

## Kompensatorische Vertragsgestaltung

Olaf Deinert\*

Rezension zu *Marcus Bieder, Kompensatorische Vertragsgestaltung im Arbeits- und Wirtschaftsrecht, Baden-Baden (Nomos) 2015* (zugl. Heidelberg, Univ., Habil. 2013/14), 542 S., 139 €,  
ISBN 978-3-8487-2086-6

### A. Kompensatorische Vertragsgestaltungen als Untersuchungsgegenstand

Die Heidelberger Habilitationsschrift von *Marcus Bieder* befasst sich mit kompensatorischen Vertragsgestaltungen. Es geht dabei um die Frage, inwiefern eine an sich unzulässige vertragliche Gestaltung durch ausgleichende Leistungen in eine zulässige Gestaltung umschlagen kann. *Bieder* weist darauf hin, dass es sich um eine im Zivil- und Arbeitsrecht nicht selten anzutreffende Erscheinung handelt. Als bekannte Beispiele werden etwa genannt beim Leasing der Gewährleistungsausschluss bei gleichzeitiger Abtretung von Gewährleistungsrechten des Leasinggebers gegenüber seinem Lieferanten oder Freigabeklauseln bei Übersicherung. Auch die Schönheitsreparaturen im Mietrecht werden hier erwähnt, die bekanntlich damit gerechtfertigt werden, dass der Vermieter dem Mieter dafür beim Preis entgegenkomme. Freilich fällt dies sicher in den Bereich der Fiktion, *Bieder* sieht dies ebenfalls kritisch und spricht von einem „Kunstgriff“. Aus dem Bereich des Arbeitsrechts wird beispielsweise der Ausschluss der Arbeitgeberhaftung bei einer adäquaten Risikoabgeltung genannt. Ob dieses Beispiel stimmig ist, mag bezweifelt werden, da die Haftung des Arbeitgebers in diesem Fall von vornherein ausscheidet und nicht etwa eine Haftungsfreizeichnungsklausel im Raum steht. Besser schon passt das Beispiel der Mankoabrede, bei der der Arbeitnehmer die Haftung für Fehlbestände übernimmt, was nur dann akzeptiert wird, wenn dem ein entsprechendes vom Arbeitgeber gezahltes Mankogeld gegenübersteht. *Bieders* Ziel ist es nun, ein generelles Konzept kompensatorischer Vertragsgestaltungen im Arbeitsrecht zu entwerfen. Es geht ihm um die generelle Anerkennung kompensatorischer Vertragsgestaltungen sowie die Konturierung der Zulässigkeitsvoraussetzungen und -grenzen, genauer: um das Bemühen, allgemeine Aussagen dazu zu finden, unter welchen Voraussetzungen eine kompensierende Vertragsgestaltung eine an sich unzulässige Klausel „retten“ kann.

### B. Fokus auf das Arbeitsrecht

Es lässt sich nicht ergründen, warum die Arbeit den Titel „Kompensatorische Vertragsgestaltung im Arbeits- und Wirtschaftsrecht“ trägt. Zwar nimmt der Verfasser immer wieder Anleihen aus dem Bereich des allgemeinen Zivilrechts, es geht ihm aber vor allem um die Erörterung der Möglichkeiten zu kompensatorischen

\* Prof. Dr. Olaf Deinert lehrt Bürgerliches Recht, Arbeits- und Sozialrecht an der Georg-August-Universität Göttingen.

Vertragsgestaltungen im Arbeitsrecht. Entsprechend war auch der Fokus der zu Grunde liegenden Habilitationsschrift ausgerichtet, wie dem Vorwort zu entnehmen ist. Folgerichtig wird im Rahmen der Untersuchung betont, dass Besonderheiten des Arbeitsrechts zu beachten seien. Zu diesen Besonderheiten rechnet *Bieder* beispielsweise eine besondere Treubindung, Vorleistungspflichten sowie Sicherungsbedürfnisse, Einbindung in übergeordnete Organisationsstrukturen, kollektive Gestaltung der Arbeitsbedingungen durch Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen, Beherrschung des Gebietes durch überwiegend zwingendes Recht sowie Verbraucherstatus des Arbeitnehmers (Letzteres nimmt *Bieder* zustimmend zur Kenntnis), und daraus folgender gesteigerter Anforderungen an die Vertragsgestaltung. So einsichtig diese Gesichtspunkte sind, bleibt der Leser mit diesen Erkenntnissen ein wenig allein. Sicher mag beispielsweise ein gesteigertes Sicherungsbedürfnis des Arbeitnehmers im Falle der Vorleistung spezifische Qualitätsanforderungen an die kompensatorische Regelung mit sich bringen. Allerdings tauchen alle diese Aspekte im Laufe der weiteren Untersuchung überhaupt nicht mehr auf. Allenfalls die Ausführungen zur Kompensation im Kollektivbezug (S. 445 ff.) stellen einen gewissen Zusammenhang hierzu her.

### C. Das Grundkonzept

Wer sich auf die Suche nach einer Art Rechtsinstitut begibt, muss natürlich zunächst einmal das geltende Recht auf entsprechende Regelungen untersuchen. Wenig überraschend ist der Befund, dass es dazu keine allgemeine Regelung gebe. *Bieder* findet aber einzelne Regelungen, die er letztlich als Erscheinungsformen betrachtet (S. 49 ff.). Hinter viele von ihnen lässt sich sicher ein Fragezeichen setzen, etwa wenn die §§ 249 ff. BGB, gesetzliche Forderungsübergänge oder der Urlaubsabgeltungsanspruch nach § 7 Abs. 4 BUrlG als solche Erscheinungsformen angesehen werden. Denn letztlich handelt es sich nicht um kompensatorische Vertragsgestaltungen, sondern um kompensatorische gesetzliche Regelungen. Besser schon passt das Beispiel der Delkredereprovision. Passender wird es dann, wenn der Verfasser Regelungen in Betracht zieht, die normative Rahmenbedingungen für man gelheilendes Verhalten regulieren, etwa die Bestimmungen zur Heilung von Formverstößen durch Leistungsbewirkung. Konkret wird es schließlich, wenn gesetzliche Ermächtigungen zu Kompensationen in den Blick genommen werden. Hier findet sich etwa das Wettbewerbsverbot, das nur im Falle einer Karenzentschädigung zulässig ist. Weniger passend ist wiederum das Beispiel der vertraglichen Altersgrenzen im Falle der Altersrentenberechtigung (§ 10 Satz 3 Nr. 5 AGG). Denn die Altersrentenberechtigung ist keine Leistung, die der Arbeitgeber verspricht. Interessant ist schließlich die Herausarbeitung, dass das AGB-Recht gewissermaßen Prototypen kompensatorischer Vertragsgestaltungen bereithalte (S. 58 ff.), insoweit die §§ 309, 308 und 307 BGB eine Abstufung auch in Bezug auf die Tolerierbarkeit

von Kompensationsgeschäften enthalten, von § 309 BGB, wo Kompensationen nur in den gesetzlich vorgesehenen Fällen in Betracht kommen, bis hin zu § 307 BGB mit dem relativ offenen Maßstab der unangemessenen Benachteiligung. Ausdrückliche Verbote kompensierender Vertragsgestaltungen sieht *Bieder* schließlich beispielsweise in § 3 BetrAVG über die grundsätzlich unzulässige Abfindung von Betriebsrenten und § 7 Abs. 4 BUrlG als Ausdruck eines allgemeinen Urlaubsabgeltungsverbots (S. 67 ff.).

Als Kompensationskonzepte (S. 69 ff.) arbeitet *Bieder* Reparationsmodell, Saldierungsmodell, Wahlschuldmodell, Entschädigungsmodell und Versicherungslösung heraus. Die Vielfalt dieser Modelle und das Fehlen eines erkennbaren Masterplans lassen allerdings Zweifel aufkommen, ob insoweit überhaupt ein gesetzliches Konzept existiert, *Bieder* geht von einer flexiblen Systematik aus (S. 80). In der Folge wendet er sich dem regulativen Gehalt zu und sieht in kompensatorischen Vertragsgestaltungen die Verwirklichung elementarer Gerechtigkeitsvorstellungen. Darauf hinaus seien Kompensationen häufig Ausdruck von Subsidiaritätsprinzip und Verhältnismäßigkeitsprinzip. Das mündet dann in die Erkenntnis, dass kompensatorische Gestaltung ein insgesamt formales, jedoch inhaltsarmes Rechtsprinzip sei (S. 101). Kritisch bleibt allerdings zu hinterfragen, woraus die plötzliche Aufwertung zu einem Rechtsprinzip folgt. Alle bisherigen Ausführungen lassen eher Zweifel am Prinzipiellen aufkommen. Das Auftauchen des generellen Phänomens in je wechselnder Erscheinung hier und da ohne erkennbares Konzept deutet eher darauf hin, dass es an einem Rechtsprinzip fehlt. Genährt werden die hier formulierten Zweifel auch dadurch, dass der Verfasser selber grundsätzliche Vorbehalte rechtspolitischer und rechtsgestalterischer Art diskutiert (S. 102 ff.). Gleichwohl wirbt er gerade mit Blick darauf, dass eine rechtssichere Gestaltung nicht immer gewährleistet sei für ein „trial and error“, um den Kompensationsgedanken voranzubringen und künftig rechtssichere Gestaltungen zu ermöglichen.

Auch wenn man der Vorstellung von einem Rechtsprinzip kritisch gegenübersteht, bedeutet dies weder, dass kompensatorische Vertragsgestaltungen grundsätzlich nicht anzuerkennen wären, noch, dass sich der Versuch nicht lohnen würde, allgemeine Grundsätze für die Anerkennung rechtmäßigkeitswahrender kompensatorischer Vertragsgestaltungen zu entwickeln.

#### D. Rahmenbedingungen

*Bieder* arbeitet überzeugend heraus, dass der verfassungsrechtliche Befund mit Blick auf kompensatorische Vertragsgestaltungen insoweit ambivalent ausfallen muss, als diese einerseits gleichsam Steigbügelhalter für die einseitige Interessen-durchsetzung desjenigen sind, der eine an sich unzulässige Vertragsgestaltung anstrebt, andererseits aber auch möglicherweise das Mittel gerade zur Gewährleis-

tung privatautonomen Handelns für die Vertragspartei, zu deren Lasten eine an sich unzulässige Gestaltung gewählt wird (S. 122 ff.). Insgesamt ist wohl zu konstatieren, dass kompensatorische Vertragsgestaltungen weder per se unbedenklich noch per se unzulässig sind. So macht *Bieder* sich dann daran, ein flexibles Wertungssystem für die Inhaltskontrolle jeder einzelnen Klausel zu entwickeln (S. 131 ff.).

Hinsichtlich des Zeitpunktes der Kompensationsgestaltung plädiert er dafür, dass die Kompensation zugleich mit der belastenden Vereinbarung zu verabreden sei. Wichtiger aber scheint die Frage der Rechtsgutsdisponibilität als Voraussetzung für kompensatorische Gestaltungen (S. 134 ff.). Aber auch hier bleibt es bei einem „ja, aber“. Denn zunächst gibt es kommerzialisierbare Rechtsgüter und selbst bei gesundheitsgefährdenden Vertragsgestaltungen lässt der Gesetzgeber selber teilweise kompensatorische Gestaltungen zu (vgl. § 7 Abs. 7 ArbZG). Andererseits gibt es auch Verbote kompensatorischer Vertragsgestaltungen, beispielsweise bei tarifpositiven Gesetzen oder mitbestimmungswidrigen Gestaltungen. Ebenfalls wird das Verbot des Vertrages zulasten Dritter angesprochen und in diesem Kontext die Problematik der Beeinflussung der Sozialauswahl zulasten anderer durch Kündigungsverbote diskutiert (S. 153 ff.), wenngleich es sich insoweit nicht um einen echten Vertrag zulasten Dritter handelt und auch zu hinterfragen ist, ob die Antwort auf diese umstrittene Frage wirklich systembildender Natur sein kann. Im Ganzen schließlich ist die Frage der Rechtsgutsdisponibilität mit Blick auf die Gestaltungsgrenzen wenig ertragreich – positiver formuliert: Die Rechtsgutsdisponibilität ist in der Regel kein Hindernis für kompensatorische Vertragsgestaltungen.

Vielversprechender unter dem Gesichtspunkt der Konturenshärfe ist insoweit ein Blick auf die Schutzzintensität arbeitsrechtlicher Gesetze (S. 157 ff.). Dabei stellt *Bieder* insbesondere auf die Frage des zwingenden oder des positiven Charakters eines Gesetzes ab. In diesem Kontext wird die Frage der Disponibilität der Grundsätze des innerbetrieblichen Schadensausgleichs in den Blick genommen. Er wendet sich gegen die Annahme der wohl herrschenden Meinung, dass es sich insoweit um zwingendes Recht handele, einerseits weil die Grundsätze ein immanentes Abwägungsgebot enthielten, andererseits wegen ihrer geringen Legitimation mit Rücksicht auf die Wesentlichkeitstheorie. Beide Argumente scheinen mir nicht wirklich zugkräftig. Ein immanentes Abwägungsgebot besagt nichts darüber, ob dies zwingender Natur sein muss oder der Privatautonomie nachrangig. Und auch die Legitimationsproblematik kann letztlich nicht darüber hinweghelfen, dass bisweilen gesetzesvertretendes Richterrecht zum Schutz einer schwächeren Vertragspartei notwendig ist. Über die Frage der Erforderlichkeit einer zwingenden Regelung besagt dies nichts. Entscheidend muss letztlich die geregelte Sachfrage sein.

Eine implizite Ermächtigung hält *Bieder* für möglich, wenn das Günstigkeitsprinzip im weiteren Sinne (§ 4 Abs. 3 TVG in Bezug auf die vertragliche Abweichung vom Tarifvertrag, aber auch das ungeschriebene Günstigkeitsprinzip in Bezug auf jedwede Abweichungen von gesetzlichen Regelungen) einen Sachgruppenvergleich oder gar einen Gesamtvergleich zulässt (S. 170 ff.). Wenn man dies so sieht, fehlt nur noch die Begründung, warum Sachgruppen- oder Gesamtvergleich zulässig sein soll. Letztlich kann er hier nicht mehr bieten als die Privatautonomie, die grundsätzlich selbstverständlich dafür streitet, dass die Parteien alles regeln können, was sie möchten. Er weist aber zutreffend selber darauf hin, dass hier eine Ambivalenz besteht, die bereits weiter oben angesprochen wurde, insoweit nämlich die Vertragsfreiheit der schwächeren Seite in Anwendung des Untermaßverbots gerade kompensatorischen Gestaltungen entgegenstehen kann (S. 197). Deutet dies nun eigentlich darauf hin, dass man allgemeingültige Aussagen nicht gewinnen kann, überrascht die Argumentation zunächst für kompensatorische Gestaltungen insgesamt: ein früher vielleicht engmaschigeres Verständnis sei einer fehlenden Inhaltskontrolle von abweichenden Vertragsgestaltungen geschuldet, seit Einführung der AGB-Kontrolle durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz dürfe mehr Kompensation gewagt werden (S. 216 ff.). Daraus wird abgeleitet, dass ein Gesamtvergleich, zumindest aber ein Sachgruppenvergleich gestattet sei. Die Festlegung für einen Gesamtvergleich erfolgt erst an viel späterer Stelle, indem der Verfasser ein Kopplungsgebot für kompensatorische Vertragsgestaltungen explizit verwirft (S. 330 ff.). Folgerichtig wird allerdings für die tarifvertragliche Abweichung von gesetzlichen Regelungen die Möglichkeit der Kompensation verneint, weil § 310 Abs. 4 Satz 1 BGB der Inhaltskontrolle des Tarifvertrages entgegensteht (S. 221).

Die Argumentation kann letztlich nicht überzeugen. Zumindest für das Tarifvertragsrecht ist dem entgegenzuhalten, dass tarifvertragliche zwingende Mindestnormen kein Gegenpol zur Vertragsfreiheit sind und mithin in diese nicht eingreifen, sondern nach dem von *Bieder* selbst zugrundegelegten Verständnis vielmehr Garantien der Privatautonomie sein sollen. Es gibt aber ein noch viel grundsätzlicheres Bedenken, das jedweder großzügigen Anerkennung kompensatorischer Vertragsgestaltung entgegensteht. Kompensatorische Vertragsgestaltungen sollen gerade auch die an sich unzulässigen Vereinbarungen zulässig machen. Was das Gesetz verbietet, wird dadurch erlaubt, freilich nur unter dem Vorbehalt richterlicher Inhaltskontrolle. Das Konzept läuft darauf hinaus, den Gerichten zu gestatten, den verbindlichen Gesetzesbefehl in Abwägungsvorgängen (§ 307 Abs. 1 BGB) zu relativieren. Soweit es um die Abweichung von zwingendem Recht geht, steht dem die Gesetzesbindung der Gerichte nach Art. 1 Abs. 3 GG entgegen. In allen anderen Fällen gerät dieses Konzept in Konflikt mit der Wesentlichkeitstheorie, weil die für

die Grundrechtsausübung wesentlichen Schranken der Privatautonomie gerade nicht vom Parlament, sondern von den Gerichten bestimmt werden.

## E. Maßstäbe einer Inhaltskontrolle

### I. Grundsätze der AGB-Kontrolle

In der Folge nimmt *Bieder* die Maßstäbe für die Inhaltskontrolle in den Blick. §§ 74 ff. HGB taugten insoweit als Vorbild allenfalls im Bereich nachvertraglicher Verschwiegenheitspflichten und des Kundenschutzes (S. 231 ff.), für Beschränkungen der Berufsfreiheit im laufenden Arbeitsverhältnis, beispielsweise durch Nebentätigkeitsverbote, seien diese Bestimmungen indes nicht geeignet (S. 246 ff.). Es bleiben für die Inhaltskontrolle damit die §§ 307 ff. BGB. Dabei fragt sich, wann die Inhaltskontrolle mangels Abweichung von gesetzlichen Vorschriften nach § 307 Abs. 3 BGB ausgeschlossen ist (S. 251 ff.). Bekanntlich bereitet diese Bestimmung im Arbeitsrecht oftmals Probleme, weil es entweder zu bestimmten Komplexen gar keine gesetzlichen Regelungen gibt oder weil Regelungen von Preisrelevanz an der Scheidelinie von Preisbestimmung und Preisnebenabrede nicht immer eindeutig qualifiziert werden können. *Bieder* schlägt vor, nach der Wettbewerbsrelevanz der jeweiligen Klausel zu differenzieren (S. 268 f.). Dieser Ansatz ist sicher weiter zu diskutieren. Man muss sich dabei aber im Klaren sein, dass dies doch eine gewisse Entfernung vom Gesetzeswortlaut mit sich bringt.

Was die Abwägung bei der Inhaltskontrolle angeht, haben sich ein paar generalisierte Grundsätze entwickelt, denen *Bieder* kritisch „auf den Zahn fühlt“. Das betrifft zunächst die Unbeachtlichkeit des Preisargumentes (S. 279 ff.). Danach lässt sich eine unangemessene Klausel nicht damit rechtfertigen, dass der Verwender dem Verwendungsgegner beim Preis entgegengekommen sei. Der Verfasser wendet sich insoweit aber von der herrschenden Meinung ab. Insbesondere überzeugt ihn nicht die Erwägung, das Preisargument erlaube einen Konditionenwettbewerb nach unten. Denn im Arbeitsrecht werde der Wettbewerb keineswegs ausschließlich über den Preis geführt (S. 295 ff.). Er erkennt allerdings an, dass regelmäßig die Bewertungsmaßstäbe fehlen werden. Dem will er durch erhöhte Transparenzanforderungen in Bezug auf den Ausweis des konkreten „Preises“ für die fragliche Klausel im Formularvertrag Rechnung tragen (S. 320 ff.). Das ist problematisch. Das Missbrauchspotenzial ist mit Händen zu greifen. Sicher ist nicht jedem Arbeitgeber zu unterstellen, dass er missbräuchlich handeln wird. Das Recht muss aber gerade für die Fälle, in denen der Pfad der Fairness verlassen wird, Leitplanken einziehen. Man braucht nicht viel Vorstellungskraft um abzusehen, dass eine Klausel nur in den Fällen nicht mit dem Preisargument gerettet würde, in denen für den „Preis“ für die Klausel wenig Spielraum bleibt, weil der Lohn bereits an der Grenze des Mindestlohns nach dem MiLoG liegt. Ansonsten lassen sich beliebige „Prei-

se“ für nachteilige Klauseln ausweisen. Der Wettbewerb wird dies nicht regeln, denn den Arbeitnehmer wird im Allgemeinen nur der Lohn „unter dem Strich“ interessieren.

Auch das Kopplungsgebot für kompensatorische Vertragsgestaltungen, wonach benachteiligte Klausel und Kompensationsklausel einen sachlichen Zusammenhang aufweisen müssen, lässt *Bieder* nicht gelten. Er sieht dies nirgends normativ verankert (S. 333 ff.) und zudem für Verbrauchererträge einen Verstoß gegen die Klauselrichtlinie, insoweit auch vertragsschlussbegleitende Umstände bei der Angemessensheitskontrolle zu berücksichtigen sind (S. 345 f.). Zudem hält er den Anforderungen an den Kopplungsbezug (ebenso übrigens wie der Sachgruppenbildung beim Günstigkeitsvergleich) entgegen, dass es keine konturscharfen Präzisierungen gebe.

Der Symmetriegedanke, wonach allgemeingültige Klauseln Arbeitgeber wie Arbeitnehmer gleich treffen müssen, etwa bei Kündigungsfristen, Ausschlusstagen oder Vertragsstrafen, wird schließlich ebenfalls verworfen (S. 387 ff.). Er habe grundsätzlich keinen rechtsdogmatischen Niederschlag in der Rechtsordnung gefunden und sei für die Gerechtigkeitsfrage kein verlässlicher Gradmesser. Anzumerken bleibt aber, dass noch zu untersuchen wäre, unter welchen Voraussetzungen Letzteres doch der Fall sein könnte.

## **II. Neuausrichtung am Verhältnismäßigkeitsprinzip**

Sind damit die Grundmauern der Inhaltskontrolle eingerissen, fragt es sich, woraus das neue Gebäude Stabilität beziehen soll. Die Antwort liegt im Verhältnismäßigkeitsprinzip (S. 404 ff.). Dieses sei im Privatrecht bei Eingriffen in fremde absolut geschützte Rechtssphären und bei der Ausübung fremdnütziger Sachwalterbefugnisse anzuwenden. Beide Fallgruppen trafen im Fall der AGB-Kontrolle zusammen (S. 419 ff.).

Ausgerichtet am Verhältnismäßigkeitsprinzip werden verschiedene Fallgruppen in den Blick genommen. Überraschend erscheint zunächst, dass die Problematik, ob die Verschaffung des Status als „leitender Angestellter“ als Kompensationsgestaltung in Betracht kommt, unter dem Gesichtspunkt des Verhältnismäßigkeitsprinzips diskutiert wird (S. 429 ff.). Allerdings erfährt man hier schnell, wo die Reise hingeht: der Arbeitgeber könnte zahlreiche belastende Vertragsgestaltungen einführen, wenn die (mit dem Status als leitender Angestellter verbundene) erhöhte Vergütung einen Ausgleich darstelle. Dies erfordere allerdings, dass die „Preise“ transparent ausgewiesen würden. Weder der Status an sich noch die damit einhergehende höhere Vergütung könnten als solche für eine kompensatorische Vertragsgestaltung genügen. Konkret bestimmte Vergütungsbestandteile müssten transparent als Ausgleich für konkrete Gestaltungsnachteile ausgewiesen werden. Letztlich geht es

hier um eine richterliche Äquivalenzkontrolle, die an späterer Stelle (S. 465 ff.) konkretisiert wird.

Zunächst aber noch wird die Frage der Kompensation im Kollektivbezug in den Blick genommen (S. 445 ff.). *Bieder* reiht sich in die Gruppe der Kritiker der Theorie von der umfassenden Regelungskompetenz der Betriebsparteien ein. Er verwirft diese vor allem mit der Überlegung, dass der Betriebsrat nicht hinreichend legitimiert sei und es an einer entsprechenden gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage fehle. In dem so verbleibenden eingeschränkten Rahmen der Betriebsautonomie sieht er keinen Anwendungsbereich für Kompensationsgeschäfte.

Das Korrektiv für die nahezu unbegrenzte Anerkennung kompensierender Vertragsabreden liegt in einer von dogmatischem Ballast befreiten Inhaltskontrolle. Sie wird begleitet vom Verhältnismäßigkeitsprinzip in Gestalt einer Angemessenheitsbewertung von Geben und Nehmen (S. 465 ff.). Dazu werden ein paar Gesichtspunkte benannt, die im Rahmen der Güter- und Interessenabwägung zu berücksichtigen sein sollen: Suche nach einem absoluten Mindestschutz (sic!, unterhalb zwingender Mindestschutznormen!), Nähe der vertraglichen Klausel zur Hauptleistungspflicht, Nähe zu höchstpersönlichen Rechtsgütern, Berücksichtigung des Nettonutzens für den Arbeitnehmer nach Steuern, eventuelle Wahlmöglichkeiten, Mechanismen zur Risikobegrenzung.

## F. Welche Lehren sind daraus zu ziehen?

*Bieder* entwirft ein durchkomponiertes Mosaik zur Frage kompensatorischer Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht. Ein Mosaik nimmt Gestalt aber erst aus einer gewissen Entfernung an. Tritt der Betrachter einen Schritt zurück, bleiben zwei bereits aufgeworfene kritische Anmerkungen und ein uneingelöster Wechsel. So ist der Schritt zur Annahme eines Rechtsprinzips letztlich nicht begründet. Er hängt ein wenig in der Luft und die Rechtswissenschaft bleibt am Ende mit dem – rechtspolitisch sicher diskussionswürdigen – Aufruf zurück, mehr Kompensation zu wagen. Dass diesen Schritt aber die Jurisprudenz gehen darf, dies ist die zweite kritische Anmerkung, bestreite ich im Hinblick auf Wesentlichkeitstheorie und Gesetzesbindung der Gerichte. Der uneingelöste Wechsel schließlich zeigt sich in dem Ergebnis, dass das Heil in einer Güter- und Interessenabwägung im Einzelfall gesucht wird, ohne dass letztlich klare Konturen hervorgebracht werden, wie die Abwägung in bestimmten Fallgruppen ausfallen könnte.