

verhindern konnte. Längst ist es allgemein gesichertes Wissen, dass Tantiemen, Anwesenheits- und Treueprämien, Erfolgsbeteiligungen, Urlaubsgeld, Zuschüsse des Arbeitgebers zur Kranken- und Rentenversicherung, zur Altersteilzeit oder zur Vermögensbildung in Arbeitnehmerhand freiwillige Arbeitgeberleistungen darstellen. Da bedeutete es nur noch einen kleinen Schritt, die Freiwilligkeit jeglicher Entgeltzahlung zu erkennen.

Ablösung des Anspruchdenkens durch die Freiwilligkeitsmaxime

Erst diese allmähliche Erkenntnis der vollständigen Freiwilligkeit jeder Leistung im Arbeitsverhältnis⁵ hat dessen post-kontraktuelle Grundlage klar hervortreten lassen. Prä-kontraktuelle Varianten dieses Gedankens, die in der Lehre vom Arbeitsverhältnis als „Fürsorge- und Treueverhältnis“ ihren Ausdruck gefunden hatten, waren wegen des ihnen anhaftenden Verdachts einer ungleichen Lastenverteilung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer auf Dauer nicht haltbar. Umso wichtiger ist es heute, die richtigen rechtsdogmatischen Folgerungen aus der von keiner Seite mehr bestrittenen, ökonomisch erwiesenen Tatsache zu ziehen, dass das Arbeitsverhältnis auf einem wechselseitigen Vertrauensverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer gründet. Dieses Vertrauensverhältnis ist die belastbare Grundlage für den intelligenten Austausch wechselseitig freiwilliger Leistungen – und damit offenbart sich die volle Weisheit der These, dass gesellschaftliche Solidarität nicht auf

falsch verstandener Menschenliebe, sondern auf Leistung basiert. Die Leistungsträger sind die Lastenträger einer Gesellschaft, das wissen endlich auch Sozialdemokraten zu würdigen. Denn: Wo nichts erwirtschaftet wird, ist nichts umzuverteilen. Also lautet die Forderung der solidarischen Gesellschaft: Stärken stärken, Schwache aktivieren. Der Zurückgebliebenen wird später gedacht. Solidarität hilft siegen, lautet die zeitgemäße Parole. Allerdings nur dann, wenn sie auf Leistung beruht.

Aber wie sagt der Volksmund so richtig: Undankbarkeit ist der Welten Lohn. Auch und gerade der freiwillige Charakter von Leistungen lädt zum Missbrauch ein, zu den sattsam bekannten, beklagenswerten Mitnahmeeffekten. Getreu der Devise aus Brecht's Kaukasischem Kreidekreis: Wer nimmt, dem wird gegeben⁶, droht die Gefahr der Verwässerung des arbeitsrechtlichen Vertrauensprinzips durch grassierende Trittbrettfahrerei. Das begründet die Aktualität des Mottos, das den Titel dieser Abhandlung bietet – Freiwillige Leistung muss sich wieder lohnen. Sonst ist es um unsere Solidarkultur schlecht bestellt.

⁵ Im US-amerikanischen Arbeitsrecht führt diese Erkenntnis zur Weiterentwicklung des Prinzips des „employment at will“ hin zum „payment at will“.

⁶ Vgl. nur die zukunftsweisende Abfindungsregelung für Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder beim zunächst unfriendly, später leverage take over der Mannesmann AG durch Vodafone.

Das Arbeitsplatzgeld – eine arbeitsrechtliche Kontroverse im Jahre 2030

von Wolfgang Wede, Schwachhausen*

1. Einleitung

Knappe Güter haben ihren Preis. Nachdem seit Anfang der zwanziger Jahre Stahl, Präzisionsinstrumente und Flugzeuge fast nur noch in China und Indien hergestellt werden, ist die Nachfrage nach Arbeitsplätzen in Deutschland deutlich gestiegen. Dies hat in der Praxis des Wirtschaftslebens zur Ausbildung des sog. Arbeitsplatzgeldes geführt, das die Arbeitsplatzanbieter für den Abschluss eines Arbeitsvertrages erhalten. Dieses beträgt im Regelfall zwischen drei und vier Monatsgehältern und muss bei Antritt der Arbeit auf dem Konto des Arbeitgebers eingegangen sein. In den 1990 hinzugekommenen Territorien, früher „neue Bundesländer“ genannt, soll es bis zu acht Monatsgehältern betragen. Banken sind zur Vorfinanzierung bereit, soweit sich ein Arbeitsplatzbesitzer als Bürge findet oder eine hypothekarische Sicherung mit Hilfe eines (meist ererbten) bebauten Grundstücks möglich ist. Die Frage der grundsätzlichen Zulässigkeit und der Grenzen im Einzelnen hat die deutsche Rechtswissenschaft der letzten Jahre in erheblichem Umfang beschäftigt. Im Folgenden soll ein Überblick über den Diskussionsstand und die Validität der Argumente gegeben werden.

2. Grundsätzliche Unzulässigkeit?

Dem Vernehmen nach hat die Hans-Böckler-Stiftung bei einem Professor der Universität Frankfurt/Main ein Gutachten in Auftrag gegeben, das zu dem Ergebnis kam, die Vereinbarung eines „Arbeitsplatzgeldes“ sei sittenwidrig. Auch bestehe ein strukturelles Un-

gleichgewicht zwischen den Arbeitsvertragsparteien, das in diesen Fällen zu einer „ungewöhnlich belastenden“ Regelung für den Arbeitnehmer führe. Diese im Anschluss an die frühe Rspr. des BVerfG¹ entwickelte Auffassung liegt allerdings nicht in veröffentlichter Form vor. Weshalb keine Veröffentlichung erfolgte, ist nicht eindeutig in Erfahrung zu bringen. Das Dictum des greisen Konstanzer Hochschullehrers Schlüters, die Böckler-Stiftung fördere regelmäßig „Schattenwissenschaft, die das Tageslicht scheue“², dürfte nicht ursächlich gewesen sein. Aus gewöhnlich gut unterrichteter Quelle verlautet, im Vordergrund habe die Befürchtung gestanden, das Verhältnis zur Bundesregierung zu belasten. Diese prüft derzeit, inwieweit das Arbeitsplatzgeld durch staatliche Zuschüsse von bis zu drei Monatsgehältern gefördert werden könne. Die These, die Vertragspraxis sei insgesamt unzulässig, wäre hier ganz und gar nicht hilfreich gewesen. Auch soll der Autor im Ruf stehen, früher die These von der Zulässigkeit eines „Streiks gegen Sozialabbau“ vertreten zu haben, ohne dabei die wachstumsfördernden Effekte der Deregulierung zu bedenken.

Der Rückgriff auf die frühe Judikatur des BVerfG erscheint in der Tat nicht weiterführend. Das Arbeitsplatzgeld nimmt die alte Praxis des „Lehrgeldes“ wieder auf, das man für einen Ausbildungsplatz zu

* Verfasser veröffentlicht üblicherweise unter dem Pseudonym Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Bremen, aber auch Dußlingen, Schwaben.

¹ BVerfGE 89, 214, 232.

² Frankfurter Allgemeine Zeitung, 12. 12. 2029, S. 3.

bezahlen hatte. Das in Zeiten exzessiver staatlicher Regulierung geltende Verbot nach § 12 Abs. 2 Nr. 1 BBiG³ ist bereits durch das Gesetz zur Herstellung der Freiheit im Arbeitsrecht v. 3. 4. 2012⁴ (umgangssprachlich als „Westerwelle I“ bezeichnet) aufgehoben worden. Der Gesetzgeber hat damit zu erkennen gegeben, dass er jedenfalls keine prinzipiellen Bedenken gegen derartige Abmachungen mehr hegt. Dieser Wille würde konterkariert, wollte man nunmehr unter Rückgriff auf ältere Entscheidungen des *BVerfG* eine prinzipielle Unzulässigkeit konstruieren. Auch erscheint die Vorstellung einer strukturellen Unterlegenheit des Arbeitnehmers nicht mehr zeitgemäß. Die Notwendigkeit, in Forschungslabors häufig auf indische Informatiker und chinesische Finanzfachleute zurückzugreifen, macht hinreichend deutlich, in welcher Unterlegenheit sich gerade umgekehrt die Arbeitgeberseite befindet. Auch kann von „ungewöhnlicher Belastung“ des einzelnen Arbeitnehmers nur insoweit die Rede sein, als die marktüblichen Bedingungen deutlich zu seinen Lasten unterschritten werden. Angesichts der verbreiteten Praxis⁵ könnte dies nur in Erwägung gezogen werden, wenn etwa ein Jahresgehalt überschritten wäre, doch sind solche Fälle bisher nicht in relevantem Umfang bekannt geworden. Der Worte eines bekannten Hochschullehrers, über die These des Boeckler-Gutachters würden „nicht einmal mehr die Hühner in Bad Kaff lachen“⁶, trifft daher im Kern zu, wenngleich es der praktizierten Überdeutlichkeit nicht bedurft hätte. Auch die Empfehlung, jedes Arbeitsgericht abzulehnen, das im Begriff sei, eine in diese Richtung gehende Entscheidung zu treffen, erscheint unter den gegebenen Umständen eher als vermeidbares Übermaß.

3. Bindungsfristen

Das Arbeitsplatzgeld kann nicht zurückverlangt werden, wenn das Arbeitsverhältnis vom Arbeitgeber gekündigt wird. Auch wer sechs Monatsgehälter bezahlt hat, aber bereits nach zwei Monaten gekündigt wird, hat eben eine ungünstige Transaktion gemacht, wie sie auch sonst im Wirtschaftsverkehr anzutreffen ist. Der Arbeitnehmer befindet sich insoweit in keiner anderen Situation als ein Gastwirt, der einen Mietvertrag über sechs Monate abschließt, dann jedoch so gut wie keine Gäste findet. Das Leben in der freiheitlichen Gesellschaft ist nun mal mit Risiken verbunden. Dem Einzelnen bleibt der Rückgriff auf die Leistungen nach dem Gesetz zur Herstellung der Freiheit im Sozialrecht v. 3. 4. 2012⁷ (umgangssprachlich als „Westerwelle II“ bezeichnet). Danach hat ein Arbeitsloser ohne eigenes Vermögen einen Betrag von 100 € pro Monat zu beanspruchen. Wie ein bayerischer Abgeordneter bei der Verabschiedung des Gesetzes im Bundestag erklärte, reiche dieser Betrag, um gemeinsam mit der Familie einmal im Monat richtig essen gehen zu können, alles Weitere finde sich dann von selbst. So gäbe es genügend freie Stellen für Almhirten, die den chinesischen Touristen das Tragen von Lederhosen und am Abend einen Schuhplattler vorführen könnten.

In einzelnen Fällen gelingt es nun gesuchten Fachkräften, das Arbeitsplatzgeld mit der Bedingung zu verknüpfen, es müsse zurückgezahlt werden, wenn das Arbeitsverhältnis durch Kündigung des Arbeitgebers vor Ablauf von sechs, zwölf oder 18 Monaten beendet werde. Auch Fristen von drei Jahren sind schon bekannt geworden. Dies wirft die Frage auf, ob dies nicht gegen den Schutzzweck des Arbeitsrechts zugunsten des Arbeitgebers verstößt.

In früheren Jahrzehnten haben selbst renommierte Juristen den Standpunkt vertreten, das Arbeitsrecht sei Arbeitnehmerschutzrecht. Seit der Entscheidung des *Ersten Senats des BVerfG* v. 17. 3. 2024⁸ ist diese einseitige Auffassung jedoch überwunden: Auch der Arbeitgeber verdient Schutz, wären doch ohne sein sozial nützliches Tun überhaupt keine Arbeitsplätze mehr verfügbar.

In der Tat war diese Klarstellung überfällig. Schon vor bald hundert Jahren hatte es zahlreiche Arbeitsrechtsnormen gegeben, die berechnete Arbeitgeberinteressen schützten und die deshalb auch nie Deregulierungsversuchen ausgesetzt waren. So vertrat etwa das *BAG* in st. Rspr.⁹ die Auffassung, der „wilde“, nicht von den Gewerkschaften getragene Streik sei rechtswidrig und verpflichtete zum Schadensersatz, was wirksam vor widerständigen oder gar marodierenden Belegschaften schützte. Verbale Attacken waren gleichfalls verboten; selbst Angriffe auf den „Stand“ des Arbeitgebers (im konkreten Fall: die Banken), die in der Freizeit unternommen wurden, konnten eine Kündigung zur Folge haben¹⁰. Das Direktionsrecht war schon zu *Nipperdeys* Zeiten anerkannt. Schließlich erfreute sich die unternehmerische Freiheit allgemeiner Wertschätzung und gerade im Arbeitsrecht eines gut ausdifferenzierten Schutzes. Sie versetzte etwa den Arbeitgeber in die Lage, die Zahl der mit bestimmten Aufgaben Betrauten autonom festzusetzen und so einen Kündigungsgrund gegenüber den überflüssig Gewordenen zu schaffen. Die gerichtliche Kontrolle blieb zwar formal aufrecht erhalten, beschränkte sich aber auf offenkundige Missbräuche, deren Vorliegen der Arbeitnehmer zu beweisen hatte. Nicht ganz zu Unrecht wurde verschiedentlich darauf hingewiesen, in anderen Rechtsgebieten würde eine vergleichbare Herangehensweise zumindest zu Irritationen führen. Würde man etwa die Vorschriften über das Mindestkapital nur daraufhin kontrollieren, ob die Grenze des Erträgliches „offenkundig“ überschritten wäre, könnte man mit wenig Verständnis rechnen. Dasselbe gilt, wollte man umweltbelastende Immissionen nur insoweit für unzulässig erklären, als bestimmte Grenzwerte „willkürlich“ nicht eingehalten sind. Alle diese Grundsätze zu der Formel zusammen zu fassen, die Finalität des Arbeitsrechts sei gleichermaßen der Arbeitgeberschutz, scheint heute kaum mehr begründungsbedürftig zu sein.

Für die Bindungsfristen des Arbeitgebers folgt daraus, dass sie jedenfalls der zeitlichen Begrenzung bedürfen. Eine Bindung für einen Zeitraum, der den vom Arbeitnehmer bezahlten Monatsbeträgen entspricht, erscheint noch hinnehmbar: Der Arbeitnehmer vermeidet damit definitive Verluste, da er bei Ausscheiden das Arbeitsplatzgeld bereits abgearbeitet hat. Ein solcher Verlustausgleich findet sich auch in anderen Sektoren des Erwerbslebens, etwa in § 302 AktG bei einem Unternehmensvertrag mit einer abhängigen AG. Darüber hinauszugehen und eine längere Frist zuzulassen, würde auf eine Art Gewinnngarantie zu Lasten des Arbeitgebers hinauslaufen, was nicht hinnehmbar ist. Sie würde der Sonderstellung nicht gerecht, die der unternehmerischen Freiheit seit jeher im Arbeitsrecht zukommt. Diese hier präferierte Lösung trägt überdies dem Gedanken der flexicity Rechnung: Beide Seiten haben für eine Reihe von Monaten Sicherheit, anschließend dominiert die flexible Anpassung an den Markt.

3 Gesetz v. 23. 3. 2005, BGBl. I 931. Die Vorschrift lautete wörtlich: „Nichtig ist eine Vereinbarung über die Verpflichtung Auszubildender, für die Berufsausbildung eine Entschädigung zu zahlen, ...“; vgl. aber schon *Salje*, „Eintrittsgeld“ für Ausbildungsplatzbewerber? Zur Zulässigkeit von „Eignungstestgebühren“, AuR 1989, 37 ff.

4 BGBl. I 785.

5 Oben 1.

6 *Rüpel-Klein*, RdA 2030, 45 ff.

7 BGBl. I 790.

8 BVerfGE 160, 47 ff.

9 Seit *BAG AP Nr. 32* zu Art. 9 GG Arbeitskampff.

10 *BAG AP Nr. 2* zu § 134 BGB.

4. AGB-Kontrolle

Von einigen zivilrechtlich geprägten Hochschullehrern wird der Standpunkt vertreten, das Arbeitsplatzgeld müsse einer Kontrolle nach § 307 BGB standhalten, es dürfe also den Arbeitnehmer nicht „entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen“. Der Einwand, sie hätten die „Grammatik“ des Arbeitsrechts missverstanden, ist zwar nicht von der Hand zu weisen, soll hier aber nicht weiterverfolgt werden. Fest steht jedenfalls, dass marktübliches Verhalten niemals gegen Treu und Glauben verstoßen kann. § 307 Abs.1 BGB will „Ausreißer“ zurückpfeifen, nicht aber die Normalität korrigieren.

Was die Vereinbarung des Arbeitsplatzgeldes als solche betrifft, so wird damit ein Austauschvertrag geschlossen. Die Leistung der einen Seite besteht darin, den „räumlich-gegenständlichen Bereich“ des Arbeitsplatzes vorübergehend zur Verfügung zu stellen¹¹ – insofern ist sie mit den Verpflichtungen eines Vermieters vergleichbar. Bedenken erweckt allerdings die Begrifflichkeit, da der „räumlich-gegenständliche Bereich“ seinen Ursprung im Familienrecht hat¹², das immer noch durch starre lebenslange Rechtsbeziehungen charakterisiert ist, wo die flexicurität allenfalls in der Illegalität existiert¹³. Auch werden virtuelle Arbeitsplätze nicht erfasst. Sinnvoller ist es deshalb, von „Betätigungsrahmen“ zu sprechen, der dem Arbeit Suchenden eröffnet wird. Dem steht das Arbeitsplatzgeld als seine Gegenleistung gegenüber. Die Angemessenheit des Verhältnisses von Leistung und Gegenleistung unterliegt nach § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB nicht der AGB-Kontrolle. In der Tat soll hier ausschließlich der Markt herrschen, dessen Resultate nicht von ökonomisch wenig vorgebildeten Richtern korrigiert werden dürfen. Bei Nebenkonditionen wie etwa den Bindungsfristen kommt demgegenüber § 307 Abs.1 BGB durchaus zur Anwendung.

Bei der Handhabung des § 307 Abs.1 BGB ist die aus Grundrechten folgende Schutzpflicht zu beachten. Diese tritt dann auf den Plan, wenn das Grundrecht einer Seite durch das Verhalten der anderen Seite in unzumutbarer Weise beschränkt, wenn seine Entfaltung weitgehend verhindert wird. So kann etwa das Grundrecht der Meinungsfreiheit nach Art. 5 Abs.1 GG keineswegs vom Arbeitnehmer dem Arbeitgeber entgegengehalten werden. Insofern kann sich ein Arbeitnehmer durchaus verpflichten, bestimmte Meinungen nicht zu äußern oder sich positiv über die Produkte und das soziale Engagement des Arbeitgebers zu äußern. Erst wenn vertragliche Bindungen unerträglich werden, ist eine Korrektur geboten. Würde etwa der Arbeitgeber seiner Erwartung Ausdruck verleihen, dass man sich im Betrieb mit „Heil Hitler!“ begrüßt, wäre ein solcher Fall gegeben. Einem kirchlichen Krankenhaus wäre es dagegen sicherlich unbenommen, seinen Beschäftigten die Grußform „Lobet den Herren“ vorzuschreiben, was die Zugehörigkeit zur Dienstgemeinschaft unterstreichen und das Zusammengehörigkeitsgefühl – säkular: Corporate Identity – stärken würde. Die Vorstellung *Sinzheimers*, *Abendroths* und *Gamillschegs*, Grundrechte würden nicht nur vor

dem Staat, sondern auch vor sozialen Gewalten schützen und müssten deshalb zugunsten des Arbeitnehmers unmittelbare Anwendung finden, war schon in der Blütezeit des Erfurter Kommentars überwunden¹⁴.

Überträgt man die Schutzpflichtlehre auf den hier interessierenden Zusammenhang, so bestätigt sich das oben entwickelte Ergebnis: Der staatliche Interventionspunkt zugunsten der unternehmerischen Freiheit aus Art. 12 Abs.1 GG ist erreicht, sobald der Zeitraum überschritten ist, der der Bemessung des Arbeitsplatzgeldes zugrunde liegt. Alles was darüber liegt, ist vom Übel.

5. Arbeitnehmerfreizügigkeit

Eine Stimme aus Frankreich hat vor kurzem das Arbeitsplatzgeld mit dem Argument kritisiert, es errichte Barrieren gegen den Zugang anderer EU-Staatsangehöriger zu deutschen Arbeitsplätzen. Einem Bürger Litauens sei es im Regelfall nicht möglich, sechs oder acht deutsche Monatsgehälter für einen Arbeitsplatz zu bezahlen. Dies mache aus dem deutschen Arbeitsmarkt eine Art „Nationalpark“, zu dem nur bestimmte Menschen Zutritt hätten. Dieser eher soziologischen als juristischen Auffassung ist entgegenzuhalten, dass bisher niemand Anstoß daran genommen hat, dass Bürger Litauens regelmäßig Aufwendungen zur Bezahlung der Fahrt nach Deutschland und zur Beschaffung eines Quartiers in Kauf nehmen. Das Argument, das Arbeitsplatzgeld schrecke in rechtswidriger Weise bestimmte wirtschaftlich weniger gut gestellte Arbeitskräfte ab, verkennt die natürlichen Abläufe des Marktes und predigt stattdessen steinzeitliche Gleichheitsideologie. Das Arbeitsplatzgeld kann nicht anders als traditionelle persönliche Unkosten behandelt werden.

6. Zusammenfassung

Das Arbeitsplatzgeld entspricht gefestigter Praxis. Ihm stehen keinerlei rechtliche Bedenken entgegen. Ein Kündigungsverzicht des Arbeitgebers muss im Interesse der unternehmerischen Freiheit bestimmte zeitliche Höchstgrenzen beachten. Der vom Arbeitsrecht gewollte Arbeitgeberschutz findet auf diese Weise eine angemessene Realisierung.

11 In diese Richtung schon *Adomeit*, Das Arbeitsverhältnis – alternativ, NJW 1984, 1337.

12 BGHZ 6, 360.

13 Zur Deregulierung des Eherechts s. *risor silvaticus* AuR 1998, 17. Die Initiative der Fraktion DIE GRÜNEN in der 18. Legislaturperiode, in den §§ 1297 ff. BGB die obsolet gewordenen Bestimmungen über das Verlöbnis durch solche über „Lebensabschnittsgefährten“ zu ersetzen, erledigte sich mit der Auflösung des Bundestags.

14 *ErfK-Dieterich*, 7. Aufl., München 2007, Einl. zum GG, Rn. 38 ff. Bemerkenswert dabei ist, dass einem verbreiteten on-dit zur Folge zwei der vier damaligen Herausgeber im Ruf standen, sozialdemokratisch angehaucht zu sein.