

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*

<b>Einführung</b>	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*

<b>Problemanalyse: Die Sonderstellung arbeitgeberseitiger Bestimmungsvorbehalte in Rechtsprechung und Literatur</b>	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
C. Rechtsprechung des BGH: Erfordernis der Konkretisierung einseitiger Bestimmungsrechte	71
D. Rechtsprechung des BAG zu Freiwilligkeits- und Widerrufsvorbehalten: strenge Anforderungen in der AGB-Kontrolle	100
E. Schrifttum zur AGB-Kontrolle arbeitgeberseitiger Bestimmungsvorbehalte	117
F. Zusammenfassung und Ausblick	132

## *Kapitel 3*

<b>Vorfrage: Das Verhältnis von Angemessenheits- und Transparenzkontrolle</b>	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*

<b>Einführung</b>	27
<b>A. Einleitung</b>	27
<b>B. Festlegung des Untersuchungsgegenstandes: Begriff und Inhalt arbeitgeberseitiger Bestimmungsvorbehalte im Entgeltbereich sowie Eingrenzung des Prüfungsmaßstabs</b>	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
<b>C. Problemübersicht</b>	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
<b>D. Gang der Untersuchung</b>	50

## *Kapitel 2*

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

<b>B. Rechtsprechung des BAG zu arbeitgeberseitigen Bestimmungsvorbehalten im Entgeltbereich: weitgehende Freiheit des Verwenders</b> .....	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
<b>C. Rechtsprechung des BGH: Erfordernis der Konkretisierung einseitiger Bestimmungsrechte</b> .....	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
<b>D.</b>	<b>Rechtsprechung des BAG zu Freiwilligkeits- und Widerrufsvorbehalten: strenge Anforderungen in der AGB-Kontrolle .....</b>	<b>100</b>
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

<b>E. Schrifttum zur AGB-Kontrolle arbeitgeberseitiger Bestimmungsvorbehalte</b>	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
<b>F. Zusammenfassung und Ausblick</b>	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>	
<b>Vorfrage: Das Verhältnis von Angemessenheits- und Transparenzkontrolle</b>	145
<b>A. Zur Notwendigkeit der Feststellung einer unangemessenen Benachteiligung bei Intransparenz</b>	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>B.</b>	<b>Die Unterschiede zur Unangemessenheit nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB .....</b>	<b>154</b>
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
<b>C.</b>	<b>Ergebnisse .....</b>	<b>165</b>

*Kapitel 4*

**Die angemessene Ausgestaltung arbeitgeberseitiger Bestimmungsvorbehalte**

167

<b>A.</b>	<b>Volle Kontrollfähigkeit arbeitgeberseitiger Bestimmungsvorbehalte .....</b>	<b>167</b>
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>B.</b>	<b>Die Angemessenheitskontrolle arbeitgeberseitiger Bestimmungsvorbehalte im Entgeltbereich .....</b>	<b>199</b>
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*

	<b>Die Transparenz arbeitgeberseitiger Bestimmungsvorbehalte</b> .....	366
<b>A.</b>	<b>Anwendbarkeit und Inhalt der Transparenzkontrolle nach § 307 Abs. 1 S. 2 BGB</b> .....	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>B.</b>	<b>Die transparente Gestaltung arbeitgeberseitiger Bestimmungsvorbehalte ..</b>	<b>378</b>
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 Vertragsabschlussentscheidung .....	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*

<b>Rechtsfolgen unwirksamer Bestimmungsvorbehalte</b>	466
<b>A. Grundsatzfragen zum Umgang mit unwirksamen AGB-Klauseln: geltungserhaltende Reduktion, Teilunwirksamkeit und ergänzende Vertragsauslegung</b> .....	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>B. Die Unwirksamkeit der gesamten Klausel und ihre Problematik bei arbeitgeberseitigen Bestimmungsvorbehalten</b> .....	473
<b>C. Zur Aufrechterhaltung von Bestimmungsvorbehalten durch geltungserhaltende Reduktion</b> .....	476
<b>D. Die Aufrechterhaltung des Leistungsversprechens bei unwirksamen Bestimmungsvorbehalten</b> .....	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
<b>E. Füllung der übrigen Lücke durch dispositives Gesetzesrecht</b> .....	485
I. Mangelnde Eignung der §§ 315, 316 BGB zur Lückenfüllung .....	485
II. Lückenfüllung durch § 612 Abs. 2 BGB .....	487
III. Fazit .....	489
<b>F. Ersetzung unwirksamer Bestimmungsvorbehalte durch ergänzende Vertragsauslegung</b> .....	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
<b>G.</b>	<b>Zusammenfassung zu den Rechtsfolgen der Unwirksamkeit arbeitgeberseitiger Bestimmungsvorbehalte .....</b>	<b>500</b>

*Kapitel 7*

**Zusammenfassung und Ergebnisse** 503

<b>A.</b>	<b>Gesamtfazit .....</b>	<b>503</b>
<b>B.</b>	<b>Die Ergebnisse im Einzelnen .....</b>	<b>506</b>
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
<b>C.</b>	<b>Ausblick</b> .....	529
	<b>Literaturverzeichnis</b> .....	532
	<b>Sachwortverzeichnis</b> .....	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.<sup>1</sup> Bei der Ausgestaltung derartiger Klauseln, die der Flexibilisierung von Geldleistungen dienen, sind erhebliche Anforderungen zu beachten<sup>2</sup>; Freiwilligkeitsvorbehalte könnten sogar nahezu unbrauchbar geworden sein und werden schon als „tot“<sup>3</sup> 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 Arbeitgebers<sup>4</sup> zur erstmaligen Festlegung einer geldwerten Leistung – kurz: arbeitgeberseitige Bestimmungsvorbehalte im Entgeltbereich<sup>5</sup> – werden in der Literatur, wenn sie Erwähnung finden, meist als Alternative für Freiwilligkeitsvorbehalte vorgeschlagen.<sup>6</sup>

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

---

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> Dazu noch ausführlich unter Kapitel 2 D.

<sup>3</sup> *Preis*, NZA 2009, 281, 289.

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

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> 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.<sup>7</sup> 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.<sup>8</sup> 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 BAG<sup>9</sup> 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.<sup>10</sup> Das wirft die Frage auf, ob die entgeltrelevanten Bestimmungsvorbehalte des Arbeitgebers eine

---

<sup>7</sup> 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.

<sup>8</sup> 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.

<sup>9</sup> 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.

<sup>10</sup> 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.<sup>11</sup>

## **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.<sup>12</sup> Sie bieten den Parteien eines Vertrages die Möglichkeit, Leistung, Gegenleistung oder Leistungsmodalitäten unbestimmt zu lassen, ohne dass die Wirksamkeit des Vertrages berührt wird.<sup>13</sup> 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.<sup>14</sup> Darüber hin-

---

<sup>11</sup> 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.

<sup>12</sup> 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.

<sup>13</sup> 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.

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