung vor der Schuldrechtsreform: keine formellen Anforderungen	108
2.	Rechtsprechung nach der Schuldrechtsreform: Verschärfte Anforderungen durch AGB-Kontrolle	109
a)	Unzumutbarkeit von Widerrufsvorbehalten bei Eingriff in den Kernbereich des Arbeitsverhältnisses	109
b)	Rechtfertigungsgrund als materielle Anforderung	110
c)	Konkretisierungspflicht als formelle Anforderung	111
aa)	Pflicht zur Angabe von Widerrufsgründen	112
bb)	Einmalige abweichende Beurteilung eines Widerrufsvorbehalts: keine Konkretisierungspflicht	114
d)	Ausblick für die Bewertung arbeitgeberseitiger Bestimmungsvorbehalte	115
3.	Zusammenfassung und Ausblick	116

E. Schrifttum zur AGB-Kontrolle arbeitgeberseitiger Bestimmungsvorbehalte	117
I. Abweichungen von der Rechtsprechung in der Literatur: Pflicht zur Konkretisierung der Entscheidungskriterien	117
1. Stoffels: Konkretisierungspflicht und Kritik an der Rechtsprechung des BAG	118
2. Stoffels: Relativierung der eigenen Meinung	119
3. Kritik an der Rechtsprechung bei Preis	119
4. Weitere Bestätigung einer Konkretisierungspflicht im Schrifttum	120
5. Zusammenfassung	121
II. Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des BAG im Schrifttum: keinerlei Konkretisierungspflicht	122
III. Zur Differenzierung nach dem Charakter der betreffenden Leistung im Schrifttum	123
1. Trotz Unklarheiten in der Rechtsprechung: keine Konkretisierungspflicht auch bei synallagmatischen Leistungen	124
2. Zusammenfassung	126
IV. Anderer Ansatz: strengere Anforderungen im Gleichlauf mit Widerrufsvorbehalten	127
V. Stimmen zur Anwendbarkeit des Kernbereichsschutzes	128
VI. Fazit	129
F. Zusammenfassung und Ausblick	132
I. Abweichungen des BAG von der strengeren Rechtsprechung des BGH	133
II. Konflikte der BAG-Rechtsprechung mit der eigenen Behandlung von Widerrufs- und Freiwilligkeitsvorbehalten	134
III. Möglicher Hintergrund und Bewertung der großzügigen BAG-Rechtsprechung: die vermeintliche Nähe arbeitgeberseitiger Bestimmungsvorbehalte zu Freiwilligkeitsvorbehalten	137
IV. Die kritische Diskussion in der Literatur	138
V. Weitere Fragen aus der Rechtsprechung zu Bestimmungsvorbehalten	140
VI. Zusammenfassung der relevanten Untersuchungsfragen	141
<i>Kapitel 3</i>	
Vorfrage: Das Verhältnis von Angemessenheits- und Transparenzkontrolle	145
A. Zur Notwendigkeit der Feststellung einer unangemessenen Benachteiligung bei Intransparenz	146
I. Keine automatische Unwirksamkeit bei Intransparenz	147
1. Teilweise vertretene Ansicht: Unwirksamkeit ohne Feststellung einer Benachteiligung	147
2. Wortlaut und Gesetzesmaterialien: Notwendigkeit der Feststellung einer unangemessenen Benachteiligung	148
3. Ergebnis	150

II.	Spezifische Benachteiligung durch Intransparenz	151
1.	Benachteiligung bei Abschluss des Vertrages	151
2.	Benachteiligung bei der Abwicklung	153
3.	Ergebnis	154
B.	Die Unterschiede zur Unangemessenheit nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB	154
I.	Überschneidungen von Transparenz- und Angemessenheitskontrolle am Beispiel arbeitgeberseitiger Bestimmungsvorbehalte im Entgeltbereich ..	154
II.	Divergierende Ziele der Transparenz- und Angemessenheitskontrolle	156
1.	Anknüpfungspunkt der Transparenzkontrolle: Klarheit und Verständlichkeit	156
2.	Anknüpfungspunkt der Angemessenheitskontrolle: inhaltliche Unausgewogenheit	157
3.	Ergebnis: Kontrolle nach beiden Maßstäben in allen Fällen	158
III.	Dogmatisches Interesse an der korrekten Einordnung	158
IV.	Verkürzte Erkenntnis bei Vernachlässigung der Angemessenheitskontrolle	159
V.	Schutzzweck des AGB-Rechts gebietet Nebeneinander von Angemessenheits- und Transparenzkontrolle	160
1.	Grundlage der AGB-Kontrolle: fehlendes Wettbewerbskorrektiv	160
2.	Folge: überindividueller Schutzzweck des AGB-Rechts	162
3.	Konsequenz für die Inhaltskontrolle: die inhaltliche Angemessenheit muss neben der Intransparenz geprüft werden	164
VI.	Vorteile einer zusätzlichen Angemessenheitskontrolle für den Arbeitgeber	165
C.	Ergebnisse	165

Kapitel 4

Die angemessene Ausgestaltung arbeitgeberseitiger Bestimmungsvorbehalte 167

A.	Volle Kontrollfähigkeit arbeitgeberseitiger Bestimmungsvorbehalte	167
I.	Einleitung	167
II.	Zum Regel-Ausnahme-Verhältnis von Kontrollfähigkeit und Kontrollfreiheit	169
1.	Besondere Relevanz des Regel-Ausnahme-Verhältnisses bei Bestimmungsvorbehalten	170
2.	Inhaltskontrolle als Regelfall	172
3.	Dennoch materielle Begründungslast für die Kontrollfähigkeit	173
4.	Ergebnisse und Voraussetzungen für die Kontrollfähigkeit arbeitgeberseitiger Bestimmungsvorbehalte	174
III.	Zum deklaratorischen Charakter arbeitgeberseitiger Bestimmungsvorbehalte	174
1.	Keine Regelungsidentität mit § 315 BGB	175

2.	Kontrollfreiheit als normausfüllende Klausel?	176
3.	Kontrollfreiheit von Regelungen zum Ausübungsmaßstab	178
4.	Ergebnisse	179
IV.	Bestimmungsvorbehalte legen keine Hauptleistungspflicht fest	180
1.	Kriterien zur Abgrenzung des kontrollfreien Hauptleistungsbereichs ..	181
2.	Entgeltrelevante Bestimmungsvorbehalte unterfallen nicht dem kontrollfreien Bereich der Hauptleistungspflichten	184
a)	Mangelnde Aufmerksamkeit und Vergleichsmöglichkeit des Arbeitnehmers	184
b)	Marktschwäche mangels Ausweichmöglichkeit	185
c)	Parallele zu Widerrufsvorhalten	186
d)	Erfüllung aller Kriterien	186
3.	Ergebnisse	187
V.	Abweichung oder Ergänzung von Rechtsvorschriften durch arbeitgeberseitige Bestimmungsvorbehalte	188
1.	Zur Abweichung von der Vertragsbindung im engeren Sinne	188
2.	Abweichung von wesentlichen Grundsätzen des BGB	190
3.	Zwischenergebnis	193
4.	Kontrollfähigkeit unabhängig vom Charakter der Leistung	194
5.	Ergebnisse zur Abweichung von Rechtsvorschriften	195
VI.	Ergebnisse	197
B.	Die Angemessenheitskontrolle arbeitgeberseitiger Bestimmungsvorbehalte im Entgeltbereich	199
I.	Vorüberlegung: anwendbare Tatbestände des § 307 BGB	200
II.	Übersicht: Die Voraussetzungen der Angemessenheit arbeitgeberseitiger Bestimmungsvorbehalte	202
1.	Unangemessene Benachteiligung durch bloße Existenz eines Bestimmungsvorbehalts?	203
2.	Der Schutz des Kernbereichs des Arbeitsverhältnisses bei arbeitgeberseitigen Bestimmungsvorhalten	203
3.	Mindestinhalt „billiges Ermessen“?	206
4.	Konflikt mit dem vertraglichen Synallagma und Äquivalenzverhältnis	207
5.	Zur Pflicht einer tatbestandlichen Konkretisierung von Entscheidungskriterien	208
a)	Interessenabwägung: Konkretisierung oder nicht?	209
b)	Kontrollüberlegung: Vergleich mit Widerrufs- und Freiwilligkeitsvorhalten	210
c)	Konkrete Ausgestaltungsanforderungen	211
6.	Kompensation unangemessener Benachteiligungen?	211
III.	Zur Unwirksamkeit arbeitgeberseitiger Bestimmungsvorbehalte	212

1. Prüfungsgrundlage für die generelle Angemessenheit arbeitgeberseitiger Bestimmungsvorbehalte	213
a) Keine Aushöhlung wesentlicher Rechte und Pflichten durch die Verwendung von Bestimmungsvorbehalten (§ 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB)	213
b) Keine Prüfung anhand leitbildfähiger Regelungen (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB)	213
aa) § 315 BGB ist nicht leitbildfähig für die Einräumung einseitiger Bestimmungsrechte	213
bb) Leitbildfähigkeit allgemeiner Prinzipien: Vertragsbindung, Festlegung der Rechte und Pflichten und Vertragsprinzip	214
c) Ergebnis: Prüfung nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB	216
2. Prüfungsmaßstab nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB	217
3. Zur Angemessenheit der Verwendung arbeitgeberseitiger Bestimmungsvorbehalte	218
a) Benachteiligung des Arbeitnehmers durch Implementierung eines Bestimmungsvorbehalts	219
b) Zwischenergebnis: Vorliegen einer rechtfertigungsbedürftigen Benachteiligung	221
c) Rechtfertigungsanforderung: berechtigtes Interesse des Arbeitgebers	221
d) Berechtigtes (Flexibilisierungs-)Interesse im Arbeitsverhältnis	222
e) Vergleichbare Interessenlage bei befristeten Arbeitsverhältnissen ..	223
f) Ergebnis	223
4. Fazit: Keine generelle Unwirksamkeit arbeitgeberseitiger Bestimmungsvorbehalte	224
IV. Unangemessenheit bei Eingriff in den Kernbereich des Arbeitsverhältnisses	224
1. Anwendbarkeit des Kernbereichsschutzes auf arbeitgeberseitige Bestimmungsvorbehalte	227
a) Grundgedanken des Kernbereichsschutzes	228
b) Anwendbarkeit auf einseitige Bestimmungsvorbehalte	229
c) Ergebnis	232
2. Dogmatische Begründung des Kernbereichsschutzes und Prüfungsstandort im System der §§ 305 ff. BGB	233
a) Grundsätzlich vorrangige Prüfung nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB: Herleitung des Kernbereichsschutzes aus gesetzlichem Leitbild ...	234
aa) Zur Herleitung aus dem Kündigungsschutzrecht	235
bb) Zur Herleitung aus § 611a Abs. 2 BGB	235
cc) Zur Herleitung aus § 615 S. 1 BGB: keine Verlagerung des Wirtschaftsrisikos	236
dd) Zur Herleitung aus dem Äquivalenzprinzip	236
ee) Zwischenergebnis: keine eindeutige Herleitung aus einem gesetzlichen Leitbild	237

b)	Begrenzte Relevanz der Herleitung: Kernbereichsschutz ergibt sich aus § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB	237
c)	Ergebnis	237
3.	Inhaltliche Anforderungen nach § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB zum Schutz des Kernbereichs	238
4.	Zwischenergebnis: Anwendung des Kernbereichsschutzes bei arbeitgeberseitigen Bestimmungsvorbehalten gem. § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB	240
5.	Definition des Kernbereichs des Arbeitsverhältnisses	240
a)	Keine Festlegung im Einzelfall	241
b)	Festlegung des Kernbereichs durch prozentuale Grenzen der Gesamtvergütung	242
c)	Besonderheiten bei Sonderzahlungen	243
d)	Besonderheiten nach der Stellung des Arbeitnehmers	244
e)	Verbot der Tariflohnunterschreitung ist kein Teil der AGB-Prüfung	244
f)	Ergebnis	244
6.	Zur Feststellung des Gegenleistungscharakters entgeltrelevanter Leistungen	245
a)	Orientierung an der Einordnung bei Mindestlöhnen: funktionale Äquivalenz als Abgrenzungskriterium?	246
aa)	Funktionaler Äquivalenzvergleich: Theorien zur Bestimmung der Mindestlohnwirksamkeit	246
bb)	Keine Übertragbarkeit des Funktionsvergleichs auf die AGB-Kontrolle von Flexibilisierungsklauseln	248
cc)	Funktionsbetrachtung als sinnvoller Anknüpfungspunkt in der AGB-Kontrolle	249
dd)	Zusammenfassung: Bestimmung nach dem Zweck der Leistung ohne Vergleichselement	250
b)	Feststellung des Gegenleistungscharakters anhand der objektiven Funktion der Leistung im Rahmen der AGB-Kontrolle	251
aa)	Ausgangspunkt: Funktion der Leistung unter verobjektivierter Betrachtung	251
bb)	(Geld-)Leistungen des Arbeitgebers sind regelmäßig Teil der Gegenleistung	252
cc)	Betriebstreuleistungen haben Gegenleistungscharakter	253
dd)	Keine Unterscheidung zwischen laufendem Entgelt und Sonderzahlungen	254
ee)	Kein Gegenleistungscharakter von Zahlungen aus altruistischen Motiven	255
ff)	Kein Gegenleistungscharakter bei reinem Aufwendungsersatz ..	256
c)	Ergebnis	256
7.	Erforderliche Vertragsgestaltung zum Schutz des Kernbereichs bei Bestimmungsvorbehalten	257
a)	Besonderheiten bei Sonderzahlungen	258

b)	Kein Kernbereichsschutz durch billiges Ermessen	258
c)	Ausreichender Schutz bei Angabe von Richtwerten zur Leistungshöhe	260
d)	Kernbereichsschutz durch prozentuale Obergrenze der Leistungshöhe	261
e)	Umfassender Schutz bei rahmenmäßiger Festlegung des Leistungsumfangs	262
f)	Zusammenfassung der möglichen Vertragsgestaltungen zum Schutz des Kernbereichs bei Bestimmungsvorbehalten	262
8.	Ergebnis	263
V.	Billiges Ermessen als verbindlicher Mindestinhalt von Bestimmungsvorbehalten	265
1.	Einleitung	266
2.	Billiges Ermessen als unabdingbares Leitbild aus § 315 BGB	268
3.	Keine verwenderfreundliche Auslegung nach § 315 BGB	270
4.	Ergebnisse	273
VI.	Unzulässige Möglichkeit der einseitigen Änderung von Synallagma und Äquivalenzverhältnis bei Leistungen aus dem Gegenseitigkeitsverhältnis?	273
1.	Einseitige Relativierung des Synallagmas durch arbeitgeberseitige Bestimmungsvorbehalte	275
a)	Das Synallagma ist Ausfluss der Privatautonomie	275
b)	Verhältnis von Synallagma und AGB-Recht: keine Kontrolle privatautonomer Entscheidungen	278
c)	Zwischenergebnis: das Synallagma unterliegt keiner Inhaltskontrolle	281
d)	Die Problematik des einseitigen Eingriffs in das Synallagma	281
e)	Zwischenergebnis	283
f)	Berührungspunkte einseitiger Bestimmungsvorbehalte mit dem vertraglichen Synallagma	284
g)	Konsequenzen für die Angemessenheit einseitiger Bestimmungsvorbehalte	285
h)	Ergebnis	287
2.	Verbot der Gewinnsteigerung bzw. Beachtung des Äquivalenzverhältnisses bei arbeitgeberseitigen Bestimmungsvorbehalten	288
a)	Die Problematik einseitiger Änderungen bzw. einseitiger Gestaltung des Äquivalenzverhältnisses	289
b)	Zwischenergebnis	291
c)	Einseitige Änderungsmöglichkeit des Äquivalenzverhältnisses durch Bestimmungsvorbehalte	292
d)	Ergebnis	294
3.	Fazit	295
VII.	Unangemessene Benachteiligung bei fehlender Konkretisierung der Entscheidungskriterien in Bestimmungsvorbehalten	297

1. Die Benachteiligung des Arbeitnehmers durch Bestimmungsvorbehalte	299
2. Übersicht zur Interessenabwägung	300
a) Die gegenläufigen Interessen der Arbeitsvertragsparteien	300
b) Leistungsanreiz ohne entsprechende Bindung des Arbeitgebers bei nicht konkretisierten Bestimmungsvorbehalten?	301
c) AGB-spezifische Abwägungsgesichtspunkte	302
d) Einordnung des Ergebnisses: systematischer Vergleich mit der Behandlung von Freiwilligkeits- und Widerrufsvorbehalten	303
e) Inhaltliche Anforderungen an eine Konkretisierung von Bestimmungsvorbehalten	304
3. Die grundlegenden Interessen der Arbeitsvertragsparteien als arbeitsrechtliche Besonderheiten in der Interessenabwägung	305
a) Besondere Flexibilisierungsinteressen im Arbeitsverhältnis streiten für freie Bestimmungsvorbehalte	306
aa) Unvorhersehbare wirtschaftliche Entwicklung als Flexibilisierungsgrund	306
bb) Motivationszweck flexibler Leistungsversprechen	310
b) Gegenläufiges Interesse des Arbeitnehmers: persönliche Abhängigkeit vom Arbeitsverhältnis	311
c) Zwischenergebnis	313
4. Interesse des Arbeitnehmers an Vorhersehbarkeit	314
5. Leistungsanreiz ohne Bindung des Arbeitgebers bei nicht konkretisierten Bestimmungsvorbehalten	315
6. Zwischenergebnis	317
7. AGB-spezifische Abwägungsgesichtspunkte	317
a) Beherrschbarkeit des mit Bestimmungsvorbehalten geregelten Risikos	318
b) Einseitige Inanspruchnahme der Vertragsgestaltungsmacht und strukturelle Unterlegenheit des Arbeitnehmers	319
c) Zur Möglichkeit der alternativen Gestaltung durch Freiwilligkeitsvorbehalt als Rechtfertigungsargument	320
d) Zwischenergebnis: unangemessene Benachteiligung ohne Konkretisierung der Entscheidungskriterien wegen Verlagerung des Wirtschaftsrisikos	322
e) Zur Üblichkeit von Flexibilisierungsklauseln als Angemessenheitskriterium	323
f) Ausreichender Schutz durch Möglichkeit einer gerichtlichen Billigkeitskontrolle bei Bestimmungsvorbehalten?	323
g) Fazit	327
8. Zwischenergebnis: Angemessenheit von Bestimmungsvorbehalten erfordert Konkretisierung der Entscheidungskriterien	327
9. Einordnung des gewonnenen Ergebnisses: systematischer Vergleich mit der AGB-Kontrolle von Widerrufs- und Freiwilligkeitsvorbehalten	329

a)	Übereinstimmung mit der Behandlung von Widerrufsvorbehalten ..	330
b)	Einordnung des Ergebnisses in das System der AGB-Kontrolle arbeitsrechtlicher Flexibilisierungsklauseln	330
c)	Rechtfertigung der Gleichbehandlung mit Widerrufsvorbehalten ..	331
d)	Zur Harmonisierung der AGB-Kontrolle arbeitsrechtlicher Flexibilisierungsklauseln zum Entgelt	332
e)	Kontrollüberlegung: Ist das gewonnene Ergebnis plausibel?	335
f)	Ergebnis	336
10.	Die inhaltliche Ausgestaltung der Entscheidungskriterien bei Bestimmungsvorbehalten	336
a)	Konkretisierungsanforderungen bei synallagmatischen Leistungen	338
aa)	Zwingende Bindung an die Flexibilisierungsgründe: wirtschaftliche Entwicklungen oder Leistung des Arbeitnehmers	338
(1)	Konkretisierungsgrad der zwingenden Entscheidungskriterien: keine speziellen Kriterien erforderlich	340
(2)	Notwendiger Ausschluss einer Gewinnsteigerung	340
(3)	Keine Beschränkung auf Ausnahmesituationen erforderlich	341
bb)	Zulässigkeit zusätzlicher Kriterien	342
cc)	Zusammenfassung	343
b)	Geringere Konkretisierungsanforderungen bei Sonderzahlungen ohne Gegenleistungscharakter	344
aa)	Keine zwingende Bindung an die Flexibilisierungsinteressen ..	344
bb)	Dennoch Erfordernis der Konkretisierung von Entscheidungskriterien: Flexibilisierungsinteressen und/oder andere zweckdienliche Kriterien	345
cc)	Keine willkürlichen oder zweckfremden Kriterien	346
dd)	Zusammenfassung	347
11.	Notwendigkeit ausdrücklicher Festlegung der Kriterien	347
12.	Ergebnisse	348
a)	Grundlegende Erkenntnisse der Interessenabwägung zur Konkretisierung von Bestimmungsvorbehalten	348
b)	Setzen eines Leistungsanreizes ohne entsprechende Bindung des Arbeitgebers führt zur Unangemessenheit des Bestimmungsvorbehalts	349
c)	AGB-spezifische Erkenntnisse	349
aa)	Unangemessenheit nicht konkretisierter Bestimmungsvorbehalte wegen gewichtiger Abweichung von der gesetzlichen Risikoverteilung: insbesondere Wirtschaftsrisiko	349
bb)	Alternative oder übliche Gestaltungsmöglichkeiten haben keine Bedeutung für die Angemessenheitsprüfung	350
cc)	Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 3 BGB hat keinen Einfluss auf die Angemessenheit arbeitgeberseitiger Bestimmungsvorbehalte	350

d)	Verhältnis der Konkretisierungspflicht von Bestimmungsvorbehalten zur Behandlung anderer Flexibilisierungsklauseln	351
aa)	Übereinstimmung mit den AGB-rechtlichen Anforderungen an Widerrufs- und Freiwilligkeitsvorbehalte	351
bb)	Teilweise Harmonisierung der Kontrollmaßstäbe	351
e)	Die inhaltliche Ausgestaltung der Konkretisierung	352
aa)	Bestimmungsvorbehalte über synallagmatische Leistungen: verpflichtende Bindung an die Flexibilisierungsgründe und Zulässigkeit weiterer Entscheidungskriterien	352
bb)	Bestimmungsvorbehalte über Sonderzahlungen ohne Gegenleistungscharakter: nur willkürfreie Kriterien als Konkretisierungsanforderung	353
VIII.	Zur Kompensation einer unangemessenen Benachteiligung bei Bestimmungsvorbehalten	353
1.	Möglichkeit der Kompensation im AGB-Recht	354
2.	Keine Kompensation durch § 315 Abs. 3 BGB	355
3.	Keine Kompensation durch Kündigungsrecht	356
IX.	Ergebnisse zur Angemessenheitskontrolle arbeitgeberseitiger Bestimmungsvorbehalte	357
1.	Zur Unwirksamkeit arbeitgeberseitiger Bestimmungsvorbehalte	357
2.	Die Auswirkungen des Kernbereichsschutzes	358
3.	Billiges Ermessen als grundlegende Wirksamkeitsvoraussetzung	359
4.	Unangemessenheit der Relativierung von Synallagma und Äquivalenzverhältnis	359
5.	Die Pflicht zur Konkretisierung von Entscheidungskriterien	360
a)	Zusammenfassung der Interessenabwägung	361
b)	Zusammenfassung der konkreten Ausgestaltungsanforderungen	362
c)	Ergebnisse des Vergleichs mit der Behandlung von Widerrufs- und Freiwilligkeitsvorbehalten	363
6.	Zum Gegenleistungscharakter geldwerter Leistungen des Arbeitgebers	364

Kapitel 5

	Die Transparenz arbeitgeberseitiger Bestimmungsvorbehalte	366
A.	Anwendbarkeit und Inhalt der Transparenzkontrolle nach § 307 Abs. 1 S. 2 BGB	366
I.	Anwendbarkeit der Transparenzkontrolle neben Auslegung und Einbeziehungskontrolle	366
1.	Verhältnis zur Einbeziehungskontrolle: Transparenzkontrolle bleibt anwendbar	367
2.	Möglichkeit der Intransparenz trotz Auslegung	368

a)	Kein genereller Ausschluss der Transparenzkontrolle durch kundenfreundliche Auslegung	368
b)	Auslegung bei tatbestandlich nicht konkretisierten Bestimmungsvorbehalten	370
c)	Auslegung von Bestimmungsvorbehalten bei Beschränkung auf billiges Ermessen	373
3.	Ergebnisse	373
II.	Inhaltliche Anforderungen des Transparenzgebotes	374
1.	Das Täuschungsverbot	375
2.	Das Verständlichkeitsgebot	375
3.	Das Bestimmtheitsgebot	376
4.	Fazit	377
B.	Die transparente Gestaltung arbeitgeberseitiger Bestimmungsvorbehalte ..	378
I.	Einleitung: relevante Aspekte der Transparenz arbeitgeberseitiger Bestimmungsvorbehalte	379
1.	Die Konkretisierung der Entscheidungskriterien	379
2.	Die Konkretisierung des Leistungsumfangs	381
3.	Zur Konkretisierung des Entscheidungsmaßstabs und zur Hinweispflicht auf § 315 Abs. 3 BGB	382
II.	Zur Intransparenz arbeitgeberseitiger Bestimmungsvorbehalte	383
III.	Intransparenz ohne Festlegung von Entscheidungskriterien	385
1.	Übersicht zur Prüfung der Intransparenz ohne Festlegung von Entscheidungskriterien	387
a)	Anknüpfungspunkte für eine Intransparenz	387
b)	Zumutbarkeit der Konkretisierung für den Arbeitgeber	389
c)	Weitere Abwägungsgesichtspunkte: Gegenleistungscharakter, gerichtliche Billigkeitskontrolle und alternative Gestaltungsmöglichkeiten	389
d)	Vorliegen einer unangemessenen Benachteiligung	390
e)	Notwendiger Konkretisierungsgrad	392
2.	Anknüpfungspunkte für eine Intransparenz: Unklarheiten beim Arbeitnehmer?	392
a)	Zur sprachlichen und systematischen Verständlichkeit arbeitgeberseitiger Bestimmungsvorbehalte ohne Konkretisierung	392
b)	Keine Möglichkeit zur Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer Leistungsfestsetzung ohne Entscheidungskriterien	393
c)	Unklarheiten bezüglich Inhalt und Umfang des Bestimmungsrechts	395
d)	Ungerechtfertigter Beurteilungs- bzw. Gestaltungsspielraum des Arbeitgebers	397
e)	Keine ausreichende Konkretisierung durch Bindung an billiges Ermessen	398

f) Zwischenergebnis: Erhebliche Unklarheiten ohne Konkretisierung von Entscheidungskriterien	400
3. Abwägung: welcher Grad der Konkretisierung ist dem Arbeitgeber zumutbar?	401
a) Flexibilisierungsinteressen des Arbeitgebers gebieten möglichst offene Bestimmungsvorbehalte	401
b) Keine Konkretisierungspflicht gemäß der gesetzlichen Konzeption des § 315 Abs. 1 BGB?	403
c) Zumutbarkeit und Gebotenheit einer Konkretisierung der Entscheidungskriterien dem Grunde nach	404
4. Zwischenergebnis der grundlegenden Interessenabwägung: Pflicht zur Konkretisierung der Entscheidungskriterien in Bestimmungsvorbehalten	406
5. Der Einfluss des Gegenleistungscharakters auf die Konkretisierungspflicht arbeitgeberseitiger Bestimmungsvorbehalte	406
a) Zur Unterscheidung zwischen synallagmatischen Leistungen und nicht synallagmatischen Sonderzahlungen in der Transparenzkontrolle	407
b) Differenzierte Betrachtung von Leistungen ohne Relevanz für die Vertragsabschlusssentscheidung	409
c) Fazit zum Einfluss des Gegenleistungscharakters	410
6. Zum Einfluss der gerichtlichen Billigkeitskontrolle gem. § 315 Abs. 3 BGB auf die Transparenzkontrolle arbeitgeberseitiger Bestimmungsvorbehalte	411
7. Keine Bedeutung alternativer Gestaltungsmöglichkeiten für die Transparenzanforderungen	413
8. Zwischenergebnis: Intransparenz von Bestimmungsvorbehalten bei fehlender Konkretisierung der Entscheidungskriterien	414
9. Unangemessene Benachteiligung bei fehlender Konkretisierung der Entscheidungskriterien?	418
a) Vorliegen einer Benachteiligung bei Vertragsschluss	418
aa) Schwierigkeiten bei der Vertragsabschlusssentscheidung ohne Kenntnis der Entscheidungskriterien	419
bb) Keine Benachteiligung bei Leistungen ohne Abschlussrelevanz	420
b) Benachteiligung des Arbeitnehmers bei der Vertragsabwicklung	421
c) Zusammenfassung	424
10. Notwendiger Konkretisierungsgrad	425
a) Erforderliche Festlegung der Entscheidungskriterien dem Grunde nach	425
b) Gleichlauf mit den Transparenzanforderungen an Widerrufsvorbehalte	426
c) Keine rechnerische Nachvollziehbarkeit erforderlich	427
d) Beispielhafte Klauseln und Kriterien	429

11. Ergebnisse	431
IV. Zur Konkretisierungspflicht des Leistungsumfangs	433
1. Unklarheiten arbeitgeberseitiger Bestimmungsvorbehalte mit offenem Leistungsumfang	434
a) Geringe Unklarheiten bei der Vertragsdurchführung	434
b) Mangelnde Kenntnis über den Leistungsinhalt bei Vertragsschluss	435
c) Unklarheiten über die Festlegung der Leistung auf null	437
d) Zwischenergebnis: Unklarheiten über den Inhalt des Leistungsanspruchs bei Vertragsabschluss	438
2. Gebotenheit und Zumutbarkeit einer Konkretisierung des Leistungsumfangs	438
3. Zwischenergebnis: Erforderlichkeit der Konkretisierung des Leistungsumfangs in Bestimmungsvorbehalten	441
4. Unangemessene Benachteiligung ohne Angaben zum Leistungsumfang: Vereitelung von Marktchancen	442
a) Grundsätzliche Benachteiligung bei Vertragsschluss ohne Konkretisierung des Leistungsumfangs	442
b) Keine Benachteiligung bei Leistungen ohne Abschlussrelevanz	442
c) Fazit: regelmäßig unangemessene Benachteiligung ohne Konkretisierung des Leistungsumfangs	443
5. Zumutbarer Konkretisierungsgrad des Leistungsumfangs in Bestimmungsvorbehalten	443
a) Keine Pflicht zur Festlegung eines starren Leistungsrahmens	444
b) Höhenangaben zur Orientierung sind notwendig und zumutbar	445
c) Die Möglichkeit einer Festlegung der Leistung auf null muss deutlich erkennbar sein	446
d) Zusammenfassung	447
6. Ergebnis	448
V. Zur transparenten Regelung des Entscheidungsmaßstabs und der Möglichkeit einer gerichtlichen Billigkeitskontrolle in Bestimmungsvorbehalten ..	449
1. Die Intransparenz von Entscheidungsmaßstäben unterhalb des billigen Ermessens	450
a) Unklarheiten über die Ausübung von Bestimmungsvorbehalten nach offenen Bestimmungsmaßstäben	450
b) Unangemessene Benachteiligung durch offene Bestimmungsmaßstäbe	452
aa) Vorliegen einer Benachteiligung bei der Vertragsabschlussscheidung	453
bb) Keine Benachteiligung des Arbeitnehmers bei der Vertragsdurchführung	453
cc) Zwischenergebnis: Pflicht zur Konkretisierung des Entscheidungsmaßstabs nur bei Leistungen mit hypothetischer Abschlussrelevanz	455

c) Zusammenfassung	455
2. Notwendiger Konkretisierungsgrad des Entscheidungsmaßstabs	456
3. Zur Hinweispflicht auf § 315 Abs. 3 BGB	457
4. Ergebnisse	458
VI. Das Verhältnis der verschiedenen Konkretisierungsanforderungen zueinander	459
VII. Ergebnisse zur transparenten Gestaltung arbeitgeberseitiger Bestimmungsvorbehalte	462
1. Die Pflicht zur Konkretisierung der Entscheidungskriterien	462
2. Die Konkretisierung des Leistungsumfangs	464
3. Notwendige Festlegung des Entscheidungsmaßstabs	465

Kapitel 6

Rechtsfolgen unwirksamer Bestimmungsvorbehalte	466
A. Grundsatzfragen zum Umgang mit unwirksamen AGB-Klauseln: geltungserhaltende Reduktion, Teilunwirksamkeit und ergänzende Vertragsauslegung	467
I. Das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion	468
II. Teilbarkeit zusammengefasster Klauseln („Blue-Pencil-Test“)	469
III. Die ergänzende Vertragsauslegung	470
IV. Zusammenfassung und Einordnung	472
B. Die Unwirksamkeit der gesamten Klausel und ihre Problematik bei arbeitgeberseitigen Bestimmungsvorbehalten	473
C. Zur Aufrechterhaltung von Bestimmungsvorbehalten durch geltungserhaltende Reduktion	476
D. Die Aufrechterhaltung des Leistungsversprechens bei unwirksamen Bestimmungsvorbehalten	479
I. Der Schutzzweck des AGB-Rechts gebietet eine Aufrechterhaltung des Leistungsversprechens	479
II. Aufrechterhaltung mittels „Blue-Pencil-Tests“	480
III. Andere Möglichkeiten zur Aufrechterhaltung	482
IV. Ergebnis	484
E. Füllung der übrigen Lücke durch dispositives Gesetzesrecht	485
I. Mangelnde Eignung der §§ 315, 316 BGB zur Lückenfüllung	485
II. Lückenfüllung durch § 612 Abs. 2 BGB	487
III. Fazit	489
F. Ersetzung unwirksamer Bestimmungsvorbehalte durch ergänzende Vertragsauslegung	490
I. Anwendbarkeit der ergänzenden Vertragsauslegung	490

II.	Die Ersetzung arbeitgeberseitiger Bestimmungsvorbehalte mittels ergänzender Vertragsauslegung	493
1.	Zur Möglichkeit der Ersetzung durch ein festes Leistungsversprechen	493
2.	Zur Konstruktion eines „neuen“ Bestimmungsvorbehalts	494
3.	Ersetzung durch eine selbstständige dynamische Anpassungsklausel ..	496
a)	Interessenausgleich durch automatische, dynamische Anpassung der Leistungshöhe	496
b)	Ausgestaltungsmöglichkeiten selbstständiger Anpassungsklauseln ..	497
III.	Ergebnis	499
G.	Zusammenfassung zu den Rechtsfolgen der Unwirksamkeit arbeitgeberseitiger Bestimmungsvorbehalte	500

Kapitel 7

Zusammenfassung und Ergebnisse 503

A.	Gesamtfazit	503
B.	Die Ergebnisse im Einzelnen	506
I.	Allgemeine Ergebnisse zur AGB-Kontrolle	506
1.	Zum Verhältnis von Angemessenheits- und Transparenzkontrolle	506
2.	Zur unangemessenen Benachteiligung bei Intransparenz	506
3.	Zum Verhältnis von Kontrollfreiheit und Inhaltskontrolle	507
4.	Zu den Rechtsfolgen bei Unwirksamkeit von AGB-Klauseln	507
5.	Sonstige Erkenntnisse	507
II.	Das Verhältnis von § 315 BGB zur AGB-Kontrolle arbeitgeberseitiger Bestimmungsvorbehalte	508
1.	Zum Einfluss der Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 3 BGB auf die AGB-Kontrolle arbeitgeberseitiger Bestimmungsvorbehalte	508
2.	Die Auswirkungen des § 315 Abs. 1 BGB auf die AGB-Kontrolle arbeitgeberseitiger Bestimmungsvorbehalte	509
III.	Ergebnisse zur Bestimmung des Gegenleistungscharakters von Leistungen unter Bestimmungsvorbehalt	509
IV.	Zur Auslegung arbeitgeberseitiger Bestimmungsvorbehalte	510
V.	Ergebnisse zur Angemessenheitskontrolle arbeitgeberseitiger Bestimmungsvorbehalte	510
1.	Kontrollfähigkeit arbeitgeberseitiger Bestimmungsvorbehalte	511
2.	Zur Unwirksamkeit arbeitgeberseitiger Bestimmungsvorbehalte	511
3.	Unangemessenheit von Bestimmungsvorbehalten bei Eingriff in den Kernbereich des Arbeitsverhältnisses	512
4.	Ergebnisse zur Angemessenheit des Ermessensmaßstabs	514
5.	Relativierung von Synallagma und Äquivalenzverhältnis durch arbeitgeberseitige Bestimmungsvorbehalte	514

6.	Ergebnisse zur Konkretisierung der Entscheidungskriterien	515
a)	Die grundlegende Interessenabwägung	515
b)	Unangemessenheit nicht konkretisierter Bestimmungsvorbehalte wegen Leistungsanreizes ohne entsprechende Bindung des Arbeitgebers	516
c)	Unangemessenheit nicht konkretisierter Bestimmungsvorbehalte wegen Verlagerung des Wirtschaftsrisikos	517
d)	Zum Einfluss der alternativen Gestaltungsmöglichkeit durch Freiwilligkeitsvorbehalt	517
e)	Verhältnis der Konkretisierungspflicht arbeitgeberseitiger Bestimmungsvorbehalte zur Behandlung anderer Flexibilisierungsklauseln	517
f)	Die inhaltliche Ausgestaltung der Konkretisierung von Entscheidungskriterien bei arbeitgeberseitigen Bestimmungsvorbehalten ...	518
aa)	Konkretisierung der Entscheidungskriterien bei Bestimmungsvorbehalten über synallagmatische Leistungen	518
bb)	Konkretisierung der Entscheidungskriterien bei Bestimmungsvorbehalten über Sonderzahlungen ohne Gegenleistungscharakter	519
VI.	Ergebnisse zur Kompensation einer unangemessenen Benachteiligung bei Bestimmungsvorbehalten	520
VII.	Ergebnisse zur transparenten Gestaltung arbeitgeberseitiger Bestimmungsvorbehalte	520
1.	Die transparente Konkretisierung der Entscheidungskriterien	521
2.	Zur transparenten Konkretisierung des Leistungsumfangs	523
3.	Die transparente Konkretisierung des Entscheidungsmaßstabs	524
VIII.	Ergebnisse zu den Rechtsfolgen der Unwirksamkeit arbeitgeberseitiger Bestimmungsvorbehalte	525
IX.	Zusammenfassung und Beispiele	526
C.	Ausblick	529
	Literaturverzeichnis	532
	Sachwortverzeichnis	543

Kapitel 1

Einführung

A. Einleitung

Die Flexibilisierung von Arbeitgeberleistungen ist seit jeher ein Dauerbrenner in der arbeitsrechtlichen Diskussion. Freiwilligkeitsvorbehalte, Widerrufsvorbehalte und noch viele weitere Flexibilisierungsklauseln finden sich in einem Großteil der Arbeitsverträge in Deutschland.¹ Bei der Ausgestaltung derartiger Klauseln, die der Flexibilisierung von Geldleistungen dienen, sind erhebliche Anforderungen zu beachten²; Freiwilligkeitsvorbehalte könnten sogar nahezu unbrauchbar geworden sein und werden schon als „tot“³ bezeichnet. Deshalb erstaunt es nicht, dass nach Alternativen zu den bisher populären Klauseln Ausschau gehalten wird. Eine brauchbare Alternative scheint auch tatsächlich gefunden: Einseitige Leistungsbestimmungsrechte des Arbeitgebers⁴ zur erstmaligen Festlegung einer geldwerten Leistung – kurz: arbeitgeberseitige Bestimmungsvorbehalte im Entgeltbereich⁵ – werden in der Literatur, wenn sie Erwähnung finden, meist als Alternative für Freiwilligkeitsvorbehalte vorgeschlagen.⁶

Erstaunlich ist wiederum, dass diese Bestimmungsrechte in der juristischen Debatte bisher eher ein Schattendasein fristen. Denn sie kommen auf den ersten Blick als Allheilmittel bei der Flexibilisierung von arbeitgeberseitigen Zahlungen

¹ Vgl. *Preis*, Grundfragen der Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht, S. 65 f.; *ErfK/Preis*, § 310 BGB Rn. 51 m.w.N.; *Hofmann*, Entgeltflexibilisierung und AGB-Kontrolle, S. 23; *Hromadka/Schmitt-Rolfes*, NJW 2007, 1777; *Schrader/Müller*, RdA 2007, 145.

² Dazu noch ausführlich unter Kapitel 2 D.

³ *Preis*, NZA 2009, 281, 289.

⁴ Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird in dieser Arbeit das generische Maskulinum verwendet. Weibliche und anderweitige Geschlechteridentitäten werden dabei ausdrücklich mit eingeschlossen.

⁵ Der im weiteren Verlauf für diese Klauseln verwendete Begriff der arbeitgeberseitigen „Bestimmungsvorbehalte“ im Entgeltbereich wird im nächsten Abschnitt entwickelt und die damit beschriebene Konstellation näher erläutert. S. dazu unter Kapitel 1 B. II.

⁶ S. *Lakies*, ArbRAktuell 2013, 251; *Salamon*, NZA 2014, 465; *Reinfelder*, NZA-Beilage 2014, 10; *Wensing/Boensch*, BB 2014, 2358; *Lingemann/Otte*, NJW 2014, 2400; *Lunk/Leder*, NJW 2015, 3766; *Lingemann/Pfister/Otte*, NZA 2015, 65; *Stoffels*, RdA 2015, 276; *Kössel*, DB 2016, 2963; *Salamon/Wessels*, BB 2017, 885; *BLDH/Lingemann*, Arbeitsrecht, Kap. 2 Rn. 101.

daher.⁷ Sie vereinen all das, worauf es dem Arbeitgeber regelmäßig ankommen wird. Einerseits erhält dieser die Möglichkeit, eine Zahlung zu versprechen und dadurch Arbeitnehmer zu locken und zu motivieren; andererseits ist er nicht an eine bestimmte Leistungshöhe gebunden und kann sich unter Umständen sogar ganz von der Zahlungspflicht lösen. Was Bestimmungsvorbehalte darüber hinaus noch viel attraktiver macht, ist der Umstand, dass bei der arbeitsvertraglichen Regelung dieser Klauseln derzeit kaum Anforderungen eingehalten werden müssen. Die Voraussetzungen, die das BAG für ihre AGB-rechtliche Wirksamkeit aufstellt, sind gering.⁸ Dadurch bieten diese Klauseln eine größere Flexibilität und leichtere Handhabung als etwa Widerrufsvorbehalte.

An dieser Stelle knüpft die vorliegende Arbeit an. Das großzügige Vorgehen des BAG⁹ bei Bestimmungsvorbehalten im Entgeltbereich scheint nicht so ganz in das allgemeine System der AGB-Kontrolle und das System der Behandlung anderer Leistungsbestimmungsrechte passen zu wollen. Sowohl im Arbeitsrecht als auch im übrigen Zivilrecht werden in der Regel nämlich beachtliche Anforderungen an die AGB-rechtliche Wirksamkeit von einseitigen Leistungsbestimmungsrechten und anderen Flexibilisierungsinstrumenten gestellt.¹⁰ Das wirft die Frage auf, ob die entgeltrelevanten Bestimmungsvorbehalte des Arbeitgebers eine

⁷ Staudinger/*Rieble*, § 315 BGB Rn. 364, 537 bezeichnet diese sogar als „Königsweg“ zur Gestaltung variabler Entgelte; s. dazu auch *Boensch*, Arbeitsvertragliche Entgeltflexibilisierung und aufsichtsrechtliche Institutsvorgaben, S. 163 ff.

⁸ Anschaulich bei BAG v. 16.01.2013 – 10 AZR 26/12, NZA 2013, 1013. Die Sichtweise des BAG wird ausführlich dargestellt unter Kapitel 2 B. II. 2.

⁹ S. BAG v. 29.08.2012 – 10 AZR 385/11, NZA 2013, 148; BAG v. 26.09.2012 – 10 AZR 370/11, zitiert nach juris; BAG v. 17.10.2012 – 10 AZR 620/11, zitiert nach juris; BAG v. 14.11.2012 – 10 AZR 783/11, NZA 2013, 1150; BAG v. 16.01.2013 – 10 AZR 26/12, NZA 2013, 1013; BAG v. 20.03.2013 – 10 AZR 8/12, NZA 2013, 97; BAG v. 20.03.2013 – 10 AZR 636/11, AuA 2013, 711; BAG v. 15.05.2013 – 10 AZR 679/12, NJW-Spezial 2013, 563; BAG v. 03.08.2016 – 10 AZR 710/14, NZA 2016, 1334. Ausführlich dazu unter Kapitel 2 B. II. 2.

¹⁰ Zu Widerrufsvorbehalten s. etwa: BAG v. 12.01.2005 – 5 AZR 364/04, NZA 2005, 465; BAG v. 07.12.2005 – 5 AZR 535/04, NZA 2006, 423; BAG v. 19.12.2006 – 9 AZR 294/06, DB 2007, 1253; BAG v. 13.04.2010 – 9 AZR 113/09, DB 2010, 194; BAG v. 24.01.2017 – 1 AZR 772/14, NZA 2017, 931; BAG v. 24.01.2017 – 1 AZR 774/14, NZA 2017, 777; dazu ausführlich unter Kapitel 2 D. II. Zur Rechtsprechung des BGH s. beispielhaft BGH v. 11.06.1980 – VIII ZR 174/79, NJW 1980, 2518; BGH v. 21.12.1983 – VIII ZR 195/82, NJW 1984, 1182; BGH v. 26.11.1984 – VIII ZR 214/83, NJW 1985, 623; BGH v. 19.11.2002 – X ZR 243/01, NJW 2003, 507; BGH v. 20.07.2005 – VIII ZR 121/04, BGHZ 164, 11; BGH v. 08.10.2013 – XI ZR 401/12, NJW 2013, 3716; BGH v. 18.01.2017 – VIII ZR 263/15, DB 2017, 655; ausführlich dazu unter Kapitel 2 C. Zu Freiwilligkeitsvorbehalten, bei denen eine vergleichbare Situation besteht, s. etwa BAG v. 25.04.2007 – 5 AZR 627/06, NZA 2007, 85; BAG v. 24.10.2007 – 10 AZR 825/06, BAGE 124, 259; BAG v. 30.07.2008 – 10 AZR 606/07, NZA 2008, 1173; BAG v. 10.12.2008 – 10 AZR 1/08, DB 2009, 684; BAG v. 07.06.2011 – 1 AZR 807/09, NZA 2011, 1234; BAG v. 14.09.2011 – 10 AZR 526/10, BAGE 139, 156; BAG v. 20.02.2013 – 10 AZR 177/12, NZA 2013, 1015; dazu ausführlich unter Kapitel 2 D. I.

Sonderstellung innerhalb der arbeitsrechtlichen Flexibilisierungsklauseln einnehmen oder ob auch an sie schärfere Ausgestaltungsanforderungen zu stellen sind, als es bisher vertreten wird.¹¹

B. Festlegung des Untersuchungsgegenstandes: Begriff und Inhalt arbeitgeberseitiger Bestimmungsvorbehalte im Entgeltbereich sowie Eingrenzung des Prüfungsmaßstabs

An dieser Stelle soll der Gegenstand der nachfolgenden Untersuchung festgelegt werden. Zuerst wird dargestellt, was unter dem Begriff „arbeitgeberseitige Bestimmungsvorbehalte im Entgeltbereich“ zu verstehen ist. Dazu soll veranschaulicht werden, was einseitige Leistungsbestimmungsrechte im Allgemeinen ausmacht und welche Gestaltungsformen denkbar sind. Anschließend wird aufgezeigt, welche Besonderheiten die arbeitgeberseitigen Bestimmungsvorbehalte im Entgeltbereich kennzeichnen und wodurch sie sich von anderen Flexibilisierungsklauseln wie Freiwilligkeits- und Widerrufsvorbehalten abgrenzen. Abschließend wird dargelegt, auf welcher rechtlichen Grundlage die Bestimmungsvorbehalte im weiteren Verlauf überprüft werden.

I. Das Wesen einseitiger Leistungsbestimmungsrechte im Allgemeinen

Einseitige Leistungsbestimmungsrechte werden vom Gesetz in den §§ 315 ff. BGB als mögliche Gestaltungsform vorausgesetzt.¹² Sie bieten den Parteien eines Vertrages die Möglichkeit, Leistung, Gegenleistung oder Leistungsmodalitäten unbestimmt zu lassen, ohne dass die Wirksamkeit des Vertrages berührt wird.¹³ Durch einseitige Leistungsbestimmungsrechte wird einer Vertragspartei das Recht übertragen, die betroffene Leistung einseitig und für beide Parteien bindend festzulegen. Dabei kann es sowohl um die Bestimmung der eigenen Leistung als auch der Leistung der anderen Vertragspartei gehen.¹⁴ Darüber hin-

¹¹ Schärfere Anforderungen als das BAG stellen: *Stoffels*, RdA 2015, 276; *Simon/Hidalgo/Koschker*, NZA 2012, 1071, 1072; *Preis/Deutzmann*, NZA-Beilage 2017, 101, 107; *Preis/Preis*, II S 40 Rn. 19d ff.; *Boensch*, Arbeitsvertragliche Entgeltflexibilisierung und aufsichtsrechtliche Institutsvorgaben, S. 170 ff.; zurückhaltender *Pfrogner*, BB 2018, 757, 759; dies wird ausführlich dargestellt unter Kapitel 2 E. I.

¹² Vgl. *BeckOGK/Netzer*, § 315 BGB Rn. 1; *NK-BGB/Wagner*, § 315 BGB Rn. 1; *Staudinger/Löwisch*, § 315 BGB Rn. 1; *Rieble*, NZA-Beil. 2000, 34, 38.

¹³ Vgl. dazu *BeckOGK/Netzer*, § 315 BGB Rn. 12; *NK-ArbR/Elz*, § 315 BGB Rn. 7; *HK-BGB/Schulze*, § 315 BGB Rn. 1; *MüKo-BGB/Würdinger*, § 315 BGB Rn. 1a, 14; *NK-BGB/Wagner*, § 315 BGB Rn. 3; *BeckOK-BGB/Gehrlein*, § 315 Rn. 1.

¹⁴ *HK-BGB/Schulze*, § 315 BGB Rn. 4; *Jauernig/Stadler*, § 315 BGB Rn. 9; *Staudinger/Löwisch*, § 316 BGB Rn. 122.