

547524 470
1

Entgeltflexibilisierung aus juristischer Sicht

**Juristische Beiträge des interdisziplinären Symposiums
„Flexibilisierung des Arbeitsentgelts aus ökonomischer und
juristischer Sicht“ am 25. und 26. Januar 2001 in Mannheim**

Martin Gutzeit, Hermann Reichold und Volker Rieble

Dokumentation Nr. 01-03

ZEW

Zentrum für Europäische
Wirtschaftsforschung GmbH
Centre for European
Economic Research

C 228700

Entgeltflexibilisierung aus juristischer Sicht

**Juristische Beiträge des interdisziplinären Symposiums
„Flexibilisierung des Arbeitsentgelts aus
ökonomischer und juristischer Sicht“
am 25. und 26. Januar 2001 in Mannheim**

von

Dr. Martin Gutzeit
Prof. Dr. Hermann Reichold
Prof. Dr. Volker Rieble

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Regelungsinstrumente der Entgeltflexibilisierung	7
Volker Rieble	
Rechtliche Grundlagen und Grenzen flexibler Entgeltsysteme	23
Hermann Reichold	
Korreferat zu Hermann Reichold	46
Martin Gutzeit	
Autoren	52

Regelungsinstrumente der Entgeltflexibilisierung

von Volker Rieble

These 1:

Das Ziel weitreichender – insbesondere einfacher und rechtssicherer – Entgeltflexibilisierung findet im Zivilrecht seine zentrale Grenze am Vertragsprinzip.

Entgeltflexibilisierung meint: das Entgelt soll sich – nach Umfang (Volumen), Art (Struktur) und Auszahlungszeitpunkt (deferred compensation, Zeitwertkonten nach § 7 Abs. 1a SGB IV¹) – verändern können, um damit bestimmten veränderten Umständen Rechnung zu tragen. Das Zivilrecht hält hierfür ein effektives Änderungsinstrument bereit: den Vertrag. Durch einvernehmliche Änderung können Vertragsparteien jede ihrer Regeln nahezu beliebig an veränderte Umstände anpassen. Das gilt für den (nicht tarifunterworfenen²) Arbeitsvertrag ebenso wie für Betriebsvereinbarung und Tarifvertrag.

Damit ist die Flexibilität an die Zustimmung des Vertragspartners gebunden. Nur er kann vom „pacta sunt servanda“ Dispens erteilen. Das macht solange keine Probleme, als es um „Flexibilität nach oben“ geht, der Arbeitnehmer also insbesondere zustimmen soll, daß er „mehr Geld“ bekommt.

Spielt der Vertragspartner hingegen nicht mit – vor allem weil es „flexibel nach unten“ gehen soll –, so sieht die zivile Rechtsordnung grundsätzlich keine besondere Anpassungsmöglichkeit vor. Das macht in normalen Dauerschuldverhältnissen auch nichts aus. Denn die ordentliche Kündigung – bzw. die glaubhafte Drohung mit ihr – ist das marktkonforme Instrument, mit dem eine Anpassung von Vertragsbedingungen an veränderte Umstände erreicht werden kann, sofern die begehrte Vertragsbedingung am Markt auch durchsetzbar ist, der (angedrohte) Wechsel zu einem anderen Vertragspartner also zur gewünschten Vertragsänderung führte.

-
- 1 Gesetz zur sozialrechtlichen Absicherung flexibler Arbeitszeitregelungen („Flexi-Gesetz“) vom 6.4.1998, BGBl. I S. 688. Begründung des Gesetzentwurfes der Bundesregierung, BR-Drucksache 1000/97, 13; ROMBACH (1999), S. 194.
 - 2 Ein individueller Änderungsvertrag darf nicht gegen die Mindestbedingungen eines im Arbeitsverhältnis kraft beiderseitiger Tarifgebundenheit geltenden Tarifvertrages verstoßen, § 4 Abs. 1 Satz 1 TVG; insofern hat der Arbeitnehmer seine Verhandlungskompetenz an die Gewerkschaft delegiert.

Nun ist das der Weg, mit dem bestimmte stark nachgefragte Spitzenkräfte unter den Arbeitnehmern für eine Anpassung ihres Entgelts an ihren aktuellen Marktwert sorgen³. Dem Arbeitgeber ist dieser Weg versperrt, weil der Kündigungsschutz ihm nicht nur die freie Beendigungskündigung nimmt, sondern auch die Änderungskündigung unter die Voraussetzungen des § 1 Abs. 3 KSchG stellt. Insofern muß der flexibilitätsbedürftige Arbeitgeber zunächst der Geldentwertung dankbar sein: Sie sorgt für eine wenn auch geringfügige Anpassung des realen Entgeltes nach unten. Der gleichbleibende Nominalbetrag erlaubt formale Besitzstandswahrung und vermeidet die psychologische Belastung⁴.

Gleich wie man sich zur Frage der entgeltabsenkenden Änderungskündigung stellt – ob man sie wie das BAG nahezu unmöglich macht⁵ oder ob man diese überschießende Wirkung kritisiert⁶ – stets bleibt die gesetzgeberische Grundentscheidung bestehen: Auch die Änderungskündigung ist nicht frei, sondern an mehr oder minder strenge Voraussetzungen gebunden. Damit aber ist sie kein taugliches allgemeines Flexibilisierungsinstrument.

Das Rechtsinstitut der entfallenen Geschäftsgrundlage erlaubt zwar eine Vertragsanpassung auch gegen den Willen eines Teiles – nämlich dann, wenn dieser kraft seiner Vertragstreuepflicht einer entsprechenden Vertragsänderung zustimmen müßte⁷. Doch ist auch dieses Instrument nicht auf Flexibilisierungsoptimierung angelegt, sondern nur ein Notnagel, um extreme Fehlentwicklungen aufzufangen – wie etwa § 87 Abs. 2 AktG für die Vergütung von Vorstandsmitgliedern zeigt. Das liegt daran, daß es das Prinzip freier Einigung durch richterliche Vertragshilfe ersetzt⁸.

3 Daß dem Tarifvertrag durch das Günstigkeitsprinzip des § 4 Abs. 3 TVG Höchstlöhne verboten sind, liegt also im Interesse auch des Arbeitgebers, der so seine Spitzenkräfte halten kann.

4 Daß die Tarifparteien auf die nach § 2 Preisangaben- und Preisklauselgesetz verbleibenden Möglichkeiten der Lohnindexierung verzichten, sich also die Entgeltanpassung vorbehalten, erhält diesen Spielraum.

5 Etwa BAG 12.11.1998 – 2 AZR 91/98 – EzA § 2 KSchG Nr. 33 mit Anmerkung Löwisch = AP Nr. 51 zu § 2 KSchG 1969 = BAGE 90, 182 = NZA 1999, 471 = DB 1999, 536; BAG 1.7.1999 – 2 AZR 826/98 – DB 1999, 2320 = AP Nr. 53 zu § 2 KSchG 1969 = NZA 1999, 1336.

6 BUCHNER (1998), S. 23; RIEBLE (2000), S. 34, 37 f.; HROMADKA (1996), S. 1, 9 f.

7 Statt vieler HAARMANN (1979), S. 51 ff, 121 ff.

8 Für Dauerschuldverhältnisse läßt sich ohnehin fragen, ob der Entfall der Geschäftsgrundlage nicht mit Blick auf die Vertragsfreiheit ohnehin nur zu einer Änderungskündigung führen darf, so daß die richterliche Vertragsanpassung ausgeschlossen ist.

These 2:

Das Vertragsprinzip wird durch Vereinbarung eines einseitigen Leistungsbestimmungsrechts nach § 315 BGB durchbrochen: Der Vertrag selbst begründet nur das Leistungsbestimmungsrecht als solches. Mit seiner Hilfe kann der Bestimmungsberechtigte nicht nur bislang unbestimmte Vertragsinhalte konkretisieren, also erstmals regeln; er kann auch bereits getroffene Regelungen abändern.

Das Leistungsbestimmungsrecht nach § 315 BGB ist eine zivilrechtliche „Allzweckwaffe“ für Regelungsprobleme⁹: Mit seiner Hilfe kann in einem Schuldverhältnis die vertragliche Regelung eines Details – insbesondere des künftigen Entgeltes – aufgeschoben und der späteren einseitigen Leistungsbestimmung einer Partei oder eines Dritten (§ 317 BGB) überantwortet werden. Das heißt: An die Stelle des Vertrages als Regelungsinstrument für den offenen Punkt tritt die einseitige Entscheidung des Bestimmungsberechtigten.

Das ist gerade für Dauerschuldverhältnisse und dort insbesondere für kündigungsgeschützte maßgebend: Denn das Leistungsbestimmungsrecht nimmt dem Vertragspartner sein Veto-Recht gegen Vertragsänderungen. Die besondere Flexibilität dieses Instrumentes fußt darauf, daß sich die eine Partei der regelnden Entscheidung der anderen Seite unterworfen hat – durch Vertrag. Zudem schreibt das Gesetz für die Leistungsbestimmung keine besondere Kontrolle vor: Das sogenannte billige Ermessen des § 315 Abs. 3 BGB ist bloße Auslegungshilfe und deshalb abdingbar¹⁰.

Soweit diese Unterwerfungsentscheidung frei ist, reicht auch die Flexibilisierung weit. Der Arbeitgeber kann sich deshalb – etwa in Cafeteria-Systemen – umfangreich den künftigen Änderungswünschen des Arbeitnehmers unterwerfen. Macht ein Arbeitnehmer von ihm eingeräumten Zeitwertkontenoptionen vertragsgemäßen Gebrauch, so kann der Arbeitgeber sich dagegen nicht wehren.

Umgekehrt beschränkt der allgemeine Vertragsrechtsschutz des Arbeitnehmers gerade auch Leistungsbestimmungsrechte – und zwar hinsichtlich ihrer Vereinbarung wie ihrer Ausübung: Das BAG erstreckt den Kündigungsschutz aus Umgehungsgründen auf die Vereinbarung von Leistungsbestimmungsrechten, formuliert also einen Vertragsvorbehalt für den kündigungsgeschützten Kern des Arbeitsverhältnisses. Für die Entgeltflexibilisierung läuft dies darauf hinaus, daß etwa 2/3 bis 3/4 des Entgelts bestimmungsresistent sind, über § 315 BGB also nur 25 bis 33% des laufenden Entgelts in Betracht kommen.

Außerdem – und das ist für die Praxis entscheidend – verstärkt das BAG die Kontrolle der Leistungsbestimmung auf billiges Ermessen (§ 315 Abs. 3 BGB) zum weithin zwingenden

9 Hierzu umfassend STAUDINGER/RIEBLE (2001) § 315 Rn 84 ff.

10 Zu den Einzelheiten wiederum STAUDINGER/RIEBLE (2001) § 315 Rn 95 f.

Rechtssatz, nur bei Jahressonderzahlungen soll eine Lockerung auf freies Belieben möglich sein¹¹. Mit Billigkeit ist aber umfassende Einzelfallgerechtigkeit gemeint, so daß der Arbeitnehmer sich gegen jedwede Entgeltkürzung über eine Leistungsbestimmung zur Wehr setzen kann. Dem Arbeitsrichter wird so die Möglichkeit eröffnet, jede Entgeltanpassungsentscheidung des Arbeitgebers als „ungerecht im Einzelfall“ zu kassieren. Der Arbeitgeber kann dieses Risiko nur dadurch mindern, daß er die flexible Entgeltkomponente schon vertraglich mit einer möglichst transparenten, engen Zweckbestimmung versieht. So sind für die Festsetzung einer Leistungszulage nur Leistungsgesichtspunkte maßgebend – und zwar sowohl für den Arbeitgeber wie für den kontrollierenden Richter, der dann soziale Aspekte nicht zur Beanstandung nutzen kann.

Eine gewisse Hilfe leistet hier wiederum das „Nominallohnprinzip“: Das BAG betont in ständiger Rechtsprechung, daß die Anrechnung übertariflicher Entgeltbestandteile auf Tarifentgelterhöhungen nicht „unbillig“ sein könne, weil (und soweit) der Arbeitnehmer keine Verschlechterung erfahre, ihm nur ein Zuwachs genommen wird¹².

These 3:

Von Leistungsbestimmungsrechten nur unwesentlich unterschieden sind solche Vergütungssysteme, bei denen Leistung oder Verhalten des Arbeitnehmers „beurteilt“ werden und an diese Beurteilung dann „automatisch“ Vergütungsfolgen geknüpft sind.

In der Sache macht es nämlich keinen Unterschied, ob der Arbeitgeber sich vorbehält, je nach der beurteilten Leistung eine Prämie festzusetzen – Juristen sprechen von Rechtsfolgeermessen – oder ob der Arbeitgeber als rechnerischen „Zwischenschritt“ zuerst die Leistung beurteilt (hier spricht der Jurist von Beurteilungsspielraum), etwa nach Schulnoten oder in einem Punkteschema, bei dem auch unterschiedliche Kriterien „abgearbeitet“ werden, und dann die Bewertung eine entsprechende Rechtsfolge durch Rechenakt, also ohne zusätzliche Festsetzung auslöst.

Am Praxisbeispiel: Der Arbeitgeber kann auf vereinbarte Merkmale wie „Aktualität der Kenntnisse, zeitliche Flexibilität, Arbeitssorgfalt und –übersicht, Kundenfreundlichkeit, Teamverhalten“ unmittelbar mit einer Prämie reagieren, ohne den Zwischenschritt der Beur-

11 BAG vom 13.5. 1987 – 5 AZR 125/86 – EzA § 315 BGB Nr. 34 = AP Nr. 4 zu § 305 BGB Billigkeitskontrolle = NZA 1988, 95; s weiter MünchArbR/HANAU (2000) § 62 Rn 107.

12 Etwa BAG vom 22.8.1979 – 5 AZR 769/77 – EzA § 4 TVG Tarifloohnerhöhung Nr. 3 = AP Nr. 11 zu § 4 TVG Übertariflicher Lohn und Tarifloohnerhöhung; BAG vom 7.9.1994 – 10 AZR 716/93 – EzA § 315 BGB Nr. 44 = AP Nr. 11 zu § 611 BGB Lohnzuschläge = NZA 1995, 430.

teilung. Er kann aber auch für jedes Merkmal eine Beurteilung abgeben, etwa von 0 bis 5 Punkten oder verbalisiert: Entspricht selten/meistens/immer den Erwartungen, übertrifft gelegentlich/meistens die Erwartungen.

Im einen wie im anderen Fall ist die willentliche Entscheidung des Arbeitgebers Grundlage der Vergütung. Die zwischengeschaltete Beurteilung macht den Bewertungsvorgang nur transparenter. Im einen wie im anderen Fall ist deshalb eine Kontrolle der Entscheidung nach § 315 BGB vorgegeben. Und auch hier wird das BAG die Umgehung des Kündigungsschutzes hindern.

These 4:

Unter Wahrung des Vertragsprinzipes lassen sich künftige Änderungen antezipiert vereinbaren, durch bedingte Entgeltregeln. Sie sind als Provisionen und Tantiemen tradiertes Entgeltelement und als aktienkursorientierte oder unternehmenskennzahlbezogene Vergütungen modern.

Das Vertragsprinzip ist bei solchen dynamisch-automatischen Entgeltregeln gewahrt, weil das Regelungsprogramm im Vereinbarungszeitpunkt bereits als Ganzes vom Willen beider Vertragsparteien gedeckt ist: Die Vertragspartner haben durch das Finden einer „Berechnungsformel“ alle denkbaren Fälle der Entgeltentwicklung in ihren Rechtsgeschäftswillen aufgenommen¹³.

Eben weil das Vertragsprinzip gewahrt ist, läßt sich mit vertragsrechtlichen Mitteln gegen diese Ausgestaltung wenig einwenden. Insbesondere kann der Kündigungsschutz keine Begrenzung der Flexibilität vorgeben, weil der Vertrag von Anfang an einen flexiblen Inhalt hat. Solche Systeme unterfallen also von vornherein nicht § 315 BGB und der dortigen Billigkeitskontrolle.

Das gilt selbst dann, wenn der Arbeitgeber auf die Parameter, an die das Entgelt formeltechnisch anknüpft, Einfluß nehmen kann. Daß ein Arbeitgeber den eigenen Aktienkurs beeinflussen kann, macht aus der aktienkursorientierten Vergütung noch keinen Fall der Leistungsbestimmung. Daß ein Arbeitgeber gewisse Bewertungs- und sonstige Spielräume für die Bilanzierung nutzt, macht aus einer an Bilanzkennzahlen anknüpfenden Vergütung ebenfalls keinen Fall des § 315 BGB. Denn solche Spielräume bestehen nicht als Bestimmungsrechte

13 Dazu, daß die Erfolgsorientierung als solche vom Gesetzgeber gebilligt ist, siehe § 65 HGB, § 292 Abs. 2 AktG und weiter RIEBLE und GUTZEIT (2000), S. 41, 43 f.

gegenüber den Arbeitnehmern¹⁴. Mithin ist der Arbeitgeber auch nicht gehalten, sie „arbeitnehmerfreundlich“ auszuüben.

Das Lohnwucherverbot des § 138 Abs. 2 BGB zieht nur äußerste Grenzen, verbietet solche Gestaltungen, bei denen Chance und Risiko im Ungleichgewicht stehen, so daß der Arbeitnehmer auch bei aller Anstrengung keine hinreichende Aussicht auf ein erträgliches Entgelt hat¹⁵.

Soweit Entgelte erfolgsbezogen ausgestaltet sind, ist freilich ungeklärt, inwieweit dem Arbeitnehmer über Entgeltabreden das unternehmerische Risiko des Mißerfolgs überwältzt werden darf. Einerseits geht § 65 HGB für Provisionen davon aus, daß das Entgelt zu 100% erfolgsabhängig sein darf. Auf der anderen Seite besteht Einigkeit darin, daß das Betriebs- und Wirtschaftsrisiko notwendig vom Arbeitgeber zu tragen ist und nicht umfassend auf den Arbeitnehmer überwältzt werden kann. Was für Leistungsstörung und Haftung anerkannt ist, hat bislang aber noch keine Entsprechung beim Entgelt gefunden¹⁶. Auch insofern liegt es aber nahe, daß die Rechtsprechung eine Grenze schon deshalb fordern wird, weil das Risiko vom Arbeitgeber beeinflußt und minimiert werden kann, vom Arbeitnehmer hingegen nicht.

Verhältnismäßig sicher ist derjenige Arbeitgeber, der die hier an sich nicht geltenden Grenzen des kündigungsgeschützten Kernbereichs „importiert“, also nicht mehr als 33% des Entgeltes flexibilisiert.

These 5:

Wenn Arbeitnehmer darüber hinaus an der *Unternehmenssubstanz* beteiligt werden, vor allem durch Aktienprogramme, so löst das nur zusätzliche gesellschaftsrechtliche Fragen in Ansehung der Beteiligung aus. Vergütungscharakter hat die reelle Aktie nicht anders als die virtuelle; die auf realen Aktienerwerb gerichtete Option nicht anders als die Phantomoption.

Entscheidend kommt es aus Flexibilitätsgründen darauf an, welchen Wert der Arbeitnehmer mit der Aktie zugewandt erhält. Insofern macht es keinen Unterschied, ob der Arbeitnehmer einen reinen Geldwert oder einen Sachwert erhält.

14 Hierzu RIEBLE und GUTZEIT (2000), S. 41, 57.

15 RIEBLE und GUTZEIT (2000).

16 In diese Richtung RIEBLE und GUTZEIT (2000), S. 41, 51 ff.

Die Schwierigkeit von Aktien und Aktienoptionen liegt einmal in der Beschaffung der eigenen Aktie (Kapitalerhöhung unter Ausschluß des Bezugsrechts von Alt-Aktionären oder Rückkauf¹⁷⁾ und zweitens in der Begrenzung von Warte- und Haltefristen¹⁸⁾.

Eigenständige inhaltliche Vergütungsvorgaben macht das Aktienrecht nur für Aktienoptionen für Vorstandsmitglieder¹⁹⁾.

Bibliothek
des Instituts für Weltwirtschaft

These 6:

Die Befristung einzelner Vertragsbedingungen – und damit von Entgelten – wahrt das Vertragsprinzip, muß sich aber einer Befristungskontrolle stellen. Sie stellt das Vertrauen der Arbeitnehmer in die Zukunft einer flexiblen Entgeltleistung in Frage.

Das BAG hat im Anschluß an LÖWISCH die aus dem Kündigungsschutz entwickelte Kontrolle der Befristung des ganzen Arbeitsverhältnisses auf die Befristung einzelner Arbeitsbedingungen erstreckt²⁰⁾. Sie setzt einen Sachgrund voraus, der die Befristung rechtfertigt. Das neue Teilzeit- und Befristungsgesetz vom 21.12.2000²¹⁾ sagt erstaunlicherweise nichts zur Befristung einzelner Arbeitsbedingungen. In der Sache wird sich die Befristungskontrolle in gewohnten Bahnen weiter bewegen, auch wenn sie nunmehr als Annex zur gesetzlichen Befristungskontrolle verstanden werden muß, die Sachgründe namentlich an § 14 Abs. 1 Satz 2 TzBfG zu orientieren sind. Bezogen auf die Befristung von Entgeltbestandteilen liegt es nahe, auch hier zur Bewahrung des „Inhaltsschutzes“ einen befristungsfesten Kern des Arbeitsverhältnisses anzunehmen. Zum anderen wird man fragen müssen, welche spezifische zukunftsbezogene Unsicherheit die Befristung einer Entgeltleistung (etwa eine Leistungszulage) rechtfertigt.

Als Dauerinstrument zur Flexibilisierung von Entgeltbedingungen ist sie wenig praktisch. Denn die Befristung müßte von Änderungstermin zu Änderungstermin greifen. Ein unterjähriger Anpassungszeitraum ist kaum vorstellbar. Überdies droht bei steter „Ketten“-Befri-

17 Siehe §§ 71 Abs. 1 Nr. 2, 186 Abs. 3, 192 Abs. 2 Nr. 3 AktG.

18 Statt vieler: HOFFMANN-BECKING (1999), S. 797 ff; ferner KAU und LEVERENZ (1998), S. 2269 ff; SPENNER (1999); Busch (2000), S. 1294; MECHLEM und MELMS (2000), S. 1614.

19 Hierzu etwa HOFFMANN-BECKING (1999); SCHNEIDER (1996), S. 1769.

20 Löwisch (1986), S. 1; BAG vom 13.6.1986 – 7 AZR 650/84 – EzA § 620 BGB Nr. 85 = AP Nr 19 zu § 2 KSchG 1969 = NZA 1987, 241.

21 BGBl. I 1966, dazu HROMADKA (2001), S. 400.

stung das Verdikt, die Befristung werde zweckwidrig eingesetzt²². Demgegenüber ist das Leistungsbestimmungsrecht des § 315 BGB das effektivere Instrument. Die Befristung kann aber bei der Einführung neuer Entgeltsysteme die Erprobungsphase rechtlich absichern (dazu noch unten, These 10).

These 7:

Zielvereinbarungen sind kein eigenständiges Vergütungselement, ganz unabhängig davon, ob die Zielerreichung Vergütungsfolgen hat oder nicht.

Zielvereinbarungen sind eine auf Partizipation ausgerichtete personalwirtschaftliche Führungsmethode²³. Der jüngst in einer Arbeitsrechtszeitschrift getroffenen Feststellung, kein Lehrbuch zum Arbeitsrecht kenne die Zielvereinbarung und ihre rechtlichen Probleme, hat der Autor nicht abhelfen können²⁴. Arbeitsrechtlich bietet die Zielvereinbarung zunächst einmal keine besonderen Angriffspunkte. Sowenig der Arbeitnehmer einerseits einen Erfolg rechtlich schuldet – der Arbeitsvertrag ist kein Werkvertrag – so sehr ist andererseits der Arbeitnehmer verpflichtet, auf den vom Arbeitgeber gewünschten oder mit ihm als Ziel vereinbarten Unternehmenserfolg hinzuwirken. Aus der Zielvereinbarung als solcher folgt aber weder eine Rechtspflicht des Arbeitnehmers zu bestimmtem Tun, noch eine Haftung für Nichterreichung von Zielen.

Nur wenn das Maß der Zielerreichung – gleich ob es durch Beurteilung gewonnen wird oder durch Messung festgestellt wird – in eine erfolgsbezogene Vergütung eingeht, dann ist diese Vergütung nach den allgemeinen Kriterien zu beurteilen, also entweder als dynamische Vergütung oder als durch Leistungsbestimmung festgesetzte. Insofern ist das Ausmaß der Zielerreichung aber ein Vergütungsparameter wie jeder andere. Schwierigkeiten kann ein auf Zielvereinbarungen fußendes Entgeltsystem hinsichtlich seiner Transparenz machen.

These 8:

Flexible Entgeltsysteme müssen sich besonders der Kontrolle auf Gleichbehandlung der Arbeitnehmer stellen.

22 So schon grundlegend BAG vom 21.10.1954 – 2 AZR 25/53 – AP Nr. 7 zu § 1 KSchG.

23 Etwa OECHSLER (1997), S. 287 ff.

24 GEFFKEN (2000), S. 1033 ff. Sieht man von einigen aufgedeckten „begrifflichen Widersprüchen“ S. 1037 ab, die ihrerseits aufdecken, daß GEFFKEN nur begrifflich und nicht funktional argumentiert.

Flexible Entgelte sind – wie alle Arbeitsbedingungen – der Gleichbehandlungskontrolle unterworfen. Sie ist für den Arbeitgeber besonders gefährlich, weil Gleichbehandlungsverstöße jedenfalls für die Vergangenheit nur durch Angleichung nach oben geheilt werden können²⁵. Das kann recht teuer werden.

Dementsprechend muß der Arbeitgeber flexible Entgeltsysteme gleichförmig einführen und anwenden. Gleichförmig einführen heißt aber nicht, daß der Arbeitgeber ein solches Vergütungssystem stets allen Arbeitnehmern zugute kommen lassen muß. Er braucht für seine Abgrenzung nur einen Sachgrund. So war es immer schon vernünftig, ein Provisionssystem auf den Vertrieb zu beschränken. Und so läßt sich ein Aktienprogramm auf die Führungsebenen beschränken, die maßgeblich für den Unternehmenserfolg und den Aktienwert verantwortlich sind. Dabei ist einem Mißverständnis vorzubeugen: Bei unternehmenserfolgsbezogenen Vergütungen bedeutet die Anknüpfung an den Unternehmenserfolg – etwa den Jahresgewinn – nicht, daß eine Jahresüberschußprämie notwendig allen Arbeitnehmern des Unternehmens zugute kommen müßte²⁶. Der Arbeitgeber entscheidet (vorbehaltlich einer Tarifvorgabe) grundsätzlich frei, welchen Arbeitnehmern er zusätzliche variable Vergütungen bezahlt. Der Unternehmenserfolg ist nur Maßstab für die flexible Entgelthöhe, nicht aber zugleich Widmungsvorgabe für den maßgeblichen Personenkreis.

Flexible Entgelte bereiten dort besondere Probleme, wo die Vergütung individuell flexibilisiert werden soll, also insbesondere auf die individuelle Leistung oder den individuellen Arbeitserfolg abstellen, wie das namentlich bei Erfolgsprämien, Beurteilungen und Zielvereinbarungssystemen mit Vergütungsfolge der Fall ist. Dabei ist zu unterscheiden: Entgeltsysteme, die durch Bedingungszusammenhang eine „automatisch-dynamische“ Entgeltbemessung erlauben, müssen von vornherein „gleichbehandlungsneutral“ konzipiert sein. Entgeltregeln, die dem Arbeitgeber einen Entscheidungsspielraum nach § 315 BGB überantworten, müssen sich einer Verdoppelung der Gleichbehandlungskontrolle stellen: Gefordert ist nicht nur die Gleichbehandlung im Vertrag, sondern auch die Gleichbehandlung in der Ausübung solcher Beurteilungs- und Bestimmungsspielräume.

Das wird insbesondere bei Zielerreichungsvergütungen problematisch: Denn insofern könnte der Arbeitgeber manchen Arbeitnehmern „leichte Ziele“ vorgeben, ihnen also das Erreichen eines Entgeltvorteils leicht macht, anderen hingegen schwer. Daß eine Gleichbehandlungs-

25 BAG 28.7.1992 – 3 AZR 173/92 – EzA § 1 BetrAVG Gleichbehandlung Nr. 2 = AP Nr. 18 zu § 1 BetrAVG Gleichbehandlung = NZA 1993, 215.

26 Vgl. hierzu BAG 17.2.1998 – 3 AZR 783/96 = AP Nr. 37 zu § 1 BetrAVG Gleichbehandlung = EzA § 1 BetrAVG Gleichbehandlung Nr. 14 = NZA 1998, 762.

kontrolle ausscheidet, wenn die Vertragsverhandlungen „frei“ sind²⁷, hilft nicht weiter: Im bestehenden Arbeitsverhältnis läßt sich keine Freiheit von Zielvereinbarungsverhandlungen feststellen.

Die Ungleichbehandlung wird zur Falle, wenn sie sich geschlechtsspezifisch äußert (§ 612 Abs. 3 BGB). Denn für die unmittelbare wie die mittelbare (Entgelt-)Diskriminierung von Frauen (und Teilzeitbeschäftigten, jetzt besonders § 4 TzBfG), gibt es kaum Rechtfertigungen. Auf der anderen Seite sind aber weiche Entgeltssysteme mit Beurteilungsspielräumen besonders diskriminierungsanfällig; auf ihre geschlechtsspezifische Ausgewogenheit muß geachtet werden. Darauf hat LÖWISCH schon 1974 in seinem Gutachten zum 50. DJT hingewiesen²⁸. Die zugrundeliegende Frage nach der „Gleichwertigkeit“ der Arbeit läßt sich in flexiblen Entgeltsystemen schlechterdings nicht beantworten. „Strukturell“ läßt sich allenfalls prüfen, ob die Entgeltchancen und -risiken gleich verteilt sind.

These 9:

Die Mitbestimmung des Betriebsrats ist kein eigenständiges Hindernis. Denn sie dient nur dazu, einmal die Billigkeit iSv § 315 BGB auch prozedural zu sichern und zum anderen für Gleichbehandlung zu sorgen. Im Entgeltbereich gilt der Satz REICHOLDS von der „Privatrechtsakzessorietät“ der Betriebsverfassung²⁹ im besonderen. Als Verfahrensvorgabe löst das BetrVG vor allem zusätzliche Rechtsrisiken aus.

Der Betriebsrat hat im Entgeltbereich vor allem nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG mitzubestimmen. Daneben kommen je nach Ausgestaltung des Entgeltsystems „Begleit“-Mitbestimmungsrechte in Betracht, bei Beurteilungs- und Zielvereinbarungssystemen etwa nach § 94 Abs. 2 BetrVG über allgemeine Beurteilungsgrundsätze. Die konkrete vergütungsrelevante Einzelbeurteilung ist nach hM nicht gem. § 99 BetrVG als „Eingruppierung“ mitbestimmungspflichtig, weil die Vorschrift nur auf die (deklaratorische) Zuordnung zu einer meist tariflichen Entgeltgruppe anwendbar ist³⁰. Doch wird die Leistungsbestimmung des Arbeitgebers nach § 315 BGB schon als „Anwendung“ vom Mitbestimmungsrecht des § 87 Abs. 1 Nr.

27 BAG 19.8.1992 – 5 AZR 513/91 – EzA § 242 BGB Gleichbehandlung Nr. 52 = AP Nr. 102 zu § 242 BGB Gleichbehandlung = NZA 1993, 171.

28 LÖWISCH, GITTER und MENNEL (1974), D 13, D 76 f; hierzu weiter KRELL und TONDORF (1998), S. 303 ff; KRELL und WINTER (1998), S. 283 ff. Aus der Rechtsprechung BAG vom 10.12.1997 – 4 AZR 264/96 – EzA § 612 BGB Nr. 22 = AP Nr. 3 zu § 612 BGB Diskriminierung = NZA 1998, 599 für eine Vergleichsgruppenbetrachtung tariflicher Vergütungssysteme.

29 REICHOLD (1995), S. 399 ff.

30 Hierzu GK-BetrVG/KRAFT (1998) § 99 Rn 38 f.

10 BetrVG erfaßt³¹. Insofern zeigt sich auch hier: Je mehr Entscheidungsfreiheit sich der Arbeitgeber vorbehält, desto stärker reagiert die Rechtsordnung mit rechtlichen „Korsettstangen“. Solange der Arbeitgeber klug genug ist, das klassische Erfolgsentgelt des § 87 Abs. 1 Nr. 11 BetrVG zu meiden, also auch bei erfolgsabhängigen Vergütungen keine „Normalleistung“ als Vergleichsmaßstab vorsieht, bleibt die Entgelthöhe systemkonform mitbestimmungsfrei – ebenso wie der Zweck der flexiblen Vergütung, der begünstigte Personenkreis etc. Die Mitbestimmung hat dann nur den Zweck, die den Arbeitgeber ohnehin treffenden individualrechtlichen Bindungen – Billigkeit nach § 315 BGB und sachgerechte Gleichbehandlung – durch Beteiligung des Betriebsrats zu sichern.

Schmerzhaft ist insofern die Verschärfung der Rechtsfolgen: Da die Mitbestimmung des Betriebsrats individualrechtliche Wirksamkeitsvoraussetzung ist, ist eine die Arbeitnehmer belastende Veränderung auch dann unwirksam, wenn sie zwar materiell-rechtlich Billigkeit und Gleichbehandlung achtet, aber das Verfahrensrecht des Betriebsrats ignoriert. Insbesondere die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Reichweite der „Teilmitbestimmung“ in Entgeltfragen³² sorgt für entsprechende Stolpersteine.

These 10:

Selbst wenn der Arbeitgeber sich weitreichende Flexibilität ausbedingt und dabei die Vorzüge der „automatisch-dynamischen“, also bedingt geregelten Entgelte verbindet mit denjenigen von Leistungsbestimmungsrechten nach § 315 BGB – insbesondere durch „modularen“ Aufbau seiner Entgeltstrukturen, kehrt das Flexibilitätsproblem auf der Metaebene wieder. Der Arbeitgeber wird in regelmäßigen Abständen sein Entgeltsystem aktualisieren und in seiner Ausgestaltung auf veränderte Unternehmensziele wie geänderte Rahmenbedingungen abstimmen müssen.

Ändern sich Unternehmensziele bzw. deren anreizkompatible Aufnahme in ein Entgeltsystem – soll etwa eine eigenkapitalrenditeabhängige Vergütung auf den Wechsel des Bilanzierungssystems abgestimmt werden, soll eine Leistungszulage umgestellt werden auf eine Beurteilungsprämie, dann ist eine Abänderung des Entgeltsystems und seiner Regeln erforderlich. Zudem müssen Entgeltsysteme auf der Regelungsebene ständig modernisiert werden – sei es,

31 Etwa GK-BetrVG/WIESE (1998) § 87 Rn. 937 mwN.

32 BAG Großer Senat vom 3.12.1991 – GS 2/90 – EzA § 87 BetrVG 1972 Betriebliche Lohngestaltung Nr. 30 = AP Nr. 51 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung = NZA 1992, 749; BAG vom 9.12.1997 – 1 AZR 319/97 – EzA § 77 BetrVG 1972 Nr. 61 = AP Nr. 11 zu § 77 BetrVG 1972 Tarifvorbehalt = NZA 1998, 661.

daß veränderte Rahmenbedingungen (Steuern, Sozialversicherung) greifen, sei es, daß die Systeme „klüger“ werden, also zu mehr Selbstreferenz befähigt sind.

Insofern ist Flexibilität nicht nur auf der unteren Ebene der Entgeltbemessung erforderlich, sondern auch und gerade auf der Meta-Ebene der Entgeltregeln, des Entgeltsystems. Und auch hier verlangt das Vertragsprinzip für die Umstellung des Entgeltsystems grundsätzlich eine vom Einverständnis beider Seiten gedeckte Regelung – gleich auf welcher Regelungsebene: Arbeitsvertrag – Betriebsvereinbarung – Tarifvertrag. Für den Arbeitsvertrag heißt das wiederum: Der Kündigungsschutz verschafft dem Arbeitnehmer ein effektives Veto-Recht.

In der Anfangsphase eines flexiblen Entgeltsystems kann immerhin dessen Befristung dem Erprobungscharakter entsprechen und so eine Risikominimierung bewirken.

Dem Arbeitgeber bleibt auf rechtssicherem Boden deshalb nur, Fluktuationen und beruflichen Aufstieg für Vertragskorrekturen zu nutzen und im übrigen seine Belegschaft zu überzeugen. Daß das funktionieren kann, zeigt das Beispiel der SAP, die am Standort Walldorf um 7000 Beschäftigte ausschließlich mit arbeitsvertraglichen Regeln vergütet.

Schluß:

An den grundsätzlichen rechtlichen Restriktionen für flexible Entgelte ist rechtlich nicht zu rütteln. Eine Flexibilität „nach Wunsch“ liefe auf ein einseitiges Herrschaftsrecht des Arbeitgebers hinaus, der Arbeitnehmern als Vertragspartnern den Preis diktieren könnte. Das kann eine auf Vertrag und Wettbewerb basierende Privatrechtsgesellschaft nicht zulassen. Die Rechtsordnung kann nur versuchen, rechtliche Schranken der Entgeltflexibilisierung möglichst handhabbar zu machen, also die Komplexität zu reduzieren und für Rechtssicherheit zu sorgen.

Die Forderung HANAUS auf dem Juristentag 2000 nach „Flexurity“³³ – also nach einem Kompromiß zwischen Sicherheitsbedürfnis der Arbeitnehmer und Flexibilitätsinteresse der Arbeitgeber ist zu ergänzen: Flexibilität wird praktisch nur, wenn sie rechtssicher handhabbar ist. Andernfalls droht die Gefahr, daß die Arbeitgeber vorhandene rechtliche Spielräume nicht nutzen können, weil die rechtlichen Risiken zu groß sind.

33 HANAUS (2000).

Das Arbeitsrecht kann flexiblen Entgeltsystemen Rechnung tragen:

- ▶ Erstens sollte das Ausmaß zulässiger Entgeltflexibilisierung für alle Regelungsformen bestimmt sein. Mit Blick sowohl auf den Kündigungsschutz, als auch auf die Überwälzung des Wirtschaftsrisikos sollte ein bestimmter Prozentsatz des Entgeltes als notwendiges Fixum – zwischen 50 und 60% – vorgegeben werden. Auf der anderen Seite steht damit auch die Flexibilität des restlichen Entgeltbestandteiles fest.
- ▶ Dabei ließe sich weiter erwägen, bei „Besserverdienern“ mehr Flexibilität zuzulassen³⁴. Das Tarifentgelt ist freilich kein geeigneter Maßstab. Mir scheint es plausibler, oberhalb der Beitragsbemessungsgrenze für die Rentenversicherung umfassende Entgeltflexibilisierung zu erlauben, weil es an der Schutzbedürftigkeit fehlt³⁵. Auf der anderen Seite muß klar sein: Wer bei Besserverdienern nach mehr Flexibilität ruft, weil es an der Schutzbedürftigkeit fehlt, löst als Gegenreaktion den Ruf nach Verschärfung bei Geringverdienern aus, weil diese um so schutzbedürftiger sind. Die Entgeltspreizung gerade bei unteren Einkommen wird so verfehlt.
- ▶ Automatisch-dynamische Entgeltsysteme würden damit rechtlich weithin unproblematisch.
- ▶ Für Leistungsbestimmungsrechte sollte deren besondere Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 3 BGB etwas entschärft werden. Dabei geht es weniger um die Lockerung des im Gesetz als Leitbild vorgegebenen Kontrollmaßstabes. Insofern muß nur das vom Arbeitgeber verfolgte Flexibilisierungsinteresse sachgerecht gewürdigt werden.
- ▶ Eine nachhaltige Hilfe bestünde darin, daß derjenige Arbeitgeber, der seinen Betriebsrat bei der Ausübung von Leistungsbestimmungsrechten beteiligt hat, ein Privileg erfährt. Im Normalfall muß nämlich der Arbeitgeber darlegen, daß und weshalb seine Leistungsbestimmung „billig“ ist, also der Kontrolle nach § 315 BGB standhält³⁶. Die Mitbestimmung des Betriebsrats sollte – vergleichbar der Leistungsbestimmung durch Dritte – eine Richtigkeits- oder Billigkeitsvermutung auslösen, so daß die Angriffslast beim Arbeitnehmer liegt.
- ▶ Rechtlich hilfreich wäre es schließlich, wenn die Billigkeitskontrolle des § 315 Abs. 3 BGB befristet würde, so daß ein Arbeitnehmer, der sich gegen eine Leistungsbestimmung

34 Siehe hierzu die Chefarzt-Entscheidung BAG vom 28.5.1997 – 5 AZR 125/96 – AP Nr.36 zu § 611 BGB Arzt-Krankenhaus-Vertrag = EzA § 611 BGB Krankenhausarzt Nr. 7; dazu näher Rieble (2000), S. 34, 39.

35 Siehe schon RIEBLE (2000), S. 34, 40.

36 Zur Beweislast STAUDINGER/RIEBLE (2001) § 315 Rn. 229.

wehren will, dies innerhalb bestimmter Frist tun muß. Das läßt sich durch eine Einverständnisfiktion mit Fristablauf erklären.

Gefordert ist dabei vor allem die Arbeitsgerichtsbarkeit, namentlich das BAG. Vom Gesetzgeber kann das vom Einigungsvertrag geforderte Arbeitsvertragsgesetz derzeit nicht erwartet werden. Überdies läßt sich ein Irrtum der Gerichte leichter beheben als ein gesetzgeberischer Mißgriff. Hier ist Raum für die Kassation kraft besserer Einsicht (PICKER).

Gefordert sind aber auch die Arbeitgeber selbst. Denn die Entwicklung flexibler Entgeltsysteme liegt zuerst in deren Eigeninteresse. Es handelt sich um eine unternehmerische Aufgabe, die sich vor allem als Herausforderung der Vertragsgestaltung erweist. Daß die Arbeitgeber hierbei bislang große Phantasie oder Anstrengung gezeigt hätten, läßt sich nicht sagen.

Literaturübersicht

- BUCHNER, HERBERT (1998), Keine Entgeltänderung mittels Änderungskündigung. In: HÖNN, GÜNTHER, KONZEN, HORST und KREUTZ, PETER (Hg.), *Festschrift für Alfons Kraft zum 70. Geburtstag*, Neuwied, Kriftel: Luchterhand, 23-36.
- BUSCH, RALF (2000), Aktienoptionspläne – arbeitsrechtliche Fragen, *Betriebs-Berater*, 1294-1297.
- FABRICIUS, FRITZ, KRAFT, ALFONS, WIESE, GÜNTHER, KREUTZ, PETER und OETKER, HARTMUT (1998), *Gemeinschaftskommentar zum Betriebsverfassungsgesetz*, Band 2: §§ 74-132, Neuwied, Kriftel, Berlin: Luchterhand.
- GEFFKEN, ROLF (2000), Zielvereinbarungen – Eine Herausforderung für Personalwesen und Arbeitsrecht, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 1033-1039.
- HAARMANN, WILHELM (1979), *Wegfall der Geschäftsgrundlage bei Dauerrechts-verhältnissen*, Berlin: Duncker & Humblot.
- HANAU, PETER (2000), *Welche arbeits- und ergänzenden sozialrechtlichen Regelungen empfehlen sich zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit?* Gutachten C für den 63. Deutschen Juristentag. In: *Verhandlungen des 63. Deutschen Juristentages Band I*, hg. von der Ständigen Deputation des Deutschen Juristentages, München: C.H. Beck.
- HOFFMANN-BECKING, MICHAEL (1999), Gestaltungsmöglichkeiten bei Anreizsystemen, *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*, 797-804.
- HROMADKA, WOLFGANG (1996), Möglichkeiten und Grenzen der Änderungskündigung, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 1-14.
- HROMADKA, WOLFGANG (2001), Das neue Teilzeit- und Befristungsgesetz, *Neue Juristische Wochenschrift*, 400-405.
- KAU, WOLFGANG und LEVERENZ, NIKLAS (1998), Mitarbeiterbeteiligung und leistungsgerechte Vergütung durch Aktien-Options-Pläne, *Betriebs-Berater*, 2269-2276.
- KRELL, GERTRAUDE und TONDORF, KARIN (1998), Leistungsabhängige Entgelt-differenzierung: Leistungslohn, Leistungszulagen, Leistungsbeurteilung auf dem gleichstellungs-politischen Prüfstand. In: KRELL, GERTRAUDE (Hg.), *Chancen-gleichheit durch Personalpolitik*, 2. Auflage, Wiesbaden: Gabler, 303-316.
- KRELL, GERTRAUDE und WINTER, REGINE (1998), Anforderungsabhängige Entgelt-differenzierung: Orientierungshilfen auf dem Weg zu einer diskriminierungsfrei(er)en Arbeitsbewertung. In: KRELL, GERTRAUDE (Hg.), *Chancengleichheit durch Personalpolitik*, 2. Auflage, Wiesbaden: Gabler, 283-302.

- LÖWISCH, MANFRED (1986), Die Befristung einzelner Bedingungen des Arbeitsvertrags, *Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 1-18.
- LÖWISCH, MANFRED (1998), Anmerkung zu BAG vom 12.11.1998 – 2 AZR 91/98 – EzA § 2 KSchG Nr. 33.
- LÖWISCH, MANFRED, GITTER, WOLFGANG und MENNEL, ANNEMARIE (1974), Welche Fragen sind vordringlich, um die tatsächliche Gleichstellung der Frauen mit den Männern im Arbeitsleben zu gewährleisten? Gutachten D für den 50. Deutschen Juristentag. In: *Verhandlungen des 50. Deutschen Juristentages Band I*, hg. von der Ständigen Deputation des Deutschen Juristentages, München: C.H. Beck.
- MECHLEM, HANS-PETER und MELMS, CHRISTOPHER (2000), Verfall und Rückzahlungsklauseln bei Aktienoptionsplänen, *Der Betrieb*, 1614-1616.
- Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht (2000), hg. von RICHARDI, REINHARD und WLOTZKE, OTFRIED, Band 1, Individualarbeitsrecht 1, §§ 1-113, 2. Auflage, München: C.H. Beck.
- OECHSLER, WALTER ANTON (1997), *Personal und Arbeit*, 6. Auflage, München: Oldenbourg.
- REICHOLD, HERMANN (1995), *Betriebsverfassung als Sozialprivatrecht*, München: C.H. Beck.
- RIEBLE, VOLKER (2000), Flexible Gestaltung von Entgelt und Arbeitszeit im Arbeitsvertrag, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht Sonderbeilage zu Heft 3*, 34-44.
- RIEBLE, VOLKER (2001). In: *Julius von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 315-317, Berlin: Sellier-de Gruyter.
- RIEBLE, VOLKER und GUTZEIT, MARTIN (2000), Individualarbeitsrechtliche Kontrolle erfolgsabhängiger Vergütungsformen. In: *Das Arbeitsrecht der Gegenwart: Jahrbuch für das gesamte Arbeitsrecht und die Arbeitsgerichtsbarkeit Band 37*, Berlin: E. Schmidt, 41-57
- ROMBACH, WOLFGANG (1999), Das sozialversicherungsrechtliche Flexigesetz, *Recht der Arbeit*, 194-200.
- SCHNEIDER, UWE H. (1996), Aktienoptionen als Bestandteil der Vergütung von Vorstandsmitgliedern, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1769-1776.
- SPENNER, ELKE (1999), *Aktienoptionen als Bestandteil der Vergütung von Vorstandsmitgliedern*, Göttingen: Cuvillier.

Rechtliche Grundlagen und Grenzen flexibler Entgeltsysteme

von Hermann Reichold

1. Problemkontext

Begibt sich ein Jurist in den Dialog mit Ökonomen, so tut er gut daran, sich an seine professionelle Vorliebe für das Normative und Prinzipielle zu erinnern und als Ausgangsthese zu formulieren, was sein **sollte**. Ich frage also zunächst nach Maßstäben der Entgeltgerechtigkeit, die ja auch für die Grundlagen und Grenzen flexibler Entgeltsysteme leitend sein könnten. Und ich lande mit einiger Sicherheit und Berechtigung bei der Aristotelischen Lehre, wie sie etwa von GUSTAV RADBRUCH reproduziert wurde¹, der die „iustitia distributiva“, die zuteilende Gerechtigkeit von oben nach unten, von der „iustitia commutativa“², der ausgleichenden Gerechtigkeit unter Gleichen, unterschied und zwei unterschiedlichen Rechtskreisen zuwies.

1.1 Entgeltgerechtigkeit zwischen Sozialprinzip und Leistungsprinzip

Diese unterschiedlichen Prozeduren der Güterverteilung unterscheiden sich nach ihrer ökonomischen und juristischen Logik fundamental:

1.1.1 Die sozusagen sozialstaatliche Distribution von oben nach unten folgt der **Logik des Plans** und lebt von einer quasi „öffentlich-rechtlichen“, d. h. politischen Zumessung nach „sozialen“ Maßstäben einer proportional ausgewogenen Gleichbehandlung. Diese Gerechtigkeit erschien RADBRUCH wie schon den Scholastikern als Urform der Gerechtigkeit, weil Zweifel an der Herstellbarkeit eines „richtigen“ staatlichen Regiments mit dem Ziel optimaler Wohlfahrt nicht zugelassen wurden³. Offen blieb aber schon nach der klassischen Definition des spätrömischen Juristen ULPIAN vom „suum cuique“, was als das dem

1 KAUFMANN (1993), S. 206 ff. (258); vgl. auch CANARIS (1997), S. 9 ff.; GAST (1991); HOFMANN (1999), S. 547 (552 ff.); OECHSLER (1997), S. 54 ff.; ZÖLLNER (2000), S. 1297 (1301 ff.).

2 Zu dieser Begrifflichkeit des THOMAS VON AQUIN vgl. HOFMANN (1999), S. 553.

3 Vgl. HOFMANN (1999), S. 554; kritisch CANARIS (1997), S. 27 f.

Einzelnen jeweils Zukommende und Zustehende anzusehen ist und vor allem: wer darüber befindet. Das berühmt-berüchtigte Wieselwort (VON HAYEK) von der „sozialen Gerechtigkeit“ erinnert uns auch heute noch in seiner Beliebigkeit ganz gut an diesen Zusammenhang. Bestimmt man nach diesem Prinzip die Entgeltgerechtigkeit, so öffnet man es relativ beliebigen, jedenfalls aber „politisch-sozial“ definierten Verteilungskriterien des jeweiligen „Souveräns“, so dass ich hier von Lohnbestimmung nach einem **Sozialprinzip** spreche.

1.1.2 Einer anderen Logik folgt die Lohnbestimmung, wenn sie als Ergebnis bilateraler vertraglicher Verhandlungen unter Gleichen akzeptiert wird. Dieser Prozess folgt damit nicht einer politischen, sondern einer ökonomischen Logik. Er setzt auf die „Tauschgerechtigkeit“ des Privatrechts und folgt damit der freiheitlichen **Logik des Markts**⁴. Für diese „iustitia commutativa“ gibt es keine objektiven, sondern nur subjektive Maßstäbe, weil Beteiligte gleichen Standes nach der „do, ut des“-Maxime ihren persönlichen Mehrwert privatautonom erwirtschaften, ohne dass sich Staat und Gerichte (außerhalb der Bestimmung allgemeiner Spielregeln) noch einmischen müssten. Alle Gerechtigkeit hängt von einem vorausgehenden Vertrag ab; vertragstranzendente Gerechtigkeitsmaßstäbe z. B. des personalen „Ansehens“ oder des gesellschaftlichen Standes gibt es nicht. Schon THOMAS HOBBS setzte in seinem „Leviathan“ dieses individualistisch-antagonistische Gesellschaftsmodell der aristotelisch-thomistischen Lehre entgegen⁵ und antizipierte damit die heutige Diskussion über die konsequentere und flexiblere Entlohnung der Arbeit nach ihrem jeweiligen konkret erzielten Wert. Wenn ich deshalb hier von der Entlohnung nach einem **Leistungsprinzip** spreche, so unterstelle ich der ökonomischen Logik des Vertrags eine leistungsgerechtere Entgeltbestimmung als der politischen Logik des Plans⁶.

Dass die Entgeltgerechtigkeit im Arbeitsverhältnis irgendwo **zwischen** Sozial- und Leistungsprinzip anzusiedeln ist, ergibt sich aus der Bedeutung des Unternehmens als einer **Organisation**, die nur durch **Kooperationsgewinne** im Wettbewerb bestehen kann und deshalb die Anreize unvermeidlich zwischen individueller und kollektiver Gerechtigkeit setzen muss. Der Arbeitgeber ist nicht nur Vertragspartner, sondern auch Organisationsleiter.

4 Vgl. nur GAST (1991), 1053.

5 Dazu HOFMANN (1999), S. 561 f., der als Beispiel ungerechter Gleichbehandlung das biblische Gleichnis von den Arbeitern im Weinberg (das indes keine „Markt“gerechtigkeit im Auge hatte) analysiert.

6 Bekanntlich stand das Motto „Jedem nach seiner Leistung“ auch im real existierenden Sozialismus als Maxime der Entgeltbestimmung über den Werkstoren, vgl. GAST (1991), 1055 f. Dass Markt und Wettbewerb anders als die

Er verpflichtet den Arbeitnehmer durch einen bilateralen Vertrag zur Kooperation in einem multilateralen Netzwerk. Der Unternehmensertrag ist das Ergebnis einer Zusammenarbeit, in der Güter und Rechte nicht nur nutzensteigernd *getauscht*, sondern erst durch Ressourcenbündelung produktivitätssteigernd *erzeugt* werden⁷. Arbeitsrechtlich lässt sich diese These erhärten anhand des die Vertragsfreiheit einschränkenden **Gleichbehandlungsgrundsatzes**: Selbst dann nämlich, wenn der Arbeitgeber das Entgelt außerhalb jeglicher Tarifbindung und ohne einen Betriebsrat frei festsetzen und damit je nach individueller Leistung bestimmen kann, muss er sich doch dem „Sozialprinzip“ des aus Art. 3 GG abgeleiteten Gleichbehandlungsgrundsatzes insofern beugen, als er sein eigenes Vergütungssystem wenigstens konsequent und ohne Willkür nach dem Prinzip der „**gleichen Freiheit**“ auf alle vergleichbaren Arbeitnehmer anzuwenden hat⁸. Das bedeutet zwar nicht „gleicher Lohn für gleiche Arbeit“, wie das BAG jetzt plakativ bestätigt hat⁹, wohl aber „gleicher Lohn für die jeweils gleich *bewertete* Arbeit“. Anhand der BAG-Rechtsprechung lässt sich auch zeigen, dass organisationelle Sozialgerechtigkeit bei der Entgeltbemessung **erst nachrangig** hinter der vom Arbeitgeber vorgegebenen Wettbewerbsgerechtigkeit Berücksichtigung findet¹⁰.

status quo-orientierte Politik Leistung erzwingen, betont WEIZSÄCKER (1999), insb. S. 39 ff.

- 7 So etwa BRANDES, BUTTLER und DORNDORF (1989), S. 489 (501); HOMANN und SUCHANEK (2000), S. 329 ff. Überprüft man die „leistungsbezogenen“ Bestandteile des Lohns in der betrieblichen Praxis, so fließen wie z. B. bei Büge (1993), 173 (174 ff.) mit der „Anforderungs- und Qualifikationsgerechtigkeit“, der „Verhaltensgerechtigkeit“, der „Leistungsgerechtigkeit“ und der „Sozialgerechtigkeit“ kollektive Sozial- und individuelle Leistungsaspekte bei der Entgeltbemessung ineinander; monografisch LANG (1998), S. 17 ff., 29 ff., 44 ff. Überschießende juristische Folgerungen bei REUTER (1993), 221 (228 ff.).
- 8 So auch CANARIS (1997), S. 36 ff.; FASTRICH (2000), 65 (70) möchte dagegen den Gleichbehandlungsgrundsatz als ein Mittel zur Sicherung der iustitia commutativa gegenüber willkürlichen Zurücksetzungen betrachten, womit aber gerade die Dimension der Verteilungsmacht „von oben“, die dem Arbeitgeber bei freiwilligen Leistungen fraglos zukommt, nicht angemessen beachtet wird.
- 9 BAG vom 21.6.2000 – 5 AZR 806/98 – NJW 2000, 3589: „Der Grundsatz ‚Gleicher Lohn für gleiche Arbeit‘ ist in der deutschen Rechtsordnung keine allgemeingültige Anspruchsgrundlage, sondern bedarf der Umsetzung in Anspruchsgrundlagen wie § 612 Abs. 3 BGB“; vgl. dazu THÜSING (2000a), 953 f.
- 10 Vgl. BAG vom 23.8.1995 – 5 AZR 293/94 – BAGE 80, 354 = NJW 1996, 1914: „Es verstößt nicht gegen den arbeitsrechtlichen Grundsatz der Gleichbehandlung, wenn einer Gruppe von Arbeitnehmern ein höheres Arbeitsentgelt gezahlt wird als anderen Arbeitnehmern, die die gleichen tariflichen Eingruppierungsmerkmale erfüllen, weil andernfalls die Arbeitsplätze der begünstigten Gruppe nicht besetzt werden können.“

1.2 Entgeltfindung zwischen Kollektiv- und Individualautonomie

Eine zweite Vorbemerkung schulde ich der Geschichte des Arbeitsrechts, die ja von Nationalökonomen maßgeblich mitgeschrieben wurde, und damit den gewachsenen Institutionen und Verfahren des kollektiven Arbeitsrechts, deren Reform(un)fähigkeit heute zur Diskussion stehen.

1.2.1 Das Recht der Arbeitsbeziehungen wurde im 19. Jahrhundert vor allem deshalb zu einer „öffentlichen Angelegenheit“, weil die individuelle Vertragsfreiheit der Besitzenden zu Lasten der individuellen Vertragsfreiheit der Besitzlosen ausgenutzt wurde, was als Marktversagen überliefert wurde, obwohl es wohl eher ein Politikversagen signalisierte. Es ist eine Trivialität, wenn ich daran erinnere, dass diese Erfahrung vom Arbeitsmarkt als einem Tatort für Unterdrückung und Klassenkampf das sozialistische bzw. sozialdemokratische 20. Jahrhundert erst ermöglichte und mit ihm das kollektive Arbeitsrecht mit ihren korporativen Akteuren¹¹. Weniger trivial ist es, dass seitdem selbst in Entgeltfragen mit den scheinbar **a-sozialen Kategorien** „Markt“, „Wettbewerb“ und „Vertrag“ auch das Leistungsprinzip selbst diskreditiert schien. Den Tarifparteien war, so wurde es auch juristisch-dogmatisch ausformuliert, eine vom Staat delegierte Ordnungsaufgabe, die Lohnpolitik, übertragen, die sie gefälligst gemeinwohlbezogen, also „öffentlich-rechtlich“, auszufüllen hätten¹², nicht aber „wettbewerbsbezogen“, d. h. „privat-rechtlich“ und von unten her. Das Leistungsprinzip schien hier also schon vom Verfahren her chancenlos gegenüber Umverteilungszielen, jedenfalls solange die Ressourcenprobleme den deutschen Arbeitsmarkt nicht so belasteten wie heute.

1.2.2 Verdrängt wurde danach von einer ganzen Generation von Arbeitsrechtlern, dass der Arbeitsmarkt trotz all seiner Merkwürdigkeiten dennoch **Marktgesetzen** unterliegt. Der Ruf nach „Mehr Markt im Arbeitsrecht“ hat deshalb völlig zu Recht verkrustete korporatistische Arrangements zur Diskussion gestellt und bis jetzt mindestens eine wichtige juristische

11 Vgl. nur RICHARDI/MünchArbR (2000), § 2 Rn. 31 ff.

12 So nannte es KRÜGER in einem Gutachten zum 46. Deutschen Juristentag 1966 „unerträglich“, die Normsetzungsbefugnis der Tarifvertragsparteien auf die Privatautonomie zurückgeführt zu sehen, dazu REICHOLD (1995), S. 443; demgegenüber vgl. heute RICHARDI/MünchArbR (2000), § 12 Rn. 5: „Rechtsgeschäftlich geschaffenes Recht“; ähnlich RIEBLE (1996a), S. 358 ff. Zur sog. „Ordnungsfunktion“ des Tarifvertrags vgl. dens., ebd., S. 56 ff. mit weit. Nachw.

Habilitationsschrift hervorgebracht¹³. Dabei wird leicht vergessen, dass sich schon LUJO BRENTANO, der erste bedeutende Theoretiker des kollektiven Arbeitsrechts, 1890 in seiner Abhandlung zum Tagungsthema des Vereins für Socialpolitik („Arbeitseinstellungen und Fortbildung des Arbeitsvertrags“) gegen eine behördliche Festsetzung von Arbeitsbedingungen mit ökonomischen Argumenten gewehrt hatte. Er wollte die damalige „Unwahrheit“ des freien Arbeitsvertrags in zwei Richtungen korrigiert sehen: soweit es sich um einen betrieblichen „Herrschaftsvertrag“ handele, müssten Arbeitsordnung und Anhörung der Arbeiter-ausschüsse, kurz: eine gesetzliche Betriebsverfassung die Sozialverträglichkeit des Arbeitsvertrags herstellen; soweit es sich um einen „Kaufvertrag“ handele, müsse die schwache Marktstellung des Verkäufers der Ware Arbeit durch die Aufhebung der Vereinzelung in der Organisation korrigiert werden und damit die Marktorientierung des Arbeitsvertrags ermöglichen¹⁴. Die Kategorie „Vertrag“ blieb für BRENTANO also leitend, auch wenn er rechtspolitisch etwa seit 1905 zur zwangskorporatistischen Arbeitsverfassung überschwenkte¹⁵. Doch seine Argumentation bezog sich unübersehbar auf die im Arbeitsvertrag selbst angelegte ökonomische Spannung zwischen Kooperationsbezug in der Organisation und Leistungsbezug im Wettbewerb.

Dass die Entgeltfindung als **prozedurale** Lösung des Gerechtigkeitsproblems entgegen BRENTANO nicht rein kollektiv, sondern, so meine zweite These, gerade **zwischen** der Kollektiv- und der Individualautonomie anzusiedeln sei, ist somit keine bare Selbstverständlichkeit. Nach der ökonomischen Logik BRENTANOS aus dem vorletzten Jahrhundert, der letztlich noch Art. 9 Abs. 3 GG und die heutige überwiegende Praxis folgen, war das Verhandlungsgleichgewicht ja nur kraft des überbetrieblichen Verfahrens auf einer zentralen Branchenebene herstellbar, *dann aber zur Erzielung eines marktgerechten Lohns auch ausreichend*: Leistungsgerechtigkeit bei der Entgeltfindung müsste dann also qua Tariflohn zu erreichen sein, weil damit Transaktionskosten vermieden werden, die bei

13 Vgl. nur die Diskussion der Thesen von MÖSCHEL (1988), 48 ff. bei RIEBLE (1996a), S. 3 ff. Ausgewogene Darstellung bei KLEINHENZ (2000), S. B 52 ff. mit weit. Nachw.

14 BRENTANO (1890), S. IX ff., insb. S. XXXIX: „So ist denn der Arbeitsvertrag, wo seine Entwicklung am vorgeschrittensten ist, da angelangt, wo er nach der ökonomischen Natur des Vertragsobjekts naturgemäß anlangen musste: er wird nicht mehr von dem einzelnen Arbeitgeber dem einzelnen Arbeiter diktiert, sondern von der Organisation der Arbeitgeber mit der Organisation der Arbeiter für alle Mitglieder beider Organisationen vereinbart. Nunmehr erst ist der „freie Arbeitsvertrag“ eine Wirklichkeit“. Zum historisch-dogmatischen Zusammenhang vgl. BECKER (1995), passim, insb. S. 171 ff.; PICKER (1986), 199 (324 ff.); ders. (2000), S. 21 ff.; REICHOLD (1995), S. 110 ff.; RÜCKERT (1992), 225 (253).

15 Details bei BECKER (1995), S. 182 ff.

Einzelverträgen unvermeidlich entstünden¹⁶. Warum gut 100 Jahre später nicht nur Ökonomen eine Dezentralisierung der Lohnverhandlungssysteme fordern¹⁷, führt mich zur wesentlichen dritten Vorbemerkung, bei der ich mich allerdings auf ökonomisch vermintes Gelände begeben muss.

1.3 Entgeltsysteme zwischen makro- und mikroökonomischer Steuerung

Der Wind des Wettbewerbs hat allgemein spürbar erst seit etwa zehn Jahren auch den Arbeitsmarkt erreicht. Erst seitdem haben die dezentralen Kräfte der Gesellschaft, nämlich Wirtschaft und Wissenschaft, die Führungsrolle übernommen. Diese etwa von C. CHRISTIAN v. WEIZSÄCKER ausführlich beleuchtete ökonomische Logik des globalen Wettbewerbs¹⁸ erlaubt es der Politik und insbesondere der Sozialpolitik nicht mehr, den „Wettbewerbslohn“ wegen seiner politisch induzierten Nebenkosten (Kollektivlohn) auf Dauer über dem Produktivitätszuwachs zu halten¹⁹. Daran müssen sich aber auch die quasi-politischen kollektiven Akteure der zentralen Lohnverhandlungssysteme messen lassen²⁰. Ihre Konditionenkartelle via Tarifvertrag sind tendenziell zu unsensibel gegenüber dem Zwang zur Innovation, dem heute jedes Unternehmen ausgesetzt ist und das eine beweglichere Entlohnung auf der Mikroebene des Unternehmens erfordert. Wie uns z. B. in Schweden und den Niederlanden vorexerziert wurde, geht es hierbei mitnichten um eine Senkung des hohen Reallohn-Niveaus, sondern nur um eine vernünftige Arbeitsteilung zwischen den Verhandlungsebenen der Lohnpolitik²¹. Makroökonomisch wäre eine größere **Lohnspreizung** und mikroökonomisch eine Steigerung der **Lohnvariabilität** möglich, wenn die Logik des Wettbewerbs, der über die Ressourcen entscheidet, noch deutlicher die Entgeltbestimmung beherrschte. Das muss nicht zur Entmachtung der Tarifebene führen, fordert aber zumindest eine Neubewertung der rechtlichen Rahmenbedingungen nach dem – hier untechnisch verstandenen – Subsidiaritätsprinzip. So stellen selbst gewerkschaftsnahe Autoren inzwischen

16 Vgl. nur FRANZ (1996), S. 250.

17 Vgl. z. B. HROMADKA (1996), 1233 (1237 ff.); LESCH (2000a), 322; PICKER, FAZ Nr. 158 vom 11. 7. 1998, S. 15; REUTER (1993), 221; ders. (1998), S. 605.

18 WEIZSÄCKER (1999), insb. S. 38.

19 WEIZSÄCKER (1999), S. 61 ff.

20 Hierzu u. a. SOLTWEDEL (1997), Kap. 2.2; WALWEI (1996), 219 (221 f.).

21 ROOD (1999), 205: „Flucht aus dem Tarifvertrag“; SIGEMAN (1999), 200 (204); THELEN und TURNER, (1997), S. 9 f. und passim.

fest, dass die Zukunft des Flächentarifs nur noch in seiner weiteren Öffnung liegen kann²² und einer entsprechenden Dezentralisierung der Lohnfindung.

2. Problemstellung nach dem herkömmlichen prozeduralen Konzept

Als regulative Leitidee für eine variabelere Entlohnung nach Volumen, Struktur und Zeit²³ müsste eine **prozedurale Lösung** dienen, die durch ein ausgewogenes Zusammenspiel der Verhandlungsebenen auf Branchen-, Betriebs- und Vertragsebene eine anreiz- und wettbewerbskompatible Entgeltordnung ermöglicht. Es entbehrt nicht der Ironie, wenn der Protagonist des „linken“ Flügels der Arbeitsrechtswissenschaft, WOLFGANG DÄUBLER, dem Ansturm der Ökonomie plötzlich mit dem Argument begegnet, dass die Strukturen des Arbeitsrechts keinem „Konditionalprogramm“ entsprängen, sondern genügend Spielraum besäßen, um gleichermaßen die Dienstleistung einer Krankenschwester wie die eines Software-Entwicklers zu regulieren²⁴. Damit wird von ganz ungewohnter Seite der Vorzug prozeduraler Lösungen anerkannt, die eine Entgeltflexibilisierung auch mit den Mitteln der Tarif-, Betriebs- und Vertragsautonomie erlauben könnten, wenn ihre Interpreten das denn auch wollten. Denn ich behaupte, dass auch ohne die vielfach geforderten Eingriffe des Gesetzgebers der vorhandene Rechtsrahmen für ein vernünftig abgestuftes Mehr-Ebenen-System ausreichte, würde er nur entsprechend genutzt. Überprüfen wir daher kurz die vorhandenen Rechtsstrukturen auf ihre Anreiz- und Wettbewerbskompatibilität. Dabei beginne ich beim Arbeitsvertrag und dessen funktionaler Schwäche als einem „offenen“ oder „unvollständigen Vertrag“.

2.1 Der Arbeitsvertrag als „unvollständiger Vertrag“ (Dauerschuldverhältnis)

Der Arbeitsvertrag könnte als die geborene Struktur einer wettbewerblichen Ordnung die Entgeltflexibilisierung von unten generieren. Ich beschränke mich insoweit auf die Feststellung, dass und warum er es bisher *noch nicht ist*. Der Jurist spricht beim Arbeitsvertrag nach § 611 BGB von einem Dauerschuldverhältnis, in dem der Austausch von Arbeitsleistung gegen Entgelt versprochen wird und der Faktor „Zeit“ den Umfang der

22 Vgl. z. B. BISPINCK (1997), 551 (559); OPPOLZER und ZACERT (1998), 493 (497).

23 So die Definition der Flexibilisierung bei RIEBLE (2000), S. 34 (35).

24 DÄUBLER (1999), S. 63 (65, 67).

Hauptleistungspflichten entscheidend bestimmt²⁵. Der Ökonom spricht dagegen von einem „unvollständigen Vertrag“, der den Vertragspartnern wegen seiner Langfristigkeit einerseits und seines Organisationsbezugs andererseits hohe Risiken wegen der mangelnden Planbarkeit bei der Verwertung von „Humankapital“ auferlegt und daher besondere Vorkehrungen zur Verminderung der Transaktionskosten erfordert²⁶.

Diese Unvollständigkeit bzw. Offenheit des Arbeitsvertrags darf aber weder ökonomisch noch rechtlich so weit gehen, dass eine Bestimmung der Gegenleistung unterbleibt. Das kann als Mangel der Vertragsgestaltung zwar durch § 612 BGB (die „übliche Vergütung“ gilt als vereinbart) geheilt werden. Doch werden die Gestaltungsmöglichkeiten in Bezug auf die Entgeltbestimmung auch beim rational agierenden Arbeitgeber deshalb häufig nicht ausgeschöpft, weil er sich der Frage nach dem „gerechten Lohn“ in aller Regel durch eine schlichte Verweisungstechnik entzieht: nach einer stichprobenartigen Untersuchung von ULRICH PREIS, die Ende der 80er Jahre erhoben wurde, enthalten 90% aller Arbeitsverträge an diesem Punkt Verweisungen auf **Tarifverträge**²⁷. Die Rechtspraxis scheint also die Veränderungen der Entgeltbestimmung „in der Zeit“ nicht autonom mit Gleitklauseln, Anpassungsvorbehalten oder gar Indexierungen gestalten zu wollen, sondern verweist jedenfalls in Bezug auf den **Grundlohn** in aller Regel auf den Tarif – selbst wenn eine Tarifbindung mit normativer Wirkung nicht besteht. Damit konzidiert man aber tariflichen Daten offenbar doch jene „inhaltlich vertragliche“ Qualität, die Ausfluss einer Wettbewerbsordnung auch dann ist, wenn distributive Zwecke im Vordergrund stehen. Ich bin mir allerdings nicht sicher, ob hier nicht auch eine sozialpsychologisch überlieferte Verweigerungshaltung mitspielt, mit dem Arbeitnehmer von gleich zu gleich über die „essentials“ zu verhandeln. Viel leichter erscheint es - trotz aller ökonomischen Unvernunft solchen Verhaltens -, auf anonyme Instanzen der Preisfestsetzung zu verweisen und damit Konfliktstoff zu vermeiden (unsere Alltagserfahrung im Öffentlichen Dienst!). Wer es somit mit der Flexibilisierung ernst meint, muss zu allererst den zum Zitierahmen für kollektive Quellen verkümmerten Arbeitsvertrag aufwerten und damit auch den Arbeitnehmer als Verhandlungspartner und mündigen Verwerter seines Humankapitals ernst nehmen.

25 Dazu monographisch OETKER (1994), passim (Fazit S. 706 f.).

26 Vgl. dazu KERN (1992), 13 (15); OETKER (1994), S. 40 ff. Ferner HART (1991), S. 138 ff.; HOMANN und SUCHANEK (2000), S. 124 ff.

27 PREIS (1993), S. 62, 64.

2.2 Die herkömmliche Arbeitsteilung der Entgeltbestimmungsfaktoren

2.2.1 Tarifvertrag. Der Tarifvertrag ist also noch immer der wichtigste Bemessungsfaktor für das Arbeitsentgelt. Seine rechtliche Vorrangstellung verdankt er § 4 Abs. 1 S. 1 TVG, der den Inhaltsnormen eines Tarifvertrags „unmittelbare und zwingende“, d. h. normative Wirkung zwischen beiderseits Tarifgebundenen zumisst. Das wird von der ganz h. M. mit der hohen Richtigkeitsgewähr tariflicher Abschlüsse gerechtfertigt: der Tarifvertrag gilt als der funktional *bessere* Vertrag²⁸. Wettbewerbsbeschränkungen bewirkt er nur auf Branchen- und Regionalebene. Ein Facharbeiter in der Energieindustrie Nordrhein-Westfalens kann mehr als doppelt soviel wie der vergleichbar qualifizierte Arbeitnehmer in der Schuh- oder Textilindustrie Schleswig-Holsteins verdienen, und das West-Ost-Gefälle beträgt bei Angestellten im Durchschnitt etwa DM 7.200,- brutto zu etwa DM 5.000,- brutto²⁹. Tariflöhne begrenzen den Marktmechanismus nur nach unten, wegen des **Günstigkeitsprinzips** (§ 4 Abs. 3 TVG) aber nicht nach oben, so dass dem Arbeitgeber Spielräume nach oben verbleiben (müssen)³⁰, die er z. B. herkömmlich durch freiwillige „übertarifliche Zulagen“ nutzte. Signifikant häufiger als die normative Bindung an den Entgelttarif (§§ 3, 4 TVG) begegnet heute aber die nur noch schuldrechtliche Bindung der Arbeitsvertragspartner kraft Bezugnahmeklausel, die auch eine Änderung nach unten (z. B. im Wege der Vertragsänderung) erlaubt, dies aber nur im Einverständnis mit dem betroffenen Arbeitnehmer.

Zögerlich sind auch Anfänge einer Entgeltflexibilisierung **kraft Tarifvertrags** erkennbar. Wie so oft ist die Chemische Industrie vorangeschritten, die in Gestalt einer „Tariföffnungsklausel“ in ihrem Bundesentgelttarifvertrag (§ 10) seit 1998 eine Gehaltsabsenkung bis zu 10% ermöglicht, aber nur mit der Zustimmung der Tarifparteien *und* des Betriebsrats. Ob eine vergleichbare Öffnungsklausel **per Gesetz** möglich wäre, wie sie z. B. von der Monopolkommission gefordert wurde³¹, ist im Hinblick auf Art. 9 Abs. 3 GG höchst umstritten. WIEDEMANN hält z. B. mit der h. M. generelle Öffnungsklauseln für verfassungswidrig, weil sonst die Geltung des Tarifvertrags von der Zustimmung der Betriebsparteien abhängen würde. Dagegen dürften speziellere Tariföffnungsklauseln für

28 RIEBLE (1996a), S. 364 (Rn. 1211).

29 FAZ Nr. 55 vom 6. 3. 2000, S. 19.

30 Zur verfassungsrechtlichen Fundierung des Günstigkeitsprinzips und des Verbots tariflicher Höchstarbeitsbedingungen im Entgeltbereich vgl. LÖWISCH/RIEBLE/MünchArbR (2000), § 246 Rn. 78 f.; § 272 Rn. 1 ff.; RICHARDI (1996), B 79 ff.

31 Zehntes Hauptgutachten 1992/93, BT-Drucks. 12/8323 Rn. 936 f.; vgl. auch LESCH (2000a), 322 (323).

„Notbetriebsvereinbarungen“ mit klar definierten Inhalten wohl mit der Verfassung eher vereinbar sein³².

2.2.2 Betriebsvereinbarung. Demgegenüber wird *de lege ferenda* vielstimmig die betriebliche Lohnbestimmung als ökonomisch einzig sinnvolle Lösung gefordert. Sie könnte eine ausgewogene Mischung von Leistungs- und Sozialgerechtigkeit der Entlohnung sichern³³. Juristisch scheitert das aber an § 77 Abs. 3 BetrVG (i. V. m. Art. 9 Abs. 3 GG), der die Betriebsvereinbarung als Rechtsquelle für üblicherweise dem Tarif vorbehaltene Entgeltregelungen selbst für tariflich ungebundene Arbeitgeber sperrt, also auch für solche, die aus dem Verband „flüchten“. Ungeachtet der häufigen Missachtung dieser Kompetenzsperre scheint rechtspolitisch wie auch rechtsdogmatisch die Schlacht um die Abschaffung dieser Norm für die Verfechter der betrieblichen Lohnbestimmung verloren³⁴. M. E. sollte hier immer wieder daran erinnert werden, dass ein Betriebsrat als Ersatz-Gewerkschaft auch den Arbeitskampf in den Betrieb trägt und mit ihm jede Unternehmenskultur zur „Misstrauenskultur“ entarten kann. Außerdem kann in Form der Regelungsabrede oder der Gesamtzusage eine individualrechtliche Ersatzlösung gefunden werden, die im Ergebnis betriebliche Lohnbestimmung ermöglicht, wenngleich nicht mit zwingender Wirkung³⁵.

Viel entscheidender für die **Entgeltflexibilisierung** ist die Möglichkeit, über § 87 Abs. 1 Nrn. 10, 11 BetrVG per Betriebsvereinbarung außer- oder übertarifliche Zulagen, freiwillige Jahresgratifikationen oder Leistungsprämien (also Entgelt im weiteren Sinne) in dem Entgeltsektor zu beschließen, den die tariflichen Regelungen tatsächlich (und nicht nur üblicherweise) offen gelassen haben. Dabei ist zu beachten, dass der Arbeitgeber **mitbestimmungsfrei über das „Ob“** der Vergütung entscheiden kann, sodann über die Vergütungshöhe, den -zweck und die -zielgruppe. Die Mitbestimmung des Betriebsrats soll hier nicht mehr als eine betriebliche „Angemessenheitskontrolle“ darstellen, die Entgelt-Innovationen des Arbeitgebers um die „soziale“ Dimension der Verteilungsgerechtigkeit anreichert, also seine „Ob“-Entscheidung mit der „Wie“-Frage konfrontiert. So dürfte die

32 WIEDEMANN (1999), S. 607 (620 f.) mit weit. Nachw.

33 Vgl. vor allem das ökonomisch-juristische Plädoyer von REUTER (1993), 221, der allerdings eine verbandsrechtliche statt einer vertragsrechtlichen dogmatischen Erklärung bemüht und den Arbeitsvertrag damit weiterhin in die Requisitenkammer verbannt; ökonomische Argumente bei FRANZ, FAZ Nr. 100 vom 30. 4. 1999, S. 14.

34 Vgl. RICHARDI (1996), B 47; RIEBLE (1996b), 151 (153); ders. (1996a), S. 449 ff.; WALKER (1996), 353 (373); WANK (1996), 2273 (2280).

35 Zutreffend RIEBLE (1996a), S. 449 (Rn. 1489), der auch die Meinung z. B. von RICHARDI (2000), 617 (620) und GK-BetrVG/KREUTZ (1998), § 87 Rn. 83, 100

Diskussion z. B. darüber spannend werden, in welcher Gruppe von Mitarbeitern zielabhängige Prämien in welchem Umfang zum Gehaltsbestandteil werden dürfen. Fragen Sie mich aber bitte nicht danach, welche Themenbereiche dieses Themas dann rein rechtlich als Fragen der sog. Verteilungsgerechtigkeit vom Betriebsrat diskutiert werden dürfen und welche nicht. Hier liegt offenbar **ein bedeutendes Störpotential** für die Entgeltflexibilisierung, denn jede neue Entlohnungsmethode und jede Spielart von Leistungslohn unterliegt im Bereich der tariflich offen gelassenen Zusatzvergütung der Mitbestimmung des Betriebsrats, soweit nicht nur leitende Angestellte betroffen sind. Dennoch scheint mir die Wettbewerbskompatibilität trotz mancher Ausrutscher der Rechtsprechung im wesentlichen noch gegeben. Und außerdem offeriert das Instrument der Betriebsvereinbarung auch einen gewichtigen **Vorteil**: sie ist anders als eine Individualvereinbarung frei kündbar, so dass jedenfalls **freiwillige** Leistungen des Arbeitgebers nach § 77 Abs. 5, 6 BetrVG per Betriebsvereinbarung leichter abzubauen sind als im Wege der (gesamt-)vertraglichen Änderungskündigung³⁶.

2.2.3 Individualvereinbarung. Für die individuelle Vertragsgestaltung des Arbeitgebers verbleibt es häufig bei der Bezifferung eines laufenden **Gesamtgehalts** („Entgelt im engeren Sinn“), das sich aus einer festen **tariflichen Grundvergütung** und der flexibleren **übertariflichen Zulage** zusammensetzt. Weitere **Sondervergütungen** (vgl. § 4a Abs. 1 EFZG) zusätzlich zum laufenden Arbeitsentgelt („Entgelt im weiteren Sinn“) runden die Palette ab. Der Arbeitgeber gewährt die regelmäßigen Zulagen ebenso wie zusätzliche Einmalzahlungen („Gratifikationen“) meist nur unter dem Vorbehalt „jederzeitiger Widerruflichkeit bzw. Anrechenbarkeit“. Das hat bei jeder Tariflohnerhöhung zur Folge, dass über die Anrechnung der Zulage auf die Tariflohnerhöhung frei entschieden werden kann. Die elementare Frage dabei ist, wie hoch der einseitig widerrufliche Anteil des **Entgelts im engeren Sinn** sein darf, um den Arbeitnehmer nicht zum erfolgsabhängigen Werkunternehmer zu stempeln. Hier ist die Rechtsprechung uneinheitlich, hat sich aber mit Ausnahme des sehr speziellen Sektors glänzend verdienender Chefarzte³⁷ wohl bei ca. 20% noch hinnehmbarer Gehaltskürzung eingependelt³⁸. Ein weitergehender einseitiger Eingriff in

ablehnt, die für die Tarifsperre gegen die hM die Tarifbindung des Arbeitgebers fordern und damit die Bedeutung der Norm ebenfalls abschwächen wollen.

36 Vgl. nur HANAU/MünchArbR (2000), § 62 Rn. 95 ff.

37 BAG vom 28. 5. 1997 – 5 AZR 126/96 – NZA 1997, 1160: Kürzung von ca. 40% der Einkünfte noch zulässig, weil per Entwicklungs- und Anpassungsklausel vorbehalten.

38 Vgl. zunächst BAG vom 12. 12. 1984 – 7 AZR 509/83 – BAGE 47, 314, dann BAG vom 13. 5. 1987 – 5 AZR 125/86 – BAGE 55, 257; BAG vom 21. 4. 1993 – 7 AZR 297/92 – NZA 1994, 476; vgl. auch HANAU/MünchArbR (2000), § 62 Rn.

das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung würde als unzulässiger Eingriff in den „Kernbereich“ des Arbeitsverhältnisses betrachtet, der nur per Vertragsänderung oder Änderungskündigung erzielbar wäre. Bei Tarifbindung dürfte jeglicher Eingriff in das tarifliche Grundgehalt als Kernbereichsverletzung anzusehen sein.

Anders dagegen stellt sich die Frage bei von vorneherein leistungs- bzw. erfolgsbezogenen Arbeitsverträgen, die auf das Feld der tarifungebundenen Arbeitsverhältnisse führen und **echte Leistungsgerechtigkeit** bezwecken. Dass die Leistungsbezogenheit der Vergütung dem Arbeitsverhältnis nicht wesensfremd ist, beweist schon die uralte Akkordarbeit, die in § 87 Abs. 1 Nr. 11 BetrVG auch eigens als mitbestimmte Entlohnungsform erwähnt ist³⁹, ebenso wie die Provision des Handelsvertreters oder die Tantieme des leitenden Angestellten⁴⁰ - Vergütungsformen, die es schon immer gab, die jetzt aber breitere Verwendung finden⁴¹. RICHARDI weist ausdrücklich auf die Unerheblichkeit der Entgeltgestaltung für den Dienst- und Arbeitsvertrag hin⁴². Hier betritt man juristisches Neuland, auf das ich am Ende noch einmal kurz zurückkommen werde.

2.3 Die Flexibilisierungsreserven nach dem herkömmlichen Konzept

Überblickt man die Flexibilisierungsreserven des einzelnen Unternehmens nach dem herkömmlichen Konzept, so kann der Arbeitgeber nur in jenem schmalen Bereich flexible Vergütungselemente einziehen, der über dem tariflichen Mindestlohn (einschließlich tariflich vorgeschriebener Zulagen und Einmalleistungen wie dem 13. Monatsgehalt) liegt. Anders gesprochen: die Tarifbindung können sich nur ertragsstarke Unternehmen der Old Economy leisten. Die Unternehmen der New Economy dagegen weichen einer solchen fürsorglichen Bevormundung in aller Regel aus und lassen sich allenfalls auf maßgeschneiderte Haustarife

104; ISENHARDT (1999), S. 221 (224 f.); KANIA (1998), 2418; RIEBLE (2000), S. 34 (39): kritische Grenze bei 25% Kürzung; ZÖLLNER (1997), 121 (128) hält von starren Prozentsätzen wenig.

39 Dazu allgemein KREBEL/MünchArbR (2000), § 67.

40 Dazu allgemein KREBEL/MünchArbR (2000), § 68.

41 Vgl. nur FÖRDERREUTHER (2000), 144; LESCH (2000b), 46; ferner die Beispiele Metro AG (FAZ Nr. 90 vom 15. 4. 2000, S. 65); Deutsche Post AG (FAZ Nr. 228 vom 30. 9. 2000, S. V 1); Hoechst AG, Brau und Brunnen AG (FAZ Nr. 275 vom 25. 11. 1995, S. 49); Allianz AG, Evotec AG und Lufthansa AG (FAZ Nr. 289 vom 11. 12. 1999, S. 65), Verbundnetz Gas AG (FAZ Nr. 29 vom 3.2.2001, S. 65).

42 MünchArbR (2000), § 6 Rn. 9. Ausführlich RIEBLE (2000), S. 34 (43 f.); RIEBLE und GUTZEIT (2000), 41 (43).

ein⁴³. Motivationsfördernde flexible Lohnelemente sind eben nicht Sache der zentralistischen Flächentarife⁴⁴, weil sie eine größere Öffnung für die betriebliche Lohnfestsetzung voraussetzen, die zwar rechtlich ohne weiteres möglich, aber politisch (noch) nicht gewollt zu sein scheint. Dieser Ist-Zustand ist nicht erfreulich, bestätigt er doch die Tarifparteien als status quo-orientierte politische Akteure, die sich der heilsam disziplinierenden Wirkung des Wettbewerbs mit einer regelmäßig noch immer recht starren Zeitlohnvergütung ohne echte Anzelelemente nach wie vor entziehen⁴⁵. Gleichwohl möchte ich nach den inzwischen positiveren Erfahrungen mit der (auch tariflichen) Arbeitszeit-Flexibilisierung davor warnen, gleich nach dem Gesetzgeber zu rufen. Denn der Innovationsprozess macht auch vor den Köpfen der Gewerkschaftsführer nicht halt⁴⁶. Und schließlich wären die Folgen einer Entmachtung der Tarifparteien für das sozialpolitische Klima auch in den Unternehmen sehr schwer kalkulierbar. Ich setze daher auf eine Politik der kleinen Schritte, die

juristisch *ohne Gesetzesänderung* auf der Interpretationsebene offene Rechtsbegriffe verändern können, weil Marktgesetze zunehmend auch in der Rechtsprechung der Arbeitsgerichte als sachliche Gründe Anerkennung finden und die Arbeitsrechtswissenschaft dafür sehr viele gute Gründe beigebracht hat, und

betriebswirtschaftlich das Arbeitgeberverhalten noch stärker auf vertrauensstiftende Verhandlungsstrategien lenken sollten, um das Schlüsselwort „Motivation“ und „Partizipation“ nicht allein im Entgelt-, sondern auch im sonstigen Bereich der Arbeitsorganisation zur Geltung zu bringen und damit das „harte“ Gesetzesrecht durch „weiche“ Verhandlungslösungen zu ersetzen.

3. Materiell-rechtliche Restriktionen jeglicher Flexibilisierung

Lassen Sie mich abschließend festhalten, welche materiell-rechtlichen Restriktionen grundsätzlich zu beachten sind, ganz unabhängig von den Verhandlungssystemen, und daher

43 Dennoch behauptet die IG Metall, bereits jetzt in großen IT-Unternehmen einen Organisationsgrad von 10% erreicht zu haben, vgl. FAZ Nr. 173 vom 28. 7. 2000, S. 15.

44 Vgl. nur die Klage von HEINZE (1998), S. 205 (215).

45 WEIZSÄCKER (1999), S. 21.

46 Vgl. etwa KLOTZ in FAZ Nr. 169 vom 24. 7. 2000, S. 28 (mit dem Kernsatz: „Neue Arbeit entsteht nicht durch Verteilung, sondern durch Innovation“); FAZ Nr. 119 vom 23. 5. 2000, S. 19 (Interview mit H. SCHARTAU, der sich drei Entgelt-Bausteine wie folgt vorstellt: (1) tarifliches Grundentgelt in Höhe von 3/4 bis 4/5 der Vergütung; (2) leistungsabhängige Komponente wird durch Betriebsräte z. B. über Zielvereinbarungen festgelegt; (3) Erfolgsbeteiligung).

auch bei tarif-ungebundenen Unternehmen Beachtung finden müssen. Dabei kann ich das Thema „Tarifflucht“ deshalb übergehen, weil auch diese Strategie im Ergebnis nicht zu einer Entgeltsenkung gegen den Willen der betroffenen Arbeitnehmer führen kann⁴⁷.

3.1 Vertragsänderung oder Änderungskündigung

Setzt man allein auf die vertragliche Steuerung, so ist man ohne vorsorgende Flexibilisierung durch Vertragsklauseln, die Herr RIEBLE erörtert hat, angewiesen auf

3.1.1 einvernehmliche Vertragsänderungen, wie sie nach § 305 BGB als Ausfluss der Vertragsfreiheit jederzeit möglich sind, im betrieblichen Alltag aber nur durch sehr überzeugende Argumente zu vermitteln sind (und bei tariflicher Bindung natürlich nicht gegen Tarifnormen verstoßen dürfen), oder auf

3.1.2 Änderungskündigungen im Falle der Nichteinigung, die zum Zwecke der Entgeltabsenkung oder auch -umstrukturierung durch die sehr restriktive Rechtsprechung des BAG im Rahmen von § 2 KSchG nur dann Aussicht auf Erfolg versprechen, wenn alle anderen Sanierungsmaßnahmen ausgeschöpft sind und das Unternehmen praktisch insolvenzreif ist⁴⁸. In diesem Bereich können aber Rechtsprechungsänderungen deshalb erwartet werden, weil es nicht recht einleuchtet, warum ein „Wegfall der Geschäftsgrundlage“ im Arbeitsverhältnis nur zur beschäftigungsfeindlichen Kündigung führen können soll, nicht aber zur flexibleren „Teilkündigung“ von Arbeitsbedingungen, die die Beschäftigung als solche nicht gefährdet⁴⁹.

3.2 Die Rechtskontrolle von Entgeltbedingungen

Jegliche Vertragsgestaltung hat darüber hinaus als **Inhaltsgrenzen** zu beachten

47 Vgl. nur SCHAUB (1996), 1058 f.

48 Einzelheiten bei HANAU/MünchArbR (2000), § 62 Rn. 113; KRAUSE (1995), 574; RICHARDT (1998), S. 66 ff.

49 Gute Gründe bei BUCHNER (1998), S. 23 (35 f.); RIEBLE (2000), S. 34 (36 ff.).

3.2.1 die **absoluten** Gleichstellungsgebote (Diskriminierungsverbote), die im Entgeltbereich vor allem durch § 612 Abs. 3 BGB eine strikte Geschlechtsneutralität auch bei mittelbaren Auswirkungen von Entlohnungssystemen erfordern⁵⁰, genauso aber auch in Bezug auf die Diskriminierung der Teilzeit- gegenüber den Vollzeitbeschäftigten zu beachten ist (jetzt neu: § 4 Abs. 1 S. 2 TzBfG⁵¹),

3.2.2 den **relativen** Gleichbehandlungsgrundsatz als gewohnheitsrechtlichen Grundsatz, der es allerdings durchaus erlaubt, bei *sachlich nachvollziehbaren* Gründen z. B. solche Arbeitnehmer *besser* zu bezahlen, die am Arbeitsmarkt sehr gesucht sind, und daher im Ergebnis nichts anderes als das Gebot **rationalen** Arbeitgeberverhaltens darstellt (verboten ist deshalb die willkürliche Schlechterstellung Einzelner oder eine sachfremde Gruppenbildung bei der Entgeltdifferenzierung),

3.2.3 schließlich bei der Ausübung von Gestaltungsrechten die **allgemeine Billigkeitskontrolle** (z. B. beim einseitigen Widerruf, vgl. § 315 Abs. 1 BGB), die vor allem den Kernbestand der Vergütung vor nicht konsentierter Veränderung bewahrt.

3.3 Grenzen der Verlagerung des Wirtschaftsrisikos auf den Arbeitnehmer durch ergebnisabhängige Vergütung

Auf juristisches **Neuland** stoßen wir bei den Grenzen der Verlagerung des Wirtschaftsrisikos auf den Arbeitnehmer, wie sie durch eine ergebnisabhängige Vergütung und die daraus folgende mögliche „Null-Entlohnung“ erreicht wäre. Der Arbeitnehmer schuldet nämlich nicht ein Werk, sondern nur ein Wirken, also keinen Erfolg, sondern nur eine sorgfältige Tätigkeit. Er hat in seiner Person nicht das unternehmerische Risiko des Arbeitgebers zu tragen, wie z. B. aus § 615 BGB abzuleiten ist, und muss deshalb vor sittenwidriger Selbstausbeutung geschützt werden⁵².

50 Dazu etwa THÜSING (2000b), 570.

51 Das „Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge (TzBfG)“ vom 21. 12. 2000 (BGBl. I S. 1966) trat zum 1. 1. 2001 in Kraft. § 4 Abs. 1 S. 2 TzBfG lautet: „Einem teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmer ist Arbeitsentgelt oder eine andere teilbare geldwerte Leistung mindestens in dem Umfang zu gewähren, der dem Anteil seiner Arbeitszeit an der Arbeitszeit eines vergleichbaren vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmers entspricht“.

52 Vgl. LAG Frankfurt a.M. vom 28. 10. 1999 = EWiR 2000, 611: „Die Vereinbarung von DM 1300,- brutto monatlich für eine wöchentliche Arbeitszeit von 35 Stunden als Rechtsanwalt ist gem. § 138 Abs. 1 BGB nichtig“, dazu Anmerkung KLEINE-COSACK a.a.O. Zum dogmatischen Problem vgl. RIEBLE (2000), S. 34 (43 f.).

4. Fazit

Jede Entgeltflexibilisierung hat den strikten Bestandsschutz, den jede Entgeltvereinbarung als existenzielle Absicherung des Arbeitnehmers genießen muss, in Rechnung zu stellen. Daher lässt sich die Entgeltflexibilisierung **im Volumen** nur in einem je nach Verdienst kleineren oder größeren Segment **jenseits der Grundsicherung** herstellen. Was die Struktur und die Zeitdimension der Entlohnung angeht, dürften dagegen bei entsprechender Vertragsgestaltung und/oder Kollektivregelung weniger strikte Grenzen von Rechts wegen gesetzt sein.

Literaturübersicht

- BECKER, MARTIN (1995), *Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis in Deutschland*, Frankfurt/M.: Klostermann.
- BISPINCK, REINHARD (1997), Deregulierung, Differenzierung und Dezentralisierung des Flächentarifvertrags, *WSI-Mitteilungen*, 551-561.
- BRANDES, WOLFGANG, BUTTLER, FRIEDRICH und DORNDORF, EBERHARD (1989), Arbeitsmarkttheorie und Arbeitsrechtswissenschaft. In: FISCHER, WOLFRAM (Hg.), *Währungsreform und soziale Marktwirtschaft*, Berlin: Duncker und Humblot, 489-507.
- BRENTANO, LUJO (1890), *Arbeitseinstellungen und Fortbildung des Arbeitsvertrags*, Leipzig: Duncker und Humblot.
- BUCHNER, HERBERT (1998), Keine Entgeltänderung mittels Änderungskündigung. In: HÖNN, GÜNTHER, KONZEN, HORST und KREUTZ, PETER (Hg.), *Festschrift für Alfons Kraft zum 70. Geburtstag*, Neuwied, Kriftel: Luchterhand, 23-36.
- BÜGE, HELMUT (1993), Entgelt in der industriellen Praxis, *Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 173-184.
- CANARIS, CLAUS-WILHELM (1997), *Die Bedeutung der ius distributiva im Vertragsrecht*, München: Verlag der Bayerischen Akademie der Wissenschaft.
- DÄUBLER, WOLFGANG (1999), Die Flexibilität des Arbeitsrechts In: HANAU, PETER, HEITHER, FRIEDRICH und KÜHLING, JÜRGEN (Hg.), *Festschrift für Thomas Dieterich zum 65. Geburtstag*, München; C.H. Beck, 63-83.
- FABRICIUS, FRITZ, KRAFT, ALFONS, WIESE GÜNTHER, KREUTZ, PETER und OETKER, HARTMUT (1998), *Gemeinschaftskommentar zum Betriebsverfassungsgesetz*, Band 2: §§ 74-132, Neuwied, Kriftel, Berlin: Luchterhand.
- FASTRICH, LORENZ (2000), Gleichbehandlung und Gleichstellung, *Recht der Arbeit*, 65-81.
- FÖRDERREUTHER, RAINER (2000), Vergütungsstrategie – Erfolgsgarant für das Unternehmen, *Arbeit und Arbeitsrecht*, 144-148.
- FRANZ, WOLFGANG (1996), *Arbeitsmarktökonomik*, 3. Auflage, Berlin, Heidelberg: Springer.
- GAST, WOLFGANG (1991), Gedanken zum gerechten Arbeitsentgelt, *Betriebs-Berater*, 1053-1058.
- HART, O. (1991), Incomplete Contracts and the Theory of the Firm. In: WILLIAMSON and WINTER (Hg.), *The Nature of the Firm. Origins, Evolution and Development*, New York/Oxford.

- HEINZE, MEINHARD (1998), Zur Reform des Flächentarifvertrages. In: HÖNN, GÜNTHER, KONZEN, HORST und KREUTZ, PETER (Hg.), *Festschrift für Alfons Kraft zum 70. Geburtstag*, Neuwied, Kriftel: Luchterhand, 205-219.
- HOFMANN, HASSO (1999), Gerechtigkeitsphilosophie aus Unrechtserfahrung. Zum Gerechtigkeitssinn der Arbeiter im Weinberg. In: KÄSTNER, KARL-HERMANN, NÖRR, KNUT WOLFGANG und SCHLAICH, KLAUS (Hg.), *Festschrift für Martin Heckel zum 70. Geburtstag*, Tübingen: Mohr Siebeck, 547-563.
- HOMANN, KARL und SUCHANEK, ANDREAS (2000), *Ökonomik*, Tübingen: Mohr Siebeck.
- HROMADKA, WOLFGANG (1996), Möglichkeiten und Grenzen der Änderungskündigung, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 1-14.
- ISENHARDT, UDO (1999), Individualrechtliche Flexibilisierung von Arbeitsbedingungen. In: ISENHARDT, UDO und PREIS, ULRICH (Hg.), *Arbeitsrecht und Sozialpartnerschaft, Festschrift für Peter Hanau*, Köln: Otto Schmidt, 221-247.
- KANIA, THOMAS (1998), Flexible Vergütungsgestaltung, *Der Betrieb*, 2418-2420.
- KAUFMANN, ARTHUR (Hg.) (1993), *Gesamtausgabe Rechtsphilosophie Band II*, begr. von Radbruch, Gustav, Heidelberg: C.F. Müller.
- KERN, HANS-GÜNTHER (1992), Ökonomische Theorie der Langzeitverträge, *Juristische Schulung*, 13-19.
- KLEINE- COSACK, MICHAEL (2000), Anmerkung zu LAG Frankfurt a.M. vom 28.10.1999 – 5 Sa 169/99, *Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht*, 611-612.
- KLEINHENZ, GERHARD (2000), Welche arbeits- und ergänzenden sozialrechtlichen Vorschriften empfehlen sich zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit? Gutachten B für den 63. Deutschen Juristentag. In: *Verhandlungen des 63. Deutschen Juristentages Band I*, hg. von der Ständigen Deputation des Deutschen Juristentages, München: C.H.Beck.
- KRAUSE, RÜDIGER (1995), Die Änderungskündigung zum Zweck der Entgeltreduzierung, *Der Betrieb*, 574-580.
- KRÜGER, HERBERT und BIEDENKOPF, KURT (1966), Sinn und Grenzen der Vereinbarungsbefugnis der Tarifparteien, Gutachten A für den 46. Deutschen Juristentag. In: *Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages Band I*, hg. von der Ständigen Deputation des Deutschen Juristentages, München: C.H: Beck.
- LANG, JENS M. (1998), *Moderne Entgeltsysteme*, Wiesbaden: Deutscher Universitätsverlag.
- LESCH, HAGEN (2000a), Dezentralisierung der Tarifpolitik und Reform des Tarifrechts, *Der Betrieb*, 322-326.

LESCH, HAGEN (2000b), *Gewerkschaftsreport*, 46.

Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht 2000, hg. von RICHARDI, REINHARD und WLOTZKE, OTFRIED, Band I, Individualarbeitsrecht I, §§ 1-113, Band III, Kollektives Arbeitsrecht, §§ 240-394, 2. Auflage, München: C.H. Beck

MÖSCHEL, WERNHARD (1988), Arbeitsmarkt und Arbeitsrecht, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 48-51.

OECHSLER, JÜRGEN (1997), *Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag*, Tübingen: Mohr

OETKER, HARTMUT (1994), *Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung*, Tübingen: Mohr

OPPOLZER, ALFRED UND ZACERT, ULRICH (1998), Die Zukunft des Tarifvertrags, *WSI-Mitteilungen*, 493-501.

PICKER, EDUARD (1986), Die Regelung der „Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ – Vertragsprinzip oder Kampfprinzip?, *Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 199-340.

PICKER, EDUARD (2000), *Die Tarifautonomie in der deutschen Arbeitsverfassung*, Köln: Bachem

PREIS, ULRICH (1993), *Grundfragen der Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht*, Neuwied: Luchterhand.

REICHOLD, HERMANN (1995), *Betriebsverfassung als Sozialprivatrecht*, München: C.H. Beck.

RICHARDI, REINHARD (1996), Empfiehlt es sich, die Regelungsbefugnisse der Tarifparteien im Verhältnis zu den Betriebsparteien neu zu ordnen? Gutachten B für den 61. Deutschen Juristentag. In: *Verhandlungen des 61. Deutschen Juristentages Band I*, hg. von der Ständigen Deputation des Deutschen Juristentages, München: C.H. Beck.

RICHARDI, REINHARD (2000), Welche Folgen hätte eine Aufhebung des Tarifvorbehalts (§ 77 III BetrVG)? *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 617-621.

RICHARDT, WINFRIED (1998), *Arbeitsvertragliche Flexibilisierung von Entgeltbedingungen*, Köln: Otto Schmidt.

RIEBLE, VOLKER und GUTZEIT, MARTIN (2000), Individualarbeitsrechtliche Kontrolle erfolgsabhängiger Vergütungsformen. In: *Das Arbeitsrecht der Gegenwart: Jahrbuch für das gesamte Arbeitsrecht und die Arbeitsgerichtsbarkeit Band 37*, Berlin: E. Schmidt, 41-57.

RIEBLE, VOLKER (1996a), *Arbeitsmarkt und Wettbewerb*, Berlin: Springer.

RIEBLE, VOLKER (1996b), Krise des Flächentarifvertrages, *Recht der Arbeit*, 151-158.

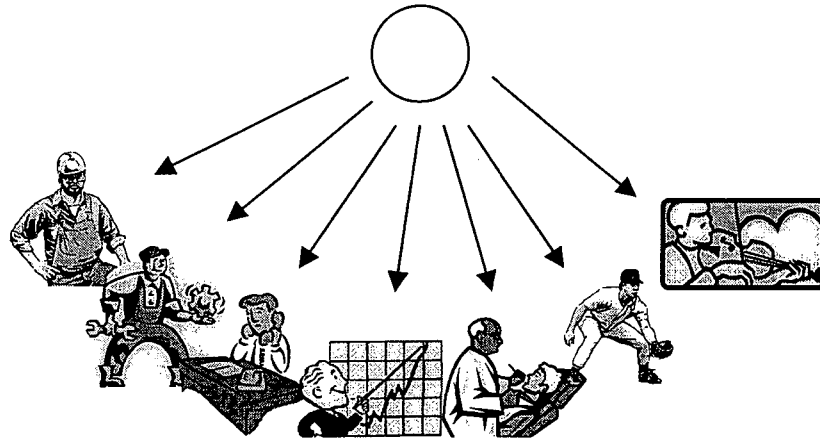
- RIEBLE, VOLKER (2000), Flexible Gestaltung von Entgelt und Arbeitszeit im Arbeitsvertrag, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* Sonderbeilage zu Heft 3, 34-44.
- REUTER, DIETER (1993), Die Lohnbestimmung im Betrieb, *Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 221-251
- REUTER, DIETER (1998), Das Verhältnis von Tarif- und Betriebsautonomie – eine Nachlese zum arbeitsrechtlichen Thema des 61. Deutschen Juristentages. In: SCHLACHTER, MONIKA, ASCHEID, REINER und FRIEDRICH, HANS-WOLF (Hg.), *Tarifautonomie für ein neues Jahrhundert, Festschrift für Günther Schaub zum 65. Geburtstag*, München: C.H. Beck, 605-639.
- ROOD, MAX (1999), Das Arbeitsrecht im Umbruch – Flucht aus dem Tarifvertrag, *Recht der Arbeit*, 205-207.
- RÜCKERT, JOACHIM (1992), „Frei“ und „sozial“: Arbeitsvertrags-Konzeptionen um 1900 zwischen Liberalismen und Sozialismen, *Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 225-281.
- SCHAUB, GÜNTHER (1996), Entgeltanpassung im Arbeitsverhältnis, *Betriebs-Berater*, 1058-1062.
- SIGEMAN, TORE (1999), Das Arbeitsrecht im Umbruch, *Recht der Arbeit*, 200-204.
- SOLTWEDEL, R. (1997), *Dynamische Märkte – solide soziale Sicherung. Leitlinien der institutionellen Reform*, Gütersloh: Bertelsmann Stiftung.
- THELEN, K. und TURNER L. (1997), *German Codetermination in Comparative Perspective*, Gütersloh.
- THÜSING, GREGOR (2000a), Anmerkung zu BAG vom 21.06.2000 – 5 AZR 806/99, *Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht*, 953-954.
- THÜSING, GREGOR (2000b), Gleicher Lohn für gleichwertige Arbeit, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 570-576.
- WALWEI, ULRICH (1996), Flexibilisierung und Regulierung des Beschäftigungssystems, *Mitteilungen aus der Arbeitsmarkt- und Berufsforschung*, 219-227.
- WANK, ROLF (1996), Empfiehlt es sich, die Regelungsbefugnisse der Tarifvertragsparteien im Verhältnis zu den Betriebsparteien neu zu ordnen? *Neue Juristische Wochenschrift*, 2273-2280.
- WEIZÄCKER, CARL CHRISTIAN (1999), *Logik der Globalisierung*, Göttingen: Vandenhoeck und Ruprecht.
- WIEDEMANN, HERBERT (1999), Tarifvertragliche Öffnungsklauseln. In: ISENHARDT, UDO und PREIS, ULRICH (Hg.), *Arbeitsrecht und Sozialpartnerschaft, Festschrift für Peter Hanau*, Köln: Otto Schmidt, 607-623.

ZÖLLNER, WOLFGANG (1997), Vorsorgende Flexibilisierung durch Vertragsklauseln, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 121-129.

ZÖLLNER, WOLFGANG (2000), Gerechtigkeit im Arbeitsverhältnis. In: KÖBLER, GERHARD, HEINZE, MEINHARD und HROMADKA, WOLFGANG (Hg.), *Europas universale rechtsordnungspolitische Aufgabe im Recht des dritten Jahrtausends, Festschrift für A. Söllner*, München: C.H. Beck, 1297-1323.

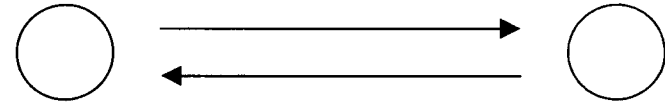
Dimensionen der Entgeltgerechtigkeit

iustitia distributiva



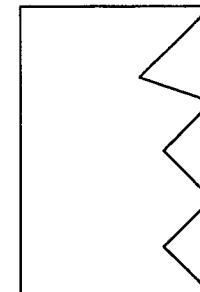
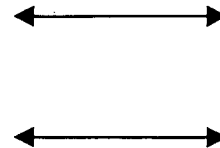
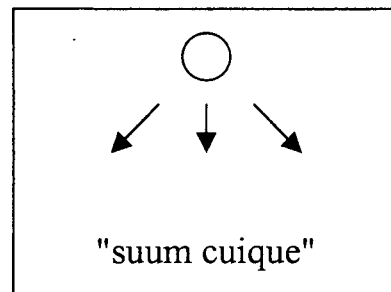
"sum cuique"
(relative Gleichbehandlung)

iustitia commutativa



"do, ut des"
(Freiheit auf Gegenseitigkeit)

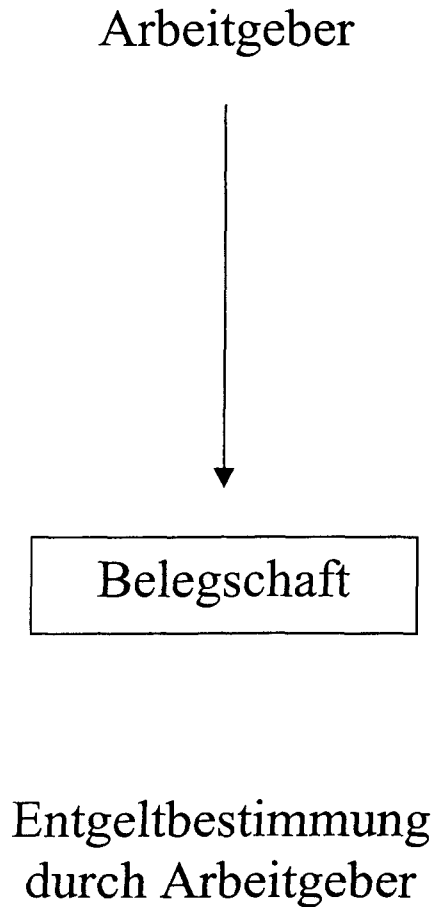
Entgeltgerechtigkeit in Arbeitsverhältnissen



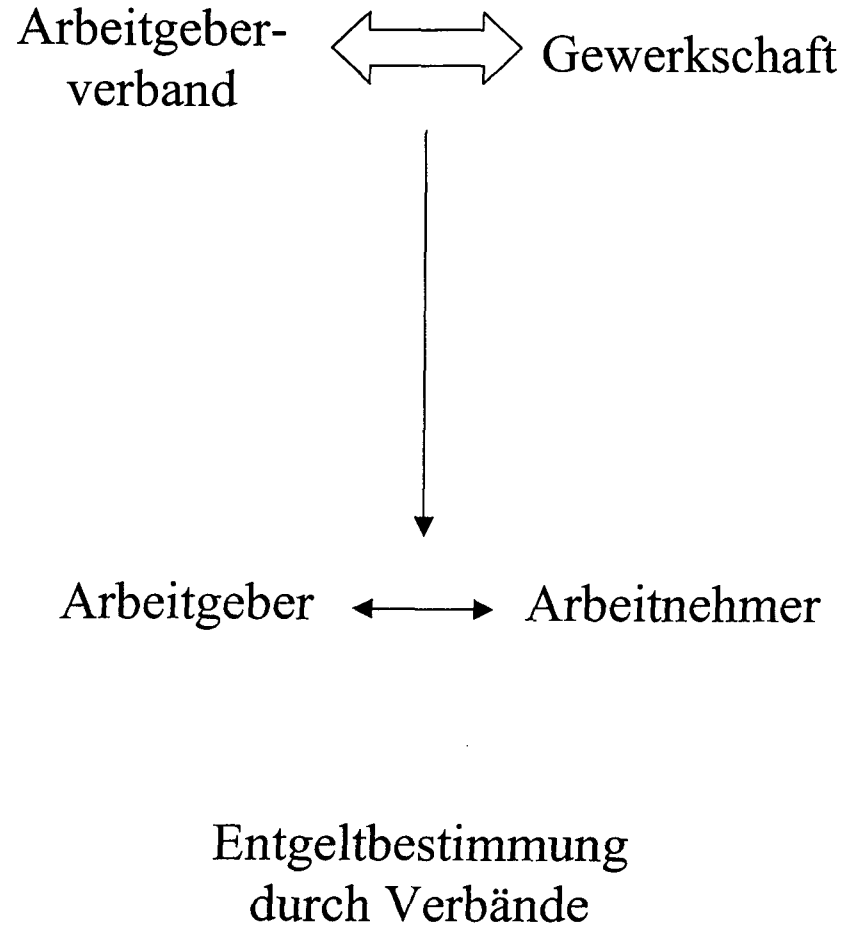
Kooperation im Wettbewerb

Evolution der Entgeltbestimmung

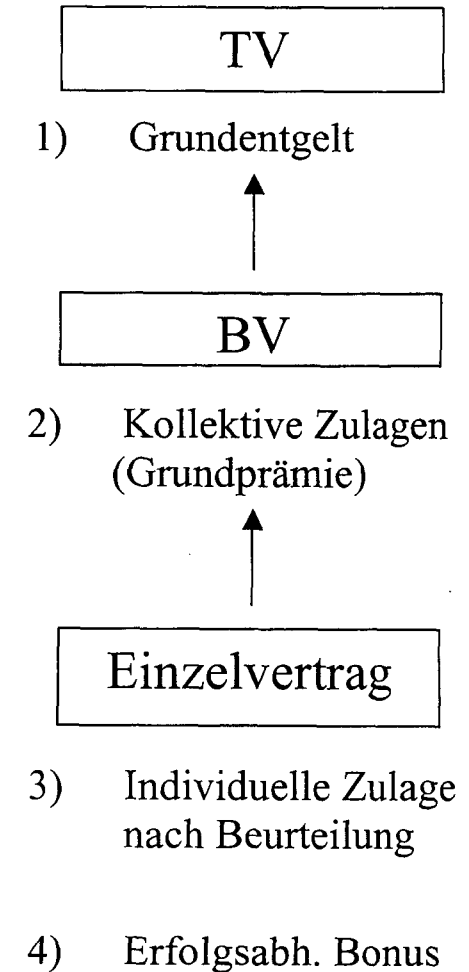
19. Jahrhundert



20. Jahrhundert



21. Jahrhundert



Korreferat zu Hermann Reichold

von Martin Gutzeit

Sie, Herr Professor Reichold, haben eben so eloquent wie grundsätzlich die Strukturen und Grundfragen der Entgeltfindung in den Betrieben nachgezeichnet. Sie fragten nach der Entgeltgerechtigkeit und stellten völlig zu Recht die „iustitia distributiva“ der „iustitia commutativa“ gegenüber – also die zuteilende Gerechtigkeit der ausgleichenden Gerechtigkeit. Diese von Ihnen als Sozial- und Leistungsprinzip benannten Pole werfen denn auch sogleich die entscheidende Frage auf: Wie freiheitlich darf ein Arbeitsrecht sein, wieviel Markt verträgt es, und wieviel Plan braucht es, um der gestörten Vertragsparität gerecht zu werden. Dabei meine ich mit „Plan“ nicht nur den staatlich verfaßten Plan, sondern im Hinblick auf den freiheitlichen Grundansatz jedes nicht von den Arbeitsvertragsparteien selbst legitimierte, sondern von außen kommende Datum.

Das Arbeitsrecht ist im Grundsatz freiheitlich verfaßt. Entgeltregelungen wurden historisch den Tarifvertragsparteien überantwortet. Das Bundesverfassungsgericht benennt die „sinnvolle Ordnung des Arbeitslebens, insbesondere der Lohngestaltung,“ als wesentliche Aufgabe des Tarifvertragssystems¹. Heute jedoch stehen die Tarifpartner in der Kritik, weil sie ihre Aufgabe – zumindest aus Sicht der Ökonomen – schlecht erfüllen. Doch ist das für mich nur eine These, die ich weder verifizieren noch falsifizieren kann. Ich bin kein Ökonom und kann deshalb die Frage nach dem ökonomisch richtigen Lohn – so es ihn denn gibt – nicht beantworten. Mich wundert nur, wenn ich dies einmal etwas ironisch sagen darf, daß offenbar jeder ökonomisch Gebildete in der Lage ist, den „richtigen“ Lohn und das „richtige“ Lohnsystem zu benennen und seltsamerweise nur den Tarifvertragsparteien die erforderliche Einsicht und Erkenntnis fehlt.

Dabei sage ich bewußt Tarifvertragsparteien und nicht nur Gewerkschaft, denn die Arbeitgeber, die ihrerseits selbst Partei eines Tarifvertrages sein können (vgl. § 2 Abs. 1 TVG), verhalten sich auch in diesem Sinne unvernünftig. Und das obgleich doch Jahr für Jahr zahlreiche in der Ökonomie geschulte Jungmanager in die Betriebe strömen.

Daß sich die Arbeitgeber entschuldigend hinter die Tarifverträge und damit letztlich hinter die Gewerkschaften zurückziehen, ändert nichts an der Berechtigung des Vorwurfs. Zahlen einer im Rahmen des DFG-Forschungsprojekts durchgeführten Umfrage belegen das: Nur 38,7%

1 BVerfG vom 18.11.1954 – 1 BvR 629/52 – BVerfGE 4, 96 (107); ferner vom 1.3.1979 – 1 BvR 532, 533/77, 419/78 und 1 BvL 21/78 – BVerfGE 50, 290 (371).

aller Unternehmen wenden überhaupt Tarifverträge an, allerdings – und das sei eingeräumt – beschäftigen diese Unternehmen auch 77% aller Arbeitnehmer. Von diesen Unternehmen wiederum gilt nur für rund 64% der Tarifvertrag kraft eigener Tarifbindung. Hochgerechnet auf alle befragten Unternehmen wirken damit die Tarifnormen für nur 24,7% unmittelbar und zwingend, also normativ. In den übrigen 14% hält die Geißel Tarifvertrag dagegen höchst freiwillig über schlichte Verweisungstechnik Einzug. Und weil sie nur freiwillig Einzug hält, ist sie für den Arbeitgeber eben nichts von außen kommendes, keine – um die Sprache der Betriebswirte zu verwenden – „externe Welt“, sondern ein hausgemachtes, also gerade innerbetriebliches Problem. Und genau auf dieser betrieblichen Ebene sollen nun die ökonomischen Defizite des Flächentarifvertrages durch eine Verlagerung der Kompetenzen weg von den Gewerkschaften hin zu den Betriebsräten aufgefangen werden. Stichwort: Lockerung oder gar Abschaffung des § 77 Abs. 3 BetrVG².

So hat der SACHVERSTÄNDIGENRAT ZUR BEGUTACHTUNG DER GESAMTWIRTSCHAFTLICHEN ENTWICKLUNG etwa in seinem Jahresgutachten 1999/2000³ gefordert: „Die Vorschrift des § 77 Abs. 3 BetrVG sollte abgeschafft werden“.

Etwas moderater hat der Sachverständigenrat diese Forderung in seinem jüngsten Jahregutachten 2000/2001⁴ wiederholt: „Es sollte ... Aufgabe des Gesetzgebers sein, eine Regelung herbeizuführen, nach der die bereits vielfach praktizierten und tauglichen Betriebsvereinbarungen auch dann möglich sind, wenn solche Vereinbarungen von den Tarifvertragsparteien in den Tarifverträgen nicht vorgesehen werden“.

Und die FDP-FRAKTION⁵ hat im Bundestag beantragt, § 77 Abs. 3 BetrVG dahingehend zu ändern, daß „alle Vereinbarungen auf betrieblicher Ebene zwischen Unternehmen und Belegschaftsvertretung möglich sind, die freiwillig geschlossen werden und denen 75% der abstimmenden Mitarbeiter des Unternehmens zugestimmt haben“.

Ein partieller Austausch der Protagonisten also – allerdings begleitet von erheblichen rechtlichen Bauchschmerzen und allenfalls 50%iger Erfolgsgarantie: denn der Arbeitgeber bleibt derselbe. In diesem Zusammenhang ist interessant: Nicht einmal 6% der befragten Unternehmen planen eine sog. „Flucht aus dem Flächentarifvertrag“ oder haben sie in den letzten Jahren vollzogen. Der große Rest scheint also mit dem status quo ganz einverstanden.

2 Konsequent müßte dann auch die zwingende Wirkung des Tarifvertrages nach § 4 Abs. 1 TVG aufgeweicht werden. Doch sind das juristische Folgefragen, die hier nicht näher vertieft werden sollen.

3 (1999), Rn. 360.

4 (2000), Rn. 439.

5 BT-Drucks. 14/2612.

Und ob der Betriebsrat es im ökonomischen Sinne besser macht, ist völlig offen. Das wissen natürlich auch diejenigen, die eine solche Reform einfordern. Überspitzt möchte ich daher behaupten – und hier komme ich zurück zu Aristoteles –: gewollt ist der Plan. Der Betriebsrat soll nicht nur die Kompetenzen bekommen, er soll auch den ökonomisch richtigen Lohn festsetzen helfen: Wider die Gewerkschaften und wider dem Arbeitgeber, die beide nicht hören wollten.

Das sagt selbst das Sachverständigengutachten 1999/2000 ganz deutlich⁶: „Mehr Flexibilität am Arbeitsmarkt setzt die Bereitschaft der Tarifvertragsparteien voraus, neue Regelungen zu erproben. Wenn diese Bereitschaft verweigert wird, sind für die Volkswirtschaft Wege verschlossen, mit denen die Chancen der Arbeitslosen verbessert werden können.“

Ein ökonomisch verfaßter § 77 Abs. 3 BetrVG müßte also lauten: „Der Betriebsrat vereinbart mit dem Arbeitgeber für die Arbeitnehmer die Arbeitsentgelte“, mit dem Zusatz „und zwar so, wie es die Ökonomen gerne hätten“.

Doch selbst wenn man sich von diesem Zusatz verabschiedete, es also bei einer bloßen Kompetenzverlagerung beließe, ist die für den Juristen vordringliche Frage nicht die, ob es der Betriebsrat besser machen würde, sondern ob er es besser machen darf.

Ich meine nein. Die Argumente sind vorgetragen – ich möchte sie nicht alle wiederholen. Im Blickpunkt steht vornehmlich der Schutz der Gewerkschaften vor der viel zitierten „beitragsfreien Ersatzgewerkschaft“ Betriebsrat. Wie mehrfach nachgewiesen wurde, verstieße die völlige Abschaffung des § 77 Abs. 3 BetrVG gegen Art. 9 Abs. 3 GG und wäre daher verfassungswidrig⁷.

In diesem Sinne wurde bereits mit überwältigender Mehrheit auf dem 61. Deutschen Juristentag 1996 in Karlsruhe⁸ der Beschluß gefaßt: „Es empfiehlt sich nicht, die Regelungsbefugnisse der Tarifpartner im Verhältnis zu den Betriebsparteien neu zu ordnen.“ Dieser Beschluß erging mit einer für Juristen seltenen Einmütigkeit von 163 Ja-Stimmen bei nur 7 Enthaltungen und 3 Gegen-Stimmen.

Ich darf ergänzend und wiederum in Anspielung auf Aristoteles hervorheben: noch mehr Plan verträgt das deutsche Arbeitsrecht nicht, wenn es auch freiheitliche Züge bewahren will. Denn der einzelne Arbeitnehmer ist dem Betriebsrat zwangsweise unterworfen; nicht aber der Gewerkschaft. Der Regelungskompetenz des Betriebsrats kann er sich nicht entziehen; aus der Gewerkschaft kann er austreten. Über die Abschaffung des § 77 Abs. 3 BetrVG nähme man ihm die Kompetenz, wesentliche Fragen seines Arbeitsverhältnisses selbst zu regeln.

6 (1999) Rn. 359.

7 Vgl. nur FRIESE (2000), S. 397 ff. m. w. N.

8 (1996) K 193.

Sogar über das Günstigkeitsprinzip ließe sich nach einer mit guten Argumenten vertretenen Ansicht eine von einer Betriebsvereinbarung abweichende Vereinbarung des Arbeitnehmers mit dem Arbeitgeber nicht halten. Eine solche scheiterte vielmehr an der sog. „dritten Dimension des Arbeitsrechts“, die den Ausgleich der divergierenden Interessen der Arbeitnehmer untereinander meint. Nach dieser Lehre findet ein solcher Ausgleich gerade über die Beteiligung des Betriebsrats statt. Eine günstigere einzelvertragliche Vereinbarung muß dann scheitern, soweit sie eben diesem Ausgleich zuwider liefe.

Wirklich privatautonom läßt sich nur das Tarifsysteem erklären. Die Betriebsverfassung hingegen ist eine Staatsveranstaltung. Die in Art. 9 Abs. 3 GG verbürgte negative Koalitionsfreiheit, also das Recht sich von einer Gewerkschaft fernzuhalten, wird denn auch entsprechend dem freiheitlichen Grundanliegen stets hochgehalten. In diesem Sinne muß der Arbeitnehmer aber auch vor dem Betriebsrat bewahrt werden. Einer Zwangsbeglückung muß er sich entziehen können.

Und überdies gebe ich noch ein letztes zu bedenken: Der von manchen Ökonomen geforderte schlichte Austausch der Protagonisten ist m. E. auch nicht durch hinreichende Sachgründe gerechtfertigt. Ein freiheitlich verfaßtes Arbeitsrecht muß es ertragen können, daß Gewerkschaften und Arbeitgeber nicht klüger sind als Ordinarien der Betriebs- oder Volkswirtschaftslehre, daß also ineffiziente Tarifverträge das Arbeitsleben ordnen.

Was bleibt also für den Juristen? Die Antwort mag überraschen. Es gibt viel zu tun.

Denn ich möchte nicht in Abrede stellen, daß das deutsche Arbeitsrecht Ineffizienzen befördert. Die Arbeits- und Tarifvertragsparteien verharren in alten Strukturen, obgleich von Ökonomen vielversprechende Handlungsalternativen aufgezeigt werden. Daß diese in den Betrieben nicht umgesetzt werden, liegt aber zunächst daran, daß das deutsche Arbeitsrecht auf diese neuen Wege noch nicht hinreichend vorbereitet ist. Hier ist es Aufgabe der Rechtswissenschaft, ausgehend von den diskutierten Handlungsoptionen, daß von LÖWISCH als sog. „Arbeitsrechtsrisiko“⁹ bezeichnete Hemmnis abzubauen. Ich darf ergänzen: Mindestens gleich schwer wiegt das Steuerrechts- und vor allem das Sozialversicherungsrechtsrisiko. Bildlich gesprochen kann man sagen: Der ökonomische Ausweg ist juristisch erst am Anfang asphaltiert. Und jegliche Unebenheiten gehen grundsätzlich zu Lasten der Unternehmen, die diesen Weg beschreiten. Schon deshalb scheuen viele Arbeitgeber vor dem an sich Vernünftigen zurück.

Hier muß eine effizient betriebene Rechtswissenschaft ansetzen. Derzeit befördern ökonomische Vorschläge zur Steigerung der Effizienz arbeitsrechtlicher Beziehungen – Stichwort: unvollkommener Vertrag – neue, möglicherweise viel größere Risiken, die ihrerseits wiederum Ineffizienzen nach sich ziehen.

9 LÖWISCH (2000), S. 806.

Damit komme ich zu den rechtlichen Grenzen flexibler Entgeltsysteme, die ein ökonomisch ausgefeiltes Modell zum Einsturz bringen können. Und hier scheint mir neben dem Gleichbehandlungsgrundsatz in seinen verschiedenen Ausprägungen, der Grenzen aus § 138 BGB und vielen anderen Grenzen mehr vor allem eines problematisch: Der Arbeitsvertrag kennt kein Gewährleistungsrecht. Der Arbeitgeber kann nicht mindern oder gar wandeln, wenn der Arbeitnehmer nur schlecht erfüllt. Das ist eine gesetzgeberische Wertung, hinter der der im juristischen Studium immer wieder vorgetragene Grundsatz steht: geschuldet ist grundsätzlich kein Erfolg (der dann schlecht sein kann und zur Minderung berechtigt), sondern nur die Tätigkeit als solche. An Versuchen, das Gewährleistungsrecht etwa über die Figur der sog. qualitativen Unmöglichkeit, in das Arbeitsvertragsrecht hineinzuiinterpretieren, fehlt es freilich nicht. Und der Gesetzgeber selbst hat das Fehlen des Gewährleistungsrechts insofern konterkariert, als er eine an der Leistung orientierte Vergütung grundsätzlich anerkennt. Genannt sei die Provisionsregelung des § 65 HGB für Handlungsgehilfen und § 87 Abs. 1 Nr. 11 BetrVG. Die Diskussion hierüber hat aber erst begonnen.

Ich selbst bin in dieser Frage offen, möchte also nicht abschließend beurteilen, wieviel an eigenem Leistungsrisiko und wieviel an Unternehmensrisiko auf den Arbeitnehmer übertragen werden kann. Denn darum handelt es sich, wenn die Vergütung an Unternehmenskennzahlen oder Kennzahlen der eigenen Leistung festgemacht wird. Diese Ungewißheit ist für Betriebe und Tarifpartner der eigentliche Hemmschuh. Daß derartiges aber in den Griff zu bekommen ist, hat die Arbeitszeitflexibilisierung gezeigt. Nun ist also der nächste Hauptschuldinhalt anzugehen.

Literaturübersicht:

FRIESE, BIRGIT (2000), *Kollektive Koalitionsfreiheit und Betriebsverfassung*, Berlin: Duncker&Humblot.

LÖWISCH, MANFRED (2000), Mögliche arbeits- und sozialrechtliche Beiträge zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit, *Juristenzeitung*, 806-812.

SACHVERSTÄNDIGENRAT ZUR BEGUTACHTUNG DER GESAMTWIRTSCHAFTLICHEN ENTWICKLUNG (1999), *Wirtschaftspolitik unter Reformdruck*, Jahresgutachten 1999/2000, Stuttgart: Metzler-Poeschel.

DERS. (2000), *Chancen auf einen höheren Wachstumspfad*, Jahresgutachten 2000/01, Stuttgart: Metzler-Poeschel.

STÄNDIGE DEPUTATION DES DEUTSCHEN JURISTENTAGES (1996), *Verhandlungen des einundsechzigsten Deutschen Juristentages*, Band II/2, München: C.H.Beck.