

# Soziales Recht

Wissenschaftliche Zeitschrift  
für Arbeits- und Sozialrecht

Herausgegeben von  
Prof. Dr. Olaf Deinert und  
Prof. Dr. Rüdiger Krause,  
Institut für Arbeitsrecht  
der Georg-August-Universität  
Göttingen



in Zusammenarbeit mit



## Abhandlungen

Sonderzahlungen im Wandel von Praxis und Dogmatik

*Ulrich Preis* ..... Seite 101

Die gesetzliche Krankenversicherung im Kräftefeld der Gesundheitspolitik

*Felix Welti* ..... Seite 124

## Rezensionsaufsätze

*Frauke Brosius-Gersdorf*, Demografischer Wandel und Familienförderung

*Stephan Rixen* ..... Seite 133

## Abstracts / Vorschau

Seite 139

# Sonderzahlungen im Wandel von Praxis und Dogmatik

Prof. Dr. Ulrich Preis, Universität zu Köln

## I. Einführung

Sonderzahlungen haben eine lange Tradition im Arbeitsverhältnis. Die Motive der Arbeitgeber, Sonderzahlungen zu gewähren, sind und waren unterschiedlich. Mögen in der Vergangenheit Sonderleistungen aus patriarchalischer Fürsorge, sozialen Motiven oder Treuegedanken im Vordergrund gestanden haben, dürften in der Gegenwart eindeutig die Honorierung der Arbeitsleistung, die Erreichung von Zielvorgaben oder die Beteiligung an Gewinn oder Umsatz dominieren. Die juristische Einordnung der Sonderleistungen stellt sich dabei als permanentes Problem dar. Das Bundesarbeitsgericht hat sogar einen Senat mit der Sonderzuständigkeit »Sonderzahlungen« eingerichtet,<sup>1</sup> was nur bedingt eine gute Idee war, beförderte doch allein diese Sonderzuständigkeit ein Sonderrecht. Denn die Fragen, ob ein Arbeitnehmer einen Rechtsanspruch auf eine bestimmte Leistung erlangt hat oder wie die jeweilige Vertragsgestaltung zu interpretieren ist, sind Grundfragen der Rechtsgeschäftslehre. Die gekünstelte Senatsaufteilung zwischen »Arbeitsentgeltansprüchen« einerseits sowie »Gratifikationen und Sondervergütungen« andererseits ruft schon im Ansatz die Gefahr divergierender Maßstäbe für ein und dasselbe Sachproblem hervor.

So ist es ein seit langem bestehendes Phänomen des Arbeitsvertragsrechts, dass ein Vertragspartner vertraglich nicht fixierte Zusatzleistungen gewährt oder diese unter Freiwilligkeitsvorbehalt stellt. Diese Vertragspraxis ist bei anderen Austauschverhältnissen unbekannt. Dort werden Preise und Rabatte ausgehandelt, und ggf. das berühmte Skonto gewährt, wenn zügig gezahlt wird. In den Arbeitsbeziehungen ist dies anders. Hier hätte der Arbeitgeber die Macht, möglichst geringe Löhne zu diktieren, wenn es keine kollektive Gegenmacht gäbe. Tarifverträge taxieren Mindestlöhne für die Tarifgebundenen und – kraft Allgemeinverbindlichkeit (§ 5 TVG; AEntG) – auch für nicht Tarifgebundene. Diese Mindestlöhne reichen aber bisweilen nicht aus, um Arbeitnehmer mit einem besonderen Marktwert zufriedenzustellen. Oftmals wollen Unternehmen ihre Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter zudem am

Unternehmenserfolg beteiligen. Neben einem erhöhten Grundgehalt sind Zulagen und Sonderzahlungen die Mittel, gut qualifizierte Arbeitnehmer zu gewinnen.

Die Bandbreite erbrachter Sonderzahlungen ist groß; deren Bezeichnung ist unterschiedlich, bisweilen schillernd. Traditionelle Begriffe wie Gratifikation, 13. Monatsgehalt, Jahresabschlussvergütung, Sondervergütung, Weihnachtsgeld u.v.a. Sonderzahlungen sind noch geläufig. Längst ist indes eine kaum noch überschaubare Fülle von Begrifflichkeiten hinzugekommen. Will man eine einigermaßen stimmige Rechtsfindung zu diesem Bereich betreiben, die auch die Vertragsgestaltung zu leiten imstande ist, muss eine klare Dogmatik vorausgehen. Der landläufige Hinweis, Boni oder Sonderzahlungen erfolgten grundsätzlich »freiwillig«, löst kein einziges Rechtsproblem. Banal ist die Aussage, der Arbeitgeber sei grundsätzlich nicht verpflichtet, seinen Arbeitnehmern Sonderzahlungen zu gewähren. Jeder Schuldner muss nur das gewähren, wozu er sich rechtsgeschäftlich verpflichtet hat, es sei denn, es besteht ein anderer (normativer) Verpflichtungstatbestand. Besonders heikel sind die praktisch hoch bedeutenden Fälle, in denen der Arbeitgeber ohne präzise Vertragsgestaltung oder normative Bindung zahlt, weil er eine Rechtsbindung durch bloß faktische Zahlung vermeiden will, sich dann aber mit Ansprüchen aus betrieblicher Übung<sup>2</sup> oder dem Gleichbehandlungsgrundsatz<sup>3</sup> konfrontiert sieht.

Immerhin wurde konsensual herausgearbeitet, dass – unabhängig von dem Grad der rechtsgeschäftlichen Verpflichtung – (freiwillige) Sonderzahlungen keine Geschen-

<sup>1</sup> Heute ist der 10. Senat zuständig für »Gratifikationen, Aktienoptionen und Sondervergütungen, Tätigkeitszulagen und Erschwerniszulagen, ergebnisorientierte Zahlungen und Zielvereinbarungen«, der 5. Senat für »Arbeitsentgeltansprüche einschließlich Naturalvergütungen«, vgl. Geschäftsverteilungsplan 2012 des Bundesarbeitsgerichts.

<sup>2</sup> Zuletzt etwa BAG, 01.04.2009 – 10 AZR 353/08 – AP BGB § 242 Betriebliche Übung Nr. 84; hierzu Preis/Genenger, JbArbR 2010, 93 ff.; Mikosch, FS Düwell, 2012, S. 115.

<sup>3</sup> Vgl. dazu BAG, 28.03.2007 – 10 AZR 261/06 – AP BGB § 611 Gratifikation Nr. 265; BAG, 17.11.1998 – 1 AZR 147/98 – NZA 1999, 606; BAG, 27.10.1998 – 9 AZR 299/97 – NZA 1999, 700; BAG, 18.11.2003 – 1 AZR 604/02 – NZA 2004, 803 zur Zulässigkeit unterschiedlicher Sonderzahlungen aufgrund eines Betriebsübergangs.

ke des Arbeitgebers darstellen, sondern im Rechtssinne Entgeltcharakter haben.<sup>4</sup> Sonderzahlungen sind aber nicht in allen Fällen eine Gegenleistung für die Tätigkeit des Arbeitnehmers. Vielmehr kann der Arbeitgeber ihnen durch entsprechende Vertragsgestaltung einen besonderen Charakter geben. So kann er beispielsweise die Zugehörigkeit des Arbeitnehmers zum Betrieb belohnen oder einen Anreiz geben wollen, auch zukünftig betriebstreu zu sein.<sup>5</sup> Der Zwecksetzung sind kaum Grenzen gesetzt. Insbesondere sog. »Boni« dienen häufig dazu, bestimmte Erfolge zu honorieren. Will man eine gewisse Kategorisierung von Sonderzahlungen leisten,<sup>6</sup> so mögen fünf Grundtypen unterschieden werden.

- **Arbeitsleistungsbezogene Zahlungen** (zB. Übertarifliche Zulagen, Zweckgebundene Zulagen, 13. Gehalt, Weihnachts- und Urlaubsgeld, Anerkennungsprämien (appreciation awards), Anwesenheitsprämien, Zielvereinbarung, Gainsharing, Garantiebonus).
- **Treue** (zB. Treueprämie, Jubiläumsgeld, Halteprämie, Antrittsprämie, Sozialzulagen, etwa nach Familienstand).
- **Absatz- und Umsatzförderung** (zB. Provisionen, Umsatzbeteiligung, Vertriebsboni, Maklerprämie, Akkordprämie).
- **Gewinn- und Erfolgsbeteiligung** (zB. Tantieme, Aktienoptionen, Performance Cash, Performance Shares, Shareholder Wealth Approach, Stock Plans).
- **Soziale Leistungen** (zB. Kindergeld, Arbeitgeberdarlehen, Personalrabatte, Versicherungsprämien).

Diese groben Kategorien sagen noch nichts darüber aus, mit welcher rechtsgeschäftlichen Verbindlichkeit diese Sonderzahlungen versehen sind. Eine soziale Leistung, wie die Vereinbarung über die Zahlung von Versicherungsprämien für den Arbeitnehmer (was übrigens primär in Vorstandsverträgen vorkommt), kann mit dem gleichen Anspruchscharakter versehen sein wie eine Treueprämie oder ein 13. Gehalt. Eine rechtliche Relevanz gewinnen diese Leistungen mit unterschiedlichen Zwecksetzungen jedoch bei der Frage, welche Vorbehalte (insbes. Freiwilligkeits- und Widerrufsvorbehalte) und sonstige Bedingungen (Stichtags- oder Rückzahlungsklauseln) zulässigerweise vereinbart werden können.

## II. Analyse der Rechtsentwicklung

### 1. Die Geburtsstunde der Sonderzahlung

Nicht von dieser Welt ist das Gleichnis der Arbeiter aus dem Weinberg (Matthäus, 20, 1–16). Der zuletzt angeworbene Arbeiter erhält für eine Stunde Arbeit genauso viel Lohn wie diejenigen, die elf Stunden gearbeitet haben. Der Gutsbesitzer beruft sich auf seine Vertragsfreiheit und verfährt nach Gutsherrenart. Wohl wissend, dass damit die vielfältigen Dimensionen des Gleichnisses nicht erschöpft sind, widerstrebt die Verfahrensweise modernem Gerechtigkeitsempfinden. Lohngerechtigkeit ist nicht gewahrt, Willkür hoffähig gemacht. Da es dem Gutsbesitzer freilich darum geht, dass jeder genug zum Leben hat, der arbeiten will, hat das Gleichnis in heutiger Sicht eher mit dem modernen Sozialstaat als mit gerechter Lohnfindung für geleistete Arbeit zu tun. Wer sich, wie die Arbeiter im Weinberg, für den Arbeitsmarkt bereit hält, erhält im Sozialstaat Deutschland eine Grundsicherung (§ 1 SGB II).

Im Arbeitsleben sollen dagegen die Prinzipien Äquivalenz (»Lohn für Arbeit«) und der Gleichbehandlung (»gleicher Lohn für gleiche Arbeit«) gelten. Als moderne Prinzipien sind die Grundsätze der Transparenz und der Fairness hinzugekommen. Dem Arbeitnehmer sollen die Grundlagen seiner Vergütung deutlich werden, damit erkennbar wird, welche Vergütung er für welche Leistung verlangen kann. Unfaire Klauseln, die dem Arbeitnehmer die versprochene Vergütung, ggf. rückwirkend, entziehen, sollen aus den Verträgen eliminiert werden.

Im Arbeitsleben haben wir von der Geburtsstunde der Lohnzahlung an mit den gleichen Problemstellungen zu kämpfen: Gleichheitswidrige und diskriminierende Entlohnung, Hungerlöhne<sup>7</sup>, Versagung der Vergütung trotz geleisteter Arbeit (Stichwort: Pauschalabgeltung von Mehrarbeit)<sup>8</sup> und willkürliche Freiwilligkeit<sup>9</sup>. Leider gibt es auch

4 BAG, 05.08.1992–10 AZR 88/90 – AP BGB § 611 Gratifikation Nr. 143; BAG, 28.09.1994–10 AZR 697/93 – EzA BGB § 611 Gratifikation, Prämie Nr. 114; vgl. auch BAG, 10.05.1995–10 AZR 648/94 – EzA BGB § 611 Gratifikation, Prämie Nr. 125; BAG, 17.04.1996–10 AZR 558/95 – AP BGB § 611 Kirchendienst Nr. 24; BAG, 23.10.2002–10 AZR 48/02 – EzA BGB § 611 Gratifikation, Prämie Nr. 169; HZA/Lipke/Dreher, Gruppe 3 Rn. 1.

5 Ausführlich Hanau/Vossen, DB 1992, 213 ff.

6 Anschaulich der Überblick bei Gaul, DB 1994, 494 ff.

7 Siehe schon Lotmar, Der Arbeitsvertrag, Erster Band, Leipzig 1902, S. 171 f.

8 Hierzu BAG, 01.09.2010–5 AZR 517/09 – NZA 2011, 575 und zuletzt BAG 22.02.2012–5 AZR 765/10 – EzA-SD 2012, Nr. 13, 7.

9 BAG, 25.04.2007–5 AZR 627/06 – NZA 2007, 853.

heute noch Vertragspraktiken zuhauf, die die genannten Missstände miteinander kombinieren.

## 2. Erste dogmatische Schwierigkeit: Unverbindliche Gratifikation oder Zusatzgehalt?

Noch zu Beginn des letzten Jahrhunderts schienen Sonderzahlungen in der Dogmatik des Arbeitsvertrags nahezu unbekannt. In dem monumentalen Werk von *Lotmar* finden sich keine Ausführungen hierzu, obwohl eine große Bandbreite von Geldvergütungen (in Abgrenzung zur Naturalvergütung) Erwähnung findet.<sup>10</sup> Bei *Lotmar* stand in seinem Werk primär im Zentrum, den synallagmatischen Charakter des Arbeitsvertrages herauszuarbeiten. In diesem, zum Teil begrifflich gestalteten Bild, hatte die nicht synallagmatische Zusatzleistung keinen Platz.

Soweit ersichtlich, tritt die Sonderzahlung des Weihnachtsgeldes erstmals im Jahre 1905 beim Berliner Kaufmannsgericht<sup>11</sup> in forensische Erscheinung, mit der die Problematik der rechtsgeschäftlichen Bindung bei »vertragslosen« Sonderzahlungen thematisiert wurde. Der schillernde Begriff der »Gratifikation« vermochte genauso wenig juristischen Aufschluss zu liefern wie der heute geläufige Begriff des »Bonus«. Zieht man einmal die Standardwerke von *Hueck/Nipperdey*<sup>12</sup> und *Nikisch*<sup>13</sup> zu Rate, so liefern die Autoren bis in die 1960er Jahre lediglich eine Beschreibung des Phänomens. Die Gratifikation sei eine »neben dem gewöhnlichen Lohn gewährte besondere Vergütung, die der Arbeitnehmer aus besonderem Anlass oder bei besonderer Gelegenheit (Weihnachten, Neujahr, Geschäftsabschluss usw.)« erhalte. *Alfred Hueck*<sup>14</sup> verweist darauf, dass die Weihnachtsgratifikation schon vor dem Ersten Weltkrieg bei bestimmten Arten von Arbeitnehmern, etwa Hausangestellten, Bankbeamten, Kontorangestellten, vielfach üblich war und sich inzwischen bei allen Arten von Arbeitnehmern immer mehr eingebürgert habe. Die Gratifikation werde zur »Anerkennung geleisteter Dienste und als Zeichen der Verbundenheit von Arbeitnehmer und Arbeitgeber« gewährt. Als Weihnachtsgratifikation solle sie dem Arbeitnehmer eine besondere Festtagsfreude machen und eine Beihilfe für vermehrte Ausgaben im Zusammenhang mit den Festtagen sein. Zugleich könne sie ein Ansporn zu weiterem Verbleiben im Betrieb und zukünftiger treuer Arbeit sein. Diese deskriptiven Erläuterungen gingen vielfach nicht einher mit hinreichender dogmatischer Einordnung. Hauptpro-

blem war die vielfach fehlende Rechtsgrundlage für einen Rechtsanspruch auf eine Gratifikation. Im Lichte dieser Schwierigkeiten wurden die Institute der betrieblichen Übung und des Gleichbehandlungsgrundsatzes insbesondere am Beispiel der Gratifikation entwickelt. Das Institut der betrieblichen Übung führte in den Anfängen der BAG-Rechtsprechung vielfach zu Rechtsansprüchen der Arbeitnehmer.<sup>15</sup> Immerhin bestand weitgehend Einigkeit, dass Gratifikationen keine Geschenke sind.<sup>16</sup> Im Jahre 1961 vermerkt *Nikisch*,<sup>17</sup> dass sich der Charakter der Gratifikation im Laufe der Zeit erheblich verändert habe, zumal sich viele Arbeitgeber zur Zahlung von Gratifikationen verpflichtet hätten.

Seit Beginn der Rechtsprechung zum Arbeitsrecht kämpfen die Gerichte mit der juristischen Qualifikation der Gratifikation. Schon in seiner ersten Entscheidung musste das BAG über die Rückforderung einer bereits ausgezahlten Gratifikation entscheiden, die der Arbeitgeber zurückgewährt haben wollte, weil die Arbeitnehmerin entgegen der (konkludent) vorausgesetzten Zwecksetzungen doch den Arbeitgeber gewechselt hat.<sup>18</sup> Das BAG forderte seinerzeit klare Regelungen, aus denen die jeweiligen Zwecksetzungen zu entnehmen seien. Diese klaren Regelungen folgten mit Freiwilligkeitsvorbehalten und Stichtagsregelungen, die das BAG in der Folge anerkannte.<sup>19</sup>

<sup>10</sup> *Lotmar* (Fn. 7), S. 153 ff.

<sup>11</sup> Kaufmannsgericht Berlin 27.03.1905, Jahrbuch des Kaufmannsgericht Berlin, Bd. I, 1908, S. 279.

<sup>12</sup> 7. Aufl. 1963, S. 305 ff.

<sup>13</sup> 3. Aufl. 1961, S. 409 ff.

<sup>14</sup> AaO. (Fn.12), S. 306.

<sup>15</sup> BAG, 17.04.1957–2 AZR 411/54 – AP BGB § 611 Gratifikation Nr. 5 und 6. Ansprüche aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz scheiterten dagegen zu meist: BAG, 04.10.1956–2 AZR 213/54 – AP BGB § 611 Gratifikation Nr. 4; BAG, 03.04.1957–4 AZR 644/54 – AP BGB § 242 Gleichbehandlung Nr. 4; BAG, 05.12.1957–2 AZR 474/55 – AP BGB § 242 Gleichbehandlung Nr. 13; BAG, 27.06.1958–1 AZR 589/57 – AP BGB § 611 Gratifikation Nr. 7; BAG, 24.10.1958–2 AZR 244/55 – AP BGB § 611 Gratifikation Nr. 8; BAG, 18.06.1960–5 AZR 31/59 – AP BGB § 611 Gratifikation Nr. 16; BAG, 08.12.1960–5 AZR 535/59 – AP BGB § 611 Gratifikation Nr. 20; BAG, 04.05.1962–1 AZR 250/61 – AP BGB § 242 Gleichbehandlung Nr. 32; BAG, 13.03.1964–5 AZR 293/63 – AP BGB § 611 Gratifikation Nr. 34; BAG, 29.03.1965–5 AZR 6/65 – AP BGB § 611 Gratifikation Nr. 52; eine ausnahmsweise stattgebende Entscheidung in BAG, 14.02.1974–5 AZR 235/73 – AP BGB § 611 Gratifikation Nr. 79.

<sup>16</sup> Ausdrücklich bereits das BAG in seiner ersten Entscheidung BAG, 29.06.1954–2 AZR 13/53 – AP BGB § 611 Gratifikation Nr. 1.

<sup>17</sup> AaO. (Fn. 13), S. 410.

<sup>18</sup> BAG, 29.06.1954–2 AZR 13/53 – AP BGB § 611 Gratifikation Nr. 1.

<sup>19</sup> BAG, 04.10.1956–2 AZR 213/54 – AP BGB § 611 Gratifikation Nr. 4; BAG, 27.06.1958–1 589/57 – AP BGB § 611 Gratifikation Nr. 7.

Welche Rechtsqualität die Sondervergütung im Einzelfall hat, ist durch Auslegung zu ermitteln. Allmählich entwickelte sich die Linie, dass vorrangig dem Wortlaut der Zusage zu entnehmen sein muss, unter welchen Voraussetzungen ein Anspruch entsteht oder gekürzt werden kann bzw. gänzlich ausgeschlossen ist.<sup>20</sup> Doch soll bis zum heutigen Tage subsidiär auf den Zweck der Sondervergütung abgestellt werden.<sup>21</sup> Freilich verlangt das BAG nunmehr deutliche Anhaltspunkte im Wortlaut der Abrede, sei es in individualvertraglichen oder kollektivvertraglichen Vereinbarungen.<sup>22</sup> Die Rechtsprechung unterschied insoweit zwischen Jahressonderzahlungen mit reinem Entgeltcharakter, zur Belohnung vergangener oder künftiger Betriebstreue sowie solchen mit »Mischcharakter«. Dies führte jedoch zu keiner überzeugenden Abgrenzung. So wurde in der früheren Rechtsprechung der Bezeichnung der Jahressonderzahlung für ihre Zweckbestimmung allenfalls Indizcharakter beigegeben.<sup>23</sup> Und schon über die Verwendung der Begriffe herrschte Uneinigkeit.<sup>24</sup> Die Bezeichnung als Weihnachtsgratifikation oder Weihnachtsgeld brachte bis zuletzt keine Klärung.<sup>25</sup> Hauptgrund hierfür ist die unklare und widersprüchliche Vertragsgestaltung der Arbeitsvertrags- und Kollektivparteien. Hier zeichnet sich die Lösung ab, dass durch die klare Wortlautorientierung, die Beachtung der Unklarheitenregel und die Elimination unfairer Klauseln eine klarere Linie in die Rechtsprechung gebracht wird (hierzu unter II. 7. und 8.).

### 3. Weitreichende Freiwilligkeit und Zwecktheorien

Die Rechtsprechung des BAG schien sehr davon geprägt, dass die im Vordergrund stehende Weihnachtsgratifikation eine »freiwillige« Leistung ist. Dies hat zunächst zu einer recht sorglosen Anspruchsverneinung geführt, wenn der Arbeitgeber sich nicht ausdrücklich, kraft betrieblicher Übung oder in Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes gebunden hat. Letztlich konnten alle relativierenden Klauseln vereinbart und miteinander kombiniert werden (Freiwilligkeits-, Rückzahlungs-, Stichtags-, Bindungs- und Betriebstreueklauseln).<sup>26</sup> Selbst wenn ein »13. Gehalt als Weihnachtsgeld« zugesagt war, anerkannte das BAG den Freiwilligkeitsvorbehalt und behandelte die Fälle – unverständlicherweise – nach den Grundsätzen der betrieblichen Übung.<sup>27</sup> Der weitreichenden Freiwilligkeit setzte das BAG in einer Entscheidung vom 5.6.1996<sup>28</sup> die Krone

auf, in der es bei einer extrem widersprüchlichen Vertragsgestaltung völlig intransparente Freiwilligkeitsvorbehalte akzeptierte. Dabei gab es sogar die – heutigen Transparenzmaßstäben genügende – Entscheidung des BAG vom 26.06.1975<sup>29</sup> auf, in der das BAG wenigstens erkannt hatte, dass ein Freiwilligkeitsvorbehalt in Gratifikationszusagen den Anspruch im Allgemeinen nur für die Zukunft und nicht für den gegenwärtigen Bezugszeitraum ausschließt; außerdem konstatierte das BAG noch 1975, dass der Ausschluss von Arbeitnehmern in gekündigter Stellung von der Gratifikationsgewährung eindeutig vereinbart sein müsse und nicht bereits zwangsläufig aus dem allgemeinen Freiwilligkeitsvorbehalt folge. Die diese Grundsätze umkehrende Entscheidung des BAG vom 05.06.1996 lässt sich auf den Nenner bringen, dass auch völlig intransparente Freiwilligkeitsvorbehalte bei widersprüchlicher Vertragsgestaltung einen Anspruch des Arbeitnehmers auf Sonderzahlung ausschließen. Mit einer gewissen Zuspitzung lässt sich sagen, dass der Senat das »Hohelied der Freiwilligkeit« angestimmt hat, ohne auch nur leiseste Zweifel zuzulassen, obwohl diese schon hörbar geäußert wurden.<sup>30</sup>

Die schon begrifflich weitgehende Verunsicherung im Thema Sonderzahlungen hat die Rechtsprechung durch die zeitgleich erfolgende Entwicklung einer Zwecktheorie verstärkt. Diese Zweckbetrachtung stellte das BAG im Ergebnis zeitweise über den Wortlaut der Vereinbarung.<sup>31</sup>

20 BAG, 14.03.2012 – 10 AZR 112/11 – FA 2012, 187.

21 Zuletzt BAG, 18.01.2012 – 10 AZR 667/10 – DB 2012, 1332.

22 BAG, 14.03.2012 – 10 AZR 112/11 – FA 2012, 187.

23 BAG, 13.06.1991 – 6 AZR 421/89 – EzA BGB § 611 Gratifikation, Prämie Nr. 86; BAG, 07.11.1991 – 6 AZR 489/89 – EzA BGB § 611 Gratifikation, Prämie Nr. 87; BAG, 03.03.1993 – 10 AZR 42/92 – NZA 1993, 805; BAG, 23.05.1984 – 5 AZR 398/82 – nv.

24 Vgl. die wechselhafte Einordnung der Bezeichnung »Weihnachtsgeld« BAG, 30.03.1994 – 10 AZR 134/93 – NZA 1994, 651 und »Weihnachtsgratifikation« BAG, 21.12.1994 – 10 AZR 832/93 – EzA BGB § 611 Gratifikation, Prämie Nr. 119.

25 BAG, 21.05.2003 – 10 AZR 408/02 – EzA BGB 2002 § 611 Gratifikation, Prämie Nr. 8; BAG, 18.01.2012 – 10 AZR 667/10 – DB 2012, 1332.

26 Etwa BAG, 12.01.2000 – 10 AZR 840/98 – NZA 2000, 944; BAG, 05.06.1996 – 10 AZR 883/95 – NZA 1996, 1028.

27 BAG, 02.09.1992 – 10 AZR 536/90 – EzA BGB § 611 Gratifikation, Prämie Nr. 95; kritisch hierzu Vossen, FS Stahlhacke, 1995, S. 617 ff.

28 BAG, 05.06.1996 – 10 AZR 883/95 – NZA 1996, 1028.

29 BAG, 26.06.1975 – 5 AZR 412/74 – AP BGB § 611 Gratifikation Nr. 86.

30 Diese wurden geäußert in Preis, Grundfragen der Vertragsgestaltung, zugl. Köln, Univ., Habil.-Schr. 1992, S. 414; ders., FS Kissel, 1994, S. 879, 884 ff.

31 Das verdeutlicht auch Krause, in: Richardi/Wißmann/Wlotzke/Oetker (Hrsg.), Münchener Hdb. zum Arbeitsrecht, Bd. I, 3. Aufl., München 2009, § 59 Rn. 7 ff.

Besonders problematisch entwickelte sich die Erfindung des »Mischcharakters« einer Sondervergütung. Unproblematisch ist es noch, einer Sondervergütung den sog. »reinen Entgeltcharakter« beizumessen mit der dogmatischen Konsequenz, dass durch diese ausschließlich die tatsächlich erbrachte Arbeitsleistung im Bezugsjahr vergütet wird. Diese wird also, wie die laufende Arbeitsvergütung, in den jeweiligen Abrechnungsmonaten verdient, jedoch aufgespart und erst am vereinbarten Fälligkeitstag ausbezahlt.<sup>32</sup> Doch kann eine Sondervergütung auch derart ausgestaltet sein, dass mit ihr ausschließlich vergangene und/oder künftige Betriebstreue belohnt wird (Gratifikation im engeren Sinne). Vergangene Betriebstreue (= ununterbrochene Betriebszugehörigkeit in der Vergangenheit) wird vergütet, wenn es für den Anspruch auf die Sonderzahlung ausschließlich auf den rechtlichen Bestand des Arbeitsverhältnisses zu einem bestimmten Stichtag ankommt.<sup>33</sup> Sondervergütungen, mit denen ausschließlich Betriebstreue, nicht aber zusätzlich Arbeitsleistung honoriert werden soll, sind selten. Die größte Bedeutung haben in der Rechtsprechung Sondervergütungen mit sog. »Mischcharakter« erlangt, die sowohl die im Bezugsjahr erbrachte Arbeitsleistung als auch die in der Vergangenheit und/oder Zukunft erwiesene Betriebstreue bzw. Betriebszugehörigkeit belohnen sollten. Dieser so unscheinbar daher kommende Begriff des Mischcharakters hat – in Kombination mit dem Freiwilligkeitstheorem – für die Anspruchssituation des Arbeitnehmers die größten Nachteile gebracht.<sup>34</sup>

Dies zeigt sich zunächst an den – später aufgegebenen – Entscheidungen des BAG vom 18. 1. 1978<sup>35</sup>, in denen einer tariflichen Sonderzahlung der doppelte Zweck (Entgelt und Betriebstreue) unterstellt und deshalb einem ganzjährig erkrankten Arbeitnehmer der Anspruch versagt wurde, weil er keine Arbeitsleistung erbracht hat, obwohl er »betriebstreue« war und die Anspruchsvoraussetzungen keinerlei Einschränkungen vorsahen. War der Fall einmal umgekehrt, wurde also Arbeitsleistung, aber keine Betriebstreue erbracht, entschied das BAG auch – gegen die schriftlichen Vereinbarungen – gegen den Anspruch des Arbeitnehmers. Dies zeigt die – unveröffentlichte – Entscheidung des BAG von 1981, in der der Begriff des Mischcharakters erstmals vorkommt.<sup>36</sup> In diesem Fall war dem Arbeitnehmer die Teilnahme an einem so genannten Vermögensbildungssystem einschränkungslos zugesagt worden. Einzelheiten waren »nicht schriftlich niedergelegt«. Der Rechtsstreit drehte sich um die Frage, ob der

Arbeitnehmer die zu leistende Gewinnbeteiligung auch in dem Jahr verlangen konnte, in dem er kraft Eigenkündigung ausschied. Dem BAG genügte für die Einschränkung der uneingeschränkten Zusage, dass der Arbeitgeber bislang immer so verfahren sei. Es heißt wörtlich, dass es sich bei dem zu zahlenden Gewinnanteil »um eine Sondervergütung mit Mischcharakter, die nach Gratifikationsgrundsätzen zu beurteilen« sei, handele. Nur über die tatsächliche Unterstellung, dem Arbeitnehmer sei die Praxis bekannt gewesen und mit Hilfe des erfundenen Begriffs des Mischcharakters wurde der Anspruch des Arbeitnehmers versagt. Dieser weithin unbekannt gebliebene Fall ist durchaus symptomatisch für die folgende Rechtsprechung des BAG. Mithilfe des Begriffes »Mischcharakter« wurde der Arbeitnehmer auch solcher Ansprüche beraubt, die eine eindeutige vertragliche Grundlage hatten. Überdies spitzte die Rechtsprechung das bis heute nicht vollständig gelöste Problem unfairer Vertragsbedingungen zu. Dadurch, dass der Arbeitgeber die Vergütung von Arbeitsleistung sowie die Honorierung der Betriebstreue zum Gegenstand der Vereinbarung machen konnte, entfiel die schon verdiente Sondervergütung auch dann, wenn der Arbeitnehmer zu einem bestimmten Fälligkeitszeitpunkt nicht mehr in einem »ungekündigten« Arbeitsverhältnis stand. Dem wurde die Krone dadurch aufgesetzt, dass die Rechtsprechung diese Konsequenz selbst bei einer betriebsbedingten Kündigung durch den Arbeitgeber billigte, also nicht der Arbeitnehmer, sondern der Arbeitgeber die Betriebstreue verletzt hat.

Bei »Jahressonderzuwendungen mit Mischcharakter« ließ das BAG<sup>37</sup> – entgegen zwischenzeitlich anderslautender Rechtsprechung – zudem Anwesenheitsprämien zu. Es sei mit dem Doppelzweck vereinbar, wenn der Bezug der Sonderzuwendung von ständiger Betriebsanwesenheit abhängig sei und damit die Zuwendungen teilweise den

32 BAG, 19.04.1995–10 AZR 136/94 – NZA 1996, 133; BAG, 11.10.1995–10 AZR 984/94 – NZA 1996, 432.

33 BAG, 18.01.1978–5 AZR 56/77 – AP BGB § 611 Gratifikation Nr. 92; BAG, 13.06.1991–6 AZR 421/89 – EzA BGB § 611 Gratifikation, Prämie Nr. 86.

34 Siehe auch HzA-Lipke/Dreher, Gruppe 3, Rn. 21 mwN.: Damit war es selbst möglich, »verdiente« Lohnanteile nachträglich zu entziehen.

35 BAG, 18.01.1978–5 AZR 56/77 – AP BGB § 611 Gratifikation Nr. 92; BAG, 18.01.1978–5 AZR 685/77 – AP BGB § 611 Gratifikation Nr. 93.

36 BAG, 30.10.1981–5 AZR 419/79 – juris.

37 BAG, 15.02.1990–6 AZR 381/88 – AP BGB § 611 Anwesenheitsprämie Nr. 15; unter Aufgabe von BAG, 19.05.1982–5 AZR 466/80 – AP BGB § 611 Anwesenheitsprämie Nr. 12.

Charakter einer Anwesenheitsprämie erhielten. Freilich begrenzte der Senat die Reichweite der Anwesenheitsprämie nach Billigkeitskriterien, die später durch § 4a EFZG abgelöst wurden. Schließlich folgte eine komplizierte Rechtsprechung unter Bezugnahme auf den Mischcharakter zum Schicksal der Sonderzuwendungen bei vorzeitigem Ausscheiden, Fehlzeiten und Ruhenstatbeständen.<sup>38</sup> In der Tendenz erlaubte die Rechtsprechung die Kombination verschiedenster Anspruchsvoraussetzungen und Zwecke, an deren Bedingungen die Zahlung einer (auch) verdienten Sonderzahlung scheitern konnte.<sup>39</sup>

Besonderes Aufsehen erweckte die Entscheidung des BAG vom 25.04.1991<sup>40</sup>, mit der die anderslautende Rechtsprechung des BAG vom 13.09.1974<sup>41</sup> aufgegeben wurde. Danach konnten Arbeitnehmer bei einer Gratifikation mit Mischcharakter, die zur Voraussetzung ein am Stichtag 30. November des Jahres ungekündigtes Arbeitsverhältnis verlangt, auch dann von der Zahlung ausgeschlossen werden, wenn der Arbeitgeber betriebsbedingt gekündigt hatte. Der 6. Senat verneinte die Unbilligkeit, obwohl die Gratifikation »auch« Entgeltcharakter habe und dem Arbeitnehmer die »verdiente« Zuwendung aus Gründen genommen werde, die nicht seiner Beeinflussung unterliegen. Formal stellte sich der Senat auf den Standpunkt, dass bei einer Gratifikation mit Mischcharakter keineswegs der Entgeltcharakter im Vordergrund stehe, sondern alle Voraussetzungen gleichwertig seien.

Insgesamt hat die Rechtsprechung eine sinnvolle Struktur nicht erlangen können.<sup>42</sup> Es ist ohne Notwendigkeit ein Richterrecht geschaffen worden,<sup>43</sup> das weder Rechtssicherheit noch gerechte Einzelfallentscheidung hervorbrachte. Dies zeigt sich insbesondere in den Fällen, in denen eine klare Zwecksetzung fehlte. In einer Entscheidung ging das BAG davon aus, dass eine Sonderzahlung mit Entgeltcharakter vorliege.<sup>44</sup> In einer anderen Entscheidung meinte das Gericht, es solle ausschließlich die Betriebstreue belohnt werden,<sup>45</sup> nach einer dritten Entscheidung sollen beide Zwecke verfolgt werden.<sup>46</sup> Es erweist sich, dass die Zweckbetrachtungslehre des BAG der vergangenen Jahrzehnte an ihre Grenzen gestoßen ist. Sie wird in der Rechtsprechungspraxis de facto seit einigen Jahren auch nicht mehr praktiziert. Unter der Herrschaft der Grundsätze des AGB-Rechts gelten andere Maximen als das wenig nachvollziehbare Hineininterpretieren irgendwelcher Zwecke in Sonderzahlungsabreden.

#### 4. Großzügige Anerkennung von Vorbehalten zur Verhinderung betrieblicher Übung

Nachdem anfänglich einige Entscheidungen des BAG anzutreffen waren,<sup>47</sup> die – bei einem nicht hinreichend erklärten Vorbehalt – Ansprüche auf Sonderzahlungen für die Zukunft aus einer Bindung kraft betrieblicher Übung herleiteten, zeigt der weitere Verlauf der Entwicklung, dass immer mehr Auswege aus dem ungeliebten Institut unter weitgehender Anerkennung (konkludenter) Vorbehalte gesucht (und gefunden) wurden.

Ein Anspruch aus betrieblicher Übung entsteht nicht, wenn der Arbeitgeber bei jeder Leistungsgewährung nur unter Vorbehalt zahlt und hinreichend deutlich macht, dass er jedes Jahr neu über die zusätzliche Leistung entscheiden will. Dies ist auf der Basis rechtsgeschäftlicher Prinzipien durchaus zutreffend. Die Rechtsprechung zeigte sich aber im Verlauf der Rechtsprechungsentwicklung bei der Annahme eines vertrauenzerstörenden Vorbehalts immer großzügiger. Schon wenn der Arbeitgeber eine freiwillige Leistung (Weihnachtsgeld) jährlich in unterschiedlicher Höhe »nach Gutdünken« gewährte, wertete dieses der 10. Senat 1996 als Vorbehalt, diese Leistung nur für das jeweilige Jahr zu zahlen.<sup>48</sup> Auch der Vorbehalt der jährlichen Prüfung einer Gehaltsanpassung steht dem Entstehen einer betrieblichen Übung entgegen.<sup>49</sup> Die Erklärung, dass eine (freiwillige) Arbeitsbefreiung (Rosenmontag, Brauchtumstage, Heiligabend) »auch in diesem Jahr« bzw. für das »laufende Jahr« gewährt wird, zerstörte schon ein

38 Hierzu instruktiv *Hanau/Vossen* (Fn. 5), 213; *HZA-Lipke/Dreher*, Gruppe 3, Rn. 170 ff.; *Krause*, in: Münchener Hdb. zum Arbeitsrecht (Fn. 31), § 59.

39 BAG, 10.01.1991 – 6 AZR 205/89 – AP BGB § 611 Gratifikation Nr. 136.

40 BAG, 25.04.1991 – 6 AZR 183/90 – AP BGB § 611 Gratifikation Nr. 138; bestätigt durch BAG, 19.11.1992 – 10 AZR 264/91 – AP BGB § 611 Gratifikation Nr. 147.

41 BAG, 13.09.1974 – 5 AZR 48/74 – AP BGB § 611 Gratifikation Nr. 84.

42 Kompliziert und verwirrend: *Hanau/Vossen* (Fn. 5), 213; *Winterfeld*, SAE 1992, 37; kritisch auch *Henssler*, Gemeinsame Anmerkung zu EzA BGB § 611 Gratifikation, Prämien Nr. 84 und 85; *Schiefer*, NZA 1993, 1015 und NZA 2000, 561; die Rechtsprechung verteidigt *Dörner*, RdA 1993, 24.

43 Anders *HZA-Lipke/Dreher*, Gruppe 3 Rn. 43 f.

44 BAG, 08.11.1978 – 5 AZR 358/77 – BB 1979, 423.

45 BAG, 08.02.1978 – 5 AZR 756/76 – AP BGB § 611 Gratifikation Nr. 94.

46 BAG, 18.01.1978 – 5 AZR 56/77 – AP BGB § 611 Gratifikation Nr. 92.

47 Vgl. die Nachweise in Fn. 15.

48 BAG, 28.02.1996 – 10 AZR 516/95 – AP BGB § 611 Gratifikation Nr. 192.

49 LAG Düsseldorf, 09.07.1997 – 11 Sa 164/97 – LAGE BGB § 242 Betriebliche Übung Nr. 21.

Vertrauen auf Weitergewährung.<sup>50</sup> Schutzwürdiges Vertrauen soll auch dann nicht entstehen, wenn die jährliche Leistung erkennbar als nicht ins Gewicht fallende Annehmlichkeit (»eine kleine Freude«: Sonderzahlung oder Sachgeschenk im Werte von seinerzeit DM 100,-) ausgestaltet ist.<sup>51</sup>

Resümierend muss man feststellen, dass die Rechtsprechung zwischen 1990 und 1997 – auch gegenüber der anfänglichen Rechtsprechung – nahezu provozierend weitreichende Entscheidungen zu Freiwilligkeitsvorbehalten getroffen hat. Eine abgewogene Betrachtung zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerinteressen war nicht mehr feststellbar.

## 5. Flucht (?) in die Wortlautauslegung

Die ausufernde Zweckbetrachtung in der Rechtsprechung des BAG führte zu einer immer komplexer werdenden Rechtslage. Sichtbar wurde dies an Dissertationen, die in den 1990er Jahren erstellt wurden.<sup>52</sup> Freilich hat der 10. Senat im gleichen Zeitraum das Ruder teilweise herumgerissen und eine Rechtsprechungsänderung bewirkt, die sich im Lichte der Ausführungen zu 2. und 3. nur zum Teil konsistent erklären lässt. Angesprochen ist hier die Flucht in die Wortlautauslegung gegen eine an Zwecktheorien orientierte Rechtsfindung. Diese Rechtsentwicklung traf zunächst die Auslegung von Sonderzahlungen, die in Tarifverträgen normiert waren.<sup>53</sup> Eine Konsistenz zur Rechtsprechung bei vertraglichen Regelungen lässt sich allenfalls insoweit herleiten, als nunmehr unbedingt auf den Wortlaut abgestellt wurde, mag er auch intransparent, aber für den filigran suchenden Juristen erkennbar geworden sein. Hierdurch kam es dann zum Teil bei Tarifverträgen zu überraschenden Entscheidungen zugunsten der Arbeitnehmer, was wiederum lautstarken Protest hervorrief.

Unter Aufgabe der Rechtsprechung vom 18.01.1978<sup>54</sup> entschied das BAG am 05.08.1992<sup>55</sup>, dass es den Tarifparteien, die Regelung über Sonderzahlungen schufen, überlassen bleibe zu bestimmen, inwieweit Zeiten, in denen – gleich aus welchen Gründen – eine tatsächliche Arbeitsleistung für den Betrieb nicht erbracht worden ist, den Anspruch auf die Sonderleistung ausschließen oder mindern sollen. In eine solche Regelung könne nicht der Rechtssatz hineingelesen werden, dass auf jeden Fall eine nicht ganz unerhebliche tatsächliche Arbeitsleistung Voraussetzung für den Anspruch auf die Gratifikation sein

solle. Eine solche Interpretation messe dem Zweck der Gratifikation eine Bedeutung zu, die in der getroffenen Regelung gerade keinen Niederschlag gefunden habe. Damit kehrte das BAG von der ausufernden Zwecktheorie ab. Dieser Rechtsprechungswandel wurde von vielen kritisiert.<sup>56</sup> Gegen die Kritik verteidigte sich das BAG wie folgt: Es sei ein unzulässiger Zirkelschluss, aus dem Zweck der Sonderzahlung als weitere Anspruchsvoraussetzung jedenfalls für Sonderzahlungen mit reinem Entgeltcharakter oder Mischcharakter als weitere »ungeschriebene« Anspruchsvoraussetzung herzuleiten, der Arbeitnehmer müsse im Bezugszeitraum überhaupt eine tatsächliche Arbeitsleistung erbracht haben, damit ein Anspruch auf die Jahressonderzahlung dem Grunde nach gegeben sei. Die jeweils normierten Anspruchsvoraussetzungen gäben vielmehr abschließend darüber Auskunft, in welchem Umfang und mit welchen Mitteln dieser Zweck erreicht werden soll. Den Vorwurf, seine Rechtsprechung habe zwangsläufig Rechtsunsicherheit und Unübersichtlichkeit zur Folge, wies der Senat mit den Worten zurück: »Ob überhaupt und in welchem Umfang dem Arbeitnehmer ein Anspruch auf die Sonderzahlung zusteht, ergibt sich allein aus der jeweiligen Regelung der Anspruchsvoraussetzungen. Diese Regelung mag im Einzelfall der Auslegung bedürfen. Das Abstellen allein auf die jeweilige Regelung vermeidet jedoch die weitaus ungewissere Beantwortung der Frage nach dem jeweiligen Zweck der Leistung und eine Harmonisierung der aus diesem Zweck hergeleiteten Folgerungen mit den ausdrücklich normierten Anspruchsvoraussetzungen, was zu einer umfangreichen und weitaus unübersichtlicheren Kasuistik führt, wie die Monographie

50 BAG, 12.01.1994 – 5 AZR 41/93 – AP BGB § 242 Betriebliche Übung Nr. 43; BAG, 06.09.1994 – 9 AZR 672/92 – AP BGB § 242 Betriebliche Übung Nr. 45.

51 BAG, 16.04.1997 – 10 AZR 705/96 – AP BGB § 242 Betriebliche Übung Nr. 53.

52 Die Zweckbetrachtung vollzog umfassend *Gaul*, Sonderleistungen und Fehlzeiten, zugl. Köln, Univ., Diss. 1993, Heidelberg 1994, S. 654 ff.; eine Bewältigung des Phänomens »Entgelt für Betriebstreue« versuchte *Wackerbarth* mit seiner gleichnamigen Doktorschrift aus dem Jahre 1995. Beide Dissertationen wurden von *Hanau* angeregt.

53 Hierzu *Dörner* (Fn. 42), 24, 30; zuletzt BAG, 14.03.2012 – 10 AZR 112/11 – FA 2012, 187; BAG, 23.02.2011 – 10 AZR 299/10 – AP TVöD § 24 Nr. 5.

54 BAG, 18.01.1978 – 5 AZR 56/77 – AP BGB § 611 Gratifikation Nr. 92.

55 BAG, 05.08.1992 – 10 AZR 88/90 – AP BGB § 611 Gratifikation Nr. 143; hierzu *Hauck*, RdA 1994, 358.

56 Etwa *Hanau/Gaul*, Anm. zu AP BGB § 611 Gratifikation Nr. 156; *Henssler*, Anm. EzA BGB § 611 Gratifikation, Prämie Nr. 90; *Gaul*, Anm. zu EzA BGB § 611 Gratifikation, Prämie Nr. 102; *Krebs*, SAE 1993, 251; *Schiefer* (Fn. 42), 1015; *Sowka*, NZA 1993, 783 und DB 1993, 1091.

von Gaul (Sonderleistungen und Fehlzeiten, Heidelberg, 1994) deutlich macht.«

Bemerkenswert ist, dass der 10. Senat seine Position auch damit verteidigt, dass die von ihm zu prüfenden Sonderzahlungen keinen reinen Entgeltcharakter hätten. »Es fehlt diesen Sonderzahlungen das Synallagma zur geleisteten Arbeit, das die genannten Autoren auch nur in einer Restgröße fordern, derart, dass überhaupt eine tatsächliche Arbeitsleistung erbracht worden sein müsse, damit ein Anspruch auf die Sonderzahlung gegeben sein kann.« Dies führte wiederum zu dem sonderbaren Resultat, dass der Arbeitnehmer bei Annahme der arbeitsleistungsbezogenen Sonderzahlung uU. schlechter steht als bei Zahlungen, die an den bloßen Bestand des Arbeitsverhältnisses anknüpfen.

In Ansehung der Vielgestaltigkeit der möglichen Zwecke verschiedenster Sonderzahlungen waren die Akteure seither dazu aufgerufen, Ziele und Zwecksetzungen der Sonderzahlungen möglichst präzise zu vereinbaren. Schon die Begrenzung der Rechtsprechung auf das Begriffspaar »Arbeitsleistung und/oder Betriebstreu« vermag die vielgestaltige Wirklichkeit der Sonderzahlungen nicht zu erfassen. Es gibt tarifliche Regelungen zu Sonderzahlungen, die komplexe Voraussetzungen mit divergierenden Zwecken verfolgen.<sup>57</sup> Die Rechtsprechung kann sich – mangels anwendbarer Vorschriften zur Inhaltskontrolle – in diesen Fällen nur strikt an den Wortlaut der Regelungen halten und bei unklaren Regelungen zusätzliche Auslegungskriterien heranziehen. Sie erkennt letztlich alle, auch vermischte Regularien in Tarifverträgen an. Sie müssen nur im Wortlaut ihren Niederschlag gefunden haben.<sup>58</sup>

Der Richtungswandel in der Rechtsprechung zu Sonderzahlungen ist – mangels geeigneter Fälle – auf den Bereich der individualvertraglichen Abreden zunächst nicht durchgeschlagen. Es zeichnet sich aber ab, dass in dieser Hinsicht ein Paradigmenwechsel auch bei der arbeitsvertragsrechtlichen Betrachtung der Sonderzahlungen ansteht. Die in früherer Rechtsprechung oftmals anzutreffende großzügige Tendenz, sogar über den Wortlaut der Vereinbarung hinausgehende Kürzungs- und Ausschlussstatbestände allein aus dem Merkmal der Freiwilligkeit herzuleiten,<sup>59</sup> grenzte der 10. Senat am 10.12.2008<sup>60</sup> zu Recht dahingehend ein, dass nicht über die positiv geregelten Anspruchsvoraussetzungen hinaus weitere Ausschluss- oder Kürzungsgründe aus dem vermeintlichen Zweck der Sonderzahlung hergeleitet werden können. Einen weiteren Hinweis für den überfälligen Richtungs-

wechsel gibt ferner eine insoweit wenig beachtete Entscheidung des 10. Senats. Darin heißt es unter Rd. 19: »Darauf, ob es sich um eine Sonderleistung mit Mischcharakter oder Arbeitsentgelt im engeren Sinn oder im weiteren Sinn gehandelt hat, kommt es für die Frage einer übertariflichen Vergütung nicht an. Von den früher vielfach verwendeten Formulierungen »Sonderleistung mit Mischcharakter« oder »Arbeitsentgelt im engeren Sinn« oder »Arbeitsentgelt im weiteren Sinn« hat der Senat in seiner jüngeren Rechtsprechung bewusst abgesehen. Dem liegt die Erwägung zugrunde, dass ein Arbeitgeber in aller Regel jede Sondervergütung im Hinblick auf das Arbeitsverhältnis und die Verpflichtung des Arbeitnehmers zur Leistung der versprochenen Dienste erbringt.«<sup>61</sup>

## 6. Die Veränderung der Realität: Von der kleinen Weihnachtsfreude zum Bankerbonus

Erkennbar wird, dass sich die Rechtsprechung mit der Dogmatik der maximal ein bis zwei Monatsgehälter umfassenden Sonderzahlungen des normalen Arbeitnehmers bis heute abmüht.<sup>62</sup> Hinter der schwer nachvollziehbar erscheinenden Dogmatik mit einem Rattenschwanz an Klauseln (Bindungs-, Stichtags-, Rückzahlungs-, Freiwilligkeits- und Widerrufsklauseln) stand offenbar das Vorverständnis, dass die in dieser Höhe gezahlten Sonderzahlungen in Wirklichkeit doch eher milde Gabe, als Vergütung für Arbeitsleistung darstellen. Dieses Weltbild geriet nun durch die veränderten Realitäten in Erschütterung.<sup>63</sup> Die Praxis und auch die jüngste Rechtsprechung wurden nunmehr zunehmend – auch im Normalarbeitsverhältnis mit weit über zwei Monatsgehältern hinausgehenden Sonder-

57 Siehe beispielhaft: BAG, 21.01.2009 – 10 AZR 216/08 – AP BGB § 611 Gratifikation Nr. 283.

58 ZB. BAG, 23.04.2008 – 10 AZR 258/07 – NZA-RR 2009, 143; BAG, 14.03.2012 – 10 AZR 112/11 – FA 2012, 187.

59 Vgl. etwa BAG, 12.01.2000 – 10 AZR 840/98 – NZA 2000, 944; BAG, 02.09.1992 – 10 AZR 536/90 – EzA BGB § 611 Gratifikation, Prämie Nr. 95.

60 BAG, 10.12.2008 – 10 AZR 35/08 – NZA 2009, 258.

61 BAG, 01.04.2009 – 10 AZR 393/08 – AP BGB § 242 Betriebliche Übung Nr. 84.

62 Zuletzt etwa zu einer Rückzahlungsklausel bei einer Sonderzahlung in Höhe einer Monatsvergütung: BAG, 28.04.2004 – 10 AZR 356/03 – AP BGB § 611 Gratifikation Nr. 255.

63 Symptomatisch der Beitrag des früheren Vorsitzenden des 10. Senats unter der Überschrift: Die »gute«, »alte« Zeit, Freitag, FS Richardi, 2007, S. 237; der »neue« 10. Senat nimmt dagegen jetzt die geänderten Realitäten deutlich zur Kenntnis, vgl. BAG 18.01.2012 – 10 AZR 612/10 – NZA 2012, 561, Rn. 25 f.

zahlungen konfrontiert. Mehrere Fälle, in denen es um Sonderzahlungen in Höhe von 40.000 bis 70.000 € p.a. bei einem in etwa gleich hohen Grundgehalt ging, waren von der Rechtsprechung zu bewältigen. Zuletzt ging es um Bankerboni in Höhe von bis zu 200.000 €, die dann wegen des katastrophalen Jahresabschlusses um ca. 90 Prozent gekürzt wurden.<sup>64</sup> Diese Fallkonstellationen haben nichts mehr mit der romantisierenden Realität des Weihnachtsgeldes früherer Jahre zu tun («kleine Weihnachtsfreude», «Aufwendungen für das Fest» etc.) mit Ausnahme der Tatsache, dass auch diese Sonderzahlungen teilweise zu Weihnachten erfolgen sollten. Diese Fälle fordern nunmehr von der Rechtsprechung des BAG, von den Systembildungen früherer Jahre abzugehen. Die Rechtsprechung reagierte zunächst hilflos. Eindrücklich sind insoweit die ersten Bonusfälle nach Inkrafttreten des AGB-Rechts.

Der 10. Senat war in seiner Entscheidung vom 24.10.2007<sup>65</sup> erstmals mit einer unter zahlreichen Kautelen (Freiwilligkeitsvorbehalt, nachgelagerte Bindungsklausel: »ungekündigtes« Arbeitsverhältnis am Auszahlungstag 01.04. des Folgejahres) versehenen Sonderzahlung in Höhe von 40.000 € bei einem in etwa gleich hohen Grundgehalt befasst. Das BAG sprach offen die Zweifel an, ob die bisherigen Grundsätze, die die entsprechenden Klauseln billigte, bei »allen Sonderzahlungen unabhängig von ihrer Höhe gelten und damit auch bei Bonuszahlungen, die höher sind als das dem Arbeitnehmer zustehende Jahresfestgehalt, dessen Höhe nahezu erreichen oder jedenfalls mehr als 25 % der Gesamtvergütung ausmachen,« anzuwenden seien. Der Senat war froh, dies nicht entscheiden zu müssen, hielt es aber »bei typisierender Betrachtung kaum interessengerecht, dem Arbeitnehmer im Falle einer nicht in seinen Verantwortungsbereich fallenden, zB. betriebsbedingten Kündigung des Arbeitgebers einen ganz wesentlichen Teil seiner Vergütung vorzuenthalten, mag auch das Ziel, künftige Betriebstreue zu belohnen und den Arbeitnehmer zu reger und engagierter Mitarbeit zu motivieren, nicht mehr zu erreichen sein, wenn dieser seinen Arbeitsplatz verloren hat.«

Bei vernunftgeleiteter rechtswissenschaftlicher Betrachtung wurde durch diese Passage klar, dass von der Höhe der Sonderzahlung nicht die Anwendung der Grundsätze der Rechtsgeschäftslehre oder der Inhaltskontrolle vorformulierter Klauseln abhängig sein kann. Der notwendige Paradigmenwechsel ist damit auch durch die geänderten Realitäten befeuert worden.

Ganz unsicher entschied der Senat schließlich am 28.05.2008<sup>66</sup> über Aktienoptionspläne bei Führungskräften, bei denen er meinte, dass »die zu anderen Sondervergütungen entwickelten Grundsätze in Bezug auf Bindungs- und Verfallklauseln nicht uneingeschränkt herangezogen werden« könnten. So wenig man die Vergütungsform der Aktienoption mögen muss, so wenig überzeugt die dogmatische Bewältigung des Senats, der eine unsachgemäße Verfallklausel eines zugesagten Aktienoptionsplans im Kern damit rechtfertigte, dass dem Arbeitnehmer in diesem Fall »keine bereits erdiente Vergütung, sondern nur eine Verdienstchance entzogen« worden sei. Schwerlich sachgemäß war ferner, in der Entscheidung vom 18.03.2009<sup>67</sup> Bonuszahlungen in wechselnder Höhe (zwischen 20.000 und 25.000 €) mit den Instrumenten der betrieblichen Übung in den Griff bekommen zu wollen. Erst nach einem personellen Wechsel hat der 10. Senat dann in einer diskreten Folgeentscheidung vom 21.04.2010 bei Bonuszahlungen in Höhe von rund 60.000 € die Prinzipien der Rechtsgeschäftslehre und des BGB (§ 315 BGB) angewandt.

## 7. Die Veränderung der Dogmatik: Das AGB-Recht

In der Rechtsprechung, insbesondere des 10. Senats, hat seit 2007 eine Neuorientierung stattgefunden und stattfinden müssen, die noch nicht abgeschlossen ist. Dabei zeichnet das seit 2002 geltende AGB-Recht mit seinen Maximen den Weg vor. Zu konstatieren ist, dass noch immer viele Regelungen über Sonderzahlungen in bestehenden Arbeitsverträgen unklar formuliert sind. Die traditionelle Vertragsgestaltung hat bei Sonderzahlungen vielfach unkoordiniert verschiedenste Klauseln miteinander kombiniert. So wurden eindeutig zweckgebundene Sonderzahlungen mit Freiwilligkeits- und Widerrufsvorbehalten, Stichtagsklauseln, Rückzahlungsklauseln uam. kombiniert, ohne dass sich der Vertragsgestalter Gedanken darüber machen musste, ob diese Klauseln überhaupt miteinander kompatibel sind. Die frühere Rechtsprechung des 10. Senats war für die Problematik auch nicht empfänglich. Sie interpre-

<sup>64</sup> BAG, 12.10.2011 – 10 AZR 746/10 – DB 2012, 351.

<sup>65</sup> BAG, 24.10.2007 – 10 AZR 825/06 – AP BGB § 307 Nr. 32.

<sup>66</sup> BAG, 28.05.2008 – 10 AZR 351/07 – AP BGB § 305 Nr. 12.

<sup>67</sup> BAG, 18.03.2009 – 10 AZR 289/08 – NZA 2009, 535; insoweit kritisch Preis, NZA 2009, 281, 289.

tierte auch widersprüchliche und intransparente Vertragsgestaltungen »zurecht«.

Nunmehr gilt aber nach Maßgabe der §§ 305 ff. BGB: Es ist eine objektive Auslegung nach den Verständnismöglichkeiten des durchschnittlichen Vertragspartners vorzunehmen sowie die Unklarheitenregel (§ 305 c Abs. 2 BGB) anzuwenden.<sup>68</sup> Darüber hinaus unterliegen Hauptabreden, wie sie Vergütungsabreden darstellen, der Transparenzkontrolle (§§ 307 Abs. 1 Satz 2 iVm. § 307 Abs. 3 Satz 2 BGB). Klauseln, die die Sonderzahlungszusage ausschließen oder relativieren, unterliegen zusätzlich der Angemessenheitskontrolle nach Maßgabe der §§ 307 ff. BGB.<sup>69</sup> In inzwischen zahllosen Entscheidungen des BAG, insbesondere des 5. Senats, sind die dogmatischen Grundlagen einer konsistenten Rechtsanwendung gelegt worden. Insbesondere das Transparenzgebot hat eine überragende Rolle gespielt, sei es bei der Rechtsprechung zu Widerrufsvorbehalten<sup>70</sup>, zu Freiwilligkeitsvorbehalten<sup>71</sup>, Arbeitszeitflexibilisierung<sup>72</sup> oder zu Pauschalierungsabreden.<sup>73</sup>

## 8. Rückbesinnung auf vertragsrechtliche Kategorien

Fasst man die Entwicklung zusammen, so zeigt sich erneut, dass die Rückbesinnung auf vertragsrechtliche Kategorien – entgegen einer früher herrschenden Sicht der Arbeitsrechtslehre –, keineswegs zum Schaden des Ganzen ist. Hingewiesen sei insoweit auch auf die revidierte Betrachtung der Bezugnahme Klauseln auf Tarifverträge, die ebenfalls mit der Rückbesinnung auf vertragsrechtliche Prinzipien erklärt werden kann.<sup>74</sup>

Besonders deutlich wird diese Entwicklung auch an dem »Institut« der betrieblichen Übung. Wie nachgewiesen wurde, bedarf es des Instituts der betrieblichen Übung nicht.<sup>75</sup> Entweder liegt eine nach rechtsgeschäftlichen Maßstäben zu bejahende (konkludente) Vertragsbindung vor oder die Bejahung eines vertragsrechtlichen Anspruchs ist zu verneinen. Bindungen können dann allenfalls noch über den Gleichbehandlungsgrundsatz entstehen.

In diese Richtung hat sich als Paradigma die Behandlung des »Weihnachtsgeldes« entwickelt. Am 30.07.2008<sup>76</sup> entschied das BAG, dass bei einer ausdrücklichen vertraglichen Zusage die Gewährung eines Weihnachtsgeldes nicht gleichzeitig unter Freiwilligkeitsvorbehalt gestellt werden kann. Der Senat meinte, eine derartige Vertragsgestaltung sei nicht klar und verständlich, sie verstieße daher gegen

das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB. Dabei wurde mE. verkannt, dass eine derartige Vertragsgestaltung auch inhaltlich unangemessen ist, weil sie berechtigt, dem Arbeitnehmer einen Teil der versprochenen Gegenleistung grundlos zu entziehen.<sup>77</sup> Dies hat der 10. Senat jetzt klar gestellt und bei einem vertraglichen Freiwilligkeitsvorbehalt, der alle zukünftigen Leistungen unabhängig von ihrer Art und ihrem Entstehungsgrund erfasst, den Arbeitnehmer regelmäßig materiell unangemessen benachteiligt.<sup>78</sup> Es folgten zunächst mehrere Entscheidungen des 10. Senats in seiner alten Besetzung, mit denen der Freiwilligkeitsvorbehalt – insbesondere zur Verhinderung einer betrieblichen Übung – versucht wurde zu retten.<sup>79</sup> Herausgearbeitet wurden auch Fallgestaltungen, in denen überhaupt noch keine Zusage eines Weihnachtsgeldes erfolgt war.<sup>80</sup> Andererseits wendete sich der 10. Senat schon in seiner Altbesetzung in der Entscheidung vom 18.03.2009<sup>81</sup> bei der Einordnung der betrieblichen Übung eindeutig der Vertragstheorie zu. Der Senat gab die – aus rechtsgeschäftlicher Sicht – unhaltbare Rechtsprechung zur sog. gegenläufigen betrieblichen Übung auf.

In seiner neuen Besetzung vollzog der 10. Senat die Schritte zu einer Rückführung auf die Prinzipien des Vertragsrechts konsequent weiter. Während noch die frühere Besetzung des 10. Senats im Falle von hohen und wechselnden Bonuszahlungen meinte, die Problematik mit dem

68 Hierzu für Sonderzahlungen BAG, 20.01.2010–10 AZR 914/08 – NZA 2010, 445.

69 Hierzu im Einzelnen Preis, in: Preis (Hrsg.), Der Arbeitsvertrag, 4., Aufl., Köln 2011, II V 70 Vorbehalte und Teilbefristung.

70 BAG, 12.01.2005–5 AZR 364/04 – AP BGB § 308 Nr. 1.

71 BAG, 30.07.2008–10 AZR 606/07 – AP BGB § 611 Gratifikation Nr. 274.

72 BAG, 07.12.2005–5 AZR 535/04 – AP TzBfG § 12 Nr. 4.

73 BAG, 01.09.2010–5 AZR 517/09 – AP BGB § 307 Nr. 47.

74 Hierzu Preis, FS Bepler, 2012, S. 479 ff.; ders., NZA 2010, 361.

75 Preis/Genenger (Fn. 2), 93 ff.; in diese Richtung auch Mikosch (Fn. 2), S. 115.

76 BAG, 30.07.2008–10 AZR 606/07 – AP BGB § 611 Gratifikation Nr. 274; bestätigt durch BAG, 10.12.2008–10 AZR 1/08, 2/08 und 3/08 – AP BGB § 307 Nr. 40.

77 Zur Kritik der Entscheidung Preis (Fn. 67), 281.

78 BAG, 14.09.2011–10 AZR 526/10 – NZA 2012, 179.

79 BAG 21.01.2009–10 AZR 219/08 – NZA 2009, 310; BAG 18.03.2009–10 AZR 289/08 – NZA 2009, 535; ohne Vorbehalt wurde die Bindung aber strikt bejaht, vgl. BAG, 01.04.2009–10 AZR 393/08 – AP BGB § 242 Betriebliche Übung Nr. 84; BAG, 05.08.2009–10 AZR 483/08 – AP BGB § 242 Betriebliche Übung Nr. 85.

80 BAG, 10. 12. 2008–10 AZR 15/08 – AP BGB § 611 Gratifikation Nr. 280.

81 BAG, 18.03.2009–10 AZR 281/08 – NZA 2009, 601; bestätigt durch BAG, 25.11.2009–10 AZR 779/08 – NZA 2010, 283.

Instrument der betrieblichen Übung und der Anerkennung eines Freiwilligkeitsvorbehalts bei der Auszahlung lösen zu können<sup>82</sup>, lehnte der 10. Senat in neuer Besetzung die Anwendung des Instruments betrieblicher Übung bei individuellen Bonuszahlungen kurzerhand unter Hinweis auf das fehlende kollektive Element, das Voraussetzung für denkbare Ansprüche sei, ab.<sup>83</sup> Stattdessen bejahte der 10. Senat dem Grunde nach einen Anspruch auf einen Jahresbonus aufgrund einer individuellen arbeitsvertraglichen konkludenten Abrede, die sich aus den jährlichen Zahlungen eines Bonus in Verbindung mit dem tatsächlichen Verhalten des Arbeitgebers ergeben könne. Kurz und knapp räumt der Senat mit einigen Irrtümern, die durch eine extensive Anwendung des nicht legalisierten »Instituts« der betrieblichen Übung entstanden sind, auf. Er gab der Klägerin recht, dass die Boni in wechselnder Höhe nicht nach »Gutdünken« gewährt worden seien, sondern trotz wechselnder Höhe regelmäßig ca. 45 % ihres Jahresgehalts entsprochen habe.<sup>84</sup> Der Senat entschied daraufhin zu Recht, dass eine konkludente Zusage künftiger Bonuszahlungen nicht bereits deshalb zu verneinen sei, weil die Zahlung nicht in einer bestimmten Höhe zugesagt wurde. Dem Vortrag der Beklagten, dass der Geschäftsführer seiner Ehefrau auf diese Art und Weise eine auf das Jahresende ausgerichtete »Weihnachtsfreude mit Symbolwert unter Partnern einer intakten Beziehung« habe bereiten wollen, schenkte der Senat nur in der Wiedergabe des Tatbestandes Beachtung. Denn es war unstrittig, dass die Klägerin über Jahre hinweg entsprechend vergütete Arbeitsleistungen erbracht hatte. Im Ergebnis bejahte der 10. Senat eine konkludente Vertragsbindung bei regelmäßiger vertragsloser Bonuszahlung.

Es verdient hervorgehoben zu werden, dass der Senat noch in der Entscheidung vom 18.03.2009 den Freiwilligkeitsvorbehalt zur Verhinderung einer betrieblicher Übung (respektive eines Anspruches aus konkludenter Abrede) weitgehend zuließ und den Arbeitnehmer mit dem Hinweis beschied, er habe ja selbst nicht auf einer ausdrücklichen Regelung bestanden, weshalb auch ein mögliches Vertrauen, die bisher erhaltenen hohen Sonderleistungen auch in Zukunft zu erhalten, im Hinblick auf die klare Mitteilung der Beklagten, dass kein Anspruch entstehe, nicht schutzwürdig sei.<sup>85</sup>

Jedenfalls in der gesamten Tendenz anders sind dagegen die Entscheidungen des neuen 10. Senats vom 08.12.2010<sup>86</sup> und 14.09.2011<sup>87</sup>. Hier hatte der Senat zu entscheiden, ob

die verbreitete Klausel<sup>88</sup> in Arbeitsverträgen, die pauschal jegliche Gewährung von Sonderzahlungen als freiwillig und jederzeit widerruflich bezeichnet, geeignet ist, den Anspruch auf ein über drei Jahre gewährtes Weihnachtsgeld auszuschließen. Im Kern entschied der 10. Senat den Fall an dem Umstand, dass er den Vorbehalt für unklar, missverständlich und deshalb für nicht geeignet hielt, das Entstehen künftiger Ansprüche eindeutig auszuschließen. Zwar hält der 10. Senat eindeutige Freiwilligkeitsvorbehalte noch für möglich. Jedoch stellt er hohe Anforderungen: »Eine besondere Eindeutigkeit und Klarheit des Vorbehalts ist aber schon deshalb erforderlich, weil die Bedeutung einer (etwaigen) späteren Erklärung vorab verbindlich festgeschrieben werden soll. Der Vorbehalt darf nur die Auslegung des künftigen Erklärungsverhaltens betreffen und nicht zu diesem in Widerspruch stehen.«<sup>89</sup>

In seiner Entscheidung vom 14.09.2011<sup>90</sup> hat der Senat den pauschalen Freiwilligkeitsvorbehalten – auch zur Verhinderung einer präsumtiven betrieblichen Übung – den endgültigen Garaus gemacht. Ein Vorbehalt, der alle zukünftigen, im Vertrag nicht unmittelbar vereinbarten Leistungen unabhängig von ihrer Art und ihrem Entstehungsgrund erfassen soll, ist danach unangemessen. Auch hier verlangt der Senat Differenzierung. Die Pauschalvorbehalte differenzierten jedoch weder danach, ob es sich um laufende Leistungen oder einmalige Sonderzahlungen handele; ebenso wenig werde auf den Entstehungsgrund der Leistung abgestellt. Der Wortlaut erfasse sowohl Fälle der betrieblichen Übung als auch konkludente, zB. auf einer Gesamtzusage beruhende Vereinbarungen und sogar ausdrückliche vertragliche Einzelabreden. Solche Klauseln führten zu dem Ausschluss jeden Rechtsanspruches auf

82 Siehe BAG, 18.03.2009 – 10 AZR 289/08 – NZA 2009, 535; krit. hierzu *Preis* (Fn. 67), 281, 289.

83 BAG, 21.04.2010 – 10 AZR 163/09 – NZA 2010, 808.

84 Ebenso in der Entscheidung BAG, 18.01.2012 – 10 AZR 612/10 – NZA 2012, 561.

85 Siehe BAG, 18.03.2009 – 10 AZR 289/08 – NZA 2009, 535, Rn. 28 und 29.

86 BAG, 08.12.2010 – 10 AZR 671/09 – NZA 2011, 628.

87 BAG, 14.09.2011 – 10 AZR 526/10 – NZA 2012, 81.

88 Die Klausel lautete: »Soweit der Arbeitgeber gesetzlich oder durch Tarifvertrag nicht vorgeschriebene Leistungen, wie Prämien, Zulagen, Urlaubsgeld, Gratifikationen, Weihnachtsgeld, Weihnachtsgeld, erfolgen sie freiwillig und ohne jede rechtliche Verpflichtung. Sie sind daher jederzeit ohne Wahrung einer besonderen Frist widerrufbar.«

89 Hierzu näher *Preis/Sagan*, NZA 2012, 697, 701 f.

90 BAG, 14.09.2011 – 10 AZR 526/10 – NZA 2012, 81, Rn. 34 ff.

(vereinbartes) Arbeitentgelt und seien deshalb unangemessen benachteiligend. Schließlich stärkt der Senat die Vertragsfreiheit auch dadurch, dass er solche Klauseln als Verstoß gegen den Vorrang von Individualabreden (§ 305 b BGB) wertet. In dieser Entscheidung führt der 10. Senat nunmehr die Entscheidungen des 5. Senats<sup>91</sup> (zu Freiwilligkeitsvorbehalten) und des 9. Senats (zu Schriftformklauseln) zusammen.<sup>92</sup> Damit wendet sich der 10. Senat von seiner Entscheidung vom 21.01.2009,<sup>93</sup> die sich in Begründung und Ergebnis diametral unterscheidet, nunmehr ab.<sup>94</sup>

### III. Aktuelle Einzelfragen

#### 1. Sicherung der Freiwilligkeit durch Verzicht auf Vertragsgestaltung?

Wenn nunmehr die den Anspruch auf Sonderzahlungen relativierenden Klauseln einer präzisen Inhaltskontrolle unterliegen, stellt sich die Frage, ob ein kalkulierter Verzicht auf Vertragsgestaltung für die Interessen des Arbeitgebers der »sicherere Weg der Vertragsgestaltung« ist.

Problematisch ist es zunächst, Zwischenwege zu beschreiten, wie etwa Lingemann<sup>95</sup> empfiehlt, und zielorientierte Vergütungen, die feste Tatbestandsvoraussetzungen für Anwesenheitsprämien oder Leistungsprämien haben, durch das Wörtchen »kann« entwerten zu wollen.<sup>96</sup> Mit solcher Vertragsgestaltung versucht sich der Verwender der Rechtsprechung zum Freiwilligkeitsvorbehalt zu entziehen, indem er einerseits eine präzise zweckgebundene Zusage gibt, diese aber durch das Wörtchen »kann« intransparent zu relativieren sucht. Der 10. Senat hat in seiner Entscheidung vom 18.01.2012 beanstandet, wenn der Arbeitgeber durch Klauselgestaltung »ein nahezu inhaltsleeres Leistungsversprechen gibt« und sich die Leistungsgewährung »gewissermaßen bis zur letzten Stunde vorzubehalten«. <sup>97</sup> Das Beanstandungswürdige an dieser Form der Klauselgestaltung ist, dass ein möglichst präziser Leistungsanreiz, sei es die schlichte Anwesenheit oder ein bestimmter Leistungsumfang, mit einem bezifferten Betrag gegeben wird, letztlich aber durch das Wort »kann« voraussetzungslos bis zum völligen Entzug relativiert werden kann. Eine solche Klauselgestaltung, die in der präzisierten Zusage eine Nichtzusage versteckt, ist nicht nur als Hauptleistungsabrede intransparent und scheitert an §§ 307 Abs. 3 Satz 2 iVm. § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB, sondern

schränkt wesentliche Rechte des Arbeitnehmers, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, so ein, dass eine Gefährdung des Vertragszwecks vorliegt (§ 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB).<sup>98</sup> Sie ist nichts anderes als der Versuch einer Variation auf den durch den 5.<sup>99</sup> und 10. Senat<sup>100</sup> verworfenen Freiwilligkeitsvorbehalt. An die Stelle des Freiwilligkeitsvorbehalts tritt in der Klausel das Wörtchen »kann«.

Liegt nunmehr ein besserer Weg darin, »Nichts« zu regeln und dem Arbeitgeber zu raten, sich überhaupt nicht vertraglich zu erklären, sondern lediglich »aus der freien Hand« Sonderzahlungen zu leisten? Das dürfte nach gegenwärtiger Rechtslage rechtssicher nur noch funktionieren, wenn bei jeder Zahlung transparent deutlich gemacht wird, dass es sich um eine freiwillige Leistung ohne Rechtsanspruch für die Zukunft handelt. Doch wird eine solche Verfahrensweise vielfach schon personalpolitisch nicht opportun sein. Denkbar sind zwar solche Zahlungen als einmalige »Belohnungszahlungen«, etwa für ein gutes Geschäftsjahr. Aber in aller Regel will der Arbeitgeber mit seinen Zahlungen bestimmte Zwecke verfolgen. Wenn er also das Verhalten der Arbeitnehmer in eine bestimmte Richtung steuern will, dann kommen nur zuvor definierte, zweckbezogene Zahlungen in Betracht, die in der Regel heute auf der Basis von Zielvereinbarungen beruhen.

»Echte« freiwillige Leistungen, bezüglich derer der Arbeitgeber sich nicht bindet, gibt es anderslautenden Vermutungen zum Trotz auch heute noch. Entscheidend ist jedoch, dass der Arbeitgeber bei seiner freiwilligen Zahlung wirklich keine rechtsgeschäftliche Bindung eingeht und sich nicht widersprüchlich verhält.<sup>101</sup> Widersprüchliche und unklare Vorbehalte, die nicht mit dem nachfolgenden

91 BAG, 25.04.2007 – 5 AZR 627/06 – NZA 2007, 853.

92 Dies anmahndend *Preis* (Fn. 67), 281, 286.

93 BAG, 21.01.2009 – 10 AZR 219/08 – NZA 2009, 310.

94 BAG, 14.09.2011 – 10 AZR 526/10 – NZA 2012, 81, Rn. 30 ff.

95 Lingemann, in: Bauer/Lingemann/Diller/Haußmann (Hrsg.), *Anwalts-Formularbuch Arbeitsrecht*, Köln 2011, Kapitel 12.14.1 und 12.14.2.

96 Beispiele: »Zusätzlich zu seinem monatlichen Grundgehalt kann dem Mitarbeiter eine Anwesenheitsprämie in Höhe von Euro X gewährt werden« oder »Dem Mitarbeiter/der Mitarbeiterin kann zu seinem/i ihrem monatlichen Grundgehalt eine Leistungsprämie in Höhe von Euro X pro Tag gewährt werden, wenn seine/i ihre Tagesleistung X Stücke überschreitet.«

97 BAG, 18.01.2012 – 10 AZR 612/10 – NZA 2012, 561, 563.

98 BAG, 18.01.2012 – 10 AZR 612/10 – NZA 2012, 561, 563.

99 BAG, 25.04.2007 – 5 AZR 627/06 – NZA 2007, 853.

100 BAG, 30.07.2008 – 10 AZR 606/07 – NZA 2008, 1173.

101 Hierzu *Preis*, in: *Preis* (Fn. 69), II V 70, Vorbehalte und Teilbefristung.

rechtsgeschäftlichen Verhalten übereinstimmen, können zu einer Bindung kraft konkludenten Vertragsschlusses führen.<sup>102</sup> Entscheidend ist, wie der Erklärungsempfänger die Erklärung oder das Verhalten des Arbeitgebers nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung aller Begleitumstände verstehen musste und durfte.<sup>103</sup>

Kurz gesagt sind freiwillige Leistungen ohne Bindung für die Zukunft möglich, wenn der Arbeitgeber niemals die in Rede stehende Leistung zugesagt hat und bei der tatsächlichen Zahlung deutlich macht, dass aus der Zahlung für die Zukunft kein Anspruch entsteht.<sup>104</sup> Auch durch eine – transparente – Formulierung im Arbeitsvertrag, die letztlich keine Zusage enthält, kann die Freiwilligkeit verdeutlicht werden. Beispiel: »Als freiwillige Leistung – ohne jeden Rechtsanspruch – wird in Abhängigkeit von der Geschäftslage und der persönlichen Leistung im November festgelegt, ob und in welcher Höhe ein Weihnachtsgeld gezahlt wird. Auch bei wiederholter Zahlung besteht hierauf kein Rechtsanspruch.« Eine solche Klausel ist nicht geeignet, einen Rechtsanspruch für Arbeitnehmer zu begründen, deren Arbeitsverhältnis im November nicht mehr besteht.<sup>105</sup> Problematisch ist aber eine pauschale Klausel in einem Arbeitsvertrag, die versucht, ausdrückliche und konkludente bzw. durch betriebliche Übung entstehende Vertragsansprüche für alle Zukunft auszuschließen.<sup>106</sup>

Zwar sind echte freiwillige Leistungen, bezüglich derer der Arbeitgeber transparent bei ihrer Gewährung einen Rechtsanspruch für die Zukunft ausschließt, weiterhin denkbar. Sie sind im Falle der transparenten Erklärung weder kontrollfähig noch gar unangemessen benachteiligend. Damit ist aber das gestalterische Problem in der Praxis noch nicht gelöst. Das gilt insbesondere, wenn sog. freiwillige Sonderzahlungen zum üblichen Vergütungsspektrum des Unternehmens gehören. Zwar ist die Höhe der freiwilligen Leistung unerheblich für die Frage, ob eine rechtsgeschäftliche Bindung vorliegt oder nicht.<sup>107</sup> Nahe liegend ist aber, dass hohe Bonuszahlungen nicht »einfach so« gezahlt werden, sondern im Hintergrund eine Vergütung von Arbeitsleistung oder die Honorierung eines besonderen Erfolges (Gewinn, Umsatz etc.) steht. Der Rechtsprechung wird schwer plausibel zu machen sein, dass der Arbeitgeber flexible Gehaltsbestandteile, die zum Teil mehr als die Hälfte der Bruttovergütung ausmachen, »willkürlich verschenkt«. Diesen Unterschied zu Jubiläumsgeldern oä. in banaler Höhe betont jüngst auch der 10. Senat.<sup>108</sup>

Insoweit ist die Entscheidung des BAG vom 21.04.2010<sup>109</sup> als Fortentwicklung einer wiederentdeckten rechtsgeschäftlichen Lösung lehrreich: Dort führt das BAG zu Recht aus, dass ein Anspruch auf einen Jahresbonus aufgrund einer individuellen arbeitsvertraglichen konkludenten Abrede sich aus den jährlichen Zahlungen eines Bonus in Verbindung mit dem tatsächlichen Verhalten des Arbeitgebers ergeben kann. Eine konkludente Zusage künftiger Bonuszahlungen sei nicht bereits deshalb zu verneinen, weil die Zahlung nicht in einer bestimmten Höhe zugesagt worden war. Im konkreten Fall wurden der Klägerin neben ihrem Gehalt in den Jahren 2000 und 2006 Jahresboni zwischen 26.000 und 57.000 Euro bei einem Grundgehalt von 5.040 Euro monatlich ausgezahlt. Die Klägerin machte geltend, der Jahresbonus sei konkludent vereinbart worden und habe zuletzt 45 % des Jahresgehalts betragen. Das BAG weist in dem Fall darauf hin, dass aus dem tatsächlichen Verhalten ein Angebot des Arbeitgebers gefolgert werden könne, das die Arbeitnehmerin durch schlüssiges Verhalten angenommen habe. Das LAG habe rechtsfehlerhaft einen individualrechtlichen Anspruch schon deshalb verneint, weil die Zahlung nicht in einer bestimmten Höhe zugesagt worden sei. Es sei gerade typisch für einen Bonusanspruch, dass dieser abhängig von verschiedenen Komponenten sei, wie zB. dem Betriebsergebnis und/oder einer persönlichen Leistung. Wenn über den Grund des Anspruchs tatsächlich jedes Jahr neu entschieden werde, hätte der Arbeitgeber auf die Einmaligkeit der Zahlung besonders hinweisen müssen. Aus dieser Entscheidung wird nicht nur deutlich, dass der scheinbare Schematismus der Voraussetzungen einer betrieblichen Übung ein Irrweg war, sondern dass allein entscheidend das Ausmaß der rechtsgeschäftlichen Bindung ist. Schlichte Zahlungen sind ebenso gefährlich wie widersprüchliche Gestaltungen, bei denen etwa eine Leistung zugesagt und im nächsten Atem-

102 Zum Ganzen *Preis/Genenger* (Fn. 2), 93 ff.; *Waltermann*, RdA 2006, 257 ff.

103 BAG, 20.05.2008 – 9 AZR 382/07 – NZA 2008, 1233; BAG, 08.12.2010 – 10 AZR 671/09 – NZA 2011, 628.

104 BAG, 18.03.2009 – 10 AZR 289/08 – NZA 2009, 535; BAG, 08.12.2010 – 10 AZR 671/09 – NZA 2011, 628.

105 BAG, 10.12.2008 – 10 AZR 15/08 – NZA 2009, 322; vgl. auch hier *Preis*, in: *Preis* (Fn.69) unter II V 70, Rd. 69; *Lembke*, NJW 2010, 257, 263.

106 BAG, 08.12.2010 – 10 AZR 671/09 – NZA 2011, 628.

107 So BAG, 18.03.2009 – 10 AZR 289/08 – NZA 2009, 535.

108 BAG, 18.01.2012 – 10 AZR 612/10 – NZA 2012, 561, 563.

109 BAG, 21.04.2010 – 10 AZR 163/09 – NZA 2010, 808; hierzu *Salamon*, NZA 2010, 1272.

zug wieder relativiert wird. Vor diesem Hintergrund ist eine flexible, aber in sich widerspruchsfreie Vertragsgestaltung zu empfehlen!

Der in aller Regel zu empfehlende Weg ist der transparente, dh. mit Gründen versehene Widerrufsvorbehalt. Dies zeigt der spektakuläre Fall der Banker, denen ein beträchtlicher Gewinnbonus unter dem klaren Vorbehalt gewährt wurde, dass der prognostizierte Gewinn auch tatsächlich eintritt, was in beeindruckender Weise nicht der Fall war.<sup>110</sup>

## 2. Unzulässige Vermischung der Zwecke

In seiner früheren Rechtsprechung ging das BAG davon aus, dass bei Sonderzahlungen die Zwecke beliebig vermischt bzw. gleichwertig nebeneinander gestellt werden konnten. Aus den Klauseln, die den Anspruch auf Sonderzahlungen modifizierten, wurden deren Zwecke hergeleitet. Dies führte zu Intransparenzen und unangemessenen Ausgestaltungen. Ein hervorragendes Beispiel für die – zu Recht – geänderte Sichtweise bildet das Urteil des LAG Düsseldorf vom 10.05.2010<sup>111</sup>. In diesem Fall regelte der Arbeitgeber eine Anwesenheitsprämie in Höhe eines Monatsgehalts. Auf dieser Basis wurden mehrere widersprüchliche Klauseln verbunden. So sollte der Anspruch nur entstehen, wenn im Auszahlungszeitpunkt (Novembergehalt) ein zu diesem Zeitpunkt »ungekündigtes« Arbeitsverhältnis bestand. Dazu im Widerspruch regelte die gleiche Klausel, dass die Anwesenheitsprämie »bei Rumpffahren jedoch nur zeitanteilig« gewährt werde. Darüber hinaus enthielt die Anwesenheitsprämie eine (überschießende) Rückzahlungsklausel, die den Arbeitnehmer zur Rückzahlung verpflichtete, wenn er bis zum 30.06. des Folgejahres kündigt. Der Arbeitgeber selbst kündigte den Arbeitsvertrag zum 31.08. und verweigerte dem Arbeitnehmer die zeitanteilige Anwesenheitsprämie. Mit Recht führt das LAG aus, dass die Klausel, die eine Sonderzahlung (Anwesenheitsprämie) vorsieht und in ihrer konkreten Ausformulierung die Zwecke einer Sonderzahlung und einer zeitanteilig zu gewährenden Anwesenheitsprämie vermischt, ohne hinreichend deutlich zu machen, was wirklich gewollt ist, intransparent sei. Unangemessen benachteiligend sei darüber hinaus eine Stichtagsregelung, die zur Voraussetzung für eine »Anwesenheitsprämie« das Bestehen eines ungekündigten Arbeitsverhältnisses macht. Hierdurch würden die Zwecke, Anwesenheit in der Ver-

gangenheit zu honorieren, andererseits aber auch Betriebstreue für die Zukunft zu verlangen, vermengt. Überdies könne der Arbeitgeber, nachdem er die Verhaltenssteuerung durch die Anwesenheitsprämie erreicht hat, bei dieser Vertragsgestaltung die zeitanteilig versprochene Anwesenheitsprämie dem Arbeitnehmer einseitig wieder durch Kündigung entziehen. Schließlich sei die Klausel auch insoweit widersprüchlich, als sie hinsichtlich der »Rumpffahre« eine zeitanteilige Vergütung vorsehe. An diesem Fall wird deutlich, dass es mit spezifisch zweckgebundenen Sonderzahlungen unvereinbar ist, unspezifische Freiwilligkeits-, Widerrufs- und Rückzahlungsklauseln zu kombinieren. Hoch problematisch sind daher Empfehlungen in der Literatur zu einer Anwesenheitsprämie, in der alle denkbaren Kürzungsmöglichkeiten miteinander kombiniert werden.<sup>112</sup>

Die Linie des LAG Düsseldorf hat das BAG jetzt eindrucksvoll bestätigt.<sup>113</sup> Eine Sonderzahlung, die jedenfalls auch Vergütung für bereits erbrachte Arbeitsleistung darstellt, könne nicht vom ungekündigten Bestand des Arbeitsverhältnisses zu einem Zeitpunkt außerhalb des Bezugszeitraums, in dem die Arbeitsleistung erbracht wurde, abhängig gemacht werden. Eine solche Stichtagsklausel stehe im Widerspruch zum Grundgedanken des § 611 Abs. 1 BGB, indem sie dem Arbeitnehmer bereits erarbeiteten Lohn entzieht. Sie verkürze außerdem in nicht zu rechtfertigender Weise die nach Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsfreiheit des Arbeitnehmers, weil sie die Ausübung seines Kündigungsrechts unzulässig erschwere. Ein berechtigtes Interesse des Arbeitgebers, dem Arbeitnehmer Lohn für geleistete Arbeit gegebenenfalls vorenthalten zu können, sei nicht ersichtlich. Eine derartige faktische Einschränkung des Kündigungsrechts sei nicht durch den Zweck der Belohnung von Betriebstreue gedeckt. Das Arbeitsverhältnis diene dem Austausch von Arbeitsleistung und Arbeitsvergütung. Der Wert der Arbeitsleistung für den Arbeitgeber hänge von ihrer Qualität und vom Arbeitserfolg ab, regelmäßig jedoch nicht von der reinen Verweil-

110 BAG, 12.10.2011 – 10 AZR 746/10 – DB 2012, 351; vgl. auch den klaren Vorbehalt in Anlage 14 der Arbeitsvertragsrichtlinien des diakonischen Werkes, hierzu BAG, 19.01.2011 – 10 AZR 863/09 – AP BGB § 611 Kirchendienst Nr. 58.

111 LAG Düsseldorf, 10.05.2010 – 16 Sa 235/10 – AuA 2010, 547.

112 HR/Mengel, 6. Anwesenheitsprämien, Rn. 559.

113 BAG, 18.01.2012 – 10 AZR 612/10 – NZA 2012, 561; BAG, 18.01.2012 – 10 AZR 667/10 – NZA 2012, 620.

dauer des Arbeitnehmers im Arbeitsverhältnis. Die Honorierung zunehmender Beschäftigungsdauer als solcher stehe nicht in einem Verhältnis zur Qualität und zum Erfolg der Arbeitsleistung. Die einmal erbrachte Arbeitsleistung gewinne auch regelmäßig nicht durch bloßes Verharren des Arbeitnehmers im Arbeitsverhältnis nachträglich an Wert. Vielmehr habe die versprochene Zahlung ihren wahren Grund in der bereits erbrachten Leistung des Arbeitnehmers, die zuvor, gemessen an dem vom Arbeitgeber selbst zugrundegelegten Verhältnis von Leistung und Gegenleistung, noch nicht vollständig abgegolten gewesen sei. Hiermit stellt der 10. Senat einen bemerkenswerten Gleichklang zur Rechtsprechung des 10. Senats zu vergleichbaren Klauseln in Betriebsvereinbarungen her.<sup>114</sup> Damit gibt der Senat ausdrückliche die jahrzehntelange Rechtsprechung, entsprechende Klauseln seien bei Sonderzahlungen bereits dann zulässig, wenn sie sowohl der Vergütung bereits erbrachter Arbeitsleistung als auch der Honorierung von Betriebstreue dienen, ausdrücklich auf. Die benachteiligenden Konsequenzen der Sonderzahlungen mit »Mischcharakter« werden damit ausgeschlossen. Ein schützenswertes Interesse des Arbeitgebers daran, das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung nachträglich zu verändern, wird damit nicht mehr anerkannt. Davon unberührt bleibt die Möglichkeit, »ausschließlich« die Betriebstreue zu honorieren und einen finanziellen Anreiz für das Verbleiben des Arbeitnehmers im Arbeitsverhältnis zu schaffen.<sup>115</sup>

### 3. Die Zwecksetzung der Sonderzahlungen

#### a) Grundsatz: Vergütung von Arbeitsleistung

Widersprüchliche, unklare und unangemessene Vertragsgestaltungen treten auf, wenn die Zwecksetzung nicht deutlich vereinbart wird. Ausgehend von der Grunderkenntnis, dass der Arbeitgeber prinzipiell nur Entgelte im Hinblick auf das Austauschverhältnis zahlt, muss ein davon abweichender Zweck hinreichend deutlich vereinbart werden. Das entspricht – mit Schwankungen – letztlich der Rechtsprechungslinie (die nicht von allen Senaten durchgehalten wurde), die in Zweifelsfällen den arbeitsleistungsbezogenen Charakter immer dann angenommen hat, wenn die Zusage keine besonderen Voraussetzungen enthält.<sup>116</sup> Von der in den 1990er Jahren anzutreffenden zwanghaften Kategorisierung hat sich die Rechtsprechung stillschweigend entfernt. Schon in den 1970er Jahren entschied einmal

der 5. Senat, dass allein aus dem »Wesen einer Gratifikation« sich noch keine Beschränkung auf die Arbeitnehmer ergebe, die noch am Auszahlungstag betriebstreu sind.<sup>117</sup>

Verfolgt die Sonderzahlung nicht erkennbar einen abweichenden Zweck, ist davon auszugehen, dass »ein Arbeitgeber in aller Regel jede Sondervergütung im Hinblick auf das Arbeitsverhältnis und die Verpflichtung des Arbeitnehmers zur Leistung der versprochenen Dienste erbringt«<sup>118</sup>. Im praktischen Resultat heißt das: Die bloße Belohnung der Betriebstreue ist ein nur bei eindeutiger Vertragsgestaltung anzunehmender Ausnahmefall. Abreden, die den sog. Mischcharakter perpetuieren sollen, sind dagegen in der Regel als unangemessene Benachteiligung zu verwerfen, weil letztlich die entsprechenden Klauseln darauf hinauslaufen, dem Arbeitnehmer erdientes Arbeitsentgelt (rückwirkend) zu entziehen. Wie fundamental sich die aktuelle Rechtsprechung unter der Geltung der §§ 305 ff. BGB von der früheren Sichtweise<sup>119</sup> unterscheidet, zeigt sich auch an folgender Entscheidung: Noch im Jahre 1995 wurde einem vertraglich zugesagten Weihnachtsgeld nur deshalb der Charakter einer arbeitsleistungsbezogenen Sonderzahlung abgesprochen, weil die Sonderzahlung unter einem Freiwilligkeitsvorbehalt zugesagt wurde, da die Sonderzahlung damit der synallagmatischen Verknüpfung mit der Arbeitsleistung entzogen sei.<sup>120</sup> Heute ist klar: Eine solche Vertragsgestaltung ist widersprüchlich, intransparent und unangemessen benachteiligend.<sup>121</sup> Unzulässige Vorbehalte können nicht den Charakter einer arbeitsleistungsbezogenen Sonderzahlung in ihr Gegenteil verkehren.

114 BAG, 05.07.2011 – 1 AZR 94/10 – ArbR 2011, 642, Rn. 28, 39, 43; BAG, 07.06.2011 – 1 AZR 807/09 – EzA BetrVG 2001 § 88 Nr. 3, Rn. 34.

115 BAG, 18.01.2012 – 10 AZR 667/10 – NZA 2012, 620.

116 BAG, 08.11.1978 – 5 AZR 358/77 – EzA BGB § 611 Gratifikation, Prämie Nr. 60; BAG, 24.10.1990 – 6 AZR 156/89 – EzA BGB § 611 Gratifikation, Prämie Nr. 81; BAG, 13.06.1991 – 6 AZR 421/89 – EzA BGB § 611 Gratifikation, Prämie Nr. 86; BAG, 19.04.1995 – 10 AZR 49/94 – DB 1995, 2272.

117 BAG, 26.06.1975 – 5 AZR 412/74 – AP BGB § 611 Gratifikation Nr. 86; zwischenzeitlich abweichend BAG, 05.06.1996 – 10 AZR 883/95 – AP BGB § 611 Gratifikation Nr. 193.

118 BAG, 01.04.2009 – 10 AZR 393/08 – AP BGB § 242 Betriebliche Übung Nr. 84.

119 Vgl. auch *Vossen* (Fn. 27), S. 624.

120 BAG, 10.05.1995 – 10 AZR 648/94 – EzA BGB § 611 Gratifikation, Prämie Nr. 125; vgl. auch *Preis*, Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht, S. 415.

121 BAG, 30.07.2008 – 10 AZR 606/07 – NZA 2008, 1173.

**b) Grundsätzliche Zulässigkeit von Stichtagsklauseln**

Ein Stichtag ergibt sich nicht von selbst. Zwar hat das BAG bisweilen eine als »Weihnachtsgeld« bezeichnete Sonderzahlung so ausgelegt, dass sie im Zweifel nur an diejenigen Arbeitnehmer ausbezahlt werden soll, die zu Weihnachten noch in den Diensten des Arbeitgebers stehen.<sup>122</sup> Es hat damit aus der Bezeichnung als Weihnachtsgeld die schlüssige Vereinbarung einer Stichtagsklausel abgeleitet. Daran kann schon deshalb nicht festgehalten werden, weil sich diese einschränkende Voraussetzung aus der Vertragsgestaltung deutlich ergeben muss. Eine andere Sichtweise ist mit dem Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB schlicht unvereinbar.

Eine Stichtagsklausel entscheidet über das »Ob« der Sonderzahlung. Der Anspruch auf Sonderzahlung entsteht erst mit Erreichen des Stichtages. Zuvor kann daher kein – auch kein anteiliger – Anspruch entstehen, es sei denn, die Parteien hätten dies ausdrücklich vereinbart. Problematisch wird es, wenn der Zweck der Sonderzahlung und die Stichtagsklausel nicht in einem reziproken Verhältnis stehen. Selbst wenn man davon ausgeht, dass die Sonderzahlung – was regelmäßig der Fall ist – reinen Entgeltcharakter hat, ist eine Stichtagsklausel nicht a priori unzulässig. Bei Stichtagsklauseln sind die Kernfragen, ob die Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sind und ob die Sonderzahlung schon verdient ist, d.h. der Arbeitnehmer die vorausgesetzte Leistung erbracht hat. Der 10. Senat des BAG hat eine Bonusvereinbarung, die voraussetzt, dass das Arbeitsverhältnis das gesamte Kalenderjahr »bestanden hat«, für zulässig gehalten.<sup>123</sup> Hierzu meint der Senat, dass bei wechselseitiger Berücksichtigung und Bewertung der rechtlich anzuerkennenden Interessen die Bindung des Anspruchs auf die Bonuszahlung an das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses im gesamten Geschäftsjahr nicht generell unzulässig ist. Dabei sei herauszustellen, dass der Bonus, dessen Höhe von der Zielerreichung des Mitarbeiters, der individuellen Beurteilung sowie vom wirtschaftlichen Ergebnis abhängt, eindeutig arbeitsleistungsbezogenen Entgeltcharakter habe. Entgeltrelevante Zielvereinbarungen für ein Geschäftsjahr zu bilden, sei interessengerecht. Der Wille der Arbeitsvertragsparteien, für den Anspruch auf den Bonus Jahresziele festzulegen, sei zu achten. Freilich kam hinzu, dass die Sachgerechtigkeit dieser Stichtagsregelung sich daraus ergab, dass die Erreichung der Jahresziele und das Geschäftsergebnis auch erst am Jahresende festgestellt werden konnte.

Das BAG stellt in der jüngeren Rechtsprechung zu Recht heraus, dass mit Sonderzahlungen verbundene einzelvertragliche Stichtags- und Rückzahlungsklauseln einen Arbeitnehmer nicht in unzulässiger Weise in seiner durch Art. 12 GG garantierten Berufsfreiheit behindern dürfen und insoweit einer Inhaltskontrolle durch die Arbeitsgerichte gemäß § 307 BGB unterliegen.<sup>124</sup> Diese Erwägungen lenken noch einmal den Blick darauf, dass jede Sonderzahlung und jede einschränkende Bedingung in ihrer Wirksamkeit nach §§ 305 ff. BGB von der Kohärenz, Transparenz und Angemessenheit abhängen und nicht von schematisierenden Zweckbetrachtungen.

Allgemein kann festgehalten werden, dass prinzipiell wenig dagegen spricht, einen Anspruch auf jede Sonderzahlung davon abhängig zu machen, ob das Arbeitsverhältnis im Bezugszeitraum bestanden hat. Mit Blick auf §§ 305 ff. BGB ggf. iVm. Art. 12 GG problematisch werden jedoch alle darüber hinausgehenden Klauseln, insbesondere alle Freiwilligkeits-, Rückzahlungs- und bezugszeitüberschreitenden Bindungsklauseln.

**c) Über den Bezugszeitraum hinausgehende Stichtags- bzw. Bindungsklauseln****(1) Bisherige Rechtslage**

Die Vereinbarung der Stichtagsregelung wird unter den hier genannten Voraussetzungen jedenfalls für zulässig gehalten,<sup>125</sup> solange der gewählte Stichtag innerhalb des Bezugszeitraums (dh. des Jahres, für das die Sonderleistung gezahlt wird) liegt. Zulässig soll es auch sein, den Stichtag nicht durch ein Datum, sondern durch das Wort »Auszahlungstag« festzulegen;<sup>126</sup> dies gilt zumindest dann, wenn sich aus anderen Vertragsklauseln ergibt, welches Datum (spätestens) Auszahlungstag ist. Zweifelhaft ist, ob als Stichtag auch ein Termin gewählt werden darf, der außerhalb des Bezugszeitraums liegt.

122 BAG, 30.03.1994 – 10 AZR 134/93 – EZA BGB § 611 Gratifikation, Prämie Nr. 109; vgl. auch BAG, 10.05.1995 – 10 AZR 648/94 – EZA BGB § 611 Gratifikation, Prämie Nr. 125.

123 BAG, 06.05.2009 – 10 AZR 443/08 – NZA 2009, 783.

124 BAG, 24.10.2007 – 10 AZR 825/06 – NZA 2008, 40; BAG, 18.01.2012 – 10 AZR 612/10 – NZA 2012, 561.

125 Vgl. BAG, 18.01.1978 – 5 AZR 56/77 – AP BGB § 611 Gratifikation Nr. 92; BAG, 08.11.1978 – 5 AZR 358/77 – AP BGB § 611 Gratifikation Nr. 100.

126 BAG, 08.02.1984 – 5 AZR 185/82 – NZA 1984, 202.

Soweit der Stichtag nach dem Ende des Bezugszeitraums liegt, wirken die Stichtags- bzw. Bindungsklauseln wie Rückzahlungsklauseln. Der Arbeitnehmer kann bis zum Stichtag nicht kündigen, will er nicht den Anspruch auf die Sonderzahlung verlieren. Sollte der Stichtag hingegen nach dem Ende des Bezugszeitraums liegen, die Sonderzahlung aber schon vorher ausbezahlt werden oder fällig sein, so handelt es sich nicht um eine Stichtagsklausel, sondern um eine versteckte Rückzahlungsklausel, die nach den bei den Rückzahlungsklauseln erläuterten Grundsätzen zu behandeln ist.

Wird die Sonderzahlung erst zum Stichtag fällig oder ausbezahlt und liegt dieser außerhalb des Bezugszeitraums, so lag nach der bisherigen – bereits älteren – Rechtsprechung des BAG keine echte Bindungswirkung vor, so dass die strengen Grundsätze der Rückzahlungsklauseln keine Anwendung fanden.<sup>127</sup> Allerdings galt bei einem weiten Auseinanderklaffen von Bezugszeitraum und Auszahlungstag auch bisher schon etwas anderes: Die Beispielsklausel, in der der Zeitpunkt der Auszahlung sechs Monate nach Ende des Bezugszeitraums liegt, hatte das BAG zwar noch für zulässig gehalten.<sup>128</sup> In einem Fall, in dem eine »Sondervergütung« erst 1 ½ Jahre nach Ablauf des Bezugszeitraums fällig wurde, sollte es dagegen nicht zulässig sein, am Fälligkeitstag das Bestehen eines ungekündigten Arbeitsverhältnisses zu verlangen.<sup>129</sup> Hauptgrund für die Unzulässigkeit eines solchen »Auseinanderklaffens« von Bezugszeitraum und Stichtag ist die Überlegung, dass sonst eine Bindungswirkung ohne Ende entstehen würde. Kündigt der Arbeitnehmer nämlich nach Erhalt einer Zahlung, deren Bezugszeitraum bereits über ein Jahr abgelaufen ist (Beispiel: Zahlung für Kalenderjahr 1999 wird erst am 01.02.2001 ausgezahlt), so ist ja auch der darauf folgende Bezugszeitraum (im Beispiel das Kalenderjahr 2000) abgelaufen, für den die nächste Sonderzahlung gewährt wird. Der Arbeitnehmer könnte also nie kündigen, ohne dass er den Anspruch auf eine Sondervergütung verliert, deren Bezugszeitraum bereits abgelaufen ist.<sup>130</sup>

Stichtagsklauseln bei Sonderzahlungen mit reinem Entgeltcharakter hat die Rechtsprechung schon bisher kritisch betrachtet.<sup>131</sup> So wurde schon früher vertreten, dass die Auszahlung einer (anteiligen) Sonderzahlung mit reinem Entgeltcharakter nicht deshalb verweigert werden kann, weil der Arbeitnehmer am Auszahlungstermin nicht mehr zum Betrieb gehört oder sich in gekündigter Stellung befindet.<sup>132</sup> Eine gleichwohl vereinbarte Stichtagsklausel sei deshalb

unwirksam.<sup>133</sup> Die Rechtsprechung hat in diesem Sinne auch schon vor Inkrafttreten der §§ 305 ff. BGB entschieden, gestützt auf § 138 Abs. 1 BGB<sup>134</sup>, auf einen Verstoß gegen Art. 12 GG,<sup>135</sup> § 622 Abs. 6 BGB<sup>136</sup> oder gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz<sup>137</sup>. Hat der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung, die mit der versprochenen Sonderzahlung vergütet werden sollte, bereits (teilweise) erbracht, so würde der völlige Wegfall der zugesagten Leistung aufgrund der bloßen Tatsache, dass etwa das Arbeitsverhältnis gekündigt wurde, dazu führen, dass dem Arbeitnehmer die ihm zugesicherte Gegenleistung wieder entzogen würde.<sup>138</sup> Diese Rechtsprechung wandte sich frühzeitig gegen Klauseln, die erdiente Sondervergütungen aufgrund von Freiwilligkeits- oder Widerrufsvorbehalten jederzeit entziehen konnten.

## (2) Neue Rechtslage

In Ansehung erheblich über ein Monatsgehalt hinausgehender Sonderzahlungen zeichnet sich in jüngster Zeit ein Rechtsprechungswandel ab. Nach der neuen Rechtsprechung des 10. Senats des BAG<sup>139</sup> ist nunmehr davon aus-

127 BAG, 21.02.1974–5 AZR 302/73 – AP BGB § 611 Gratifikation mit Anm. Buchner Nr. 81.

128 BAG, 21.02.1974–5 AZR 302/73 – AP BGB § 611 Gratifikation mit Anm. Buchner Nr. 81.

129 BAG, 27.10.1978–5 AZR 754/77 – AP BGB § 611 Gratifikation Nr. 99.

130 Vgl. auch BAG, 27.10.1978–5 AZR 754/77 – AP BGB § 611 Gratifikation unter I. 3. b) Nr. 99 und BAG 27.07.1972–5 AZR 141/72 – AP BGB § 611 Gratifikation unter I. 2. aE Nr. 75.

131 In tarifvertraglichen Regelungen wurde entsprechende Klauseln allerdings stets akzeptiert: BAG, 12.01.2000–10 AZR 928/98 – juris.

132 Hanau/Vossen (Fn. 5), 213, 215; Vossen (Fn. 27), S. 625 f.; vgl. auch BAG, 13.06.1991–6 AZR 421/89 – EzA BGB § 611 Gratifikation, Prämie Nr. 86.

133 Vgl. auch Vossen (Fn. 27), S. 626 mwN.

134 So ausdrücklich nur BAG, 07.11.1984–5 AZR 278/83 – juris, zu einem Widerrufsvorbehalt; RAG, 15.01.1930 – RAG. 401/29 – ARS Bd. 8, S. 163.

135 BAG, 12.01.1973–3 AZR 211/72 – AP HGB § 87a Nr. 4; BAG, 13.09.1974–5 AZR 48/74 – AP BGB § 611 Gratifikation Nr. 84. Der 1. Senat des BAG 07.12.1962–1 AZR 245/61 – AP GG Art. 12 Nr. 28 folgert die Unzulässigkeit der Klausel aus der Ungleichbehandlung der vor dem Stichtag ausscheidenden Arbeitnehmer mit den die Voraussetzung der Verbleibebedingung erfüllenden Arbeitnehmern.

136 BAG, 12.01.1973–3 AZR 211/72 – AP HGB § 87a Nr. 4; BAG, 27.07.1972–5 AZR 141/72 – AP BGB § 611 Gratifikation Nr. 75; BAG, 27.04.1982–3 AZR 814/79 – AP BGB § 620 Probearbeitsverhältnis Nr. 16; LAG Düsseldorf, 18.02.1966–4 Sa 712/65 – BB 1966, 371; gegen die Anwendung des § 622 Abs. 6 BGB Preis, Vertragsgestaltung, S. 169 f.; vgl. auch zur Vertragsstrafe und § 622 Abs. 6 BGB BAG, 11.03.1971–5 AZR 349/70 – AP BGB § 622 Nr. 9 und BAG, 09.03.1972–5 AZR 246/71 – AP BGB § 622 Nr. 12.

137 BAG, 04.02.1976–5 AZR 83/75 – AP BGB § 242 Gleichbehandlung Nr. 40.

138 BAG, 07.11.1984–5 AZR 278/83 – juris; vgl. auch BAG, 24.10.1990–6 AZR 156/89 – AP BGB § 611 Gratifikation Nr. 135.

139 BAG, 24.10.2007–10 AZR 825/06 – AP BGB § 307 Nr. 32; BAG, 18.01.2012–10 AZR 612/10 – NZA 2012, 561.

zugehen, dass Bindungsklauseln über den Bezugszeitraum hinaus bei leistungsbezogenen Bonuszahlungen generell problematisch sind. Denn schon eine Bindungsklausel, die auf ein »ungekündigtes« Arbeitsverhältnis bis zum 31.03. des Folgejahres abstellt, führt bei längeren Kündigungsfristen zu einer sachwidrigen und überproportionalen Bindung. Überdies stellt sich generell die Frage, weshalb bei verdienten Bonuszahlungen des Vorjahreszeitraum eine nachträgliche Bindung überhaupt noch gerechtfertigt ist.

Nach den zunächst zweifelnden Erwägungen des 10. Senats bliebe es dem 1. Senat des BAG überlassen – sicher nicht ohne Rückkoppelung mit dem 10. Senat – bei einer arbeitsleistungsbezogenen Sonderzahlung nachgelagerten Fälligkeitsklauseln die Anerkennung zu versagen.<sup>140</sup> Mit nahezu inhaltsgleichen Erwägungen ist der 10. Senat dem gefolgt und hat die Zweckvermischung bei »Sonderzahlungen mit Mischcharakter« verworfen.<sup>141</sup> Gegenstand des Falles war eine in einer Betriebsvereinbarung geregelte variable Erfolgsvergütung mit individueller Zielvereinbarung, die jeweils im Juli des Folgejahres zur Auszahlung kommen sollte. In einer Ausschlussklausel dieser Betriebsvereinbarung heißt es: »Eine Ist-VE kommt nicht zur Auszahlung, wenn der Mitarbeiter unterjährig durch Kündigung ausscheidet oder bis zum Auszahlungstag das Arbeitsverhältnis gekündigt wird.« Der Arbeitnehmer hatte zum 30.06.2008 gekündigt. Der Arbeitgeber verweigerte daraufhin die Auszahlung der Zielvereinbarungsvergütung in Höhe von 22.800 €. Der 1. Senat gab der Zahlungsklage statt.

In dogmatischer Hinsicht ist interessant, dass die Rechtsprechung, obwohl ausweislich des § 310 Abs. 4 BGB die Vorschriften zur Inhaltskontrolle keine Anwendung finden, vergleichbare Kontrollmaßstäbe anwendet. Nach § 75 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 BetrVG seien Betriebsparteien an die Grundsätze von Recht und Billigkeit gebunden und damit auch zur Wahrung der grundrechtlich geschützten Freiheitsrechte verpflichtet. Dazu gehört die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsfreiheit der Arbeitnehmer. Der 1. Senat wertet die besagte Klausel als Stichtagsregelung, die mit höherrangigem Recht nicht vereinbar sei.

Das BAG führt aus, dass die Betriebsparteien an die geltende Rechtsordnung gebunden seien. Dazu zähle auch § 611 Abs. 1 BGB, wonach der Arbeitgeber zur Erbringung der vereinbarten Gegenleistung verpflichtet sei, soweit der vorleistungsverpflichtete Arbeitnehmer seinerseits die ihm obliegende Arbeitsleistung erbracht hat. Die Auszahlung verdienten Entgelts sei daher nicht von der Erfüllung wei-

terer Zwecke abhängig.<sup>142</sup> Bei der erfolgsabhängigen Vergütung handele es sich um Arbeitsentgelt, das vom Arbeitnehmer durch die Erbringung einer Arbeitsleistung im Bezugszeitraum verdient werde und dessen Höhe von der Erreichung der mit ihm vereinbarten Ziele abhänge. Vergütungsbestandteile, die von dem Erreichen persönlicher Ziele und dem Unternehmenserfolg abhingen, seien keine anlass- oder stichtagsbezogenen Sonderzuwendungen des Arbeitgebers, sondern unmittelbare Gegenleistung für eine vom Arbeitnehmer zu erbringende Leistung, die dieser als Arbeitsentgelt für den vereinbarten Zeitraum erhalte. Für andere Sonderzuwendungen, mit denen sich der Arbeitgeber zB. an den zum Weihnachtsfest typischerweise erhöhten Aufwendungen der Arbeitnehmer beteiligt oder mit denen eine vergangenheits- sowie zukunftsbezogene Betriebstreue honoriert werden soll, sei kennzeichnend, dass diese ohne Bezug zu einer Vereinbarung über die Qualität oder die Quantität der individuellen Arbeitsleistung des Arbeitnehmers erbracht würden. Demgegenüber bezwecke eine erfolgsabhängige Vergütung gerade eine Leistungssteigerung des Arbeitnehmers durch die Förderung seiner Motivation. Diese synallagmatische Verbindung werde nicht durch die Abhängigkeit der Höhe der variablen Erfolgsvergütung von einem Unternehmensergebnis im maßgeblichen Bezugszeitraum in Frage gestellt. Denn auch Leistungen, die an den Unternehmenserfolg anknüpfen (wie zB. Tantiemen, Gewinnbeteiligungen), würden regelmäßig als zusätzliche Vergütung für eine im Geschäftsjahr erbrachte Arbeitsleistung des Arbeitnehmers gezahlt.

Solchermaßen entstandene Ansprüche auf Arbeitsentgelt für eine bereits erbrachte Arbeitsleistung können von den Betriebsparteien nicht unter die auflösende Bedingung des Bestehens eines ungekündigten Arbeitsverhältnisses zu einem Stichtag nach Ablauf des Leistungszeitraums gestellt werden. Dieser Grundsatz gilt nicht nur für die eigentliche Grundvergütung, sondern auch für besondere Entgeltbestandteile, die gleichermaßen in das Synallagma eingebundene Leistungen darstellen. Hier bezieht sich der 1. Senat ausdrücklich auf die Rechtsprechung des 5. Senats zu Freiwilligkeitsvorbehalten.<sup>143</sup> Für den synallagmatischen Charakter des Anspruches sei es überdies unerheblich, ob der

140 BAG, 12.04.2011 – 1 AZR 412/09 – NZA 2011, 989.

141 BAG, 18.01.2012 – 10 AZR 612/10 – NZA 2012, 561.

142 Krause, in: Münchener Hdb. zum Arbeitsrecht (Fn. 31), § 54 Rn. 14.

143 BAG, 25.04.2007 – 5 AZR 627/06 – NZA 2007, 853.

Vergütungsanspruch monatlich entsteht, an längere Abrechnungszeiträume gebunden ist oder die Arbeitsleistung von einem bestimmten Leistungserfolg abhängig ist. Ein (gesetzlicher) Ausnahmetatbestand, der vorsieht, dass der Arbeitnehmer die durch seine Arbeit verdiente Gegenleistung nur behalten darf, wenn er über den Zeitraum hinaus, in dem das Arbeitsentgelt verdient wurde, dem Unternehmen angehört, existiert nicht. Die Klausel entspreche in ihrer Wirkung einer auflösenden Bedingung, durch die dem vorleistungspflichtigen Kläger der Anspruch auf die Gegenleistung rückwirkend entzogen werde, wenn dieser nach Ablauf des Geschäftsjahres, aber vor dem Auszahlungstag der variablen Erfolgsvergütung sein Arbeitsverhältnis selbst kündigt.

Diese Begründung ist ohne Weiteres auf vertragliche Sonderzahlungen übertragbar; der 10. Senat hat dies entsprechend vollzogen. Das BAG untermauert seine Auffassung zusätzlich mit einer verfassungsrechtlichen Wertung aus Art. 12 Abs. 1 GG und judiziert, dass entsprechende Fälligkeitsklauseln, die außerhalb des Bezugszeitraums liegen, einer Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht standhielten. Die Stichtagsklausel diene dem Interesse, einen Arbeitnehmer über das Ende des Geschäftsjahres bis zum Auszahlungstag an der selbst gewählten Aufgabe seines Arbeitsverhältnisses zu hindern. Die Vorenthaltung einer bereits verdienten Arbeitsvergütung sei aber stets ein unangemessenes Mittel, die selbstbestimmte Arbeitsplatzaufgabe zu verzögern oder zu verhindern.

In Ansehung dieser Rechtsprechung sind Bindungsklauseln (Stichtagsregelungen bzw. Fälligkeitsklauseln mit Stichtag außerhalb des Bezugszeitraums) und wirkungsähnliche Rückzahlungsklauseln bei Sonderzahlungen mit reinem Entgeltcharakter unzulässig.<sup>144</sup> Nichts anderes kann im Ergebnis auch bei sog. Sonderzahlungen mit Mischcharakter gelten. Der Bestandteil, der durch Leistung in der Vergangenheit erdient ist, darf nicht mit einer Bindungsklausel versehen werden.

#### d) Ausnahme: Betriebstreue

Soll mit der Sonderzahlung ausschließlich die Betriebstreue honoriert werden, muss dies aus der Vertragsgestaltung hinreichend deutlich hervorgehen. Modern ausgedrückt, vereinbaren die Parteien mit entsprechenden Vereinbarungen »Halteprämien«. Die Zahlungspflicht hängt in diesen Fällen nur davon ab, ob das Arbeitsverhältnis am Stichtag noch besteht. Nach bisheriger und neuester

Rechtsprechung wurden Stichtagsklauseln bei Sonderzahlungen zur Belohnung von Betriebstreue als zulässig angesehen.<sup>145</sup>

Nur in den seltenen Fällen, in denen allein für das Verbleiben des Arbeitnehmers bis zu einem bestimmten Zeitpunkt eine Sonderzahlung geleistet wird, können bei einer klaren Fokussierung auf diesen Zweck bei Sonderzahlungen zur ausschließlichen Belohnung von Betriebstreue Bindungsklauseln/Rückzahlungsklauseln zulässig sein.<sup>146</sup> Diese Klauselgestaltung entspricht den bisherigen Maßstäben zu Rückzahlungsklauseln.<sup>147</sup> Da Rückzahlungsklauseln ähnliche Zwecke wie über den Bezugszeitraum hinausgehende Stichtags- bzw. Bindungsklauseln verfolgen,<sup>148</sup> entsteht für den Arbeitnehmer ein ähnlicher Bindungsdruck wie bei den Rückzahlungsklauseln. Zwar ist eine Bindung nach Empfang der Sonderzahlung im Wege der Rückzahlungsklausel etwas anderes als eine Bindung vor der Auszahlung (Stichtags- oder Bindungsklausel) mit der Folge, dass am Auszahlungstag endgültig darüber entschieden wird, ob der Arbeitnehmer die Sonderzahlung erhält.<sup>149</sup> Entscheidend ist aber, ob die zusätzliche Bindung gerechtfertigt ist. Das hängt auch davon ab, welche Art der Sonderzahlung vorliegt und in welcher Höhe diese gezahlt wird.<sup>150</sup> Aus diesem Grunde empfiehlt es sich, Bindungs- und Rückzahlungsklauseln nur bei Sonderzahlungen (Gratifikationen) zu verwenden, die ausschließlich an den Bestand des Arbeitsverhältnisses anknüpfen und nicht über ein bzw. zwei Bruttomonatsgehälter hinausgehen. Der 10. Senat stellt klar, dass Gratifikationscharakter nur solche Sonderzuwendungen haben können, »die sich im üblichen

144 Siehe bereits Preis, in: Preis (Fn. 69), II V 70 Rn. 43 ff., 61 ff.

145 BAG, 29.03.1965–5 AZR 6/65 – AP BGB § 611 Gratifikation Nr. 52; BAG, 22.06.1983–5 AZR 252/81 – nv.; BAG, 23.05.1984–5 AZR 398/82 – nv.; BAG, 18.01.2012–10 AZR 667/10 – NZA 2012, 620.

146 Beispiel: »Der Arbeitnehmer erhält eine Gratifikation in Höhe eines Bruttomonatsgehalts, wenn er sich am 31.3. des Folgejahres noch in einem [ungekündigten] Arbeitsverhältnis zum Arbeitgeber befindet. Die Gratifikation wird mit dem Aprilgehalt zur Auszahlung gebracht. [Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der Arbeitnehmer vor dem Stichtag das Arbeitsverhältnis kündigt oder wirksam aus verhaltensbedingten Gründen durch den Arbeitgeber gekündigt worden ist.] (Diese Gratifikation soll ausschließlich die vom Arbeitnehmer erbrachte und zukünftige Betriebstreue vergüten.)«

147 Hierzu Preis, in: Preis (Fn. 69), II S 40 Rn. 89 ff.

148 Zu diesem Problemkreis grundsätzlich Lipke/Dreher, HZA Gruppe 3, Rd. 270 ff.; BAG, 21.02.1974–5 AZR 302/73 – AP BGB § 611 Gratifikation m. Anm. Buchner Nr. 81.

149 So ausdrücklich LAG Köln, 14.05.1993–14 SA 119/93 – LAGE BGB § 611 Gratifikation Nr. 19.

150 Siehe auch BAG, 24.10.2007–10 AZR 825/06 – AP BGB § 307 Nr. 32.

Rahmen reiner Treue- und Weihnachtsgratifikationen bewegen und keinen wesentlichen Anteil an der Gesamtvergütung des Arbeitnehmers ausmachen«.<sup>151</sup>

#### e) Blick auf die Situation bei Rückzahlungsklauseln

Der »Klassiker des Arbeitsrechts«, die rechtsfortbildende Rechtsprechung des BAG zu Rückzahlungsklauseln bei Gratifikationen, enthielt bereits deutliche Elemente der Inhaltskontrolle, ohne seinerzeit hierfür ein gesetzliches Instrument zu haben. Das BAG hat in einer berühmten Rechtsprechung<sup>152</sup> vergleichsweise enge und eindeutige Grenzen für Rückzahlungsklauseln aufgestellt. Die damit einhergehende Beschränkung der vertraglichen Gestaltungsfreiheit hat das BAG damit begründet, dass durch lange Bindungsfristen in die Kündigungsfreiheit des Arbeitnehmers eingegriffen würde. Diesem Eingriff seien aber durch das Grundrecht auf freie Arbeitsplatzwahl (Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG),<sup>153</sup> durch das Verbot ungleicher Kündigungsfristen (§ 622 Abs. 6 BGB)<sup>154</sup> sowie die arbeitsvertragliche Fürsorgepflicht<sup>155</sup> Grenzen gesetzt, die zu einer Begrenzung der Frist führten, innerhalb derer dem Arbeitnehmer zulässigerweise eine Rückzahlungspflicht auferlegt werden dürfe. Heute sind die gleichen Erwägungen unter dem entscheidenden Obersatz der »unangemessenen Benachteiligung« nach § 307 BGB anzuwenden. Doch gibt es zu dem Thema in Ansehung veränderter Arbeitsbeziehungen kaum Fälle.<sup>156</sup> Bei Sonderzahlungen mit reinem Entgeltcharakter verneinte schon die frühe Rechtsprechung eine Rückzahlungsverpflichtung bzw. die Wirksamkeit einer Bindungsklausel, weil dem Arbeitnehmer schon verdientes Entgelt wieder genommen würde.<sup>157</sup>

Sachgerecht und konsequent erscheint es allein, Rückzahlungsklauseln nur für solche Sonderzahlungen zuzulassen, die ausschließlich die Betriebstreue honorieren. Mit dem Rechtscharakter von Sonderzahlungen zur Belohnung von Betriebstreue ist der mit den Rückzahlungsklauseln verfolgte Zweck, den Arbeitnehmer an den Betrieb zu binden, ohne Weiteres vereinbar.

#### f) Das »ungekündigte« Arbeitsverhältnis

Eine spezifische Frage der Inhaltskontrolle ist nunmehr, ob eine Stichtagsklausel den Bezug einer Sonderzahlung an das Tatbestandsmerkmal »ungekündigt« koppeln darf. Bei dieser Formulierung würde der Arbeitnehmer seines Anspruchs verlustig gehen, gleichgültig aus welchem Grund

und gleichgültig, ob er selbst gekündigt hat oder ihm durch den Arbeitgeber gekündigt wurde. Kann der Arbeitgeber etwa mit Hilfe dieser Klausel eine arbeitsleistungsbezogene Sonderzahlung, deren Voraussetzungen der Arbeitnehmer erfüllt hat, durch schlichte Kündigungserklärung vereiteln?<sup>158</sup> Da die Kündigung erst nach dem Stichtag ausgesprochen werden kann, bleibt umgekehrt der Arbeitnehmer, um den Anspruch auf die Sonderzahlung nicht zu verlieren, noch während der Kündigungsfrist an den Betrieb gebunden. Diese Wirkung ist allerdings weniger stark als die von Rückzahlungsklauseln ausgehende.<sup>159</sup>

Problematisch ist der Fall der betriebsbedingten Arbeitgeberkündigung. Hier hatte das BAG früher in ständiger Rechtsprechung entschieden, die betriebsbedingte Kündigung des Arbeitgebers berühre nicht den Anspruch des Arbeitnehmers auf die Sonderleistung.<sup>160</sup> Im Jahre 1991 entschied es für eine Stichtagsklausel, die durch ihre Formulierung eine Bindungswirkung über den Bezugszeitraum hinaus bewirkte, dass auch eine betriebsbedingte Kündigung den Anspruch auf die Sonderzuwendung entfallen lässt.<sup>161</sup> Da das BAG ausdrücklich seine frühere Rechtsprechung aufgab, wurde in der Literatur angenommen, auch eine Rückzahlungsklausel könne den Fall der betriebsbedingten Kündigung erfassen.<sup>162</sup> Jetzt hat das BAG<sup>163</sup> klargestellt, dass es an dieser Position modifiziert festhalten will. Es hat bei einer *Weihnachtsgratifikation* judiziert, dass der Anspruch vom »ungekündigten Bestehen

151 BAG, 18.01.2012 – 10 AZR 667/10 – NZA 2012, 620, 622.

152 BAG, 30.07.2008 – 10 AZR 606/07 – AP BGB § 611 Gratifikation Nr. 274.

153 BAG, 10.05.1962 – 5 AZR 452/61 – AP BGB § 611 Gratifikation Nr. 22, 23.

154 BAG, 31.05.1960 – 5 AZR 505/58 – AP BGB § 611 Gratifikation Nr. 15, damals noch zu HGB §§ 67 Abs. 1, GewO § 122.

155 BAG, 08.12.1960 – 5 AZR 535/59 – AP BGB § 611 Gratifikation Nr. 20; BAG, 10.05.1962 – 5 AZR 452/61 – AP BGB § 611 Gratifikation Nr. 22, 23.

156 Siehe aber BAG, 28.03.2007 – 10 AZR 261/06 – AP BGB § 611 Gratifikation Nr. 265; LAG Rheinland-Pfalz, 10.02.2009 – 3 Sa 537/08 – nv.

157 BAG, 30.07.2008 – 10 AZR 606/07 – AP BGB § 611 Gratifikation Nr. 274; in diese Richtung auch BAG, 28.03.2007 – 10 AZR 261/06 – AP BGB § 611 Gratifikation Nr. 265.

158 Verneinend LAG Düsseldorf, 10.05.2010 – 16 Sa 235/10 – ArbR 2010, 456.

159 BAG 23.05.1984 – 5 AZR 398/82 – nv.

160 BAG, 13.09.1974 – 5 AZR 48/74 – AP BGB § 611 Gratifikation Nr. 84; BAG, 26.06.1975 – AZR 412/74 – AP BGB § 611 Gratifikation Nr. 86, m. Anm. *Schwerdtner*.

161 BAG, 25.04.1991 – 6 AZR 183/90 – EzA BGB § 611 Gratifikation, Prämie Nr. 85.

162 *Henssler*, Anm. zu BAG, 25.04.1991 – 6 AZR 183/90 – EzA BGB § 611 Gratifikation, Prämie Nr. 85; *Reiserer*, NZA 1992, 436, 438.

163 BAG, 18.01.2012 – 10 AZR 667/10 – NZA 2012, 620.

des Arbeitsverhältnisses zum Auszahlungszeitpunkt abhängig gemacht werden« könne. Dabei sei es unerheblich, wer das Arbeitsverhältnis gekündigt habe. Eine entsprechende Bestimmung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen hielte einer Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB stand. Voraussetzung sei allerdings, dass nicht die Vergütung von Arbeitsleistungen bezweckt sei. Das bedeutet jedenfalls eine Absage an eine entsprechende Klausel bei arbeitsleistungsbezogenen Sonderzahlungen und solchen mit »Mischcharakter«.

Die jüngste Rechtsprechung überrascht dennoch, wurde doch in der Entscheidung des BAG vom 24.10.2007<sup>164</sup> immerhin vermerkt, dass der Arbeitnehmer selbst die Betriebstreue erbracht habe, weshalb es widersprüchlich und unangemessen benachteiligend sein könne, wenn der Arbeitgeber aufgrund betriebsbedingter Kündigung die Auszahlung verweigern bzw. die Rückzahlung einer Sonderzahlung verlangen kann. Freilich lag in diesem Fall ebenfalls eine arbeitsleistungsbezogene Bonuszahlung vor.

#### (1) Differenzierende Rechtsprechung des BAG und Konsequenzen für die Vertragsgestaltung

In seiner Entscheidung vom 28.03.2007<sup>165</sup> bestätigte der 10. Senat noch generell die Position, dass »bei Sonderzahlungen die Zahlung davon abhängig gemacht werden darf, dass das Arbeitsverhältnis am Auszahlungstag überhaupt noch oder noch ungekündigt besteht [...]. Solche Klauseln sind selbst dann zulässig, wenn der Grund für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses vor Ablauf der Bindungsfrist nicht in der Sphäre des Arbeitnehmers liegt. Sie gelten damit grundsätzlich auch bei einer betriebsbedingten Kündigung des Arbeitgebers [...].« Allerdings kam es in dieser Entscheidung im Ergebnis nicht auf die Zwecke der Sonderzahlung an, weil die vom Arbeitgeber in der Klausel gestellten Voraussetzungen nicht erfüllt waren (das Arbeitsverhältnis bestand im Bezugszeitraum und endete durch Befristung; die Rückzahlungsklausel war wegen eines zu langen Bindungszeitraums unwirksam).

Schon in der Entscheidung vom 24.10.2007<sup>166</sup> jedoch deutet derselbe Senat des BAG mit vagen Worten eine mögliche Rechtsprechungsänderung an. Selbstzweifelrisch führt der Senat aus, dass er bisher<sup>167</sup> entsprechende Klauseln anerkannt habe. Alsdann stellt er in Frage, dass an diesen Grundsätzen, gerade vor dem Hintergrund hoher

Sonderzahlungen, festgehalten werden könne. Er führt aus,<sup>168</sup> dass »bei typisierender Betrachtung kaum interessengerecht [sei], dem Arbeitnehmer im Falle einer nicht in seinen Verantwortungsbereich fallenden, zB. betriebsbedingten Kündigung des Arbeitgebers einen ganz wesentlichen Teil seiner Vergütung vorzuenthalten«.

Die frühere Rechtsprechung hatte – auch ohne die Rechtsgrundlagen der AGB-Kontrolle – den Rechtsgedanken des § 162 BGB angewandt.<sup>169</sup> Dann folgte die Rechtsprechung, wonach es ohne Weiteres möglich war, den Verfall der Sonderzahlung auch für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses aufgrund betriebsbedingter Kündigung vorzusehen.<sup>170</sup> Nunmehr differenziert das BAG. Bei einer arbeitsleistungsbezogenen Sonderzahlung mit Entgeltcharakter kann, wenn der Arbeitnehmer die vorausgesetzte Arbeitsleistung erbracht hat, dieses aufgeschobene, erdiente Entgelt nicht mehr an die zusätzliche Klausel des »ungekündigten« Bestand des Arbeitsverhältnisses gekoppelt werden. Setzt allerdings die Klausel als Leistungsvoraussetzung lediglich voraus, dass das Arbeitsverhältnis zu einem bestimmten Zeitpunkt ungekündigt besteht, soll also schlicht die Betriebstreue honoriert werden, entfällt der Anspruch unabhängig davon, wer das Arbeitsverhältnis gekündigt hat.<sup>171</sup>

#### (2) Arbeitsleistungsbezogene Sonderzahlungen

Fasst man die sich gegenwärtig abzeichnende Rechtslage zusammen, so ergibt sich, dass in aller Regel von arbeitsleistungsbezogenen Sonderzahlungen auszugehen ist. Konsequenz ist – je nach Ausgestaltung – dass es sich in diesen Fällen lediglich um aufgeschobene Entgeltzahlungen handelt, die im Beendigungsfalle und bei Ruhenstatbeständen jedenfalls anteilig zu zahlen sind. Denkbar ist

164 BAG, 24.10.2007 – 10 AZR 825/06 – AP BGB § 307 Nr. 32.

165 BAG, 28.03.2007 – 10 AZR 261/06 – AP BGB § 611 Gratifikation Nr. 265.

166 BAG, 24.10.2007 – 10 AZR 825/06 – AP BGB § 307 Nr. 32.

167 Vgl. etwa noch BAG, 28.03.2007 – 10 AZR 261/06 – AP BGB § 611 Gratifikation Nr. 265; BAG, 04.05.1999 – 10 AZR 417/98 – AP BGB § 611 Gratifikation Nr. 214, EzA BGB § 611 Gratifikation, Prämie Nr. 155.

168 BAG, 24.10.2007 – 10 AZR 825/06 – AP BGB § 307 Nr. 32.

169 BAG, 27.10.1978 – 5 AZR 287/77 – AP BGB § 611 Gratifikation Nr. 98.

170 So zunächst für tarifliche Regelungen BAG, 04.09.1985 – 5 AZR 655/84 – AP BGB § 611 Gratifikation Nr. 123; BAG, 25.04.1991 – 6 AZR 532/89 – AP BGB § 611 Gratifikation für Betriebsvereinbarungen Nr. 137 und schließlich BAG, 19.11.1992 – 10 AZR 264/91 – DB 1993, 688, NZA 1993, 353 für eine einzelvertragliche Zusage.

171 BAG, 18.01.2012 – 10 AZR 612/10 – NZA 2012, 561.

aber auch, dass Zielvereinbarungen und Gewinnbeteiligungen an den »Bestand des Arbeitsverhältnisses« im Bezugszeitraum gekoppelt werden. Insoweit ist auf die Entscheidung des 10. Senats vom 06.05.2009<sup>172</sup> hinzuweisen, in der angedeutet wird, wie der Senat mit Problemfällen umgehen wird: Das Wort »ungekündigt« wird im Wege des »Blue-Pencil-Tests« schlicht aus der Klausel herausgestrichen, so dass es nur auf das »Bestehen des Arbeitsverhältnisses« im Bezugszeitraum ankommt. Jede Form der weiteren (zusätzlichen) Einschränkungen durch Kündigungsklauseln, Rückzahlungsklauseln oder Klauseln, die den Bestand des Arbeitsverhältnisses bei Fälligkeit nach Ablauf des Bezugszeitraums voraussetzen, sind dagegen unwirksam, weil sie verdientes erzielt Entgelt entziehen.<sup>173</sup>

### (3) Betriebstreue

Bei Gratifikationen, die ausschließlich die Betriebstreue honorieren wollen (wenn es solche Sonderzahlungsabreden in der Realität überhaupt noch zahlreich gibt), sind dagegen »Kündigungsklauseln« und Rückzahlungsklauseln in den Grenzen der herkömmlichen Rechtsprechung weiterhin zulässig. Dass die jüngste Rechtsprechung die Kündigungsklauseln auch für den Fall für gerechtfertigt erachtet, dass der Arbeitgeber betriebsbedingt kündigt, vermag dagegen nicht zu gefallen. Ist nämlich der Zweck einer solchen Klausel die Honorierung der Betriebstreue, dann ist der Ausschluss der Sonderzahlung selbstredend dann gerechtfertigt, wenn der Arbeitnehmer selbst aus freien Stücken kündigt oder ihm berechtigt wegen einer Vertragspflichtverletzung gekündigt wird. Eine solche Klauselgestaltung ist in sich schlüssig und fair. Denn wer sich selbst als (vertrags)untreu erweist, kann nicht die Honorierung von Betriebstreue erwarten. Wenn hingegen der Arbeitnehmer durch betriebsbedingte oder arbeitgeberseitig veranlasste Beendigung des Arbeitsverhältnisses verliert, ist die Konsequenz der Klausel stets grob unfair, weil der Arbeitnehmer selbst betriebsstreu geblieben ist.<sup>174</sup> Der die Rechtsprechung des BAG kritisierenden Rechtsprechung einiger LAGE ist deshalb zuzustimmen.<sup>175</sup> Doch wird man für die Praxis die anderslautende Rechtsprechung des BAG zu beachten haben.

### g) Das Ende des »Mischcharakters«

Dennoch hat die Rechtsprechungsentwicklung der letzten Jahre das Resultat erbracht, dass die unhaltbare Rechtspre-

chung zum »Mischcharakter« weitgehend ad acta gelegt sein dürfte.<sup>176</sup> Es ist klar zu unterscheiden, ob die Vergütung von Arbeitsleistung bezweckt ist (Regelfall) oder die Honorierung von Betriebstreue (Ausnahmefall).

Nicht mehr zu halten ist die frühere Rechtsprechung, die allein aus der Existenz einer Rückzahlungsklausel folgerte, dass die Sonderzuwendung gerade nicht reinen Entgeltcharakter habe.<sup>177</sup> Die Rechtsprechung vollzog hier massive Zirkelschlüsse: Aus der verdienten Sonderzahlung mit Entgeltcharakter wurde durch die bloße Vereinbarung einer Rückzahlungsklausel eine »Sonderzahlung mit Mischcharakter«. Aus dem Mischcharakter wiederum wurde die Zulässigkeit der Rückzahlungsklausel gefolgert. Auch ist die Rechtsprechung erledigt, die Kündigungsklauseln und Rückzahlungsklauseln bei Sonderzahlungen mit Mischcharakter als zulässig angesehen hat.<sup>178</sup>

## IV. Fazit

Die Zweckbetrachtung bei Sonderzahlungen ist zwar noch nicht ganz tot. Sie ist aber einer klaren Dichotomie gewichen. Entweder wird (auch) Arbeitsleistung vergütet, dann sind diesen Anspruch entziehende Klauseln vielfältiger Art unwirksam (Freiwilligkeitsvorbehalte, Rückzahlungsklauseln, Kündigungsklauseln und Fälligkeitsklauseln). Oder es wird eine Sonderzahlung ausschließlich an den Bestand eines Arbeitsverhältnisses bzw. die künftige Betriebstreue geknüpft, dann sind Kündigungs- und Rückzahlungsklauseln möglich.

<sup>172</sup> BAG, 06.05.2009 – 10 AZR 443/08 – NZA 2009, 783.

<sup>173</sup> BAG, 12.04.2011 – 1 AZR 412/09 – NZA 2011, 989.

<sup>174</sup> Differenzierend *Reiserer* (Fn. 162), 436.

<sup>175</sup> LAG Düsseldorf, 19. 07. 2011 – 16 Sa 607/11 – NZA-RR 2011, 630; LAG München, 26.05.2009 – 6 Sa 1135/08 – AE 2009, 186 – 188; LAG München 10.02.2011 – 2 Sa 718/10 – AA 2011, 126; LAG Hamm, 05.02.2009 – 8 Sa 1665/08 – LAGE BGB § 611 Gratifikation Nr. 14; ablehnend auch *Krause*, in: Münchener Hdb. zum Arbeitsrecht aaO. (Fn. 31), § 59 Rn. 23.

<sup>176</sup> Dagegen und die Entscheidung des BAG, 12.04.2011 – 1 AZR 412/09 – NZA 2011, 989 ablehnend: *Salamon*, NZA 2011, 1328.

<sup>177</sup> BAG, 24.10.1990 – 6 AZR 156/89 – EzA BGB § 611 Gratifikation, Prämie Nr. 81; BAG, 13.06.1991 – 6 AZR 421/89 – EzA BGB § 611 Gratifikation, Prämie Nr. 86; hierzu *Hanau/Vossen* (Fn. 5), 213; *Reiserer* (Fn. 162), 436, 440.

<sup>178</sup> BAG, 29.03.1965 – 5 AZR 6/65 – AP BGB § 611 Gratifikation Nr. 52; BAG, 22.06.1983 – 5 AZR 252/81 – nv.; 23.05.1984 – 5 AZR 398/82 – nv.

Die Auslegung der Sonderzahlungsabrede erfolgt strikt nach Wortlaut und objektiv erkennbarem Erklärungsgesamt. Unklarheiten gehen zu Lasten des Arbeitgebers. Ferner wird die Sonderzahlungsabrede einer Transparenzkontrolle unterzogen.

In diesen, durch immanente Grenzen des Vertragsrechts gezogenen Grenzen, haben die Vertragsparteien bei der Ausgestaltung von Sonderzahlungen eine große Vertragsfreiheit. Zu achten ist jedoch auf eine widerspruchsfreie Ausgestaltung. Insbesondere ist die Kombination in sich widersprüchlicher einschränkender Klauseln zu vermeiden.

Wirklich freiwillige Sonderzahlungen ohne Rechtsanspruch des Arbeitnehmers für die Zukunft gibt es nur, wenn

der Arbeitgeber nichts zugesagt hat, sich also rechtsgeschäftlich nicht gebunden hat. Bei freihändigen Bonuszahlungen kann aus den Umständen ggf. eine rechtsgeschäftliche Bindung folgen. Es liegt also kein empfehlenswerter Weg darin, Vertragsgestaltung zu unterlassen, zumal Sonderzahlungen auch unter die Nachweispflicht des § 2 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 NachwG fallen.

Insgesamt ist die Rechtsprechung auf dem Weg, bei dem lange Zeit miraculösen Bereich der arbeitsrechtlichen Sonderzahlungen Prinzipien des Vertragsrechts zu reaktivieren. Erneut erweist sich, dass dies nicht a priori nachteilig für die Arbeitnehmer ist.

# Die gesetzliche Krankenversicherung im Kräftefeld der Gesundheitspolitik

Prof. Dr. Felix Welti, Universität Kassel

## I. Einführung

Gesundheitspolitik ist schlecht angesehen.<sup>1</sup> Mangelnde Transparenz und die Vielfalt von Akteuren und Interessengruppen werden beklagt. Aber Gesundheitspolitik besteht nicht allein darin, dass Gruppen ihre Interessen formulieren und vertreten. Das ist normal und legitim im freiheitlichen und demokratischen Staat, ebenso, dass Unternehmen und Personen bei ihrer Berufsausübung Geld verdienen wollen und dafür auch politisch handeln. Was aber bei Internet, Automobil und selbst Nahrungsmitteln hingenommen wird, regt die Menschen in der Gesundheitspolitik auf. Schon das Wort Gesundheitswirtschaft ist für viele ein Reizwort.<sup>2</sup>

Das mag an den besonderen Funktionsbedingungen des Gesundheitswesens liegen.<sup>3</sup> Es ist anfällig, weil Informationen ungleich verteilt sind, individuelle und kollektive Entscheidungen unter Unsicherheit getroffen werden und weil Gesundheitssysteme komplex sind.<sup>4</sup>

»Gesundheit ist keine Ware!« Diesem Volksentscheid gegen die Privatisierung städtischer Krankenhäuser stimmten im Februar 2004 76,8 % der abstimmenden Bürgerinnen und Bürger Hamburgs zu.<sup>5</sup> Dieser kurze mehrheitsfähige Satz bringt Probleme eines regulierten Gesundheitswesens auf den Punkt. Auch der Rat der Evangelischen Kirche in Deutschland sah sich veranlasst, entschieden vor einem Gesundheitsmarkt zu warnen, der notwendige Leistungen nach Kaufkraft verteilt.<sup>6</sup>

Gesundheit ist keine Ware, sondern ein fundamentales Ziel aller Menschen, eine Bedingung, um die Persönlichkeit entfalten zu können<sup>7</sup>. Um dieses Ziel zu erreichen, werden auch Güter und Dienste benötigt, die in unserer Wirtschaftsordnung Waren sind und die den Lebensunterhalt und die berufliche Entfaltung von rund einem Zehntel der Bevölkerung sichern. Doch weil Gesundheitsgüter und -dienste besonders sind, können sie nicht nach den gleichen Regeln wie andere ausgetauscht oder hoheitlich gewährt werden.

Wer krank ist, kann oft nicht alleine entscheiden, welche Güter und Leistungen nötig sind, sondern muss auf die

Sachkunde der Gesundheitsberufe vertrauen können. Ein gegenseitiger Vertrag über Gesundheitsdienste und -güter muss das Ungleichgewicht berücksichtigen.<sup>8</sup> Mehr Transparenz kann das Informationsgefälle verkleinern, nicht beseitigen. Kranke und ihre Angehörigen sind in vielen Fällen individuell schwach, weil sie existenziell auf Hilfe angewiesen sind. Nötiges Vertrauen kann allein durch Vertragsrecht nicht ersetzt oder hergestellt werden.

Ungewissheit über Zeit, Dauer und Kosten von Krankheit drängt danach, sie durch Versicherung und Solidarität zu überwinden. Ungewissheit, ob Güter und Dienste wirksam und nützlich sind, ist durch Wissenschaft und Professionalität zu verkleinern, deren Erkenntnisse und Standards kollektiv verbindlich werden können.

Gesundheitsleistungen sind keine Waren wie andere. Das gilt umso mehr, wenn der gleiche Zugang zu Gesundheitsleistungen ethische, politische und rechtliche Norm ist, wie im europäischen Sozialmodell. Doch das beschreibt erst die Herausforderung an den sozialen Rechtsstaat, noch nicht die Lösungen.

1 Zur Veröffentlichung erweiterte und aktualisierte Fassung eines am 26.09.2011 bei einer Veranstaltung der Evangelischen Akademie Berlin und von Transparency International gehaltenen Vortrags.

2 Vgl. Peter Hensen, in: Hensen/Kölzer (Hrsg.), Die gesunde Gesellschaft, Wiesbaden 2011, S. 11 ff.; Armin Lang, SozSich 2010, 85 ff.; Braun/Larisch, SozSich 2010, 90 ff.; Hajen, in: Gerlinger/Mosebach/Schmucker (Hrsg.), Gesundheitsdienstleistungen im europäischen Binnenmarkt, Frankfurt a. M. 2010, S. 39 ff.

3 Vgl. Global Corruption Report 2006 – Special Focus: Corruption and Health, Download: [http://archive.transparency.org/publications/gcr/gcr\\_2006](http://archive.transparency.org/publications/gcr/gcr_2006) (01.08.2012).

4 Vgl. Martiny, in: Müller/Giegold/Arhelger (Hrsg.), Gesteuerte Demokratie?, Hamburg 2004, S. 75 ff.; Schönhofer, in: Deppe/Burkhardt (Hrsg.), Solidarische Gesundheitspolitik, Hamburg 2002, S. 116 ff.

5 Vgl. VerfG Hamburg, 15.12.2004–6/04 – DÖV 2005, 252.

6 Denkschrift des Rates der EKD »Und unsern kranken Nachbarn auch!« – Aktuelle Herausforderungen der Gesundheitspolitik, Gütersloh 2011, S. 53 ff.

7 Vgl. Landwehr, PVS 2011, 29 ff.

8 Vgl. BVerfG, 25.07.1979–2 BvR 878/74, BVerfGE 52, 131 – NJW 1979, 1925; BVerfG-Kammerbeschluss, 15.12.1988–1 BvR 750/88 – juris. Zuletzt: Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechte der Patientinnen und Patienten, BR-Drs. 12/312; hier §§ 630d-h BGB.

## II. Übergeordnetes Recht

Das übergeordnete Recht des Grundgesetzes und der Europäischen Union bietet den Rahmen, in dem Gesundheitspolitik und -recht im sozialen Rechtsstaat zu organisieren sind.

### 1. Rechtsstaat

Der Rechtsstaat muss Menschenwürde, Grund- und Menschenrechte achten und schützen. Die Charta der Grundrechte der EU hat dabei die Rechte auf Leben und Unversehrtheit, die freie Einwilligung in der Medizin, das Verbot der Eugenik und der Kommerzialisierung des menschlichen Körpers mit der Menschenwürde verbunden (Art. 1–3). Die Grundrechte der im Gesundheitswesen beruflich Tätigen und der an der Sozialversicherung Beteiligten sind zu respektieren. Doch der Schutzauftrag des Rechtsstaats ermöglicht, ja verlangt Priorität für den Schutz der Kranken. Das Recht auf Soziale Sicherheit und das Recht auf bestmögliche Gesundheit sind nach Art. 9 und 12 des UN-Sozialpakts<sup>9</sup> anerkannte soziale Menschenrechte.<sup>10</sup> Die Behindertenrechtskonvention (BRK) der Vereinten Nationen, die seit 2009 in Deutschland gilt<sup>11</sup>, formuliert international die Pflicht der Staaten, Teilhabe an den Menschenrechten trotz gesundheitlicher Beeinträchtigung zu ermöglichen.

### 2. Sozialstaat

Der soziale Rechtsstaat ist verantwortlich für die Voraussetzungen individueller Rechte.<sup>12</sup> Hermann Heller wies ihm die Aufgabe zu, Grundrechte und Demokratie zu stabilisieren, indem durch gleichmäßige Interessenwertung aller eine gerechtere Güterverteilung erreicht werden soll.<sup>13</sup> Dazu gehört der Zugang zu Gesundheitsleistungen als Teil des Existenzminimums.<sup>14</sup> Die Integrationsfunktion des gleichen Zugangs zu Gesundheitsleistungen und sein Beitrag zum allgemeinen Wohlstand<sup>15</sup> ist ein starkes Argument für ein gesundheitliches Grundsicherungsniveau, das sich am Standard der Durchschnittsbevölkerung orientiert.

Der soziale Rechtsstaat teilt die Verantwortung rechtlich zu, nimmt die in der Gesellschaft vorgefundenen Kräfte und Ressourcen in Anspruch, ohne sie zu verstaatlichen. Dies ist erkennbar in der Mitverantwortung von Arbeitge-

bern und Beschäftigten, freier Wohlfahrtspflege, ärztlicher Profession und gewerblichen Leistungserbringern für Krankenversicherung und Gesundheitswesen.

Das Bundesverfassungsgericht hat die verfassungsrechtlichen Vorgaben verdeutlicht: In der sogenannten »Nikolaus-Entscheidung« von 2005<sup>16</sup> wurde herausgestellt, dass wer in ein gesetzliches Pflichtsystem einbezogen ist, auch bedarfsdeckende Ansprüche jedenfalls bei lebensbedrohlicher Krankheit haben muss<sup>17</sup>. Damit sind auch Schranken für die Diskussion um Rationierung und Priorisierung von Leistungen beschrieben.<sup>18</sup>

Zur Pflege-Pflichtversicherung 2001<sup>19</sup> und zum PKV-Basistarif 2009<sup>20</sup> hat das Gericht verdeutlicht, dass der Gesetzgeber eine umfassende Versicherungspflicht anordnen und private Versicherungsträger in Anspruch nehmen darf<sup>21</sup>. Mit der Entscheidung zur Grundsicherung für Arbeitsuchende 2010<sup>22</sup> wurde die Pflicht geschärft, das Existenzminimum zu gewährleisten und realitätsgerecht zu ermitteln. Ungleichbehandlung im Zugang zu Versicherungsschutz und Leistungen ist rechtfertigungsbedürftig, insbesondere, wenn Herkunft, Geschlecht oder Behinderung betroffen sind.<sup>23</sup>

9 Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, BGBl. 1973 II, S. 1570; vgl. Ramm, VSSR 2008, 203 ff.

10 Ausführlich: Steiner, Das Recht auf soziale Gesundheitsversorgung, zugl. Mannheim, Univ., Diss. 2003, Frankfurt a. M. 2004.

11 Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen, BGBl. 2008 II, S. 1420.

12 Vgl. Welti, Betrifft Justiz 2011, 81 ff.

13 Vgl. Heller, Rechtsstaat oder Diktatur, in: Gesammelte Schriften, 2. Band, Leiden 1971, S. 449 f.

14 BVerfG, 13.02.2008–2 BvL 1/06 – BVerfGE 120, 125 (Krankenversicherungsbeitrag als Sonderausgabe im Steuerrecht); Neumann, RsDE 68 (2009), 1 ff.; Hänlein, ZIAS 1998, 454 ff.

15 Wilkinson/Pickett, Gleichheit ist Glück – Warum gerechte Gesellschaften für alle besser sind, Berlin 2009.

16 BVerfG, 06.12.2005–1 BvR 347/98 – BVerfGE 115, 25.

17 Vgl. jetzt § 2 Abs. 1a SGB V.

18 Vgl. Welti, Medizinrecht 2010, 379 ff.; Wenner, GesR 2009, 169 ff.; Ulrich Becker, FS Steiner, 2009, S. 51 ff.; Neumann, NZS 2005, 617 ff.; kritisch: Huster, JZ 2008, 859 ff.

19 BVerfG, 03.04.2001–1 BvR 2014/95 – BVerfGE 103, 197.

20 BVerfG, 10.06.2009–1 BvR 706/08 ua. – BVerfGE 123, 186; vgl. dazu Hufen, NZS 2009, 649 ff.

21 Anders als in den USA, in denen diese Pflicht jedenfalls durch Bundesrecht nur höchst mittelbar als verfassungskonform gelten soll: Supreme Court, 28/6/2012, National Federation of Independent Business et. al. vs. Sebelius, Secretary of Health and Human Services et.al, 567 US.

22 BVerfG, 09.02.2010–1 BvL 1/09 ua. – BVerfGE 125, 175.

23 Welti, Sozialrecht + Praxis 2012, 71 ff.

### 3. Demokratie

Auch wenn die verfassungsgerichtliche Kontrolle sie beschränkt, sind doch primär die demokratisch legitimierte Gesetzgebung und Regierung berufen, den sozialen Rechtsstaat zu konkretisieren. Was wesentlich ist, muss durch Gesetz entschieden werden, konkretisiert wird es durch die Verwaltung oder in der Gesellschaft. In welchem Verhältnis Demokratie zur sozialen, beruflichen und kommunalen Selbstverwaltung steht, ist gerade für das Gesundheitswesen umstritten. Ist es weniger demokratisch, betroffene und fachkundige – und damit auch interessierte – Kreise einzubeziehen, wenn Normen konkretisiert werden, weil das die gesundheitspolitische Bedeutung von Wahlen schmälern könnte? Oder ist das demokratischer, weil größere Teile des Volkes einbezogen sind, wenn Normen vollzogen werden?

Allgemeine Zugänglichkeit der Gesundheitsversorgung wird in Europa, anders als in den USA, politisch kaum in Frage gestellt. Bevölkerungsumfragen in Deutschland zeigen eine stabil hohe Zustimmung dafür, dass für gleichen Zugang zur Gesundheitsversorgung Solidarität zwischen Gesunden und Kränkeren, Reicheren und Ärmeren, Älteren und Jüngeren, Erwachsenen und Kindern zu organisieren ist.<sup>24</sup> Diese Zustimmung gehört zu den langfristigen Voraussetzungen des Sozialstaats, die er zu stabilisieren, aber nicht zu garantieren vermag. Die Einstellungen der europäischen Bevölkerung zu einer – in den Staaten der Union spezifischen – Mischung aus Bedarfsgerechtigkeit, Leistungsgerechtigkeit und Besitzstandsgerechtigkeit als Grundlage öffentlich garantierter sozialer Sicherung speisen sich aus verschiedenen geistigen und materiellen Grundlagen und haben sich bislang als resistent gegen ökonomische und politische Konjunkturen und Umerziehungsversuche gezeigt.

Wie die Gesundheitsversorgung geregelt und durch Regierung und Verwaltung – soweit öffentlich-rechtlich – organisiert wird, liegt in der Verantwortung des Gesetzgebers. Die deutsche Entscheidung für ein gemischtes System mit gesetzlicher und privater Krankenversicherung sowie Fürsorge mit Auffangfunktion und mit freiberuflichen, gewerblichen, gemeinnützigen und öffentlichen Leistungserbringern mag nicht die zweckmäßigste sein, steht aber im Rahmen des Verfassungsrechts und der auch an Entwicklungspfaden und Besitzständen orientierten Gesundheitspolitik. Sowohl gesetzliche als auch private Krankenversicherung würden sich auf einen verfassungs-

mäßigen Bestandsschutz berufen, die einen aus der Erwähnung der Sozialversicherung in Art. 87 Abs. 2 GG<sup>25</sup>, die anderen aus Eigentum und Berufsfreiheit. Beide können sich dazu aber bislang nur bedingt auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts berufen, das jedenfalls weder das gegliederte Kassensystem<sup>26</sup> noch die Erwerbschancen der Versicherungsunternehmen unbedingtem Schutz unterstellt. Somit ist Spielraum für eine politische Strategie, die eine Konvergenz von gesetzlicher und privater Krankenversicherung, etwa im Hinblick auf Zugangsbedingungen und Leistungsvergütung, für einen Weg aus der so wahrgenommenen Zwei-Klassen-Medizin hält.<sup>27</sup>

### 4. Bundesstaat

Im Bundesstaat ist Gesetzgebung zwischen Bund und Ländern aufgeteilt. Gesundheitspolitik als Gesetzgebungstitel kennt das Grundgesetz nicht. Aber Bundesgesetzgebung überwiegt, gestützt auf die Kompetenzen für Sozialversicherung, bürgerliches Recht, Recht der Wirtschaft, Zulassung zu Heilberufen, Arzneimittel- und Medizinprodukterecht und wirtschaftliche Sicherung der Krankenhäuser.<sup>28</sup> Darüber wird manchmal vergessen, dass den Ländern wichtige Bereiche verbleiben: Infrastrukturplanung, öffentlicher Gesundheitsdienst, Berufsrecht und Gesetzesvollzug. Die Krankenversicherung vereinheitlicht und gleicht im Bundesstaat aus, was das BVerfG 2005 gebilligt hat, als es die gegen den Risikostrukturausgleich gerichtete Klage Bayerns, Baden-Württembergs und Hessens abgewiesen hat<sup>29</sup>. Das Gericht führte aus:

»Die bundesgesetzliche Regelung des Rechts der gesetzlichen Krankenversicherung war zur Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse und zur Wahrung der Rechts- und Wirtschaftseinheit erforderlich (...). Die bundesweite Funktionsfähigkeit der Sozialversicherung hat elementare Bedeutung für die Lebensverhältnisse in der Bundesrepublik Deutschland. Eine in allen Landesteilen gleich funktionsfähige Sozialversicherung ist auf der Basis

24 Ude-Koeller/Wermes/Eisert/Ganser/Dörries, Sozialer Fortschritt 2011, 73 ff.; Christoph/Ullrich, Sozialer Fortschritt 2006, 75 ff.; Gerlinger/Rosenbrock, Jahrbuch für kritische Medizin 41 (2005), S. 109 ff.

25 Vgl. Simon, Sozialer Fortschritt 2011, 97 ff.

26 BVerfG, 09.04.1975 – 2 BvR 879/73 – BVerfGE 39, 302.

27 Vgl. kritisch: Wallrabenstein, in: Bieback (Hrsg.), Neue Mitgliedschaft in der Sozialversicherung – Auf dem Weg zur Volksversicherung?, Berlin 2010, S. 138 ff.

28 Art. 74 Abs. 1 Nr. 1, 11, 12, 19, 19a GG.

29 BVerfG, 18.07.2005 – 2 BvF 2/01 – BVerfGE 113, 167.

unterschiedlicher Landesgesetze praktisch kaum denkbar, so dass die Gleichwertigkeit der Lebensverhältnisse entscheidend von einer bundesgesetzlichen Regelung abhängt. Nicht zuletzt die gleichheitsrechtlich gebotene bundesweite Angleichung der Beitragssätze in der gesetzlichen Krankenversicherung (...) lässt sich mit unterschiedlichen landesrechtlichen Regelungen nicht erreichen. Divergierendes Landesrecht könnte auch die Mobilität der Versicherten innerhalb des Bundesgebiets einschränken und für die abführungspflichtigen Unternehmen Handlungsbeschränkungen verursachen, so dass der Bund auch zur Erhaltung der Funktionsfähigkeit des Wirtschaftsraums der Bundesrepublik Deutschland bundeseinheitliches Recht setzen durfte.«

## 5. Europäische Union

Die immer enger werdende Europäische Union hat, ausweislich Art. 168 AEUV, nur ergänzende Kompetenzen für Gesundheitspolitik. Gleichwohl hat der EuGH mit Hilfe der Grundfreiheiten des Binnenmarktes den Rahmen nationaler Gesundheitspolitik verändert. Jeder national eröffnete Markt für Arzneimittel, Gesundheitsdienstleistungen oder Krankenversicherung muss ohne Benachteiligung für die Teilnehmer aus allen anderen Mitgliedstaaten geöffnet werden. Erstattungsregelungen<sup>30</sup>, Qualitätsstandards<sup>31</sup> oder Wartelistenregeln<sup>32</sup> müssen das berücksichtigen. Das europäische Recht hat bisher nicht nur bestehende Märkte zusammengeführt, sondern auch marktförmige Regulierung gefördert und gefordert.<sup>33</sup> Der Vertrag von Lissabon mit der Charta der Grundrechte betont demgegenüber soziale Grundrechte und Institutionen. Die Mitgliedstaaten der Union bleiben primär für die Gestaltung des Gesundheitswesens verantwortlich, wie auch das BVerfG zum Lissabon-Vertrag verdeutlicht hat.<sup>34</sup>

## III. Regelungen und Akteure

Gesundheitspolitik kann und darf von ihren vielen Akteuren auf mehreren Ebenen nicht »aus einem Guss« gemacht werden. Sie ist ein Ergebnis vieler Kräfte, die im günstigen Fall eine Richtung finden.

### 1. Krankenkassen im Wettbewerb

Die Solidarität bei Krankheit wird durch die gesetzliche Krankenversicherung organisiert. Deren Prinzip des Aus-

gleichs von gesund zu krank, von reicher zu ärmer, von jung zu alt, Kinderlosen zu Familien wird in Deutschland durch die Trennung von gesetzlicher und privater Krankenversicherung, durch Zuzahlungen, durch einkommensunabhängige Zusatzbeiträge und die Wahrnehmung einer »Zwei-Klassen-Medizin« relativiert und herausgefordert.

Die Krankenkassen sind Körperschaften des öffentlichen Rechts. Ihre gesetzlichen Aufgaben zur Gesundheitsversorgung sind ihr einziger Zweck. Für sie ist Versicherungsschutz bei Krankheit öffentlicher Auftrag und keine Ware. Daran muss erinnert werden, denn seit es die freie Kassenwahl gibt, bezeichnen sich Krankenkassen als »Unternehmen« und ihre Versicherten als »Kunden«<sup>35</sup>, Rücklagen werden fälschlich als »Gewinne« bezeichnet. Es entsteht der falsche Eindruck, nicht nur die »Kunden« könnten sich die Kasse aussuchen, sondern auch die Kasse die erwünschten »Kunden«, nämlich junge, gesunde und gutverdienende Versicherte. Rechte auf Zugehörigkeit und Mitgestaltung der Krankenkassen werden nicht mehr wahrgenommen. Das Risiko, dass eine Kasse geschlossen worden ist, tragen unter dem Namen »Insolvenz«<sup>36</sup> stärker die Beschäftigten, nicht mehr nur die anderen Kassen. Damit werden Organe und Beschäftigte noch stärker an der eigenen Organisation und Existenz ausgerichtet. Der Gesetzgeber hat erwartet, dass die Kassen im Wettbewerb effizienter arbeiten. Ob dieses Ziel erreicht worden ist, ist nie evaluiert worden. Stattdessen gibt es Hinweise, dass der Wettbewerb Mehrkosten, zB. für Marketing, induziert.<sup>37</sup> Für manche Versicherten waren Risikoselektion und Rechtsverweigerung die Folge.<sup>38</sup> Gleichwohl diskutiert etwa der 69. Deutsche Juristentag über die Frage: »Welche

30 EuGH, 28.04.1998 – C-158/96 – Slg. 1998, I-01931 (Kohll); vgl. Welti, in: Gerlinger/Mosebach/Schmucker (Hrsg.), Gesundheitsdienstleistungen im europäischen Binnenmarkt, Frankfurt a. M. 2010, S. 85 ff.

31 EuGH, 12.07.2001 – C-157/99 – Slg. 2001, I-5473 (Smits und Peerbooms).

32 EuGH, 16.05.2006 – C-372/04 – Slg. 2006, I-04325 (Watts).

33 Vgl. Fisahn/Viotto, ZRP 2007, 198; Höpner, WSI-Mitteilungen 2009, 407 ff.; Wunder, Grenzüberschreitende Krankenbehandlung im Spannungsfeld von Grundfreiheiten und vertraglicher Kompetenzverteilung, Frankfurt a. M. 2008, 196 ff.; Schlegel, SGB 2007, 700 ff.

34 BVerfG, 30.06.2009 – 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 182/09 – BVerfGE 123, 267; dazu: Kocher, ArbuR 2009, 332 ff.; Schuler-Harms, JöR 2011, 477 ff.

35 Vgl. zur Kunden-Metaphorik im Bereich des SGB II die Beiträge in Gern/Segbers (Hrsg.), Als Kunde bezeichnet, als Bettler behandelt, Hamburg 2009; weiterhin: Welti, VuR 2011, 363 ff.

36 § 171 b-f SGB V; vgl. Heberlein, GesR 2009, 141 ff.

37 Vgl. Reiners, Mythen der Gesundheitspolitik, 2. Aufl., Bern 2011, 177 ff.

38 Vgl. Wodarg, SozSich 2008, 414 ff.

gesetzlichen Regelungen empfehlen sich zur Verbesserung eines Wettbewerbs der Versicherer und Leistungserbringer im Gesundheitswesen?<sup>39</sup> und lässt somit die Frage nach dem Sinn dieses Wettbewerbs gar nicht zu.

Jede öffentliche Behörde und Körperschaft hat ein für ihren öffentlichen Auftrag problematisches Interesse an sich selbst. Der Wettbewerb hat dies verstärkt, weil gerade Führungskräfte materiell und existenziell an der Wettbewerbsposition interessiert sind. Selektive Verträge mit Krankenhäusern, Ärzten oder Arzneimittelherstellern führen zu einer neuen Ebene geschäftlicher Verbindungen, die nicht nur Effizienz fördert und keinesfalls Transparenz hervorbringt.

Zur Kontrolle ihrer Nutzerfreundlichkeit, Rechtstreue und Wirtschaftlichkeit haben die Kassen intern den Verwaltungsrat aus Vertretern der Versicherten und Arbeitgebern und extern eine Aufsichtsbehörde in Bund oder Land. Die soziale Selbstverwaltung der meisten Kassen hat sich durch den Wettbewerb verändert:<sup>40</sup> Die Versichertenschaft ist nicht mehr ein nach Region, Betrieb oder Branche überschaubares Kollektiv, sondern eine fluktuierende anonyme Gruppe, der durch den Wettbewerb eher nahegelegt wird, bei Unzufriedenheit zu wechseln als sich zu beschweren oder zu engagieren. Es ist aber belegt, dass gerade kranke und sozial schwache Versicherte ihre Kasse selten wechseln.<sup>41</sup>

Immer größere Einheiten, Anonymisierung, Professionalisierung und eine deplatzierte Konsumentenrolle beeinträchtigen auch kommunale und berufliche Selbstverwaltung, Parteien, Gewerkschaften, Wohlfahrtsverbände oder Kirchen. Sie alle benötigen bürgerschaftliches Engagement. Das ist aber nicht ohne eigenes Interesse und Interessen zu haben, die dort legitim vertreten werden.

Soziale Selbstverwaltung bleibt ein sinnvoller Ansatz für Transparenz und Kontrolle durch Nutzer und Finanziers. Um ihn wieder zu beleben braucht es jedoch innere und äußere Reformen. Die Gewerkschaften, christlichen<sup>42</sup> und weiteren Arbeitnehmerorganisationen und die Arbeitgeberverbände müssten ihr gesundheitspolitisches Mandat stärker im Kontakt mit den Versicherten und Arbeitgebern profilieren<sup>43</sup> und durch ein transparenteres und öffentlich sichtbares Wahlverfahren legitimieren. Die gewählten Vertreterinnen und Vertreter müssen umfassende Einsichts- und Kontrollrechte haben, die sie auch wirklich wahrnehmen können.

Zu fragen ist auch, ob in den Verwaltungsräten alle relevanten Interessen vertreten sind. Die gesetzliche Kran-

kenversicherung hat sich von der Beschäftigten- zur Volksversicherung entwickelt, in der auch Rentner, Arbeitslose, Studierende und Familienangehörige versichert sind. Es ist daher zu diskutieren, den Anteil der Arbeitgeber auf ein Drittel zu senken und die Vertretung der Versicherten auch für andere Verbände als Arbeitnehmerorganisationen zu öffnen.<sup>44</sup> Chronisch kranke und behinderte Versicherte sind eine strukturelle Minderheit, die besonders auf die Krankenversicherung angewiesen ist. Auch Art. 4 Abs. 3 BRK fordert, ihre Verbände an allen für behinderte Menschen wichtigen Entscheidungen zu beteiligen.

## 2. Die gemeinsame Selbstverwaltung

Die gemeinsame Selbstverwaltung der Kassen und Leistungserbringer konkretisiert im gesetzlichen Rahmen das Recht auf ausreichende und wirtschaftliche Leistungen und die Infrastruktur der gesundheitlichen Versorgung. Für die Konkretisierung der Leistungsansprüche ist aus Vertretern der Krankenkassen, der Kassenärztlichen Vereinigungen und der Deutschen Krankenhausgesellschaft der Gemeinsame Bundesausschuss (G-BA) gebildet (§ 91 SGB V), Vertreter des Patienteninteresses wirken beratend mit. Der G-BA muss die Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft aufnehmen. Er steht unter der Rechtsaufsicht des Bundesministeriums für Gesundheit.<sup>45</sup>

In den letzten 15 Jahren wurde die Legitimation vor allem des G-BA in Frage gestellt, jedenfalls soweit ihm nicht Gesetzesvollzug, sondern auch Gesetzeskonkretisierung durch untergesetzliche Normen übertragen ist. Seine Richtlinien über ausreichende, zweckmäßige und wirtschaftliche Versorgung betreffen unmittelbar die Leistungsansprüche der

39 Becker/Schweitzer, Wettbewerb im Gesundheitswesen, Gutachten B zum 69. DJT 2012.

40 Vgl. Axer, Verw 2002 (35), 377 ff.; Standfest, SDSRV 2003 (50), 95 ff.; Michelsen, in: Deppel/Burkhardt (Hrsg.), Solidarische Gesundheitspolitik, Hamburg 2002, S. 104 ff.; Welti, VSSR 2006, 133; Klenk, ZSR 2006, 273; Schroeder, ZSR 2006, 253; Jung, SGB 2007, 65; Schroeder/Burau, SozSich 2008, 251; Braun/Klenk/Kluth/Nullmeier/Welti, SozSich 2008, 245; dies., Modernisierung der Sozialversicherungswahlen, Baden-Baden 2009; Güner et. al., SozSich 2009, 133 und 165; Kruse/Kruse, WzS 2010, 233; Welti, SGB 2011, 485 ff.; Güner, SozSich 2012, 206 ff.

41 Grefl/Braun/Rothgang/Wasem, SozSich 2008, 12 ff.

42 Nicht die sogenannten christlichen Gewerkschaften, sondern die real in der sozialen Selbstverwaltung engagierten katholischen und evangelischen Sozialverbände.

43 Kruse/Kruse, SozSich 2012, 211 ff.

44 Braun/Klenk/Kluth/Nullmeier/Welti, (Fn. 40), 105 ff., 232 f.

45 BSG, 06.05.2009 – B 6 A 1/08 R – BSGE 103, 106.

gesetzlich Versicherten und tangieren finanzielle Interessen, zum Teil auch die Berufsausübung von Ärzten und anderen Leistungserbringern im Gesundheitswesen. Die Kritik machte vor allem geltend, der G-BA sei nicht hinreichend demokratisch legitimiert für diese wesentlichen Entscheidungen; hierfür wird unter anderem die schwache und mehrfach vermittelte Vertretung der Versicherten angeführt.<sup>46</sup>

Wer die Richtliniensetzung durch den G-BA kritisiert, müsste benennen, wer die Konkretisierung der unbestimmten Rechtsbegriffe des Leistungsrechts an seiner Stelle vornehmen sollte. Denkbar wäre einerseits die Rückkehr zur rein individuellen Konkretisierung durch Arzt oder Krankenkasse. Im Hinblick auf die demokratische Legitimation der Entscheidungen wäre dann nicht viel gewonnen. Auch der Rechtsschutz gegen solche Einzelfallentscheidungen wäre jedenfalls faktisch schwach, denn Konflikte um akut benötigte Gesundheitsleistungen sind stets schwierig und belastet. Verloren gingen aber die durch die Richtlinien bezweckte Einheitlichkeit und Gleichmäßigkeit des Leistungsrechts und auch die Möglichkeit, wissenschaftliche Evidenz über Notwendigkeit und Nutzen von Gesundheitsleistungen in einem geregelten Verfahren zu rezipieren. Eine andere Möglichkeit wäre, die Richtlinien als Verordnungen des zuständigen Ministeriums<sup>47</sup> oder gar als Gesetze zu konzipieren. Die Leistungsfähigkeit und Lobbyfestigkeit staatlicher Gesundheitspolitik wäre damit gewiss herausgefordert.

Die Kernfrage ist, ob es dem Gesetzgeber verwehrt sein soll, die Gesetzeskonkretisierung in – vielleicht weiser – Selbstbeschränkung an eine durch Sachkunde und Interesse ausgewiesene funktionale Selbstverwaltung zu delegieren. Im Zuge einer etatistisch-zentralistischen Anschauung von Staat und Demokratie<sup>48</sup> könnte man dies verneinen und jegliche Staatsgewalt möglichst gerade auf die gewählten Parlamente zurückführen wollen. Dem steht jedoch ein um partizipatorische Elemente angereichertes Demokratieverständnis gegenüber, das auch dezentrale Mitbestimmung von Betroffenen, Interessierten und Sachkundigen integriert.<sup>49</sup>

Das BVerfG hat mit der Entscheidung zu den nordrhein-westfälischen Wasserverbänden die Zulässigkeit funktionaler Selbstverwaltung grundsätzlich bestätigt<sup>50</sup> und im »Nikolaus-Beschluss« die Gelegenheit nicht genutzt, dem G-BA die Legitimation zur Konkretisierung des Leistungsrechts abzuspreeken. Allerdings hat das BVerfG deutlich gemacht, dass jede Delegation von Ent-

scheidungen unter dem Vorbehalt von Rechtsschutz steht, der die Übereinstimmung delegierter Rechtsetzung mit gesetzlichem Recht und Verfassungsrecht überprüfen muss. Insofern hatte das BSG mit einer weit zurückgenommenen Rechtskontrolle von G-BA-Richtlinien zur Zuspitzung der Diskussion beigetragen.<sup>51</sup>

Insgesamt erscheint das gesetzgeberische Konzept plausibel, mit den Krankenkassen – damit indirekt den Versicherten und den Arbeitgebern – und den Leistungserbringern des Gesundheitswesens diejenigen Gruppen in die gemeinsame Entscheidungsverantwortung zu nehmen, die das Gesundheitssystem in unterschiedlichen Rollen finanzieren und tragen<sup>52</sup> und sie zugleich zu einer engen Anbindung an den Stand der medizinischen Wissenschaft zu verpflichten, zumal der Gesetzgeber weiter alle wesentlichen Entscheidungen treffen oder an sich ziehen kann und ein Bundesministerium die Rechtsaufsicht ausübt.

Doch bleiben Fragen offen: So sind nichtärztliche Leistungserbringer durch Entscheidungen des G-BA betroffen, ohne dort repräsentiert zu sein.<sup>53</sup> Noch gewichtiger ist die Frage, ob und wie die Versicherten im G-BA vertreten sind. Hier ist deren doppelte Rolle als Beitragszahler und als Patienten zu bedenken, die zum Spannungsfeld zwischen dem Interesse an niedrigen Beiträgen und demjenigen an ausreichenden Leistungen führt. Kritiker spitzen dies so zu, dass die Krankenkassen die Versicherten allein als Beitragszahler, nicht jedoch als Patienten und Nutzer repräsentierten.<sup>54</sup> Je stärker dieser Eindruck – nicht zuletzt in Folge des Wettbewerbs – zutrifft, desto problematischer ist in der Tat die rechtliche Legitimation der unter Mitwirkung der Krankenkassenvertreter getroffenen Entscheidungen.

46 So zuletzt *Kingreen*, VVdStRL 2011 (70), 150, 184 ff.; ausführlicher: *ders.*, Die Verwaltung 2009, 339, 362 ff.

47 So *Kingreen*, NZS 2007, 113, 120, der den G-BA zur Vorbereitung solcher Verordnungen heranziehen will.

48 *Bull*, KrV 1976, 175, 178; zugespitzt in diesem Sinne die Kritik am BVerfG bei *Blanke*, KJ 1998, 452 ff.; vgl. BVerfG, 31.10.1990 – 2 BvF 3/89 – BVerfGE 83, 60; BVerfG, 24.05.1995 – 2 BvF 1/92 – BVerfGE 93, 37.

49 Vgl. mit differenzierter Kritik: *Neumann*, NZS 2010, 593 ff.; *Ernst Hauck*, NZS 2010, 600 ff.

50 BVerfG, 05.12.2002 – 2 BvL 5/98, 2 BvL 6/98 – BVerfGE 107, 59; dazu: *Musil*, DÖV 2004, 116 ff.

51 Vgl. *Kingreen*, ZGMR 2010, 216 ff.; *Schlegel*, MedR 2008, 30 ff.; *Engelmann*, MedR 2006, 245 ff.

52 So im Ergebnis bereits: *Elsen*, VSSR 1990, 57 ff.

53 Vgl. BSG, 28.06.2000 – B 6 KA 26/99 R – BSGE 86, 223.

54 *Kingreen* (Fn. 46), 150, 187 f.

Dabei sind kranke Versicherte stets eine schutzbedürftige Minderheit, zumal sich das Risiko ungleich verteilt. Chronisch kranke, behinderte und ältere Versicherte brauchen mehr Leistungen und zahlen weniger Beiträge. Es besteht die Gefahr, dass das Interesse der jungen, gesunden und leistungsfähigen Versicherten sich zu häufig durchsetzt und das Nutzer- und Patienteninteresse strukturell unterlegen ist.<sup>55</sup> Das wäre nicht nur ein Verstoß gegen das solidarische Prinzip der gesetzlichen Krankenversicherung, sondern würde auch den Generationenausgleich beeinträchtigen, der der Pflichtversicherung zu Grunde liegt: Die meisten Menschen werden im Lebenslauf chronisch krank, behindert und alt, würden jedoch ohne organisierten Generationenvertrag die Vorsorge dafür vernachlässigen. Eine gute gesundheitliche Versorgung für chronisch kranke, behinderte und alte Menschen ist aber nicht nur in der Summe wohlverstandener Einzelinteressen zu fordern, sondern ermöglicht auch erst eine integrierte und inklusive Gesellschaft, an der alle teilhaben können.<sup>56</sup> Um dieses Interesse besser zu repräsentieren, sind Organisationen von Patienten und der Selbsthilfe chronisch kranker und behinderter Menschen beratend und mit Verfahrensrechten im G-BA vertreten.<sup>57</sup> Es ist plausibel, schwachen Interessen auf diese Weise Gehör zu geben,<sup>58</sup> zumal die Mitwirkung behinderter Menschen durch ihre Verbände in sie betreffenden Angelegenheiten auch in Art. 4 Abs. 3 BRK verlangt wird. Da funktionale Selbstverwaltung nicht auf numerischer Gleichheit, sondern auf Interesse und Sachkunde aufbaut, wäre auch ein Stimmrecht dieser Vertreter möglich, wenn auch keineswegs geboten.

Die Transparenz des G-BA ist in den letzten Jahren deutlich besser geworden. Ebenso hat das Institut für Qualität und Wirtschaftlichkeit im Gesundheitswesen (IQWiG) dazu beigetragen, dass der G-BA zumindest partiell auf der Basis unabhängiger Fachlichkeit entscheiden kann. Darum sind G-BA und IQWiG Gegenstand erbitterter Angriffe von Lobbygruppen, die sich ohne das geregelte Verfahren einen vereinfachten Zugang zum Leistungskatalog versprechen.<sup>59</sup> G-BA und IQWiG sind in der Öffentlichkeit wenig bekannt. Sie eignen sich darum gut als Schurken, wenn in den Medien Geschichten von vorenthaltenen Leistungen lanciert werden oder wenn staatliche Politik die Verantwortung nicht übernehmen mag. Es wäre gut, wenn Arbeit und Arbeitsweise des G-BA der Öffentlichkeit bekannter wären.

### 3. Infrastrukturrecht

Ob und wie Ärzte, Krankenhäuser, medizinische Versorgungszentren, Pflegedienste und Heime in den Gemeinden und Regionen zur Verfügung stehen, beeinflussen Kassenverbände, Kassenärztliche Vereinigungen und Leistungserbringerverbände, indem sie Versorgung und Vergütung in den Ländern vertraglich regeln. Für die Krankenhausplanung sind die Länder verantwortlich. Integrierte Versorgung mit ambulanten und stationären Leistungserbringern wird nur punktuell und nur durch Verträge einzelner Kassen hergestellt. Was sich entwickelt, hängt oft von den Vergütungsströmen ab. Politische Planung im eigentlichen Sinne gibt es nur für die Krankenhäuser. Es wäre transparenter und wohl auch effektiver, die Verantwortung für die Infrastruktur des Gesundheitswesens in den Ländern zusammenzufassen. Ansätze dafür sind nach dem Versorgungsstrukturgesetz gegeben, das ein Gemeinsames Landesgremium zu sektorenübergreifenden Versorgungsfragen ermöglicht (§ 90a SGB V).<sup>60</sup>

Öffentliche und gemeinnützige Einrichtungen brauchen einen Rahmen, in dem sie gemeinwirtschaftlich sein können. Im Sozial- und Gesundheitswesen muss, auch für das Europäische Recht, besonderer Raum für Unternehmen bleiben, die nicht an Gewinn, sondern an Bedarfsdeckung ausgerichtet sind.

Freiberuflichkeit muss die Freiheit bedeuten, zuerst professionellen Standards und erst dann wirtschaftlichen Zwängen zu folgen. Dass die Vertragsärzte in einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft zusammengefasst sind, mildert und bündelt Interessenvertretung – reine Agenturen des Gemeinwohls können die Kassenärztlichen Vereinigungen trotzdem nicht sein.

Wer vor allem private gewinnorientierte Leistungserbringer will, darf sich nicht beschweren, wenn sie als solche agieren. Insbesondere die Privatisierung vormals öffentlicher Krankenhäuser ist politisch sehr umstritten. Das Votum von drei Vierteln der Abstimmenden hat den Ham-

55 So im Ergebnis Neumann (Fn. 49), 593 ff.; Pitschas, VSSR 2007, 319 ff.

56 Vgl. Art. 25 BRK.

57 Vgl. Schlacke, in: Schmehl/Wallrabenstein (Hrsg.), Steuerungsinstrumente im Recht des Gesundheitswesens, Tübingen 2007, S. 41 ff.; kritisch: Pitschas, VSSR 2007, 319 ff.

58 Ebenso: Ebsen, MedR 2006, 528 ff.

59 Vgl. Bartsch, in: Hensen/Kölzer (Fn. 2), S. 161 ff.

60 Vgl. Möller, SGB 2011, 557 ff.

burger Senat seinerzeit nicht gehindert, die Krankenhäuser der Hansestadt zu verkaufen. Ob die Privatisierung die Versorgung verbessert hat, wird bezweifelt.<sup>61</sup>

#### 4. Zwischen Kooperation und Korruption

Der Vielfalt in der Leistungserbringung liegt die Annahme zu Grunde, dass die Gesamtheit von Entscheidungen öffentlicher, gemeinnütziger, freiberuflicher und gewerblicher Leistungserbringer das System laufend verbessert, seien sie gemeinwirtschaftlich oder kapitalistisch motiviert. Regulierter Wettbewerb um neue Lösungen ist gewollt. Leistungserbringer dürfen und sollen dabei auch miteinander kooperieren, etwa im Rahmen medizinischer Versorgungszentren und Integrierter Versorgung.

Klassische Instrumente für Kooperation sind die ärztliche Verordnung und Überweisung. In neueren Formen werden sie ergänzt durch Vertragsbeziehungen, die zum Teil eine gemeinsame Vergütung mehrerer Leistungserbringer vorsehen.

Die Kritik an der Kooperation schwankt zwischen zwei Polen: Ineffizienz wird dann gesehen, wenn Leistungserbringer zu wenig voneinander wissen und nicht kooperieren. Korruption wird befürchtet, wenn Patienten zielgerichtet zu bestimmten Arzneimitteln, Fachärzten oder Krankenhäusern geleitet werden, ohne dass dies medizinisch-fachlich motiviert wäre.

Das Krankenversicherungsrecht, ärztliche Berufsrecht, Krankenhausrecht und Arzneimittelrecht verpflichten die Leistungserbringer zu einer allein am Patienteninteresse ausgerichteten Kooperation. Zuweisung oder Verordnung gegen Entgelt oder Vorteile und die Annahme von Vorteilen sind nach §§ 31–33 der Berufsordnung verboten. Doch scheint diese Rechtslage in einem Spannungsverhältnis zur Praxis der pharmazeutischen und der Krankenhausunternehmen zu stehen, für die die ärztliche Entscheidung einer der wichtigsten Wettbewerbsfaktoren ist und die sie durch Verträge, Werbung und Geschenke zu beeinflussen suchen. Ebenso sehen sich Ärztinnen und Ärzte unter Druck, zur Kostendeckung und Realisierung ihrer Einkommenswünsche unternehmerisch zu handeln.

Fraglich ist, wie den geltenden Regeln zur Durchsetzung verholten werden kann, damit der bisweilen schmale Grat zwischen Kooperation und Korruption nicht in der falschen Richtung überschritten wird. Der Große Senat für

Strafsachen des BGH hat vor kurzem entschieden, dass keine Strafbarkeit nach § 299 StGB besteht, wenn Vertragsärzte Prämien für die Verschreibung von Medikamenten von einem pharmazeutischen Unternehmen erhalten, weil Vertragsärzte keine Amtsträger oder Beauftragte der Krankenkassen sind.<sup>62</sup>

Damit ist aber nicht gesagt, wie unzutreffend berichtet wurde, dieses Verhalten sei erlaubt. Für die Ärzte setzt das Recht traditionell auf berufsständische Selbstkontrolle in öffentlich-rechtlichen Körperschaften, den Kammern und Kassenärztlichen Vereinigungen. Für eine selbstbewusste Profession, die eine eigene berufliche Ethik behauptet, ist dies ein grundsätzlich guter Weg zurückgenommener Staatlichkeit. Doch trägt er nur, wenn diese Berufsethik breit verankert ist und nicht von den ökonomischen Verhältnissen untergraben wird. Die Gesundheitspolitik jedenfalls scheint schon lange nicht mehr auf ärztliche Ethik zu setzen, sondern auf ökonomische Anreize, die das richtige Verhalten steuern sollen. Doch hier entsteht ein Dilemma: Je stärker Leistungserbringer im System von ökonomischen Reizen gesteuert werden sollen, desto weniger werden sie einsehen, warum sie etwas ohne Anreiz tun sollen. Die Mitglieder von Gesundheitsberufen als »homo oeconomicus« anzusprechen, anerkennt zum Teil längst vorhandene Verhaltensweisen, konditioniert sie aber zugleich.<sup>63</sup> Das Gesundheitswesen braucht klare Regeln über Notwendigkeit und Schranken der Ökonomisierung. Dabei ist weder die Fiktion des ökonomisch uninteressierten Arztes hilfreich noch kann man die Gesundheitswirtschaft als Branche wie andere auch verstehen. Wenn nicht mehr Unternehmen im Dienst der Produktion von Gesundheitsleistungen stehen, sondern Patienten zum Objekt des Handels zwischen Unternehmern werden, werden Krankheit und Gesundheit zur Ware.

Die Gesundheitswirtschaft muss ein Maß finden, in dessen Mitte die Patienten stehen. Die individuellen Patientenrechte aus Vertrag und Haftung sind dabei wichtig. Gerade das Haftungsrecht hat viel dazu beigetragen, Patienten zu beteiligten Subjekten ihrer Heilung zu machen. Doch werden individuelle Rechte angesichts des Informations- und Machtgefälles immer nur lückenhaft und nach-

61 *Braun*, SozSich 2010, 405 ff.; vgl. zu den Arbeitnehmerrechten: BVerfG, 25.01.2011 – 1 BvR 1741/09 – BVerfGE 128, 157.

62 BGH, 29.03.2012 – GSSSt 2/11 – juris; vgl. LG Hamburg, GesR 2011, 641; *Kieffer/Meseke*, VSSR 2011, 211 ff.; *Badle*, NJW 2008, 1028 ff.

63 Vgl. *Huster*, VSSR 2011, 183 ff.

träglich genutzt. Sie müssen durch kollektive Rechte ergänzt werden.

Die Krankenkassen als Kollektiv der Versicherten haben einen doppelten Auftrag zur wirtschaftlichen und zur nutzerfreundlichen Gestaltung der Versorgung. Sie haben nicht nur auf günstige Preise, sondern auch auf korrekte Beziehungen zwischen Leistungserbringern und den Versicherten zu achten. Die Stellen zur Bekämpfung von Fehlverhalten im Gesundheitswesen (§ 197a SGB V)<sup>64</sup> können effektive Rechtsdurchsetzung fördern. Möglicherweise könnte aber eine von Kassen und Leistungserbringern unabhängige Stelle in Verantwortung der gemeinsamen Selbstverwaltung dies effektiver erreichen.

Wer Wettbewerb im Gesundheitswesen will, muss die rechtlichen Instrumentarien für die Lauterkeit dieses Wettbewerbs schärfen und nutzen. Die Verknüpfung von ärztlichem Berufsrecht und Wettbewerbsrecht ermöglicht gerichtliche Entscheidungen, mit denen das Verbot der Zuweisung von Patienten gegen Entgelt durchgesetzt werden kann.<sup>65</sup> Zukünftig könnte auch das aus dem Verbraucherschutzrecht bekannte Verbandsklagerecht genutzt werden.

## 5. Unabhängigkeit der Wissenschaft

Das Krankenversicherungsrecht baut in Inhalt und Verfahren auf dem anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse auf.<sup>66</sup> Diese Bindung des G-BA macht seine Entscheidungsbefugnisse aus demokratischer Sicht erträglich. Das setzt aber voraus, dass Gesetzgeber und G-BA darauf vertrauen können, dass der Stand der medizinischen Erkenntnisse grundsätzlich ohne bestimmten Einfluss materiell interessierter Kreise zu ermitteln ist. Das ist schon im Grundsatz schwierig bei einer Handlungswissenschaft, die sich aus Erkenntnissen der klinischen Praxis speist, die wiederum nicht frei von Interessen agiert.<sup>67</sup> Gerade deshalb ist Anbindung an die evidenzbasierte Medizin wichtig, damit der Stand der Wissenschaft sich auf Nachweise und nicht auf Autorität stützt.<sup>68</sup>

Jedenfalls sollten die den Entscheidungen in der Krankenversicherung oder Arzneimittelzulassung zu Grunde liegenden Forschungsergebnisse richtig und unbeeinflusst zu Stande gekommen sein. Privatisierung und Kostendruck in Universitätskliniken gefährden jedoch die nötige Unabhängigkeit der Wissenschaft strukturell. Auch in öffentli-

chen Hochschulen ist es die Dienstaufgabe der Hochschullehrer, Drittmittel einzuwerben. Ist jedoch Forschung von privaten Geldgebern abhängig, drohen Forschungsgegenstände beschränkt zu werden. Auch kann bezweifelt werden, ob alle Forschungsergebnisse – auch negative – gleichermaßen publiziert werden. Soll also wissenschaftliche Erkenntnis Grundlage von Entscheidungen sein, ist es öffentliche Aufgabe, ihre Unabhängigkeit zu sichern. Dazu kommt, dass im Bereich der Pharmazie weit mehr durch private Unternehmen geforscht wird als durch öffentliche Einrichtungen. Wenn Forschungsausgaben refinanziert werden müssen, steigt aber der Druck, Forschungsergebnisse zu vermarkten, auch wenn der gesundheitliche Nutzen gering ist.

## 6. Transparenz und Öffentlichkeit

Öffentliche Transparenz von Entscheidungen und ihren Grundlagen ist eine Grundlage demokratischer Politik. In den Parlamenten und im G-BA sind viele Sitzungen öffentlich, Unterlagen zugänglich. Fraglich ist aber, ob und wie Informationen die Öffentlichkeit erreichen und dort eingeordnet werden können. Auch wenn der Inhalt von Gesetzen, Richtlinien und Gerichtsentscheidungen vollständig publiziert wird, kennen ihn viele am Gesundheitswesen Beteiligte trotzdem nicht.

Zur Vermittlung sind zunächst die an der Gesundheitspolitik selbst beteiligten Abgeordneten, die Mitglieder der Selbstverwaltung und der Verbände berufen. Sie benötigen selbst Zeit, Kenntnis und Unterstützung, um die oft komplexen medizinischen, epidemiologischen, soziologischen, ökonomischen und rechtlichen Hintergründe verstehen und dann auch weiter vermitteln zu können und sie müssen an Kommunikation über ihre Verbände hinaus interessiert sein.

Vermitteln sollten auch Presse und Rundfunk. Doch ist wenig transparent, ob sie von Anzeigen und Sponsoring abhängig sind. Oft ist es ihnen wichtiger, mit Skandalen und personalisierten Geschichten zu unterhalten, als fach-

64 Vgl. *Rixen*, ZfSH/SGB 2005, 131 ff.

65 OLG Düsseldorf, 01.09.2009 – I-20 U 121/08, 20 U 121/08 – MedR 2009, 664; BGH, 24.06.2010 – I ZR 182/08 – GesR 2010, 552.

66 § 2 Abs. 1 Satz 3 SGB V; vgl. *Francke/Hart*, MedR 2008, S. 2 ff.

67 Vgl. *Martiny*, in: Müller/Giegold/Arhelger (Fn. 4), S. 75, 78.

68 *Welti*, Zeitschrift für ärztliche Fortbildung und Qualität im Gesundheitswesen (ZaeFQ) 2007, 447 ff.

lich kompetent zu berichten, so dass über das gesundheitspolitische Geschehen nicht hinreichend aufgeklärt wird.<sup>69</sup> Verantwortliche Gesundheitsinformation darf nicht zur Ware werden, deren Funktion sich in verdeckter Werbung oder dem offenen Spiel mit Ängsten und Hoffnungen erschöpft.

Es ist darauf zu hoffen, dass eine fachlich interessierte Öffentlichkeit sich neue Informationsquellen, Stellen der Beratung und des Diskurses sucht und schafft. Doch auch hier ist Kommunikation nicht frei von Interessen. Wer Interesse an Transparenz und unabhängiger Information hat, muss die Mittel dafür bereitstellen, etwa beim Institut für Qualität und Wirtschaftlichkeit im Gesundheitswesen, das schon einen gesetzlichen Auftrag hat, für alle Bürgerinnen und Bürger verständliche Informationen zu Qualität und Effizienz in der Gesundheitsversorgung bereitzustellen. Ob die zivile Gesellschaft sich mit Informationen orientieren kann, liegt daran, welche Urteilskraft wir selbst gemeinsam entwickeln.<sup>70</sup>

## Demografischer Wandel und Familienförderung

Habilitationsschrift von Frauke Brosius-Gersdorf, Verlag Mohr Siebeck, Tübingen 2011, Jus Publicum – Beiträge zum Öffentlichen Recht Bd. 204 (ISBN 978-3-16-150391-7), 134 €

### Frauenförderung durch Förderung der Doppelverdienerfamilie – ein Beitrag zur Lösung des demografischen Problems

Frauke Brosius-Gersdorf hat ein monumentales Werk vorgelegt, das politisch Verantwortliche zurate ziehen können, wenn sie unter den Bedingungen des demografischen Wandels finanzielle Leistungen für Familien organisieren.<sup>1</sup> Die Verfasserin geht von einem klaren Kausalzusammenhang aus: Die Geburtenrate sei untrennbar mit der Entwicklung der Frauenerwerbstätigkeit verbunden (S. 3), der Schlüssel zur Lösung des Geburtendefizits liege in der Förderung der Vereinbarkeit von Familie und Beruf (S. 3). Im Mittelpunkt stehen für sie die (kinderreichen)<sup>2</sup> »Doppelverdienerfamilien«<sup>3</sup>. Sie seien in Deutschland gegenüber den Alleinverdienerfamilien »tatsächlich gesellschaftlich benachteiligt«

## IV. Schluss

Gesundheitspolitik im sozialen Rechtsstaat kann und sollte Selbstbestimmung, Teilhabe und Schutz des verletzbaren, kranken, behinderten Menschen in den Mittelpunkt stellen. Sie muss Bedingungen schaffen, damit Gesundheitsleistungen erbracht werden, und Solidarität organisieren, damit sie allgemein zugänglich werden. Dazu muss sie den Wirtschaftsbürger und den Staatsbürger zugleich ansprechen und ihnen Schranken auferlegen, damit Gesundheit nicht zur Ware wird und Gesundheitspolitik sich nicht in Wirtschaftspolitik erschöpft, sondern die Bedingungen von Gesundheit als öffentliche Angelegenheit behandelt. Was eine Gesellschaft für ihre kranken Mitglieder tut, das tut sie für sich selbst, denn das Vertrauen auf Solidarität und Schutz stärkt das Vertrauen, dass sie gerecht und gestaltbar sein kann.

69 Vgl. *Leif*, in: Müller/Giegold/Arhelger (Fn. 4), S. 84 ff.

70 Grundlegend: *Negt*, *Der politische Mensch*, Göttingen 2010.

(S. 510), was zugleich und in besonderem Maße für die (Ehe-)Frauen in den Doppelverdienerfamilien gelte (S. 510).

### »Pronatalistische Familienförderung«

Die verfassungs- und EU-rechtlichen Parameter, an denen sich der politische Betrieb orientieren müsse, wenn er »Anreize für die Geburt von mehr Kindern«<sup>4</sup> setzen und so (Frauen in) Doppelverdienerfamilien fördern wolle, entwickelt die Verfasserin in vier groß angelegten Teilen. Der erste Teil gilt einer rechtstatsächlichen Analyse der Situation und der Handlungsoptionen. Das »deutsche Dilemma« (S. 111), das »Dilemma der Unvereinbarkeit von Familie und Beruf« (S. 682), sei, wie der

1 Andere Formen der Familienförderung klammert die Verfasserin ausdrücklich aus (S. 3). Im Folgenden beziehen sich Seitenangaben ohne weitere bibliographische Angaben auf das hier besprochene Buch.

2 S. 354.

3 S. 510; s. auch die Überschrift S. 104: »Das Geld: Der Staat vernachlässigt Doppelverdiener mit Kindern«.

4 So etwa S. 193, S. 565; ähnl. S. 600: »Anreize für eine Erhöhung der Geburtenrate«; S. 720: »Anreize für die Geburt von Kindern«; s. auch S. 550: »[p]ositive Effekte«; S. 511: keine »negative[n] Steuerungsimpulse für die Geburtenrate«.

Blick insbesondere nach Frankreich, Schweden und Dänemark zeige (S. 121 ff.), durch eine »pronatalistisch[e] und gleichstellungsorientiert[e]« (S. 121) sowie »zielorientierte Familienförderung« (S. 140) aufzulösen.

### »Bevölkerungsreproduktion als Staatsaufgabe«

Der zweite – umfangreichste – Teil der Arbeit markiert den verfassungsrechtlichen Rahmen für die Bewältigung des demografischen Wandels durch Familienförderung, also in erster Linie durch Förderung kinderreicher Doppelverdienerfamilien. Hier wird vor allem, ansetzend beim Sozialstaatsprinzip (S. 160 ff.) und bei Art. 6 Abs. 1 GG (S. 181 ff.), die »Bevölkerungsreproduktion als Staatsaufgabe« (S. 159)<sup>5</sup>, als »staatliche Pflichtaufgabe« (S. 181)<sup>6</sup>, als »verfassungsrechtliche Pflichtaufgabe« (S. 192), als »Pflichtaufgabe des Staates« (S. 696), als »Staatsziel«<sup>7</sup> profiliert. Destinatär des in erster Linie an Art. 6 Abs. 1 GG gekoppelten Förderauftrags ist die Familie »jedenfalls« (S. 201) im Sinne der sog. Kern- bzw. Kleinfamilie (S. 201), die »Familie als Gemeinschaft« (S. 206), als »Geburtsort jeder menschlichen Gemeinschaft« (S. 189, S. 247) mit ihrer »reproduktive[n] Funktion« (S. 189), die »das Überleben und die Jugendlichkeit der Bevölkerung und damit letztlich die Existenz und Funktionsfähigkeit des Staates sichert« (S. 189)<sup>8</sup>.

### Staatsnützige »Entlastungsfunktion« der Familie

Neben der »Reproduktionsfunktion« (S. 189) der Familie stehe, so die Verfasserin, die Funktion der »Staatsentlastung« (S. 354), die »Entlastungsfunktion für den Staat« (S. 247)<sup>9</sup>. »Nehmen die Eltern ihre Pflege- und Erziehungsverantwortung für das Kind selbst – und damit auf eigene Kosten – wahr, entlasten sie den Staat von seiner Aufgabe als »Pflege- und Erziehungsreservist« und ersparen ihm Kosten.«<sup>10</sup> »Die Erziehung des Kindes im Schoß der Eltern erübrigt eine staatliche Lebensbegleitung des Kindes bei der Bildung und Ausbildung« (S. 248). Bei der Umsetzung des Förderauftrags komme dem Staat jenseits des Existenzminimums ein weiter Gestaltungsspielraum (S. 508) zu, der insbesondere eine Wahlfreiheit hinsichtlich der Förderansätze umfasse (S. 260) und mit Darlegungs- und Begründungslasten des Gesetzgebers einhergehe (vgl. S. 287 ff.).

Art. 6 Abs. 1 GG sei bei der Umsetzung des Förderauftrags, anknüpfend bei der abwehrrechtlich zu denkenden

Freiheit zur (Nicht-)Gründung und Gestaltung von Familien (S. 293) insbesondere in seiner Bedeutung als »Neutralitätsgebot« (S. 292) bzw. »Neutralitätspflicht« (S. 293) zu beachten. Dh., der Staat muss die »Gleichwertigkeit und Gleichberechtigung der Gründungs- und Gestaltungsoptionen« (S. 297) gewährleisten, er muss das »Gebot staatlicher Äquidistanz zu den alternativen Formen der Familie« (S. 297) beachten. Der gleichstellungsfördernde und antidiskriminierende Garantiegehalt des in Art. 6 Abs. 1 GG wurzelnden Neutralitätsgebots wird sodann in einem Geflecht filigraner Differenzierungen den anderen Grundrechtsdimensionen des Art. 6 Abs. 1 GG sowie dem Garantiegehalt des Art. 3 Abs. 1, Abs. 2 GG zugeordnet.<sup>11</sup>

### Verfassungsrechtliche Würdigung familienpolitischer Maßnahmen

Vor diesem Hintergrund entsteht ein fein gestricktes Netz aus Lastenausgleichspflichten und Pflichtbegrenzungen. Es soll insbesondere (kinderreichen)<sup>12</sup> Doppelverdienerfamilien zugutekommen, was Maßnahmen voraussetzt, die *sub specie* Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG »negative Anreize für die Erwerbstätigkeit von Müttern« (S. 361) verhindern. Da die Vielzahl verfassungsrechtlicher Direktiven zu Spannungslagen führt, ist deren Auflösung nötig (vgl. S. 459 ff.), wobei einmal mehr die Abwehr solcher Anreize, die die Frau zur Aufgabe der Erwerbstätigkeit animieren könnten, akzentuiert wird (s. insbesondere S. 499). Das Ehegattensplitting (S. 500 ff.), aber auch die Ehegattenmitversicherung (S. 505 ff.) in der gesetzlichen Krankenversicherung sowie der Pflegeversicherung erweisen sich deshalb als verfassungswidrig.

Insbesondere der dritte Teil des Buches misst einzelne familienpolitische Maßnahmen an den zuvor entwickelten verfassungsrechtlichen Maßstäben (S. 517 ff.). Während

5 S. auch S. 695.

6 S. auch S. 683: »Pflichtaufgabe«.

7 S. 460: »Reproduktion der Bevölkerung als verbindliches Staatsziel«.

8 Ähnl. S. 261: zu sichern seien der »Bestand und die Jugendlichkeit der Bevölkerung«; S. 260: zu sichern seien der »Fortbestand der Bevölkerung und die Funktionsfähigkeit des Staates«.

9 S. auch S. 249: »Reproduktions- und Entlastungsfunktion der Familie«; S. 229: »Reproduktions- und Entlastungsfunktion«.

10 S. 247; s. ebd. auch: dem Staat komme »subsidiär« die »Funktion de[s] Aufnahmepflegers und -erziehers« zu.

11 S. etwa S. 222 ff., 314 ff., 317 ff., 363 ff., 389 ff. (zu Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG).

12 S. 354.

Kindergeld und Kinderfreibeträge zwar verfassungsrechtlich unbedenklich, aber demografiefpolitisch kritisch zu betrachten sind (S. 523), erweist sich die derzeitige finanzielle Förderung der Kinderbetreuung als verfassungsrechtlich problematisch (s. etwa S. 543 ff.). Dies gilt zumindest mit Blick auf Doppelverdienerfamilien auch für das Elterngeld (S. 549). Die sog. Partnermonate<sup>13</sup> hingegen »stehen mit beiden Beinen sicher auf verfassungsrechtlichem Boden« (S. 557). Anders ist dies mit der beitragsfreien Kindermitversicherung in der gesetzlichen Kranken- und der sozialen Pflegeversicherung (insbesondere S. 562 f.). Die Anrechnung von Kindererziehungszeiten in der gesetzlichen Rentenversicherung ist indes mit der aus Art. 6 Abs. 1 GG folgenden Neutralitätspflicht und dem Gleichberechtigungspostulaten von Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG und Art. 6 Abs. 1 GG vereinbar (insbesondere S. 568 f.). Das Betreuungsgeld für Alleinverdienerfamilien, das an die Betreuung des Kindes durch die Familie anknüpft, verstößt wiederum gegen das Neutralitätsgebot (Art. 6 Abs. 1 GG).<sup>14</sup> Ein allgemeines Familiengeld, das jeder Familie zu Gute käme, wäre aus Sicht der Autorin verfassungsrechtlich in Ordnung (insbesondere S. 582). Ein steuerrechtliches »Familiensplitting« hält sie aus denselben Gründen wie das Ehegattensplitting für verfassungswidrig (insbesondere S. 587).

Da der Blick auf die derzeitigen Förderinstrumente den Eindruck der Intransparenz<sup>15</sup> erzeuge (»Gießkannenprinzip«)<sup>16</sup>, wirbt die Verfasserin für einheitliche Transferleistungen mit einkommensbezogener Staffelung (S. 597) sowie ergänzender Förderung für Doppelverdienerfamilien (S. 598); zusätzliche Vergünstigungen im Sozialversicherungs- und im Steuerrecht empfehlen sich als »(weitere) gezielte Anreize« (S. 598).

### EU-Recht als Rahmen und Ergänzung des Grundgesetzes

Der vierte Teil des Werks widmet sich dem unionsrechtlichen Rahmen für die Bewältigung des demografischen Wandels durch Familienförderung in den Mitgliedstaaten, wobei der Einfluss des einschlägigen EU-Rechts (S. 614 ff., 631 ff., 655 ff.) auf die Familienförderpolitik der Mitgliedstaaten skizziert (S. 607 ff.) und insbesondere ein EU-rechtliches Neutralitätsgebot entwickelt wird (S. 640 ff.).

Eine knappe Schlussbetrachtung (S. 682–684), eine zu ausführliche Zusammenfassung in Leitsätzen (S. 685–740), ein umfangreiches Literaturverzeichnis (S. 741–778) sowie

ein umfangliches Sachregister (S. 779–806) beschließen die Habilitationsschrift.

### Ein magistrales Werk, das zu produktiver Kritik anregt

Das Buch ist zu Recht als ebenso »tiefgründige[s] wie breitgefächerte[s]«<sup>17</sup>, ja »souverän[es]«<sup>18</sup> Opus bezeichnet worden, dessen »konzeptionelle Kraft«<sup>19</sup> genauso fasziniert wie seine »Aussage- und Ergebnisfreudigkeit«<sup>20</sup>. Die Monografie lebt von der dicht durchgearbeiteten Fokussierung auf die Lebensform der möglichst kinderreichen Doppelverdienerfamilie, die die berufliche Entwicklung der in einer Doppelverdienerfamilie lebenden (Ehe-)Frau gefährdet und zugleich zur niedrigen Geburtenrate beitrage, weil (Ehe-)Frauen in Doppelverdienerfamilien die Vereinbarkeit von Beruf und Familie zu oft durch den Verzicht auf (weitere) Kinder und auf (andauernde) Erwerbstätigkeit »erkaufen« müssten. Das damit markierte Themenfeld wird sorgfältig gesichtet und konsequent systematisiert, eine beeindruckende, eine magistrale Leistung. Gewiss gibt es andere Lebenssituationen von Frauen (und Männern) und andere thematische Perspektiven, die ebenfalls rechtswissenschaftliche Aufmerksamkeit verdient hätten, aber das Erkenntnisinteresse der Verfasserin ist eben so und nicht anders ausgerichtet. Die Kritik muss daher danach unterscheiden, ob es (im Sinne einer internen Kritik) um die werkimmanente Plausibilität geht oder (im Sinne einer externen Kritik) um Aspekte, die als Quelle produktiver denkerischer Assoziation in der Arbeit zwar angelegt sind, aber über sie hinausweisen; beide Dimensionen der Kritik können sich ergänzen.

### Geht es wirklich um den demografischen Wandel?

Der thematische Zusammenhang zur Demografie, den die Verfasserin herstellt, ist, anders als ihre empirischen Kau-

<sup>13</sup> § 4 Abs. 1 S. 1 iVm. § 4 Abs. 3 S. 1 BEEG.

<sup>14</sup> Insbesondere S. 578–580.

<sup>15</sup> S. 596: »intransparente[s] Maßnahmenpaket«.

<sup>16</sup> S. 600.

<sup>17</sup> So *Gelinsky* in einer Besprechung des hier rezensierten Buches in der F.A.Z. vom 09.11.2011.

<sup>18</sup> Ebd.

<sup>19</sup> So *Steiner* in einer Besprechung der hier rezensierten Arbeit, Die Verwaltung 2012, 141, 143.

<sup>20</sup> Ebd.

salitätsunterstellungen insinuieren,<sup>21</sup> so zwingend nicht. Es gibt über alle politischen »Lager« verteilt sozialwissenschaftliche Expertinnen und Experten, die in Frage stellen, dass es wirklich einen Anlass für »pronatalistische« Plädoyers gibt.<sup>22</sup> Ob andere Maßnahmen (als die der kombinierten monetären Doppelverdienerfamilien- und Frauenförderung), die Zahl der in Deutschland lebenden Menschen (letztlich: Arbeitskräfte) zu erhöhen, wirkungsvoll sind, wird mE. zu wenig erwogen (Andeutungen hierzu zB. S. 67 ff., 80 ff.). Das gilt namentlich für die Migration (vgl. S. 9, insbesondere S. 16 ff.), die als bevölkerungspolitisches Instrument in der Arbeit keine tragende Rolle spielt.<sup>23</sup> Die Verfasserin mag einwenden, sie habe ja nur die finanzielle Förderung von Familien betrachten wollen (S. 3). Wenn und weil das so ist, hätte aber die Einschätzung, dass gerade nur eine veränderte gleichstellungsorientierte und auf die Doppelverdienerfamilien bezogene finanzielle Förderung das demografische Problem der niedrigen Geburtenrate lösen werde, nicht ganz so apodiktisch ausfallen dürfen.<sup>24</sup>

Ob zudem die (nicht nur *gleichstellungspolitisch*, sondern auch *demografiepolitisch* wirklich so eindeutig erfolgreichen?) Instrumente, die in anderen Ländern eingesetzt werden, ebenso effektiv in Deutschland wirken würden, lässt sich anhand der in der Studie skizzierten Empirie nicht nachvollziehen (vgl. S. 119, S. 121 ff.). Zwar ist in Frankreich, wo nicht wie in Deutschland traditionell die Männer, sondern eher »Frauen und Mütter [...] den archimedischen Punkt des Sozialstaats bilden«<sup>25</sup>, die Geburtenziffer deutlich höher als in Deutschland, aber in den USA mit einem Wohlfahrtssystem, das staatliche Interventionen viel weniger kennt als das Wohlfahrtssystem Frankreichs oder Deutschlands, ist die Geburtenziffer in etwa so hoch wie in Frankreich, sogar etwas höher.<sup>26</sup> Kausalitätsannahmen bzw. Bedingungsbeziehungen in demografiepolitischer Absicht zu extrapolieren, ist also ein heikles Unterfangen.<sup>27</sup> Die Verfasserin räumt ein, dass »[k]onkrete Wirkungsanalysen und darauf basierende Wirkungsmodelle [...] weitgehend [fehlen]« (S. 119). Müsste daraus aber nicht mehr Zurückhaltung bei der Darstellung vorgeblich zwingender empirischer Zusammenhänge folgen, die die Weichen für die verfassungsrechtlichen Werturteile stellen?

### »Reproduktionsziele des Staates«? Elternschaft als »Staatsentlastung«?

Irritierend sind auch vor diesem Hintergrund die Aussagen zur Reproduktion als Staatsaufgabe bzw. Staatsziel.<sup>28</sup> Wen bzw. was meint die Verfasserin, wenn sie die Existenz und den Fortbestand »des Staates« als Verfassungsgebot, nicht nur als vorverfassungsrechtliche Verfassungserwartung fordert? Wer ist dieser »Staat«, der Reproduktionsziele verfolgt? Geht es womöglich, wenn von einem Staatsziel die Rede ist, um die Steigerung der Reproduktionsbereitschaft? Der Staatsangehörigen? Der Wohnbevölkerung? Oder geht es um die »Staatsaufgabe Nachwuchssicherung«<sup>29</sup>, die *Margarete Schuler-Harms* differenziert entfaltet hat?

Mit dem Ansatz, aus Art. 6 Abs. 1 GG ein Staatsziel »(Steigerung der) Reproduktion(sbereitschaft)« herzuleiten, steht die Verfasserin offenbar nicht allein.<sup>30</sup> Vor dem Hintergrund des auch von der Verfasserin propagierten Reproduktionsetatismus verwundert es nicht, dass die Elternrolle in einen Vorteil für den Staat umgedeutet wird

21 Nur gelegentlich relativiert die Verfasserin diese starken Realitätsunterstellungen, s. etwa S. 559: »vermutlich [...] steigern«; S. 599: ein neues System der Familienförderung helfe, »die Folgen des Bevölkerungswandels abzuschwächen«.

22 So etwa *Miegel*, zitiert in Landtag von Baden-Württemberg, Drs. 13/4900, S. 232, Bericht und Empfehlungen der Enquetekommission »Demografischer Wandel – Herausforderungen an die Landespolitik«; s. bspw. auch das (politisch betrachtet: eher »links« positionierte) Minderheitenvotum Nr. 4.3.1, in: Sächsischer Landtag, Bericht der Enquete-Kommission »Demografische Entwicklung und ihre Auswirkungen auf die Lebensbereiche der Menschen im Freistaat Sachsen sowie ihre Folgen für die politischen Handlungsfelder«, 2008, S. 168 ff.

23 Weiterführend hierzu *Baer*, VVDStRL 2009, 290, 327 ff.

24 S. insbesondere S. 598; s. ferner S. 545 und S. 551 f.; auf S. 81 wirbt die Verfasserin für Maßnahmen, »die den demografischen Wandel bekehren«. Offenbar meint die Verfasserin »umkehren« (vgl. S. 80: »Umkehr des Bevölkerungswandels«).

25 *P. Nolte*, Was ist Demokratie? Geschichte und Gegenwart, München 2012, S. 218.

26 Informationen unter <http://www.oecd.org/dataoecd/8/10/47710686.pdf> (23.07.2012).

27 Die Sachverständigenkommission zur Erstellung des Ersten Gleichstellungsberichts der Bundesregierung betrachtet den demografischen Wandel, anders als das hier besprochene Buch, konsequent in seinen wechselwirkenden Bezügen zu anderen Aspekten sozialen Wandels, s. etwa BT-Drucks. 17/6240, S. 77, S. 85, S. 109, S. 137, S. 147, S. 149 f., S. 225, S. 237. – Zur Komplexität des demografischen Wandels s. bspw. auch *Welscher*, in: Ehlert/Funk/Stecklina (Hrsg.), Wörterbuch Soziale Arbeit und Geschlecht, 2011, S. 85 ff.

28 Zur Orientierung *Baer*, (Fn. 23), 290, 315 ff.

29 *Schuler-Harms*, DVBl. 2008, 1090, 1096 f.; daran anknüpfend *Kahl*, VVDStRL 2009, 357.

30 Vgl. insbesondere die Nachweise S. 251, Fn. 220.

(»Entlastungsfunktion«), auch wenn das zur staatsfern konzipierten Elternrolle unter dem Grundgesetz nicht passt.<sup>31</sup> Vielleicht steht die von der Verfasserin im Hinblick auf mögliche bevölkerungspolitische Ziele konstatierte »Schweigsamkeit der Entstehungsmaterialien zu Art. 6 Abs. 1 GG« (S. 187) ja für ein beredtes Schweigen der Mütter und Väter des Grundgesetzes. Wie gewinnbringend insoweit eine grundlagentheoretisch und historisch sensible Betrachtung sein kann,<sup>32</sup> hat bspw. *Susanne Baer* mit ihren Beiträgen zur juristischen »Biopolitik«<sup>33</sup> verdeutlicht.<sup>34</sup>

### Missverständliches im Lichte des Neutralitätsgebotes: Frauenbilder, Männerbilder, Autonomiekonzepte

Nicht ganz unproblematisch sind sehr allgemein und daher missverständlich formulierte Aussagen über die Befindlichkeit von Frauen und Männern, über Frauen- und Männerbilder, die die verfassungsrechtliche Bewertung beeinflussen. So heißt es an einer Stelle, »Mütter« seien »an einer selbstbestimmten Gestaltung ihres Lebens wegen der ihnen zugewiesenen Funktionen der Schwangerschaft, der Geburt und des Stillens gehindert« (S. 379). Es ist aber durchaus nicht so, dass alle diese »Funktionen« Müttern *per se* »zugewiesen« sind.<sup>35</sup> Wichtiger als dieser Einwand ist aber der Selbstbestimmungs- bzw. Autonomiebegriff, der hier zur Sprache kommt.

Die selbstbestimmte Gestaltung des Lebens wird in dem Sinne beeinträchtigt, dass Optionen der Lebensgestaltung, die vor Schwangerschaft und Geburt bestanden haben, so nicht mehr bestehen. In dieser Hinsicht wäre »selbstbestimmt« ein deskriptiver Begriff mit einer nicht allzu starken normativen Grundierung. Möglicherweise wird hier aber ein streng formales Autonomiekonzept zugrunde gelegt, in dem Belastungen immer als Autonomieverlust zu qualifizieren sind. Ebenso formal würde die Ansicht argumentieren, jede Frau entscheide selbstbestimmt, welches Maß an beschränkter, also realisierbarer Selbstbestimmung ihr bei den Themen Schwangerschaft, Geburt, Kindererziehung akzeptabel erscheint. Es ist der Nachteil streng formaler Autonomiekonzepte, dass der lebensweltlich erfahrene Zwang zur Abwägung biografischer Präferenzen, also all das zu kurz kommt, was in einer konkreten Lebenssituation gezwungenermaßen-freiwillig in Kauf genommen wird.

Ein derart entkontextualisiert-formales Autonomieverständnis passt nicht zur komplexen Realsituation be-

schränkt erlebter Selbstbestimmung, wie sie auch in feministischen Autonomiekonzepten differenziert reflektiert wird. »Feministische Ansätze in den Sozialwissenschaften lehnen die eher individualisiert verstandenen Autonomiekonzepte ab und verbinden diese begrifflich enger mit Bedingungen der existenziellen gegenseitigen Angewiesenheit.«<sup>36</sup> Wenn das so ist, dann müssen mE. Begriffe wie Selbstbestimmung oder Autonomie theoretisch geschärft werden, wenn sie in einem spezifisch rechtswissenschaftlichen Erkenntniszusammenhang analytisch erhellend wirken sollen.

### Pluralität der Lebens- und Familienformen: Wie neutral ist das Neutralitätsgebot?

Wie unklar der Selbstbestimmungsbegriff ist, zeigt sich ua. auch da, wo in dem Buch von Erwerbsarbeit die Rede ist. »Wahre« Selbstbestimmung, so der Eindruck, manifestiert sich nur in der Entscheidung, Erwerbsarbeit zu verrichten. Erwerbsarbeit, so lesen wir, verschaffe Frauen »Erfüllung, Anerkennung sowie ein entsprechendes Selbstbewusstsein, was ihre gesellschaftliche und innereheliche Stellung« (S. 692)<sup>37</sup> stärke. Aber ist es generell so, dass Erwerbsarbeit

31 Zusammenfassend zum Elternrecht *Höfling*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. VII, 3. Aufl., Heidelberg 2009, § 155 S. 477 ff.

32 Anders offenbar die Verfasserin: Es sei, so schreibt sie (S. 2), »vor dem Hintergrund der deutschen Geschichte – der Pervertierung von Bevölkerungspolitik durch den NS-Staat und der Instrumentalisierung pronatalistischer Familienpolitik in der DDR – nachvollziehbar, dass der deutsche Wissenschaftler im Umgang mit dem Thema Bevölkerungspolitik Berührungängste hat. Gleichwohl: Es ist an der Zeit, die Manschetten abzulegen und sich des Themas nüchtern und sachlich anzunehmen.«

33 Zum Beginn der Verwendung des deutschen Wortes »Biopolitik« in der NS-Zeit *Steffens*, *Philosophie des 20. Jahrhunderts* oder die Wiederkehr des Menschen, Leipzig 1999, S. 143; s. auch *Rixen*, in: Ahrens/Biermann/Toepfer (Hrsg.), *Die Diffusion des Humanen. Grenzregime zwischen Leben und Kulturen*, Frankfurt am Main/Berlin/Bern/Brüssel/New York/Oxford/Wien 2007, S. 121 ff.

34 *Baer*, in: Cottier/Estermann/Wrase (Hrsg.), *Wie wirkt Recht? Ausgewählte Beiträge zum ersten gemeinsamen Kongress der deutschsprachigen Rechtssoziologie-Vereinigung Luzern 2008, Baden-Baden 2010*, S. 181 ff.; *dies.* (Fn. 23), 290, 292 ff.

35 Die Verfasserin nimmt deshalb auf S. 230 (anders S. 379) das Stillen von den (vermeintlich) biologisch zugewiesenen Funktionen aus, denn bekanntlich kann es biologische, gesundheitliche oder lebensstilbedingte Gründe geben, aufgrund derer das Stillen für die Frau keine reale Option ist, abgesehen davon, dass es aufseiten des Säuglings ebenfalls Gründe geben kann, die dem Stillen entgegenstehen (etwa der Aufenthalt auf einer Frühgeborenen-Intensivstation). Auch die Adoption Neugeborener ist für die Adoptivmutter weder mit Schwangerschaft und Geburt noch mit dem Stillen verbunden.

36 *Böhmisch/Funk*, in: Ehlert/Funk/Stecklina (Fn. 27), S. 51, 52.

37 S. auch S. 93: »Die Partizipation der Frauen am Erwerbsleben verhalf ihnen zu persönlicher und wirtschaftlicher Unabhängigkeit und verschaffte ihnen Anerkennung und Selbstbewusstsein.«

Selbstbewusstsein verschafft?<sup>38</sup> Nicht nur Frauen, die in prekären Arbeitsverhältnissen beschäftigt sind, könnten dazu differenzierte Auskünfte geben. Gerade für sie hat Erwerbsarbeit viel mit Subsistenzsicherung zu tun, von einem idealistischen Projekt zur Stärkung des Selbstwertgefühls oder gar der biografischen Sinnsuche ist diese Erwerbsarbeit weit entfernt. Erwerbsarbeit stärke die »gesellschaftliche und innereheliche Stellung«? Was ist damit gemeint? Dass ein Mann seine (Ehe-)Partnerin (und diese den Partner) nur ernst nimmt, wenn sie (bzw. er) erwerbstätig ist? Anerkennung in einer Beziehung als abhängige Variable verrichteter Erwerbsarbeit? Und soll das vielleicht auch heißen, dass Frauen andere Frauen nur ernstnehmen, wenn diese wie sie erwerbstätig sind? Gegen diese möglichen Deutungen spricht das für ganz unterschiedliche Lebens- bzw. Familienformen werbende Neutralitätsgebot, das die Verfasserin mit großem Aufwand entfaltet. Irritieren muss dann aber folgende Aussage:

»So entfaltet der Wunsch der Mutter nach einer eigenen beruflichen Betätigung zum einen eine wichtige *erzieherische Wirkung für das Kind*, dem die Mutter als Vorbild dient, und mag zugleich die elterlichen Beziehungen festigen, weil die Frau *durch einen eigenen finanziellen Beitrag für die Familie ihrem Partner 'auf Augenhöhe' begegnet*. Zum anderen bewirkt eine Aufgabenverteilung zwischen den Eltern, die auch der Mutter eine Rolle im Erwerbsleben zuweist, dass die Mutter in den Genuss der Früchte einer *langen Ausbildung oder eines Studiums* gelangt und nicht nur eine eigene finanzielle Absicherung durch Einkommen und eine entsprechende Altersrente erhält, die ihr zugleich eine gewisse Unabhängigkeit von dem Vater des Kindes verleiht, sondern auch berufliche Erfüllung und Anerkennung erfährt.«<sup>39</sup>

Nicht nur wegen des empirisch in der Luft hängenden Arguments, eine Frau könne einem Mann nur auf Augenhöhe begegnen, wenn sie – wohlgemerkt: nur nach »lange[r] Ausbildung oder [...] Studium« – erwerbstätig sei und »einen eigenen finanziellen Beitrag für die Familie« leiste, bezweifle ich, dass diese Passage die Realsituation aller Doppelverdienerfamilien-Ehefrauen zutreffend beschreibt. Und passt diese Passage wirklich zu dem von der Verfasserin präsentierten verfassungsrechtlichen Neutralitätsgebot, das – ganz im Sinne der Sachverständigenkommission zur Erstellung des Ersten Gleichstellungsberichts der Bundesregierung – konsequent die »Pluralität von Lebensformen«<sup>40</sup> hervorhebt?

### Erwerbsarbeitszentrierte oder *diversity-sensible* Frauen- und Familienförderung?

Nachdenklich stimmt, dass die Frauen- und Familienförderung auch in diesem Buch um die Erwerbsarbeit zentriert wird: Sorgearbeit (insbesondere Kindererziehung, Pflege von Angehörigen) muss erwerbsarbeitskompatibel sein – nicht umgekehrt. Wie sähe eine Frauen- und Familienförderung aus, die die Vereinbarkeit von Familie und Beruf dezidiert von der Sorgearbeit in der Familie her denken würde? Und zwar nicht von der kinderreichen (ab wie vielen Kindern beginnt eigentlich »kinderreich«?)<sup>41</sup> Doppelverdienerfamilie, sondern von anderen Familienformen her? In denen vielleicht nicht typischerweise Mann und Frau (sondern Frau und Frau? Mann und Mann?) strikt »simultan« (S. 153, S. 692) – wieso eigentlich simultan? – Familie und Erwerbsarbeit verwirklichen? Was ist zB. mit (»kinderreichen«) alleinerziehenden Frauen (oder Männern)? Und wieso sind »namentlich [...] hochgebildete Frauen« (S. 693) interessant? Was ist mit den anderen Frauen?

Die Erwerbsarbeitszentrierung des Gleichstellungs- und Familienförderungsdiskurses ist bedenklich, weil sie die Tatsache, dass Erwerbsarbeit immer noch die primäre Quelle sozialer Anerkennung ist, als erwünscht absichert.<sup>42</sup> So wird die Erwartung, sich durch Erwerbsarbeit seine Anerkennungswürdigkeit zu verdienen, immer mehr zum eigentlichen Grundgesetz der gegebenen Gesellschaft.<sup>43</sup> Die möglichst reibungslos funktionierende Doppelverdienerfamilie erscheint so als Bedingung einer möglichst reibungslos funktionierenden Erwerbsarbeitswelt, in der

38 Zu grundrechtlichen Aspekten »sinnvoller« Arbeit *Rixen*, in: Eicher/Spellbrink (Hrsg.), SGB II, Kommentar, 2. Aufl., München 2008, § 10 Rn. 20 f.

39 S. 383 (Hervorhebungen hinzugefügt).

40 BT-Drs. 17/6240, S. 48, S. 233. Kritisch zu staatlich lancierten Leitbildern richtigen (Familien-)Lebens *Kingreen*, VVDStRL 2009, 361 f.; allg. zu den Gefahren staatlich veranlasster »paternalistischer« bzw. »edukatorischer Bevormundung« Richter *Masing*, BVerfG, 30.07.2008 – 1 BvR 3262/07, 1 BvR 402/08, 1 BvR 906/08 – BVerfGE 121, 317, 381/388.

41 Die »kinderreichen Familien« des (allerdings in erster Linie die angemessene Versorgung mit Wohnraum fokussierenden) Art. 125 Abs. 3 der Bayerischen Verfassung bspw. beginnen bei »ungefähr [...] fünf bis sechs Kindern«, *Wolff*, in: Lindner/Möstl/Wolff, Verfassung des Freistaates Bayern, Kommentar, München 2009, Art. 125 Rn. 14.

42 S. beispielhaft zu den Rahmenbedingungen eines weiter gefassten Anerkennungskonzepts *Nussbaum*, Women and Human Development. The Capabilities Approach, Cambridge 2000; *dies.*, Frontiers of Justice. Disability, Nationality, Species Membership, Cambridge 2006; s. auch die Hinweise bei *Baer*, VVDStRL 2009, 377 f.

43 *Rixen*, Archiv für Wissenschaft und Praxis der sozialen Arbeit 2008, 46, 52.

Anerkennung als Gleiche bzw. als Gleicher erst durch geleistete Erwerbsarbeit erworben werden muss.

Wünschenswert ist demgegenüber eine (vielleicht auch demografisch relevante) Frauen- und Familienförderung, die mit *diversity* – der Unterschiedlichkeit der Lebensstile und ihrer gleichen verfassungsrechtlichen Dignität – ernst macht und hierbei die Erwerbsarbeit von Frauen (und von Männern) nicht zum Symbol eines wertvollen, weil ökonomisch verwertbaren Lebens erhebt. Der Erste Gleich-

stellungsbericht hat Vorschläge zur Stärkung unterschiedlicher Formen von Arbeit im Lebenslauf vorgelegt.<sup>44</sup> Sie müssen, nachdem die Sonntagsreden gehalten sind, nur umgesetzt werden.

*Prof. Dr. Stephan Rixen, Universität Bayreuth*

<sup>44</sup> BT-Drs. 17/6240, S. 244 f.

### Zusammenfassungen

#### Preis: Sonderzahlungen im Wandel von Praxis und Dogmatik

**SR** 3/2012, S. 101 – 123

Die Bandbreite erbrachter Sonderzahlungen ist groß; die Fülle von Begrifflichkeiten kaum noch überschaubar. Infolgedessen stellt sich die juristische Einordnung von Sonderzahlungen als permanentes Problem dar, zumal eine klare Dogmatik fehlt. Die Rechtslage wurde in der Vergangenheit durch die Zweckbetrachtung in der Rechtsprechung des BAG zunehmend komplexer; sie wird indessen in der Rechtsprechungspraxis faktisch nicht mehr praktiziert. Stattdessen hat das BAG eine Rückbesinnung auf Prinzipien des Vertragsrechts vollzogen: Die regelmäßig vorformulierte Sonderzahlungsabrede ist strikt nach Wortlaut und objektiv erkennbarem Erklärungsgehalt auszulegen und unterliegt einer Transparenzkontrolle. In diesen vertragsrechtlichen Grenzen haben die Parteien große Freiheit bei der Ausgestaltung von Sonderzahlungen.

### Abstracts

#### Preis: Special payments in practice and in doctrine

**SR** SR 3/2012, p. 101 – 123

The range of special payments is wide, and the different terms used for them can hardly be listed. As a result, the legal categorization of such payments presents a persistent problem, to which is added a lack of clear doctrine. In the past, the Federal Labour Court's jurisprudence, which examined their purpose to assess their legal basis, became more and more complex; thus in practical terms this jurisprudence is no longer followed. Instead, the Court has harked back to earlier principles of contract law: the pre-stated agreement to make special payments on a regular basis is examined on the basis of the wording used and its objectively recognizable explanatory value, which is subject to a test of transparency. Within these limits of contract law, the parties enjoy considerable freedom in making arrangements for special payments.

### Zusammenfassungen

#### **Welti: Die gesetzliche Krankenversicherung im Kräftefeld der Gesundheitspolitik**

**SR** SR 3/2012, S. 124–133

Der rechtliche Rahmen von Gesundheitspolitik muss beachten, dass Waren und Dienstleistungen zur gesundheitlichen Versorgung in besonderer Weise sozial eingebunden sind. Ihre Verfügbarkeit und möglichst gleichmäßige Zugänglichkeit zu gewährleisten, gehört zu den Kernaufgaben des sozialen Rechtsstaats. In der Bundesrepublik Deutschland wirken dazu Staat, öffentlich-rechtliche Akteure und Akteure des Privatrechts in spezifischer Weise zusammen, insbesondere im Rahmen der gemeinsamen Selbstverwaltung. In ihr soll Interessenvertretung so eingebunden werden, dass das öffentliche Interesse an einer bedarfsgerechten und finanzierbaren Gesundheitsversorgung möglichst gut verwirklicht werden kann. Die Privatisierung der Krankenkassen – auch über den Hebel des Wettbewerbsrechts – erscheint demgegenüber als zweifelhafte Option. Nicht primär offene und institutionalisierte, sondern vor allem verdeckte Interessenvertretung in Entscheidungsgremien, Wissenschaft und Berufspraxis muss durch Transparenz und klare Regelungen bekämpft werden.

### Abstracts

#### **Welti: Statutory health insurance in the vortex of health policy**

**SR** SR 3/2012, p. 124–133

The health policy legal framework must take into account that health care goods and services are particularly linked to social issues. Providing for their availability and broadly equal access forms part of the core tasks of the constitutional state in the area of social affairs. In Germany, the government, public law actors and private law actors work together in a special way, in particular within the framework of self-administration. This arrangement is designed to mesh the representation of interests so that the public interest in a needs-based and financially feasible health care system can be realized to the best extent possible. In contrast, the privatization of health insurance funds – including through reliance on competition law – appears to be a doubtful option. The absence of open and institutionalized representation of interests in science, the professions and decision-making bodies must be combated through transparency and clear rules.

### **Vorschau** | In der nächsten Ausgabe »Soziales Recht« lesen Sie:

#### **Abhandlungen**

- **Daniel Ulber: Das Spannungsfeld von interomnes-Wirkung und Drittbeteiligung bei Entscheidungen über die Tarif(un)fähigkeit von Arbeitnehmervereinigungen**
- **Ulrich Koch: Die Bewältigung von selbst- und fremdbestimmten Änderungen der Rechtsprechung durch das Bundesarbeitsgericht**
- **Ulrich Steinwedel: Der Stellenwert des Schutzes von Vertrauen in die Rechtsprechung**

#### **Rezensionsaufsätze**

- **Andrea Potz, Beweiserleichterungen im Arbeitsrecht (Ulrike Wendeling-Schröder)**