

10. Landestagung Niedersachsen am 18. Oktober 2012 in Braunschweig

Begrüßung durch den Tagungsleiter und Präsidenten des Landesarbeitsgerichts Niedersachsen Prof. Dr. Gert-Albert Lipke

Prof. Dr. Gert-Albert Lipke eröffnet die Veranstaltung um 10:00 Uhr im Saal Christoph Columbus des Hotels Mövenpick in Braunschweig, heißt die ca. 200 Tagungsteilnehmer sehr herzlich in seiner Geburts- und Heimatstadt willkommen und wünscht der Tagung einen guten Verlauf. Die Vielzahl der hier versammelten, herausragenden Vertreter des deutschen Arbeitsrechts mache es ihm unmöglich, jeden Einzelnen zu begrüßen, obwohl sich dies so gehörte. Er beschränke sich deshalb auf wenige Namen. An der Spitze des Deutschen Arbeitsgerichtsverbandes e. V. stehe seine Präsidentin, Vorsitzende Richterin am BAG *Edith Gräfl*. Er sei dieser dankbar, dass Sie seiner Wegweisung nach Braunschweig gefolgt sei. Diese schöne Stadt habe an Geschichte und Kultur viel zu bieten und lohne einen Aufenthalt. Die Vorzüge der Stadt werde der erste Stadtrat *Carsten Lehmann* näherbringen, der für den verhinderten Oberbürgermeister ein Grußwort sprechen werde.

Lipke bringt seine Freude über die Anwesenheit des Justizministers des Landes Niedersachsen *Bernd Busemann* zum Ausdruck, der sich in seinem Grußwort sicherlich zur Lage der niedersächsischen Arbeitsgerichtsbarkeit äußern werde. Er sei Minister *Busemann* sehr dankbar, dass dieser in den vergangenen Jahren viel Verständnis für die arbeitsgerichtlichen Besonderheiten gezeigt habe und früher verfolgte Pläne der Eingliederung der Arbeitsgerichte in die Ziviljustiz ad acta gelegt habe. Ein besonderer Willkommensgruß *Lipkes* gilt auch den drei anwesenden Ehrenpräsidenten des Deutschen Arbeitsgerichtsverbandes e. V., *Prof. Dr. Peter Hanau* von der Universität Köln, *Dr. Udo Isenhardt*, vormals Präsident des Landesarbeitsgerichts Köln, und *Dr. Dirk Neumann*, vormals Vizepräsident des BAG und Gründungspräsident des Sächsischen Landesarbeitsgerichts in Chemnitz.

Für die Organisation der Landestagung dankt *Lipke* der Leiterin der Verbandsgeschäftsstelle *Ulrike Bräuning* und dem Geschäftsführer des Deutschen Arbeitsgerichtsverbandes e. V. *Dr. Gernot Brühler* sowie der Vorsitzenden Richterin und Präsidialrichterin *Dr. Ina Hartwig* und dem Justizamtmann *Stefan Köhler* vom Landesarbeitsgericht Niedersachsen.

Der Versuchung, so *Lipke*, sich mit aktuellen Entwicklungen im Arbeitsrecht zu beschäftigen, sei es im Befristungs- oder im Urlaubsrecht, seien es Probleme der Tarifeinheit oder die Auswirkungen des CGZP-Beschlusses des BAG oder sei es - um ein ganz großes Rad zu drehen - die Ausrichtung des Vierecks Europäischer Gerichtshof, Europäischer Menschengerichtshof, Bundesverfassungsgericht und BAG, habe er widerstanden, obwohl ihm das sehr schwergefallen sei. Er möchte es vielmehr bei einer Aussage aus der Vorbemerkung eines lesenswerten Aufsatzes des Richters am BAG *Christoph Schmitz-Scholemann* aus dem Heft 18 der Neuen Zeitschrift für Arbeitsrecht belassen, der da ausführe: „Das deutsche Arbeitsrecht ist an sich in Ordnung. Es hat eigentlich nur drei Probleme, nämlich Arbeitnehmer, Arbeitgeber und Arbeitsrichter.“ Ob die arbeitsrechtlich tätigen Professoren - wie dort behauptet - selbstverständlich überhaupt kein Problem sind, „da es ja diejenigen sind, die die Lösung kennen“, könnte am Ende dieser Veranstaltung oder heute Abend diskutiert werden. *Lipke* vermutete, dass die von *Schmitz-Scholemann* herangezogene Fußballregel tatsächlich gilt, nämlich, dass die Einzigen, die wissen, wie es wirklich richtig geht, immer auf der Tribüne sitzen. Der Aufsatz von *Schmitz-Scholemann* sei in aller Munde. Die soeben zum Besten gegebenen Zitate seien sogar Gesprächsstoff auf der Frankfurter Buchmesse gewesen. All diejenigen, die den Aufsatz noch nicht gelesen hätten, empfehle er, dies nachzuholen. Es lohne sich! Der Autor spreche viele aktuelle, teilweise ungelöste Rechtsprobleme im Individual- und Kollektivarbeitsrecht (vom Pfandbon bis zum Flashmob) an, allerdings aus richterlicher Perspektive. In einer Zeit, in der viel zu viel geschrieben werde, steche diese Abhandlung hervor, weil sie informativ, tiefgründig und zugleich unterhaltsam abgefasst worden sei.

Zum Tagungsprogramm bemerkte *Lipke*, dessen Schwerpunkt sei die Frage, wie sich Flexibilitätsanforderungen an Arbeitnehmer individuell und kollektiv in den Bereichen Entgelt und Arbeitseinsatz mit den angemessenen Schutz- und Sicherheitsforderungen von Beschäftigten vereinbaren ließen. Das Arbeitsrecht in Deutschland - ja in ganz Europa - sei insoweit im Fluss. Wirtschaftskrisen in den südlichen Ländern der Union erhöhten hierzu den Druck. Die Agenda 2010 werde überall kopiert. Einen Impuls habe vor Jahren das Grünbuch der EU-Kommission mit seinem sog. Flexicurity-Konzept gegeben. Danach sollte der Arbeitsmarkt flexibler werden, damit er schneller reagieren könne, gleichzeitig sollte aber die Sicherheit für die Arbeitnehmer erhalten bleiben, die sie brauchten, um flexibel zu sein. Es gehe also um

ein Gleichgewicht zwischen der Wettbewerbsfähigkeit und der sozialen Verantwortung. Das höre sich an wie die Quadratur des Kreises. Doch sei die Problematik bekannt. *Lipke* erinnerte an widerstreitende Grundrechte, die im Wege der Konkordanz miteinander ausgeglichen werden müssten.

Lipke stellte fest, der Deutsche Arbeitsgerichtsverband e. V. blicke auf eine mehr als 100-jährige Tradition zurück. 1993 habe er sein 100-jähriges Bestehen gefeiert. Auch wenn das Arbeitsrecht von Interessengegensätzen gekennzeichnet sei, so sei es doch gelungen, in diesem Verband gemeinsame Ziele zu bündeln und Anstöße für Gesetzgebungsverfahren zu geben. Einen solchen, nicht einseitig ausgerichteten, sondern dem Arbeitsrecht als Interessenausgleichsinstrument verpflichteten „Lobbyisten“ gelte es zu fördern. *Lipke* warb für den Beitritt in den Deutschen Arbeitsgerichtsverband e. V. Er meinte, ein Mitgliedsbeitrag von 18,00 Euro im Jahr dürfe kein Hinderungsgrund sein.

Grußwort des niedersächsischen Justizministers Bernd Busemann

Der Justizminister des Landes Niedersachsen *Bernd Busemann* erinnerte in seinem Grußwort zunächst daran, dass sich im Jahr 2011 die Ortstagung Hannover unter anderem mit dem demographischen Wandel und seinen Auswirkungen auf die Rechtsprechung zum Kündigungsschutzrecht befasst habe. Höre man das Stichwort „demographischer Wandel“, denke man aus arbeitsrechtlicher Sicht sogleich an die Altersdiskriminierung. Das Verbot der Altersdiskriminierung sei nicht nur aus der Perspektive der älteren Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer Messlatte für das Handeln des Arbeitgebers genauso wie für das Handeln des Gesetzgebers. Das Verbot gelte auch zugunsten der Jüngeren, das heißt der Berufseinsteiger. Während Art. 3 des Grundgesetzes jedenfalls nicht ausdrücklich die Ungleichbehandlung von Personen aufgrund ihres Alters verbiete, lasse sich Art. 21 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union ein ausdrückliches Verbot der Altersdiskriminierung entnehmen. Die Richtlinie zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (RL 2000/78/EG) konkretisiere das Verbot der Altersdiskriminierung. Das deutsche Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz setze die Vorgaben der Richtlinie um und verbiete Diskriminierungen wegen des Alters im Erwerbsleben. Es gelte der Anwendungsvorrang des Europarechts und damit gerieten Regelungen auf den Prüfstand, von denen wir vielfach meinten, sie hätten sich bewährt und könnten so bleiben. *Busemann* nannte als Beispiel das

Auswahlkriterium „Lebensalter“ bei der Sozialauswahl im Kündigungsschutzrecht. Das BAG habe hierzu auch unter dem Eindruck des *Mangold*-Urteils des Europäischen Gerichtshofs seine Rechtsprechung zur Frage der Altersdiskriminierung bei betriebsbedingten Kündigungen aufrechterhalten. Für die Praxis sei dies sicherlich eine Erleichterung gewesen.

Danach befasste sich *Busemann* mit der Frage der Zulässigkeit von Lohn- und Besoldungssystemen, die mit dem Lebensalter ansteigende Einkommen vorsähen. Er stellte fest, dass diese Frage nicht nur die Arbeitsgerichte, sondern ganz aktuell auch die Verwaltungsgerichte beschäftige. Nach der Feststellung des Europäischen Gerichtshofs in den verbundenen Rechtssachen *Hennigs* und *Mai*, dass die Bemessung der Grundvergütungen in den Vergütungsgruppen des BAT nach Lebensaltersstufen gegen das Verbot der Altersdiskriminierung verstoße, habe das BAG im November 2011 in einem Urteil, das über die Grenzen der Arbeitsgerichtsbarkeit hinaus Beachtung gefunden habe, entschieden, dass die Diskriminierung der Jüngeren nur durch eine Anpassung „nach oben“ beseitigt werden könne. Dies leuchte ein.

Busemann stellte fest, dass die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung für den Bereich der Beamten- und Richterbesoldung noch nicht so weit sei wie die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung für den Bereich der Tarifverträge. Wegen der Bezüge zur Richterbesoldung sei die Entwicklung dieser Rechtsprechung, so *Busemann*, für sein Haus besonders interessant und werde daher genauestens verfolgt, weil sich in Niedersachsen im Gegensatz zu einigen anderen Bundesländern die Besoldung der Beamten und Richter nach wie vor nach Dienstalters- bzw. Lebensaltersstufen richte. Das Verwaltungsgericht Lüneburg habe im Februar 2012 entschieden, dass das niedersächsische System der Beamtenbesoldung rechtmäßig sei. Bei der Richterbesoldung sei es schwieriger, keine Ungleichbehandlung wegen des Alters anzunehmen. Hier sei das Lebensalter schlechthin der Anknüpfungspunkt des Besoldungssystems, ohne dass es leistungsbezogene Überformungen gebe. Er meine aber, auch bei der Richterbesoldung gebe es gute Gründe dafür, dass die Ungleichbehandlung wegen des Alters im Besoldungsrecht doch rechtmäßig sei. Mit steigender Berufserfahrung steige auch die Leistungsfähigkeit. Dies werde mit einer höheren Entlohnung honoriert. Die Entscheidung des Niedersächsischen Obergerichtes zu dem Urteil des Verwaltungsgerichts Lüneburg vom Februar 2012 werde zwar nur die Besoldung von Beamtinnen und Beamten betreffen. Er könne sich jedoch gut vorstellen, dass sich aus dieser Entscheidung auch Schlussfolgerun-

gen für die Richterbesoldung ziehen lassen. *Busemann* wies darauf hin, dass das Verhältnis von Beamten wie von Richtern zum Dienstherrn ein wechselseitig bindendes Treueverhältnis sei und Leistungen, die das Besoldungsrecht nicht vorsehe, im laufenden Haushaltsjahr geltend zu machen seien.

Anschließend ging *Busemann* auf die Geschäftsentwicklung in der niedersächsischen Arbeitsgerichtsbarkeit ein. Er stellte fest, dass sich das derzeitige konjunkturelle Hoch in einem deutlichen Rückgang der Eingangszahlen bei den Arbeitsgerichten widerspiegle. Dank des Einsatzes der Arbeitsrichterinnen und Arbeitsrichter, aber auch der übrigen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter in den Gerichten, hätten die Bestände nachhaltig gesenkt werden können. Nach der Personalbedarfsberechnung 2011/2012 ergebe sich für die Arbeitsgerichtsbarkeit auf der Basis der Personalverwendung im Gesamtdurchschnitt eine Belastung von 1,01. Damit sei der Idealwert 1,0 fast erreicht worden. Allerdings könne die künftige wirtschaftliche Entwicklung nicht zuverlässig vorhergesagt werden, sodass die Eingangszahlen, falls sich die pessimistischen Prognosen bewahrheiten sollten, sehr schnell wieder ansteigen könnten. *Busemann* versicherte, dass im Fall der Fälle die Personalausstattung die Bewältigung von stark ansteigenden Eingangszahlen ermöglichen werde.

Zum Schluss nahm *Busemann* zu den Justizzentren Stellung. Die Landesregierung habe sich zum Ziel gesetzt, in geeigneten Fällen an einem Ort befindliche Gerichte zu Justizzentren zusammenzulegen. Eine solche Zusammenlegung ermögliche den Gerichten eine enge Kooperation untereinander. In der ordentlichen Gerichtsbarkeit habe es eine lange Tradition, dass Gerichte eine Kooperation auf den unterschiedlichsten Ebenen praktizierten, z. B. Pförtnerdienste, Einlasskontrollen, Telefonzentrale, Hausdienstgeschäfte, Postabgang, Kurier- und Fahrdienste gemeinsam bewältigt würden. Diese Tradition solle auch in den neu geschaffenen Gerichtszentren, an denen die Fachgerichtsbarkeiten maßgeblich beteiligt seien, übernommen werden. Auch die Arbeitsgerichte würden in erheblichem Umfang von dieser Kooperation profitieren. Synergieeffekte trügen dazu bei, auch den Betrieb von kleineren Gerichten wirtschaftlicher darstellen zu lassen. Er wolle die heutige Gelegenheit nutzen, bei den Vertretern der Arbeitsgerichtsbarkeit für die Einbeziehung der Arbeitsgerichtsbarkeit in Justiz- oder Fachgerichtszentren zu werben.

Grußwort des Ersten Stadtrats der Stadt Braunschweig Carsten Lehmann

Erster Stadtrat *Carsten Lehmann* hieß im Namen des Oberbürgermeisters *Dr. Gert Hoffmann* sowie im Namen von Rat und Verwaltung der Stadt Braunschweig die Tagungsteilnehmer in der Stadt Heinrichs des Löwen herzlich willkommen. Die Bezugnahme auf Heinrich den Löwen, so *Lehmann*, lasse bereits die lange und bedeutungsvolle Geschichte der Stadt Braunschweig erahnen. Nicht nur durch den Welfenherzog Heinrich, der auch die Stadt München gegründet habe, sondern auch durch viele andere Persönlichkeiten der Stadt, wie z. B. den Mathematiker Carl Friedrich Gauß, habe Braunschweig immer wieder einen Teil der deutschen Geschichte mit geprägt. Die jüngere Welfengeschichte spiegele sich sogar im Stadtbild Braunschweigs wider. Das wieder aufgebaute Residenzschloss am Schlossplatz sei zur neuen Mitte der Stadt geworden.

Lehmann stellte fest, verschiedenste Dinge hätten aus Braunschweig ihren Weg in die Welt begonnen. So sei am Staatstheater Braunschweig der Urfaust erstmalig aufgeführt und in Braunschweig durch den Lehrer Koch die ersten deutschen Fußballregeln aufgestellt worden.

Den Wandel von der Industrie- zu einer modernen Dienstleistungs- und Wissenschaftsstadt, so *Lehmann*, habe Braunschweig längst vollzogen. Heute prägten viele große Unternehmen den Wirtschaftsstandort, z. B. Volkswagen mit dem ältesten VW-Werk in Deutschland überhaupt. Außerdem sei Braunschweig ein wichtiger Standort für Wissenschaft und Forschung. Hier gebe es die älteste Technische Hochschule Deutschlands, die Fachhochschule Braunschweig-Wolfenbüttel und die Hochschule für Bildende Künste. Am Forschungsflughafen Braunschweig, an dem auch das Deutsche Zentrum für Luft- und Raumfahrt sowie das Luftfahrtbundesamt angesiedelt seien, werde zusammen mit der Universität intensiv in der Luft- und Raumfahrt geforscht. Mit dem Campus Forschungsflughafen und dem Niedersächsischen Forschungszentrum für Fahrzeugtechnik werde im sogenannten Avionik-Cluster Forschungsarbeit auf Spitzenniveau geleistet. Ferner befänden sich in Braunschweig das Helmholtz-Zentrum für Infektionsforschung und die frühere Physikalisch-Technische Bundesanstalt. Diese Wissenschaftsdichte in Braunschweig sowie verschiedene Forschungseinrichtungen in der Region hätten dazu geführt, dass nach einer EU-weiten Analyse die Region Braunschweig die forschungsintensivste Region in Europa sei. Zudem sei Braunschweig 2007 Deutschlands „Stadt der Wissenschaft“ gewesen. *Lehmann* hob hervor, dass es Braunschweig gelungen sei, die Verschuldung von fast 500 Mio. Euro im Jahr 2002 auf ca. 110 Mio. Euro zurückzu-

führen. In einer Studie der Initiative Neue soziale Marktwirtschaft und der Wirtschaftswoche sei Braunschweig als dynamischste Stadt in Norddeutschland bewertet worden.

Vorstellung des Referenten Prof. Dr. Roland Schwarze

Nach diesen Grußworten leitete *Lipke* zum Vortrag von *Prof. Dr. Roland Schwarze* über. Es gehe um die Flexibilisierung der Arbeitsvergütung, ein besonders heikles Kapitel. Unterbindung von Sittenwidrigkeit, billiges Ermessen und AGB-Kontrolle seien dabei zu beachtende rechtliche Gesichtspunkte, die aber sehr unterschiedlich in Abhängigkeit von der Vergütungsform und dem Leistungszweck anzuwenden seien. Der kryptische Begriff des „Kernbereichs“ spiele auch hier eine Rolle, wengleich er immer wieder in seiner Grenzziehung Rätsel aufgebe. Dieses schwierige Feld werde *Schwarze* beackern.

Zu *Schwarze* bemerkte *Lipke*, dieser sei nach dem Studium der Rechtswissenschaften in Göttingen wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Arbeitsrecht der Georg-August-Universität Göttingen bei *Prof. Otto* gewesen, wo er ihm das erste Mal begegnet sei. Nach Referendariat und Promotion und einer Tätigkeit als Akademischer Rat und wissenschaftlicher Assistent in Göttingen habe *Schwarze* nach Habilitation Lehrstuhlvertretungen in Köln und Erlangen wahrgenommen und sei im Sommersemester 2000 einem Ruf auf eine Professur für bürgerliches Recht, Arbeitsrecht und Zivilprozessrecht an die Ruhr-Universität Bochum gefolgt. Seit 2003 sei *Schwarze* Professor für Zivilrecht, Arbeitsrecht und Zivilprozessrecht an der Leibniz-Universität Hannover und dieser trotz weiterer Rufe an die Universitäten Trier, Hagen und Jena treu geblieben. Unbedingt erwähnenswert sei, dass *Schwarze* für seine Vorlesung Arbeitsrecht 2010 den Preis für exzellente Lehre erhalten habe. Die Laudatoren hätten dazu das Folgende ausgeführt: „Die Studierenden sind von seinen Lehrveranstaltungen begeistert. Er trägt ruhig, klar, gut verständlich und äußerst präzise vor, ist glänzend vorbereitet, bringt seine Fälle und Beispiele mit viel Humor und wählt sie so aus, dass er damit seine Zuhörer aus der Alltagswelt abholt. Durch diesen Vortragsstil, durch seine bildhafte Sprache, durch die geschickt gewählten Beispiele und durch unterstützende Hilfsmittel ist es ihm gelungen, auch schwierigste, dogmatische Probleme so zu erklären, dass sie gut verstanden werden. Dabei versteht er es, die Studierenden einzubeziehen und zur Beteiligung zu motivieren. In

seinen Veranstaltungen herrscht eine sehr offene, kommunikative Atmosphäre. Niemand scheut sich, sich zu melden und mitzudiskutieren.“

Vortrag von Prof. Dr. Roland Schwarze von der Leibniz-Universität Hannover über das Thema: „Der Kernbereich des Arbeitsvertrages - der richterrechtliche Schutz des Entgeltanspruchs gegen übermäßige Flexibilisierungen“

Zu Beginn seines Vortrags wies *Schwarze* darauf hin, dass das Arbeitsrecht in Deutschland nach ganz herrschender Meinung als besonderes Zivilrecht aufgefasst wird. Jedes arbeitsrechtliche Problem sei im Ausgangspunkt mit Begriffen, Figuren und Prinzipien des Zivilrechts anzugehen und wenn möglich zu lösen. Erst, wenn das Zivilrecht eine gerechte Lösung nicht hervorzubringen vermöge, müsse das Arbeitsrecht besondere Begriffe, Figuren und Prinzipien entdecken oder erfinden. Es gelte: Soviel Zivilrecht wie möglich, soviel besonderes Arbeitsrecht wie nötig. Es sei die Aufgabe von Rechtsprechung und Wissenschaft, dieses Besondere herauszuarbeiten, also auf den Begriff zu bringen, an welcher Stelle und auf welche Weise das Arbeitsrecht sich vom allgemeinen Zivilrecht unterscheide.

Von einer solchen Besonderheit des Arbeitsrechts, so *Schwarze*, wolle er heute hier sprechen, vom sogenannten „Kernbereich des Arbeitsvertrages“, mit dem das BAG den Arbeitnehmer vor einer übermäßigen Flexibilisierung seiner Arbeitsbedingungen, insbesondere seines Entgeltanspruchs, schütze. Dass es sich beim „Kernbereich“ um eine Besonderheit handele, ergebe ein einfacher Juris-Test. Mit der Eingabe „Kernbereich des Arbeitsvertrages“ erhalte man Dutzende von Treffern höchst-richterlicher Rechtsprechung, bei der Suche nach einem Kernbereich des Kauf-, Miet- oder Werkvertrags erscheine die Mitteilung: „Es wurden keine gefunden“, verbunden mit der Aufforderung, es mit etwas anderem zu versuchen. Nähme man dies als erstes Indiz für eine genuin arbeitsrechtliche Problemstellung, stoße man auf den überraschenden Befund, dass eine spezifisch arbeitsrechtliche Rechtsfigur vom BAG auf ein allgemeines zivilrechtliches Prinzip zurückgeführt werde, nämlich das vertragliche Synallagma, also das Austauschverhältnis.

Schwarze meinte, der theoriescheue Praktiker wolle über die konkreten Grenzen dessen, was man vereinbaren dürfe, Bescheid wissen, und alles andere als Ballast abtun. Diese Haltung sei legitim, soweit die Verbindlichkeit des Richterspruchs die Schlüssigkeit einer Begründung ersetzen könne. Sie sei falsch, wenn ein beson-

deres arbeitsrechtliches Rechtsinstitut grundsätzlich in Frage gestellt werde oder viele Detailfragen nach wie vor durch die Rechtsprechung nicht bestimmt seien. Da beim „Kernbereich“ beides der Fall sei, lohne es sich auch für den Praktiker, die Frage nach dem Schutz des Arbeitnehmers vor übermäßiger Flexibilisierung nicht gleich auf das Detail zu begrenzen, sondern den einen wichtigen Schritt zurückzugehen und die dogmatische Begründung dieser Rechtsprechung mit in den Blick zu nehmen.

Nach dieser Einstimmung skizzierte *Schwarze* die Kernbereichsrechtsprechung des BAG. Diese zeichne mit dem arbeitsvertraglichen Kernbereich eine Zone des Schutzes des Arbeitnehmers gegen eine übermäßige Flexibilisierung der Arbeitsbedingungen durch arbeitsvertragliche Abreden, die dem Arbeitgeber entweder die einseitige Befugnis zur Änderung der Vergütung gewähre (Widerrufsvorbehalt, Änderungsvorbehalt, Unverbindlichkeitsvorbehalt) oder zu automatischen Veränderungen des Entgelts führe (Befristung oder Bedingung eines Teils des Vergütungsanspruchs). Man könne den Zweck besser erfassen, wenn man ihn positiv formuliere: Der Kernbereich als Stetigkeitsschutz zugunsten des Arbeitnehmers. Das Ziel des Stetigkeitsschutzes sei ein Mindestmaß an Stetigkeit der Arbeitsbedingungen als objektive Grenze gegenüber arbeitsvertraglichen Regelungen, die auf eine „Flexibilisierung“, das heißt erleichterte Anpassung der Arbeitsbedingungen an betriebliche und wirtschaftliche Gegebenheiten, zielten. Dabei liege der Schwerpunkt bei der Stetigkeit des Arbeitsentgelts. In der Figur des „Kernbereichs“ sei die Struktur dieses Schutzes angelegt: Es müsse nur einen Mindestschutz geben, die Flexibilisierung müsse vor einem Kern des Vergütungsanspruchs Halt machen.

Im Anschluss daran befasste sich *Schwarze* mit der rechtlichen Grundlage. Der Kernbereich sei konstruiert als Wirksamkeitsgrenze. Die übermäßig flexibilisierende vertragliche Regelung sei unwirksam. Das BAG habe seine Rechtsprechung auf ganz unterschiedliche Rechtsgrundlagen gestützt, früher auf die Umgehung des KSchG, heute auf die AGB-Kontrolle, ergänzt durch die Billigkeitskontrolle gemäß § 315 BGB, soweit es um einseitige Gestaltungsrechte des Arbeitgebers gehe. *Schwarze* meinte: „Die Gesetze ändern sich, das Richterrecht bleibt.“

Auf den Kernbereich des Arbeitsentgelts bei vorformulierten Arbeitsverträgen (AGB-Verträge) ging *Schwarze* näher ein. Sobald ein Teil der vom Arbeitnehmer erzielten Entgelte „flexibel“ geregelt sei, namentlich unter Widerrufsvorbehalt gestellt

werde, werde die vertragliche Ausgestaltung des Arbeitsentgelts an den Regeln des Kernbereichs gemessen. Es würden drei Zonen unterschieden:

Die Zone 1 betreffe den absoluten Schutz („Kernbereich“). Dieser meine absolute rechtliche Verbindlichkeit des Anspruchs und umfasse mindestens 75 % des Gesamtbruttoentgelts, bei nicht synallagmatischen Teilen des Gesamtbruttoentgelts 70 %. Laufendes Entgelt in tariflicher oder tarifüblicher Höhe sei rechtlich verbindlich. Dem laufenden (monatlich oder in kürzeren Zeitabständen gezahlten) Arbeitsentgelt in tariflicher Höhe müsse eine vorbehaltlose und uneingeschränkte (kollektiv- oder individual-)vertragliche Leistungspflicht des Arbeitgebers zugrunde liegen. Dieses Entgelt dürfe in vom Arbeitgeber im Sinne der § 305 Abs. 1, § 310 Abs. 3 BGB vorgeformulierten und gestellten Vertragsbedingungen weder ganz noch in Teilen rechtlich unverbindlich gestaltet, bedingt oder von einseitigen Befugnissen des Arbeitgebers abhängig gemacht werden.

Bei der Zone 2 gehe es um einen relativen Schutz („Zwischenbereich“) beim übertariflichen/nichtlaufenden/nichtsynallagmatischen Entgelt bzw. bei den entgeltwerten Vorteilen (gelockerte Verbindlichkeit). Die Voraussetzungen für eine Änderung („triftiger“ bzw. „sachlicher Grund“) und Umfang des Widerrufs müssten konkretisiert werden. Der flexible Anteil müsse unter 25 % des Gesamtentgelts bzw. - bei nicht synallagmatischen Teilen - unter 30 % betragen. Die Ausübung des Widerrufsvorbehalts unterliege einer Kontrolle im Hinblick auf ihre Billigkeit gemäß § 315 BGB (zweistufige Prüfung). Diese Grenzen gälten im Wesentlichen auch für bedingte Teile des Entgelts, für Befristungen dagegen wohl nicht, ausreichende sachliche Rechtfertigung vorausgesetzt. *Schwarze* fragte: Was rechtfertigt diese Unterscheidung? Welche Anforderungen sind an eine wirksame Teilbefristung zu stellen? Bei Unverbindlichkeitsvorbehalten („Freiwilligkeitsvorbehalte“) herrscht nach Ansicht *Schwarzes* eine etwas diffuse Lage. Für Einmalzahlungen habe das BAG bislang die 25 %-Grenze nicht angewandt, aber die Transparenzanforderungen hochgeschraubt.

Bei der Zone 3 gebe es keinen besonderen Schutz („Randbereich“). Der Arbeitgeber könne sich die Änderung des Entgelts ohne die vorgenannten Einschränkungen vorbehalten. Die 25/30 %-Grenze gelte nicht für Arbeitnehmer in Spitzenpositionen mit einem deutlich über den Tarifsätzen liegenden Entgelt („Spitzenverdienst“). Offen sei, ob Spitzenverdiener ganz aus dem Schutz ausgenommen seien und wo gegebenenfalls die Höchstgrenze anzusetzen sei. Der Kernbereichsschutz solle auch nicht für Einnahmen gelten, deren Höhe nach dem Arbeitsvertrag weder be-

stimmt noch bestimmbar sei, wie z. B. die Höhe der Einnahmen eines Chefarztes aus der Privatliquidation. *Schwarze* warf die Fragen auf, ob es hier generell überhaupt keinen Schutz geben soll, ob z. B. ein Arbeitnehmer vollständig auf Provisionsbasis beschäftigt werden und damit vollständig den Unwägbarkeiten des Marktes ausgesetzt werden dürfe, was gilt für ausgehandelte Verträge und für tarifliche und betriebliche Regelungen gelte.

Zum Schutz des Synallagma als Zweck im Selbstverständnis der Rechtsprechung meinte *Schwarze*, die Erklärung, die das BAG dem skizzierten Stetigkeitsschutz gebe, sei eine klassisch zivilrechtliche: Es gehe um den „Schutz des vertraglichen Austauschverhältnisses“, des vertraglichen Synallagma, das in einem Kern rechtlich sicher sein müsse. Unterfüttert werde dieses Argument mit dem Topos „pacta sunt servanda“. Die Literatur bewege sich in den von der Rechtsprechung vorgespurten Bahnen. Die judikative Bewältigung der Vertrags- und Kautelarpraxis werde eingehend, detailreich und auch streitig erörtert. Die Diskussion orientiere sich aber durchweg an dem von der Rechtsprechung vorgegebenen Paradigma - Schutz des Synallagma. Das gelte auch für Fundamentalkritiker der Rechtsprechung, die die dogmatische Berechtigung eines Kernbereichs grundsätzlich ablehnen, indem sie ihre Ablehnung eben aus der Unmöglichkeit begründen, das Synallagma in einen Kernbereich und einen Randbereich aufteilen zu können.

Schwarze stellte eine Erklärungslücke zwischen „synallagmatischer“ Rechtfertigung und konkreter Ausformung des Stetigkeitsschutzes fest. Er bezweifelte, dass der Zweck des Kernbereichs im „Schutz des Synallagma“ ausreichend erfasst sei. Natürlich gehe es bei synallagmatischen Leistungen immer auch um das Austauschverhältnis und im Übrigen immer auch um das „pacta sunt servanda“. Das Austauschverhältnis sei von Änderungen bzw. Änderungsbefugnissen - unmittelbar oder zumindest als Rechtswert - mitbetroffen. Es werde dem Arbeitnehmer ja für weniger Entgelt dieselbe Arbeit abverlangt. Dennoch liefere der Schutz des Austauschverhältnisses keine ausreichende Erklärung für den Kernbereich. Deutlich werde dies, wenn man den Versuch unternehme, die Ausformung des Kernbereichs aus dem Schutz des Synallagma zu erklären.

Das gelte erstens für die außerhalb des eigentlichen Synallagma stehenden Entgeltleistungen des Arbeitgebers, also Zahlungen, die sich nicht als Gegenleistung für die Arbeitsleistung verstünden, sei es auch nur in einem weiteren Sinne, sondern andere Zwecke verfolgten. Das BAG sehe für diese Art Leistungen im Rahmen des

Kernbereichs sogar eine besondere Marge („30 %“) vor. Stehe sie aber außerhalb des Synallagma, könne selbst ihr vollständiger Fortfall keine „grundlegende Störung des Austauschverhältnisses“ sein. Zweitens sei mit dem Schutz des Synallagma eine Differenzierung des Stetigkeitsschutzes nach der absoluten Entgelthöhe nicht zu vereinbaren. Hohe, das Tarifübliche um ein Vielfaches übersteigende Entgelte oder Entgeltteile seien, wenn nach dem Parteiwillen als Gegenleistung für die Arbeitsleistung gedacht, nicht weniger Teil des Äquivalenzverhältnisses als jene auf Höhe des Tarifüblichen. Drittens sei - in umgekehrter Richtung - die Bestimmung des tariflichen oder tarifüblichen Entgelts als Untergrenze des Stetigkeitsschutzes in vom Arbeitgeber gestellten Bedingungen nicht aus dem Synallagma heraus begründbar; auch hier gelte, dass das Synallagma der absoluten Höhe des Entgelts indifferent gegenübersteht. Wenn eine solche Differenzierung eine innere Berechtigung habe, liege sie nicht im Synallagma. Gleiches gelte viertens für die Unterscheidung nach dem Fälligkeitsrhythmus bzw. dem Bemessungszeitraum, der die Entgeltzahlung bestimme. Aus der Perspektive des Synallagma oder der Äquivalenz bestehe kein Unterschied zwischen dem laufenden Entgelt und dem in größeren Zeitabständen einmalig gezahlten, soweit Letzteres als Gegenleistung aufzufassen sei. Die Äquivalenz werde bei Kürzung eines einmal jährlich zu zahlenden Entgelts nicht anders oder weniger beeinträchtigt als bei Kürzung des monatlich auszuzahlenden Entgelts.

Das alles müsste, so *Schwarze*, nun zu einem negativen Ergebnis für den „Kernbereich“ führen, wenn sich die Struktur des Arbeitsvertrags im (formal verstandenen) Synallagma erschöpfte. Dass es sich so nicht verhalte, würden selbst Fundamentalkritiker des Kernbereichsschutzes der Sache nach eingestehen, wenn sie einen minimalen Stetigkeitsschutz am Ende doch für erforderlich hielten. Es sei nun aber offensichtlich die Bedeutung des Arbeitsverhältnisses und des Arbeitsentgelts für Unterhalt und Versorgung des Arbeitnehmers (Daseinsvorsorge), also die existentielle Bedeutung des Arbeitsverhältnisses und des Arbeitsentgelts für den Arbeitnehmer, auf die der Stetigkeitsschutz des Kernbereichs ausgerichtet sei. Alle soeben geprüften aus dem Schutz des Synallagma nicht erklärbaren Elemente und Differenzierungen des Stetigkeitsschutzes ließen sich darauf zurückführen. Dass sich das BAG schwer damit tue, dies offen auszusprechen und die existentielle Bedeutung des Arbeitsentgelts zum zentralen Leitgedanken des Kernbereichsschutzes zu machen, habe seine Gründe. Sollte der Kernbereichsschutz im Wesentlichen auf der existentiellen (wirtschaftlichen) Bedeutung beruhen, die Arbeitsverhältnis und Ar-

beitsentgelt für den Arbeitnehmer hätten, müsse diese als rechtlich erheblich für den Arbeitsvertrag als Element der rechtlichen Struktur des Arbeitsverhältnisses nachgewiesen werden können. Das bereite Schwierigkeiten, wenn man mit der heute herrschenden, vom BAG geteilten Deutung das Arbeitsverhältnis als Austauschverhältnis verstehe. In der abstrakten Logik des Austauschvertrags sei das Arbeitsentgelt Gegenleistung für die Arbeitsleistung. Dass der Arbeitnehmer dieses Entgelt für seinen Lebensunterhalt brauche, sei aus dieser Perspektive rechtlich unerheblich, so wie es für den Mietvertrag über einen Gewerberaum unerheblich sei, dass der Vermieter von der Miete lebe. Die Verwendung des Arbeitsentgelts für den Lebensunterhalt sei in der zivilrechtlichen Kategorie des Austauschvertrags ein in der Sphäre des Arbeitnehmers liegendes außervertragliches Moment. Es könne daher kein rechtlicher Maßstab, AGB-rechtlich kein Leitbild für die richterliche Kontrolle von Flexibilisierungsklauseln im Arbeitsvertrag sein. Wolle man nicht auf die überwundene Deutung des Arbeitsentgelts als Unterhalts- oder Fürsorgeleistung des Arbeitgebers und des Arbeitsvertrags als personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis zurückfallen, müsse eine mit dem Austauschcharakter kompatible Erklärung für die rechtliche Erheblichkeit des existentiellen Moments gefunden werden.

Schwarze hob hervor, es sei das Verdienst *Wiedemanns*, den rechtlichen Zusammenhang zwischen der existentiellen Bedeutung des Arbeitsentgelts und dem spezifischen rechtlichen Charakter der Pflicht zur Arbeitsleistung aufgezeigt zu haben. Dieser Zusammenhang bestehe darin, dass der Arbeitnehmer mit dem Abschluss des Arbeitsverhältnisses sich nicht nur zu einer Arbeitsleistung verpflichte, sondern seine Arbeitskraft zur Verfügung stelle (persönliche Weisungsgebundenheit), mit der Ort- und Zeitbindung seiner Arbeitskraft auf die eigene unternehmerische Verwertung seiner Arbeitskraft (im Umfang der eingegangenen Arbeitsverpflichtung) verzichte und sich damit die Möglichkeit nehme, ausreichende Daseinsvorsorge außerhalb des Arbeitsverhältnisses nach Art eines selbständigen Unternehmers zu betreiben. Die existentielle Angewiesenheit auf das Entgelt sei daher, anders als beim Mietvertrag, nicht ein zufälliges ökonomisches Datum, sondern hänge mit der Eigenart der Arbeitspflicht, das heißt der rechtlichen Struktur des Arbeitsverhältnisses, untrennbar zusammen. Die Ort- und Zeitbindung der Arbeitskraft gebe dem Arbeitsvertrag sein rechtliches Gepräge und unterscheide ihn vom selbständigen Dienstvertrag. Angesichts der existentiellen Folgen des vom Arbeitnehmer mit Abschluss des Arbeitsvertrags eingegangenen Verzichts müsse die Ausgestaltung der

Arbeitsbedingungen diesen existentiellen Folgen für den Arbeitnehmer minimal Rechnung tragen. Das bedeute, dass sich die Ausgestaltung des Entgeltanspruchs nicht darin erschöpfe, das Austauschverhältnis festzulegen, sie müsse auch der Daseinsplanung in einem Mindestmaß Rechnung tragen. Dazu müsse der Arbeitnehmer in eine rechtliche Lage versetzt werden, die ihm eine dem Umfang seiner Arbeitsverpflichtung entsprechende wirtschaftlich-existentielle Mindestsicherung (Daseinsvorsorge) gewähre, die diesen Folgen ausreichend Rechnung trage. Zentrale Institute des Arbeitsrechts dienten diesem Zweck: Zu ihr zähle ein die Existenz ermöglichender Mindestlohn, die Fortzahlung des Entgelts im Krankheitsfall und im Urlaub sowie ein Mindestmaß an Schutz gegen die jederzeitige willkürliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Dazu gehöre schließlich auch ein Mindestmaß an Stetigkeit der Entgeltzahlung, insbesondere ein Mindestmaß an Sicherung gegen willkürliche bzw. unternehmerisch-wirtschaftlich begründete Absenkungen des Entgelts im laufenden Arbeitsverhältnis. Das BAG sei diesem zutiefst arbeitsrechtlichen Kern des Kernbereichs schon einmal sehr nahe gewesen, als es nach spezifisch arbeitsrechtlichen Begründungen gesucht habe - etwa in der Umgehung des KSchG oder in Art. 12 des Grundgesetzes. Es scheine von diesem richtigen Weg durch die AGB-Kontrolle abgekommen zu sein, die mit ihrem am allgemeinen Zivilrecht geschulten Begriffen und Maßstäben einen „Sog“ ins Zivilrecht auslöse, der die genuin arbeitsrechtlichen Wertungen oft verschütte.

Als Folgerungen für den Stetigkeitsschutz bei vom Arbeitgeber vorformulierten und gestellten Vertragsbedingungen hielt *Schwarze* bezüglich der Zone 1 fest, der absolute Schutz des laufenden Entgelts lasse sich aus der weitaus größeren Bedeutung des laufenden Arbeitsentgelts für die Unterhaltspraxis des Arbeitnehmers erklären. Ebenso sei es plausibel, das tarifliche Gehalt als Maßstab zu nehmen, weil die Auskömmlichkeit ein entscheidender Maßstab für die Bestimmung von Tariflöhnen sei. Zur 25/30 %-Grenze für Flexibilisierung bei nicht laufend gezahltem Entgelt bemerkte *Schwarze*, der Begriff „Existenz“ meine nicht physisches Überleben, sondern sozial-ökonomische Gesamtsituation, das „Sich-Einrichten“ auf eine bestimmte Lebensführung. Einrichten könne man sich auf unterschiedlichen Niveaus, natürlich auch auf einem übertariflichen Niveau. Der spezifisch arbeitsrechtliche Schutz ende nicht schon jenseits des übertariflichen Entgelts: Das könne man z. B. daran sehen, dass die gesetzlichen Entgeltfortzahlungsregelungen nicht auf das Tarifliche beschränkt seien. Es müsse hier eine Obergrenze geben, sie werde aber nicht schon

durch das Übertarifliche gebildet. Deshalb sei richtig, dass das BAG nicht den übertariflichen Bereich von vornherein freigebe für Unstetigkeit, sondern eine Grenze ziehe. Ferner sei richtig, das Gesamtentgelt als Bemessungsgrundlage für die 25 %-Regel heranzuziehen, weil der Arbeitnehmer seine Lebensführung auf das Gesamtentgelt einstelle. Die existentielle Bedeutung des Arbeitsentgelts finde in der 25 %-Regel einen angemessenen Ausdruck. Über den genauen Verlauf einer solchen Grenze werde man immer streiten, die jetzige Rechtsprechung aber nicht als unangemessen einordnen können. Bezweifeln könne man die Berechtigung der besonderen 30 %-Grenze für nicht im Synallagma stehende Leistungen. Sie lasse sich allenfalls rechtfertigen mit Blick darauf, dass sich mit der nicht im Synallagma stehenden Leistung ob ihres „unentgeltlichen“ Charakters eine geringere Stetigkeitserwartung verknüpfe und damit auch eine geringere Bedeutung für die Bestreitung des Unterhalts.

Zur Höchstgrenze für die 25/30 %-Grenze vertrat *Schwarze* die Auffassung, die Herausnahme von Spitzenverdiensten aus dem Kernbereichsschutz lasse sich aus dem Schutz der existentiellen Funktion des Arbeitsentgelts legitimieren. Zwar könne man seine Lebensführung auf vielen Niveaus „einrichten“, andererseits aber sei eine Deckelung nach oben angemessen. Knüpfe das Sozialversicherungsrecht die rechtliche Schutzbedürftigkeit an Einkommensgrenzen, sei dies eine Wertung, die auf das Arbeitsrecht ausstrahle und im Arbeitsverhältnis als sachgerechte Differenzierung angesehen werden könne. Es sei daher grundsätzlich dem BAG darin zuzustimmen, dass der durch den Kernbereich bewirkte Stetigkeitsschutz Obergrenzen kenne. Eine offene Frage sei es, nicht ob, sondern wie Spitzenverdienste aus dem Schutz herauszunehmen seien. Richtig sei es, wie das BAG dies zu bevorzugen scheine, Spitzenverdienste nicht insgesamt herauszunehmen, sondern nur einen Teil davon. Das BAG habe im Chefarztfall (Verlust eines Entgeltanteils von 40 % des Gesamtentgelts aufgrund einer Widerrufsklausel) darauf abgestellt, dass dem Chefarzt auch nach dem Widerruf noch ein Mehrfaches des Tarifüblichen als Vergütung bleibe. Eine hinreichende Vorsorge für den fast totalen Fortfall des Einkommens, notfalls bis zur Grenze des § 138 BGB, könne der Spitzenverdiener allein aufgrund seines bisherigen Verdienstes in aller Regeln freilich nicht betreiben. Die Frage sei, ob eine allgemeine Grenze zu ziehen sei und an welchem Maßstab sie sich gegebenenfalls zu orientieren habe. Grundsätzlich sichere die Orientierung an tariflichen bzw. tarifüblichen Entgelten einen spezifischeren Vertragsbezug als die Ausrichtung an den sozialversicherungsrechtlichen Bemessungsgrenzen. Sie binde den Existenzschutz

stärker an die wirtschaftlichen Möglichkeiten des Unternehmens. Zudem mache das BAG die einschränkungslose Gewährung des Tariflohns zur Voraussetzung von Flexibilisierungen des Entgelts in AGB; auch das spreche für eine Orientierung der Obergrenze am Tariflohn. Maßgeblich seien die im Betrieb bzw. Unternehmen anzuwendenden oder üblicherweise angewandten Tarifverträge. Stimmigkeit und Praktikabilität sprächen sodann entscheidend dafür, die Obergrenze für die 25/30 %-Regel in einem Mehrfachen des Tariflohns auszudrücken, wenn das Tarifentgelt nicht unterhalb der Bemessungsgrenze der gesetzlichen Rentenversicherung liege. Ein am allgemeinen Einkommensniveau orientierter Mindestbetrag für die Obergrenze erscheine mit Blick auf die erheblichen Unterschiede zwischen Branchen und Tarifgebieten und etwaige Niedrigtarife erforderlich. Von den sozialversicherungsrechtlichen Grenzbeträgen sei die Bemessungsgrenze für die Rentenversicherung (§ 159 SGB VI) jene mit dem stärksten Bezug zum Thema, sie benenne die obere Grenze eines aus der Situation der abhängigen Beschäftigung zu rechtfertigenden Existenzschutzes. Die Bestimmung einer „betragsscharfen“ Grenze habe im Richterrecht ihr prinzipiell Bedenkliches wie praktisch Förderliches. Halte man es mit Letzterem, wäre die vom BAG einmal angedeutete Grenze eines Dreifachen des einschlägigen Tarifentgelts, mindestens aber das Dreifache der Rentenbemessungsgrenze (also derzeit $3 \times 67.200,00 \text{ Euro} = 201.600,00 \text{ Euro}$) keine unangemessene Obergrenze für die 25/30 %-Regel. Jenseits dieser Grenze liegende Entgeltteile unterlägen nicht mehr der 25/30 %-Regel, könnten also für die Zukunft ohne weitere Betragsgrenze widerruflich bzw. unverbindlich gestellt werden. Dabei seien allerdings die sonstigen rechtlichen Anforderungen an Widerrufsvorbehalt (sachliche Rechtfertigung, ausreichend bestimmter Tatbestand, Ausübungskontrolle) und Unverbindlichkeitsvorbehalt (ausreichende Transparenz) zu beachten. *Schwarze* meinte, der Arbeitgeber, der nicht erst bei Spitzenverdienern, sondern bei Gutverdienern größere Spielräume haben möchte, werde durch diese Vorgabe nicht eingeschränkt, er müsse nur den Weg des Aushandelns gehen.

Schwarze war der Ansicht, die Anwendung auf Unverbindlichkeitsvorbehalte ergebe sich aus der Perspektive des Existenzschutzes. Bei laufendem Entgelt und Entgelt in tarifüblicher Höhe seien Unverbindlichkeitsvorbehalte ausgeschlossen. Gerade hier werde Existenzschutz als tragender Aspekt besonders deutlich. Die Frage, ob Unverbindlichkeitsvorbehalte bei nicht laufenden Leistungen ausgeschlossen seien, verneinte *Schwarze*. Aus der Perspektive der Daseinsplanung liege der ent-

scheidende Punkt darin, ob der Arbeitgeber eine allgemeine Leistungszusage gemacht habe oder nicht. Denn danach richte der Arbeitnehmer seine Daseinsplanung aus. Liege eine allgemeine Zusage vor (2.000,00 Euro im Dezember jeden Jahres, aber unverbindlich), müsse die 25 %-Grenze gelten. Der Unterschied zu „widerruflich“ sei eine juristische Nuance. Die Klausel sei unwirksam, wenn die Zahlung diesen Betrag übersteige. Dabei sei allerdings Transparenz zu beachten. Werde uneingeschränkt zugesagt und an anderer Stelle die Leistung als unverbindlich erklärt, genüge dies nicht. Vermeidet der Arbeitgeber eine Zusage, erbringt er lediglich die Leistung und versieht er diese Leistung mit der Aussage „unverbindlich“ für die Zukunft, entstehe kein Anspruch für die Zukunft, auch nicht bei mehrfacher Wiederholung, weil der Arbeitnehmer sich einrichten könne. Ob diese Wirkung auch schon von einer allgemeinen Unverbindlichkeitsklausel ausgehe, sei eine Frage der Transparenz, die durch Existenzschutz nicht präjudiziert werde. Die wohl strengere Haltung des BAG lasse sich mit Existenzschutz jedenfalls besser begründen als mit Schutz des Austauschverhältnisses.

Danach befasste sich *Schwarze* mit der Anwendung auf die Befristung von Entgeltansprüchen. Er meinte, aus der Perspektive der Daseinsplanung unterscheide sich die Befristung von Entgeltbestandteilen von anderen Flexibilisierungsinstrumenten durch ihre Berechenbarkeit für den Arbeitnehmer, der sich von vornherein auf den Fortfall des befristeten Entgeltteils einstellen könne. Von daher müsse es im Ausgangspunkt keinen betragsscharfen Schutz durch Anwendung der 25/30 %-Grenze geben. Die Planbarkeit der Befristung für den Arbeitnehmer setze allerdings eine hinreichend transparente Gestaltung (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB) voraus, die den Anschein einer über die Frist hinausgehenden Leistung vermeide. Parallel zu den Anforderungen beim Unverbindlichkeitsvorbehalt sei eine Regelung nicht als transparent anzusehen, die sich aus einer vorbehaltlosen Entgeltzusage einerseits und einer besonderen, textlich getrennten Klausel über die partielle Befristung dieser Zusage andererseits zusammensetze. Es müsse vielmehr die Zusage selbst als (zum Teil) befristet erfolgen. Intransparent sei die Befristung ferner, wenn mit der befristeten Leistungszusage deren Verlängerung oder eine Wiederholung der Zusage nach Fristablauf in Aussicht gestellt werde. Zusagen des Arbeitgebers unter einer aufschiebenden oder auflösenden Bedingung unterfielen demgegenüber den genannten Einschränkungen, weil kein wesentlicher Unterschied zu Widerrufsvorbehalten bestehe.

Zum Stetigkeitsschutz bei betragsoffenen Entgeltgestaltungen führte *Schwarze* aus, im Falle betragsoffener Entgeltgestaltungen, also leistungs- und erfolgsabhängigen Entgelten, sei ein betragsscharfer Stetigkeitsschutz nicht ohne Weiteres umzusetzen. Veränderungen, die sich aus Änderungen der Leistung des Arbeitnehmers oder Veränderungen im Erfolg des Unternehmers oder des Arbeitnehmers ergäben, sollten nicht vom Schutz erfasst werden, insbesondere nicht einer 25 %-Grenze unterliegen. Der Schutz könne sich nur auf die Parameter beziehen, aus denen sich das Entgelt berechne. Im Falle des leistungsabhängigen Entgelts (Arbeitnehmer kann Entgelthöhe durch Leistung bestimmen, trägt kein Erfolgsrisiko), insbesondere des Akkordlohnes, dürften die entgeltwirksamen Faktoren nicht unverbindlich oder widerruflich gestaltet werden, soweit damit der laufende (monatliche oder in kürzeren Abständen zu zahlende) Verdienst unverbindlich oder unter gelockerte Bindung gestellt würde. Soweit es um einmalige Sonderzuwendungen gehe, gelte (bis zur Obergrenze) für Widerrufsvorbehalte und gleichstehende Unverbindlichkeitsvorbehalte die 25 %-Grenze. Der praktisch wichtigste Fall dürfte die Provision sein. Die Bedeutung der 25/30 %-Grenze für Provisionsvergütungen sei vom BAG noch nicht geklärt. Am Leitbild des Existenzschutzes sei eine grundsätzlich abweichende Beurteilung von Provisionen nicht gerechtfertigt, andererseits aber die geringere Berechenbarkeit der Zahlungen in Rechnung zu stellen. Provisionszahlungen könnten daher in AGB widerruflich oder unverbindlich gestaltet werden, soweit ihr Anteil am Gesamtverdienst weniger als 25/30 % betrage und ein festes Entgelt in tariflicher bzw. tarifüblicher Höhe zugesagt sei. Dies solle auch dann gelten, wenn die Provision laufend ausgezahlt werde, da als laufendes Entgelt im Sinne des Stetigkeitsschutzes das Festgehalt zu betrachten sei. Die Volatilität rechtfertige diese Absenkung des Schutzes. Sei der Provisionsanspruch nicht von vornherein auf 25/30 % des Gesamtentgelts beschränkt, erscheine ein Widerrufs- bzw. Unverbindlichkeitsvorbehalt vertretbar, der die Kürzung künftiger Provisionsansprüche um weniger als 25/30 % des durchschnittlichen Gesamtverdienstes des zurückliegenden Zeitraums (mindestens ein Jahr) gestatte. Ohne ein vertraglich bestimmtes festes Entgelt sei die Provision insgesamt als laufendes Entgelt zu betrachten, so dass die Provisionsbedingungen einer rechtlichen Flexibilisierung durch AGB nicht zugänglich seien. Nicht der AGB-Kontrolle unterliege die Frage, ob der Arbeitnehmer überhaupt ausschließlich auf Provisionsbasis beschäftigt werden dürfe, da es hier um die Bestimmung des Leistungsverhältnisses gehe (§ 307 Abs. 3 BGB).

Anschließend befasste sich *Schwarze* mit dem Stetigkeitsschutz bei frei ausgehandelten Arbeitsverträgen. Er vertrat die Auffassung, die existenzielle Bedeutung des Arbeitsentgelts als Folge der Pflicht zur Arbeitsleistung ergebe sich unabhängig davon, ob der Arbeitnehmer bei Vertragsschluss, wie dies typischerweise der Fall sei, unterlegen sei und ob der Vertragsinhalt vom Arbeitgeber vorformuliert und gestellt sei. Allerdings sei dem wirklich ausgehandelten Vertrag, dem der Arbeitnehmer zustimme, obgleich er Alternativen habe, ein größerer Freiraum einzuräumen. Wer sich wirklich freiwillig auf für ihn nachteilige Bedingungen einlasse, sei weniger schutzbedürftig und könne sich auf ein höheres Maß an Volatilität einlassen, zumal er infolge des Aushandelns klar vor Augen habe, worauf er sich einlasse. Aber es müsse auch hier einen Stetigkeitsschutz geben: Auch wenn der Vertrag ausgehandelt worden sei, sei der Arbeitnehmer infolge seiner vertraglichen Bindung existenziell auf das Arbeitsentgelt angewiesen. Die Referenzgröße für den Stetigkeitsschutz sei hier aber nicht das tarifliche oder tarifübliche Gehalt, sondern der sittengemäße Lohn (§ 138 BGB), der nach der jüngeren Rechtsprechung des BAG im Regelfall mit 2/3 des sektoral und regional üblicherweise gezahlten Tarifentgelts anzusetzen sei. Die Zusage des Tarifgehaltes sei daher, anders als bei vorformulierten/gestellten Vertragsbedingungen, bei ausgehandelten Verträgen nicht Mindestvoraussetzung für vertragliche Regelungen, die eine Absenkung des Arbeitsentgelts oder eine entgeltwirksame Veränderung der Arbeitszeitdauer nach dem Willen des Arbeitgebers erlaubten. Für vertragliche Vereinbarungen, die Veränderungen der Entgeltspflicht erleichterten, bilde somit das nach § 138 BGB gebotene Mindestentgelt die Leitschnur. Das bedeute, dass der Arbeitgeber nicht nur verpflichtet sei, dieses Gehalt zu zahlen, er müsse dies auch in uneingeschränkter rechtlicher Verbindlichkeit zusagen. Es gelte für frei ausgehandelte Verträge also ebenfalls das Gebot uneingeschränkter Verbindlichkeit des monatlichen (oder in kürzeren Abständen gezahlten) Entgelts, wenn auch nur in Höhe der durch § 138 BGB gesetzten Grenze. Die 25 %-Grenze gelte für frei ausgehandelte Verträge dagegen nicht. Im frei ausgehandelten Vertrag könne sich der Arbeitnehmer also darauf einlassen, über 25 % hinausgehende höhere Teile seiner Gesamtentgelts auf rechtlich unsicherer Basis zu erhalten, solange ein uneingeschränkter Anspruch auf ein den Anforderungen des § 138 BGB genügendes Mindestgehalt bestehe. Wer etwa die Wahl gehabt habe zwischen einem festen Gehalt von 60.000,00 Euro und einer 40.000,00 Euro + 40.000,00 Euro-Gestaltung und sich auf diese eingelassen habe, bedürfe keines besonderen arbeitsrechtlichen Schutzes.

Schwarze meinte, eine besondere Herausforderung stellten rein erfolgsabhängige Entgelte, insbesondere reine Provisionsvergütungen dar. Hier konkretisiere sich das Problem des Stetigkeitsschutzes auf die Frage, ob die Vereinbarung eines Mindestentgelts (in Höhe des nach § 138 BGB gebotenen Entgelts) zu fordern sei. Es könne kein Zweifel daran bestehen, dass die Verpflichtung, seine Arbeitskraft einem anderen zur Verfügung zu stellen, nicht wirksam sein könne ohne ein auskömmliches Mindestentgelt. Deshalb stelle die Rechtsprechung als Mindestanforderung an eine wirksame Provisionsregelung, dass der dem Arbeitnehmer zugewiesene Arbeitsbereich so ergiebig sein müsse, dass es praktisch nicht ausgeschlossen sei, ein auskömmliches, an der Grenze des § 138 BGB orientiertes Mindestentgelt erzielen zu können. Aber auch dann bleibe ein Restrisiko, das der Arbeitnehmer mit ordentlichem Arbeitseinsatz allein nicht steuern könne. Ginge es allein um den Schutz eines ausgewogenen Verhältnisses von Leistung und Gegenleistung, wäre damit zu leben. Mit Blick auf die existentielle Bedeutung des Arbeitsentgelts dürfe dieses Risiko nicht beim Arbeitnehmer verbleiben. Es könne daher nur noch um die Frage gehen, ob dazu die ausdrückliche Vereinbarung eines festen Entgelts erforderlich sei oder ob es genüge, dem Arbeitnehmer den Nachweis zu ermöglichen, dass das Risiko der Uneinträglichkeit sich verwirklicht habe und deshalb für den bestimmten Zeitraum ein auskömmliches Mindestentgelt nachzuzahlen sei. Gegen diesen schwächeren Schutz scheine auf den ersten Blick gerade die existentielle Bedeutung des Arbeitsentgelts zu sprechen. Indessen könne der Arbeitgeber dem mit einer fixen Provisionsvorauszahlung ausreichend Rechnung tragen. Bei der späteren Verrechnung oder etwaigen Rückforderung der Vorauszahlung müsse der Arbeitnehmer dann die Unauskömmlichkeit der erzielten Provisionen gegen die Rückforderung einwenden können, soweit durch die Rückzahlung die § 138 BGB-Grenze unterschritten würde. Die Unauskömmlichkeit könne der Arbeitnehmer dartun, indem er darlege, die vertraglich vereinbarte Arbeitszeit abgeleistet zu haben, ohne ausreichende Provisionen verdient zu haben. Den Beweis einer ausreichenden Qualität seiner Bemühungen müsse der Arbeitnehmer nicht führen. Für die Zukunft bleibe es bei Vorschusspflicht und Abrechnung. Könne der Arbeitnehmer darüber hinaus darlegen, dass der ihm zugewiesene Arbeitsbereich strukturell unergiebig sei, der Mangel an Erfolg also nicht ein einzelner Vorgang sei, sei ein Anspruch auf ein den Grenzen des § 138 BGB genügendes fixes Mindestgehalt zu bejahen. Das Vorstehende gelte entspre-

chend für andere erfolgsabhängige Entgelte. Auch hier müsse ein sittengemäßes Entgelt (§ 138 BGB) erfolgsunabhängig verdienen sein.

Abschließend ging *Schwarze* auf das Verhältnis des richterrechtlichen Stetigkeitsschutzes zu kollektivvertraglichen Regelungen ein und behandelte zunächst das Verhältnis zu Tarifverträgen. Er meinte, zur Tarifdispositivität des Kernbereichs ergebe sich eine geteilte Antwort. Der für ausgehandelte Verträge skizzierte maßgebliche Stetigkeitsschutz gemäß § 138 BGB stehe nicht zur Disposition der Tarifvertragsparteien. Eine Schranke, die selbst dem freien Willen des Arbeitnehmers gesetzt sei, müsse erst recht für tarifliche Regelungen gelten, die ein geringeres Maß an Selbstbestimmung für den einzelnen Arbeitnehmer bedeuteten. Der in diesem Zusammenhang oft zu lesende Satz, den Tarifvertragsparteien sei ein größerer Gestaltungsspielraum zuzubilligen als den Parteien des Arbeitsvertrags, könne nur für vom Arbeitgeber vorformulierte bzw. gestellte Vertragsbedingungen richtig sein. Dagegen sei der Teil des Schutzes, der ausschließlich für vorformulierte/gestellte Vertragsinhalte gelte, grundsätzlich als tariflich verfügbar zu betrachten. Das ergebe sich, soweit dieser Schutz auf die AGB-Kontrolle gestützt werde, aus § 310 Abs. 4 Satz 1 BGB, der Tarifverträge der AGB-Kontrolle entziehe. Es ergebe sich für etwaige andere Begründungen des Kernbereichsschutzes daraus, dass die strukturelle Unausgewogenheit der Verhandlungssituation, der mit dem weiter reichenden Kernbereichsschutz Rechnung getragen werde, beim Abschluss des Tarifvertrags nicht bestehe. Der Tarifvertrag müsse also beispielsweise die 25/30 %-Grenze nicht beachten. Dies gelte aber *cum grano salis*. Der Tarifvertrag bedeute für den einzelnen Arbeitnehmer ein geringeres Maß an Selbstbestimmung als ein frei ausgehandelter Vertrag. Es könne daher punktuell angemessen sein, einen besseren Schutz der Stetigkeit vorzusehen als bei frei ausgehandelten Verträgen. Das Vorstehende gelte für die tarifliche Flexibilisierung von Arbeitsbedingungen, die tariflich geregelt seien. Für Arbeitsbedingungen, die im Arbeitsvertrag geregelt seien, sperre das Günstigkeitsprinzip grundsätzlich eine Lockerung der Stetigkeit des Entgeltanspruchs durch Tarifvertrag. Es bedürfe hier einer entsprechenden Öffnung des Arbeitsvertrags für solche Regelungen, die allerdings schon darin liegen könne, dass der Arbeitsvertrag unter Geltung entsprechender tariflicher Regelungen abgeschlossen worden sei oder tarifliche Regelungen in Bezug nehme.

Zum Verhältnis des richterlichen Stetigkeitsschutzes zu Betriebsvereinbarungen führte *Schwarze* aus, ob die vorstehenden Aussagen zum Tarifvertrag auf Be-

triebsvereinbarungen übertragbar seien, hänge von der grundsätzlichen Einordnung der Betriebsautonomie ab. Der darüber herrschende Streit könne hier nicht weiter verfolgt werden. Ob der strenge Stetigkeitsschutz gelte, sei in der Rechtsprechung noch nicht entschieden. Zwar sei die AGB-Kontrolle nicht anwendbar (§ 310 Abs. 4 Satz 1 BGB), die Rechtsprechung unterwerfe die Betriebsvereinbarung aber einer Billigkeitskontrolle. Es läge in der Sachlogik dieser Kontrolle, die von der Rechtsprechung mit der relativ schwachen Verhandlungsposition des Betriebsrats gerechtfertigt werde, die Betriebsvereinbarung dem strengeren Stetigkeitsschutz gegenüber AGB-Verträgen zu unterwerfen. An der schwachen Verhandlungsposition ändere auch das Mitbestimmungsrecht gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG nichts, da der Arbeitgeber es durch die Verweigerung zusätzlicher Entgeltzahlungen („Topftheorie“) entwerten könne.

Schwarze fasste zusammen:

1. Der in der Kernbereichs-Rechtsprechung angelegte Stetigkeitsschutz ist im Wesentlichen richtig und angemessen.
2. Er zielt darauf, in den Entgeltanspruch ein Mindestmaß an Stetigkeit einzuziehen, weil der Arbeitnehmer infolge des Vertragsschlusses auf das Entgelt für seine Lebensführung angewiesen ist.
3. Das BAG sollte dies klar aussprechen und die offenen Fragen des Kernbereichs nach dieser Maßgabe entscheiden.

Zum Ausklang gestand *Schwarze*, er sei ein bekennender und praktizierender Zivilrechtler. Nichts bereite ihm größere Freude, als ein arbeitsrechtliches Problem mit dem Werkzeug des klassischen Zivilrechts zu lösen. Aber das halte ihn nicht davon ab, dem Arbeitsrecht zu geben, was ihm zukomme. Das Zivilrecht bilde seine Begriffe, wie der Kartograph die Landkarte erstelle: Es schaffe Übersichtlichkeit und Struktur durch unerhörte Abstraktion. Die Denkbewegung des Arbeitsrechts gehe in die genau umgekehrte Richtung. Es beachte das Besondere. Infolgedessen sei das Erklärungspotenzial des klassischen Zivilrechts und seiner Begriffe im Arbeitsrecht begrenzt. Für das Thema seines Vortrags gelte das in besonderem Maße. Denn der „Kernbereich des Arbeitsvertrages“ trage seinen Namen auch deshalb zu Recht, weil er die Essenz des Arbeitsrechts, den Schutz des Arbeitsverhältnisses als Existenzgrundlage, ausdrücke. Dafür müsse sich das Arbeitsrecht nicht schämen.

Tagungsleiter *Lipke* dankte dem Referenten für den mit großem Beifall aufgenommenen Vortrag, an den sich eine rege Aussprache anschloss. Gegen 12:00 Uhr entließ *Lipke* die Tagungsteilnehmer in die Mittagspause.

Referate zu den Themen „Praktische und rechtliche Probleme beim Drittpersonaleinsatz (Leiharbeit/Werkverträge)“ sowie „Flexible Beschäftigungsverhältnisse zwischen wirtschaftlicher Notwendigkeit und rechtlichen Möglichkeiten“

Nach der Mittagspause wurde die Tagung gegen 13:30 Uhr mit Referaten von *Jürgen Ulber* vom IG Metall Vorstand und *Jürgen Mahnkopf* vom Betriebsrat der Volkswagen AG als Vertreter der Arbeitnehmerseite zum Thema „Praktische und rechtliche Probleme beim Drittpersonaleinsatz (Leiharbeit/Werkverträge)“ fortgesetzt. Danach referierte als Vertreter der Arbeitgeberseite der stellvertretende Hauptgeschäftsführer des Verbandes der Metallindustriellen Niedersachsens e. V. *Norbert Reiners* zum Thema „Flexible Beschäftigungsverhältnisse zwischen wirtschaftlicher Notwendigkeit und rechtlichen Möglichkeiten“. *Ulber* und *Mahnkopf* stellten aus Gewerkschafts- bzw. Betriebsratssicht insbesondere die Schwierigkeiten dar, die sie mit einem Drittpersonaleinsatz verbinden. *Reiners* befasste sich vor allem mit den wirtschaftlichen Herausforderungen, die eine erhöhte Flexibilität auf dem Arbeitsmarkt erforderlich machen. Nach einer kurzen Aussprache im Anschluss an die Referate und seinem Dank an die Referenten schloss *Lipke* gegen 15:00 Uhr die 10. Landestagung Niedersachsen.

Dr. Gernot Brühler