

MARCUS SOINÉ

**Die arbeitsvertragliche Klauselkontrolle nach der
Schuldrechtsreform unter besonderer Betrachtung der
im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten**

Juristische Reihe **TENEA** / www.jurawelt.com Bd. 104



104



TENEA

Das In-Kraft-Treten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes am 01.01.2002 brachte nicht lediglich Neuerungen im Bereich des allgemeinen und besonderen Schuldrechts mit sich.

Heimlich still und leise erlebte auch die AGB-Kontrolle von Arbeitsverträgen eine Renaissance, die erst gegen Ende des Gesetzgebungsverfahrens ihre gesetzliche Grundlage in § 310 Abs. 4 BGB fand. War es bis zur Eingliederung des AGB-Gesetzes in das BGB nicht möglich, Arbeitsverträge anhand des AGB-Rechts zu prüfen, so ist dies nunmehr möglich. Allerdings sind hierbei »die im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten angemessen zu berücksichtigen«.

Die ersten Konkretisierungen dieser Formulierung, sowie die prognostizierten Veränderungen in der Rechtsprechung gehen noch weit auseinander, so dass sich ihre praktische Reichweite wohl erst in den nächsten Jahren vollends offenbaren wird.

Die vorliegende Arbeit unternimmt den Versuch, eine erste umfassende Prüfungssystematik aufzuzeigen und ein konkretes Prüfungsprogramm zu entwickeln. Hierbei versucht der Autor insbesondere, »die im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten« zu schematisieren, wobei er zu dem Ergebnis gelangt, dass zwischen allgemeinen und speziellen Besonderheiten zu unterscheiden ist, die jeweils innerhalb einer einstufigen Prüfung zu berücksichtigen sind.

Im letzten Teil der Arbeit werden die spezifisch arbeitsrechtlichen Institute der arbeitsrechtsvertraglichen Einheitsregelung, Gesamtzusage und betrieblichen Übung einer Analyse dahingehend unterzogen, ob und gegebenenfalls in welcher Form sie sich in der System der AGB-Kontrolle einfügen lassen.



Marcus Soiné wurde 1972 in Bad Kreuznach/Rheinland-Pfalz geboren. Nach der Ausbildung zum Diplom-Rechtspfleger (FH) studierte er Rechtswissenschaften in Mainz, wo er auch seine beiden juristischen Staatsprüfungen absolvierte und im Anschluss daran promovierte. Neben der Promotion war er als Rechtspfleger am Arbeitsgericht tätig und ist Mitbegründer des Repetitoriums »Jetzt Erst Recht«.

TENEA

TENEA

Juristische Reihe **TENEA** / www.jurawelt.com Bd. 104



Tenea (ἡ Τενέα), Dorf im Gebiet von Korinth an einem der Wege in die → Argolis, etwas s. des h. Chiliomodi. Sehr geringe Reste. Kult des Apollon Teneates. T. galt im Alt. sprichwörtl. als glücklich, wohl wegen der Kleinheit [...]

Aus: K. Ziegler, W. Sontheimer u. H. Gärtner (eds.): *Der Kleine Pauly*. Lexikon der Antike. Bd. 5, Sp. 585. München (Deutscher Taschenbuch Verlag), 1979.

MARCUS SOINÉ

Die arbeitsvertragliche Klauselkontrolle nach der
Schuldrechtsreform unter besonderer Betrachtung der
im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten

TENEA



Marcus Soiné

Die arbeitsvertragliche Klauselkontrolle nach der Schuldrechtsreform
unter besonderer Betrachtung der im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten

(Juristische Reihe TENE A/www.jurawelt.com; Bd. 104)

Zugleich Universität Mainz
Dissertation 2005

Gedruckt auf holzfreiem, säurefreiem,
alterungsbeständigem Papier

© TENE A Verlag für Medien
Berlin 2005

Alle Rechte vorbehalten. All rights reserved.

Digitaldruck und Bindung:
DDZ GmbH · 12103 Berlin

Umschlaggestaltung: nach Roland Angst, München

TENE A-Graphik: Walter Raabe, Berlin
Printed in Germany 2005

ISBN 3-86504-147-7

Die vorliegende Arbeit wurde von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Johannes Gutenberg Universität zu Mainz im Wintersemester 2004/2005 als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur sind bis einschließlich Mai 2005 berücksichtigt.

Mein Dank gebührt meiner Doktormutter, Frau Prof. Dr. Dagmar Kaiser, Mainz, für ihre Unterstützung im Rahmen der Umsetzung des Dissertationsthemas. Zu danken habe ich auch Herrn Prof. Dr. Curt Wolfgang Hergenröder für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Ganz besonders bedanke ich mich bei meinen Eltern, auf die ich mich im Rahmen der Ausbildung und des Studiums stets verlassen konnte, sowie bei Frau Katja Schröder, deren Unterstützung und Motivation mir insbesondere zum Ende der Promotion das notwendige Durchhaltevermögen gegeben hat. Ihnen widme ich diese Arbeit.

Mainz, im Juni 2005

Marcus Soiné

Inhaltsübersicht

KAPITEL 1	: SITUATION VOR IN-KRAFT-TRETEN DER SCHULDRECHTSREFORM.....	1
A.	GESETZESLAGE BIS ZUM 31.12.2001	1
B.	SELBSTVERSTÄNDNIS DES BUNDESARBEITSGERICHTS IM HINBLICK AUF DEN UMGANG MIT DEM AGB-GESETZ UND DER KONTROLLE VON ARBEITSVERTRÄGEN	10
C.	KRITIK AN DER RECHTSPRECHUNG DES BAG	19
KAPITEL 2	GRUNDLAGEN UND ZIELRICHTUNG DER SCHULDRECHTSREFORM.....	34
A.	EUROPARECHTLICHE VORGABEN.....	34
B.	INTENTION DES NATIONALEN REFORMGESETZGEBERS.....	35
KAPITEL 3	: AUSWIRKUNGEN DER SCHULDRECHTSREFORM AUF DIE PRÜFUNGSYSTEMATIK UND PRÜFUNGSSTRUKTUR ARBEITSRECHTLICHER VERTRÄGE.	48
A.	SYSTEMATIK DER ZIVILRECHTLICHEN KONTROLLGEGENSTÄNDE UND KONTROLLBEFUGNIS	48
B.	STRUKTURELLE AUSWIRKUNGEN DER SCHULDRECHTSREFORM FÜR DIE ARBEITSVERTRAGLICHE KLAUSELKONTROLLE	58
C.	ZEITLICHER ANWENDUNGSBEREICH	117
D.	ZUSAMMENFASSUNG DES DRITTEN KAPITELS IN THESEN	127
KAPITEL 4	: DAS MODIFIZIERTE PRÜFUNGSPROGRAMM DER ARBEITSVERTRAGSKONTROLLE NACH DER SCHULDRECHTSREFORM	129
A.	EINLEITUNG	129
B.	SYSTEMATISCHE BETRACHTUNG	130
C.	MATERIELL-INHALTLICHEN PRÜFUNGSDICHTE.....	132
D.	EIGENER LÖSUNGSANSATZ.....	158
E.	BESONDERHEITEN AUF DER RECHTSFOLGENEBENE UND IM PROZESSUALEN BEREICH.....	200
F.	ZUSAMMENFASSUNG DES VIERTEN KAPITELS IN THESEN	207
KAPITEL 5	: DIE AGB-KONTROLLE VON EINHEITSARBEITSVERTRÄGEN, VERTRAGLICHER EINHEITSREGELUNG, GESAMTZUSAGE UND BETRIEBLICHER ÜBUNG	209
A.	UNTERSUCHUNGSGANG	209
B.	SUBSUMTION UNTER DEN KLAUSELBEGRIFF DES § 306 ABS. 1, SATZ 1 BGB?.....	209
C.	EINHEITSARBEITSVERTRAG	210
D.	ARBEITSVERTRAGLICHE EINHEITSREGELUNG.....	211
E.	GESAMTZUSAGE	215
F.	BETRIEBLICHE ÜBUNG.....	218
G.	ZUSAMMENFASSUNG DER ERGEBNISSE DES FÜNFTEN KAPITELS IN THESEN	226

Inhaltsverzeichnis

KAPITEL 1	: SITUATION VOR IN-KRAFT-TRETEN DER SCHULDRECHTSREFORM.....	1
A.	GESETZESLAGE BIS ZUM 31.12.2001.....	1
A.I.	<i>Historischer Aufriss</i>	1
A.II.	<i>Grundkonzeption und Schutzzweckbestimmung des Gesetzes</i>	1
A.III.	<i>Geltungsbereich im Hinblick auf das Arbeitsrecht</i>	2
A.III.1	Positive Bestimmung des Geltungsbereichs durch § 23 Abs. 1 AGB-Gesetz.....	4
A.III.2	Negative Bestimmung des Geltungsbereichs durch § 23 Abs. 1 AGB-Gesetz.....	6
A.III.3	Bedeutung des neuen § 24a AGB-Gesetz.....	7
A.III.4	Arbeitsvertrag als Verbrauchervertrag im Sinne des Europarechts?.....	8
A.III.5	Ergebnis.....	10
B.	SELBSTVERSTÄNDNIS DES BUNDESARBEITSGERICHTS IM HINBLICK AUF DEN UMGANG MIT DEM AGB-GESETZ UND DER KONTROLLE VON ARBEITSVERTRÄGEN.....	10
B.I.	<i>Allgemeines</i>	10
B.II.	<i>Grundsätzliche Anwendbarkeit des AGB-Gesetzes</i>	11
B.III.	<i>Ausgewählte Judikate des BAG</i>	12
B.IV.	<i>Prüfungsumfang und Einbeziehungskontrolle</i>	13
B.IV.1	Schutz vor überraschenden Klauseln.....	13
B.IV.2	Transparenzgebot.....	14
B.IV.3	Schutz vor mehrdeutigen Klauseln und Unklarheitsgebot.....	15
B.IV.4	Billigkeitskontrolle.....	15
B.IV.5	Inhalts- und Ausübungskontrolle.....	16
C.	KRITIK AN DER RECHTSPRECHUNG DES BAG.....	19
C.I.	<i>Terminologie und Klarstellung</i>	19
C.I.1	Allgemeine Arbeitsbedingungen.....	19
C.I.2	Einheitsarbeitsvertrag.....	20
C.I.3	Arbeitsvertragliche Einheitsregelung.....	20
C.I.4	Gesamtzusage.....	21
C.I.5	Betriebliche Übung.....	21
C.I.6	Bewertung und Konkretisierung des Untersuchungsganges.....	21
C.II.	<i>Eckpunkte der Kritik</i>	22
C.II.1	Unzureichende Kontrollsystematik.....	23
C.II.2	Fehlende dogmatische Überzeugungskraft.....	24
C.II.3	Vermischung verschiedener Begründungselemente.....	26
C.II.4	Rechtspolitische Kritikansätze.....	27
C.II.5	Zusammenfassung und Bewertung.....	28
C.II.6	Rechtspolitische Betrachtung der Folgen der Versäumnisse des BAG.....	31
KAPITEL 2	GRUNDLAGEN UND ZIELRICHTUNG DER SCHULDRECHTSREFORM.....	34
A.	EUROPARECHTLICHE VORGABEN.....	34
B.	INTENTION DES NATIONALEN REFORMGESETZGEBERS.....	35

<i>B.I.</i>	<i>Auf dem Gebiet des Schuldrechts</i>	36
<i>B.II.</i>	<i>Auf dem Gebiet des Arbeitsrechts</i>	37
B.II.1	Reformbedarf auf dem Gebiet des Arbeitsrechts	38
B.II.2	Reformbewusstsein des Gesetzgebers.....	41
B.II.2.a	Reformbewusstsein der Bundesregierung anlässlich der Einbringung des Gesetzesentwurfs	41
B.II.2.b	Reformbewusstsein des Bundesrates	42
B.II.2.c	Reformbewusstsein der Bundesregierung anlässlich der Gegenäußerung	42
B.II.2.d	Reformbewusstsein des Rechtsausschusses.....	44
B.II.2.e	Reformbewusstsein des Bundestags	45
B.II.2.f	Fazit.....	45

KAPITEL 3 : AUSWIRKUNGEN DER SCHULDRECHTSREFORM AUF DIE PRÜFUNGSYSTEMATIK UND PRÜFUNGSSTRUKTUR ARBEITSRECHTLICHER VERTRÄGE .48

A.	SYSTEMATIK DER ZIVILRECHTLICHEN KONTROLLGEGENSTÄNDE UND KONTROLLBEFUGNIS.....	48
<i>A.I.</i>	<i>Prüfungsgang</i>	48
<i>A.II.</i>	<i>Begriffsbestimmung und Systematisierung</i>	48
A.II.1.a	Einbeziehungskontrolle	50
A.II.1.a.a	Einbeziehungskontrolle als Teil der AGB-Kontrolle	50
A.II.1.a.b	Vertragsrechtliche Abstraktion	51
A.II.1.b	Inhaltskontrolle.....	51
A.II.1.b.a	Inhaltskontrolle als Teil der AGB-Kontrolle	52
A.II.1.b.b	Vertragsrechtliche Abstraktion	54
A.II.1.c	Verwendungsspezifische Rechtsfolgenormen	55
A.II.1.c.a	Restliche Prüfungsschritte der AGB-Kontrolle.....	55
A.II.1.c.b	Vertragsrechtliche Abstraktion	56
B.	STRUKTURELLE AUSWIRKUNGEN DER SCHULDRECHTSREFORM FÜR DIE ARBEITSVERTRAGLICHE KLAUSELKONTROLLE	58
<i>B.I.</i>	<i>Einleitung</i>	58
<i>B.II.</i>	<i>Kontrollgegenstand</i>	58
B.II.1	Grundsatz des § 310 Abs. 4 BGB	58
B.II.2	Reichweite des § 310 Abs.4, Satz 1 BGB	59
B.II.3	Reichweite des § 310 Abs.4, Satz 2 BGB.....	59
B.II.3.a	Am Wortlaut orientierte Auslegung	60
B.II.3.b	Die Formulierung in § 310 Abs. 4, Satz 2 BGB als Redaktionsversehen?	61
B.II.3.c	Stellungnahme	63
<i>B.III.</i>	<i>Prüfungsmaßstab</i>	66
B.III.1	Reichweite des § 310 Abs. 4, Satz 3 BGB.....	66
B.III.1.a	Problemaufriss.....	68
B.III.1.b	Am Wortlaut orientierte Auslegung	71
B.III.1.c	Europarechtliche Aspekte.....	72
B.III.1.d	Gesetzgeberische Motive der Gleichsetzung.....	73
B.III.1.e	Systematische Auslegung	75
B.III.1.f	Verfassungsrechtliche Gesichtspunkte	76
B.III.1.g	Pragmatische Gesichtspunkte.....	79
B.III.1.h	Zusammenfassung und Stellungnahme	80

B.III.2	Bedeutung des § 310 Abs. 3 BGB.....	85
B.III.2.a	Mögliche Rechtsfolgen der Verbrauchereigenschaft	86
B.III.2.b	Verbrauchervertragseigenschaft arbeitsrechtlicher Verträge.....	87
B.III.2.b.a	Unternehmereigenschaft des Arbeitgebers.....	87
B.III.2.b.b	Verbrauchereigenschaft des Arbeitnehmers.....	89
B.III.2.b.b.a	Absoluter Verbraucherbegriff.....	89
B.III.2.b.b.b	Relativer Verbraucherbegriff.....	92
B.III.2.b.b.c	Vermittelnde Rechtsfolgenbetrachtungen	95
B.III.2.b.b.c.a	Einbeziehung nach § 310 Abs. 3 BGB.....	95
B.III.2.b.b.c.b	Maßgeblicher Verzugszinssatz gem. § 288 BGB.....	96
B.III.2.b.b.c.c	Widerrufsrecht als Verbraucher gem. §§ 312, 355 BGB.....	97
B.III.2.b.b.d	Kritische Bewertung und Stellungnahme.....	100
B.III.2.b.b.d.a	Wortlautauslegung.....	100
B.III.2.b.b.d.b	Auslegung anhand der gesetzgeberischen Intention	101
B.III.2.b.b.d.c	Systematische Auslegung	104
B.III.2.b.b.d.d	Zwischenergebnis.....	107
B.III.2.b.b.d.e	Rechtsfolgen für Höhe des Verzugszinses	109
B.III.2.b.b.d.f	Rechtsfolgen für die Anwendbarkeit der § 310 Abs. 3 BGB und §§ 312, 355 BGB	110
B.III.2.b.c	Ergebnis	115
C.	ZEITLICHER ANWENDUNGSBEREICH.....	117
C.I.	<i>Allgemeines.....</i>	117
C.II.	<i>Problemfelder der Übergangsregelung.....</i>	118
C.II.1	Problemaufriss.....	118
C.II.2	Verfassungsrechtliche Bedenken.....	119
C.II.3	Bewertung	121
C.II.4	Ausgewählte Einzelprobleme	123
C.II.4.a	Änderungsverträge.....	123
C.II.4.b	Aufhebungsverträge.....	125
D.	ZUSAMMENFASSUNG DES DRITTEN KAPITELS IN THESEN	127

KAPITEL 4 : DAS MODIFIZIERTE PRÜFUNGSPROGRAMM DER ARBEITSVERTRAGSKONTROLLE NACH DER SCHULDRECHTSREFORM 129

A.	EINLEITUNG.....	129
B.	SYSTEMATISCHE BETRACHTUNG	130
B.I.	<i>Wortlaut und gesetzgeberische Intention des § 310 Abs. 4, Satz 2 BGB</i>	130
B.II.	<i>Zwischenergebnis</i>	131
C.	MATERIELL-INHALTLICHEN PRÜFUNGSDICHTEN.....	132
C.I.	<i>Bedeutung der im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten.....</i>	133
C.I.1	Problemaufriss.....	133
C.I.1.a	Funktional-systematische Einordnung	133
C.I.1.b	Materiell-inhaltliche Konkretisierung	134
C.I.2	Bisherige Konkretisierungsversuche	135
C.I.3	Stellungnahme.....	138
C.II.	<i>Eigene materiell-inhaltliche Konkretisierung.....</i>	142

C.II.1	Besonderheiten.....	143
C.II.2	Arbeitsrecht.....	145
C.II.2.a	Wortlaut.....	145
C.II.2.b	Gesetzgeberische Intention.....	146
C.II.2.b.a	Berücksichtigung auch tatsächlicher Besonderheiten?.....	146
C.II.2.b.b	Kirchliches Arbeitsrecht als Anknüpfungspunkt?.....	149
C.II.2.c	Zwischenergebnis.....	150
C.II.3	Wechselwirkung der beiden Kriterien untereinander.....	151
C.II.4	Wechselwirkung der Bereichseinschränkung zum restlichen AGB-Recht.....	153
C.II.5	Zwischenergebnis.....	153
C.III.	<i>Wirkungsart und Wirkungsweise der Bereichseinschränkung.....</i>	<i>154</i>
C.III.1	Die Bereichseinschränkung als Generalklausel ?.....	155
C.III.2	Unmittelbare Folgen.....	156
C.III.3	Dogmatische Abstraktion.....	156
C.III.4	Lösungsansatz auf Grundlage der Prämisse.....	157
D.	EIGENER LÖSUNGSANSATZ.....	158
D.I.	<i>Berücksichtigungsebenen.....</i>	<i>162</i>
D.I.1	Wirkungsebenen außerhalb des AGB-Rechts.....	163
D.I.1.a	Auslegungsregeln.....	163
D.I.1.b	Zivilrechtliche Generalklauseln.....	163
D.I.1.c	Ergebnis.....	164
D.I.2	Wirkungsebenen des AGB-Rechts.....	164
D.I.2.a	Klauselbegriff.....	165
D.I.2.b	Einbeziehungskontrolle.....	166
D.I.2.c	Umgehungsverbot und Unklarheitenregel.....	168
D.I.2.d	Transparenzgebot.....	169
D.I.2.e	Inhaltskontrolle.....	170
D.I.3	Ergebnis.....	171
D.II.	<i>Leitlinien zur Ermittlung zu berücksichtigender Besonderheiten.....</i>	<i>171</i>
D.II.1	Differenzierungskriterien.....	172
D.II.2	Qualität der Besonderheiten.....	172
D.II.2.a	Allgemeine Besonderheiten.....	172
D.II.2.b	Spezielle Besonderheiten.....	174
D.II.2.b.a	Auf der Ebene der Einbeziehungskontrolle.....	176
D.II.2.b.b	Auf der Ebene des Transparenzgebots.....	179
D.II.2.b.c	Auf der Ebene der Inhaltskontrolle.....	183
D.II.2.b.c.a	Differenzierung nach Klauselarten.....	183
D.II.2.b.c.a.a	Klauseln die den Abschluss des Arbeitsvertrags und den Beginn der Arbeitspflicht betreffen.....	186
D.II.2.b.c.a.b	Klauseln die Hauptleistungspflichten betreffen.....	187
D.II.2.b.c.a.c	Klauseln die Nebenleistungspflichten betreffen.....	190
D.II.2.b.c.a.d	Klauseln die vertragsfremdes Verhalten betreffen.....	192
D.II.2.b.c.a.e	Klauseln die den gesetzlichen Mindeststandard von Rechten erweitern.....	194
D.II.2.b.c.a.f	Klauseln die die Beendigung des Arbeitsvertrags betreffen.....	195
D.II.2.b.c.a.g	Sonstige Klauseln.....	196

D.II.2.b.c.b	Ergebnis	198
D.II.3	Zu berücksichtigende Arbeitnehmerinteressen	199
E.	BESONDERHEITEN AUF DER RECHTSFOLGENEBENE UND IM PROZESSUALEN BEREICH	200
E.I.	§ 309 BGB als Klauselverbot mit Wertungsmöglichkeit?	200
E.II.	Geltungserhaltende Reduktion	201
E.III.	Beweislastverteilung	205
E.IV.	Anrufung des Gemeinsamen Senats	206
F.	ZUSAMMENFASSUNG DES VIERTEN KAPITELS IN THESEN	207

KAPITEL 5 : DIE AGB-KONTROLLE VON EINHEITSARBEITSVERTRÄGEN,

VERTRAGLICHER EINHEITSREGELUNG, GESAMTZUSAGE UND BETRIEBLICHER ÜBUNG 209

A.	UNTERSUCHUNGSGANG	209
B.	SUBSUMTION UNTER DEN KLAUSELBEGRIFF DES § 306 ABS. 1, SATZ 1 BGB?	209
C.	EINHEITSARBEITSVERTRAG	210
D.	ARBEITSVERTRAGLICHE EINHEITSREGELUNG	211
D.I.	Einziehungskontrolle	212
D.II.	Transparenzkontrolle	213
D.III.	Inhaltskontrolle	215
E.	GESAMTZUSAGE	215
E.I.	Einziehungskontrolle	216
E.II.	Transparenzkontrolle	216
E.III.	Inhaltskontrolle	218
F.	BETRIEBLICHE ÜBUNG	218
F.I.	Einziehungskontrolle	220
F.II.	Transparenzkontrolle	222
F.II.1	Begründung und Aufhebung der betrieblichen Übung	223
F.II.2	Partizipation an der bestehenden betrieblichen Übung	224
F.III.	Inhaltskontrolle	225
F.IV.	Ergebnis	225
G.	ZUSAMMENFASSUNG DER ERGEBNISSE DES FÜNFTEN KAPITELS IN THESEN	226

Literaturverzeichnis

- | | | | |
|--|--|--|--|
| <i>Adomeit, Klaus</i> | <i>Rechtsfortbildung und Billigkeitskontrolle im Arbeitsrecht</i> | <i>Festschrift für Günter Schaub zum 65. Geburtstag, Tarifaufonomie für ein neues Jahrhundert, S. 1 – 7 München 1998</i> | Zit Adomeit,
. FS-Schaub, S. |
| <i>Albrecht, Achim/
Flohr, Dennis/
Lange, Günter</i> | <i>Schuldrecht 2002</i> | <i>Recklinghausen 2001</i> | Zit Albrecht/Flohr/
. Lange, Schuldrecht,
S. |
| <i>Annuß, Georg</i> | <i>Der Arbeitnehmer als solcher ist kein Verbraucher!</i> | <i>Neue Juristische Wochenschrift 2002, S. 2844 – 2846</i> | Zit Annuß, NJW 2002, S.
. |
| <i>Annuß, Georg</i> | <i>AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht: Wo geht die Reise hin?</i> | <i>Betriebs-Berater 2002, S. 458 – 463</i> | Zit Annuß, BB 2002, S.
. |
| <i>Aussem, Uwe</i> | <i>Die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte auf das Arbeitsrecht</i> | <i>Köln 1994</i> | Zit Aussem,
. Ausstrahlungswirkung, S. |
| <i>Bartz, Alexander</i> | <i>„AGB“- Kontrolle nun auch im Arbeitsrecht</i> | <i>Arbeit und Arbeitsrecht 2002, S. 62 – 65</i> | Zit Bartz, AuA 2002, S.
. |
| <i>Bauer, Jobst-Hubertus</i> | <i>Sofortprogramm für mehr Sicherheit im Arbeitsrecht</i> | <i>Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht 2002, S. 1001 – 1004</i> | Zit Bauer, NZA 2002, S.
. |
| <i>Bauer, Jobst-Hubertus</i> | <i>Neue Spielregeln für Aufhebungs- und Abwicklungsverträge durch das geänderte BGB?</i> | <i>Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht 2002, S. 169 – 173</i> | Zit Bauer, NZA 2002, S.
. |
| <i>Bauer, Jobst-Hubertus/
Diller, Martin</i> | <i>Nachvertragliche Wettbewerbsverbote: Änderungen durch die Schuldrechtsreform</i> | <i>Neue Juristische Wochenschrift 2002, S. 1609 – 1615</i> | Zit Bauer/Diller,
. NJW 2002, S. |
| <i>Bauer, Jobst-Hubertus/
Kock, Martin</i> | <i>Arbeitsrechtliche Auswirkungen des neuen Verbraucherschutzrechts</i> | <i>Der Betrieb 2002, S. 42 – 46</i> | Zit Bauer/Kock,
. DB 2002, S. |
| <i>Bayreuther, Frank</i> | <i>Die Rolle des Tarifvertrags bei der AGB-Kontrolle von Arbeitsverträgen</i> | <i>Recht der Arbeit 2003, S. 81 – 91</i> | Zit Bayreuther,
. RdA 2003, S. |
| <i>Beater, Axel</i> | <i>Generalklauseln und Fallgruppen</i> | <i>Archiv für die civilistische Praxis 194 (1994), S. 83 - 89</i> | Zit Beater, AcP 194, S.
. |

<i>Beisenkötter, Bernhard</i>	<i>Arbeitsvertragsbruch durch den Arbeitnehmer – Schadensersatz und Vertragsstrafe</i>	<i>Münster 1997</i>	Zit <i>Beisenkötter, . Arbeitsvertragsbruch , S.</i>
<i>Berger-Delhey, Ulf</i>	<i>„Oft scheint der Teufel an die Tür zu klopfen, und es ist doch nur der Schornsteinfeger“</i>	<i>Zeitschrift für Tarifrecht 2002, S. 66 – 69</i>	Zit <i>Berger-Delhey, . ZTR 2002, S.</i>
<i>Berger-Delhey, Ulf/ Alfmeier, Klaus</i>	<i>Freier Mitarbeiter oder Arbeitnehmer?</i>	<i>Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht 1991, S. 257 - 260</i>	Zit <i>Berger-Delhey/Alfmeier, NZA 1991, S.</i>
<i>Berkowsky, Wilfried</i>	<i>Was ändert die Reform im Arbeitsrecht?</i>	<i>Arbeit und Arbeitsrecht 2002, S. 11 – 16</i>	Zit <i>Berkowsky, . AuA 2002, S.</i>
<i>Birnbaum, Christian</i>	<i>Was sind die „im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten“?</i>	<i>Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht 2003, S. 944 – 950</i>	Zit <i>Birnbaum, NZA . 2003, S.</i>
<i>Blomeyer, Wolfgang</i>	<i>Anmerkung zu BAG, Urteil vom 18.12.1995, 3 AZR 58/75</i>	<i>Arbeitsgerichtliche Praxis, Nr. 170 zu § 242 BGB Ruhegehalt</i>	Zit <i>Blomeyer, Anm. zu BAG, Urteil vom 18.12.1975, 3 AZR 58/75, AP Nr. 170 zu § 242 BGB Ruhegehalt</i>
<i>Boemke, Burkhard</i>	<i>Höhe der Verzugszinsen für Entgeltforderungen des Arbeitnehmers</i>	<i>Betriebs-Berater 2002, S. 96 – 97</i>	Zit <i>Boemke, BB 2002, S. .</i>
<i>Borges, Georg</i>	<i>Die Inhaltskontrolle von Verbraucherverträgen</i>	<i>Berlin 2000</i>	Zit <i>Borges, . Inhaltskontrolle von Verbraucherverträgen, S.</i>
<i>Brors, Christiane</i>	<i>Das Widerrufsrecht des Arbeitnehmers – Neue Überschneidungsbereiche zwischen Zivil- und Arbeitsrecht? –</i>	<i>Der Betrieb 2002, S. 2046 – 2048</i>	Zit <i>Brors, DB 2002, S. .</i>
<i>Brors, Christiane</i>	<i>„Neue Probleme bei arbeitsvertraglichen Vertragsstrafklauseln?“</i>	<i>Der Betrieb 2004, S. 1778 – 1781</i>	Zit <i>Brors, DB 2004, S. .</i>
<i>Brox, Hans/ Rütters, Bernd</i>	<i>Arbeitsrecht</i>	<i>15. Auflage, Stuttgart/Berlin/ Köln 2002</i>	Zit <i>Brox/Rütters, . Arbeitsrecht, Rz.</i>
<i>Bülow, Peter/ Artz, Markus</i>	<i>Verbraucherprivatrecht</i>	<i>Heidelberg 2003</i>	Zit <i>Bülow/Artz, . Verbraucherprivatrecht, S.</i>

Burckhardt, Katrin	<i>Das AGB-Gesetz unter dem Einfluß der EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen</i>	Baden-Baden 2000	Zit Burckhardt, Das . AGB-Gesetz unter dem Einfluß der EG-Richtlinie, S.
Bydlinski, Franz	<i>Möglichkeiten und Grenzen der Präzisierung aktueller Generalklauseln</i>	<i>Rechtsdogmatik und praktische Vernunft, Symposium zum 80. Geburtstag von Franz Wieacker, S. 189 – 230 Göttingen 1990</i>	Zit Bydlinski, . Rechtsdogmatik, S.
Canaris, Claus-Wilhelm	<i>Gesamtunwirksamkeit und Teilgültigkeit rechtsgeschäftlicher Regelungen</i>	<i>Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag am 13. März 1990, S. 519 – 571 Berlin/New York 1990</i>	Zit Canaris, . FS-Steindorff, S.
Canaris, Claus-Wilhelm	<i>Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner „Materialisierung“</i>	<i>Archiv für die civilistische Praxis 200 (2000), S. 273 – 364</i>	Zit Canaris, AcP 200, S. .
Canaris, Claus-Wilhelm	<i>Schuldrechtsmodernisierung 2002 Materialien-Texte-Dokumente</i>	München 2002	Zit Canaris, . Schuldrechtsmodernisierung 2002, S.
Damm, Reinhard	<i>Kontrolle von Vertragsgerechtigkeit durch Rechtsfolgenbestimmung</i>	<i>Juristen Zeitung 1986, S. 913 – 926</i>	Zit Damm, JZ 1986, S. .
Däubler, Wolfgang	<i>Die Auswirkungen der Schuldrechtsmodernisierung auf das Arbeitsrecht</i>	<i>Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht 2001, S. 1329 – 1337</i>	Zit Däubler, NZA 2001, . S.
Däubler, Wolfgang	<i>Arbeitsrecht Ratgeber für Beruf, Praxis und Studium</i>	<i>4. Auflage, Frankfurt 2002</i>	Zit Däubler, . Arbeitsrecht, Rz.
Däubler, Wolfgang	<i>Das kirchliche Arbeitsrecht und die Grundrechte der Arbeitnehmer</i>	<i>Recht der Arbeit 2003, S. 204 – 209</i>	Zit Däubler, RdA 2003, . S.
Dauner-Lieb, Barbara/ Heidel, Thomas/ Lepa, Manfred/ Ring, Gerhard	<i>Schuldrecht Erläuterungen der Neuregelungen zum Verjährungsrecht, Schuldrecht, Schadensersatzrecht und Mietrecht</i>	Bonn 2002	Zit AnwKomm./ . Bearbeiter, §, Rz.
Dauner-Lieb, Barbara/ Konzen, Horst/ Schmidt, Karsten	<i>Das neue Schuldrecht in der Praxis Akzente – Brennpunkte – Ausblick</i>	<i>Köln/Berlin/Bonn/München 2003</i>	Zit Dauner-Lieb/ . Konzen/Schmidt/ Bearbeiter, S.

<i>Deutsches Rechts-Lexikon</i>	<i>Band 1, A – F</i>	<i>3. Auflage, München 2001</i>	<i>Zit Deutsches Rechts-Lexikon, Band 1, S.</i>
<i>Diehn, Thomas</i>	<i>AGB-Kontrolle von arbeitsrechtlichen Bezugnahmeklauseln</i>	<i>Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht 2004, S. 129 – 135</i>	<i>Zit Diehn, NZA 2004, S. .</i>
<i>Dieterich, Thomas</i>	<i>Grundgesetz und Privatautonomie im Arbeitsrecht</i>	<i>Recht der Arbeit 1995, S. 129 – 136</i>	<i>Zit Dieterich, RdA 1995, S.</i>
<i>Dieterich, Thomas</i>	<i>Die Arbeitsgerichte zwischen Bundesverfassungsgericht und Europäischem Gerichtshof</i>	<i>Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht 1996, S. 673 - 681</i>	<i>Zit Dieterich, NZA 1996, S.</i>
<i>Dorndorf, Eberhard</i>	<i>Besonderheiten des Arbeitsrechts nach § 310 Abs. 4 BGB</i>	<i>Festschrift 50 Jahre Bundesarbeitsgericht, S. 19 – 30 München 2004</i>	<i>Zit Dorndorf, FS-BAG, S.</i>
<i>Duden</i>	<i>Der Duden in 12 Bänden, Band 10, Bedeutungswörterbuch</i>	<i>2. Auflage, Mannheim/Leipzig/ Wien/Zürich 1985</i>	<i>Zit Duden, Bedeutungswörter- buch, S.</i>
<i>Dürig, Günter</i>	<i>Grundrechte und Zivilrechtsprechung</i>	<i>Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky, S. 157 – 190 München 1956</i>	<i>Zit Dürig, FS-Nawiasky, S.</i>
<i>Dütz, Wilhelm</i>	<i>Zur Betriebsübung im zivilen, öffentlichen und kirchlichen Arbeitsrecht</i>	<i>Festschrift für Günther Wiese zum 70. Geburtstag, S. 85 – 97 Neuwied/Kriftel 1998</i>	<i>Zit Dütz, FS-Wiese, S. .</i>
<i>Ebeling, Ralph</i>	<i>Die Bezugnahme auf Tarifverträge im Arbeitsvertrag</i>	<i>Regensburg 2003</i>	<i>Zit Ebeling, Bezugnahme auf Tarifverträge, S.</i>
<i>Eckert, Michael/ Wallstein, Caroline</i>	<i>Das neue Arbeitsvertragsrecht – Vertragsgestaltung nach der Schuldrechtsreform und dem AGB-Gesetz</i>	<i>München 2002</i>	<i>Zit Eckert/Wallstein, Das neue Arbeitsvertragsrecht, S.</i>
<i>Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht</i>		<i>4. Auflage, München 2004</i>	<i>Zit ErfKomm./ Bearbeiter, § , Rz.</i>
<i>Erman</i>	<i>Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar Band 1 §§ 1 – 811, UKlaG</i>	<i>11. Auflage, Köln 2004</i>	<i>Zit Erman/Bearbeiter, §, Rz.</i>

<i>Fastrich, Lorenz</i>	<i>Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht</i>	<i>München 1992</i>	<i>Zit Fastrich, Inhaltskontrolle, S.</i>
<i>Fenn, Herbert</i>	<i>Formulararbeitsverträge, gesamteinheitliche Arbeitsbedingungen und das AGBG</i>	<i>Festschrift für Alfred Söllner zum 70. Geburtstag, Europas universale rechtsordnungspolitische Aufgabe im Recht des dritten Jahrtausends, S. 333 – 365 München 2000</i>	<i>Zit Fenn, FS-Söllner, S.</i>
<i>Fiebig, Andreas</i>	<i>Der Arbeitnehmer als Verbraucher</i>	<i>Der Betrieb 2002, S. 1608 – 1610</i>	<i>Zit Fiebig, DB 2002, S.</i>
<i>Gamillscheg, Franz</i>	<i>Die Grundrechte im Arbeitsrecht</i>	<i>Archiv für die civilistische Praxis 164 (1964), S. 385 - 445</i>	<i>Zit Gamillscheg, AcP 164, S.</i>
<i>Gamillscheg, Franz</i>	<i>Betriebliche Übung</i>	<i>Festschrift für Marie Luise Hilger und Hermann Stumpf zum 70. Geburtstag, S. 227 – 247 München 1983</i>	<i>Zit Gamillscheg, FS-Hilger/Stumpf, S.</i>
<i>Gaul, Björn</i>	<i>Aufhebungs- und Abwicklungsvertrag: Aktuelle Entwicklungen im Arbeits- und Sozialversicherungsrecht</i>	<i>Betriebs-Berater 2003, S. 2457 – 2464</i>	<i>Zit Gaul, BB 2003, S.</i>
<i>Gaul, Björn/ Otto, Björn</i>	<i>Das Widerrufsrecht bei Aufhebungsverträgen</i>	<i>Der Betrieb 2002, S. 2049 – 2050</i>	<i>Zit Gaul/Otto, DB 2002, S.</i>
<i>Gaul, Björn/ Boewer, Dietrich</i>	<i>Aktuelles Arbeitsrecht, Band 2/2002</i>	<i>Köln 2002</i>	<i>Zit Gaul, Aktuelles Arbeitsrecht 2, S.</i>
<i>Gaul, Björn/ Boewer, Dietrich</i>	<i>Aktuelles Arbeitsrecht, Band 1/2002</i>	<i>Köln 2002</i>	<i>Zit Gaul, Aktuelles Arbeitsrecht 1, S.</i>
<i>Gaul, Björn</i>	<i>Bezugnahmeklauseln – zwischen Inhaltskontrolle und Nachweisgesetz</i>	<i>Zeitschrift für Arbeitsrecht 2003, S. 75 – 101</i>	<i>Zit Gaul, ZfA 2003, S.</i>
<i>Gitter, Wolfgang/ Michalski, Lutz</i>	<i>Arbeitsrecht</i>	<i>5. Auflage, Heidelberg 2002</i>	<i>Zit Gitter/Michalski, Arbeitsrecht, S.</i>

<i>Gotthardt, Michael</i>	<i>Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsreform</i>	<i>2. Auflage, München 2003</i>	<i>Zit . Gotthardt, Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsreform, Rz.</i>
<i>Graf von Westphalen, Friedrich</i>	<i>AGB-Recht ins BGB – Eine erste Bestandsaufnahme</i>	<i>Neue Juristische Wochenschrift 2002, S. 12 – 25</i>	<i>Zit . Graf von Westphalen, NJW 2002, S.</i>
<i>Grunsky, Wolfgang</i>	<i>Zivilprozessrecht</i>	<i>11. Auflage, München/ Unterschleißheim 2003</i>	<i>Zit . Grunsky, Zivilprozessrecht, Rz. , S.</i>
<i>Hadeler, Indra</i>	<i>Auswirkungen der Schuldrechtsreform auf das Arbeitsrecht</i>	<i>Fachanwalt Arbeitsrecht 2002, S. 66 – 72</i>	<i>Zit . Hadeler, FA ArbR 2002, S.</i>
<i>Häsemeyer, Ludwig</i>	<i>Geltungserhaltende oder geltungserstörende Reduktion?</i>	<i>Festschrift für Peter Ulmer zum 70. Geburtstag am 02.Januar 2003, S. 1097 – 1108 Berlin 2003</i>	<i>Zit . Häsemeyer, FS-Ulmer, S.</i>
<i>Hammer, Ulrich</i>	<i>Kirchliches Arbeitsrecht</i>	<i>Frankfurt 2002</i>	<i>Zit . Hammer, Kirchliches Arbeitsrecht, S.</i>
<i>Hammer, Ulrich</i>	<i>Die Rechtsqualität kirchlicher Arbeitsvertragsordnungen im Spiegel der BAG-Rechtsprechung</i>	<i>Arbeit und Recht 2002, S. 49 – 58</i>	<i>Zit . Hammer, AuR 2002, S.</i>
<i>Hanau, Peter/ Adomeit, Klaus</i>	<i>Arbeitsrecht</i>	<i>12. Auflage, Neuwied/Kriftel 2000</i>	<i>Zit . Hanau/Adomeit, Arbeitsrecht, Rz.</i>
<i>Hanau, Peter/ Kania, Thomas</i>	<i>Die Bezugnahme auf Tarifverträge durch Arbeitsvertrag und betriebliche Übung</i>	<i>Festschrift für Günter Schaub zum 65. Geburtstag, Tarifaautonomie für ein neues Jahrhundert, S. 239 – 262 München 1998</i>	<i>Zit . Hanau/Kania, FS Schaub, S.</i>
<i>Hansen, Ralf</i>	<i>Die Anwendung der §§ 305 ff. BGB auf vorformulierte Arbeitsverträge</i>	<i>Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht 2004, S. 21 – 26</i>	<i>Zit . Hansen, ZGS 2004, S.</i>
<i>Hebestreit, Christoph</i>	<i>Transparenz im AGB-Recht der Bundesrepublik Deutschland? Allgemeine Geschäftsbedingungen im Spannungsfeld zwischen Vertrag, Delikt und Markt</i>	<i>Frankfurt 1995</i>	<i>Zit . Hebestreit, Transparenz im AGB-Recht der BRD, S.</i>

<i>Heinrichs, Helmut</i>	<i>Die EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen</i>	<i>Neue Juristische Wochenschrift 1993, S. 1817 – 1822</i>	Zit <i>Heinrichs, NJW</i> . <i>1993, S.</i>
<i>Henssler, Martin</i>	<i>Arbeitsrecht und Schuldrechtsreform</i>	<i>Recht der Arbeit 2002, S. 129 – 140</i>	Zit <i>Henssler, RdA 2002,</i> . <i>S.</i>
<i>Henssler, Martin/ Graf von Westphalen, Friedrich</i>	<i>Praxis der Schuldrechtsreform</i>	<i>Recklinghausen 2001</i>	Zit <i>Henssler/Graf v.</i> . <i>Westphalen/ Bearbeiter, §, Rz.</i>
<i>Hergenröder, Curt Wolfgang</i>	<i>Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung</i>	<i>Tübingen 1995</i>	Zit <i>Hergenröder,</i> . <i>Zivilprozessuale Grundlagen, §, S.</i>
<i>Herschel, Wilhelm</i>	<i>Anmerkung zu BAG, Urteil vom 04.07.1972, 3 AZR 477/71</i>	<i>Arbeitsgerichtliche Praxis, Nr. 6 zu § 65 HGB</i>	Zit <i>Herschel, Anm. zu</i> . <i>BAG, Urteil vom</i> <i>04.07.1972, 3 AZR</i> <i>477/71, AP Nr.6 zu §</i> <i>65 HGB</i>
<i>Heß, Burkhard</i>	<i>Das neue Schuldrecht – In-Kraft-Treten und Übergangsregelungen</i>	<i>Neue Juristische Wochenschrift 2002, S. 253 – 260</i>	Zit <i>Heß, NJW 2002, S.</i> .
<i>Hesse, Konrad</i>	<i>Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland</i>	<i>20. Auflage, Heidelberg 1999</i>	Zit <i>Hesse, Grundzüge,</i> . <i>Rz.</i>
<i>Hönn, Günther</i>	<i>Zu den „Besonderheiten“ des Arbeitsrechts</i>	<i>Zeitschrift für Arbeitsrecht 2003, S. 325 – 359</i>	Zit <i>Hönn, ZfA 2003, S.</i> .
<i>Hoyningen-Huene, Gerrick von</i>	<i>Die Billigkeit im Arbeitsrecht</i>	<i>München 1978</i>	Zit <i>Hoyningen-Huene,</i> . <i>Billigkeit, S.</i>
<i>Hoyningen-Huene, Gerrick von</i>	<i>Die Inhaltskontrolle nach § 9 AGB-Gesetz, Ein Kommentar</i>	<i>1. Auflage, Heidelberg 1992</i>	Zit <i>Hoyningen-Huene,</i> . <i>Inhaltskontrolle nach</i> <i>§ 9 AGBG, Rz., S.</i>
<i>Hromadka, Wolfgang</i>	<i>Zur betrieblichen Übung</i>	<i>Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht 1984, S. 241 – 246</i>	Zit <i>Hromadka,</i> . <i>NZA 1984, S.</i>
<i>Hromadka, Wolfgang</i>	<i>Arbeitsrecht – Quo vadis?</i>	<i>Festschrift 40 Jahre Der Betrieb, S. 241 – 265 Stuttgart 1988</i>	Zit <i>Hromadka,</i> . <i>FS-Betrieb, S.</i>

<i>Hromadka, Wolfgang</i>	<i>Inhaltskontrolle von Arbeitsverträgen</i>	<i>„Richterliches Arbeitsrecht“ – Festschrift für Thomas Dieterich zum 65. Geburtstag, S. 251 – 278 München 1999</i>	<i>Zit Hromadka, FS-Dieterich, S.</i>
<i>Hromadka, Wolfgang</i>	<i>Schuldrechtsmodernisierung und Vertragskontrolle im Arbeitsrecht</i>	<i>Neue Juristische Wochenschrift 2002, S. 2523 – 2530</i>	<i>Zit Hromadka, NJW 2002, S.</i>
<i>Hromadka, Wolfgang/Maschmann, Frank</i>	<i>Arbeitsrecht Band I, Individualarbeitsrecht</i>	<i>2. Auflage, Berlin/Heidelberg/ New York 2002</i>	<i>Zit Hromadka/Maschmann, Arbeitsrecht I, §, Rz. , S.</i>
<i>Huber, Peter/Faust, Florian</i>	<i>Schuldrechtsmodernisierung – Einführung in das neue Recht</i>	<i>München 2002</i>	<i>Zit Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, S., Rz.</i>
<i>Hümmerich, Klaus</i>	<i>Erweiterte Arbeitnehmerrechte durch Verbraucherschutz</i>	<i>Anwaltsblatt 2002, S. 671 – 681</i>	<i>Zit Hümmerich, AnwBl. 2002, S.</i>
<i>Hümmerich, Klaus</i>	<i>Gestaltung von Arbeitsverträgen nach der Schuldrechtsreform</i>	<i>Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht 2003, S. 753 – 764</i>	<i>Zit Hümmerich, NZA 2003, S.</i>
<i>Hümmerich, Klaus/Holthausen, Joachim</i>	<i>Der Arbeitnehmer als Verbraucher</i>	<i>Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht 2002, S. 173 – 180</i>	<i>Zit Hümmerich/Holthausen, NZA 2002, S.</i>
<i>Hümmerich, Klaus/Spirolke, Matthias</i>	<i>Das arbeitsrechtliche Mandat</i>	<i>2. Auflage, Bonn 2003</i>	<i>Zit Hümmerich/Spirolke/Bearbeiter, §, Rz.</i>
<i>Hunold, Wolf</i>	<i>Ausgewählte Rechtsprechung zur Vertragskontrolle im Arbeitsverhältnis</i>	<i>Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht – Rechtsprechungs-Report 2002, S 225 – 233</i>	<i>Zit Hunold, NZA-RR 2002, S.</i>
<i>Ipsen, Jörn</i>	<i>Staatsrecht I</i>	<i>13. Auflage, Neuwied/Kriftel 2001</i>	<i>Zit Ipsen, Staatsrecht I, Rz.</i>
<i>Ipsen, Jörn</i>	<i>Staatsrecht II</i>	<i>5. Auflage, Neuwied/Kriftel 2002</i>	<i>Zit Ipsen, Staatsrecht II, Rz.</i>
<i>Jarass, Hans D./Pieroth, Bodo</i>	<i>Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Kommentar</i>	<i>6. Auflage, München 2002</i>	<i>Zit Jarass/Pieroth/Bearbeiter, Art., Rz.</i>

<i>Joost, Detlev</i>	<i>Der Ausschluss der Inhaltskontrolle bei Entgeltregelungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen</i>	<i>Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1996, S. 1685 – 1693</i>	<i>Zit Joost, ZIP 1996, S. .</i>
<i>Joost, Detlev</i>	<i>Allgemeine Geschäftsbedingungen und Arbeitsvertrag Ein Beispiel für eine missglückte Gesetzgebung</i>	<i>Festschrift für Peter Ulmer zum 70. Geburtstag am 02. Januar 2003, S. 1199 – 1210 Berlin 2003</i>	<i>Zit Joost, FS-Ulmer, S. .</i>
<i>Joost, Detlev</i>	<i>Betrachtungen zur Inhaltskontrolle vorformulierter Arbeitsverträge</i>	<i>Festschrift 50 Jahre Bundesarbeitsgericht, S. 49 – 58 München 2004</i>	<i>Zit Joost, FS-BAG, S. .</i>
<i>Joussen, Jacob</i>	<i>Arbeitsrecht und Schuldrechtsreform</i>	<i>Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht 2001, S. 745 – 751</i>	<i>Zit Joussen, NZA 2001, S. .</i>
<i>Junker, Abbo</i>	<i>Grundkurs Arbeitsrecht</i>	<i>2. Auflage, München 2003</i>	<i>Zit Junker, Arbeitsrecht, Rz. .</i>
<i>Kempen, Otto Ernst/ Zachert, Ulrich</i>	<i>Tarifvertragsrecht, Kommentar für die Praxis</i>	<i>3. Auflage, Köln 1997</i>	<i>Zit Kempen/Zachert, TVG, § , Rz. .</i>
<i>Kettler, Gero</i>		<i>Arbeitsgerichtliche Praxis, Nr. 55 zu § 242 BGB Betriebliche Übung</i>	<i>Zit Kettler, Anm. zu BAG, Urteil vom 16.04.1997, 10 AZR 705/96, AP NR. 55 zu § 242 BGB Betriebliche Übung</i>
<i>Kienast, Rainer/ Schmiedl, Wolfgang</i>	<i>Rechtsprechung zum Widerrufsrecht bei arbeitsvertraglichen Aufhebungsverträgen nach §§ 312, 355 BGB</i>	<i>Der Betrieb 2002, S. 1440 – 1443</i>	<i>Zit Kienast/Schmiedl, DB 2002, S. .</i>
<i>Kittner, Michael</i>	<i>Schuldrecht Rechtliche Grundlagen – Wirtschaftliche Zusammenhänge</i>	<i>2. Auflage, München 2002</i>	<i>Zit Kittner, Schuldrecht, Rz. .</i>
<i>Knott, Herrmann J./ Palm, Ulrich F. E.</i>	<i>Andersen Luther Die Schuldrechtsreform</i>	<i>Heidelberg 2001</i>	<i>Zit Andersen/Luther, Die Schuldrechtsreform, S. .</i>
<i>Koch, Robert</i>	<i>Auswirkungen der Schuldrechtsreform auf die Gestaltung der AGB</i>	<i>Wertpapier Mitteilungen Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht 2002, S. 2173 – 2183</i>	<i>Zit Koch, WM 2002, S. .</i>
<i>Koppenfels, Katharina von</i>	<i>Vertragsstrafen im Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsmodernisierung</i>	<i>Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht 2002, S. 598 – 602</i>	<i>Zit Koppenfels, NZA 2002, S. .</i>

<i>Kothe, Wolfhard/ Micklitz, Hans-W./ Rott, Peter/ Tonner/Klaus/ Willingmann, Armin</i>	<i>Das neue Schuldrecht – Kompaktkommentar</i>	<i>Neuwied/München 2003</i>	<i>Zit KompaktKom- . BGB/Bearbeiter, §, Rz.</i>
<i>Krämer, Andrea</i>	<i>Der Widerruf im Arbeitsrecht</i>	<i>Berlin 1998</i>	<i>Zit Krämer, . Widerruf im ArbR, S.</i>
<i>Krauβ, Michael</i>	<i>Widerruf von Arbeitgeberleistungen</i>	<i>Berlin 1997</i>	<i>Zit Krauβ, Widerruf von . Arbeitgeberleistung en, S.</i>
<i>Krebs, Peter</i>	<i>Verbraucher, Unternehmer oder Zivilperson</i>	<i>Der Betrieb 2002, S. 517 – 520</i>	<i>Zit Krebs, DB 2002, S. .</i>
<i>Kroiβ, Ludwig</i>	<i>Klauselbuch Schuldrecht</i>	<i>Bonn 2003</i>	<i>Zit Kroiβ/Bearbeiter, . Klauselbuch Schuldrecht, §, S.</i>
<i>Lakies, Thomas</i>	<i>Inhaltskontrolle von Vergütungsvereinbarungen</i>	<i>Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht – Rechtsprechungs- Report 2002, S. 337 – 343</i>	<i>Zit Lakies, . NZA-RR 2002, S.</i>
<i>Langenfeld, Gerrit</i>	<i>Vertragsgestaltung Methode – Verfahren – Vertragstypen</i>	<i>2. Auflage, München 1997</i>	<i>Zit Langenfeld, . Vertragsgestaltung, Rz., S.</i>
<i>Langohr-Plato, Uwe</i>	<i>Betriebliche Altersversorgung</i>	<i>2. Auflage, Recklinghausen 2002</i>	<i>Zit Langohr-Plato, . Betriebliche Altersversorgung, Rz. , S.</i>
<i>Larenz, Karl</i>	<i>Methodenlehre der Rechtswissenschaft</i>	<i>2. Auflage, Berlin/Heidelberg/ New York/London/ Paris/Tokyo/Hong Kong/Barcelona/ Budapest 1992</i>	<i>Zit Larenz, . Methodenlehre, S.</i>
<i>Leder, Tobias/ Morgenroth, Sascha</i>	<i>Die Vertragsstrafe im Formulararbeitsvertrag</i>	<i>Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht 2002, S. 952 – 957</i>	<i>Zit Leder/Morgenroth, . NZA 2002, S.</i>
<i>Lieb, Manfred</i>	<i>Sonderprivatrecht für Ungleichgewichtslagen? Überlegungen zum Anwendungsbereich der sogenannten Inhaltskontrolle privatrechtlicher Verträge</i>	<i>Archiv für die civilistische Praxis 178 (1978), S. 196 – 226</i>	<i>Zit Lieb, AcP 178, S. .</i>
<i>Lieb, Manfred</i>	<i>Arbeitsrecht</i>	<i>8. Auflage, Heidelberg 2003</i>	<i>Zit Lieb, . Arbeitsrecht, Rz. , S.</i>

<i>Lieb, Manfred</i>	<i>AGB-Recht und Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsmodernisierung</i>	<i>Festschrift für Peter Ulmer zum 70. Geburtstag am 02. Januar 2003, S. 1231 - 1244 Berlin 2003</i>	Zit . Lieb, FS-Ulmer, S.
<i>Lindemann, Viola</i>	<i>Neuerungen im Arbeitsrecht durch die Schuldrechtsreform</i>	<i>Arbeit und Recht 2002, S. 81 – 87</i>	Zit . Lindemann, AuR 2002, S.
<i>Lindemann, Viola</i>	<i>Flexible Gestaltung von Arbeitsbedingungen nach der Schuldrechtsreform</i>	<i>Köln 2003</i>	Zit . Lindemann, Flexible Gestaltung von Arbeitsbedingungen, §, S.
<i>Lingemann, Stefan</i>	<i>Allgemeine Geschäftsbedingungen und Arbeitsvertrag</i>	<i>Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht 2002, S. 181 – 192</i>	Zit . Lingemann, NZA 2002, S.
<i>Löwisch, Manfred</i>	<i>Zweifelhafte Folgen des geplanten Leistungsstörungenrechts für das Arbeitsvertragsrecht</i>	<i>Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht 2001, S. 465 – 467</i>	Zit . Löwisch, NZA 2002, S.
<i>Löwisch, Manfred</i>	<i>Auswirkungen der Schuldrechtsreform auf das Recht des Arbeitsverhältnisses</i>	<i>Festschrift für Herbert Wiedemann zum 70. Geburtstag, S. 311 – 332 München 2002</i>	Zit . Löwisch, FS-Wiedemann, S.
<i>Löwisch, Manfred</i>	<i>Arbeitsrecht</i>	<i>7. Auflage, Düsseldorf 2004</i>	Zit . Löwisch, Arbeitsrecht, Rz., S.
<i>Löwisch, Manfred/ Kaiser, Dagmar</i>	<i>Betriebsverfassungsgesetz</i>	<i>5. Auflage, Heidelberg 2002</i>	Zit . Löwisch/Kaiser, BetrVG, §, Rz.
<i>Lorenz, Stephan/ Riehm, Thomas</i>	<i>Lehrbuch zum neuen Schuldrecht</i>	<i>München 2002</i>	Zit . Lorenz/Riehm, Schuldrecht, Rz.
<i>Meisel, Peter G.</i>	<i>Arbeitsrecht für die betriebliche Praxis: Ein Handbuch für Führungskräfte</i>	<i>10. Auflage, Köln 2002</i>	Zit . Meisel, Arbeitsrecht, Rz.
<i>Mengel, Anja</i>	<i>Kein Widerrufsrecht bei Aufhebungsverträgen</i>	<i>Betriebs-Berater 2003, S. 1278 – 1280</i>	Zit . Mengel, BB 2003, S.
<i>Müller, Christoph Johannes</i>	<i>Die Berufsfreiheit des Arbeitgebers</i>	<i>Köln 1996</i>	Zit . Müller, Berufsfreiheit des Arbeitgebers, S.

<i>Münch, Ingo von</i>	<i>Staatsrecht, Band 2</i>	<i>5. Auflage, Stuttgart/Berlin/ Köln 2002</i>	<i>Zit Münch, . Staatsrecht II, Rz.</i>
<i>Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 1 Schuldrecht – Allgemeiner Teil §§ 1 – 240, AGB-Gesetz</i>		<i>4. Auflage, München 2001</i>	<i>Zit MüKo/Bearbeiter, §, . Rz.</i>
<i>Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 3 Schuldrecht – Besonderer Teil I §§ 433 -606 Finanzierungsleasing, VerbrKG, HausTWG, Erbschafts- u. Schenkungssteuergesetz, MHG, HeizkostenVO</i>		<i>3. Auflage, München 1995</i>	<i>Zit MüKo/Bearbeiter, §, . Rz.</i>
<i>Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 3 Schuldrecht – Besonderer Teil II §§ 607 - 704</i>		<i>3. Auflage, München 1997</i>	<i>Zit Müko, Bearbeiter, §, . Rz.</i>
<i>Nägele, Stefan/ Chwalisz, Patrizia</i>	<i>Schuldrechtsreform – Das Ende arbeitsvertraglicher Ausschlussfristen</i>	<i>Monatsschrift für Deutsches Recht 2002, S. 1341 – 1348</i>	<i>Zit Nägele/Chwalisz, . MDR 2002, S.</i>
<i>Natzel, Ivo</i>	<i>Schutz des Arbeitnehmers als Verbraucher?</i>	<i>Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht 2002, S. 595 – 597</i>	<i>Zit Natzel, NZA 2002, S. .</i>
<i>Neumann, Dirk/ Fenski, Martin</i>	<i>Bundesurlaubsgesetz, nebst allen anderen Urlaubsbestimmungen des Bundes und der Länder</i>	<i>9. Auflage, München 2003</i>	<i>Zit Neumann/Fenski, . BUrlG, §, Rz.</i>
<i>Neuner, Jörg</i>	<i>Vorwirkung von Gesetzen im Privatrecht</i>	<i>Kontinuität im Wandel der Rechtsordnung Beiträge für Claus-Wilhelm Canaris zum 65. Geburtstag, S. 83 - 112 München 2002</i>	<i>Zit Neuner, . Beiträge für Canaris, S.</i>
<i>Oetker, Hartmut</i>	<i>Arbeitsvertragliche Bezugnahme auf Tarifverträge und AGB-Kontrolle</i>	<i>Festschrift für Herbert Wiedemann zum 70. Geburtstag, S. 383 – 400 München 2002</i>	<i>Zit Oetker, . FS-Wiedemann, S.</i>
<i>Oetker, Hartmut</i>	<i>Dynamische Verweisungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen als Rechtsproblem</i>	<i>Juristen Zeitung 2002, S. 337 – 342</i>	<i>Zit Oetker, JZ 2002, S. .</i>

<i>Olzen, Dirk/ Wank, Rolf</i>	<i>Die Schuldrechtsreform</i>	<i>Köln/Berlin/Bonn/München 2002</i>	Zit .	<i>Olzen/Wank, Die Schuldrechtsreform, Rz.</i>
<i>Ostrovicz, Alexander/ Künzl, Reinhard/ Schäfer, Hans</i>	<i>Der Arbeitsgerichtsprozess</i>	<i>2. Auflage Berlin 2002</i>	Zit .	<i>Ostrovicz/Künzl/ Schäfer, Der Arbeitsgerichtspro- zess, Rz. S.</i>
<i>Palandt</i>	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i>	<i>63. Auflage, München 2004</i>	Zit .	<i>Palandt/Bearbeiter, § , Rz.</i>
<i>Pauly, Holger</i>	<i>Analoge Anwendung des AGB-Gesetzes auf Formulararbeitsverträge</i>	<i>Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht 1997, S. 1030 – 1034</i>	Zit .	<i>Pauly, NZA 1997, S.</i>
<i>Peine, Franz-Joseph</i>	<i>Allgemeines Verwaltungsrecht</i>	<i>6. Auflage, Heidelberg 2002</i>	Zit .	<i>Peine, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rz.</i>
<i>Preis, Bernd</i>	<i>Abschied von der Ausgleichsquittung?</i>	<i>Arbeit und Recht 1979, S. 97 – 109</i>	Zit .	<i>Preis, AuR 1979, S.</i>
<i>Preis, Ulrich</i>	<i>Kodifikation des Arbeitsvertragsrechts und Privatrechtsordnung</i>	<i>Das Arbeitsrecht der Gegenwart 1992, S. 143 – 158</i>	Zit .	<i>Preis, Arbeitsrecht der Gegenwart 1992, S.</i>
<i>Preis, Ulrich</i>	<i>Grundfragen der Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht</i>	<i>Neuwied/Kriftel/ Berlin 1993</i>	Zit .	<i>Preis, Grundfragen, § , S.</i>
<i>Preis, Ulrich</i>	<i>Anrechnung und Widerruf über- und außertariflicher Entgelte – vertragsrechtlich betrachtet</i>	<i>Festschrift für Otto Rudolf Kissel zum 65. Geburtstag, Arbeitsrecht in der Bewährung, S. 879 - 913 München 1994</i>	Zit .	<i>Preis, FS-Kissel, S.</i>
<i>Preis, Ulrich</i>	<i>Kompensation von Ungleichgewichtslagen in der Rechtsprechung der Arbeitsgerichte und Zivilgerichte – ein Vergleich</i>	<i>Arbeit und Recht 1994, S. 139 – 152</i>	Zit .	<i>Preis, AuR 1994, S.</i>
<i>Preis, Ulrich/ Rolfs, Christian</i>	<i>Gestörte Vertragsparität und richterliche Inhaltskontrolle</i>	<i>Der Betrieb 1994, S. 261 – 268</i>	Zit .	<i>Preis/Rolfs, DB 1994, S.</i>
<i>Preis, Ulrich/ Peters-Lange, Susanne/ Rolfs, Christian/ Stoffels, Markus/ Wagner, Klaus</i>	<i>Der Arbeitsvertrag, Handbuch der Vertragspraxis und – gestaltung</i>	<i>Köln 2002</i>	Zit .	<i>Preis/Bearbeiter, Der Arbeitsvertrag, Kapitel, Rz.</i>

<i>Preis, Ulrich</i>	<i>Arbeitsrecht Praxis-Lehrbuch zum Individualarbeitsrecht</i>	<i>2. Auflage, Köln 2003</i>	<i>Zit Preis, Arbeitsrecht, . §, S.</i>
<i>Preis, Ulrich</i>	<i>Arbeitsrecht, Verbraucherschutz und Inhaltskontrolle</i>	<i>Sonderbeilage zu NZA Heft 16/2003, S. 19 – 33</i>	<i>Zit Preis, SB zu . NZA 16/2003, S.</i>
<i>Preis, Ulrich</i>	<i>Das erneuerte BGB und das Bundesarbeitsgericht</i>	<i>Festschrift 50 Jahre Bundesarbeitsgericht, S. 123 – 152 München 2004</i>	<i>Zit Preis, FS-BAG, S. .</i>
<i>Przytulla, F.-M.</i>	<i>Formulararbeitsverträge, AGB-Gesetz und das Rechtsstaatsgebot</i>	<i>Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht 1998, S. 521 – 525</i>	<i>Zit Przytulla, NZA 1998, . S.</i>
<i>Reichel, Michael E.</i>	<i>Die arbeitsvertragliche Bezugnahme auf den Tarifvertrag</i>	<i>Köln 2001</i>	<i>Zit Reichel, Die . arbeitsvertragliche Bezugnahme auf den Tarifvertrag, S.</i>
<i>Reichel, Michael E.</i>	<i>Die Auslegung arbeitsvertraglicher Bezugnahme Klauseln bei überraschenden Tarifentwicklungen unter Berücksichtigung der Schuldrechtsreform</i>	<i>Arbeit und Recht 2003, S. 366 – 369</i>	<i>Zit Reichel, AuR 2003, . S.</i>
<i>Reichenbach, Sandy Bernd</i>	<i>Konventionalstrafe für den vertragsbrüchigen Arbeitnehmer</i>	<i>Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht 2003, S. 309 – 313</i>	<i>Zit Reichenbach, . NZA 2003, S.</i>
<i>Reichold, Hermann</i>	<i>Anmerkungen zum Arbeitsrecht im neuen BGB</i>	<i>Zeitschrift für Tarifrecht 2002, S. 202 – 209</i>	<i>Zit Reichold, ZTR 2002, . S.</i>
<i>Reichold, Hermann</i>	<i>Grundlagen und Grenzen der Flexibilisierung im Arbeitsvertrag</i>	<i>Recht der Arbeit 2002, S. 321 – 333</i>	<i>Zit Reichold, RdA 2002, . S.</i>
<i>Reichold, Hermann</i>	<i>Arbeitsrecht</i>	<i>München 2002</i>	<i>Zit Reichold, . Arbeitsrecht, §, Rz.</i>
<i>Reichold, Hermann</i>	<i>Metamorphosen der gekündigten Betriebsvereinbarung</i>	<i>Altersgrenzen und Alterssicherung im Arbeitsrecht Gedenkschrift für Wolfgang Blomeyer, S. 275 – 297 München 2003</i>	<i>Zit Reichold, . GS-Blomeyer, S.</i>

<i>Reichold, Hermann</i>	<i>Arbeitnehmerschutz und/oder Verbraucherschutz bei der Inhaltskontrolle des Arbeitsvertrags</i>	<i>Festschrift 50 Jahre Bundesarbeitsgericht, S. 153 – 175 München 2004</i>	<i>Zit Reichold, FS-BAG, S.</i>
<i>Reim, Uwe</i>	<i>Arbeitnehmer und/oder Verbraucher ?</i>	<i>Der Betrieb 2002, S. 2434 - 2438</i>	<i>Zit Reim, DB 2002, S.</i>
<i>Reinecke, Gerhard</i>	<i>Vertragskontrolle im Arbeitsverhältnis</i>	<i>Sonderbeilage zu NZA Heft 3/2000, S. 23 – 33</i>	<i>Zit Reinecke, SB zu NZA 3/2000, S.</i>
<i>Reinecke, Gerhard</i>	<i>Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz</i>	<i>Der Betrieb 2002, S. 583 – 588</i>	<i>Zit Reinecke, DB 2002, S.</i>
<i>Reinecke, Gerhard</i>	<i>Arbeitnehmerfreundlichste oder arbeitnehmerfeindlichste Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen</i>	<i>Arbeit und Recht 2003, S. 414 – 416</i>	<i>Zit Reinecke, AuR 2003, S.</i>
<i>Reinecke, Gerhard</i>	<i>Vertragskontrolle im Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsreform</i>	<i>Sonderbeilage zu NZA Heft18/2004, S. 27 – 38</i>	<i>Zit Reinecke, SB zu NZA 18/2004, S.</i>
<i>Reuter, Dieter</i>	<i>Die ethischen Grundfragen des Privatrechts – formale Freiheitsethik oder materiale Verantwortungsethik?</i>	<i>Archiv für die civilistische Praxis 189 (1989), S. 199 – 222</i>	<i>Zit Reuter, AcP 189, S.</i>
<i>Reuter, Dieter</i>	<i>Inhaltskontrolle im Arbeitsrecht (§ 310 Abs. 4 BGB)</i>	<i>Festschrift 50 Jahre Bundesarbeitsgericht, S. 177 – 196 München 2004</i>	<i>Zit Reuter, FS-BAG, S.</i>
<i>Rieble, Volker/ Klumpp, Steffen</i>	<i>Widerrufsrecht des Arbeitnehmer-Verbrauchers?</i>	<i>Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2002, S. 2153 – 2161</i>	<i>Zit Rieble/Klumpp, ZIP 2002, S.</i>
<i>Richardi, Reinhard/ Wlotzke, Otfried</i>	<i>Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 1, Individualarbeitsrecht I</i>	<i>2. Auflage, München 2000</i>	<i>Zit MHbArbR/ Bearbeiter, §, Rz.</i>
<i>Richardi, Reinhard/ Wlotzke, Otfried</i>	<i>Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 2, Individualarbeitsrecht II</i>	<i>2. Auflage, München 2000</i>	<i>Zit MHbArbR/ Bearbeiter, §, Rz.</i>
<i>Richardi, Reinhard</i>	<i>Auslegung und Kontrolle von Arbeitsverträgen und Betriebsvereinbarungen in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts</i>	<i>Festschrift zum 100-jährigen Bestehen des Deutschen Arbeitsgerichtsverbandes, S. 537 – 572 Neuwied/Kriftel/ Berlin 1994</i>	<i>Zit Richardi, FS-AG-Verband, S.</i>

<i>Richardi, Reinhard</i>	<i>Gestaltung der Arbeitsverträge durch Allgemeine Geschäftsbedingungen nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz</i>	<i>Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht 2002, S. 1057 – 1064</i>	<i>Zit Richardi, NZA 2002, S.</i>
<i>Richardi, Reinhard</i>	<i>Arbeitsrecht als Teil freiheitlicher Ordnung</i>	<i>1. Auflage, Baden-Baden 2002</i>	<i>Zit Richardi, Arbeitsrecht als Teil freiheitlicher Ordnung, S.</i>
<i>Ring, Gerhard</i>	<i>Arbeitsrecht</i>	<i>1. Auflage, Baden-Baden 1998</i>	<i>Zit Ring, Arbeitsrecht, Rz.</i>
<i>Rischar, Andreas</i>	<i>Arbeitsrechtliche Klauseln zur Rückzahlung von Fortbildungskosten</i>	<i>Betriebs-Berater 2002, S. 2550 – 2552</i>	<i>Zit Rischar, BB 2002, S.</i>
<i>Rolfs, Christian</i>	<i>Arbeitsrechtliche Vertragsgestaltung nach der Schuldrechtsreform</i>	<i>Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht 2002, S. 409 – 412</i>	<i>Zit Rolfs, ZGS 2002, S.</i>
<i>Säcker, Franz-Jürgen</i>	<i>Gruppenautonomie und Übermachtskontrolle im Arbeitsrecht</i>	<i>Berlin 1972</i>	<i>Zit Säcker, Gruppenautonomie, S.</i>
<i>Schaub, Günter</i>	<i>Arbeitsrechtshandbuch</i>	<i>10. Auflage, München 2002</i>	<i>Zit Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, §, Rz.</i>
<i>Schilken, Eberhard</i>	<i>Gerichtsverfassungsrecht</i>	<i>3. Auflage Köln/Berlin/Bonn/München 2003</i>	<i>Zit Schilken, Gerichtsverfassungsrecht, Rz.</i>
<i>Schimmel, Roland/ Buhlmann, Dirk</i>	<i>Frankfurter Handbuch zum neuen Schuldrecht</i>	<i>Neuwied/Kriftel 2002</i>	<i>Zit Schimmel/ Buhlmann/ Bearbeiter, HbSchR, Rz., S.</i>
<i>Schleusener, Axel Aino</i>	<i>Zur Widerrufsmöglichkeit von arbeitsvertraglichen Aufhebungsverträgen nach § 312 BGB</i>	<i>Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht 2002, S. 949 – 952</i>	<i>Zit Schleusener, NZA 2002, S.</i>
<i>Schliemann, Harald/ Ascheid, Reiner/ Corts, Jochen/ Dörner, Hans-Jürgen/ Eisemann, Hans/ Friedrich, Hans-Wolf/ Gehring, Heinrich/ Matthes, Hans-Christoph/ Röhler, Waldemar/ Thiele, Christoph</i>	<i>Das Arbeitsrecht im BGB, Kommentar</i>	<i>2. Auflage, Berlin/New York 2002</i>	<i>Zit Schliemann/ Bearbeiter, §, Rz.</i>

<i>Schmidt-Aßmann, Eberhard</i>	<i>In Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band I, Grundlagen von Staat und Verfassung</i>	<i>2. Auflage, Heidelberg 1995</i>	<i>Zit . Schmidt-Aßmann, in Hdb.d. Staatsrechts, §, Rz.</i>
<i>Schnitker, Elmar/ Grau, Timon</i>	<i>Klauselkontrolle im Arbeitsvertrag</i>	<i>Betriebs-Berater 2002, S. 2120 - 2126</i>	<i>Zit . Schnitker/Grau, BB 2002, S.</i>
<i>Schrader, Peter</i>	<i>Neues zu Ausschlussfristen</i>	<i>Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 2003, S. 345 – 351</i>	<i>Zit . Schrader, NZA 2003, S.</i>
<i>Schulte-Nölke, Hans/ Frenz, Norbert/ Flohr, Eckhard</i>	<i>Formularbuch Vertragsrecht</i>	<i>Bielefeld/ Düsseldorf/ Mönchengladbach 2003</i>	<i>Zit . Schulte-Nölke/Frenz/Flohr/ Bearbeiter, Formularbuch Vertragsrecht, Teil, Rz.</i>
<i>Schulze, Reiner/ Schulte-Nölke, Hans</i>	<i>Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts</i>	<i>Tübingen 2001</i>	<i>Zit . Schulze/Schulte-Nölke/Bearbeiter, Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, S.</i>
<i>Schwab, Martin/ Witt, Carl-Heinz</i>	<i>Einführung in das neue Schuldrecht</i>	<i>München 2002</i>	<i>Zit . Schwab/Witt, Einführung in das neue Schuldrecht, S.</i>
<i>Senne, Petra</i>	<i>Arbeitsrecht Das Arbeitsverhältnis in der betrieblichen Praxis</i>	<i>2. Auflage, Neuwied/Kriftel 2002</i>	<i>Zit . Senne, Arbeitsrecht, S.</i>
<i>Singer, Reinhard</i>	<i>Neue Entwicklungen im Recht der Betriebsübung</i>	<i>Zeitschrift für Arbeitsrecht 1993, S. 487 – 516</i>	<i>Zit . Singer, ZfA 1993, S.</i>
<i>Singer, Reinhard</i>	<i>Vertragsfreiheit, Grundrechte und Schutz des Menschen vor sich selbst</i>	<i>Juristen Zeitung 1995, S. 1134 – 1141</i>	<i>Zit . Singer, JZ 1995, S.</i>
<i>Singer, Reinhard</i>	<i>Arbeitsvertragsgestaltung nach der Reform des BGB</i>	<i>Recht der Arbeit 2003, S. 194 – 204</i>	<i>Zit . Singer, RdA 2003, S.</i>
<i>Söllner, Alfred/ Waltermann, Raimund</i>	<i>Grundriss des Arbeitsrechts</i>	<i>13. Auflage, München 2003</i>	<i>Zit . Söllner/Waltermann, Grundriss des Arbeitsrechts, Rz.</i>

<i>Söllner, Alfred</i>	<i>Verfassungsrechtliche Aspekte des Arbeitsvertragsrechts</i>	<i>Festschrift für Eugen Stahlhacke zum 70. Geburtstag, Arbeitsgesetzgebung und Arbeitsrechtsprechung Neuwied/Kriftel/Berlin 1995</i>	Zit . Söllner, FS-Stahlhacke, S.
<i>Söllner, Alfred</i>	<i>Zur Anwendung der gesetzlichen Vorschriften über Allgemeine Geschäftsbedingungen im Arbeitsrecht</i>	<i>Zeitschrift für Arbeitsrecht 2003, S. 145 – 161</i>	Zit . Söllner, ZfA 2003, S.
<i>Soergel</i>	<i>Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2a</i>	<i>13. Auflage, Stuttgart 2002</i>	Zit . Soergel/Bearbeiter, §, Rz.
<i>Staudinger, J. von</i>	<i>Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen – Gesetz zur Regelung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen</i>	<i>13. Bearbeitung, Berlin 1998</i>	Zit . Staudinger/Bearbeiter, § AGBG, Rz.
<i>Staudinger, J. von</i>	<i>Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Erstes Buch, Allgemeiner Teil, §§ 134 – 163</i>	<i>13. Bearbeitung, Berlin 1996</i>	Zit . Staudinger/Bearbeiter, § BGB, Rz.
<i>Staudinger, J. von</i>	<i>Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Zweites Buch. Recht der Schuldverhältnisse Einleitung zu §§ 241 ff; §§ 241 – 243</i>	<i>13. Bearbeitung, Berlin 1995</i>	Zit . Staudinger/Bearbeiter, § BGB, Rz.
<i>Staudinger, J. von</i>	<i>Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Zweites Buch. Recht der Schuldverhältnisse §§ 611 – 615</i>	<i>13. Bearbeitung, Berlin 1999</i>	Zit . Staudinger/Bearbeiter, § BGB, Rz.
<i>Stein, Axel</i>	<i>Tarifvertragsrecht</i>	<i>Stuttgart/Berlin/ Köln 1997</i>	Zit . Stein, Tarifvertragsrecht, Rz.
<i>Stein, Axel</i>	<i>Verweisungen auf Tarifverträge</i>	<i>Arbeit und Recht 2003, S. 361 – 365</i>	Zit . Stein, AuR 2003, S.
<i>Stein, Peter</i>	<i>Inhaltskontrolle von Unternehmerentscheidungen</i>	<i>Arbeit und Recht 2003, S. 99 – 103</i>	Zit . Stein, AuR 2003, S.

Steindorff, E.	Anmerkung zu BAG, Urteil vom 26.10.1973, 3 AZR 377/72	Arbeitsgerichtliche Praxis, Nr. 161 zu § 242 BGB Ruhegehalt	Zit . Steindorff, Anm. zu BAG, Urteil vom 26.10.1972, AP NR. 161 zu § 242 BGB Ruhegehalt
Steinmeyer, Heinz-Dietrich	Betriebliche Altersversorgung und Arbeitsverhältnis	München 1991	Zit . Steinmeyer, Betriebliche Altersversorgung und Arbeitsverhältnis, S.
Stoffels, Markus	AGB-Recht	München 2003	Zit . Stoffels, AGB-Recht, Rz.
Stoffels, Markus	Schranken der Inhaltskontrolle	Juristen Zeitung 2001, S. 843 – 849	Zit . Stoffels, JZ 2001, S.
Streinz, Rudolf	Europarecht	5. Auflage, Heidelberg 2001	Zit . Streinz, Europarecht, §, Rz.
Thomas, Heinz/ Putzo, Hans/ Reichold, Klaus/ Hüßtege, Rainer	Zivilprozeßordnung, Kommentar	25. Auflage, München 2003	Zit . Thomas/Putzo/ Bearbeiter, §, Rz.
Thüsing, Gregor	Gedanken zur Vertragsautonomie im Arbeitsrecht	Festschrift für Herbert Wiedemann zum 70. Geburtstag, S. 559 – 585 München 2002	Zit . Thüsing, FS-Wiedemann, S.
Thüsing, Gregor	Inhaltskontrolle von Formulararbeitsverträgen nach neuem Recht	Betriebs-Berater 2002, S. 2666 – 2674	Zit . Thüsing, BB 2002, S.
Thüsing, Gregor	Was sind die Besonderheiten des Arbeitsrechts?	Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht 2002, S. 591 – 595	Zit . Thüsing, NZA 2002, S.
Thüsing, Gregor	Grundrechtsschutz und kirchliches Arbeitsrecht	Recht der Arbeit 2003, S. 210 – 215	Zit . Thüsing, RdA 2003, S.
Thüsing, Gregor/ Lambrich, Thomas	AGB-Kontrolle arbeitsvertraglicher Bezugnahmeklauseln	Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht 2002, S. 1361 – 1370	Zit . Thüsing/Lambrich, NZA 2002, S.
Tonner, Klaus	Das neue Fernabsatzgesetz – oder: System statt „Flickenteppich“	Betriebs-Berater 2000, S. 1413 – 1420	Zit . Tonner, BB 2000, S.

<i>Tschöpe, Ulrich</i>	<i>Sind Entgeltabreden der Inhaltskontrolle nach §§ 305 ff. BGB unterworfen?</i>	<i>Der Betrieb</i> 2002, S. 1830 – 1834	Zit <i>Tschöpe, DB</i> 2002, S.
<i>Ulmer, Peter/ Brandner, Erich/ Hensen, Horst-Diether</i>	<i>Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen</i>	9. Auflage, Köln 2001	Zit <i>Ulmer/Brandner/ Hensen/Bearbeiter,</i> §, Rz.
<i>Weick, Günter</i>	<i>Schuldrechtsreform, Transparenz und Gesetzgebungstechnik</i>	<i>Juristen Zeitung</i> 2002, S. 442 – 445	Zit <i>Weick, JZ</i> 2002, S.
<i>Westhoff, Stefan</i>	<i>Die Inhaltskontrolle von Arbeitsverträgen – Rechtsanwendung, Rechtsfortbildung oder Rechtspolitik ?</i>	Düsseldorf 1975	Zit <i>Westhoff,</i> Inhaltskontrolle, S.
<i>Willemsen, Heinz Josef/ Grau, Timon</i>	<i>Geltungserhaltende Reduktion und „Besonderheiten des Arbeitsrechts“</i>	<i>Recht der Arbeit</i> 2003, S. 321 – 328	Zit <i>Willemsen/Grau,</i> RdA 2003, S.
<i>Witt, Alexander</i>	<i>Keine AGB-Kontrolle tariflicher Regelungen?</i>	<i>Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht</i> 2004, S. 135 – 138	Zit <i>Witt, NZA</i> 2004, S.
<i>Wolf, Manfred</i>	<i>Inhaltskontrolle von Arbeitsverträgen</i>	<i>Recht der Arbeit</i> 1988, S. 270 – 276	Zit <i>Wolf, RdA</i> 1988, S.
<i>Wolf, Manfred / Horn, Norbert / Lindacher, Walter F.</i>	<i>Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen</i>	4. Auflage, München 1999	Zit <i>Wolf/Horn/ Lindacher/ Bearbeiter,</i> §, Rz.
<i>Zippelius, Reinhold</i>	<i>Juristische Methodenlehre</i>	7. Auflage, München 1999	Zit <i>Zippelius,</i> §, S.
<i>Zöllner, Wolfgang</i>	<i>Die politische Rolle des Privatrechts</i>	<i>Juristische Schulung</i> 1988, S. 329 - 336	Zit <i>Zöllner, JuS</i> 1988, S.
<i>Zöllner, Wolfgang</i>	<i>Privatautonomie und Arbeitsrecht</i>	<i>Archiv für die civilistische Praxis</i> 176 (1976), S. 221 – 246	Zit <i>Zöllner, AcP</i> 176, S.
<i>Zöllner, Wolfgang</i>	<i>Immanente Grenzen arbeitsvertraglicher Regelungen</i>	<i>Recht der Arbeit</i> 1989, S. 152 – 164	Zit <i>Zöllner, RdA</i> 1989, S.

Zöllner, Wolfgang *Regelungsspielräume im Schuldvertragsrecht* *Archiv für die civilistische Praxis* 196 (1996), S. 1 – 36 Zit. Zöllner, AcP 196, S. .

Zöllner, Wolfgang/ Loritz, Karl-Georg *Arbeitsrecht* 5. Auflage, München 1998 Zit. Zöllner/Loritz, . *Arbeitsrecht*, S.

Einleitung

Das Thema der vorliegenden Untersuchung ist nicht neu. Es bot bereits in der Vergangenheit – wenngleich mit unterschiedlichen Schwerpunkten – Anlass für diverse Habilitationsschriften, so beispielsweise von Preis, Hoyningen-Huene oder Fastrich.

Im Zusammenhang mit dem In-Kraft-Treten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes am 01.01.2002 erlebt die AGB-Kontrolle von Arbeitsverträgen indes eine Renaissance, die erst gegen Ende des Gesetzgebungsverfahrens ihre gesetzliche Grundlage fand, in ihrer praktischen Reichweite wohl erst in den nächsten Jahren vollends offenbar werden wird. Grund hierfür ist die Modifikation der ursprünglich bestehenden Bereichsausnahme für das Arbeitsrecht im AGB-Gesetz hin zu einer Bereichseinschränkung. Die ersten Prognosen sind sehr unterschiedlich. Während auf der einen Seite von der Heimkehr des Arbeitsrechts in das allgemeine Zivilrecht gesprochen wird¹, haben andere die Befürchtung, dass auf Jahre hin im Arbeitsvertragsrecht kein Stein mehr auf dem anderen bleibt².

Die Berührungspunkte des reformierten Schuldrechts zum Arbeitsrecht erschöpfen sich jedoch nicht in dieser Modifikation. Anlass für eine lebhafte wissenschaftliche Diskussion gibt darüber hinaus die Subsumtion des Arbeitnehmers unter den legal definierten Verbraucherbegriff. Der Frage kommt keine isolierte Bedeutung zu, vielmehr stehen – je nach Antwort – weitere Folgeproblematiken zur wissenschaftlichen Diskussion.

Die vorliegende Arbeit unternimmt den Versuch, die teilweise – bereits im Rahmen der alten Gesetzeslage – umfänglich diskutierten Probleme aufzugreifen und sie auf Kompatibilität mit der aktuellen Gesetzeslage zu untersuchen. Gleichzeitig werden durch die Neufassung Problemkreise im Rahmen der nunmehr gebotenen AGB-Kontrolle geschaffen. Dies gilt namentlich im Hinblick auf mögliche Prüfungsgegenstände, anzuwendende Prüfungsmaßstäbe, die Frage, was unter „im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten“ zu verstehen ist und nicht zuletzt, wie sie „angemessen zu berücksichtigen“ sind. Gerade innerhalb dieser Problematiken will die Untersuchung einen systematisch fundierten Lösungsbeitrag leisten, in dem Leitlinien zur Konkretisierung dieser Punkte entwickelt werden. Die einzelnen, häufig verwendeten Arbeitsvertragsklauseln treten indes hierbei in den

1 So Henssler, RdA 2002, S. 129, 139.

2 So Hümmerich/Holthausen, NZA 2002, S. 173.

Hintergrund. Sie werden lediglich zur Untermauerung der zu ermittelten Thesen herangezogen, ohne jedoch eine eigene umfängliche Analyse zu erfahren. Im Vordergrund steht vielmehr eine grundlegend-systematische Betrachtung der AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht, die in sich geschlossen und dogmatisch fundiert ist.

Zuletzt werden die spezifisch arbeitsrechtlichen Institute der arbeitsvertraglichen Einheitsregelung, der Gesamtzusage und der betrieblichen Übung einer Analyse dahingehend unterzogen, ob und gegebenenfalls in welcher Form sie sich in der System der AGB-Kontrolle einfügen lassen.

Kapitel 1 : Situation vor In-Kraft-Treten der Schuldrechtsreform

A. Gesetzeslage bis zum 31.12.2001

A.I. Historischer Aufriss

Bis zum Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11.2001 am 01.01.2002³ wurden Allgemeine Geschäftsbedingungen in Standardverträgen auf der Grundlage des am 01.04.1977 in Kraft getretenen Gesetzes zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen⁴ (AGB-Gesetz) überprüft.

Die gesetzgeberischen Vorarbeiten zu diesem Gesetz reichen bis ins Jahr 1970, der Einsetzung einer „Kommission“ durch den Bundesminister der Justiz Jahn, zurück⁵. Sie waren nicht zuletzt von dem Bestreben gekennzeichnet, der bis zu diesem Zeitpunkt vorhandenen Rechtsprechung des BGH auf dem Gebiet der Allgemeinen Geschäftsbedingungen ein positivrechtliches Regelungswerk zur Seite zu stellen. Hierdurch sollte ein Beitrag zu größerer Rechtssicherheit und Rechtsklarheit geschaffen⁶ und somit die Akzeptanz, insbesondere auf Seiten der Wirtschaft, erhöht werden.

A.II. Grundkonzeption und Schutzzweckbestimmung des Gesetzes

Anlässlich der Arbeiten an dem Gesetz hatten sowohl die damalige sozialdemokratisch-liberale Regierung als auch die Oppositionsfraktion der CDU/CSU Gesetzesentwürfe eingebracht⁷, welche in ihrer Grundkonzeption und Zielrichtung zwar Gemeinsamkeiten, aber auch grundsätzliche Unterschiede aufwiesen⁸. Der federführende Rechtsausschuss formulierte nach Beratung und Abstimmung das Ziel seiner Beschlussempfehlung einmütig dahingehend,

3 BGBl. I, 2001, S. 3138.

4 BGBl. I, 1976, S. 3317.

5 Vgl. BT-DS 7/5422, S. 2; Staudinger/Schlosser, Einl. zum AGBG, Rz. 7.

6 Vgl. BT-DS 7/5422, S. 2.

7 BT-DS 7/3200 (CDU/CSU); BT-DS 7/3919 (Bundesregierung).

8 Vgl. hierzu ausführlich Fenn, FS-Söllner, S. 333, 339 ff.

die Teilnehmer am Wirtschaftsverkehr, insbesondere die Letztverbraucher, vor der Unterwerfung unter unangemessene, einseitig vorformulierte Vertragsbedingungen zu schützen. Es sollte verhindert werden, dass die im Bürgerlichen Gesetzbuch gewährte Vertragsfreiheit von den Verwendern von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) zum Nachteil ihrer Vertragspartner einseitig in Anspruch genommen wird⁹.

Er stellte mit dieser Formulierung bereits den Schutzzweck des Gesetzes klar. Sein Ziel war es, der mit der Verwendung von AGB typischerweise verbundenen Gefahr einseitiger Ausnutzung der faktischen Vertragsgestaltungsfreiheit zu Lasten des Kunden entgegenzutreten¹⁰. Wenngleich diese Schutzzweckbestimmung in den Folgejahren nicht unbestritten blieb¹¹, so setzte sich doch die Erkenntnis durch, dass der Verbraucherschutzgedanke als überwiegendes Regelungsziel des AGB-Gesetzes dieses nicht trägt, da sich der Gesetzgeber bewusst für eine umfassende Schutzrichtung des AGB-Gesetzes entschieden hatte und somit über seine ursprünglich geplante Absicht hinaus, ein Gesetz zum Schutz des Letztverbrauchers zu schaffen¹², legislativ tätig wurde.

Die im Rahmen der Novellierungen des Gesetzes in den Jahren 1996 und 2000 vorgenommenen, teils notwendigen Veränderungen lassen jedoch den dargestellten Schutzzweck unberührt¹³.

A.III. Geltungsbereich im Hinblick auf das Arbeitsrecht

Trotz dieser erweiterten Schutzrichtung verkannte der Gesetzgeber im Jahr 1976 nicht, dass von der Natur der Sache her gewisse Grenzen gezogen sind¹⁴. Diese betrafen den rechtsdogmatischen Rahmen sowie besondere Umstände in bestimmten Lebensbereichen, die Ausnahmen vom sachlichen oder persönlichen Anwendungsbereich erforderlich machten¹⁵.

Namentlich sah er diese Voraussetzungen auf dem Gebiet des Arbeitsrechts erfüllt.

Der sachliche Anwendungsbereich wurde daher wie folgt in § 23 Abs. 1 ABG-Gesetz gefasst:

9 BT-DS 7/5422, S. 1 f.

10 Vgl. Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer, Einl., Rz. 29.

11 Vgl. Neuere Zusammenfassung bei Burckhardt, Das AGB-Gesetz unter dem Einfluss der EG-Richtlinie, S. 23 ff mwN.

12 Vgl. Ulmer/Brandner/Hensen/Brandner, § 24, Rz. 6; Fenn, FS-Söllner, S. 333, 339.

13 Vgl. Staudinger/Schlosser, § 24a, Rz. 5.

14 BT-DS 7/5422, S. 3.

15 BT-DS 7/5422, S. 3 f.

„Dieses Gesetz findet keine Anwendung auf dem Gebiet des Arbeits-, Erb-, Familien- und Gesellschaftsrecht.“

Zur Begründung dieser, in § 23 Abs. 1 AGB-Gesetz formulierten Bereichsausnahme vom sachlichen Anwendungsbereich wies er darauf hin, auf dem Gebiet des Arbeitsrechts werde ein Schutz des schwächeren Vertragspartners vor unangemessenen Vertragsbedingungen durch ein dichtes Netz von zwingenden Vorschriften und durch das besondere System der kollektivrechtlichen Vereinbarung verwirklicht¹⁶. Soweit auch auf diesem Gebiet noch eine Verbesserung des Schutzes vor unangemessenen Bedingungen erforderlich erscheint, sollten besondere gesetzgeberische Maßnahmen auf dem Gebiet des Arbeitsrechts vorgenommen werden¹⁷.

Diese Begründung ist sprachlich eindeutig, gleichzeitig jedoch von der damals herrschenden Hoffnung erfüllt, es werde zu einer Kodifikation eines Arbeitsvertragsgesetzes kommen, welches speziell für diesen Bereich Problemlösungen beinhalten sollte¹⁸. Da bereits im Jahr 1976 die Arbeitsgesetzbuchkommission in den Endzügen ihrer Arbeit an einem Allgemeinen Arbeitsvertragsrecht war – ihr Entwurf wurde 1977 vorgelegt¹⁹ – schien diese Hoffnung begründet. Hinzu kam, dass auch der Gesetzgeber mit dem nunmehr konzipierten § 23 Abs.1 AGB-Gesetz keinerlei Rückschritte in der bis dato praktizierten Rechtsprechung des BAG verbinden wollte. Folgerichtig stellt der maßgebende Bericht des Rechtsausschusses zu § 23 AGB-Gesetz fest:

„Für die in Absatz 1 vom sachlichen Anwendungsbereich des Gesetzes ausgenommenen Rechtsgebiete finden bei der Inhaltskontrolle vorformulierter Vertragsbedingungen die schon bisher geltenden Rechtsmaßstäbe weiterhin Anwendung“²⁰.

Mit dieser Feststellung sollte vor allem klargestellt werden, dass die Herausnahme dieser Rechtsbereiche aus dem Anwendungsbereich des Gesetzes die bisherige Inhaltskontrolle vorformulierter Klauseln – etwa bei Gesellschaftsverträgen sog. Publikums-Kommanditgesellschaften – insbesondere am Maßstab des § 242 BGB, nicht berührt²¹.

16 Vgl. BT-DS 7/3919, S. 41.

17 BT-DS 7/3919, S. 41.

18 Vgl. Fenn, FS-Söllner, S. 333, 340.

19 Erf. Komm./Preis, § 611, Rz. 1.

20 BT-DS 7/5422, S. 13.

21 BT-DS 7/5422, S. 13.

Alleine vor diesem Hintergrund ist eine konkretisierte Bestimmung des Geltungsbereichs des § 23 Abs. 1 AGB-Gesetzes für das Arbeitsrecht möglich.

A.III.1 Positive Bestimmung des Geltungsbereichs durch § 23 Abs. 1 AGB-Gesetz

Der Wortlaut des § 23 Abs. 1 AGB-Gesetz, wonach es auf dem Gebiet des Arbeitsrechts keine Anwendung findet, legt zunächst die Frage nahe, welche Reichweite dem Merkmal „Gebiet des Arbeitsrechts“ zukommt.

Neben den bereits dargestellten gesetzgeberischen Erwägungen sind zu deren Ermittlung insbesondere die in der Norm genannten weiteren Bereiche – das Erb-, Familien- und Gesellschaftsrecht – heranzuziehen, in denen ebenfalls das AGB-Gesetz keine Anwendung findet.

Trotz ihres unterschiedlichen Standorts innerhalb des Gesetzes ist ihnen gemein, dass es sich im Kern jeweils um abgeschlossene rechtliche Systeme handelt. Die hiervon umfassten Rechtssubjekte bewegen sich jedoch nicht ausschließlich innerhalb dieser abgeschlossenen Systeme, sondern werden darüber hinaus permanent am Markt tätig. Sie schließen mithin Verträge, auf die das AGB-Gesetz zweifellos Anwendung findet.

Dies gilt für den Erben beim Autokauf genauso wie für die Eltern, die ihr minderjähriges Kind beim Fahrradkauf gesetzlich vertreten wollen. Auch dem Alltagskauf im Supermarkt wird ein gewisser gesellschaftsrechtlicher Bezug nicht abzusprechen sein, ist der jeweilige Vertragspartner doch meist eine Personen- oder Kapitalgesellschaft.

Die in § 23 Abs. 1 AGB-Gesetz vorgesehene Bereichsausnahme auf diese Fälle zu erstrecken, hieße im Ergebnis, ihr die Existenzberechtigung zu entziehen.

Da sich der Gesetzgeber insoweit für einen erweiterten Anwendungsbereich entschieden hat bedarf die Ausnahmvorschrift des § 23 Abs. 1 AGB-Gesetz einer engen Auslegung²². Nur die Kernbereiche der ausgenommenen Rechtsgebiete werden umfasst. Namentlich Verträge,

²² Vgl. Larenz, Methodenlehre, S. 176, allgemein zum Grundsatz der engen Auslegung von Ausnahmeregelungen.

welche dem entsprechenden Rechtsgebiet prägenden Charakter dadurch verleihen, dass man sie in anderen Rechtsgebieten nicht findet.

Für das Erbrecht sind dies insbesondere Erbverträge, Erbverzicht, Erbaugleichverträge sowie sonstige Verträge unter Nachlassbeteiligten, welche einen Nachlassbezug aufweisen²³.

Im Familienrecht fallen alle Verträge des 4. Buches des BGB – als Beispiel sei der Ehevertrag nach §§ 1415 ff BGB genannt – hierunter²⁴.

Im Gesellschaftsrecht sind insbesondere Verträge gemeint, die unmittelbar auf Struktur, Personenkreis oder Willensbildung der Gesellschaft einwirken, also den Gesellschaftsvertrag (die Satzung) gestalten oder die Gesellschafterrechte inhaltlich prägen²⁵.

Übertragen auf die Bereichsausnahme des Arbeitsrechts bedeutet dies, dass lediglich die Kernbereichsverträge, welche statusrelevante Folgen zeitigen, hiervon erfasst werden. Abzustellen ist in diesem Zusammenhang auf den durch Rechtsprechung²⁶ und Literatur²⁷ entwickelten Arbeitnehmerbegriff, wonach Arbeitnehmer derjenige ist, wer auf Grund eines Arbeitsvertrags unselbständige, fremdbestimmte Arbeit leistet.

Namentlich wollte der Gesetzgeber somit die Arbeitsverträge als solche, worunter auch einzelne Änderungsverträge fallen, aus dem Anwendungsbereich des AGB-Gesetzes ausnehmen. Gleiches sollte für Verträge und Erklärungen gelten, welche zur Beendigung eines Arbeitsverhältnisses führten sowie Vereinbarungen, welche den Verlust speziell arbeitsvertraglicher Ansprüche nach sich zogen. Dies vor dem Hintergrund, dass bei allen derartigen Verträgen der arbeitsvertraglichen Kernbereich betroffen sei²⁸. Schließlich sollte das gesamte Kollektivarbeitsrecht keiner Kontrolle nach dem AGB-Gesetz unterliegen²⁹.

23 Staudinger/Schlosser, § 23, Rz. 4.

24 Wolf/Horn/Lindacher/Horn, § 23, Rz. 61.

25 Wolf/Horn/Lindacher/Horn, § 23, Rz. 74.

26 Vgl. BAG, Urteil vom 28.02.1962, 4 AZR 141/61, BAGE 12, S. 303, 307; BAG, Beschluss vom 16.02.2000, 5 AZB 71/99, AP Nr. 70 zu § 2 ArbGG 1979; EzA § 2 ArbGG Nr. 49, - juris -; BAG, Urteil vom 26.09.2000, 5 AZR 61/99, AP Nr. 37 zu § 611 BGB Rundfunk; EzA § 611BGB Arbeitnehmerbegriff Nr. 84; - juris -; BAG, Urteil vom 24.10.2001, 5 AZR 33/00, NZA 2002, S. 527; - juris -; BAG, Urteil vom 12.12.2001, 5 AZR 253/00, AP Nr. 111 zu § 611 BGB Abhängigkeit; EzA § 611BGB Arbeitnehmerbegriff Nr. 87; - juris -

27 Vgl. Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, § 9 II, S. 34 ff; Berger-Delhey/Alfmeier, NZA 1991, S. 257 ff; Lieb, Arbeitsrecht, Rz. 1, S. 1; Staudinger/Richardi, Rz. 125 ff. vor § 611; Preis, Arbeitsrecht, § 8, S. 42; Söllner/Waltermann, Grundriss des Arbeitsrechts, Rz. 61 ff.

28 Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer, § 23, Rz. 5.

29 Wolf/Horn/Lindacher/Horn, § 23, Rz. 36.

Eine Überprüfung arbeitsvertraglicher Vereinbarungen, soweit sie vorliegend Bestandteil der Untersuchung sind, anhand der Normen des AGB-Gesetzes schied daher grundsätzlich aus.

A.III.2 Negative Bestimmung des Geltungsbereichs durch § 23 Abs. 1 AGB-Gesetz

Weder vom Wortlaut noch von der Intention des Gesetzgebers wurden Verträge umfasst, welche ihren rechtlichen Schwerpunkt nicht im Arbeitsrecht hatten, sondern lediglich anlässlich des Arbeitsverhältnisses geschlossen wurden. Darunter fielen namentlich Kaufverträge über werksintern produzierte Waren, Mietverträge über Werkswohnungen³⁰, Darlehensverträge zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer³¹, welche insgesamt unter dem Oberbegriff Mitarbeiterverträge geführt wurden³².

Der Grund hierfür bestand darin, dass letztlich kein spezifisch dem Arbeitsrecht zuzuordnender Vertragstyp die Rechte und Pflichten aus den Mitarbeiterverträgen bestimmt. Die Übereignungspflicht des Arbeitgebers beim Werkswagenverkauf folgt gerade nicht aus seiner Arbeitsgebereigenschaft, sondern aus seiner Verkäufereigenschaft. Gleiches galt für die sich aus den restlichen, soeben genannten Vertragstypen ergebenden Rechte und Pflichten.

Hinzu kam, dass die gesetzgeberische Begründung für die Bereichsausnahme, wonach der Arbeitnehmer durch ein dichtes Netz von zwingenden Vorschriften und kollektivrechtlichen Vereinbarungen³³ geschützt sei, bei den Mitarbeiterverträgen nicht passt. Das gesamte geschriebene und durch die Rechtsprechung entwickelte Arbeitsrecht hat den Charakter eines Arbeitnehmerschutzrechts³⁴. Es hat den Bestandsschutz im Sinn, wie beispielsweise das Kündigungsschutzgesetz, setzt Regeln für bestimmte Hauptleistungspflichten fest, gedacht sei nur an das Arbeitszeit- oder das Altersteilzeitgesetz. Darüber hinaus gewährt es dem Arbeitnehmer von Gesetzes wegen Rechte, sei es in Form von Urlaub im

30 Wolf/Horn/Lindacher/Horn, § 23, Rz. 36.

31 Staudinger/Schlosser, § 23, Rz. 3.

32 Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer, § 23, Rz. 5a.

33 Vgl. BT-DS 7/3919, S. 41.

34 Vgl. Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, § 2, Rz. 2; Lieb, Arbeitsrecht, Rz. 35, S. 14; Löwisch, Arbeitsrecht, Rz. 43, S. 12.

Bundesurlaubsgesetz oder in Form von Mitbestimmung im Betriebsverfassungsgesetz oder Montan-Mitbestimmungsrecht.

Dieser soziale Schutz versagt indes bei den Mitarbeiterverträgen, so dass das ansonsten entstehende Schutzdefizit durch Anwendung des AGB-Gesetzes zu verhindern war, was auch durch den bis zum 31.12.2001 geltenden § 23 Abs.1 AGB-Gesetz nicht ausgeschlossen war.

Zusammenfassend ist demnach festzuhalten, dass Arbeitsverträge, Auflösungs- und ähnliche Verträge, welche den Kernbereich des Arbeitsverhältnisses betrafen, von der Bereichsausnahme des § 23 Abs. 1 AGB-Gesetz umfasst waren, während Mitarbeiterverträge, welche lediglich anlässlich des Arbeitsverhältnisses geschlossen wurden, stets unter den Anwendungsbereich des AGB-Gesetzes fielen.

A.III.3 Bedeutung des neuen § 24a AGB-Gesetz

Die Novellierung des AGB-Gesetzes im Jahr 1996, welche neben hier nicht im Einzelnen zu bewertende Neuerungen im Bereich des zwischenstaatlichen Geltungsbereichs mit sich brachte³⁵, führte zur Neuaufnahme des § 24a in das AGB-Gesetz.

Hiernach wurde für so genannte Verbraucherverträge eine Fiktion geschaffen, wonach Allgemeine Geschäftsbedingungen als vom Unternehmer gestellt galten, es sei denn sie wurden durch den Verbraucher eingeführt. Darüber hinaus wurde die Anwendung von Teilen des AGB-Gesetzes auf vorformulierte Vertragsbedingungen, welche nur zur einmaligen Verwendung bestimmt waren, unter gewissen Umständen erstreckt. Schließlich änderte sich bei der Beurteilung der unangemessenen Benachteiligung in Verbraucherverträgen der Prüfungsmaßstab dahingehend, dass nunmehr auch die den Vertragsabschluss begleitenden Umstände zu berücksichtigen waren.

Der Grund dieser Neuregelungen bestand in der europarechtlichen Umsetzungsverpflichtung betreffend die RL des Ministerrats vom 05.04.1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen³⁶(1993/13 EWG).

35 Ausführlich hierzu Wolf/Horn/Lindacher/Lindacher, § 12 Rz. 2 ff.

Wenngleich sie eine grundsätzlich andere Zielrichtung verfolgte, indem sie den rollenspezifischen Unterlegenschutz in den Vordergrund rückte³⁷ und sich somit als Instrument des Verbraucherschutzes³⁸ darstellt, hat der Gesetzgeber seine ursprüngliche, dem AGB-Gesetz zugedachte Schutzrichtung³⁹ nicht grundlegend ändern wollen. Da das zu diesem Zeitpunkt bestehende AGB-Gesetz seinerseits bereits in erheblichem Umfang den Vorgaben der RL 1993/13/EWG entsprach, sollten lediglich die europarechtlich gebotenen Erweiterungen im Bereich des Verbraucherschutzes neu eingefügt werden⁴⁰.

Diese gesetzgeberischen Erwägungen zugrunde gelegt, lässt sich als Zwischenergebnis festhalten, dass durch die Änderung des AGB-Gesetzes keine Erstreckung des Anwendungsbereichs auf das Arbeitsrecht verbunden war. Weder der Wortlaut des § 23 Abs. 1 AGB-Gesetz wurde im Zuge der Neufassung geändert noch lassen sich den Gesetzesmaterialien entsprechende Anhaltspunkte entnehmen.

A.III.4 Arbeitsvertrag als Verbrauchervertrag im Sinne des Europarechts?

Das gerade gefundene Zwischenergebnis ist nunmehr aus europarechtlicher Sicht erneut zu überprüfen. Würde nämlich die RL 1993/13 EWG ihrerseits das Arbeitsverhältnis als Verbraucherverhältnis einordnen, wäre die Frage zu klären, inwieweit das Gebot der europarechtskonformen Auslegung⁴¹ das auf nationaler Ebene ermittelte Ergebnis zu beeinflussen vermag.

Zu diesem Zweck bedarf es eines Blickes in die RL.

Art. 2 der RL enthält eine Begriffsbestimmung. Hiernach ist der Verbraucher „eine natürliche Person, die bei Verträgen, die unter diese RL fallen, zu einem Zweck handelt, der nicht ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann“⁴². Der so umschriebene

36 BT-DS 13/2713, S. 4.

37 Burckhardt, Das AGB-Gesetz unter dem Einfluss der EG Richtlinie, S. 47.

38 Heinrichs, NJW 1993, S. 1817, 1818.

39 Vgl. oben A. I.

40 BT-DS 13/2713, S. 4 f, 7 f.

41 Hierzu für den Bereich des AGB-Gesetz Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer, Einl. 73 ff mit Hinweis auf die st. Rspr. des EuGH.

42 ABIEG Nr. L 95 v. 21.04.1993, S. 29 ff.

persönliche Anwendungsbereich umfasst zunächst auch den Arbeitnehmer, verstanden als jemand, der aufgrund eines Arbeitsvertrags unselbständige, fremdbestimmte Arbeit leistet. Im Zeitpunkt des Abschlusses des Arbeitsvertrags übt er als natürliche Person gerade keine gewerbliche oder berufliche Tätigkeit aus, sondern trifft eine zukunftsorientierte Vereinbarung im Hinblick auf die ihm obliegenden Leistung, zustehenden Gegenleistungen und gegenseitigen Verpflichtungen.

Die in der RL dargestellte Definition setzt darüber hinaus jedoch voraus, dass der fragliche Vertrag auch vom sachlichen Anwendungsbereich umfasst wird. Dieser wird in der RL selbst nicht positiv bestimmt, so dass die zur Erläuterung dienenden Erwägungsgründe ergänzend heranzuziehen sind. In Erwägungsgrund Nr. 10 führt der Rat aus:

„Durch die Aufstellung einheitlicher Rechtsvorschriften auf dem Gebiet missbräuchlicher Klauseln kann der Verbraucher besser geschützt werden. Diese Vorschriften sollten für alle Verträge zwischen Gewerbetreibenden und Verbrauchern gelten. Von dieser RL ausgenommen sind daher insbesondere Arbeitsverträge sowie Verträge auf dem Gebiet des Erb-, Familien- und Gesellschaftsrechts“.

Die Ähnlichkeit dieser Formulierung mit der Bereichsausnahme des § 23 Abs.1 AGB-Gesetzes springt förmlich ins Auge⁴³. Der europäische Normgeber sieht somit, wie auch der historische Gesetzgeber des AGB-Gesetzes, den Anwendungsbereich der RL für Arbeitsverträge als nicht eröffnet an. Er formuliert insoweit eindeutig, indem er Arbeitsverträge explizit dem Anwendungsbereich der RL entzieht. Wenngleich Art. 8 der RL den Mitgliedsstaaten grundsätzlich die Möglichkeit eröffnet, auf dem durch die RL geregelten Gebiet strengere, das Schutzniveau erhöhende Bestimmungen zu erlassen, so ändert diese „Öffnungsklausel“ zunächst einmal nichts an der an dieser Stelle zu ziehenden Zwischenbilanz⁴⁴.

43 In diesem Sinne auch Fenn, FS-Söllner, S. 333, 352.

44 Zur Frage, inwieweit die europarechtlichen Vorgaben die Definition des Verbrauchers im nationalen Recht beeinflussen und begrenzen vgl. unten Kapitel 2 B; Kapitel 3 B. III.1.a. c.

A.III.5 Ergebnis

Die europarechtlichen Vorgaben verlangen keine Abkehr von dem oben ermittelten Zwischenergebnis, wonach Arbeitsverträge nicht unter den Anwendungsbereich des § 24a AGB-Gesetz fallen, im Rahmen einer richtlinienkonformen Auslegung⁴⁵. Die RL selbst verzichtet für Arbeitsverträge auf das durch sie vermittelte Schutzniveau, gebietet aber gleichzeitig eine einschränkende, richtlinienkonforme Auslegung der Bereichsausnahme des § 23 Abs. 1 AGB-Gesetz bezüglich „Mitarbeiterverträge“. Da die RL nur Arbeitsverträge ausnimmt, bestimmt sie gleichzeitig im Umkehrschluss, dass alle übrigen Verträge, seien sie auch durch das Arbeitsverhältnis motiviert, vom Anwendungsbereich umfasst werden⁴⁶. Insoweit bringt diese Erkenntnis für die hier zu erörternde Problematik indes nichts neues, hat doch die Rechtsprechung des BAG bereits vor Einführung des § 24a AGB-Gesetz „Mitarbeiterverträge“ einer Prüfung nach dem AGB-Gesetz unterzogen⁴⁷ und somit das intendierte Schutzniveau erreicht.

Auch nach der Umsetzung der RL durch Änderung des AGB-Gesetzes findet eine hieraus resultierende Klauselkontrolle für Arbeitsverträge nicht statt. Weder der Wortlaut noch eine richtlinienkonforme Auslegung, decken eine gegenteilige Auffassung.

B. Selbstverständnis des Bundesarbeitsgerichts im Hinblick auf den Umgang mit dem AGB-Gesetz und der Kontrolle von Arbeitsverträgen

B.I. Allgemeines

Trotz der eindeutigen gesetzlichen Vorgaben an die Gerichte bedarf der Umgang des BAG mit diesen einer näheren Betrachtung.

45 In diesem Sinne auch Fenn, FS-Söllner, S. 333, 352 ff, der allerdings bereits Arbeitnehmer als nicht von der Definition des Art. 2 b) RL umfasst ansieht.

46 Vgl. Wolf/Horn/Lindacher/Horn, § 24a, Rz. 22; weitergehend Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer, § 24a, Rz. 11, der eine Anwendbarkeit der RL auf dem gesamten Gebiet des Arbeitsrechts verneint.

47 Vgl. oben B. I. 2.

Auch das höchste deutsche Arbeitsgericht sah sich veranlasst, bestimmte Vereinbarungen von Arbeitsverträgen mit erhöhter Aufmerksamkeit zu überprüfen. Die Reichweite der Entscheidungen reicht von der Feststellung, dass einzelne Punkte nicht Teil des Arbeitsvertrags geworden sind, über die Versagung der Wirksamkeit diverser Klauseln im Einzelfall, bis hin zu einer generellen Unwirksamkeit.

B.II. Grundsätzliche Anwendbarkeit des AGB-Gesetzes

In ständiger Rechtsprechung wies das BAG auf die bestehende Rechtslage hin, wonach bei dem Arbeitsvertrag als vorformuliertem Formularvertrag, die Vorschriften des AGB-Gesetzes aufgrund der Bereichsausnahme des § 23 Abs. 1 AGB-Gesetz keine Anwendung fänden⁴⁸. Nach anfänglicher Unsicherheit und Auseinandersetzung mit der hierzu erschienenen Literatur sah sich auch das BAG in der Folgezeit bei der Prüfung der sog. Mitarbeiterverträge auf der Grundlage des AGB-Gesetzes nicht durch die Bereichsausnahme des § 23 Abs. 1 AGB-Gesetz gehindert⁴⁹. Es machte sich insoweit die bereits oben dargestellte Argumentation zu eigen und verwies darüber hinaus darauf, dass „Gesetze auf dem Gebiet des Arbeitsrechts, die damit (mit Mitarbeiterverträgen) zusammenhängende Fragen regeln, ... auch in Zukunft nicht zu erwarten“⁵⁰ seien.

So klar die erstgenannte Aussage auf den ersten Blick erscheinen mag, so sehr wird der aufmerksame Rechtsanwender bei der Lektüre der zahlreichen Judikate von den meist unmittelbar folgenden Äußerungen überrascht.

Auffällig sind insbesondere die unterschiedlichen Ansätze der verschiedenen Senate zu der dogmatischen Reichweite der Bereichsausnahme. An dieser Stelle ist lediglich ein exemplarischer Überblick der Probleme der Rechtsprechungspraxis im Umgang mit dem AGB-Gesetz möglich.

48 Vgl. BAG, Urteil vom 23.05.1984, 4 AZR 129/82, AP Nr. 9 zu § 339 BGB; BAGE 46, S. 50 ff.; -juris - ; BAG, Urteil vom 16.10.1991, 5 AZR 35/91, AP Nr. 1 zu § 19 BErzGG; NZA 2002, S. 793, 794; - juris - ; BAG, Urteil vom 23.09.1992, 5 AZR 569/91, AP Nr. 1 zu § 611 BGB Arbeitnehmerdarlehen; EzA § 117 GewO Nr. 1; - juris - ; BAG, Urteil vom 11.06.1997, 7 AZR 313/96 - juris - ; BAG, Urteil vom 13.12.2000, 10 AZR 168/00, AP Nr. 2 zu § 241 BGB; RdA 2002, S. 38, 39; - juris -

49 Vgl. BAG, Urteil vom 26.05.1993, 5 AZR 219/92, AP Nr. 3 zu § 23 AGB-Gesetz; EzA § 9 AGB-Gesetz Nr. 1; - juris - ; BAG, Urteil vom 16.10.1991, 5 AZR 35/91, AP Nr. 1 zu § 19 BErzGG; NZA 2002, S. 793, 794; - juris - ; BAG, Urteil vom 23.09.1992, 5 AZR 569/91, AP Nr. 1 zu § 611 BGB Arbeitnehmerdarlehen; EzA § 117 GewO Nr. 1; - juris -

50 BAG, Urteil vom 26.05.1993, 5 AZR 219/92, AP Nr. 3 zu § 23 AGB-Gesetz; EzA § 9 AGB-Gesetz Nr. 1; - juris -

B.III. Ausgewählte Judikate des BAG

- Anlässlich der Prüfung einer arbeitsvertraglich vereinbarten Verfallfrist führt der 9. Senat des BAG aus, „ob sich die nach den Generalklauseln der §§ 138, 242, 315 BGB bestimmt oder eine entsprechende Heranziehung des AGB-Gesetzes in Betracht kommt, obgleich Arbeitsvertragsrecht nach § 23 Abs. 1, Satz 1 AGB-Gesetz aus seinem Anwendungsbereich ausgenommen ist, kann unentschieden bleiben“⁵¹.

- Nicht ganz so weit wollte der 7. Senat gehen, als bei der einzelvertraglichen Prüfung von Richtlinien für Arbeitsverträge des Deutschen Caritasverbandes neben der Nichtanwendbarkeit des AGB-Gesetzes feststellte, dass allenfalls die Heranziehung allgemeiner Rechtsgedanken in Betracht käme, die im AGB-Gesetz ihren Niederschlag gefunden haben⁵².

- Restriktiver und dogmatisch sauber geht der 10. Senat in seinem Urteil vom 13.12.2000 – eine tarifliche Verfallfrist betreffend – vor, auf das an anderer Stelle noch ausführlich einzugehen ist⁵³. „Eine Analogie zu den Vorschriften des AGB-Gesetzes“, so die Urteilsbegründung, „scheidet bereits deshalb aus, weil Voraussetzung einer Analogie eine Lücke im vorhandenen Rechtssystem ist. Eine solche liegt hier aber deshalb nicht vor, weil der Gesetzgeber in § 23 Abs. 1 AGB-Gesetz ausdrücklich geregelt hat, dass dieses Gesetz bei Verträgen auf dem Gebiet des Arbeitsrechts keine Anwendung findet“⁵⁴.

Bereits diese drei Beispiele lassen einen ersten Rückschluss auf die mit der unterschiedlichen Rechtsprechungspraxis verbundenen Schwierigkeiten, insbesondere in der täglichen Arbeitsvertragsgestaltungspraxis, zu. Je nach dem, in welchem rechtlichen Zusammenhang sich die Frage der Anwendbarkeit des AGB-Gesetzes stellte, war ein bestimmter Senat des

51 BAG, Urteil vom 17.06.1997, 9 AZR 801/95, AP Nr. 2 zu § 74b HGB; EzA § 74 HGB Nr. 60; - juris -

52 Vgl. BAG, Urteil vom 11.06.1997, 7 AZR 313/96, AP Nr. 1 zu § 19 AVR Caritasverband; EzA § 620 BGB Altersgrenze Nr. 7; - juris - ; ähnlich BAG, Urteil vom 29.11.1995, 5 AZR 447/94, AP Nr. 1 zu § 3 AGB-Gesetz; EzA § 611 BGB Inhaltskontrolle Nr. 4; - juris - ; vorher bereits BAG, Urteil vom 23.05.1984, 4 AZR 129/82, AP Nr. 9 zu § 339 BGB; BAGE 46, S. 50 ff.; - juris -, jedoch bei eindeutiger Ablehnung einer Analogie.

53 Vgl. unten Kapitel 2, B. II. 1.b.c.

54 BAG, Urteil vom 13.12.2000, 10 AZR 168/00, AP Nr. 2 zu § 241 BGB; RdA 2002, S. 38, 39; - juris -.

BAG hierfür mit der Folge zuständig⁵⁵, dass zumindest die Gefahr bestand, dass unterschiedliche Prüfungsmaßstäbe angelegt wurden.

B.IV. Prüfungsumfang und Einbeziehungskontrolle

Während im originären Geltungsbereich des AGB-Gesetzes bei im Einzelnen ausgehandelten Vertragsbedingungen gem. § 1 Abs. 2 AGB-Gesetz keine Allgemeinen Geschäftsbedingungen vorlagen und somit eine Prüfung anhand des AGB-Gesetzes nicht in Betracht kam, überprüfte das BAG auch Individualarbeitsverträge auf ihre Wirksamkeit hin⁵⁶.

Insoweit herrschte innerhalb der einzelnen Senate, zumindest was den Umfang der praktizierten Kontrolle anging, weitgehend Einigkeit, obgleich die einzelnen Begründungen, so sie denn überhaupt versucht wurden, keine einheitliche Linie erkennen lassen.

B.IV.1 Schutz vor überraschenden Klauseln

Kontrolliert wurden arbeitsvertragliche Klauseln zunächst daraufhin, ob sie für den betroffenen Arbeitnehmer überraschend sind und deshalb nicht Vertragsbestandteil geworden sind⁵⁷. Hiernach sind Vertragsklauseln dann überraschend, wenn sie so ungewöhnlich sind, dass der Vertragspartner des Verwenders mit ihnen nicht zu rechnen braucht und ihnen ein Überrumpelungs- oder Übertölpelungseffekt innewohnt⁵⁸. Zu berücksichtigen seien hierfür alle Umstände, insbesondere auch das äußere Erscheinungsbild des Vertrages⁵⁹.

Zur Begründung dieses Schutzes vor überraschenden Klauseln wurde vielfach auf § 242 BGB verwiesen, wovon der Überraschungsschutz eine spezielle vertragsrechtliche Ausprägung

55 Zur Geschäftsverteilung des BAG und der grundsätzlichen Bildung von Fachsenaten vgl. jeweils aktuelle Geschäftsverteilung im Internet, <http://www.bundesarbeitsgericht.de>; Geschäftsverteilung

56 Vgl. BAG, Urteil vom 16.03.1994, 5 AZR 339/92, EzA § 611 BGB Ausbildungsbeihilfe Nr. 10; AP Nr. 18 zu § 611 BGB Ausbildungsbeihilfe; - juris -

57 Vgl. statt aller BAG, Urteil vom 13.12.2000, 10 AZR 168/00, AP Nr. 2 zu § 241 BGB; RdA 2002, S. 38, 39; - juris -.

58 Vgl. BAG, Urteil vom 29.11.1995, 5 AZR 447/94, AP Nr. 1 zu § 3 AGB-Gesetz; EzA § 611 BGB Inhaltskontrolle Nr. 4; - juris - ; BAG, Urteil vom 17.06.1997, 9 AZR 801/95, AP Nr. 2 zu § 74b HGB; EzA § 74 HGB Nr. 60; - juris -.

59 Vgl. BAG, Urteil vom 13.12.2000, 10 AZR 168/00, AP Nr. 2 zu § 241 BGB; RdA 2002, S. 38, 39 f.; - juris -.

sei⁶⁰. Teilweise wird das identische Ergebnis auch mit § 138 BGB begründet⁶¹, während andere Senate erst gar nicht den Versuch einer dogmatischen Begründung unternahmen⁶².

B.IV.2 Transparenzgebot

Darüber hinaus wurden Arbeitsverträge dahingehend überprüft, ob sie dem vom BGH entwickelten Transparenzgebot⁶³ standhielten⁶⁴. Hiernach trifft den Verwender von Formulararbeitsverträgen die Verpflichtung, die Rechte und Pflichten seines Vertragspartners möglichst klar und durchschaubar darzustellen. Als Maßstab hierfür sind nicht die Erwartungen und Erkenntnismöglichkeiten des konkreten Vertragspartners, sondern die des typischerweise bei Verträgen der geregelten Art zu erwartenden Durchschnittskunden anzusetzen⁶⁵. Hiernach gebieten Treu und Glauben, dass die Klausel die wirtschaftlichen Nachteile und Belastungen so weit erkennen lässt, wie dies nach den Umständen gefordert werden kann⁶⁶. Allerdings findet bei dieser Beurteilung der Kompensationsgedanke Anwendung, wonach fehlende Transparenz durch spätestens bei Vertragsschluss gegebene Hinweise oder Erläuterungen „ausgeglichen“ werden kann⁶⁷. Infolge eines Verstoßes gegen das so verstandene Transparenzgebot wurde die betroffene Vereinbarung zwar Vertragsbestandteil, war allerdings nur unter Umständen im Einzelfall unwirksam. Überraschende Klauseln wurden im Falle der vielfachen gleichartigen Verwendung bereits in keinem Fall Vertragsbestandteil. Im Gegensatz dazu konnten im Einzelfall gegen das Transparenzgebot verstoßende Klauseln dann wirksam sein, wenn im Zeitpunkt des Vertragsschlusses eine Erläuterung seitens des Arbeitgebers gegeben wurde.

60 Vgl. BGH, Urteil vom 22.12.1992, VI ZR 341/91, NJW 1993, S. 779, 780.

61 Vgl. BAG, Urteil vom 24.03.1988, 2 AZR 630/87, AP Nr. 1 zu § 241 BGB; EzA § 4 TVG Ausschlussfristen Nr. 72; - juris - ; BAG, Urteil vom 27.02.2002, 9 AZR 543/00, BB 2002, S. 2285, 2287.

62 Vgl. BAG, Urteil vom 11.01.1995, 10 AZR 5/94, ZTR 1995, S. 277, 278; - juris - ;BAG, Urteil vom 29.11.1995, 5 AZR 447/94, AP Nr. 1 zu § 3 AGB-Gesetz; EzA § 611 BGB Inhaltskontrolle Nr. 4; - juris - ; BAG, Urteil vom 01.10.1997, 5 AZR 726/96, DB 1998, S. 580, 581.

63 Vgl. statt vieler BGH, Urteil vom 24.11.1988, III ZR 188/87, DB 1989, S. 33, 34 f.; NJW 1989, S. 222, 224; BGHZ 106, S. 42, 49.

64 Vgl. BAG, Urteil vom 26.05.1993, 5 AZR 219/92, - juris -

65 Vgl. BAG, Urteil vom 26.05.1993, 5 AZR 219/92, AP Nr. 3 zu § 23 AGB-Gesetz; EzA § 9 AGB-Gesetz Nr. 1; - juris - ; BGH, Urteil vom 14.04.1992, XI ZR 22/91, BB 1992, S. 1088; NJW 1992, S. 1753; - juris - ; BGH, Urteil vom 22.03.2000, IV ZR 23/99, MDR 2000, S. 831; NJW 2000, S. 2103, 2106; - juris -

66 Vgl. BGH, Urteil vom 08.10.1997, IV ZR 220/96, DB 1998, S. 466, 467; BB 1997, S. 2551, 2552; - juris - ; Urteil vom 24.03.1999, IV ZR 90/98, DB 1999, S. 1382, 1384; NJW 1999, S. 2279, 2283; - juris - jeweils mwN.

67 Vgl. BAG, Urteil vom 26.05.1993, 5 AZR 219/92, AP Nr. 3 zu § 23 AGB-Gesetz; EzA § 9 AGB-Gesetz Nr. 1; - juris -

Als dogmatische Grundlage dieser speziellen Ausprägung der Transparenzkontrolle wurde regelmäßig das Gebot von Treu und Glauben angeführt, welches in dieser Ausprägung als allgemeiner Rechtsgedanke sowohl in § 242 BGB als auch in § 9 AGB-Gesetz verankert sei.⁶⁸

B.IV.3 Schutz vor mehrdeutigen Klauseln und Unklarheitsgebot

Schließlich wurde bei unklaren oder mehrdeutigen Regelungen in Arbeitsverträgen angenommen, dass sie zulasten des Verwenders, mithin des Arbeitgebers gingen⁶⁹. Die Rechtsfolge im konkreten Fall hing daher vom materiellen Gehalt der unklaren oder mehrdeutigen Regelung ab. Meist waren arbeitsvertragliche Bestimmungen betroffen, welche dem Arbeitgeber zugute kamen, mithin anspruchsbegründenden Charakter aufwiesen, beispielsweise in Form einer Vertragsstrafe⁷⁰ oder eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots⁷¹. Soweit diese unklar oder mehrdeutig in Bezug auf die jeweiligen Voraussetzungen formuliert war, kam eine Anwendung zugunsten des Arbeitgebers in diesen Fällen nicht in Betracht, ohne dass allerdings die Wirksamkeit der Vereinbarung im Übrigen berührt worden wäre.

Anknüpfungspunkt dieser Kontrollart soll, soweit ein solcher vom BAG überhaupt gesucht wird⁷², ein allgemeiner Rechtsgedanke sein, welcher im AGB-Gesetz seinen Niederschlag gefunden habe, und auch für Arbeitsverhältnisse gelte⁷³.

B.IV.4 Billigkeitskontrolle

Die grundsätzliche Befugnis, Arbeitsverträge auch einer inhaltlichen Kontrolle zu unterziehen, nahm das BAG bereits vor Inkrafttreten des AGB-Gesetzes aus Gründen der

68 Vgl. BGH, Urteil vom 24.11.1988, III ZR 188/87, DB 1989, S. 33, 34 f.; NJW 1989, S. 222, 224; - juris -; BGH, Urteil vom 08.10.1997, IV ZR 220/96, DB 1998, S. 466, 467; BB 1997, S. 2551, 2552; - juris -; BAG, Urteil vom 26.05.1993, 5 AZR 219/92, AP Nr. 3 zu § 23 AGB-Gesetz; EzA § 9 AGB-Gesetz Nr. 1; - juris -; Staudinger/Coester, § 9, Rz. 68.

69 Vgl. BAG, Urteil vom 18.09.1991, 5 AZR 650/90, NZA 1992, S. 215, 217; BAG, Urteil vom 05.09.1995, 9 AZR 718/93, AP Nr. 67 zu § 74 HGB; EzA § 74 HGB Nr. 57; - juris -

70 Vgl. BAG, Urteil vom 18.09.1991, 5 AZR 650/90, NZA 1992, S. 215, 217.

71 Vgl. BAG, Urteil vom 05.09.1995, 9 AZR 718/93, AP Nr. 67 zu § 74 HGB; EzA § 74 HGB Nr. 57; - juris -

72 Ohne Begründung findet eine solche Kontrolle z.B. statt in BAG, Urteil vom 18.09.1991, 5 AZR 650/90, NZA 1992, S. 215, 217; BAG, Urteil vom 05.09.1995, 9 AZR 718/95, - juris -

73 Vgl. BAG, Urteil vom 16.10.1991, 5 AZR 35/91, AP Nr. 1 zu § 19 BErzGG; NZA 2002, S. 793, 794; - juris -

fehlenden Vertragsparität, welche einen angemessenen Interessenausgleich nicht gewährleiste, für sich in Anspruch⁷⁴. Deshalb müssen, so die Begründung des BAG, inhaltlich sachwidrige Bedingungen im Wege der gerichtlichen Inhaltskontrolle korrigiert werden. Als Maßstab wurden indes die Gesichtspunkte der angemessenen und gerechten Ausgestaltung herangezogen⁷⁵; beides prägende Elemente der Billigkeitsprüfung im Sinne des § 315 BGB⁷⁶. Gerechtfertigt eine solche Prüfung durchzuführen, sah sich das BAG letztlich von Verfassungs wegen, da das aus der Sozialstaatlichkeit abzuleitende Arbeitnehmer-Schutzprinzip der Vertragsfreiheit Grenzen setze⁷⁷.

B.IV.5 Inhalts- und Ausübungskontrolle

Das Herzstück der Rechtsprechung in diesem Bereich wird vom BAG selbst als „richterliche Inhaltskontrolle“⁷⁸ bezeichnet.

„Die richterliche Inhaltskontrolle“, so der 5. Senat in seinem Urteil vom 16.03.1994, „ist von Verfassungs wegen geboten. § 242 BGB bezeichnet also eine immanente Grenze vertraglicher Gestaltungsmacht und begründet die Befugnis zu einer richterlichen Inhaltskontrolle von Verträgen“⁷⁹. Neben § 242 BGB stellen andere Urteile zusätzlich auf §§ 138, 315 BGB⁸⁰ ab,

74 Vgl. BAG, Urteil vom 26.10.1973, 3 AZR 377/72; AP Nr. 161 zu § 242 BGB Ruhegehalt; Urteil vom 18.12.1975, 3 AZR 58/75, AP Nr. 170 zu § 242 Ruhegehalt.

75 Vgl. beispielsweise BAG, Urteil vom 04.07.1972, 3 AZR 477/71, AP Nr. 6 zu § 65 HGB; BAG, Urteil vom 26.10.1973, 3 AZR 377/72, AP Nr. 161 zu § 242 BGB Ruhegehalt, sowie Urteil vom 18.12.1975, 3 AZR 58/75, AP Nr. 170 zu § 242 BGB Ruhegehalt, LS 2.

76 Vgl. ausführlich hierzu Preis, Grundfragen, § 7, S. 181 ff. mit zahlreichen Nachweisen; Hoyningen-Huene, Billigkeit, S. 17 ff.

77 Vgl. BAG, Urteil vom 26.10.1973, 3 AZR 377/72, AP Nr. 161 zu § 242 BGB Ruhegehalt, Urteil vom 18.12.1975, 3 AZR 58/75, AP Nr. 170 zu § 242 BGB Ruhegehalt; auch nach Säcker, Gruppenautonomie, S. 216, findet die Inhaltskontrolle ihre Legitimation in der sozialstaatsverpflichteten Aufgabe des Privatrechts. Insoweit sieht er in § 315 BGB einen geeigneten positivrechtlichen Anhaltspunkt für eine Inhaltskontrolle, S. 224; anders hingegen Westhoff, Inhaltskontrolle, S. 122 ff, der im arbeitsrechtlichen Schutzprinzip ein unzureichendes Mittel sieht, freilich vor dem Hintergrund, dass § 138 BGB als geeignete Rechtsgrundlage anerkennt.

78 St. Rspr. BAG, Urteil vom 16.03.1994, 5 AZR 339/92, EzA § 611 BGB Ausbildungsbeihilfe Nr. 10; AP Nr. 18 zu § 611 BGB Ausbildungsbeihilfe; - juris - ; BAG, Urteil vom 06.09.1995, 5 AZR 241/94, EzA § 611 BGB Ausbildungsbeihilfe Nr. 14; AP Nr. 23 zu § 611 BGB Ausbildungsbeihilfe; - juris - ; BAG, Urteil vom 13.12.2000, 10 AZR 168/00, AP Nr. 2 zu § 241 BGB; RdA 2002, S. 38, 40; - juris - jeweils mwN.

79 BAG, Urteil vom 16.03.1995, 5 AZR 339/92; vgl. auch BAG, Urteile vom 06.09.1995, 5 AZR 174/94, AP Nr. 22 zu § 611 BGB Ausbildungsbeihilfe; NZA 1996, 437, 439 und 5 AZR 241/94, EzA § 611 BGB Ausbildungsbeihilfe Nr. 14; AP Nr. 23 zu § 611 BGB Ausbildungsbeihilfe; - juris -

80 Vgl. BAG, Urteil vom 21.11.2001, 5 AZR 158/00, BB 2002, S. 628, 629; BAG, Urteil vom 13.12.2000, 10 AZR 168/00, AP Nr. 2 zu § 241 BGB; RdA 2002, S. 38, 39.

wobei vereinzelt auch isoliert § 138 BGB zur Begründung herangezogen wird⁸¹ oder lediglich von Billigkeitskontrolle gesprochen wird⁸².

Unabhängig von den dogmatisch unterschiedlichen Begründungsansätzen, ist der tatsächlich praktizierte Prüfungsmaßstab doch nahezu identisch.

Insbesondere seit dem Jahre 1993 ist diese Rechtsprechung vom Bürgschaftsurteil des BVerfG⁸³ beeinflusst. Hiernach müssen Gerichte bei typisierbaren Fallgestaltungen korrigierend eingreifen, wenn eine strukturelle Unterlegenheit des einen Vertragsteils erkennbar ist und der Inhalt des Vertrages für eine Seite ungewöhnlich belastend und als Interessenausgleich offensichtlich unangemessen ist. Sie dürfen sich nicht mit der Feststellung „Vertrag ist Vertrag“ begnügen⁸⁴.

Getragen wird diese Rechtsprechung aus dem an den Richter gerichteten Schutzauftrag, den objektiven Wertentscheidungen der Grundrechte in Fällen gestörter Vertragsparität mit Mitteln des Zivilrechts Geltung zu verschaffen⁸⁵. Dies fußt auf der so formulierten Erkenntnis, „dass die richterliche Vertragskontrolle im Arbeitsrecht eine noch größere Rolle als im allgemeinen Zivilrecht spiele. Dies habe seinen Grund im Schutzbedürfnis des schwächeren Teils, nämlich des Arbeitnehmers, welches besonders groß sei, zumal der Gesetzgeber in vielen Bereichen untätig geblieben sei“⁸⁶.

Inhaltlich sind die für den Arbeitnehmer tragbaren Bindungen aufgrund einer Güter- und Interessenabwägung nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes unter Heranziehung der Umstände des Einzelfalles zu ermitteln⁸⁷, wobei dem Arbeitnehmerschutzgedanken des Arbeitsrechts besonders Rechnung zu tragen sei⁸⁸.

Soweit eine arbeitsvertragliche Regelung hiernach eine Übervorteilung des Arbeitnehmers ergab, war diese grundsätzlich unwirksam. In Fällen, in denen der Arbeitnehmer lediglich

81 Vgl. BAG, Urteil vom 24.03.1988, 2 AZR 630/87, AP Nr. 1 zu § 241 BGB; EzA § 4 TVG Ausschlussfristen Nr. 72; - juris -

82 Vgl. BAG, Urteil vom 23.05.1984, 4 AZR 129/82, AP Nr. 9 zu § 339 BGB; BAGE 46, S. 50 ff.; - juris -

83 Zur Reichweite dieses Urteils für den Bereich des Arbeitsrechts vgl. statt vieler Fastrich, RdA 1997, S. 65 ff.

84 Vgl. BVerfG, Urteile vom 19.10.1993, 1 BvR 567 und 1044/89, AP Nr. 35 zu Art. 2 GG; EzA Art. 2 GG Nr. 8.; - juris -

85 Vgl. BVerfG, Urteile vom 19.10.1993, 1 BvR 567 und 1044/89, AP Nr. 35 zu Art. 2 GG; EzA Art. 2 GG Nr. 8.; - juris -

86 BAG, Urteil vom 16.03.1994, 5 AZR 339/92, EzA § 611 BGB Ausbildungsbeihilfe Nr. 10; AP Nr. 18 zu § 611 BGB Ausbildungsbeihilfe; - juris -

87 Vgl. BAG, Urteil vom 06.09.1995, 5 AZR 241/94, EzA § 611 BGB Ausbildungsbeihilfe Nr. 14; AP Nr. 23 zu § 611 BGB Ausbildungsbeihilfe; - juris -

88 So die Forderung des BAG, Urteil vom 13.12.2000, 10 AZR 168/00, AP Nr. 2 zu § 241 BGB; RdA 2002, S. 38, 40; - juris -

durch zu lange Bindungsfristen von Rückzahlungsverpflichtungen⁸⁹ oder durch zu hohe Vertragsstrafen⁹⁰ beeinträchtigt wurde, war die insoweit unzumutbare vertragliche Vereinbarung nicht vollumfänglich unwirksam, sondern wurde im Rahmen des gerade noch zulässigen Maßes aufrechterhalten.

Soweit sich arbeitsvertragsvertragliche Regelungen auf dem Prüfstand befanden, welche es dem Arbeitsgeber ihrem Wortlaut nach möglich machten, einseitig durch Kürzung oder Widerruf von Entgeltbestandteilen in das Gehaltsgefüge einzugreifen, bemühte sich das BAG um eine differenzierte Betrachtung. Die Vereinbarungen wurden zunächst einer Prüfung anhand des eben dargestellten Maßstabes unterzogen.

Erwies sich eine vertragliche Vereinbarung der Arbeitsvertragsparteien damit nicht generell als unwirksam oder nichtig, weil sie nicht gegen höherrangiges Recht verstieß, war damit nichts darüber gesagt, ob die Ausgestaltung im Einzelfall, insbesondere die praktische Kürzung, der rechtlichen Überprüfung standhielt⁹¹.

Neben einer Wirksamkeitskontrolle in Form einer Inhaltskontrolle führte das BAG auf einer zweiten Stufe eine Ausübungskontrolle im jeweiligen Einzelfall durch, welche sich insbesondere durch einen andersartigen Prüfungsmaßstab kennzeichnete⁹².

Während der Prüfung auf der ersten Stufe generalisierende Gesichtspunkte zugrunde lagen, angereichert durch Einzelfallkriterien im Rahmen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung, wurden auf der zweiten Stufe Billigkeitserwägungen im Einzelfall angestellt⁹³. Die Interessen des Arbeitgebers, in der konkreten Situation von der im Arbeitsvertrag vorgesehenen Möglichkeit Gebrauch zu machen, mussten klar erkennbar sein und die Ausübung im Einzelfall durfte nicht bloßen Sanktionscharakter aufweisen⁹⁴. Die Leistungsbestimmung durch den Arbeitgeber entsprach dann billigem Ermessen im Rahmen des zur Begründung angeführten §

89 Vgl. BAG, Urteil vom 10.05.1962, 5 AZR 452/61, EzA § 611 BGB Gratifikation, Prämie Nr. 3; AP Nr. 22 zu § 611 BGB Gratifikation; - juris -

90 Vgl. BAG, Urteil vom 23.05.1984, 4 AZR 129/82, AP Nr. 9 zu § 339 BGB; BAGE 46, S. 50 ff.; - juris -

91 Vgl. BAG, Urteil vom 15.02.1990, 6 AZR 381/88, EzA 611 BGB Anwesenheitsprämie Nr. 9; AP Nr. 15 zu § 611 BGB Anwesenheitsprämie; - juris -

92 Vgl. hierzu ausführlich Preis, Grundfragen, § 7, S. 197 ff.

93 Vgl. BAG, Urteil vom 13.05.1987, 5 AZR 125/86, SAE 1988, S. 161, 163.

94 Vgl. BAG, Urteil vom 15.02.1990, 6 AZR 381/88, EzA 611 BGB Anwesenheitsprämie Nr. 9; AP Nr. 15 zu § 611 BGB Anwesenheitsprämie; - juris -

315 BGB, „wenn sie die wesentlichen Umstände des Falles abgewogen und die beiderseitigen Interessen angemessen berücksichtigt hat“⁹⁵.

Wenngleich der Prüfungsauftrag des BAG hierdurch eine – wenn auch mit unbestimmten Rechtsbegriffen durchzogene – Struktur erhielt, so ist doch vielen Urteilen nicht anzusehen, auf welcher Stufe die Regelung überprüft wird. Vielfach führt der entscheidende Senat, ohne erläuternde dogmatische Verortung der grundsätzlichen Problematik, eine schlichte Billigkeitskontrolle durch⁹⁶; eine Praxis, welche prädestiniert dazu war, sich kritischen Reaktionen aus den Kreisen der Rechtswissenschaft auszusetzen.

C. Kritik an der Rechtsprechung des BAG

C.I. Terminologie und Klarstellung

Bevor diese Rechtsprechung einer kritischen Betrachtung unterzogen wird, bedarf es einer terminologischen Klarstellung hinsichtlich der in diesem Zusammenhang wiederholt zu verwendenden Begriffe. Dies insbesondere deshalb, weil die Terminologie nicht einheitlich ist.

C.I.1 Allgemeine Arbeitsbedingungen

Der Begriff der „Allgemeinen Arbeitsbedingungen“ geht auf den im allgemeinen Zivilrecht früher in § 1 Abs. 1 AGB-Gesetz – heute in § 305 Abs. 1 BGB – legal definierten Begriff der „Allgemeinen Geschäftsbedingungen“ zurück.

Da die Normen des AGB-Gesetzes bislang nicht auf dem Gebiet des Arbeitsrechts Anwendung fanden, bedurfte es keiner Legaldefinition der „Allgemeinen Arbeitsbedingungen“, so dass seine inhaltliche Bedeutung durch die Rechtsprechung und die Rechtswissenschaft geprägt wurde.

95 Vgl. BAG, Urteil vom 13.05.1987, 5 AZR 125/86, SAE 1988, S. 161, 163; - juris -.

96 Vgl. BAG, Urteil vom 13.05.1987, 5 AZR 125/86, SAE 1988, S. 161, 163; - juris -.

Systematisch wird der Begriff überwiegend als Oberbegriff verwendet, welcher verschiedene Fallgruppen in sich vereinigt⁹⁷. Namentlich sind dies Formular- oder Einheitsarbeitsverträge, die arbeitsvertragliche Einheitsregelung, die Gesamtzusage und die Betriebsübung⁹⁸. Diese Terminologie wird auch im Folgenden verwendet.

C.I.2 Einheitsarbeitsvertrag

Der Einheitsarbeitsvertrag bezeichnet den Arbeitsvertrag, welcher seinem Inhalt nach mit dem aller Arbeitnehmer oder doch bestimmter Arbeitnehmergruppen des Betriebs übereinstimmen⁹⁹. Er wird quasi als Standardvertrag im Unternehmen verwendet.

C.I.3 Arbeitsvertragliche Einheitsregelung

Unter arbeitsvertraglichen Einheitsregelungen versteht man in Anlehnung an den Einheitsarbeitsvertrag typisierte einzelne Vertragsklauseln, die ein Arbeitgeber oder ein Arbeitgeberverband vorformuliert und die sodann einheitlich in einem Betrieb gegenüber der Gesamtbelegschaft oder jedenfalls gegenüber bestimmten Gruppen von Arbeitnehmern benutzt werden¹⁰⁰. Obwohl sie den Kollektivverträgen nahe stehen und vom BAG als „bewährte Instrumente zur Gestaltung der betrieblichen Ordnung“ bezeichnet werden¹⁰¹, stehen sie auf der Ebene des Arbeitsvertrags und werden durch Angebot und Annahme Vertragsbestandteil¹⁰².

97 Die Terminologie ist uneinheitlich, vgl. insoweit Ring, Arbeitsrecht, Rz. 152 ff., S. 106; MHbArbR/Richardi, § 12, Rz. 42 ff.; ErfKomm./Preis, § 611 BGB, Rz. 257 ff.

98 Vgl. Hanau/Adomeit, Arbeitsrecht, Rz. 43, 45; Becker, NJW 1973, S. 1913, 1914; Gumpert, BB 1974, S. 139 ff; anders hingegen Reichold, Arbeitsrecht, § 3, Rz. 46 ff, der die betrieblichen Übung als eigenständige Kategorie benennt; wiederum anders Fenn, FS-Söllner, S. 333, 348, welcher anscheinend die Formulararbeitsverträgen nicht als Fallgruppe der Allgemeinen Arbeitsbedingungen ansieht.

99 Vgl. Zöllner/Loritz, Arbeitsrecht, § 6, S. 70.

100 Fenn, FS-Söllner, S. 333, 348; die Ansicht von Reuter in SAE 1983, S. 201, 202, wonach die vertragliche Einheitsregelung (im dort entschiedenen Fall Einheits- bzw. Formularverträge) eine Ersatzform der Betriebsvereinbarung von relativ minderer Legitimität sei, ist zu recht vereinzelt geblieben. Ausführlich hierzu Säcker, Gruppenautonomie, S. 73 ff.

101 Vgl. BAG, Beschluss vom 20.4.1999, 1 ABR 72/98, NJW 1999, S. 3281, 3285.

102 Vgl. BAG GS, Beschluss vom 16.09.1986, GS 1/82; Junker, Arbeitsrecht, Rz. 77; Löwisch, Arbeitsrecht, Rz. 56, S. 16 f.

C.I.4 Gesamtzusage

Nach herrschender Meinung handelt es sich bei der Gesamtzusage um ein durch förmliche Bekanntgabe vermitteltes Angebot des Arbeitgebers an jeden Arbeitnehmer, welches keiner förmlichen Annahme durch den einzelnen Arbeitnehmer bedarf, um Vertragsbestandteil zu werden¹⁰³.

C.I.5 Betriebliche Übung

Im gewohnheitsrechtlichen Institut der betrieblichen Übung finden sich nach überwiegender Ansicht Bestandteile der Vertragstheorie und der Theorie der Vertrauenshaftung vereinigt. Tatbestandlich muss sich aus der regelmäßigen Wiederholung bestimmter Verhaltensweisen ein konkreter Verpflichtungswille des Arbeitgebers in Bezug auf eine dauerhafte Leistung oder Vergünstigung ableiten lassen, welche vom einzelnen Arbeitnehmer stillschweigend angenommen wird¹⁰⁴. Maßgeblich für die Ermittlung des Verpflichtungswillens ist indes der Empfängerhorizont des Arbeitnehmers¹⁰⁵.

C.I.6 Bewertung und Konkretisierung des Untersuchungsganges

Gemeinsam ist ihnen, dass stets eine Vielzahl von Arbeitnehmern von ihnen profitiert¹⁰⁶.

Unterschiede bestehen insbesondere hinsichtlich der dogmatischen Konstruktion, namentlich ihrer Geltungsvoraussetzungen, sowie der rechtstechnischen Einkleidung¹⁰⁷. Es wird ein Schwerpunkt der vorliegenden Untersuchung sein, diesen Unterschieden im Rahmen der nunmehr gesetzlich gebotenen AGB-Kontrolle Rechnung zu tragen. Hierbei versteht sich die Arbeit jedoch nicht als Beitrag zur Diskussion bezüglich der dogmatischen Einordnung der

103 Vgl. BAG, Urteil vom 22.01.2003, 10 AZR 395/02; -juris-; BAG, Urteil vom 23.10.2002, 10 AZR 48/02, AP Nr. 243 zu § 611 BGB Gratifikation; EzA § 611 BGB Gratifikation, Prämie Nr. 169; -juris-; BAG, Urteil vom 25.01.2000; 9 AZR 140/99; Erf.Komm./Preis, § 611, Rz. 259; ders. FS-BAG, S. 123, 133; Junker, Arbeitsrecht, Rz. 78.

104 Vgl. BAG, Urteil vom 28.02.1996, 10 AZR 516/95; -juris-; BAG, Urteil vom 14.09.1994, 5 AZR 679/93, AP Nr. 46 zu § 242 BGB Betriebliche Übung; EzA § 242 BGB Betriebliche Übung Nr. 32; -juris-; BAG, Urteil vom 12.01.1994, 5 AZR 41/93; Erf.Komm./Preis, § 611, Rz. 261 f.; ders. FS-BAG, S. 123, 133.

105 Vgl. Reichold, Arbeitsrecht, § 3, Rz. 50.

106 Zur Möglichkeit einer betrieblichen Übung zuungunsten des Arbeitnehmers vgl. Erf.Komm./Preis, § 611, Rz. 266.

107 Vgl. zu den unterschiedlichen Möglichkeiten Becker, NJW 1973, S. 1913, 1914.

dargestellten Institute. Vielmehr wird im Hinblick auf die intendierte, an der ständigen Rechtsprechung orientierten Fortentwicklung dieser Institute, namentlich deren Einbettung in die AGB-Kontrolle, mit dem BAG¹⁰⁸ dogmatisch von einem individualrechtlichen Charakter der aus Gesamtzusage und betrieblicher Übung resultierenden Ansprüche ausgegangen. Fußend hierauf sollen im Hinblick auf die veränderte Gesetzeslage zunächst Grundsätze und Leitlinien zur AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht entwickelt werden. Diese werden dann in einem weiteren Schritt auf die Kontrolle dieser speziellen, durch die Rechtsprechung geschaffenen Institute übertragen und inhaltlich konkretisiert.

Soweit standardisierte Formularverträge einer Inhaltskontrolle unterliegen, auch wenn sie Bezugnahmen auf vertragliche Einheitsregelungen oder allgemeine Arbeitsbedingungen enthalten, wird die Untersuchung beschränkt sein¹⁰⁹. Während die Systematik des im Gesetz angelegten Prüfungsprogramms ausführlich betrachtet wird, kann eine Überprüfung einzelner, häufig in Arbeitsverträgen auftauchender Klauseln nicht erfolgen¹¹⁰. Sie würde den Rahmen der Untersuchung sprengen.

C.II. Eckpunkte der Kritik

Es verwundert nicht, dass diese, in Ansätzen dargestellte Rechtsprechung des BAG zu Recht Anlass zu Kritik gegeben hat, wobei sich die Kritiker systematisch neben rechtswissenschaftlichen Argumenten auch solchen aus dem rechtspolitischen Bereich bedienen¹¹¹.

Die grundlegende Problematik bei der inhaltlichen Überprüfung von Arbeitsverträgen war auch dem BAG klar; die damals bestehende Bereichsausnahme des § 23 AGB-Gesetz verwehrte einen direkten Rückgriff auf dieses Gesetz, wollte man sich nicht den berechtigten

108 Vgl. für die Gesamtzusage BAG, Urteil vom 13.3.1974, 3 AZR 446/74, AP § 242 BGB Ruhegehalt Nr. 167, Urteil vom 14.06.1995, 5 AZR 126/94, AP § 611 BGB Personalrabatt Nr. 1 jeweils mwN; für die betriebliche Übung BAG, Urteil vom 14.8.1996, 10 AZR 69/96, AP § 242 BGB Betriebliche Übung Nr. 47 mwN, wonach aufgrund einer Willenserklärung, die von dem Arbeitnehmer stillschweigend angenommen wird, vertragliche Ansprüche auf die üblich gewordenen Vergünstigungen erwachsen.

109 Hierzu vgl. Thüsing/Lambrich, NZA 2002, S. 1361 ff.; Oetker, JZ 2002, S. 337 ff.;

110 Weiterführend in diesem Sinne zur Rückzahlung von Fortbildungskosten Rischar, BB 2002, S. 2550 ff.; vgl. auch Zusammenstellungen bei Gotthardt, Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsreform, Rz. 272 ff.; Hümmerich, NZA 2003, S. 753 ff.; Schimmel/Buhlmann/Ziemann, HbSchR, Rz. 130 ff., S. 712 ff.

111 Vgl. Zusammenfassungen von Fastrich, Inhaltskontrolle, S. 180 ff; Zöllner, RdA 1989, S. 152, 162; Fenn, FS-Söllner, S. 333, 346 f.

Vorwurf der Rechtsprechung contra legem einhandeln. Der vom BAG praktizierte Umgang mit dieser „klaren“ Gesetzeslage nötigte die Rechtswissenschaft indes, diesen einer ausführlichen Analyse unter methodischen und dogmatischen Gesichtspunkten zu unterziehen und ihn auf seine juristische Überzeugungskraft hin zu überprüfen¹¹². Die hiernach geäußerte Kritik lässt sich in rechtswissenschaftlicher Hinsicht zwar unter dem Oberbegriff der „dogmatischen Unzulänglichkeit der Rechtsprechung des BAG“ sicherlich treffend subsumieren¹¹³.

In dem Maße, wie die im folgenden darzustellenden Kritikpunkte in der hierzu geführten wissenschaftlichen Diskussion in leidenschaftlicher Art und Weise vertreten wurden, stießen die vom BAG in den einzelnen Urteilen gefunden Ergebnisse sachlich überwiegend auf Zustimmung. Es waren die gleichen Autoren, welche die Rechtsprechung im Ergebnis mit trugen, der Begründung allerdings nur wenig Gutes abgewinnen konnten¹¹⁴.

C.II.1 Unzureichende Kontrollsystematik

Bereits die überblicksartig dargestellten Begründungsansätze des BAG lassen es nicht als überraschend erscheinen, dass ihn seine Kritiker häufig eine unzureichende Kontrollmethodik¹¹⁵, teilweise auch eine gewisse Kontrollhektik¹¹⁶, attestierten. Schon der häufige Wechsel in den zugrunde gelegten Normen als auch das Fehlen einer klaren Aussage hinsichtlich der angewandten Vorschriften¹¹⁷ lässt diese Kritik als gerechtfertigt erscheinen, erkennt man doch insoweit keine klaren Prüfungsmaßstäbe¹¹⁸ und sucht vergebens nach klaren Konturen¹¹⁹. Häufig erwecken die Begründungen des BAG den Anschein, als sei man sich der unzureichenden systematischen Handhabung zwar bewusst, fühle sich jedoch durch

112 Vgl. statt aller Fastrich, Inhaltskontrolle, S. 9 ff, S. 159 ff.

113 Vgl. Reichold, Arbeitsrecht, S. 112; Przytulla, NZA 1998, S. 521, 522; früher bereits schon Blomeyer, Anm. zu BAG, Urteil vom 18.12.1975, 3 AZR 58/75, AP Nr. 170 zu § 242 BGB Ruhegehalt.

114 Vgl. etwa Fenn, FS-Söllner, S. 333, 347; Richardi, FS-AG-Verband, S. 537, 557; Lieb, AcP 178, S. 196, 213; Hromadka, FS-Dieterich, S. 251, 278; Hromadka/Maschmann, Arbeitsrecht I, § 5, Rz. 131 ff., S. 153 f.; vgl. auch ausführlich Preis, Grundfragen, § 7, S. 181 ff.

115 Vgl. Lieb, AcP 178, S. 196, 213; Fastrich, Inhaltskontrolle, S. 191.

116 Zöller, AcP 176, S. 221, 246.

117 Vgl. z.B. BAG, Urteil vom 29.11.1995, 5 AZR 447/94, AP Nr. 1 zu § 3 AGB-Gesetz; EzA § 611 BGB Inhaltskontrolle Nr. 4; - juris -; BAG, Urteil vom 26.10.1996, 5 AZR 390/92, SAE 1996, S.360, 363, in dem der Senat die Unzulässigkeit einer Klausel, wonach der Erwerb einer Musterberechtigung für Piloten im ausschließlichen Interesse des Arbeitnehmers liegt, festgestellt hat. Die hierfür gegebene „Begründung“ lautet lapidar: Derartige Klauseln, die im Anwendungsbereich des AGB-Gesetzes nach dessen § 11 Nr. 15 b unwirksam sind, sind auch im Arbeitsrecht unzulässig.

118 Fastrich, Inhaltskontrolle, S. 190.

119 Fenn, FS-Dieterich, S. 333, 346.

die gefestigte Rechtsprechung anderer Senate sowie den grundsätzlichen Zuspruch der Literatur bezüglich der Ergebnisse nicht veranlasst, sich um eine einheitliche Systematik zu bemühen.

Exemplarisch sei an dieser Stelle nochmals ausdrücklich die Entscheidung vom 13.12.2000¹²⁰ genannt, in der die analoge Anwendung des AGB-Gesetzes angelehnt wurde, „weil die in der Regel anhand der §§ 134, 138, 242, 315 BGB durch die Rechtsprechung entwickelten arbeitsrechtlichen Grundsätze und die übrigen vorhandenen gesetzlichen Regelungen dem Arbeitnehmerschutzgedanken des Arbeitsrechts hinreichend Rechnung tragen“. Wenngleich dem 10. Senat im Ergebnis, eine analoge Anwendung des AGB-Gesetzes zu verneinen, ohne Zweifel zu folgen ist, so lässt sich der Begründung sehr deutlich entnehmen, welches Selbstverständnis das BAG von seiner eigenen Prüfungssystematik hat. Eine mit derart vielen Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen gespickte Beschreibung des juristischen Prüfprogramms lässt fast jedes beliebige Ergebnis als hierunter subsumierbar erscheinen, und die tatsächlich nicht vorhandene Kontrollsystematik stärker denn je zu Tage treten.

C.II.2 Fehlende dogmatische Überzeugungskraft

Einer so gearteten Begründungspraxis hängt darüber hinaus auch stets der Makel einer fehlenden dogmatischen Überzeugungskraft an. Richtet man seinen Blick auf Anwendungsbereich, Voraussetzungen, Maßstab und Rechtsfolge der einzelnen Begründungselemente¹²¹, so wird deutlich, dass das BAG eine stringente Subsumtion im Hinblick auf die gewollten Ergebnisse oft scheut¹²².

Auch soweit in einzelnen Judikaten¹²³ zur unterstützenden Begründung auf die Rechtsfigur der objektiven Umgehung¹²⁴ abgestellt wurde, trug dies nicht zu einer erhöhten dogmatischen Sicherheit bei, da es auch insoweit an der notwendigen Stringenz der Rechtsprechung fehlte¹²⁵. Die Kritik der unzureichenden Stringenz umfasst hierbei auch Bereitschaft des BAG, die Rechtsgrundlagen der praktizierten Inhaltskontrolle in einem geradezu innovativen

120 10 AZR 168/00, AP Nr. 2 zu § 241 BGB; RdA 2002, S. 38, 40; - juris -.

121 Vgl. statt vieler Fastrich, Inhaltskontrolle, S. 9 ff.; Preis, Grundfragen, § 7, S. 176 ff.

122 Vgl. Wolf, RdA 1988, S. 270; Fastrich, Inhaltskontrolle, S. 168; Preis, Grundfragen, § 7, S. 156 ff.

123 Vgl. z.B. BAG, Beschluss vom 12.10.1960, GS 1/59, AP Nr. 16 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag; BAG Urteil vom 12.10.1972, 5 AZR 227/72, AP Nr. 77 zu § 611 Gratifikation mwN.

124 Vgl. Fastrich, Inhaltskontrolle, S. 170.

125 Vgl. Kritik bei Preis, ZIP 1989, S. 885, 887; Wolf, RdA 1989, S. 270.

Rotationssystem ständig zu verändern¹²⁶. Dies gilt umso mehr, als in der so begründeten Entscheidung¹²⁷ die umgangene Regel erst in dem Urteil selbst richterlich entwickelt wurde¹²⁸. Will man eine solche Vorgehensweise nicht als willkürlich bezeichnen, so wird man ihr zumindest ihre juristische Überzeugungskraft absprechen müssen.

Einer gleichartigen Kritik sieht sich die Rechtsprechung ausgesetzt, soweit sie die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers als Schranke der Vertragsfreiheit heranzieht¹²⁹. Man muss diesbezüglich nicht soweit gehen, der Fürsorgepflicht im Arbeitsrecht jegliche Besonderheit abzusprechen¹³⁰, um zu konstatieren, dass dieses Begründungselement solange keine überzeugende Wirkung entfaltet, als es keine Konkretisierung erfährt und sonach als Allzweckwaffe Verwendung findet.

Weist man der Rechtsprechung die Funktion zu, am Maßstab des Rechts in einem förmlichen Verfahren eine Rechtsentscheidung zu treffen¹³¹ und kommt der jeweiligen Urteilsbegründung hierbei die Teilfunktion zu, das gefundene Ergebnis an die zugrunde liegenden Normen rückzukoppeln, so vermag der Umgang des BAG mit der hier in Frage stehenden Problematik, namentlich seine Begründungspraxis, in der Tat nicht zu überzeugen.

Vielfach geben die verwendeten Normen den letztlich gezogenen Schluss auf ihrer Rechtsfolgenseite schon gar nicht her oder der zur Entscheidung anstehende Fall wies die notwendigen Tatbestandsmerkmale gar nicht auf, so dass die intendierte ordnende, rationalisierende und stabilisierende Wirkung der Rechtsprechung¹³² oftmals einer nicht zu begründenden Einzelfallgerechtigkeit weichen musste, ohne dass es dafür allgemein gültige Maßstäbe gab oder die Gesetzeslage eine derartige Praxis rechtfertigte.

126 Vgl. Richardi, FS-AG-Verband, S. 537, 557.

127 BAG, Urteil vom 10.05.1962, 5 AZR 452/61, EzA § 611 BGB Gratifikation, Prämie Nr. 3; AP Nr. 22 zu § 611 BGB Gratifikation.

128 Vgl. hierzu bereits Fastrich, Inhaltskontrolle, S. 170.

129 Vgl. Fastrich, Inhaltskontrolle, S. 171.

130 So aber Preis, Arbeitsrecht der Gegenwart 1992, S. 143, 147.

131 Vgl. Ipsen, Staatsrecht I, Rz. 657.

132 Vgl. Hesse, Grundzüge, Rz. 549.

C.II.3 Vermischung verschiedener Begründungselemente

Das BAG selbst hat versucht, die Inhaltskontrolle von der Ausübungskontrolle zu trennen, ein Vorgehen welches in seiner Notwendigkeit zu Recht nicht ernsthaft bestritten werden kann¹³³. Die in diesem Zusammenhang geäußerte Kritik richtet sich daher weniger gegen den theoretischen Ansatz denn gegen die praktische Umsetzung. „Die Legitimation der „Rechtsvorschriften“, an welchen sich die Inhaltskontrolle orientiert, muss (...) nach den allgemeinen Regeln der Rechtsfortbildung erfolgen“¹³⁴. Soweit daher mit der Umgehung von Rechtsnormen, worunter auch die richterliche Rechtsfortbildung zu verstehen ist¹³⁵, argumentiert wird, stellt es sich als unzulässige Vermischung auf der Ebene der Inhaltskontrolle dar, das umgangene Rechtsinstitut gleichzeitig aus der Wiege zu heben¹³⁶.

Auch was den dogmatischen Ansatz des BAG angeht, in § 315 BGB eine legitime Rechtfertigung der durchgeführten Inhaltskontrolle zu sehen, wurde dies trotz der nahezu vollständigen Gefolgschaft im Hinblick auf deren Notwendigkeit kritisch kommentiert. Bei nüchterner Betrachtung, so beispielsweise Manfred Lieb, sollte kein Zweifel daran bestehen können, dass die Reichweite dieser vor allem in ihren bequemen Rechtsfolgen so gut „passenden“ Vorschrift erheblich zu schmal ist, um als Basis einer allgemeinen Übermachtkontrolle dienen zu können¹³⁷. Bereits die nach dem Wortlaut des § 315 Abs. 1 BGB geforderte Voraussetzung des nicht vollständig bestimmten Leistungsinhalts sei nicht gegeben, da letztlich vollständige zweiseitige Verträge, mögen sie auch unter einer gewissen Zwangslage zustande gekommen sein, überprüft würden¹³⁸.

Methodisch wurde darüber hinaus darauf hingewiesen, dass § 315 BGB dem Bereich der ausgleichenden Gerechtigkeit zuzuordnen sei, während bei der Inhaltskontrolle der Gesichtspunkt der austeilenden Gerechtigkeit im Vordergrund stünde¹³⁹. Insgesamt stelle die

133 Vgl. Hromadka, FS-Dieterich, S. 251, 265; Lieb, AcP 178, S. 196, 210; Preis, FS Kissel, S. 879, 906.

134 Fastrich, Inhaltskontrolle, S. 192; vgl. auch Lindemann, Flexible Gestaltung von Arbeitsbedingungen, § 15, S. 246 ff.

135 Vgl. Zöllner, RdA 1989, S. 152, 159.

136 Vgl. BAG, Urteil vom 10.05.1962, 5 AZR 452/61, EzA § 611 BGB Gratifikation, Prämie Nr. 3; AP Nr. 22 zu § 611 BGB Gratifikation; - juris -; hierzu Fastrich, Inhaltskontrolle, S. 192.

137 AcP 178, S. 196, 211.

138 Vgl. Westhoff, Inhaltskontrolle, S. 67 f.

139 Vgl. Blomeyer, Anm. zu BAG, Urteil vom 18.12.1975, 3 AZR 58/75, AP Nr. 170 zu § 242 BGB Ruhegehalt; Zöllner, AcP 176, S. 221, 245 mwN.

Norm somit keine umfassend brauchbare Rechtsgrundlage für die Überprüfung von allgemeinen Arbeitsbedingungen dar¹⁴⁰.

Soweit § 138 BGB zur Begründung herangezogen wurde, wurde dies seitens der Rechtswissenschaft kritisiert. Der teilweise sehr feinmaschige Prüfungsmaßstab des BAG¹⁴¹, so die Argumentation, könne nicht auf den in § 138 BGB vorgegebenen Prüfungsinhalt zurückgeführt werden¹⁴², zumal auch die in der Norm vorgesehene Gesamtnichtigkeitsfolge auf die entschiedenen Fallkonstellationen nicht stringent angewendet werde. Zwar sei es grundsätzlich denkbar, diese Konzeption der Gesamtnichtigkeit im Einzelfall zu durchbrechen, jedoch bedürfe dies, dem Ausnahmecharakter Rechnung tragend, einer besonderen Rechtfertigung¹⁴³, welche den einzelnen Entscheidungen nicht zu entnehmen ist¹⁴⁴. Insgesamt in der einseitigen Festsetzung unangemessener oder unbilliger Klauseln einen vorwerfbaren Verstoß gegen die in § 138 BGB geschützte objektive Sittenordnung zu sehen, wurde schließlich als überzogen angesehen¹⁴⁵.

C.II.4 Rechtspolitische Kritikansätze

Infolge dieser zahlreich vorgebrachten Bedenken gegenüber der Begründungspraxis des BAG, welche ihm nicht zuletzt den Vorwurf der Beliebigkeit¹⁴⁶ einbrachte, verwunderte es nicht sonderlich, dass es auch zu rechtspolitisch motivierten Reaktionen kam¹⁴⁷.

Rechtspolitisch betrachtet, so die Kritik von Blomeyer¹⁴⁸, bewirke die gerichtliche Billigkeitskontrolle eine generelle Fachaufsicht der Arbeitsgerichte über individualrechtliche Vereinbarungen. Weitergehend, fast schon resignierend, bezogen auf die Gesamtheit der Kontrollpraxis des BAG, sind die Bedenken, wonach „eine so weit reichende, nur auf

140 Vgl. Zöllner, RdA 1989, S. 152, 158.

141 Vgl. BAG, Urteil vom 13.12.2000, 10 AZR 168/00, AP Nr. 2 zu § 241 BGB; RdA 2002, S. 38, 40; - juris -.

142 Vgl. Preis, ZIP 1989, S. 885, 887; zur Gegenansicht vgl. ausführlich Westhoff, Inhaltskontrolle, S. 90 ff, 99 ff.

143 Vgl. Fastrich, Inhaltskontrolle, S. 21.

144 Z.B. BAG, Urteil vom 24.03.1988, 2 AZR 630/87, AP Nr. 1 zu § 241 BGB; EZA § 4 TVG Ausschlussfristen Nr. 72; - juris -; BAG, Urteil vom 13.12.2000, 10 AZR 168/00, AP Nr. 2 zu § 241 BGB; RdA 2002, S. 38, 40; - juris -

145 Vgl. Säcker, Gruppenautonomie, S. 201 f.

146 Vgl. Fastrich, Inhaltskontrolle, S. 192; eine Gefahr die bereits von Hoyningen-Huene in seiner Habilitationsschrift erkennt (S. 8), freilich bezogen auf die zu diesem Zeitpunkt überwiegend praktizierte Billigkeitskontrolle des BAG.

147 Vgl. hierzu Preis, Grundfragen, § 6, S. 145 f. mwN.

148 Vgl. Anm. zu BAG, Urteil vom 18.12.1975, 3 AZR 58/75, AP Nr. 170 zu § 242 BGB Ruhegehalt.

fehlender Vertragsparität beruhende Inhaltskontrolle durch Gerichte kaum zu verwirklichen¹⁴⁹ sei. Zöllner kommt zu der Erkenntnis, dass das, was sich als Vertragskontrolle im Arbeitsrecht geriere, sich jedenfalls hinsichtlich der Kontrolle allgemeiner Arbeitsbedingungen vielfach als verkappte Rechtsfortbildung herausstelle¹⁵⁰. Anders akzentuiert, in der Grundaussage jedoch ähnlich, stellen andere fest, „wer in dem Bemühen der Rechtsprechung um einen verbesserten Schutz der Arbeitnehmer den Beleg für eine unvollständige Erfüllung dieser Aufgabe durch den Gesetzgeber sieht, muss sein politisches Postulat an diesen richten und kann sein Ziel nicht im Wege der (richterlichen) Rechtsfortbildung anstelle des Gesetzgebers durchsetzen“¹⁵¹.

Mehr auf die ordnende, rationalisierende und stabilisierende Wirkung abstellend sind die Bedenken zu verstehen, wonach auf der Grundlage vermeintlich uneingeschränkter Vertragsfreiheit der Arbeitgeber immer wieder in seinem Vertrauen auf den vertraglichen Handlungsspielraum getäuscht werde¹⁵². Lieb abstrahiert die eigentliche Problematik bei der Suche nach Auswegen aus dem erkannten dogmatischen Begründungsdilemma treffend, indem er der rechtspolitischen Vorfrage, „für wie groß man den Bereich der Schutzbedürftigkeit im Bereich der nur aus den besonderen Umständen des Einzelfalls gestörten Vertragsparität hält“, entscheidende Bedeutung beimisst. „Je nachdem wird man entweder Schutzbereichslücken oder zu weitgehenden Schutz für letztlich doch erträglich halten“¹⁵³. Eine qualitativ andere, insgesamt schwerwiegendere Gefahr sieht Fastrich. Mit der allzu großzügigen Annahme der Voraussetzungen staatlicher Intervention schwinde das Bewusstsein der Teilnehmer am Rechtsverkehr, für ihre rechtliche Erklärungen und Transaktionen die Selbstverantwortung zu tragen¹⁵⁴.

C.II.5 Zusammenfassung und Bewertung

Man mag zu den im Einzelnen dargestellten Kritikpunkten unterschiedliche Meinungen haben. Im Ergebnis ist ihnen jedoch eines gemein. Sie verdeutlichen das grundsätzliche

149 Steindorff, Anm. zu BAG, Urteil vom 26.10.1973, 3 AZR 377/72, AP Nr. 161 zu § 242 BGB Ruhegehalt.

150 Vgl. Zöllner, AcP 176, S. 221, 246.

151 Przytulla, NZA 1998, S. 521, 523; kritisch auch Ebeling, Bezugnahme auf Tarifverträge, S. 184.

152 Vgl. Fastrich, Inhaltskontrolle, S. 199.

153 AcP 178, S. 196, 223; weitergehend Zöllner, RdA 1989, S. 152, 162, der zwecks Stärkung der Privatautonomie eine Reduktion von zwingendem Arbeitsrecht fordert, parallel dazu aber den Stellenwert der Inhaltskontrolle steigern will.

154 Vgl. Fastrich, RdA 1997, S. 65, 69.

Dilemma, in dem sich die Rechtsprechung unter dem Geltungsbereich des AGB-Gesetzes mit seiner Bereichsausnahme für das Gebiet des Arbeitsrechts befand. Eine direkte Anwendung schied de lege lata genauso aus wie – vergegenwärtigte man sich die Gesetzesbegründung – eine analoge Anwendung. Gleichzeitig war es zu Recht unbestritten, dass die Rechtsprechung der Gerichte für Arbeitssachen einer Übervorteilung der Arbeitnehmer entgegenwirken sollten, so dass sich zwangsläufig die Frage aufdrängte, mit welchem dogmatischen Restzeug man dieser Aufgabe nachkommen konnte.

Natürlich stand das Arbeitsrecht trotz seiner vielfach beteuerten speziellen Institute, im Vorgriff auf spätere Ausführungen könnte man auch Besonderheiten sagen, zu keinem Zeitpunkt außerhalb des Kernbereichs der allgemeinen Zivilrechtsdogmatik¹⁵⁵, auch wenn es das Bundesverfassungsgericht einmal als eigenständiges Rechtsgebiet bezeichnete¹⁵⁶. Es lag daher zu Recht nahe, die zivilrechtlichen Generalklauseln zur Begründung heranzuziehen.

Die eigentliche Kritik indes zielt auf den fehlerhaften „handwerklichen“ Umgang mit diesem juristischen Rüstzeug ab. Namentlich steht die mangelnde Konkretisierungsbereitschaft des BAG im Vordergrund, wenn vielfach gefordert wurde, die aus § 242 BGB folgenden Obersätze, teilweise unter Heranziehung von in § 9 AGB-Gesetz enthaltenen allgemeinen Rechtsgedanken¹⁵⁷, zu konkretisieren¹⁵⁸. Es soll an dieser Stelle nicht weiter beleuchtet werden, ob die Heranziehung von Normen aus dem AGB-Gesetz wegen § 23 Abs. 1 AGB-Gesetz zulässig war oder sinnvoll erschien oder ob § 9 AGB-Gesetz eigenständige Bedeutung zukommt¹⁵⁹.

Entscheidend ist vielmehr der Kernpunkt der Kritik, wonach eine materielle, sich an klaren Kriterien, Bewertungsmaßstäben und Leitlinien orientierende Konkretisierung in jedem Fall einer am Einzelfall ausgerichteten Billigkeitsrechtsprechung vorzuziehen ist. Der teilweise oberflächliche Umgang mit einschlägigen Voraussetzungen und Rechtsfolgen der

155 Vgl. Hromadka, FS-Dieterich, S. 251, 255; Preis, AuR 1994, S. 139, 152; Richardi, FS-AG-Verband, S. 537, 557.

156 Vgl., BVerfG, Entscheidung vom 22.04.1958, 2 BvL 32, 34, 35/56, LS 2, AP Nr. 2 zu § 1 UrlaubsG Hbg; BVerfGE 7, 342; - juris -

157 Vgl. Hromadka, FS-Dieterich, S. 251, 254; Preis, ZIP 1989, S. 885, 889.

158 Vgl. Wolf, RdA 1988, S. 270, 273; in der Sache auch Fastrich, RdA 1997, S. 65, 80; treffend auch Preis, Grundfragen, § 6, S. 140: „Die Rechtsprechung kann das Bemühen um gerechte Vertragsgestaltung um so eher stützen, je klarer die tragenden Wertungen – mit Unterstützung der Wissenschaft – herausgearbeitet werden. Geradezu konterkariert werden die Bemühungen um gerechte Vertragsgestaltung jedoch durch die im Arbeitsrecht noch verbreitete vertragskorrigierende Billigkeitsjudikatur, durch die die Gerichte in die Rolle des „billig und gerecht denkenden“ Kautelarjuristen schlüpfen.

159 Vgl. hierzu Lieb, Arbeitsrecht, Rz. 118 f.

verwendeten Normen unter gleichzeitigem Hinweis auf ständige Rechtsprechung und auf wenig konkretisierte Institute, wie richterliche Inhaltskontrolle oder Billigkeitskontrolle, war einer allgemeinen Akzeptanz genauso wenig zuträglich wie ein ständiger Wechsel der zugrunde gelegten Begründungselemente. Dies gilt im Übrigen nicht nur für die Akzeptanz der rechtswissenschaftlichen Betroffenen, sondern – und dies wiegt umso schwerer – auch für die nicht-juristisch vorgeprägten Bürger, seien es nun Arbeitgeber oder Arbeitnehmer. Gerade diese differenzieren meist nicht zwischen Ergebnis und Begründung, so dass die Entscheidungen wohl vielfach auf wenig Verständnis gestoßen sein dürften.

Der Rückschluss der hiervon Betroffenen, die derart praktizierte Rechtsprechung weise Willkürelemente auf, dürfte – auch wenn man aus juristischer Sicht nicht so weit gehen mag – nachvollziehbar sein. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf den Problembereich der gestörten Vertragsparität¹⁶⁰, soweit es um die damit verbundene Prüfungsnotwendigkeit oder Prüfungskompetenz der Gerichte geht. Die uneinheitliche Handhabung an dieser Stelle lief nicht lediglich Gefahr, Verstöße gegen die Privatautonomie zu begründen, sondern stellte bereits eine Verwirklichung dieser dar¹⁶¹.

Wenngleich es nicht Sinn und Zweck der vorliegenden Arbeit ist, weder die Rechtsprechung des BAG unter dem Geltungsbereich des AGB-Gesetzes noch die hierzu veröffentlichte Literatur, einer umfassenden Prüfung zu unterziehen¹⁶², so muss trotzdem klar gesehen werden, dass vielfach die Rechtssicherheit und Rechtsklarheit unter der fehlenden Begründungsbereitschaft des BAG gelitten hat¹⁶³. Auch das Vertrauen des Einzelnen in die Funktionsfähigkeit der Rechtsprechung dürfte nicht nur einmal enttäuscht worden sein. Dies ist auch dann anzunehmen, wenn man bei der Auswertung der Rechtsprechung keinerlei verfassungsrechtliche Bedenken hat, wie sie indes vereinzelt geäußert wurden¹⁶⁴. Für die juristische Bewertung stellte sich die Rechtsprechung wie ein „Zauberstab aus 1001 Nacht“¹⁶⁵ dar, konnte man doch schwer vorhersehen, welchen Begründungsansatz das BAG im nächsten zu entscheidenden Fall wählen und welche Rechtsfolgen es aus der verwendeten

160 Vgl. hierzu ausführlich Canaris, AcP 200, S. 273, 277 ff., 320 ff.; Dieterich, RdA 1995, S. 129, 131 ff.; Ebeling, Bezugnahme auf Tarifverträge, S. 183 f.; Lieb, AcP 178, S. 196, 213 ff., Preis, AuR 1994, S. 139, 141 f.; Reichold, RdA 2002, S. 321, 328; Zöllner, AcP 176, S. 221, 224 ff.; ders. AcP 196, S. 1, 15 ff.

161 Vgl. Lieb, AcP 178, S. 196, 221.

162 Weiterführend in diesem Bereich Fastrich, Inhaltskontrolle, S. 159 ff; Westhoff, Inhaltskontrolle; Hoyningen-Huene, Billigkeit, S. 139 ff, 173 ff; Säcker, Gruppenautonomie, S. 201 ff.

163 In diesem Sinne auch Lieb, AcP 178, S. 196, 221.

164 Vgl. Przylla, NZA 1998, S. 521, 522 ff.

165 Blomeyer, Anm. zu BAG, Urteil vom 18.12.1975, 3 AZR 58/75, AP Nr. 170 zu § 242 BGB Ruhegehalt.

Norm ableiten würde. Ein Gesichtspunkt, den auch Zöllner zu Recht aufgreift, wenn er von bestehenden „Wertungsunsicherheiten der Arbeitsgerichtsbarkeit“¹⁶⁶ spricht.

Trotz dieser vielfach geäußerten, teilweise der Sache nach berechtigten, teils aber auch polemisch überzogenen Kritik, ist es nicht Anliegen vorliegende Arbeit, die einzelnen Problemkreise, wie beispielsweise einseitiges Leistungsbestimmungsrecht¹⁶⁷, Anrechnung und Widerruf über- und außertariflicher Entgelte¹⁶⁸, Ausgleichsquittung¹⁶⁹, Vertragsstrafe¹⁷⁰ oder ähnliches¹⁷¹ einer umfassenden Rezeption zu unterziehen. Der jeweilige Hinweis auf weiterführende Literatur muss ausreichend sein, zumal die an späterer Stelle durchzuführende Betrachtung der nunmehr geltenden Rechtslage¹⁷², ein teilweises Wiederaufgreifen und Vertiefen einzelner Punkte ohnehin notwendig werden lässt.

Dort gilt es auch, die These von Preis aufzugreifen, wonach Grund für die dogmatisch problematische Entwicklung im Arbeitsrecht die fehlende klare Ermächtigung zu einer Inhaltskontrolle bei einseitig gestellten vorformulierten Vertragsbedingungen zu sein scheint¹⁷³.

C.II.6 Rechtspolitische Betrachtung der Folgen der Versäumnisse des BAG

Die sich aus der Gesamtschau der Judikatur des BAG abzuleitenden Folgen für den einzelnen Rechtsanwender und die hiervon betroffenen Personengruppen liegen auf der Hand.

Zunächst sind es die oben dargestellten Gesichtspunkte der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit sowie der hieraus abgeleiteten, fehlenden dogmatischen Überzeugungskraft¹⁷⁴. Diese sind auch sehr ernst zu nehmen, da eine ausreichende Verlässlichkeit der gerichtlichen Anerkennung und Durchsetzung des Vereinbarung zu Recht als Teil der Privatautonomie

166 Zöllner, RdA 1989, S. 152, 162.

167 Vgl. Hromadka, FS-Dieterich, S. 251, 263 ff; Preis, Arbeitsrecht der Gegenwart 1992, S. 143, 153 f

168 Vgl. Krämer, Widerruf im Arbeitsrecht, S. 195 ff, 253 ff; Preis, FS Kissel, S. 879 ff jeweils mwN

169 Vgl. Fenn, FS-Söllner, S. 333, 357; Preis, AuR 1979, S. 97 ff.; Preis, SB zu NZA 16/2003, S. 19, 29.

170 Beisenkötter, Arbeitsvertragsbruch, S. 68 ff.; Preis, SB zu NZA 16/2003, S. 19, 32.

171 Umfassende Zusammenstellung von verschiedenen Klauseln bei von Hoyningen-Huene, Billigkeit, S. 173 ff; Westhoff, Inhaltskontrolle, S. 12 ff, 133 ff.

172 Vgl. unten Kapitel 3, Kapitel 4.

173 Vgl. Preis, Arbeitsrecht der Gegenwart 1992, S. 143, 152.

174 Exemplarisch sei hier auf die Formulierung von Lieb, FS-Ulmer, S. 1231, verwiesen, der von „dogmatischem Wildwuchs auf zweifelhaften Rechtsgrundlagen“ spricht.

anzusehen ist¹⁷⁵, wäre doch sonst der praktische Nutzen einer jeden Vereinbarung mangels Einhaltungszwang des Verpflichteten gleich Null.

Daneben sind es solche, die sich im Vertrauensbereich der einzelnen Gruppen niederschlagen und den Ruf nach gesetzgeberischem Handeln laut werden lassen. Die richterliche Inhaltskontrolle auf der Basis von Generalklauseln sei zwar notwendig, verlange jedoch als zentrale Grundfrage eine gesetzgeberische Entscheidung¹⁷⁶.

Der in der Praxis mit der Rechtsprechung konfrontierte Jurist wird nicht selten den Verlust von Einheitlichkeit und Vorhersehbarkeit der Ergebnisse beklagt haben¹⁷⁷. Mit Blick auf die oftmals oberflächliche und oft wechselnde dogmatische Begründung des BAG werden ihn diese meist nur bedingt überzeugt haben können, auch wenn er dem gefundenen Ergebnis durchaus wohlwollend gegenübergestanden haben mag. Eine richtig verstandene Rechtssicherheit und Rechtsklarheit erfordert, dass die Parteien wissen, in welchem Umfang ihnen die Vertragsfreiheit zusteht¹⁷⁸. Die Rechtsprechung war insoweit nur ansatzweise in der Lage, ihrer Ordnungs- und Stabilisierungsfunktion zu genügen. Die hieraus resultierende Unsicherheit in der täglichen Beratungspraxis von Rechts-, Syndikusanwälten und Unternehmensjuristen sowie der Rechtsprechung erst- und zweitinstanzlicher Gerichte, war nicht nur vorhersehbar, sondern setzte sich in den Personengruppen fort, welche beraten wurde bzw. unmittelbar von der Rechtsprechung betroffen waren. Der damit einhergehende Vertrauensverlust in die einzelnen Rechtspflegeorgane war daher kaum aufzuhalten.

Wie häufig in solchen Situationen ließ der Ruf nach gesetzgeberischem Tätigwerden nicht lange auf sich warten¹⁷⁹, zumal für den Bereich des Arbeitsvertragsrechts bereits die Väter des BGB einen Kodifikationsbedarf erkannt hatten, indem sie sich verpflichtet sahen, das Arbeitsvertragsrecht „bald thunlichst einheitlich“ zu regeln¹⁸⁰, ein Wunsch, der mangels Umsetzung auch in Art. 30 des Einigungsvertrags wiederholt wurde. Diese Erkenntnis führte

175 Vgl. Fastrich, RdA 1997, S. 65, 79.

176 Vgl. Preis, DB 1994, S. 261, 268; im Ergebnis wohl auch Hager, Anm. zu BAG, Urteil vom 26.10.1994, 5 AZR 390/92, SAE 1996, S. 360, 365, der in der Inhaltskontrolle primär ein Problem der Kompetenzabgrenzung zwischen Gesetzgeber und Rechtsprechung sieht und die Legitimation der vom BAG praktizierten Rechtsfortbildung bezweifelt.

177 Diese Gefahr ist nicht neu, vgl. Hoyningen-Huene, Billigkeit, S. 8.

178 Vgl. Fastrich, RdA 1997, S. 65, 79.

179 Vgl. zusammenfassend Preis, Arbeitsrecht der Gegenwart 1992, S. 143 ff.

180 Stenogr. Berichte des Deutschen Reichstags, Bd. 153, S. 2192; Nachweis bei Preis, Arbeitsrecht der Gegenwart 1992, S. 143; Richardi, FS-AG-Verband, S. 537, 556.

zu Kommissionsentwürfen eines Arbeitsvertragsrechts zuletzt im Jahre 1992¹⁸¹ sowie zu Gesetzesentwürfen des Freistaates Sachsen¹⁸² und des Landes Brandenburg¹⁸³. Allen Versuchen zum Trotz ist es bis zum heutigen Tag nicht zu einer Verabschiedung eines speziellen Arbeitsvertragsgesetzes gekommen.

181 Gutachten D zum 59. Deutschen Juristentag 1992; vgl. auch die Zusammenfassung von Preis hierzu, Arbeitsrecht der Gegenwart 1992, S. 143 ff.

182 Vgl. BR-DS 293/95.

183 Vgl. BR-DS 671/96.

Kapitel 2 Grundlagen und Zielrichtung der Schuldrechtsreform

A. Europarechtliche Vorgaben

Der nationale Gesetzgeber wird in den letzten Jahren verstärkt im Sinne der Umsetzung europarechtlicher Richtlinien tätig. So verwundert es nicht, dass es auch bei der umfangreichen Modernisierung des Schuldrechts teilweise Richtlinien waren, welche den Gesetzgeber zu Neuregelungen bewogen, größtenteils sogar verpflichtet haben.

Die wichtigsten Richtlinien waren hierbei die bereits angesprochene RL über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen vom 05.04.1993 (RL 1993/13/EWG), die RL zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter vom 25.05.1999 (RL 1999/44/EG)¹⁸⁴, die RL über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt – sog. E- Commerce RL – vom 08.06.2000 (RL 2000/31/EG)¹⁸⁵ sowie die RL zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr vom 29.06.2000 (RL 2000/35/EG)¹⁸⁶.

Während die RL 1993/13/EWG bereits im Jahre 1996 im Rahmen der AGB-Gesetz Novelle größtenteils umgesetzt wurde, fanden die restlichen Richtlinien überwiegend erst im Rahmen der Schuldrechtsreform, welche auch einer mit Änderungen versehenen Integration¹⁸⁷ des AGB-Gesetzes in das BGB führte¹⁸⁸, Einzug ins nationale Recht.

Sie sind allesamt von dem Ziel der Europäischen Union, einen immer engeren Zusammenschluss der europäischen Staaten und Völker zu schaffen, um den wirtschaftlichen

184 ABIEG Nr. L 171 vom 07.07.1999, S. 12 ff.

185 ABIEG Nr. L 178 vom 17.07.2000, S. 1 ff.

186 ABIEG Nr. L 200 vom 08.08.2000, S. 35 ff.

187 Die wohl wichtigste Erweiterung betrifft die positivrechtliche Regelung des Transparenzgebots in § 307 Abs. 1, Satz 2 BGB, welche letztlich auf die Entscheidung des EuGH vom 10.05.2001 in der Rechtssache C-144/99 Niederlande gegen Kommission, NJW 2001, S. 2244 zurück geht.

188 Vgl. statt vieler die Zusammenfassung bei Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. IX ff.

und sozialen Fortschritt zu sichern, getragen. Im einzelnen verfolgen sie das Ziel, die Rechte des Verbrauchers zu stärken¹⁸⁹ und insbesondere einen gemeinsamen Mindestsockel von Verbraucherrechten zu schaffen¹⁹⁰, sei es durch das Erfordernis einer Mindestdauer von Gewährleistungsfristen¹⁹¹ oder Angleichung von Verzugszinssätzen, um das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes zu verbessern¹⁹² und hierdurch das Vertrauen der den gesamten europäischen Wirtschaftsraum nutzenden Verbraucher zu stärken. Auch die Entwicklung des elektronischen Geschäftsverkehrs in der Informationsgesellschaft¹⁹³ war Anlass der Vorgaben. Eine Koordinierung von nationalen Regulierungsmaßnahmen auf der Ebene der Europäischen Union sei notwendig, um eine Fragmentierung des Binnenmarktes zu vermeiden und einen angemessenen europäischen Rechtsrahmen zu schaffen¹⁹⁴.

Die sich aus diesen und anderen Rechtslinien ergebende Umsetzungsverpflichtung nahm der nationale Gesetzgeber zum Anlass¹⁹⁵, den seit Jahrzehnten bestehenden Forderungen der Rechtswissenschaft¹⁹⁶ nach grundlegenden Reformen des Zivilrechts nachzukommen und die größte Reform des BGB seit seinem Inkrafttreten am 01.01.1900 in Angriff zu nehmen.

B. Intention des nationalen Reformgesetzgebers

Bei der Bewertung der Intention des nationalen Gesetzgebers bedarf es jedoch der Differenzierung. Hauptanliegen war es, Regelungen auf dem Gebiet des Schuldrechts zu treffen, welche nicht nur europarechtlichen Vorgaben entsprechen sollten, sondern auch gleichsam eine Modernisierung dieser Materie darstellen sollte. Inwieweit eine konkrete Reformrichtung auf dem Gebiet des Arbeitsrecht beabsichtigt war, wird noch zu begutachten sein¹⁹⁷.

189 Vgl. 10. Erwägungsgrund zur RL 1993/13/EWG.

190 Vgl. 5. Erwägungsgrund zur RL 1999/44/EG.

191 Vgl. 17. Erwägungsgrund zur RL 1999/44/EG.

192 Vgl. 9. Erwägungsgrund zur RL 2000/35/EG.

193 Vgl. 2. Erwägungsgrund zur RL 2000/31/EG.

194 Vgl. 59. Erwägungsgrund zur RL 2000/31/EG.

195 Zum konkreten Umfang des Umsetzungsbedarf vgl. Begründung zum Gesetzesentwurf der Regierungsfractionen, BT-DS 14/6040, S. 79 ff.

196 Die Vorarbeiten reichen bis ins Jahr 1978 zurück, bereits 1991 wurde der Abschlussbericht der von Bundesministerium der Justiz eingesetzten Kommission mit der Hoffnung vorgelegt, dass es in absehbarer Zeit zu einem Gesetzesentwurf komme, vgl. hierzu BT-DS 14/7052, S. 1.

¹⁹⁷ Vgl. unten B. II.

B.I. Auf dem Gebiet des Schuldrechts

Die eben skizzierten europarechtlichen Vorgaben waren dem nationalen Gesetzgeber bewusst. Er wollte sich jedoch nicht mit den hieraus resultierenden Umsetzungsverpflichtungen im Sinne einer isolierten Richtlinienumsetzung in kleinem Rahmen zufrieden geben¹⁹⁸, sondern sah eine Modernisierung des gesamten Schuldrechts aufgrund zum Teil gravierender Mängel, welche im Laufe seines über 100 jährigen Bestehens zutage getreten seien, für geboten¹⁹⁹. Auch die bereits vorhandenen strukturellen Mängel des Schuldrechts würden, so die Prognose des Reformgesetzgebers, durch eine Umsetzung im kleinen, isolierten Rahmen, in unvertretbarem Maße verschärft werden²⁰⁰.

Den Grund hierfür sah der Gesetzgeber auch in den das Schuldrecht immer mehr überwuchernden schuldrechtlichen Sondergesetzen, welche daher ins BGB zu integrieren seien²⁰¹. Hieraus sowie aus der damit einhergehenden übersichtlicheren Gliederung und inhaltlichen Modernisierung²⁰² verspricht er sich eine übersichtlichere Schuldrechtsordnung, welche nicht zuletzt die Integrationskraft und Einheitssteigernde Wirkung des BGB gewährleisten und stärken soll²⁰³.

Im internationalen Vergleich trage die an internationalen Vertragsprinzipien angeglichenen Neufassung sowohl einer Steigerung der Wettbewerbsfähigkeit als auch – bezogen auf den europäischen Bereich – einer effektvolleren Einbringung anlässlich der Diskussion zur Vereinheitlichung des europäischen Vertragsrechts bei²⁰⁴.

Schließlich sollte die Kodifikation verschiedener höchstrichterlich entwickelter Rechtsinstitute zur Steigerung der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit beitragen.

Das hiernach letztlich in kraft getretene Reformwerk sollte somit mehrere verschiedenartiger Zwecke miteinander vereinigen. Neben der europarechtlich gebotenen Transformation waren es auch Innovationsgesichtspunkte, welche den Reformgesetzgeber zu diesen umfassenden

198 So aber der ausdrückliche Einwand der CDU/CSU Fraktion zum Abschluss der Beratungen, vgl. BT-DS 14/7052, S. 171.

199 Vgl. Begründung zum Gesetzesentwurf, BT-DS 14/6040, S. 1 und 79 sowie Begründung der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses, BT-DS 14/7052, S. 174.

200 Vgl. BT-DS 14/6040, S. 2.

201 Vgl. BT-DS 14/6040, S. 79.

202 Vgl. Begründung der Regierungsfractionen im Rechtsausschuss, BT-DS 14/6040, S. 171

203 Vgl. BT-DS 14/6040, S. 79.

204 So die Begründung der Regierungsfractionen im Rechtsausschuss, vgl. BT-DS 14/6040, S. 171.

Änderungen veranlasst haben. Auch die Bestrebung, durch Integration diverser Spezialgesetze die Übersichtlichkeit des gesamten Zivilrechts zu steigern sowie durch positivrechtliche Regelung der positiven Forderungsverletzung, der culpa in contrahendo und anderer bislang höchstrichterlich entwickelter Rechtsinstitute die Integrations- und Leitbildfunktion des BGB als der zentralen Zivilrechtskodifikation zu stärken, hat ihren Teil hierzu beigetragen. Die hiermit gleichsam einhergehende Steigerung der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit sowie die Rechtsangleichung in Bezug auf das europäische Inland, mögen weitere aner kennenswerte Gesichtspunkte gewesen sein²⁰⁵.

B.II. Auf dem Gebiet des Arbeitsrechts

Im Gegensatz zu den Reformbestrebungen auf dem Gebiet des Schuldrechts waren Änderungen im Bereich des Arbeitsrechts nicht europarechtlich geboten. Es gab im Zeitpunkt des Diskussionsentwurfs, wie auch während des gesamten Gesetzgebungsverfahrens, keine europarechtliche RL, welche arbeitsrechtlich umzusetzen gewesen wäre. So verwundert es nicht, dass die parlamentarische, fachgremienbezogene und wissenschaftliche Diskussion zu expliziten Änderungen auf dem Gebiet des Arbeitsrechts eher stiefmütterlich geführt wurde.

Neben stets behandelten Detailfragen war es insbesondere der Streit zwischen Regierungs- und Oppositionsfraktionen, ob die umzusetzenden Richtlinien im Sinne einer „kleinen“ Reform isoliert nationales Gesetz werden sollten, oder, wie geschehen, eine umfangreiche Modernisierung des Schuldrechts erfolgen sollte, welche das gesamte Gesetzgebungsverfahren durchzog und prägte.

Hierbei soll nicht verkannt werden, dass der Arbeitsvertrag als spezielle Unterart des Dienstvertrags unmittelbar von Änderungen im allgemeinen Schuldrecht betroffen ist, so dass dem Gesetzgeber insoweit auch ein Reformbewusstsein zu unterstellen ist. Dieses lässt sich allerdings schwerlich als arbeitsvertragsspezifisch charakterisieren²⁰⁶.

205 Ob diese Zielsetzung mit der nunmehr Gesetz gewordenen Fassung erreicht wurde, erfreute sich nicht zuletzt bis zum Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens einer lebhaften parlamentarischen Diskussion, vgl. hierzu Protokoll der 192. Sitzung des BT in der 14. Wahlperiode vom 11.10.2001, Stenogr. Berichte, Bd. 208, S. 18744 ff; kritisch zur „handwerklichen“ Umsetzung der Schuldrechtsreform Albrecht/Flohr/Lange, Schuldrecht, S. 20 f., 63 ff mwN.

206 Gerade diese Erkenntnis veranlasst Bauer, NZA 2002, S. 1001, 1002, vom Gesetzgeber zu fordern, die alte Bereichsausnahme des § 23 Abs. 1 AGB-Gesetz wieder herzustellen, und klarzustellen, dass Arbeitnehmer in

Der Gesetzgeber wollte insoweit vielmehr den allgemeinen Teil des Schuldrechts reformieren. Dies gilt beispielsweise für die Regelungen des neuen Verjährungsrechts, welche gleichsam auf Arbeitsverträge Anwendung finden²⁰⁷. Bei der Neufassung dieses Abschnitts dachte der Gesetzgeber wohl nicht vordergründig an das Arbeitsrecht, deren Verjährungsfrist er von 2 auf 3 Jahre erhöhte, soweit es um arbeitsvertragliche Ansprüche von Arbeitnehmern ging. Im Vordergrund stand vielmehr die Vereinheitlichung, Angleichung und Vereinfachung teils komplexer Regel – Ausnahmeregelungen.

Der sich in der täglichen Rechtspraxis am stärksten auswirkende Reformteil, die komplette Neugestaltung des Kaufrechtgewährleistungsrechts, berührt das Arbeitsrecht jedoch nicht.

B.II.1 Reformbedarf auf dem Gebiet des Arbeitsrechts

Die Forderungen nach umfangreichen Reformen, insbesondere nach einem eigenen Gesetzeswerk für das Arbeitsvertragsrecht, sind älter als das nunmehr reformierte BGB.

Bereits am 11.06.1896 formulierte die zur Kodifikation des BGB eingesetzte Kommission anlässlich der Verabschiedung des BGB eine Resolution. Hiernach „werde die Erwartung ausgesprochen, dass die Verträge, durch welche Jemand sich verpflichtet, einen Theil seiner geistigen oder körperlichen Arbeitskraft für die häusliche Gemeinschaft, ein wirthschaftliches oder ein gewerbliches Unternehmen eines Anderen gegen einen vereinbarten Lohn zu verwenden, für das Deutsche Reich bald thunlichst einheitlich geregelt werden“²⁰⁸. Über 90 Jahre später – außer der Einsetzung diverser Kommissionen war auf diesem Gebiet nichts Wesentliches geschehen – wurde diese Forderung in Art. 30 Abs.1 des Einigungsvertrags wiederholt, ohne dass es jedoch bislang zu einer Verabschiedung eines Arbeitsvertragsgesetzes gekommen ist.

arbeitsrechtlichen Beziehungen keine Verbraucher seien. Vgl. auch Albrecht/Flohr/Lange, Schuldrecht, S. 64.

207 Zu den hiermit im Arbeitsrecht gleichsam verbundenen Änderungen vgl. ausführliche Darstellungen bei Gotthardt, Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsreform, Rz. 339 ff.; Löwisch, FS-Wiedemann, S. 311 ff.; Lindemann, AuR 2002, S. 81 ff.; Henssler, RdA 2002, S. 129, 131 ff.; Däubler, NZA 2001, S. 1329, 1331 ff.

208 Stenogr. Berichte des Deutschen Reichstags, Bd. 153, S. 2192.

Auch in der wissenschaftlichen Diskussion taucht indes regelmäßig der Ruf nach einer einheitlichen Kodifikation des Arbeitsrechts auf²⁰⁹, welcher allerdings genauso regelmäßig von dem Gesetzgeber ignoriert wird. Wenngleich die Schuldrechtsreform diesen historischen Forderungen nicht umfänglich nachkommen wollte, so ist indes festzustellen, dass der Reformgesetzgeber auch im Dienstvertragsrecht tätig wurde. Namentlich wurden die Vorschriften des § 615 Satz 3 BGB sowie des § 619a BGB geschaffen²¹⁰. Inhaltlich betreffen sie die Folgen des Annahmeverzugs des Arbeitgebers infolge der Verwirklichung eines Betriebsrisikos und die Verteilung der prozessualen Beweislast bei Haftung des Arbeitnehmers. So sinnvoll diese Regelungen auch sein mögen, eine Neuerung stellen sie jedoch nicht dar. Im Ergebnis handelt es sich wie im Fall der culpa in contrahendo in § 311 Abs.2 BGB oder des Wegfalls der Geschäftsgrundlage in § 313 Abs.1 BGB lediglich um eine Positivierung der bislang praktizierten Rechtsprechung.

Das BAG praktiziert diese Institute in ständiger Rechtsprechung²¹¹, so dass dem nunmehr geltenden Recht zunächst deklaratorische Bedeutung zukommt, wenngleich, wie stets in solchen Fällen, eine zu begrüßende Steigerung der Rechtssicherheit, Rechtsklarheit sowie der integrativen Wirkung des geschriebenen Gesetzes mit einhergeht²¹².

Trotz des auch dem Reformgesetzgeber bekannten Reformbedarfs auf dem Gebiet des Arbeitsvertragsrechts lässt sich als Zwischenergebnis festhalten, dass diesem Bereich keine zentrale Aufmerksamkeit gewidmet wurde. Die festzustellenden, spezifisch den Dienstvertrag und somit auch den Arbeitsvertrag betreffenden Neuerungen stellen lediglich die Übernahme der höchstrichterlich entwickelten Institute in positives Recht dar.

209 Vgl. etwa Richardi, FS-AG-Verband, S. 537, 556 ff; Preis, Das Arbeitsrecht der Gegenwart 1992, S. 143 ff.; speziell zur Forderung nach einer klar abgegrenzten Ermächtigung an die Gerichte zur Vertrags- und Inhaltskontrolle, vgl. Preis, Grundfragen, § 6, S. 147.

²¹⁰ Auch die Neuregelung der §§ 275 Abs. 3, 276 BGB sind arbeitsrechtlich relevant, Vgl. Pal./Heinrichs, § 275, Rz. 30.

²¹¹ Vgl. bzgl. c.i.c.BAG, Urteil vom 14.06.1989, 5 AZR 330/88, - juris -; BAG, Urteil vom 15.07.1992, 7 AZR 337/91, - juris -; BAG, Urteil vom 11.12.1991, 7 AZR 128/91, AP Nr. 144 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag; EzA § 620 BGB Nr. 112; NZA 1993, S. 354, 355; - juris -; BAG, Teilurteil vom 30.01.2002, 10 AZR 8/01, NZA 2002, S. 639; ZTR 2002, S. 321; - juris -; bzgl. WGG BAG, Urteil vom 09.06.1985, 3 AZR 546/82, AP Nr. 6 zu § 1 BetrAVG Ablösung; EzA § 1 BetrAVG Nr. 37; - juris -; BAG-GS, Beschluss vom 16.09.1986, GS 1/82, AP Nr. 17 zu § 77 BetrVG 1972; EzA § 77 BetrVG Nr. 17; - juris -; BAG, Urteil vom 21.02.2001, 2 AZR 39/00, ZIP 2001, S. 1825, 1827; EzA § 1 KSchG Interessenausgleich Nr. 8; - juris -; BAG, Urteil vom 12.12.2001, 5 AZR 257/00, AP Nr. 65 zu § 612 BGB; EzA § 612 BGB Nr. 24; NZA 2002, S. 1338, 1339; - juris -

²¹² Hiervon geht auch der Gesetzgeber aus, vgl. BT-DS 14/6857, S. 48 für § 615 BGB und BT-DS 14/7052, S. 204 für § 619a BGB.

Lediglich im bereits beschriebenen Geltungsbereich des § 23 Abs.1 AGB-Gesetz, welcher nunmehr § 310 BGB entspricht, ist eine wirkliche Abkehr von der bislang bestehenden Linie des Gesetzgebers festzustellen.

Der insoweit entscheidende Abs.4 ist neu gefasst und lautet:

„Dieser Abschnitt findet keine Anwendung bei Verträgen auf dem Gebiet des Erb-, Familien- und Gesellschaftsrechts sowie auf Tarifverträge, Betriebs- und Dienstvereinbarungen. Bei der Anwendung auf Arbeitsverträge sind die im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten angemessen zu berücksichtigen. § 305 Abs.2 und 3 ist nicht anzuwenden. Tarifverträge, Betriebs- und Dienstvereinbarungen stehen Rechtsvorschriften im Sinne von § 307 Abs.3 gleich.“

Auch die hiermit einhergehende Abkehr von der bis zum 31.12.2001 bestehenden Bereichsausnahme hin zu einer Bereichseinschränkung²¹³ wurde der Sache nach bereits seit langem gefordert. Dies natürlich nicht zuletzt aufgrund der bereits dargestellten Kritikpunkte. So stellte bereits Wolf im Jahre 1989 anlässlich der stets geführten Diskussion, in welchem Umfang das AGB-Gesetz für den Bereich des Arbeitsvertragsrechts heranzuziehen sei, fest, „es muss möglich bleiben, den Besonderheiten des Arbeitsverhältnisses Rechnung zu tragen“²¹⁴. Gleichsam wies er zu Recht darauf hin, dass die Klauselverbote der § 10, 11 AGB-Gesetz – nunmehr §§ 308, 309 BGB – generell auf die Interessenlage des Verbrauchers ausgerichtet seien, viele Klauselverbote von Kauf- und Werkvertragsrecht ausgingen und nicht ohne weiteres für Dauerschuldverhältnisse passten²¹⁵.

Auch wenn der Umfang der sprachlichen Neufassung eher als gering zu bezeichnen ist, so sind die hieraus resultierenden systematischen und strukturellen Veränderungen bahnbrechend, ihre Folgen in der Rechtsprechungspraxis derzeit nicht abzusehen²¹⁶, auch wenn Teile der Wissenschaft inhaltlich keine größeren Veränderungen prognostizieren²¹⁷.

213 So die treffende Formulierung beispielsweise von Lingemann, NZA 2002, S. 181, 182.

214 Wolf, RdA 1989, S. 270, 273.

215 Vgl. Wolf, RdA 1989, S. 270, 273.

216 In diesem Sinne Annuß, BB 2002, S. 458, 463; Bartz, AuA 2002, S. 62, 65.

217 Vgl. Berkowsky, AuA 2002, S. 11, 15; Reichold, ZTR 2002, S. 202, 208; überwiegend in diesem Sinne auch Lingemann, NZA 2002, S. 181, 192; differenzierter nach Inhalt der Klausel Haderer, FA ArbR 2002, S. 66 ff.

Um jedoch im Detail eine inhaltliche Auseinandersetzung mit der nunmehr eröffneten AGB-Kontrolle bei Arbeitsverträgen führen zu können, bedarf es zunächst eines genauen Blicks auf das tatsächlich vorhandene Reformbewusstsein des Gesetzgebers, da erst hierdurch die konkreten Auswirkungen klarere Konturen erhalten und eine sich hierauf stützende Prognose möglich ist.

B.II.2 Reformbewusstsein des Gesetzgebers

Bekanntlich ist das Gesetzgebungsverfahren oft langwierig und die am Ende beschlossene Fassung des Gesetzes entspricht nur selten dem ursprünglich eingebrachten Entwurf, so auch im Fall der vorliegenden Streichung der Bereichsausnahme. Vor diesem Hintergrund ist es etwas ungenau, von „dem Reformbewusstsein des Gesetzgebers zu sprechen“. Es empfiehlt sich vielmehr, die einzelnen Abschnitte des Gesetzgebungsverfahrens genauer zu analysieren.

B.II.2.a Reformbewusstsein der Bundesregierung anlässlich der Einbringung des Gesetzesentwurfs

Die ursprünglich eingebrachte Fassung des BGB durch die Bundesregierung sah keine Streichung der Bereichsausnahme für den Bereich des Arbeitsrechts vor. Vielmehr wird in der zu § 310 BGB ergangenen Gesetzesbegründung festgestellt, „Absatz 4 entspricht wörtlich dem bisherigen § 23 AGB-Gesetz“²¹⁸.

In diesem Abschnitt des Gesetzgebungsverfahrens kann demnach ein Reformbewusstsein nicht ausgemacht werden.

218 BT-DS 14/6040, S. 160.

B.II.2.b Reformbewusstsein des Bundesrates

Erst eine von über 150 Prüfbitten des Bundesrates, „im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob die Ausnahme für das Arbeitsrecht in § 310 Abs.4 BGB-E noch sachgerecht“²¹⁹ sei, war der Anfang von Reformüberlegungen in diesem Bereich. In seiner Begründung wies der Bundesrat darauf hin, dass die Vorschriften des AGB-Gesetzes, welche die Einbeziehung und Kontrolle von allgemeinen Geschäftsbedingungen betreffen, nicht auf Arbeitsvertragsbedingungen Anwendung finden, jedoch gleichsam eine AGB-Kontrolle im Bereich des Arbeitsrechts stattfindet²²⁰. „Damit stellt sich die Frage, ob die Herausnahme des Arbeitsrechts insgesamt aus dem Anwendungsbereich des AGB-Gesetzes und der dies insoweit ersetzenden §§ 305 ff BGB-E sachlich gerechtfertigt ist“²²¹.

Der Bundesrat sieht mithin seinen Änderungsvorschlag zunächst darin gerechtfertigt, dass die Rechtsprechung des BAG und der einzelnen Instanzgerichte bereits eine Kontrolle von Arbeitsvertragsbedingungen vornehme, auch wenn diese letztlich konstruktiv auf § 315 BGB und § 242 BGB beruhe und inhaltlich dem Prüfungsrahmen des § 9 AGB-Gesetz entspreche²²².

Hierdurch wird seine Intention deutlich:

Er sieht keine Veranlassung, weiterhin an der Bereichsausnahme festzuhalten und möchte eine Kontrolle nach den Grundsätzen des AGB-Rechts auch für Arbeitsverträge.

B.II.2.c Reformbewusstsein der Bundesregierung anlässlich der Gegenäußerung

Als Reaktion auf diese Prüfbitten kam es zu der nunmehr Gesetz gewordenen Neufassung des § 310 Abs.4 BGB seitens der Bundesregierung. Sie entschied sich somit vom Grundsatz her für die Streichung der Bereichsausnahme, wollte indes die besonderen Bedürfnisse eines Arbeitsverhältnisses, insbesondere bei den besonderen Klauselverboten ohne Wertungsmöglichkeit, berücksichtigt wissen²²³. Ihrer Ansicht nach bestünde im Arbeitsrecht ein Bedürfnis nach richterlicher Kontrolle der einseitig vom Arbeitgeber festgesetzten

219 BT-DS 14/6857, S. 17.

220 Vgl. BT-DS 14/6857, S. 17.

221 BT-DS 14/6857, S. 17.

222 Vgl. BT-DS 14/6857, S. 17.

223 Vgl. BT-DS 14/6857, S. 53 f.

Arbeitsbedingungen. Dies gelte insbesondere vor dem Hintergrund des existenziellen Angewiesenseins auf einen Arbeitsplatz²²⁴. Die Analyse des Fallmaterials der Rechtsprechung des BAG zeige, dass eine sich selbst überlassene Vertragsfreiheit nicht in der Lage war, Arbeitnehmer ausreichend vor unangemessenen Vertragsbedingungen zu schützen²²⁵. Die hierdurch entstehende Rechtsunsicherheit – hervorgerufen durch eine unterschiedliche Spruchpraxis einzelner Senate des BAG – zu beseitigen sei primäres Ziel der Neufassung²²⁶.

Vom Grundsatz her verdient diese Begründung Zustimmung. Es befremdet nicht nur den von einem Urteil betroffenen Arbeitgeber oder Arbeitnehmer, dass, wäre ein anderer Senat mit dem Rechtsstreit befasst gewesen, die gleiche Rechtsfrage anders beurteilt worden wäre. Auch die jeweiligen Prozessbevollmächtigten werden in einen kaum lösbaren Erklärungsnotstand manövriert. Dass die Funktionsfähigkeit und das Willkürverbot des Rechtsstaates hierbei vom Bürger in Zweifel gezogen werden, ist zumindest nachvollziehbar.

Allerdings vermag es der in der Gesetzesbegründung angestellte Vergleich zwischen den Urteilen des BAG vom 29.11.1995 – 5 AZR 447/94 – und vom 13.12.2000 – 10 AZR 168/00 – nicht, diese Erkenntnis zu untermauern. Den beiden Urteilen liegen in entscheidenden Teilen verschiedene Sachverhalte zugrunde²²⁷, auch wenn in beiden Verfahren letztlich über die Wirksamkeit einer Ausschlussfrist zu entscheiden war. Während diese im ersten Verfahren in einer außerhalb des Arbeitsvertrags bestehenden Betriebsordnung des Arbeitgebers unter der Überschrift „Lohnabrechnung und Zahlung“ geradezu versteckt war, befand sie sich im zweiten Fall unter der Überschrift „Fristen“ in einem dem Arbeitsvertrag beigefügten „Haustarif“, welcher von dem betroffenen Arbeitnehmer eigens unterschrieben wurde.

So gesehen erweckt die Begründung zumindest den Anschein, als empfinde die Bundesregierung schlicht eine Ausschlussfrist von einem Monat, wie sie das BAG im zweiten Fall letztlich nicht beanstandet hat, als unangemessen kurz²²⁸.

224 Vgl. BT-DS 14/6857, S. 53.

225 Vgl. BT-DS 14/6857, S. 53 f. Die Formulierung zeigt ein Weiteres: Die Ministerialbeamten des federführenden BMJ benutzen die Habilitationsschrift von Fastrich als Formulierungsgrundlage. Den Begründungssatz ab dem ersten Komma haben sie sogar wortgleich hieraus abgeschrieben, vgl. Inhaltskontrolle, S. 186, Mitte.

226 Vgl. BT-DS 14/6857, S. 54.

227 So zu Recht auch Singer, RdA 2003, S.194, 198.

228 In diesem Sinne auch Henssler, RdA 2002, S. 129, 135, welcher die späte Aktivität des Gesetzgebers als „durch das Urteil vom 13.12.2000“ provoziert ansieht; deutlicher in der Kritik ist Joost, FS-BAG, S. 49, 50 f.

Was die vollständige Übertragung der zum AGB-Gesetz entwickelten Grundsätze, insbesondere die besonderen Klauselverbote angeht, so begnügt sich die Begründung teils mit weiten, teils mit widersprüchlichen Aussagen. Einerseits soll „das Schutzniveau der Vertragsinhaltskontrolle im Arbeitsrecht nicht hinter demjenigen des Zivilrechts“²²⁹ zurückbleiben, andererseits „sollten vor allem die besonderen Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit im Arbeitsrecht nicht zwingend uneingeschränkt zur Anwendung kommen“²³⁰. Insbesondere die letzte Formulierung lässt vom Wortlaut her fast jede Deutung zu. Von einer gänzlichen Unanwendbarkeit bis hin zu einer im Einzelfall vollständigen Anwendbarkeit des § 309 BGB erscheint keine Vorgehensweise vom Wortlaut der Begründung ausgeschlossen. Eine Tatsache, die insbesondere der proklamierten Steigerung der Rechtssicherheit nicht sonderlich zuträglich ist.

B.II.2.d Reformbewusstsein des Rechtsausschusses

Der federführend mit der Reform befasste Rechtsausschuss teilte im Anschluss an die Gegenäußerung der Bundesregierung in seiner Stellungnahme zunächst deren Gründe²³¹. Darüber hinaus verband er „mit der vorgesehenen Formulierung die Erwartung, dass den Besonderheiten spezifischer Bereiche des Arbeitsrechts, wie z.B. des kirchlichen Arbeitsrechts, angemessen Rechnung getragen werden kann“²³².

Den Ausführungen des Ausschusses sind daher zunächst einmal keinerlei weitergehender Erkenntnisse darüber zu entnehmen, welcher materielle Gehalt der Neufassung letztlich zukommen sollte. Dies gilt insbesondere für das einschränkende Merkmal der „im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten“. Dass das kirchliche Arbeitsrecht nicht abschließend gemeint sein kann, ergibt sich bereits aus der beispielhaften Aufzählung. Auch lässt sie, außer das sie eher als verunglückt und verwirrend erscheint, keinerlei inhaltliche Anhaltspunkte erkennen. Statt einer Erläuterung oder Konkretisierung – die man als Rechtsanwender eigentlich in einer Gesetzesbegründung erwarten darf – begnügt sich der Gesetzgeber mit einer Umschreibung mittels allgemein gehaltener Synonyme. So bleibt es an dieser Stelle völlig unklar, was „im Arbeitsrecht geltende Besonderheiten“ in Zukunft sein soll.

229 BT-DS 14/6857, S. 54.

230 BT-DS 14/6857, S.54.

231 Vgl. BT-DS 14/7052, S. 189.

232 BT-DS 14/7052, S. 189.

B.II.2.e Reformbewusstsein des Bundestags

Auch eine Analyse der interfraktionellen Aussprache im Bundestag, welche der Verabschiedung des Gesetzes vorangegangen war, trägt nicht zur Konkretisierung der verwendeten unbestimmten Rechtsbegriffe bei. Dies verwundert indes nicht, war doch bereits bei Beginn der Aussprache zu erwarten, dass die vom Rechtsausschuss vorgelegte Fassung des Gesetzes mit der Mehrheit der Regierungsfractionen verabschiedet werden würde. Die in diesem Zusammenhang geäußerte Kritik der Opposition²³³ ist daher eher als Teil des politischen Schlagabtauschs zu verstehen, zumal auch sie keinerlei sachlichen Bezug aufweist, sondern sich auf schlichte Ablehnung und Kennzeichnung der Neuerung als falsch beschränkt²³⁴.

B.II.2.f Fazit

Ausgehend von dieser Sachlage liegen im Hinblick auf die Ausgangsfrage mehrere Schlussfolgerungen auf der Hand. Zum einen lässt sich ein konkretes und inhaltlich klar umgrenztes Reformbewusstsein nicht ausmachen. Der Gesetzgeber scheut sich, durch den Einbau weiterer Generalklauseln²³⁵ eine eindeutige Position ob der Tragweite der Neuerung zu beziehen. Auch die Analyse des parlamentarischen Gesetzgebungsverfahrens bringt nicht etwa Licht ins Dunkel, sondern lässt lediglich die Beurteilung zu, dass die einzelnen, am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Verfassungsorgane und Gremien, die im Gesetzestext befindlichen Generalklauseln durch gleichsam weite Formulierungen ersetzt haben. Als prägende Gemeinsamkeit fällt neben der inhaltlich-materiellen Leere der Gesetzesmaterialien insbesondere die sprachliche Weite und Unverbindlichkeit ins Auge²³⁶, die, ausgehend von der Wortbedeutung der einzelnen Begründungen, fast jedes denkbare Reformbewusstsein als hiervon gedeckt erscheinen lässt.

233 Vgl. hierzu die Rede des Abgeordneten Funke, der lediglich darauf hinweist, dass das Verfahren aufgrund der Neuerung für den mittelständischen Arbeitgeber schwieriger werde, Stenogr. Berichte, Bd. 208, S. 18752.

234 Vgl. hierzu die Ausführungen des Abgeordneten Freiherr von Stetten, der der Regierung vorwirft, sie habe bei Nacht und Nebel – wohl um den linken Gewerkschaftsflügel zu befriedigen – die Anwendbarkeit der Bestimmungen über Allgemeine Geschäftsbedingungen für Arbeitsverträge mit aufgenommen. Das sei schlichtweg falsch, Stenogr. Berichte, Bd. 208, S. 18761.

²³⁵ Joost, FS-BAG, S. 49, 58, spricht sogar von „der hohen Unbestimmtheit des Norminhalts“.

²³⁶ Vgl. Hönn, ZfA 2003, S. 325, 329 der die Anhaltspunkte als dürftig bezeichnet.

Die Entstehung des neuen § 310 Abs.4 BGB zeigt, dass ihm weder eine umfangreiche parlamentarische Auseinandersetzung noch eine nähere fachöffentliche Diskussion²³⁷ vorausgegangen ist. Wenngleich die vorgenommene Änderung der Sache nach bereits seit langem in der rechtswissenschaftlichen Diskussion gefordert wurde, so erweist sich die neue Gesetzesfassung, insbesondere im Hinblick auf deren Begründung, als nicht überzeugend. Ob die mit einer Kodifikation meist verbundene Steigerung der Rechtssicherheit auch vorliegend geschaffen wurde, erscheint jedoch zweifelhaft. Zwar wird den Gerichten nunmehr ein systematisches Prüfungsprogramm *expressis verbis* zur Verfügung gestellt, jedoch fehlt es weiterhin an geeigneten Konkretisierungskriterien. Dies verwundert umso mehr, als auch dem Gesetzgeber die Übertragungsproblematik durchaus bewusst war²³⁸. Gerade wenn er eine durch „uneinheitliche Rechtsprechung entstehende Rechtsunsicherheit“²³⁹ zu Recht erkennt, verwundert es umso mehr, dass keine inhaltlich konkretisierte Aussage hinsichtlich ihrer Beseitigung erkennbar ist²⁴⁰. Auch der geäußerte Wunsch, dass nach Streichung der Bereichsausnahme „das Schutzniveau der Vertragskontrolle im Arbeitsrecht nicht hinter demjenigen des Zivilrechts zurückbleibt“²⁴¹, trägt im Ergebnis nicht weiter. Ein vollkommen gleiches Schutzniveau hat nämlich der Gesetzgeber selbst nicht im Blick, sieht er doch „vor allem die besonderen Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeiten im Arbeitsrecht nicht zwingend uneingeschränkt“²⁴² anwendbar, so dass es weiterhin Sache der Gerichte für Arbeitssachen bleiben wird, das offene Prüfungssystem inhaltlich anzureichern.

Letztlich wird es darum gehen, Abweichungen vom zivilrechtlichen Schutzniveau im Bereich des Arbeitsrechts zu begründen, wobei überwiegend das im Gesetz angelegte Merkmal der „im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten“ konstruktiv rekrutiert werden sollte²⁴³. Zur Konkretisierung dieses unbestimmten Rechtsbegriffs wird es insbesondere darauf ankommen,

237 Vgl. zu Recht Joost, FS-Ulmer, S. 1199; ähnlich Lieb, FS-Ulmer, S. 1231.

238 Vgl. BT-DS 14/6857, S. 54, wonach vor allem die besonderen Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeiten im Arbeitsrecht nicht zwingend uneingeschränkt zur Anwendung kommen sollten.

239 BT-DS 14/6857, S. 54.

240 So auch Annuß, BB 2002, S. 458,459; Reuter, BAG-FS, S 179, bezeichnet die Norm daher als „Angstklausel“.

241 BT-DS 14/6857, S. 54.

242 BT-DS 14/6857, S. 54.

243 Dies prognostiziert auch Reichold, ZTR 2002, S. 202, 205. Gleichsam wird seiner Meinung nach, vgl. FS-BAG, S. 153, 165, hierdurch dem Konzept einer privatautonome Spielräume sichernden prozeduralen Austauschgerechtigkeit wider ein maßgeblicher Stellenwert zuerkannt.

dem im Arbeitsrecht bestehenden Schutzbedürfnis, insbesondere der Frage, inwieweit es mit dem des allgemeinen Zivilrecht vergleichbar ist²⁴⁴, klare Konturen zu verleihen²⁴⁵.

Man hätte sich als Rechtsanwender an dieser Stelle weitere Hinweise des Gesetzgebers gewünscht, die den zukünftigen Umgang mit der Norm beschreiben. Dies ist indes nicht geschehen, vielmehr hat es der Gesetzgeber bevorzugt, seiner eigenen Unsicherheit durch Einfügung einer Generalklausel zu begegnen, wonach „die im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten angemessen zu berücksichtigen“ sind.

Es bleibt weiterhin der Rechtsprechung und der einschlägigen wissenschaftlichen Diskussion vorbehalten, die im vorgegebenen Prüfungsprogramm angelegten unbestimmten Rechtsbegriffe für den arbeitsrechtlichen Bereich mit Inhalt zu füllen und deren Verhältnis zueinander weiter zu konkretisieren. Eine Aufgabe, die im Ansatz auch dem Gesetzgeber gut zu Gesicht gestanden hätte²⁴⁶.

244 Vgl. Annuß, BB 2002, S. 458, 459.

245 Vgl. hierzu ausführlich unten Kapitel 3, B. II., III.; Kapitel 4 C. III., D.

246 Etwas zynisch gelangt Lieb, FS-Ulmer, S. 1231, 1244 zu dem ernüchternden Ergebnis, dass es derzeit offenbar nicht besser geht.

Kapitel 3 : Auswirkungen der Schuldrechtsreform auf die Prüfungssystematik und Prüfungsstruktur arbeitsrechtlicher Verträge

A. Systematik der zivilrechtlichen Kontrollgegenstände und Kontrollbefugnis

A.I. Prüfungsgang

Bevor die Auswirkungen der Schuldrechtsreform für das Arbeitsrecht im Allgemeinen sowie die arbeitsvertragliche Klauselkontrolle im Speziellen betrachtet werden, bedarf es einer Darstellung der zivilrechtlichen Prüfungssystematik. Erst hierdurch lassen sich Unterschiede erkennen und die Reichweite dieser Unterschiede klar bestimmen. Dies insbesondere vor dem Hintergrund, dass die nunmehr in § 310 Abs. 4, Satz 2 BGB enthaltene arbeitsrechtliche Generalklausel Modifikationen erfordert, welche ihrerseits verschiedene Bereiche der Gestaltung rechtsgeschäftlicher Schuldverhältnisse durch Allgemeine Geschäftsbedingungen zumindest berühren könnte.

A.II. Begriffsbestimmung und Systematisierung

Wie bereits oben festgestellt, findet eine Kontrolle nach AGB-Recht nicht in allen Rechtsbereichen Anwendung, § 310 Abs. 4, Satz 1 BGB nimmt vielmehr das Erb-, Familien- und Gesellschaftsrecht vollumfänglich sowie Tarifverträge und Betriebs- und Dienstvereinbarungen ausdrücklich aus²⁴⁷.

²⁴⁷ Zur Reichweite dieser Ausnahme in Bezug auf Tarifverträge, soweit diese aufgrund arbeitsvertraglicher Bezugnahmeklauseln Anwendung finden, vgl. weiterführend Kapitel 5, II. B. 2. Das BAG hat im Geltungsbereich des AGB-Gesetzes stets eine Kontrolle von Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen vorgenommen. Als Prüfungsmaßstab für Tarifverträge galt das zwingende Gesetzesrecht, das Grundgesetz, die guten Sitten sowie tragende Grundsätze des Arbeitsrechts, vgl. BAG, Urteil vom 12.03.1992, 6 AZR 311/90, EzA § 4 BeschFG 1985 Nr. 1; NJW 1993, S. 348, - juris -; BAG, Urteil vom 18.01.1996, 6 AZR

Ausgangspunkt der Prüfung nach dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist die nunmehr in § 305 Abs. 1, Satz 1 BGB enthaltene Legaldefinition von Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Solche sind alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrags stellt²⁴⁸.

Im Folgenden beinhaltet die Norm eine Klarstellung dahingehend, dass weder dem äußeren Erscheinungsbild noch der Länge oder der Gestaltungsart insoweit besondere Bedeutung zukommt. Lediglich beim individuellen Aushandeln von Vertragsbedingungen liegen Allgemeine Geschäftsbedingungen bereits begrifflich nicht mehr vor²⁴⁹. Angereichert wird diese Legaldefinition durch die Fiktion des § 310 Abs. 3 BGB, wonach bei sog. Verbraucherverträgen im Regelfall Allgemeine Geschäftsbedingungen als vom Verbraucher gestellt gelten. Darüber hinaus ordnet die Norm ein differenziertes Prüfungsprogramm für derartige Verbraucherverträge an.

Die im Bereich der Allgemeinen Geschäftsbedingungen vorgegebene Prüfungssystematik gliedert sich in verschiedene Bereiche, welche sich allesamt an eine höherrangige Abstraktionsebene rückkoppeln lassen. Insoweit sind sie Ausdruck allgemeiner vertragstheoretischer Grundsätze. Wenngleich eine strenge Fallgruppenbildung, wie auch eine einheitliche Terminologie, nicht möglich ist, so lassen sich einige grundsätzliche Einordnungen vornehmen.

206/95, - juris -; Urteil vom 19.03.1996, 9 AZR 1051/94, AP Nr. 20 zu § 47 BAT; ZTR 1996, S. 471, - juris -; BAG, Urteil vom 16.11.2000, 6 AZR 353/99, NZA 2002, S. 112, - juris -; BAG, Urteil vom 20.02.2001, 3 AZR 252/00, EzA § 1 BetrAVG Ablösung Nr. 24, - juris -. Bei Betriebsvereinbarungen wird eine an § 315 BGB orientierte Billigkeitskontrolle vorgenommen, vgl. BAG, Urteil vom 17.02.1981, 1 AZR 290/78, AP Nr. 11 zu § 112 BetrVG 1972; EzA § 112 BetrVG 1972 Nr. 21, - juris -; BAG, Urteil vom 17.03.1987, 3 AZR 64/84, AP Nr. 9 zu § 1 BetrAVG Ablösung; EzA § 1 BetrAVG Nr. 48; NZA 1987, S. 855, 857, - juris -; BAG, Urteil vom 01.03.1995, 1 AZR 927/94, - juris -; BAG, Urteil vom 21.01.1997, 1 AZR 572/96, AP Nr. 64 zu § 77 BetrVG 1972; EzA § 242 BGB Betriebliche Übung Nr. 36, - juris -; BAG, Urteil vom 11.07.2000, 1 AZR 551/99, NZA 2001, S. 462, 464. Ausführlich und kritisch zur Billigkeitskontrolle von Betriebsvereinbarungen auch Hoyningen-Huene, Billigkeit, S. 161 ff. Zur Rechtslage nach der Schuldrechtsreform vgl. Hromadka, NJW 2002, S. 2523, 2525, Singer, RdA 2003, S. 194, 199; die beide von einer Rechtskontrolle von Betriebsvereinbarungen in Zukunft ausgehen. Anders hingegen ausdrücklich Lieb, FS-Ulmer, S. 1231, 1241 f., der auf den klaren Wortlaut des § 310 Abs. 4, Satz 1 BGB verweist; vgl. auch Thüsing, BB 2002, S. 2666, 2669.

248 Zu den einzelnen Merkmalen vgl. zusammenfassend Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer, § 1, Rz. 1 ff.; Wolf/Horn/Lindacher/Lindacher, § 1, Rz. 12 ff.

249 § 305 Abs. 1, Satz 3 BGB.

Systematisch werden im Folgenden die Einbeziehungskontrolle und die Inhaltskontrolle unterschieden. Letztere erfährt vom gesetzlich vorgesehenen Prüfungsmaßstab her weitere Differenzierungen in § 307 bis § 309 BGB.

Schließlich enthält die AGB-Kontrolle Normen, welche einen rechtsfolgenspezifischen Charakter aufweisen. Auch sie werden einer besonderen Betrachtung unterzogen, wobei eine Rückkoppelung an allgemeine Grundsätze der Vertragstheorie²⁵⁰ nur bedingt möglich sein wird.

A.II.1.a Einbeziehungskontrolle

Die unter dem Oberbegriff der Einbeziehungskontrolle stattfindende Prüfung von Vertragswerken hat mehrere Facetten.

A.II.1.a.a Einbeziehungskontrolle als Teil der AGB-Kontrolle

Die Norm des § 305 Abs. 2 BGB verlangt die Notwendigkeit eines bestimmten Einbeziehungstatbestandes; bei gleichartigen Verträgen innerhalb laufender Geschäftsbedingungen erlaubt § 305 Abs. 3 BGB Erleichterungen. Der modernen Informations- und Mediengesellschaft und den Privatisierungen von Post und Telekom trägt § 305a BGB durch weitergehende Modifikationen Rechnung. Erleichterungen im Hinblick auf das „Stellen“ von Vertragsbedingungen sieht darüber hinaus § 310 Abs. 1 BGB bei bestimmten personenbezogenen Verträgen vor.

Da sie spezielle, auf diese enumerativ aufgezählten Vertragstypen zugeschnittene Regelungen enthalten, bleiben sie in der weiteren Darstellung außer Betracht. Ihr Charakter als Spezialvorschriften verbietet mithin eine analoge Verwendung im arbeitsrechtlichen Bereich.

Einen anderen Hintergrund hat § 305 c Abs.1 BGB. Er versagt ungewöhnlichen Klauseln die Zugehörigkeit zum Vertrag, wobei stets auf die konkreten Umstände des Vertragsschlusses

250 Allgemein zur den verschiedenen vertragstheoretischen Ansätzen vgl. Zusammenfassung bei Preis, Grundfragen, § 6, S. 133 ff mit weiterführenden Nachweisen; aus neuerer Zeit vgl. den Ansatz von Canaris, AcP 200, S. 276 ff.

abgestellt wird²⁵¹. Anknüpfungspunkt sind demnach Kriterien, die sich unmittelbar aus den Allgemeinen Geschäftsbedingungen, sei es aus ihrem äußeren Erscheinungsbild oder ihrem Inhalt im Hinblick auf den eigentlichen Vertrag²⁵², ergeben.

A.II.1.a.b Vertragsrechtliche Abstraktion

Beide Konstellationen gründen sich auf einen allgemeinen Rechtsgedanken²⁵³ und sind letztlich Ausfluss von § 242 BGB. Sie reagieren kompensierend auf die Erkenntnis, dass Allgemeine Geschäftsbedingungen in der täglichen Vertragspraxis nur unzureichend zur Kenntnis genommen werden, wobei dies dem Kunden typischerweise nicht zum Vorwurf gemacht werden kann²⁵⁴. Der Verwender soll gehindert werden, den arglosen oder uninformierten Kunden zu seinen Lasten mit überraschenden Klauseln zu überziehen und ihn damit zu überrumpeln²⁵⁵.

Seitens des Kunden wird gleichzeitig ein Mindestmaß an Vertrauen in den redlichen Geschäftsverkehr mit Allgemeinen Geschäftsbedingungen geschützt²⁵⁶, indem entsprechendes Fehlverhalten des Verwenders durch Nichteinbeziehung sanktioniert wird.

Unberührt hiervon bleiben, schließlich handelt es sich um einen konkreten Vertragsschluss, die allgemeinen rechtsgeschäftlichen und vertragsrechtlichen Anforderungen, welche stets gewahrt sein müssen.

A.II.1.b Inhaltskontrolle

Während die Einbeziehungskontrolle insbesondere die Abschlussituation des Vertrages im Auge hat, richtet die in § 307 bis § 309 BGB geregelte Inhaltskontrolle ihr Hauptaugenmerk auf den materiellen Gehalt der einzelnen Klauselwerke. Sie lässt sich daher als zweite Stufe

251 Vgl. hierzu Wolf/Horn/Lindacher/Lindacher, § 3, Rz. 20.

252 Beispiele aus der Rechtsprechung bei Wolf/Horn/Lindacher/Lindacher, § 3, Rz. 21, 29; Staudinger/Schlosser, § 3, Rz. 18 ff.

253 Wolf/Lindacher/Horn/Lindacher, § 23, Rz. 40; Wolf, RdA 1988, S. 270, 276.

254 Vgl. Wolf/Horn/Lindacher/Lindacher, § 3, Rz. 1.

255 So zumindest die derzeit herrschende Meinung, vgl. Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer, § 3, Rz. 2; Staudinger/Schlosser, § 3, Rz. 4; anders indes die ursprüngliche Gesetzesbegründung, vgl. BT-DS 7/3200, welche bei überraschenden Klauseln in dem bestehenden Dissens nach § 155 BGB über den Umfang des Einbeziehungsvertrags den Grund der Nichteinbeziehung sah.

256 Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer, § 3, Rz. 2; MüKo/Basedow, § 3 AGBG, Rz. 1.

begreifen, da logische Voraussetzung einer inhaltlichen Prüfung einer Klausel deren Einbeziehung in den Vertrag ist.

Unterscheiden lassen sich die einzelnen Vorschriften nach dem Grad ihrer Konkretisierung. In §§ 308, 309 BGB sind besondere Klauselverbote katalogmäßig beschrieben, § 307 Abs. 1 BGB beinhaltet eine Generalklausel, vervollständigt durch Fallgruppen in Abs. 2. Der Gesetzgeber bedient sich, wie es bei Generalklauseln die Regel ist, unbestimmter Rechtsbegriffe, um hiermit dem intendierten Zweck der Vorschrift, als Auffangnorm zu fungieren, gerecht zu werden²⁵⁷. Soweit eine Systematisierung der einzelnen Normen überhaupt möglich und für den vorliegend verfolgten Zweck notwendig ist, lässt sie sich wie folgt vornehmen.

A.II.1.b.a Inhaltskontrolle als Teil der AGB-Kontrolle

Während die Katalogtatbestände des § 309 BGB überwiegend Konkretisierungen von § 307 Abs. 2 BGB enthalten²⁵⁸, stellen die in § 308 BGB beschriebenen Klauseln größtenteils besondere Ausprägungen von § 307 Abs. 1 BGB dar²⁵⁹. Die Formulierung lässt bereits erkennen, dass es sich nicht um eine starre Regel handelt, sondern es durchaus Überschneidungen dahingehend gibt, dass in § 309 BGB auch Klauseln im Katalog aufgenommen sind, welche sich dem Bereich des § 307 Abs. 1 BGB zuordnen lassen, teilweise sogar eine besondere Ausprägung des Schutzes vor überraschenden Klauseln darstellen²⁶⁰; gleiches gilt umgekehrt für § 308 BGB in Bezug auf § 307 Abs. 2 BGB²⁶¹.

Unterscheiden lassen sich die besonderen Klauselverbote ihrerseits wiederum anhand der im Gesetz angelegten Konkretisierungsdichte. Im Gegensatz zu § 309 BGB enthält § 308 BGB auf der Tatbestandsebene der einzelnen Klauseln mehr unbestimmte Rechtsbegriffe. Diese erfordern eine am Einzelfall orientierte Konkretisierung und Typisierung, welche über die

257 Vgl. Wolf/Horn/Lindacher/Wolf, § 9, Rz. 5; Ulmer/Brandner/Hensen/Brandner, § 9, Rz. 8.

258 Vgl. Palandt/Heinrichs, § 309, Rz. 2.

259 Vgl. Palandt/Heinrichs, § 308, Rz. 1.

260 Diese Erkenntnis hatte bereits der Gesetzgeber des AGB-Gesetzes, vgl. BT-DS 7/3200, S. 14 f, indem er bei besonderen Klauselverboten feststellte, dass diese eigentlich schon überraschende Klauseln seien. Dies zeigt bereits eindrucksvoll die Überschneidungen der einzelnen Prüfungsebenen.

261 Vgl. Palandt/Heinrichs, § 309, Rz. 2, § 308, Rz. 1; vom Grundsatz des Überlappens spricht Staudinger/Coester, Einl zu §§ 8 ff, Rz. 8.

ohnehin allgemein notwendige Gesetzesauslegung hinausgeht. Adressat ist insoweit nicht der einzelne Aufsteller oder Verwender, sondern das zur Prüfung berufene Gericht²⁶².

Der nunmehr bereits in den amtlichen Überschriften der Normen getroffenen Unterscheidung nach Klauselverboten mit und ohne Wertungsmöglichkeit kommt daher eine weitaus geringere Bedeutung zu, als man vom Wortlaut her annehmen sollte. Der Schwerpunkt der gerichtlichen Entscheidungsfindung liegt bei § 309 BGB in der Subsumtion, bei § 308 BGB in der Bewertung und Konkretisierung der einzelnen Merkmale²⁶³. Der Grund hierfür liegt jedoch nicht in einem strukturell anderen Prüfungsablauf, sondern ist lediglich Folge des im Katalog des § 309 BGB erhöhten Konkretisierungsniveaus.

Vervollständigt wird das System der Inhaltskontrolle durch die in § 307 Abs. 1 und 2 BGB enthaltenen Generalklauseln, welchen in der Rechtsprechungspraxis eine weitaus höhere praktische Bedeutung zukommt als den Katalogverboten in § 308 und § 309 BGB. Sie fungieren als Auffangnormen für Konstellationen, die weder unter § 309 BGB zu subsumieren sind noch im Rahmen der Bewertung und Konkretisierung des § 308 BGB berücksichtigt werden können.

Die Inhaltskontrolle ist jedoch nicht in allen Rechtsbereichen, Vertragstypen und Klauseltypen im gleichen Umfang durchzuführen. Bei bestimmten Vertragstypen sind zunächst nicht die Vorschriften der besonderen Klauselverbote anzuwenden²⁶⁴. Die in diesen Fällen vorzunehmende Prüfung anhand der Generalklauseln wird indes durch Wertungen angereichert, die den Klauselverboten zugrunde liegen. Unterschiede im Ergebnis gibt es insoweit lediglich in Randbereichen. Unter Unternehmern sind darüber hinaus die Prüfungskriterien erweitert, indem auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche angemessen Rücksicht zu nehmen ist.

Neu integriert in § 307 Abs. 1, Satz 2 BGB wurde das Transparenzgebot, welches jedoch bereits vor In-Kraft-Treten der Schuldrechtsreform wichtiger Bestandteil der höchstrichterlichen Rechtsprechung war²⁶⁵. Hiernach müssen Rechte und Pflichten des

262 Vgl. Wolf/Horn/Lindacher/Wolf, Vor §§ 10, 11, Rz. 4, 6.

263 Staudinger/Coester, Einl zu §§ 8 ff, Rz. 11 f.

264 Vgl. § 310 Abs. 1 und 2 BGB.

265 So auch die Gesetzesbegründung, vgl. BT-DS 14/6040, S. 153, sowie zur Änderung seiner systematischen Stellung im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens BT-DS 14/7052, S. 188; vgl. auch oben FN 187.

Vertragspartners, sobald sie durch Allgemeine Geschäftsbedingungen festgelegt werden, durch eine entsprechende Ausgestaltung und geeignete Formulierung der Vertragsbedingungen durchschaubar, richtig, bestimmt und möglichst klar dargestellt werden²⁶⁶.

Die dogmatische Stellung des Transparenzgebots vor seiner positivrechtlichen Normierung soll an dieser Stelle nicht thematisiert werden²⁶⁷. Entscheidender ist die Erkenntnis, dass der Gesetzgeber sie nunmehr als Fallgruppe der unangemessenen Benachteiligung ansieht. Dies ergibt sich aus seiner systematischen Stellung. Eine erhebliche Bedeutung kommt ihm im Rahmen des in § 307 Abs. 3 BGB normierten Prüfungsgegenstandes zu. Dieser sieht in Satz 1 eine Inhaltskontrolle lediglich dann vor, wenn in Klauseln von Rechtsvorschriften abgewichen wird oder diese ergänzt werden. Eine Prüfung anhand des Transparenzgebots findet gem. Satz 2 auch bei anderen Bestimmungen statt. Namentlich fällt hierunter der gesamte Bereich der Kontrolle von Leistungsbestimmungs- und Entgeltregelungen, welcher nach der Grundregel des § 307 Abs. 3, Satz 1 BGB einer Inhaltskontrolle entzogen ist²⁶⁸.

Der Prüfungsgegenstand der Transparenzkontrolle geht über den der Inhaltskontrolle hinaus. Es steht zu erwarten, dass ihr in Zukunft mehr als bislang eigenständige Bedeutung zukommt, was eine eigenständige Behandlung im Fortgang dieser Arbeit rechtfertigt.

A.II.1.b.b Vertragsrechtliche Abstraktion

Die Inhaltskontrolle beruht auf der dem Vertragsrecht immanenten Erwartung, dass der Vertrag widerstreitende Interessen durch eine ausgewogene Regelung zum angemessenen Ausgleich bringen soll²⁶⁹. Sie schränkt somit in verfassungskonformer Weise die Vertragsfreiheit des Verwenders unterhalb der Grenzen der zivilrechtlichen Generalklauseln der §§ 134, 138 BGB ein²⁷⁰. Das Verhältnis von § 307 BGB zu §§ 308, 309 BGB lässt sich als geschlossenes System einer strengen, intensivierten Inhaltskontrolle begreifen, wobei § 307

266 Vgl. BT-DS 14/6040, S. 153.

267 Hierzu Wolf/Horn/Lindacher/Lindacher, § 3, Rz. 15.

268 So ausdrücklich die Gesetzesbegründung, vgl. BT/DS 14/7052, S. 188; vgl. auch Reinecke, SB zu NZA 3/2000, S. 23, 26, der eine Kontrolle von Leistungsbestimmungs- und Entgeltregelungen anhand des Transparenzgebots bereits bei der alten Gesetzeslage forderte.

269 Ulmer/Brandner/Hensen/Brandner, § 9, Rz. 59.

270 Verfassungskonform deshalb, weil Hintergrund die Vertragsgerechtigkeit ist, welche ihrerseits auch Verfassungsrang genießt.

BGB Auffangfunktion im Hinblick auf die §§ 308, 309 BGB²⁷¹ zukommt²⁷². Hierdurch wird ein lückenloser Schutz vor unangemessenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen gewährleistet²⁷³.

A.II.1.c Verwendungsspezifische Rechtsfolgenormen

Neben der Einbeziehungs- und Inhaltskontrolle sind im Rahmen des Prüfungsprogramms der AGB-Kontrolle auch bestimmte Fragen geregelt, welche anlässlich der Verwendung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen auftreten oder das Schicksal der einzelnen Klausel betreffen. Sie werden im Folgenden als verwendungsspezifische Rechtsfolgenormen bezeichnet.

A.II.1.c.a Restliche Prüfungsschritte der AGB-Kontrolle

Darunter fällt zunächst § 305 b BGB, welcher klarstellt, dass individuelle Vertragsabreden Vorrang vor Allgemeinen Geschäftsbedingungen genießen.

Für entstehende Zweifel bei der Auslegung enthält § 305 c Abs. 2 BGB die Regel, dass diese zulasten des Verwenders gehen.

Zu den Rechtsfolgen im Hinblick auf den gesamten Vertrag, welche über die Nichteinbeziehung oder Unwirksamkeit einer einzelnen Klausel hinausgehen, trifft § 306 BGB differenzierte Aussagen, wonach an der Wirksamkeit des restlichen Vertrages nur dann nicht festgehalten werden kann, wenn dies für eine Vertragspartei eine unzumutbare Härte darstellen würde. Anstelle der nicht Vertragsbestandteil gewordenen bzw. unwirksamen Klausel tritt die gesetzliche Norm.

Schließlich ordnet § 306 a BGB die Anwendung des gesamten Abschnitts für den Fall an, dass durch eine anderweitige Gestaltung die Anwendung umgangen wird.

271 Die dortige Aufzählung ist lediglich exemplarisch, vgl. bereits die Gesetzesbegründung zum ursprünglichen AGB-Gesetz, vgl. BT-DS 7/3919, S. 23.

272 Ulmer/Brandner/Hensen/Brandner, § 9, Rz. 60 f.

273 Ulmer/Brandner/Hensen/Brandner, § 9, Rz. 61.

A.II.1.c.b Vertragsrechtliche Abstraktion

Die Vorrangregel des § 305 b BGB ist nichts weiter als die Kodifizierung einer Selbstverständlichkeit im allgemeinen Rechtssystem²⁷⁴. Sie beruht auf der Verwirklichung des speziellen Parteiwillens anlässlich eines Einzelvertrags, der darauf gerichtet ist, der ansonsten verwendeten schematisierten Vertragsgestaltung mit Hilfe von Allgemeinen Geschäftsbedingungen für bestimmte Bereiche entgegenzutreten. Hierdurch soll lediglich den speziellen Wünschen der Vertragsparteien in der konkreten Abschlusssituation Rechnung getragen werden²⁷⁵, auch wenn der Norm vielfach eine andere, weitergehende Funktion beigemessen wird²⁷⁶.

In § 305 c Abs. 2 BGB normiert der Gesetzgeber eine Auslegungsregel für Zweifelsfälle. Ihm liegt der Gedanke zugrunde, dass der Verwender die Verantwortung für den Inhalt der von ihm vorformulierten Allgemeinen Geschäftsbedingung trägt²⁷⁷, da auch er es ist, der durch die konkrete Formulierungsfreiheit die Vorteile der Vertragsgestaltungsfreiheit für sich in Anspruch nimmt²⁷⁸. Schließlich wird durch die Unklarheitenregel auch gewährleistet, dass die für einen solchen Fall vorgesehene Auslegungsregel des § 155 BGB für Verträge unter Einbeziehung mehrdeutiger AGB nicht eingreift²⁷⁹. § 305 c BGB ist insoweit *lex specialis* gegenüber § 155 BGB.

Auch § 306 BGB trägt dem besonderen Charakter des AGB-Rechts im zivilrechtlichen System dahingehend Rechnung, dass allgemeine zivilrechtliche Regeln modifiziert werden. Die Norm entfaltet Schutzfunktion zugunsten des Kunden²⁸⁰ und weicht von § 139 BGB dergestalt ab, dass sie von der grundsätzlichen Wirksamkeit der restlichen Vertragsteile ausgeht²⁸¹. Sie ist als *lex specialis* gegenüber § 139 BGB²⁸² zu qualifizieren²⁸³. Gegründet ist

274 So bereits die Gesetzesbegründung BT-DS 7/3919, S. 20. Für das Arbeitsrecht nunmehr auch Lindemann, Flexible Gestaltung von Arbeitsbedingungen, § 9, S. 126.

275 Vgl. hierzu bereits die Gesetzesbegründung BT-DS 7/3919, S. 20.

276 Zur Frage, ob die Norm lediglich Auslegungsregel oder eigenständige Einbeziehungsvoraussetzung – verstanden als Verbot institutionellen Fehlgebrauchs – ist, vgl. Wolf/Horn/Lindacher/Lindacher, § 4 Rz. 2; Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer, § 4, Rz. 8 f.

277 Staudinger/Schlosser, § 5, Rz. 1.

278 Vgl. Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer, § 5, Rz. 1; Wolf/Horn/Lindacher/Lindacher, § 5, Rz. 24.

279 § 155 BGB begründet das Risiko der Gesamtnichtigkeit, Staudinger/Bork, § 155 BGB, Rz. 12.

280 Vgl. BGH, Urteil vom 09.05.1996, III ZR 209/95, WM 1996, S. 2018, 2020.

281 Vgl. Brandner/Ulmer/Hensen/Schmidt, § 6, Rz. 1.

282 Vgl. Staudinger/Schlosser, § 6, Rz. 1.

sie auf der Erkenntnis, dass dem Schutzbedürfnis des Kunden mit der Gesamtunwirksamkeit des Vertrages, insbesondere mit der dann notwendigen Rückabwicklung, wenig gedient wäre²⁸⁴. Zurückzuführen ist sie darüber hinaus auf den in den letzten Jahrzehnten immer stärker werdenden Kunden- und Verbraucherschutzgedanken im Zivilrecht des europäischen Rechtsraumes.

Das in § 306 a BGB vorgesehene Umgehungsverbot komplettiert mit seiner Rechtsfolge das System der Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Gestaltungen, welche der äußeren Form nach nicht unter den Anwendungsbereich des AGB-Rechts fallen, werden dann nach AGB-Recht bewertet, wenn sie gleichermaßen dem Gesetzeszweck zuwiderlaufen²⁸⁵. Hinter der Norm steht gleichsam ein allgemeiner Rechtsgedanke. Sie positiviert für den Bereich des AGB-Rechts das allgemeine, ungeschriebene Umgehungsverbot²⁸⁶.

Gemein ist diesen verwendungsspezifischen Rechtsfolgennormen, dass sie nur mittelbaren Bezug zu der Einbeziehungs- und Inhaltskontrolle aufweisen. Sie grenzen deren Anwendungsbereich zum einen ein und beschreiben zum anderen das Verhältnis des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen zum allgemeinen Zivilrecht, indem sie dessen Besonderheiten durch Modifikationen in den Rechtsfolgen begegnen. So soll gleichsam sichergestellt werden, dass die Allgemeinen Geschäftsbedingungen, welche eine wichtige Aufgabe im Interesse der Allgemeinheit im Wirtschaftsleben zu erfüllen haben, nicht zu einer einseitigen und unbilligen Wahrnehmung der Interessen des Verwenders führt²⁸⁷. Parallel hierzu erlangt der dem AGB-Recht innewohnende Schutzgedanke sowohl ein besonderes Gepräge als auch eine verfahrensrechtliche Dimension. Dies, da jedem Verwender von Allgemeinen Geschäftsbedingungen die Folgen eines Verstoßes gegen die Regelungen des AGB-Rechts bewusst sind. Dass die Folgen für die einzelne Klausel ebenso umfänglich geregelt sind wie die Folge für den restlichen Vertrag, erscheint somit nur konsequent.

283 Auch wenn die in § 139 BGB vorgesehene Rechtsfolge in der allgemeinen Zivilrechtsdogmatik relativiert wurde, vgl. hierzu Damm, JZ 1986, S. 913, 916 mwN.

284 Vgl. Ulmer/Brandner/Hensen/Schmidt, § 6, Rz. 5; so auch Wolf/Horn/Lindacher/Lindacher, § 6, Rz. 2, der plastisch davon spricht, dass eine Vertragsnichtigkeit zur Gänze dem Geschützten mehr Steine als Brot geben würde.

285 Vgl. Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer, § 7, Rz. 1.

286 Vgl. Wolf/Horn/Lindacher/Lindacher; § 7, Rz. 1.

287 Vgl. zu dieser gesetzgeberischen Intention bereits die Gesetzesbegründung zum AGB-Gesetz, BT-DS 7/3200, S. 8.

B. Strukturelle Auswirkungen der Schuldrechtsreform für die arbeitsvertragliche Klauselkontrolle

B.I. Einleitung

Der neu gefasste § 310 Abs. 4 BGB hat für das in Zukunft vorzunehmende Prüfungsverfahren von Arbeitsverträgen einen zentralen Charakter. Bei seiner Anwendung, insbesondere in sachlicher und zeitlicher Sicht, ist auf die systematische Stellung zurückzugreifen. Dies gilt namentlich für die Bestimmung der maßgeblichen Kontrollgegenstände, des anzuwendenden Prüfungsmaßstabs wie auch die Ermittlung der materiell-inhaltlichen und zeitlichen Reichweite einer arbeitsvertraglichen Kontrolle. Hierbei wird der Begriff des Prüfungsmaßstabs zunächst nicht materiell konkretisiert, sondern lediglich ein systematisches Prüfungsprogramm aufzeigt und bewertet. Die Bestimmung der materiell-inhaltlichen Prüfungsdichte bleibt einem gesonderten Kapitel vorbehalten.

B.II. Kontrollgegenstand

Wie bereits dargestellt, wurde durch § 310 Abs. 4 BGB die Norm des § 23 Abs. 1 AGB-Gesetz ersetzt. Welchen Kontrollgegenstand diese Norm umfasst, bedarf einer Analyse.

B.II.1 Grundsatz des § 310 Abs. 4 BGB

§ 310 BGB ist offiziell mit Anwendungsbereich überschrieben. Sein Abs.4 lautet nunmehr:

„Dieser Abschnitt findet keine Anwendung bei Verträgen auf dem Gebiet des Erb-, Familien-, und Gesellschaftsrechts sowie auf Tarifverträge, Betriebs- und Dienstvereinbarungen. Bei der Anwendung auf Arbeitsverträge sind die im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten angemessen zu berücksichtigen; § 305 Abs.2 und 3 ist nicht anzuwenden. Tarifverträge, Betriebs- und Dienstvereinbarungen stehen Rechtsvorschriften im Sinne von § 307 Abs.3 gleich.“

B.II.2 Reichweite des § 310 Abs.4, Satz 1 BGB

Bezogen auf das Arbeitsrecht sind mit dieser Beschreibung des Anwendungsbereichs in Satz 1 und 2 mehrere Konsequenzen verbunden²⁸⁸. Zunächst nimmt Satz 1 sowohl ganze Rechtsgebiete als auch bestimmte, abschließend aufgezählte Vertragstypen vollständig aus der Anwendbarkeit des Abschnitts 2 des 2. Buches, der Gestaltung rechtsgeschäftlicher Schuldverhältnisse durch Allgemeine Geschäftsbedingungen, aus. Da das Gebiet des Arbeitsrechts nicht mehr explizit genannt wird, erscheint als erstes der Umkehrschluss zwingend, dass im gesamten Arbeitsrecht nunmehr eine an den Normen der §§ 305 ff BGB orientierte Kontrolle stattfindet. Diese Erkenntnis erfährt jedoch bei der weiteren Analyse des Absatzes 1 eine erste Einschränkung, indem auch die Regelungselemente des kollektiven Arbeitsrechts, namentlich Tarifverträge, Betriebs- und Dienstvereinbarungen, aus der AGB-Kontrolle ausgenommen werden. Diese erste Einschränkung ist zu Recht von der gesetzgeberischen Erkenntnis getragen, dass in diesem „normsetzenden“ Bereich eine AGB-Kontrolle das System der Tarifautonomie konterkarieren würde²⁸⁹.

B.II.3 Reichweite des § 310 Abs.4, Satz 2 BGB

In Satz 2 wird dieses Verständnis bestärkt, indem die Anwendung auf Arbeitsverträge ausdrücklich genannt wird. Gleichzeitig wird eine weitere Einschränkung des Prüfungsprogramms festgelegt, indem „im Arbeitsrecht geltende Besonderheiten angemessen zu berücksichtigen“ sind. Neben der Wortlautbedeutung dieser Einschränkung lassen sich weitere Schlussfolgerungen ableiten. Die Einschränkung des Prüfungsprogramms bezieht sich nicht auf den gesamten Bereich des Arbeitsrechts, sondern lediglich auf Arbeitsverträge. Es

288 Die Bedeutung des § 310 Abs.4, Satz 3 BGB stellt einen weiteren Schwerpunkt dar, welcher seiner Wichtigkeit entsprechend, unten B. III. 1.; Kapitel 4., C. III, D. behandelt wird. Zur expliziten Herausnahme von Tarifverträgen, Betriebs- und Dienstvereinbarungen aus der Inhaltskontrolle, insbesondere im Hinblick auf die bislang praktizierte Billigkeitskontrolle vgl. Lieb, FS-Ulmer, S. 1231, 1241; Löwisch, FS-Wiedemann, S. 311, 319 ff.; zur alten Rechtslage vgl. Zusammenfassung von Richardi, FS-AG-Verband, S. 537, 565 ff.

289 Vgl. BT-DS 14/6857, S. 54. Vgl. auch Singer, RdA 2003, S. 194, 198, der sich sehr kritisch zu der Herausnahme der Betriebs- und Dienstvereinbarungen äußert und diese als völlig unpassend bezeichnet. Ähnlich Lieb, FS-Ulmer, S. 1231, 1241 f., der darauf hinweist, dass damit der bislang vom BAG praktizierten Rechtskontrolle von Betriebsvereinbarungen der Boden entzogen sei. Anders Gotthardt, Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsreform, Rz. 337, der eine Rechtskontrolle durch den Ausschluss der Inhaltskontrolle in § 310 Abs. 4, Satz 1 BGB nicht gehindert sieht. Hiergegen ausdrücklich Lieb, FS-Ulmer, S. 1231, 1242, mit dem Hinweis, dass die Inhaltskontrolle in diesem Fall eine Rechtskontrolle sei.

drängt sich die Frage auf, ob der Gesetzgeber die anlässlich der Beendigung des Arbeitsverhältnisses getroffenen Vereinbarungen, zu nennen sind hier insbesondere Aufhebungs-, Auflösungsverträge sowie Ausgleichsquittungen, einer anderen, stärkeren Kontrolldichte unterziehen wollte²⁹⁰ oder ob es sich bei der Diktion lediglich um ein Redaktionsversehen handelt.

Die Folge für die Prüfungsdichte liegt auf der Hand. Sobald ein Arbeitgeber auf standardisierte Beendigungsverträge zurückgreift und somit die Voraussetzungen des § 305 Abs. 1 BGB erfüllt, unterläge ein solcher Vertrag der uneingeschränkten – und damit weitergehenden – AGB-Kontrolle.

B.II.3.a Am Wortlaut orientierte Auslegung

Dem Wortlaut kommt bei der Beantwortung dieser Frage eine starke Bedeutung zu, findet doch im gesamten § 310 Abs.4 BGB eine differenzierte Verwendung der Begriffe „Gebiete des Erb-, Familien-, und Gesellschaftsrecht“, „im Arbeitsrecht“ einerseits und „Arbeitsverträge“, „Tarifverträge, Betriebs- und Dienstvereinbarungen“ andererseits statt. Auch muss dem Gesetzgeber unterstellt werden, dass er sich der unterschiedlichen Bedeutung der einzelnen Begriffe bewusst war. Darüber hinaus wäre es ein Leichtes gewesen, den Satz 2 dahingehend zu formulieren, dass auf dem Gebiet des Arbeitsrechts die dort geltenden Besonderheiten angemessen zu berücksichtigen seien.

In der Gesetzgebung sucht man allerdings vergebens nach einer eindeutigen Stütze dieser Auslegung. Die zur Begründung der Neufassung verwendeten Argumente und Formulierungen legen vielmehr die Schlussfolgerung nahe, dass die gewählte Terminologie ein Redaktionsversehen ist und der Gesetzgeber den modifizierten Prüfungsmaßstab auf dem gesamten Gebiet des Arbeitsrechts angewendet wissen wollte²⁹¹.

290 Die Frage stellt bereits Thüsing, BB 2002, S. 2666, 2669.

291 Im Ergebnis vgl. auch Bauer, NZA 2002, S. 169, 172, der allerdings derartige Verträge unter „Arbeitsverträge“ im Sinne des § 310 Abs.4, Satz 2 BGB subsumieren will; vgl. auch Birnbaum, NZA 2003, S. 944, 949, der von redaktioneller Undeutlichkeit des Gesetzgebers spricht.

B.II.3.b Die Formulierung in § 310 Abs. 4, Satz 2 BGB als Redaktionsversehen?

Der Gesetzgeber baut seine Begründung auf der Prämisse auf, „dass eine sich selbst überlassene Vertragsfreiheit nicht in der Lage war, insgesamt einen ausreichenden Schutz der Arbeitnehmer vor unangemessenen Vertragsbedingungen zu gewährleisten“²⁹². Zur Werthaltigkeit dieser These kann und soll an dieser Stelle keine Stellung bezogen werden²⁹³. Sie dürfte auch je nach politischer Ausrichtung oder Zugehörigkeit zu Arbeitgeber- bzw. Arbeitnehmerlager auf große Ablehnung oder breite Zustimmung stoßen.

Unterstellt man allerdings zum Zwecke der weiteren Betrachtung ihre Richtigkeit, so lassen sich auch die oben genannten Verträge anlässlich der Beendigung des Arbeitsverhältnisses hierunter fassen. Soweit man mit dem BAG hiergegen vorbringt, die Situation sei bei dem Abschluss eines Beendigungsvertrags aus Sicht des Arbeitnehmers eine andere, da dieser dem Ansinnen des Arbeitgebers „ein schlichtes Nein“ entgegensetzen könne²⁹⁴, so mag dies zutreffen. Dies ändert indes nichts im Hinblick auf die Frage, ob solche Verträge von der These des Gesetzgebers erfasst werden. Das von ihm proklamierte, zu niedrige Schutzniveau lässt sich auch in diesen Fällen feststellen, da die Gefahr der unangemessenen Benachteiligung gleichermaßen besteht. Der Arbeitnehmer wird in der Regel gleichsam mit einem vom Arbeitgeber vorgefertigten Vertragswerk konfrontiert, ohne die durchsetzbare Möglichkeit zu haben, dieses durch eine Verhandlung zu verändern²⁹⁵. Gerade dann, wenn man der Einschätzung des BAG folgt, würde sich ein Wertungswiderspruch ergeben. Soweit

292 BT-DS 14/6857, S. 54.

²⁹³ Kritisch hierzu Reuter, FS-BAG, S. 177, 178; Joost, FS-BAG, S. 49, 50 f.

294 Vgl. BAG, Urteil vom 14.02.1996, 2 AZR 234/95, NZA 2002, S. 811, 812; Henssler, RdA 2002, S. 129, 139; zweifelnd insoweit Thüsing, BB 2002, S. 2666, 2669, der seinerseits eine Lösung über § 310 Abs. 3, Nr. 3 BGB vorschlägt, indem er Arbeitsverträge als Verbraucherverträge qualifiziert. Die von ihm geführte Argumentation beruht allerdings auf einem Zirkelschluss. Er möchte der These entgegenreten, Aufhebungs- und Abwicklungsverträge seien Arbeitsverträge im Sinne von § 310 Abs. 4, Satz 2 BGB. Hierbei geht er auf die vorgebrachten Argumente – insbesondere die Vermeidung möglicher Wertungswidersprüche – ein, um dann in § 310 Abs. 3, Nr. 3 BGB die Lösung zu sehen. Dies begründet er indes mit dem Charakter des Arbeitsvertrags als Verbrauchervertrag, was demnach die Anwendbarkeit des § 310 Abs. 3, Nr. 3 BGB auf Aufhebungs- und Abwicklungsverträge rechtfertigt. Insoweit begeht er einen Zirkelschluss, muss er doch zur Begründung seiner letzten These die Zugehörigkeit der Aufhebungs- und Abwicklungsverträge zu den Arbeitsverträgen unterstellen, obwohl er dies eigentlich zu widerlegen versucht.

295 Anders in diesem Punkt Bauer, NZA 2002, S. 169, 173 der davon ausgeht, dass Aufhebungs- und Abwicklungsverträge in der Regel ausgehandelt werden. Dieser These kann allerdings nur bedingt, namentlich dann gefolgt werden, wenn der betroffene Arbeitnehmer eine Führungsposition innehat. Der überwiegende Teil der Arbeitnehmer, welche mit derartigen Verträgen konfrontiert werden, sind einfache Arbeiter oder Angestellte. Sie werden ohne nähere Vorankündigung mit einem entsprechenden Vertragswerk konfrontiert werden. Hier eine tatsächliche Verhandlungsmöglichkeit seitens des Arbeitnehmers unterstellen zu wollen erscheint mir lebensfremd.

die Schutzwürdigkeit im Zeitpunkt der Beendigung eines Arbeitsverhältnisses auf Seiten des Arbeitnehmers niedriger angesetzt wird als zu dessen Beginn, ist es nicht nachvollziehbar, weshalb die Prüfungsdichte im Hinblick auf §§ 305 ff BGB größer sein sollte²⁹⁶.

Auch der ausdrücklich vom Gesetzgeber verfolgte Zweck, das Schutzniveau der Vertragsinhaltskontrolle im Arbeitsrecht dem des Zivilrechts anzugleichen, jedoch hierbei die besonderen Bedürfnisse eines Arbeitsverhältnisses zu berücksichtigen²⁹⁷, stützt die Annahme eines Redaktionsversehens. Der Gesetzgeber wählt den allgemeinen Begriff der „Vertragsinhaltskontrolle im Arbeitsrechts“ und spricht von „besonderen Bedürfnissen eines Arbeitsverhältnisses“. Beide Formulierungen sind im Hinblick auf die Ausgangsfrage offen. Hätte er ein Auseinanderfallen des Prüfungsumfanges bei Arbeitsverträgen einerseits und den restlichen Verträgen auf dem Gebiet des Arbeitsrechts andererseits im Auge gehabt, wäre eine eindeutige Gesetzesfassung oder Gesetzesbegründung zu erwarten gewesen.

Systematisch und historisch lässt sich zur weiteren Stütze nichts gewinnen. Ein Blick auf die Vorgängernorm trägt nicht zur Auflösung bei. Die ursprünglich bestehende Bereichsausnahme in § 23 Abs. 1 AGB-Gesetz nahm den gesamten Bereich des Arbeitsrechts aus. Wenn nunmehr diese vollständige Ausnahme eine Einschränkung erfährt, so ist allein hieraus kein Rückschluss auf die tatsächlich gewollte Reichweite dieser Einschränkung möglich.

Ähnliches ergibt sich bei der systematischen Betrachtung. § 310 Abs. 4, Satz 2, letzter Halbsatz BGB ordnet die Nichtanwendbarkeit des § 305 Abs. 2 und 3 BGB an. Zur Begründung wird auf die Existenz des § 2 Abs. 1, Satz 1 NachwG verwiesen, wonach dem Arbeitnehmer die wesentlichen Vertragsbedingungen innerhalb eines Monats nach Vertragsbeginn unter Beachtung der Schriftform auszuhändigen sind²⁹⁸. Hieraus könnte man schließen, dass der Gesetzgeber tatsächlich lediglich Arbeitsverträge einer AGB-Kontrolle unterziehen wollte. Er war der Ansicht, dass die speziellen Einbeziehungstatbestände des § 305 Abs. 2 und 3 BGB nicht notwendig seien, da der Arbeitnehmer zumindest im Besitz einer Nachweisurkunde im Sinne des § 2 Abs. 1, Satz 1 NachwG ist.

296 Hierauf weist auch Bauer, NZA 2002, S. 169, 172 zu Recht hin.

297 Vgl. BT-DS 14/6857, S. 54.

298 Vgl. BT-DS 14/6857, S. 54; zur Kritik an dieser Begründung vgl. Annuß, BB 2002, S. 458, 459 f.; Kroiß/Fell, Klauselbuch Schuldrecht, § 3, Rz. 46; Richardi, NZA 2002, S. 1057, 1058 f.; Schimmel/Buhlmann/Ziemann, HbSchR, Rz. 61, S. 694 f; Stoffels, AGB-Recht, Rz. 307.

Diese Begründung ist nicht auf Beendigungsverträge zugeschnitten, da bei ihnen unzweifelhaft das NachwG keine Anwendung findet. Systematisch spricht dies jedoch nicht zwingend gegen eine Einbeziehung der Beendigungsverträge. Die Einbeziehungsnormen des § 305 Abs. 2 und 3 BGB haben offensichtlich den Vertragsschluss im Sinne des Beginns der vertraglichen Beziehung im Blick. Gleiches muss indes für § 310 Abs. 4, Satz 2, 2. Halbsatz BGB gelten, welcher deren Anwendbarkeit ausschließt. Die Normen stellen eng auszulegende Spezialnormen dar, aus denen keine Rückschlüsse für andere, speziellere Verträge gezogen werden können. Gerade um solche handelt es sich jedoch bei den in Frage stehenden Beendigungsverträgen. Sie dienen, anders als die Vertragstypen, die der Gesetzgeber bei der Konzeption der §§ 305 Abs. 2 und 3, 310 Abs. 4, Satz 2 BGB im Auge hatte, der vertraglichen Beendigung von Dauerschuldverhältnissen. Die Frage der Einbeziehung bedurfte keiner ausdrücklichen Regelung, da § 623 BGB die Schriftform ohnehin als Wirksamkeitsvoraussetzung für Beendigungsverträge vorsieht. Hierdurch wird regelmäßig auch § 305 Abs. 2 BGB genüge getan.

B.II.3.c Stellungnahme

Wertet man die einzelnen Argumente gegeneinander ab, so liegt die Annahme eines Redaktionsversehens deutlich näher²⁹⁹. Der Gesetzesbegründung ist in ihrer Gesamtschau zu entnehmen, dass der Gesetzgeber letztlich die in § 23 Abs. 1 AGB-Gesetz enthaltene Bereichsausnahme für nicht mehr zeitgemäß erachtete. Er wollte auch auf dem Gebiet des Arbeitsrechts eine Kontrolle von Verträgen nach dem Leitbild des AGB-Rechts installieren, ohne die spezielle Funktion und Bedeutung des Arbeitsrechts außer Acht zu lassen. Es ist keine sinnvolle Begründung möglich, welche innerhalb des Arbeitsrechts eine unterschiedliche Kontrolldichte der Gerichte für Arbeitssachen rechtfertigen könnte. Die vom Gesetzgeber ins Auge gefassten Besonderheiten, welche an späterer Stelle ausführlich untersucht werden³⁰⁰, prägen nicht lediglich die Situation im Zeitpunkt des Abschlusses des Arbeitsvertrags, sondern durchziehen das gesamte Arbeitsverhältnis, quasi „von der Wiege bis zur Bahre“³⁰¹. Auch bestünde die Gefahr, dass die Lösung von Wertungswidersprüchen

²⁹⁹ Ähnlich auch Joost, FS-BAG, S. 49, 55.

³⁰⁰ Vgl. unten Kapitel 4, C. III.

³⁰¹ Zu denken ist insbesondere an die Existenz des KSchG.

über eine extensive Anwendung der Generalklausel des § 307 Abs. 1 BGB gesucht wird, im Ergebnis also richterliche Rechtsfortbildung ohne eigentliche Not betrieben wird, um den Umständen des Einzelfalls gerecht zu werden. Dass hiermit keine Steigerung der Rechtssicherheit und des Vertrauens in den Rechtsstaat einhergehen würde, liegt auf der Hand.

Der mit der Vertragskontrolle befasste Arbeitsrichter müsste ständig zwischen spezieller arbeitsrechtlicher AGB-Kontrolle und allgemeiner AGB-Kontrolle wechseln, ohne dass hierfür ein sachlicher Grund ersichtlich wäre. Man wird ihm als professionellem Rechtsanwender diese Fähigkeit zwar nicht absprechen wollen, jedoch würde eine Ausprägung sicherer Bewertungsmaßstäbe zumindest eine längere Zeitspanne in Anspruch nehmen, während der die Gefahr unterschiedlicher Rechtsprechung größer wäre.

Neben diesen pragmatischen Gesichtspunkten sind es auch verfassungsrechtliche Überlegungen, welche die vertretene Ansicht untermauern. Bereits die Kontrolle von Arbeitsverträgen beschneidet den Arbeitgeber in seiner Vertragsfreiheit im Allgemeinen sowie seiner unternehmerischen Freiheit im Speziellen. Hierbei arbeitsrechtliche Besonderheiten zu berücksichtigen, lässt etwaige verfassungsrechtliche Bedenken in den Hintergrund treten, zumal die Notwendigkeit einer derartigen Kontrolle zumindest auch Ausfluss einer politischen Wertentscheidung ist³⁰².

Die Beendigung eines Arbeitsvertrags durch Vertrag ist *actus contrarius* zu dessen Begründung³⁰³. Es liegt daher nahe die gleiche Kontrolldichte anzunehmen. Anders formuliert, eine höhere Kontrolldichte bedürfte einer besonderen Begründung, welche insbesondere dem dadurch vermittelten, erhöhten Grundrechtseingriff Rechnung tragen müsste. Eine solche käme bei Beendigungsverträgen nur dann in Betracht, wenn gleichsam eine erhöhte Schutzwürdigkeit der Arbeitnehmer zu diesem Zeitpunkt gegeben wäre. In Betracht zu ziehen wäre lediglich das Sozialstaatsprinzip, welches sich jedoch im Ergebnis als nicht tragfähig erweist.

302 Insoweit hat der Gesetzgeber eine weite, der Prüfung entzogene Einschätzungsprärogative, welche sich konstruktiv aus dem Sozialstaatsprinzip ableiten lässt. Die Berücksichtigung arbeitsrechtlicher Besonderheiten ermöglicht eine verfassungskonforme Auslegung.

303 So bereits zu Recht Henssler, RdA 2002, S. 129, 139.

Vergleicht man die Abschluss- und Beendigungssituation, so sind durchaus Gemeinsamkeiten im Hinblick auf die psychologische Drucksituation des betroffenen Arbeitnehmers festzustellen. Es geht in beiden Konstellationen um einen Arbeitsplatz, jedoch mit dem Unterschied, dass im Falle fehlgeschlagener Vertragsverhandlungen, wenn der potentielle Arbeitnehmer beispielsweise auf bestimmten Vereinbarungen besteht, kein Anspruch auf Abschluss eines Arbeitsvertrags besteht. Auch wenn bei angebotenen Auflösungsverträgen häufig eine Kündigung im Falle des Nichtzustandekommens angedroht wird, so ist der Verlust des Arbeitsplatzes nicht zwangsläufige Folge des Scheiterns. Hinzu kommt, dass der Arbeitnehmer, soweit er unter die Anwendbarkeit des KSchG fällt, eine Kündigung auf die soziale Rechtfertigung hin überprüfen lassen kann. Ihm stehen mithin bereits Schutzinstrumente zur Seite.

In den Fällen, in denen das KSchG keine Anwendung findet, lässt sich auch kein Schutzdefizit ausmachen. Die jederzeitige Kündigungsmöglichkeit unter Einhaltung der Kündigungsfrist geht auf eine entsprechende Wertentscheidung des Gesetzgebers zurück. Das Angebot eines Beendigungsvertrags in einer solchen Situation begründet keine erhöhte Schutzwürdigkeit, da bereits der Gesetzgeber bei diesen Arbeitsverhältnissen eine geringe Schutzbedürftigkeit annimmt. Auch das in § 623 BGB normierte Schriftformerfordernis für Beendigungsverträge lässt keine Wertungswidersprüche entstehen und erfordert keine andere Bewertung. Zwar ließe sich argumentieren, dass der Gesetzgeber selbst einer erhöhten Schutzbedürftigkeit durch Normierung eines Schriftformerfordernisses Rechnung tragen wollte. Dies vor dem Hintergrund, dass der Abschluss eines Arbeitsvertrages weiterhin formfrei möglich ist. Jedoch überzeugt eine solche Argumentation letztlich nicht.

Zum einen war zum Zeitpunkt der Neuregelung das NachwG vom 20.07.1995³⁰⁴ bereits lange in Kraft getreten. Der Gesetzgeber durfte von der Umsetzung in der Praxis und somit von der Existenz schriftlicher Nachweise der wesentlichen Arbeitsbedingungen ausgehen³⁰⁵. Darüber hinaus kommt dem § 623 BGB vor allem prozessuale Funktion zu³⁰⁶.

304 BGBl. I S. 946.

305 Dieser ist im Übrigen prozessual durchsetzbar, vgl. ErfKomm./Preis, Einf. NachwG, Rz. 12.

306 Die Norm geht auf einen Gesetzesentwurf des Landes Brandenburg aus dem Jahre 1996 zurück, vgl. BR-DS 671/96, § 116 Abs. 2 und § 131. In der Begründung wird darauf hingewiesen, dass es häufig Streitig ist, ob eine mündliche Erklärung des Arbeitgebers als Kündigung zu werten sei (S. 226), so dass es aus Gründen der Rechtssicherheit eines konstitutiven Schriftformerfordernisses bedürfe (S. 244).

Hierdurch wird deutlich, dass die Norm nicht primär einer erhöhten Schutzwürdigkeit des Arbeitnehmers Rechnung tragen, sondern vorwiegend einen Beitrag zur Rechtssicherheit leisten will und hierdurch eine Entlastung der Gerichte für Arbeitssachen bezweckt³⁰⁷. Demnach besteht weder eine Veranlassung noch eine Rechtfertigung, die Kontrolldichte bei allen restlichen arbeitsrechtlichen Verträgen anders auszugestalten als bei der Überprüfung von Arbeitsverträgen³⁰⁸.

Als Zwischenergebnis ist somit festzuhalten, dass sämtliche statusrechtlichen Verträge auf dem Gebiet des Arbeitsrechts einer Kontrolle nach §§ 305 ff BGB unterliegen³⁰⁹.

Schwerpunktmäßig werden sich die nachfolgenden Ausführungen indes auf Arbeitsverträge beziehen.

B.III. Prüfungsmaßstab

Steht somit der maßgebliche Kontrollgegenstand fest, so sind hieraus noch keine Rückschlüsse auf den, speziell bei der Inhaltskontrolle anzuwendenden Prüfungsmaßstab zu ziehen. Dieser erfährt in § 310 Abs. 4, Satz 3 BGB allgemein und in § 310 Abs. 3 BGB speziell für sog. Verbraucherverträge eine modifizierte Konkretisierung, welche es zu begutachten gilt.

B.III.1 Reichweite des § 310 Abs. 4, Satz 3 BGB

Die Norm des § 310 Abs. 4, Satz 3 BGB wurde ebenfalls im Rahmen der Schuldrechtsreform neu eingefügt. Sie wird in ihrer Formulierung teilweise als nicht überzeugend und überflüssig angesehen³¹⁰.

Die hierin vorgenommen Gleichstellung von Tarifverträgen, Betriebsvereinbarungen und Dienstvereinbarungen mit Rechtsvorschriften im Sinne von § 307 Abs. 3 BGB scheint auf den ersten Blick unproblematisch.

307 So auch ErfKomm./Müller-Glöge, § 623 BGB, Rz. 1 f.

308 In diesem Sinne auch Gaul, Aktuelles Arbeitsrecht 1/2002, S. 148; vgl. auch ErfKomm./Müller-Glöge, § 620 BGB, Rz. 14.

309 Für Aufhebungs- und Auflösungsverträge in diesem Sinne Birnbaum, NZA 2003, S. 944, 949; Bauer, NZA 2002, S. 169, 172; Henssler, RdA 2002, S. 129, 139.

310 Vgl. die Kritik bei Joost, FS-Ulmer, S. 1199, 1206.

Zunächst enthält sie einen zentralen Aspekt des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, wonach jede Inhaltskontrolle anhand eines vorgegebenen Maßstabs unter Angemessenheitsgesichtspunkten stattfindet³¹¹. Darüber hinaus erweckt sie den Anschein, als ginge es auch darum, die Institutsgarantie des Tarifvertragsrecht dadurch zu schützen, dass eine Inhaltskontrolle materiell tarifvertraglicher Normen unterbleiben soll, wie dies bereits in § 310 Abs. 4, Satz 1 BGB zum Ausdruck kommt. Dies vor dem Hintergrund, dass die Tarifverträge in Arbeitsverhältnissen nicht lediglich dann Anwendung finden, wenn Arbeitgeber und Arbeitnehmer jeweils Mitglied der kontrahierenden Verbände sind, sondern auch, wenn diese aufgrund Allgemeinverbindlichkeit iSv. § 5 TVG auf nichtorganisierte Arbeitgeber und/oder Arbeitnehmer unmittelbar und zwingend Anwendung finden³¹².

Die arbeitsvertragliche Bezugnahmeklausel³¹³ führt im Individualarbeitsvertrag zur Anwendung des vereinbarten Tarifvertrags. In diesen Fällen erlangen die ursprünglich tarifvertraglichen Ansprüche allerdings eine Transformation dahingehend, dass die Rechtsquelle der Ansprüche fortan der Arbeitsvertrag ist und nicht originär der Tarifvertrag³¹⁴.

Würde nunmehr ein solcher Arbeitsvertrag, der überwiegend aus ursprünglich tarifvertraglichen Normen bestehen kann, nach den Regeln des AGB-Rechts geprüft werden, müsste zu Recht gefragt werden, ob die Tarifautonomie hierdurch nicht ausgehöhlt würde³¹⁵. Auch eine Umgehung des in § 310 Abs. 4, Satz 1 BGB normierten Grundsatzes läge nicht fern.

311 Hierzu Joost, FS-Ulmer, S 1199, 1206.

312 Vgl. zu den weiteren Wirkungen Löwisch, Arbeitsrecht, Rz. 288 ff, S. 86.

313 Zu den unterschiedlichen Arten von Bezugnahmeklauseln vgl. ausführlich Reichel, Die arbeitsvertragliche Bezugnahme auf den Tarifvertrag, S. 25 ff; zu deren Überprüfung im Rahmen einer Inhaltskontrolle vgl. Oetker, FS-Wiedemann, S. 383 ff; Diehn, NZA 2004, S. 129 ff.; zur Auslegung bei überraschender Tarifentwicklung vgl. Reichel, AuR 2003, S. 366 ff.; zur Rspr. des BAG vgl. Zusammenstellung von Stein, AuR 2003, S. 361 ff.

314 Vgl. ErfKomm/Preis, § 611 BGB, Rz. 271; zu den unterschiedlichen Arten von Bezugnahmeklauseln und Lösungsmöglichkeiten des Arbeitgebers von dieser gesteigerten Tarifbindung vgl. auch Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, § 208, Rz. 5 ff.; zur Auslegung der unterschiedlichen Klauseln vgl. Hanau/Kania, FS Schaub, S. 239, 245 ff.

315 Ob durch Bezugnahmeklauseln angewendete Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen einer vor Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes praktizierten Inhaltskontrolle zu unterwerfen sei, war streitig. Zum Meinungsstand vor der Schuldrechtsreform vgl. Wolf, RdA 1988, S. 270, 272 und Pauly, NZA 1997, S. 1030, 1034 sowie ausführlich Hanau/Kania, FS Schaub, S. 239, 242 ff.

Dieser möglichen Folge tritt § 310 Abs. 4, Satz 3 BGB zunächst entgegen, indem sie die kollektivrechtlichen Gestaltungsformen zu Vergleichsmaßstäben erhebt und somit eine Inhaltkontrolle in Fällen der Gesamtbezugnahme ausschließt³¹⁶. Möglich bleibt jedoch auch in solchen Fällen eine Transparenzkontrolle³¹⁷.

Betrachtet man die Gleichstellungsformulierung jedoch genauer, so tun sich Zweifel dahingehend auf, ob die sich auf den ersten Blick ergebende Konsequenz tatsächlich die Einzige ist.

B.III.1.a Problemaufriss

Die in Bezug genommene Norm des § 307 Abs. 3, Satz 1 BGB trifft ihrerseits eine Bereichsbestimmung, innerhalb derer eine AGB-Kontrolle stattfindet. Lediglich von Rechtsvorschriften abweichende und diese ergänzende Regelungen sollen ihr zugänglich sein. Mangels entsprechender gesetzgeberischer Vorgaben erweist sich der überwiegende Teil³¹⁸ der vertraglichen Hauptleistungspflichten als kontrollfrei³¹⁹, da bereits nach den Grundsätzen der Logik nicht von etwas abgewichen oder etwas ergänzt werden kann, was selbst nicht existiert. Auch nach Art. 4, Abs. 2 der RL 1993/13/EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen³²⁰ betrifft die Beurteilung der Missbräuchlichkeit weder den Hauptgegenstand des Vertrages noch die Angemessenheit zwischen dem Preis bzw. dem Entgelt und den Dienstleistungen bzw. den Gütern, die die Gegenleistung darstellen.

Der Grund hierfür ist einsichtig. Durch das Ausnehmen der Hauptleistungspflichten aus der AGB-Kontrolle sollen marktwirtschaftliche Prinzipien gewahrt³²¹, insbesondere eine mittelbaren Regulierung von Preisen durch die Gerichte verhindert werden. Das

316 Vgl. Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, S. 471 f., Rz. 52; zu den Folgen der partiellen Bezugnahme und der Bezugnahme auf branchenfremde Tarifverträge vgl. ausführlich Gaul, ZfA 2003, S. 75, 88 ff.

317 Vgl. KompaktKom-BGB/Micklitz, § 310, Rz. 3.

318 Eine Ausnahme stellen insoweit gesetzliche Gebührevorschriften – beispielsweise die BRAGO für Rechtsanwälte oder die GOÄ für Ärzte – dar, hierzu vgl. Wolf/Horn/Lindacher/Lindacher, § 8, Rz. 16; Bayreuther, RdA 2003, S. 81, 89.

319 Vgl. Staudinger/Coester, § 8, Rz. 2.

320 ABl. Nr. L 095 vom 21.04.1993, S. 29 ff. Zwar gab es bei Inkrafttreten des AGB-Gesetzes die RL 1993/13/EWG noch nicht, jedoch musste im Rahmen der Umsetzung der RL das geltende Recht auf seine Vereinbarkeit mit der RL überprüfen, wollte man nicht eine vollständige Neuregelung. Demnach lässt sich Zweck des § 307 Abs. 3 BGB auch ohne weiteres argumentativ mit den Erwägungen der RL in Verbindung setzen, ohne hierdurch einen logischen Bruch zu begehen.

321 Vgl. Wolf/Horn/Lindacher/Wolf, § 8, Rz. 1; Preis, FS Kissel, S. 878, 901.

Äquivalenzverhältnis, welches den Kernbereich der privatautonomen Vertragsgestaltung ausmacht, soll der Marktregulierung und der eigenverantwortlichen Interessenwahrnehmung der Vertragspartner überlassen werden³²². Dieses Modell wäre gefährdet, wenn dem Staat oder den Gerichten die Kompetenz zufiele, das Leistungsangebot, die Preisfestsetzung und damit das Äquivalenzverhältnis einer Angemessenheitskontrolle zu unterziehen³²³. Auch ein einheitlicher, rechtlicher Bewertungsmaßstab, welcher mangels spezialgesetzlicher Regelungen durch richterliche Rechtsfortbildung entwickelt werden müsste, wäre – wenn überhaupt – erst in einigen Jahren vorhanden. Dies würde eine nicht zu kompensierende Rechtsunsicherheit mit sich bringen, die aufgrund der permanent notwendig werdenden Angleichung des Bewertungsmaßstabs an die jeweils aktuelle volkswirtschaftliche Situation noch verstärkt werden würde.

Was für den Bereich des produzierenden Gewerbes als Selbstverständlichkeit erscheint, erfordert aufgrund der Gleichstellung in § 310 Abs. 4, Satz 3 BGB für den Bereich des Arbeitsrechts eine differenzierte Betrachtung.

Abweichend vom übrigen Zivilrecht findet man auf dem Gebiet des Arbeitsrechts im Bereich der Hauptleistungspflichten vielfach präzise ausgestaltete Kollektivregelungen in Form von Tarifverträgen und – in Einzelfällen – auch in Betriebsvereinbarungen. Es ist hier nicht lediglich denkbar, sondern vielfach regelmäßige Praxis, dass von solchen tariflichen Vereinbarungen abgewichen wird. Übertragen auf die Norm des § 310 Abs. 4, Satz 3 BGB ließe sich formulieren:

„Soweit Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen – im Bereich des Arbeitsrechts demnach standardisierte Arbeitsverträge – von Rechtsvorschriften – hier also beispielsweise von Tarifverträgen – abweichen, sind diese einer Kontrolle nach AGB-Recht unterworfen.“

Würde man diese erste Feststellung nun dahingehend spezialisieren, dass es sich bei der arbeitsvertraglichen Klausel um den Gehaltsparagrafen handelt und der Tarifvertrag ein Lohn- und Gehaltstarifvertrag ist, ließe sich diese Erkenntnis sinngemäß in eine erste These fassen:

322 Vgl. Thüsing, BB 2002, S. 2666, 2674.

323 Vgl. Stoffels, JZ 2001, S. 843, 844.

„Soweit ein durch Standardarbeitsvertrag (eines nicht Tarif gebundenen Arbeitnehmer) vereinbartes Gehalt vom Tarifgehalt abweicht, ist deren Höhe einer AGB-Kontrolle unterworfen.“ (erste These)

Dies würde dann insbesondere für den Arbeitnehmer gelten, der weder durch Verbandszugehörigkeit oder Allgemeinverbindlichkeit zwingend und unmittelbar der Geltung eines Tarifvertrags unterworfen ist noch bei dem durch arbeitsvertragliche Bezugnahmeklausel die Normen des Tarifvertrages Teil seines Arbeitsvertrages geworden sind³²⁴.

Aus der ersten These wiederum wäre vor dem Hintergrund dieser Erkenntnisse eine zweite These zu formulieren:

„Bei standardisierten Arbeitsverträgen ohne unmittelbaren oder mittelbaren Tarifbezug findet eine am Tarifvertrag orientierte Entgeltkontrolle statt.“(zweite These)

Inwieweit diese Thesen mit europarechtlichen Vorgaben zu vereinbaren sind, im Gesetzeswortlaut eine beachtliche Stütze finden, ob sie der Intention des Gesetzgebers entsprechen und darüber hinaus mit der Verfassung in Einklang zu bringen sind, bedarf einer eingehenden Untersuchung.

Diese betrachtet jedoch lediglich solche Bezugnahmeklauseln, welche vollumfänglich auf ein bestimmtes, branchenübliches Tarifvertragswerk verweisen. Ausführungen zu Teilverweisungsklauseln sprengen den Rahmen der vorliegenden Arbeit ebenso wie die aufgrund von Verweisungen in branchenfremde Tarifverträge entstehenden Fragen³²⁵.

324 In Fällen der Tarifbindung ist eine arbeitsvertragliche Abweichung ohne entsprechende Öffnungsklausel bereits wegen des Günstigkeitsprinzips des § 4 Abs. 3 TVG nicht möglich. Vgl. hierzu ausführlich Kempen/Zachert, § 4, Rz. 160 ff; zur konkreten Situation Bayreuther, RdA 2003, S. 81, 82; Berger-Delhey, ZTR 2002, S. 66, 68. Ähnliches gilt gem. § 77 Abs. 4, Satz 2 BetrVG auch für Betriebs- und Dienstvereinbarungen, vgl. Richardi, NZA 2002, S. 1057, 1058. Soweit bereits eine Bezugnahmeklausel besteht, bedarf es der Zustimmung des Arbeitnehmers, will der Arbeitgeber im Nachhinein hiervon abweichen. Greift er hingegen zur Änderungskündigung ist der Rechtsschutz des Arbeitnehmers über §§ 2, 4 KSchG gewährleistet.

325 Weiterführend zu diesen Problemkreisen Oetker, FS-Wiedemann, S. 383 ff; Gotthardt, Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsreform, Rz. 266 ff.; vgl. auch Diehn, NZA 2004, S. 129 ff., der zwischen privilegierten und nicht privilegierten Bezugnahmeobjekten unterscheidet; zu weiteren Problemkreisen vgl. Joost, FS-Ulmer, S. 1199, 1207; Reichel, AuR 2003, S. 366 ff; kritisch zur Rspr. des BAG äußert sich in diesem Zusammenhang Stein, AuR 2003, S. 361 ff.

B.III.1.b Am Wortlaut orientierte Auslegung

Der Wortlaut alleine trägt zu einer überzeugenden Argumentation nicht sonderlich bei, mögen auch die verschiedenen Meinungslager ihn als in ihrem Sinne eindeutig heranziehen.

Nach der Ansicht von Däubler ergänzt die Norm nur das übliche Kontrollprogramm insoweit, als vorformulierte Arbeitsverträge auch an Tarifverträgen sowie Betriebs- und Dienstvereinbarungen zu messen sind³²⁶.

Nicht ganz so weit gehen andere, die zwar arbeitsvertragliche Klauseln am Leitbild des Tarifvertrags messen wollen, jedoch den Bereich der Entlohnung ausdrücklich ausnehmen³²⁷. Auch der entgegengesetzte Sinn wird dem Wortlaut entnommen. Das Gesetz bringe keinesfalls zum Ausdruck, dass den Tarifverträgen eine Richtlinienfunktion dahingehend zukäme, dass von Tarifnormen – zum Nachteil der Arbeitnehmer – abweichende Klauseln als unwirksam anzusehen wären³²⁸.

Genau betrachtet sind sie jedoch alle nicht in dem Maße überzeugend, dass man von einem klaren Wortlaut der Norm, welcher nur ein Ergebnis zulässt, sprechen kann.

Ein solch klarer Wortlaut fehlt gerade. Dem ersten Ansatz lässt sich entgegen, dass er, ähnlich der oben durchgeführten Thesenbildung, lediglich den Begriff der Rechtsvorschrift durch die gleichgesetzten Begriffe ersetzt. Die Formulierung in § 310 Abs. 4, Satz 3 BGB lautet jedoch „stehen Rechtsvorschriften im Sinne von § 307 Abs. 3 gleich“. Daher darf der Sinn des § 307 Abs. 3 BGB bereits bei der am Wortlaut orientierten Auslegung nicht außer Acht gelassen werden.

Dies berücksichtigen zwar die Kritiker, indem die Regelungsaussage des § 307 Abs. 3 BGB herangezogen wird. Jedoch wird dem Verweis hierauf eine isolierte Bedeutung dahingehend zugemessen, dass eine Gleichsetzung gerade nicht mit Rechtsnormen im Sinne des § 307 Abs.

326 Däubler, NZA 2001, S. 1329, 1334; im Ergebnis vergleichbar auch Lakies, NZA-RR 2002, S. 337, 344; Olzen/Wank, Die Schuldrechtsreform, Rz. 480; Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, § 31 Rz. 7d. Ähnlich auch Berkowsky, AuA 2002, S. 11, 15; unklar Lorenz/Riehm, Schuldrecht, Rz. 93.

327 Henssler/Graf v. Westphalen/Graf v. Westphalen, § 310, Rz. 13.

328 Vgl. Henssler, RdA 2002, S. 129, 136; vgl. auch Ebeling, Bezugnahme auf Tarifverträge, S. 185. In diesem Sinne auch Lingemann, NZA 2002, S. 181, 188; ausführlich Lindemann, Flexible Gestaltung von Arbeitsbedingungen, § 13, S. 168 ff.

1 und 2 BGB erfolgen soll³²⁹. Diese Deutung würde dazu führen, dass die Frage nach dem „ob“ einer Inhaltskontrolle anderen Maßstäben unterläge als die des „wie“. Ein solcher Verstoß gegen das Prinzip der Einheitlichkeit der Terminologie³³⁰ ist durch den Wortlaut des § 307 Abs. 3 BGB nicht getragen.

Festzuhalten bleibt daher, dass der Wortlaut alleine keine eindeutige Auslegung zulässt.

B.III.1.c Europarechtliche Aspekte

Die Norm ist einer richtlinienkonformen Auslegung³³¹ zu unterziehen. Soweit eine bestimmte Auslegung dem Wortlaut oder dem Zweck einer RL zuwiderliefe, wäre dieses Auslegungsergebnis zu korrigieren³³².

In Betracht käme für die obige Auslegung die RL 1993/13/EWG, insbesondere Art. 4 Abs. 2, welcher in Verbindung mit dem 19. Erwägungsgrund ausdrücklich den Hauptgegenstand des Vertrags und die Angemessenheit des Entgelts einer Prüfung der Missbräuchlichkeit entzieht. Die Auslegung des § 310 Abs. 4, Satz 3 BGB, welche dazu führt, dass auch eine Entgeltkontrolle stattfindet, wäre weder mit dem Wortlaut des Art. 4 Abs. 2 RL noch mit deren Zweck, welcher in dem 19. Erwägungsgrund zum Ausdruck kommt, vereinbar.

329 Vgl. Henssler, RdA 2002, S. 129, 136, was insoweit zwar etwas ungenau ist, da der Begriff der Rechtsnormen ausschließlich in § 307 Abs. 3 BGB genannt wird, während § 307 Abs. 2, Nr. 1 BGB von „gesetzlichen Regelung“ spricht, jedoch im Ergebnis zutreffend ist, da die beiden Beschreibungen synonym verwendet werden. Dies ergibt sich eindeutig aus der Formulierung des Gesetzesgebers in der Begründung zu § 307 Abs. 3 BGB: Abs. 3 entspricht im Wesentlichen wörtlich dem bisherigen § 8 AGBG, der der Inhaltskontrolle des AGB-Gesetzes dort Grenzen setzt, wo Allgemeine Geschäftsbedingungen von einer gesetzlichen Regelung weder abweichen noch diese ergänzen, BT-DS 14/6040, S. 154. Hierbei wird indes verkannt, dass dem § 307 Abs. 3 BGB insoweit begrenzende Funktion zukommt, jedoch als eine Art Zugangsvoraussetzung zur Inhaltskontrolle. Neben dieser beschränkten Funktion kommt der Norm allerdings auch determinierende Funktion dahingehend zu, dass bei abweichenden und ergänzenden Regelung eine Inhaltskontrolle stattfindet. Gerade bei Verweisungsnormen erscheint es angebracht, auch den Wortlaut der Norm mit einzustellen, auf welche verwiesen wird. Ähnlich eindeutig versteht auch Reuter, FS-BAG, S. 177, 194, den Wortlaut.

330 Zu diesem Begriff vgl. Zippelius, Juristische Methodenlehre, § 10, S. 53.

331 Hierzu allgemein Streinz, Europarecht, § 5, Rz. 393a, 405; speziell im Hinblick auf die RL 1993/13/EWG vgl. Stoffels, JZ 2001, S. 843, 844 f.; konstruktiv wird diese Methode überwiegend unmittelbar auf Art. 189 Abs. 3 EGV, ergänzend auf die Pflicht der Mitgliedstaaten zur Gemeinschaftstreue und vereinzelt auf den Vorrang des Gemeinschaftsrechts gestützt, vgl. hierzu die Nachweise bei Borges, Inhaltskontrolle von Verbraucherverträgen, S. 85 f.

332 Vgl. Streinz, Europarecht, § 5, Rz. 393b.

Zwar eröffnet Art. 8 der RL den Mitgliedstaaten die Möglichkeit, mit dem Vertrag vereinbare strengere Bestimmungen zu erlassen, um ein höheres Schutzniveau für die Verbraucher zu gewährleisten. Im Hinblick auf die ausdrückliche Regelung in Art. 4 Abs. 2 RL und dem 19. Erwägungsgrund würde sich eine Entgeltkontrolle auf dem Gebiet des Arbeitsrechts nicht als Steigerung des Schutzniveaus im Sinne des Art. 8 RL darstellen. Vielmehr ist der Bereich der Hauptleistungen und Entgelte ausdrücklich einer Missbräuchlichkeitsprüfung entzogen. Die Eröffnung der Prüfung über Art. 8 RL wäre demnach eine Erweiterung des Schutzbereichs und keine Erhöhung des Schutzniveaus³³³.

Allerdings wäre auch dann keine eindeutige Aussage darüber getroffen, ob dieses Ergebnis auch auf andere tarifvertraglich geregelte Arbeitsbedingungen zu übertragen ist, so dass es einer weiteren Prüfung bedarf.

B.III.1.d Gesetzgeberische Motive der Gleichsetzung

Der Gesetzgeber hatte bei der Streichung der Bereichsausnahme bekanntlich das Anliegen, einen Beitrag zu einer höheren Rechtssicherheit im Bereich der Kontrolle von Arbeitsverträgen zu leisten.

Dem § 310 Abs. 4, Satz 3 BGB misst er selbst lediglich klarstellenden Charakter in dem Sinne zu, „dass auch Einzelarbeitsverträge, die Bezug auf einen Tarifvertrag nehmen, ohne dass eine beiderseitige Tarifbindung besteht oder die mit Kollektivverträgen übereinstimmen und lediglich deren gesamten Inhalt wiedergeben, ebenfalls nicht der Inhaltskontrolle unterliegen“³³⁴.

Diese Formulierung ist in Bezug auf die beiden Ausgangsthesen klar. Nach dem Willen des Gesetzgebers soll nicht lediglich der Bereich der Entgeltkontrolle, sondern der gesamte, durch in den Arbeitsvertrag integrierte, tarifvertragliche Bereich einer Inhaltskontrolle entzogen werden. Hierdurch wird zum einen dem Umstand Rechnung getragen, dass Tarifverträge eine

333 Voraussetzung wäre genauso genommen, dass der Arbeitsvertrag als solcher auch unter den Anwendungsbereich der Richtlinie fällt. Hierbei ist insbesondere die Frage der Verbrauchereigenschaft des Arbeitnehmers problematisch. Soweit sie zu bejahen wäre stünde bereits die Richtlinie 1993/13/EWG der Entgeltkontrolle entgegen. Vgl. hierzu ausführlich unten B. III. 1. d.

334 BT-DS 14/6857, S. 54.

Vermutung der Angemessenheit in sich tragen, welcher aus der verfassungsrechtlich garantierten Parität der Vertragspartner abzuleiten ist, zum anderen wird eine mittelbare Tarifizensur vermieden³³⁵.

Aufgrund dieser Klarheit erscheint es auch nicht möglich, dem Gesetzgeber ein fehlendes Problembewusstsein diesbezüglich zu unterstellen. Er spricht vielmehr explizit die durch die Ausgangsthesen umschriebene Situation problemorientiert an. Zweifel an dieser Eindeutigkeit könnten sich lediglich aus der Formulierung der abschließenden Gesetzesbegründung ergeben. Dieser ging eine systematische Umstellung des Transparenzgebots voraus³³⁶. Zur Begründung führt der Gesetzgeber aus: „Denn Leistungsbestimmungs- und Entgeltregelungen, die an sich nach § 307 Abs. 3 von der AGB-Kontrolle ausgenommen sind, müssen dann der AGB-Kontrolle unterliegen, wenn sie intransparent sind“³³⁷.

Zwar wird insoweit von AGB-Kontrolle gesprochen, jedoch legt der systematische Kontext dieser Begründung eine andere Bedeutung nahe. Er wollte hiermit keiner allgemeinen Entgeltkontrolle das Wort reden, sondern lediglich darauf hinweisen, dass entsprechende Regelungen transparent ausgestaltet werden müssen, da sie ansonsten zu einer unangemessenen Benachteiligung führen.

Verdeutlicht wird dies auch durch den in der Begründung enthaltenen Verweis auf die RL 1993/13/EWG als Grundlage des Transparenzgebots³³⁸. Es sollte lediglich dem Transformationserfordernis Rechnung getragen werden³³⁹. Er wollte lediglich klarstellen, dass eine Transparenzkontrolle auch bei Hauptleistungspflichten oder Entgeltregelungen durchzuführen ist.

335 Vgl. Henssler, RdA 2002, S. 129, 136.; Diehn, NZA 2004, S. 129, 137; Lindemann, Flexible Gestaltung von Arbeitsbedingungen, § 13, S. 171.

336 Der Wortlaut hat sich nicht verändert, jedoch musste § 307 Abs. 3 BGB durch Hinzufügung von Satz 2 angepasst werden.

337 BT-DS 14/7052, S. 188.

338 Vgl. Art. 5, Satz 1, während die Richtlinie gerade keine vollständige AGB-Kontrolle von Entgeltregelungen vorsieht.

339 Vgl. insoweit BT-DS 14/6040, S. 153, wo der Gesetzgeber zum explizit eingeführten Transparenzgebot klarstellt: Mit diesem Zusatz wird das von der Rechtsprechung entwickelte und in Art. 5 Satz 1 der Richtlinie 93/13/EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen vorgeschriebene Transparenzgebot nunmehr auch gesetzlich geregelt.

Demnach führt die teleologische Auslegung zu einem eindeutigen Ergebnis. Der Gesetzgeber beabsichtigte gerade keine Inhaltskontrolle von Tarifverträgen, welche durch Bezugnahmeklausel Teil des Arbeitsvertrages geworden sind³⁴⁰.

B.III.1.e Systematische Auslegung

Zur Bestätigung der teleologischen Betrachtung bedarf es einer systematischen Analyse des § 310 Abs. 4, Satz 3 BGB.

Die Norm trägt die amtliche Überschrift „Anwendungsbereich“ und beschreibt in Abs. 4 Ausnahmen. Sie enthält somit keine Erweiterungen, sondern fasst alle Einschränkungen des Anwendungsbereichs der §§ 305 ff BGB zusammen³⁴¹. Für den Bereich des Arbeitsrechts sind dessen Besonderheiten angemessen zu berücksichtigen. Gleichsam handelt es sich jedoch systematisch um eine Ausnahmegvorschrift, welche in der Regel eng auszulegen ist³⁴². Der Aufbau des Absatzes 4 ordnet dem Arbeitsrecht mithin eine Sonderstellung im Hinblick auf die durchzuführende Inhaltskontrolle zu. Im Vergleich zum restlichen Zivilrecht soll eine geringere Prüfungsdichte bestehen³⁴³.

Wäre eine Prüfung von Hauptleistungspflichten oder Entgeltvereinbarungen möglich, bestünde im Hinblick auf § 307 Abs. 3, Satz 1 BGB gerade keine Einschränkung, sondern eine erhebliche Erweiterung des Prüfungsgegenstandes³⁴⁴, was systemfremd wäre³⁴⁵.

340 In diesem Sinne auch ErfKomm./Preis, §§ 305 – 310 BGB, Rz. 38; Stoffels, AGB-Recht, Rz. 179; Tschöpe, DB 2002, S. 1830, 1833; Thüsing, BB 2002, S. 2666, 2674; Reinecke, SB zu NZA 18/2004, S. 27, 29; Reichold, ZTR 2002, S. 202, 206; Lingemann, NZA, 2002, S. 181, 189; Henssler, RdA 2002, S. 129, 136; Lieb, Arbeitsrecht, Rz. 116, S. 40. Gleiches gilt für Betriebs- und Dienstvereinbarungen als Bezugsobjekt. Sie gelten ohnehin unmittelbar und zwingend für den entsprechenden Betrieb. Für Betriebsvereinbarungen sieht dies § 77 Abs. 4, Satz 1 BetrVG ausdrücklich vor, bei Dienstvereinbarungen ist dies allgemeine Meinung, vgl. Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, § 268, Rz. 11. Relevanz besitzt die Problematik daher nur dann, wenn durch arbeitsvertragliche Bezugnahme auf Betriebs- oder Dienstvereinbarungen anderer Betriebe oder Dienststellen verwiesen wird, was indes selten der Fall sein wird. Zu allgemeinen Arbeitsbedingungen die durch Betriebs- oder Dienstvereinbarung ergänzt werden, vgl. Löwisch, FS-Wiedemann, S. 311, 322.

341 So zu Recht auch Henssler, RdA 2002, S. 129, 136.

342 Zu den rechtstheoretischen Problemen in diesem Zusammenhang vgl. ausführlich Larenz, Methodenlehre, S. 241 ff.

343 Dies drückt bereits der Gesetzgeber in BT-DS 14/7052, S. 189 aus, indem er einleitend zur Streichung der Bereichsausnahme davon spricht, dass es sich um eine teilweise Rücknahme der Ausnahme für Arbeitsverträge handelt.

344 In diese Richtung geht auch die Argumentation von Reichold, ZTR 2002, S. 202, 206; deutlicher ist sie bei Tschöpe, DB 2002, S. 1830, 1833 zu finden; ähnlich Reinecke, SB zu NZA 18/2004, S. 27, 29.

345 Vgl. Henssler, RdA 2002, S. 129, 133.

Auch die angemessene Berücksichtigung der im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten erfordert eine enge Auslegung. Ohne an dieser Stelle auf die Dimension dieser Einschränkung abschließend eingehen zu wollen³⁴⁶, verlangt das Gesetz diese Berücksichtigung bereits bei der Anwendung der §§ 305 ff BGB. Bezogen auf die Frage der Tarifbindung kommt den im TVG vorgesehenen Möglichkeiten der Verbandszugehörigkeit und Allgemeinverbindlichkeit jedoch eine abschließende Funktion zu. Insbesondere die Regelung des Preises für den Faktor „Arbeit“ ist eine der vornehmsten Aufgaben der Tarifverträge³⁴⁷. Dieses im TVG angelegte System der Tarifbindung würde durch Normen außerhalb des TVG zumindest faktisch erweitert³⁴⁸. Eine solche grundlegende Entscheidung hätte der Gesetzgeber klarer und systematisch an richtiger Stelle, nämlich im TVG, getroffen.

Somit muss auch als Ergebnis der systematischen Auslegung festgehalten werden, dass sie die Folgerungen der teleologischen Auslegung stützt.

B.III.1.f Verfassungsrechtliche Gesichtspunkte

Auch verfassungsrechtliche Argumente finden Einzug in die Diskussion. Art. 9 Abs. 3 GG gewährt jedermann das Recht, zur Wahrung und Förderung von Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen Vereinigungen zu bilden. Diese Koalitionsfreiheit besteht sowohl positiv, also solchen Vereinigungen beizutreten, wie auch negativ, ihnen gleichsam auch fernzubleiben³⁴⁹.

Im Arbeitsleben bedeutet dies, dass jeder Arbeitgeber sich frei entscheiden kann, ob er einem Arbeitgeberverband beitreten möchte oder nicht³⁵⁰. Durch eine Inhaltskontrolle der hier relevanten Standardarbeitsverträge³⁵¹ anhand eines in der entsprechenden Branche bestehenden Tarifvertrags unterstünde der betroffene Arbeitgeber jedoch faktisch einem

346 Vgl. hierzu ausführlich unten Kapitel 4, C. III., D.

347 Reichold, ZTR 2002, S. 202, 206.

348 Zwar würde es nicht unmittelbar zu einer Tarifbindung von tarifungebundenen Arbeitnehmern und/oder Arbeitgebern führen, jedoch würden diese Tarifverträge als ausschließliche Prüfungsmaßstäbe herangezogen werden, was faktisch einer Tarifbindung, sei es auch auf angemessen niedrigerem Niveau, gleichkäme.

349 Vgl. Däubler, Arbeitsrecht, Rz. 55 ff.

350 Eckert/Wallstein, Das neue Arbeitsvertragsrecht, S. 139.

351 Also solche die in einem tariffreien Betrieb ohne Bezugnahmeklausel geschlossen werden.

Tarifvertrag. Dies obwohl er sich beispielsweise selbst gegen einen Beitritt in einen Arbeitgeberverband entschieden hat oder aus diesem gar bewusst ausgetreten ist³⁵². Das wird dem Freiheitsanspruch der dem Tarifvertrag nicht unterworfenen Arbeitsvertragsparteien nicht gerecht³⁵³. Den Tarifbedingungen würde vielmehr eine unmittelbar rechtliche Außenwirkung zuerkannt werden, die diesem Freiheitsanspruch und ihrem Charakter als Elemente einer autonomen Regelungsanordnung widerspräche und zu einer nicht zu rechtfertigenden Beschränkung des Außenseiterwettbewerbs führen würde³⁵⁴.

Entscheidend und somit als Verstoß gegen die negative Koalitionsfreiheit zu werten³⁵⁵ ist, dass die im Betrieb oder Unternehmen bestehenden Arbeitsbedingungen an Vertragswerken gemessen werden, zu welchen sich der Arbeitgeber weder mittelbar durch Beitritt zu einem Verband noch unmittelbar durch autonome Entscheidung in Form eines Arbeitsvertrags bekannt hat³⁵⁶. Auch hat der zuständige Bundesminister nicht durch staatlichen Rechtssetzungsakt die Allgemeinverbindlichkeit im Sinne des § 5 TVG erklärt³⁵⁷, was zumindest aus sozialpolitischer Sicht eine Unterwerfung des Arbeitgebers unter Zurückstellung eigener Interessen zum Wohle eines bestimmten Wirtschaftszweiges rechtfertigen würde. Hiermit geht ein Legitimation- und Demokratiedefizit einher³⁵⁸, da es an

352 Bayreuther, RdA 2003, S. 81, 82, weist in diesem Zusammenhang zwar zu Recht darauf hin, dass der Konstruktion rechtstechnisch keine echte normative Tarifwirkung zukomme. Gleichsam gehe von dem „generellen Geltungsbefehl“ die gleiche Wirkung aus, so dass es aus Sicht des Außenseiters keinen sachlichen Unterschied mache.

353 Tschöpe, DB 2002, S. 1830, 1833.

354 Vgl. Annuß, BB 2002, S. 458, 460.

355 In diesem Sinne auch Annuß, BB 2002, S. 458, 460; Berger-Delhey, ZTR 2002, S. 66, 68; Ebeling, Bezugnahme auf Tarifverträge, S. 187; Eckert/Wallstein, Das neue Arbeitsvertragsrecht, S. 175; Gaul, Aktuelles Arbeitsrecht 2, S. 61; Haderer, FA ArbR 2002, S. 66, 68; Lingemann, NZA 2002, S. 181, 189; Stoffels, AGB-Recht, Rz. 180; Tschöpe, DB 2002, S. 1830, 1833; Reichold, ZTR 2002, S. 202, 206; Henssler, RdA 2002, S. 129, 136. Anders hingegen Henssler/Graf v. Westphalen/Graf v. Westphalen, § 310, Rz. 10 f., der zwar Berührungspunkte zur negativen Koalitionsfreiheit sieht, jedoch keine verfassungsrechtlichen Bedenken hegt. Er verkennt allerdings hierbei die Dimension der negativen Koalitionsfreiheit, insbesondere im Verhältnis zur Allgemeinverbindlichkeitserklärung, vgl. hierzu BVerfG, Beschluss vom 24.05.1977, 2 BvL 11/74, BVerfGE 44, S. 322, 341 f; vgl. auch st. Rechtsprechung des BAG, z. B. Urteil vom 22.09.1993, 10 AZR 371/92, EzA, § 5 TVG, Nr. 11 mwN.

356 Daher ändert es auch nichts, dass im Rahmen der Entgeltkontrolle lediglich unangemessene Benachteiligungen der Unwirksamkeit anheim fallen würden.

357 Zu den Voraussetzungen und Wirkungen der Allgemeinverbindlichkeitserklärung vgl. ausführlich Junker, Arbeitsrecht, Rz. 550; Stein, Tarifvertragsrecht, Rz. 198 ff; Kempen/Zachert, TVG, § 5, Rz. 1 ff; zur Rechtsnatur der Allgemeinverbindlichkeitserklärung als ein Rechtssetzungsakt eigener Art zwischen autonomer Regelung staatlicher Rechtsetzung vgl. BVerfG, Beschluss vom 24.05.1977, 2 BvL 11/74, BVerfGE 44, S. 322 ff., hiernach dient sie dem Schutz von Außenseitern und sichert die Effektivität der tarifvertraglichen Normsetzung gegen die Folgen wirtschaftlicher Fehlentwicklungen.

358 Die Argumentation findet sich auch bei Gotthardt, Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsreform, Rz. 269, ohne dass er jedoch das eigentliche Problem benennt. Klarer indes der Hinweis des BVerfG in seinem Beschluss vom 24.05.1977, 2 BvL 11/74, BVerfGE 44, S. 322, 347 f. in dem er zur Verfassungsmäßigkeit des § 5 TVG ausführt, „gegen den vom Gesetzgeber gefundenen Ausgleich zwischen dem unverzichtbaren Geboten des

einer zusätzlichen Rechtfertigung für die Ausdehnung der Tarifgebundenheit auf Außenseiter fehlt, welche mit dem staatlichen Prüfungsverfahren des § 5 TVG vergleichbar wäre³⁵⁹.

Hierdurch würde die subsidiäre Regelungszuständigkeit des Staates auf Kosten einer unkontrollierten und unreflektierten Ausdehnung der von den Tarifvertragsparteien getroffenen Vereinbarungen unterlaufen³⁶⁰. Gerade die staatliche Mitwirkung an der Normsetzung für nicht tarifgebundene Arbeitgeber lässt § 5 TVG verfassungsgemäß erscheinen³⁶¹. Daher wäre durch eine entsprechend weite Auslegung des § 310 Abs. 4, Satz 3 BGB der durch Art. 9 Abs. 3 GG garantierte Kernbereich mangels Rechtfertigung verletzt.

Ein weiterer verfassungsrechtlicher Problemkreis verbirgt sich im Prüfungsmaßstab des § 307 Abs. 2, Nr. 1 BGB. Bei einer weiten Auslegung läge eine unangemessene Benachteiligung auch dann vor, wenn eine Klausel im Arbeitsvertrag wesentlichen Grundgedanken des Tarifvertrags widerspräche. Brauchbare Ermittlungsgrundsätze hierfür gibt es indes nicht, da Tarifverträge Ergebnis von Verhandlungen gleichberechtigter Partner sind³⁶². Es läge im Streitfall an der zur Entscheidung berufenen Kammer, die maßgeblichen Grundgedanken des Tarifvertrags zu ermitteln, ohne dass auch nur eine Tarifvertragspartei Einfluss darauf hätte, geschweige denn Verfahrenseteiligte wäre. Die Gerichte für Arbeitssachen wären gezwungen, einem Tarifvertrag einen Geist zu verleihen, welchen die Tarifvertragsparteien nicht im Sinn hatten³⁶³.

Auch die Überprüfung unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten spricht mithin für eine enge Auslegung.

Demokratieprinzips nach Art. 20 Abs. 2 GG und der Garantie des Betätigungsrechts der Koalitionen nach Art. 9 Abs. 3 GG sind durchgreifende verfassungsrechtliche Bedenken nicht zu erheben. Die allgemeinverbindlichen Tarifnormen sind gegenüber den Außenseitern durch die staatliche Mitwirkung noch ausreichend demokratisch legitimiert. (...) Die Ausdehnung der Tarifgebundenheit auf Außenseiter bedarf hiernach einer zusätzlichen Rechtfertigung. Sie findet sich in der Allgemeinverbindlicherklärung.“ Aus dem Gegenschluss ergibt sich, dass eine anderweitige Ausdehnung von Tarifnormen, etwa über § 310 Abs. 4, Satz 3 BGB, verfassungsrechtlichen Bedenken im Hinblick auf ein Demokratiedefizit ausgesetzt wäre. Ähnlich auch Joost, FS-Ulmer, S. 1199, 1208.

359 Im Gegensatz hierzu würden über § 307 Abs. 1 und 2 BGB sämtliche aktuellen und künftigen Tarifverträge ohne jedes geordnetes Verfahren erfasst werden, vgl. Bayreuther, RdA 2003, S. 81, 84; zur Funktion der Verfahrensregeln, BVerfG, Beschluss vom 24.05.1977, 2 BvL 11/74, BVerfGE 44, S. 322, 348 f.

360 Vgl. Bayreuther, RdA 2003, S. 81, 84

361 Vgl. BAG, Urteil vom 28.03.1990, 4 AZR 536/89, EzA, § 5 TVG, Nr. 10

362 Vgl. Hadeler, FA ArbR 2002, S. 66, 68, welche insoweit jedoch systemimmanente Bedenken hat; vgl. auch Tschöpe, DB 2002, S. 1830, 1833 f.; Bayreuther RdA 2003, S. 81, 84; ähnlich Berger-Delhey, ZTR 2002, S. 66, 68.

363 Dies wäre auch ein Verstoß gegen die Tarifautonomie, vgl. hierzu ErfKomm./Dieterich, Art. 9 GG, Rz. 50 ff.

B.III.1.g Pragmatische Gesichtspunkte

Schließlich werden pragmatische Überlegungen angestellt.

Bei einer Richtlinienfunktion von Tarifverträgen wäre völlig unklar, welche Tarifverträge gemeint sind. Soll hier nur derjenige Tarifvertrag angesprochen sein, der für die Branche des konkreten Arbeitgebers und für dessen Region gilt? Oder sind alle Tarifverträge einer bestimmten Region oder alle Tarifverträge einer bestimmten Branche gemeint?³⁶⁴

Aus welchem der einzelnen Tarife soll bei Vorliegen von Firmentarifen ein Vergleichsmaßstab ermittelt werden? Reicht es gar, dass in einer bestimmten Branche deutschlandweit ein Firmentarifvertrag besteht? Welcher Tarifvertrag kommt in Frage, wenn sowohl Firmen- als auch Branchentarifverträge bestehen?

Soweit hier der Vorschlag gemacht wird, zur Ermittlung des maßgebenden Tarifniveaus bedürfe es einer repräsentativen Regelungen³⁶⁵, fehlt es an einer praktikablen Kriterien hierfür.

Eine weitere offene Problematik bestünde im Hinblick auf das Verhältnis zwischen Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung. Soweit beispielsweise ein Tarifvertrag eine Öffnungsklausel für Betriebsvereinbarungen enthält, die von einem Betrieb genutzt wird, wäre völlig unklar, auf welches Niveau bei einer Prüfung abzustellen wäre.

Soweit Tarifverträge auf einer gesetzlichen Tariföffnungsklausel beruhen, käme hinzu, dass die gesetzliche Grundnorm in betroffenen Bereichen keinerlei Wirksamkeit entfalten würde. Dies erscheint auf den ersten Blick nicht sonderlich problematisch, besteht doch im Falle der Allgemeinverbindlichkeit die gleiche Situation. Insbesondere jüngere gesetzliche Tariföffnungsklauseln, wie z.B. §§ 12 Abs. 3, Satz 1, 14 Abs. 2, Satz 3 TzBfG, sehen ausdrücklich eine Gleichstellung von arbeitsvertraglichen Bezugnahmeklauseln vor. Soweit den Tarifverträgen jedoch Richtlinienfunktion zukäme, entstünden Wertungswidersprüche. Fraglich wäre dann, nach welchen Kriterien eine vom Gesetz abweichende arbeitsvertragliche

³⁶⁴ Eckert/Wallstein, Das neue Arbeitsvertragsrecht, § 310, S. 177; dies wird auch von Däubler, NZA 2001, S. 1329, 1335 anerkannt, indem er die Situation dann als schwierig bezeichnet, wenn es nur einzelne Firmentarife gibt.

³⁶⁵ Vgl. Däubler, NZA 2001, S. 1329, 1335; unklar insoweit Reinecke in DB 2002, S. 583, 585.

Klausel zu bewerten ist. Zum einen ist sie zwar nicht in der Lage, die gesetzliche Grundnorm wirksam zu ersetzen, zum anderen wäre sie jedoch anhand des bestehenden Tarifvertrags auf ihre Unangemessenheit zu überprüfen. Wäre sie beispielsweise angemessen, so wäre zu fragen, ob und wie sich dies auf die Tariföffnungsklausel im Gesetz auswirkt. Praktikable Anhaltspunkte fehlen auch hier.

Auch die in der praktischen Anwendung auftauchenden Probleme sprechen gegen eine Richtlinienfunktion von Tarifverträgen.

B.III.1.h Zusammenfassung und Stellungnahme

Die zu Beginn des Abschnitts aufgestellten Thesen sind nach der dargestellten Analyse zu verwerfen.

Weder eine Inhaltskontrolle von Standardarbeitsverträgen anhand von Tarifverträgen im Allgemeinen noch eine spezielle Entgeltkontrolle kommen in Betracht³⁶⁶. Ein solches Vorgehen würde einen Systembruch im Hinblick auf die ausdrücklich angeordnete Kontrollfreiheit von Tarifverträgen, Betriebs- und Dienstvereinbarungen darstellen³⁶⁷. Insbesondere die eindeutige gesetzgeberische Intention, die verfassungsrechtlichen Bedenken wie auch die pragmatische Betrachtung stützen diesen Schluss.

Die Erstreckung der Inhaltskontrolle auf Arbeitsverträge ist ein altes Anliegen der Arbeitsrechtswissenschaft und im Grundsatz zu begrüßen³⁶⁸. Es kann aber nicht festgestellt werden, dass er Reformbestrebungen hatte, welche zu solch weitgehenden Veränderungen führen, dass die Rechtsprechung auf Jahre hin von Rechtsunsicherheit und fehlender

366 So im Ergebnis auch Löwisch, FS-Wiedemann, S. 311, 322, der es jedoch durchaus für vorstellbar hält, dass durch Tarifverträge und entsprechende Bezugnahmen eine Verkehrssitte in bestimmten Branchen herangebildet wird. Dem kann nicht gefolgt werden. Die Heranbildung einer Verkehrssitte würde – abgesehen von den Schwierigkeiten, klare und praktikable Einordnungskriterien zu ermitteln – zumindest voraussetzen, dass der überwiegende Teil der in der Branche tätigen Arbeitnehmer einer Tarifbindung oder arbeitsvertraglichen Bezugnahme unterliegen. Hinzukommen müsste eine zeitliche Komponente, da bei einer einmaligen Situation schwerlich von Verkehrssitte gesprochen werden kann. Soweit diese Voraussetzungen tatsächlich vorliegen, sind in der Regel auch die Voraussetzungen einer Allgemeinverbindlichkeit gegeben, welche dann auch erklärt werden würde. An dem notwendigen Antrag einer der Tarifvertragspartei wird es in einem solchen Fall nicht scheitern.

367 So Lieb, FS-Ulmer, S. 1231, 1244.

368 Vgl. z.B. Thüsing, FS-Wiedemann, S. 559, 574; a.A. Bauer, NZA 2002, S. 1001, 1002, der vehement eine Rückkehr zur alten Rechtslage fordert.

Stringenz geprägt wäre³⁶⁹. Das Gegenteil war sein Anliegen. Er wollte sowohl den Arbeitsvertragsparteien ein Mehr an Vorhersehbarkeit bescheren als auch der Rechtsprechung ein transparenteres und dogmatisch sicheres Fundament an die Hand geben, um die doch in „case law“ ausartende Spruchpraxis einzudämmen und zu vereinheitlichen.

Mit einer am Tarifvertrag orientierten Klauselkontrolle würde – insbesondere im Hinblick auf die entstehenden, unbeantwortenden Fragen³⁷⁰ – das Gegenteil erreicht werden.

Darüber hinaus würden die Grenzen zwischen Individualarbeitsvertrag und Tarifvertrag ohne Not aufgeweicht. Neben den verfassungsrechtlichen Bedenken im Hinblick auf die Beschneidung der Vertragsfreiheit der Arbeitsvertragsparteien³⁷¹ sind es auch arbeitsmarktpsychologische Gesichtspunkte, welche einen solchen Weg als falsch erscheinen lassen. Der Verlust von Rechtssicherheit bei der Arbeitsvertragsgestaltung wie auch das Gefühl, seiner unternehmerischen Freiheit im Hinblick auf die Vertragsgestaltung beraubt zu sein, wird der Schaffung neuer Arbeitsplätze nicht förderlich sein, sondern eher zur Vergrößerung der ohnehin bestehenden Schattenwirtschaft führen³⁷².

Dies ist weder sozial- noch arbeitsmarktpolitisch sinnvoll und trägt zur Bewältigung der wahrlich bestehenden Beschäftigungskrise nicht bei. Bereits Preis³⁷³ sah es in seiner Habilitationsschrift ordnungspolitisch als verfehlt an, den Arbeitsvertrag noch weitergehend durch den Tarifvertrag zu verdrängen.

Auch wäre ein derart weitgehender Prüfungsmaßstab nicht zu begründen. Für den Bereich der Entgeltkontrolle ergibt sich dies auch aufgrund eines allgemeinen Gesichtspunktes. Als Interventionsgrund für staatlich angeordnete Kontrolle in diesem Bereich bedürfte es eines

369 Vgl. Eckert/Wallstein, Das neue Arbeitsvertragsrecht, S. 106.

370 Die Liste ließe sich für den Bereich von Betriebs- und Dienstvereinbarungen sowie deren Kollision mit Tarifverträgen beliebig fortführen. Weitere Folgeprobleme finden sich auch bei Bayreuther, RdA 2003, S. 81, 85. Kritisch auch Richardi, NZA 2002, S. 1057, 1062.

371 Thüsing, FS-Wiedemann, S. 559, 577, sieht in der Einschränkung der Vertragsfreiheit auch eine Unvereinbarkeit mit der Systematik des AGB-Rechts, seinen Ursprüngen und seiner legitimen Reichweite.

372 Dies klingt auch bei Bayreuther, RdA 2003, S. 81, 83, an.

373 Grundfragen, § 6, S. 145. Ähnlich Thüsing, FS-Wiedemann, S. 559, 578, zum Tarifvertrag. Dieser könne den individuellen Erfordernissen bei der Gestaltung von Arbeitsverhältnissen in einem bestimmten Betrieb oder mit bestimmten Arbeitnehmergruppen nicht immer gerecht werden. Durch eine stets am Tarifvertrag orientierte Inhaltskontrolle würde die Kartellwirkung des Tarifvertrags zu Lasten der Vertragsautonomie Außenstehender potenziert. Auch für Joost, FS-Ulmer, S. 1199, 1208, muss der Arbeitnehmer die Möglichkeit haben, sich durch Vereinbarung eines untertariflichen Lohns interessant zu machen und so seinen Arbeitsplatz zu erhalten. Hierin läge die Vertragsautonomie im Arbeitsrecht.

situativ bedingten Funktionsversagens der Privatautonomie³⁷⁴, welcher jedoch nicht festzustellen ist. Soweit die Vereinbarung des Entgelts wegen fehlender Tarifbindung grundsätzlich möglich ist, sind Anhaltspunkte für ein solches Versagen der Privatautonomie nicht ersichtlich³⁷⁵.

Wie im produktorientierten Markt findet auch auf dem Arbeitsmarkt ein marktmäßiger Wettbewerb statt. Mag dieser auch nicht ganz so stark ausgeprägt sein und aufgrund des personellen Elementes Modifikationen erfordern, so gelten doch im Grundsatz die gleichen Marktgesetze. Dies gilt insbesondere für das Verhältnis von Privatautonomie und staatlichem Eingriff. Marktregulierung und selbstverantwortliche Interessenwahrnehmung gehen auch im Arbeitsvertragsrecht staatlicher Regelung und Kontrolle grundsätzlich vor³⁷⁶.

Hierdurch wird auch in den Rechtskreis des Arbeitnehmers nicht unzumutbar eingegriffen. Das Arbeitsrecht als spezieller Teil des Zivilrechts nimmt nach wie vor an der allgemeinen Zivilrechtsdogmatik teil. Dies hat zur Folge, dass sämtliche die Verträge auch an den zivilrechtlichen Generalklauseln der §§ 138, 242, 315, 826 BGB zu messen sind³⁷⁷, die stets als Übermaßverbot wirken³⁷⁸.

Hieraus folgt die Kontrollfreiheit des Bereichs zwischen AGB-Kontrolle³⁷⁹ und Kontrolle anhand der Generalklauseln. Diese Situation entspricht der allgemeinen Zivilrechtsdogmatik

374 Vgl. Stoffels, JZ 2001, S. 843, 844; Beispiele aus Rechtsgebieten, in denen der Gesetzgeber Eingriffe in die Vertragsfreiheit des übermächtigen Vertragspartners für gerechtfertigt erachtet, finden sich bei Bayreuther, RdA 2003, S. 81, 88.

375 Im Ergebnis ähnlich Joost, FS-Ulmer, S. 1199, 1208.

376 Vgl. für den produktorientierten Markt Stoffels, JZ 2001, S. 843, 844; zur Funktion des Staates bei Kontrolle von Preisen, vgl. BVerfG, Beschluss vom 12.11.1958, 2 BvL 4, 26, 40/56, 7/57 (betreffend die Verfassungsmäßigkeit von § 2 Preisgesetz), BVerfGE 8, S. 274, 307 f. Hiernach ist die freie Preisbildung auf dem Markt die Regel und die staatliche Einflussnahme die Ausnahme. Dies gilt umso mehr, richtet man den Blick auf die europarechtliche Verantwortung des heutigen Gesetzgebers. Gerade im Zuge der Schaffung und Öffnung des europäischen Binnenmarktes (vgl. Art. 4 Abs. 1, Art. 98 EGV) wurden die staatlichen Interventionsmöglichkeiten zugunsten eines freien Marktes zurückgedrängt, so dass eine tarifvertragsorientierte Inhaltskontrolle auch europarechtlichen Bedenken im Hinblick auf die Niederlassungsfreiheit der Art. 43 ff. EGV begegnen würde, vgl. allgemein zur Herstellung des Binnenmarktes Streinz, Europarecht, § 18, Rz. 947 ff., hinsichtlich der Niederlassungsfreiheit Rz. 986.

377 Vgl. Bayreuther, RdA 2003, S. 81, 90; für den Bereich der Entgeltkontrolle anhand von § 138 BGB siehe auch Richardi, NZA 2002, S. 1057, 1061; Rolfs, ZGS 2002, S. 409. Dies wird auch getan, vgl. zur Rechtsprechung zu Hungerlöhnen die Zusammenstellung bei Reinecke, SB zu NZA 3/2000, S. 23, 31f; Hunold, NZA-RR 2002, S. 225, 226 f; Lakies, NZA-RR 2002, S. 337, 340; Söllner/Waltermann, Grundriss des Arbeitsrechts, Rz. 95.

378 Vgl. BVerfG, Beschluss vom 07.02.1990, 1 BvR 26/84, BVerfGE 81, S. 242, 256. Die bürgerlich-rechtliche Vertragsfreiheit besteht daher nicht schrankenlos, da der Vertragsmechanismus nur eine beschränkte Richtigkeitsgewähr bietet, vgl. Singer, JZ 1995, S. 1133, 1141.

379 Modifiziert durch die angemessene Berücksichtigung der im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten.

bei der Kontrolle von Rechtsgeschäften³⁸⁰. Das Zivilrecht ist nicht zu einer generellen Parteinahme zu Gunsten des schwächeren Vertragspartners verpflichtet³⁸¹. Eine weitergehende Prüfungsdichte im Arbeitsrecht zu fordern hieße, eine dementsprechende Notwendigkeit zu bejahen und sich somit einem Begründungszwang hierfür auszusetzen. Diese Begründung müsste wiederum eine Qualität aufweisen, welche die Schwelle von „Besonderheiten des Arbeitsrechts“ überschreitet, da diese sowohl bei der AGB-Kontrolle als auch der Überprüfung anhand der Generalklauseln berücksichtigt werden können³⁸². Eine solche Notwendigkeit ist jedoch nicht zu erkennen.

Der besonderen Situation des Arbeitsrechts, insbesondere im Hinblick auf die gesamtwirtschaftliche Misere der Bundesrepublik Deutschland und der desolaten Situation auf dem Arbeitsmarkt, kann nicht adäquat mit einer Erhöhung der Prüfungsdichte im Arbeitsvertragsrecht begegnet werden. Soweit man dem Arbeitnehmer grundsätzlich eine strukturelle Unterlegenheit bescheinigt³⁸³ und damit eine größere Schutzwürdigkeit zu begründen versucht, wäre dies ein Phänomen, welches für jede Branche des Arbeitsrechts nahezu in gleicher Weise zutreffen würde. Es lässt sich als allgemeines „Arbeitnehmer-Dilemma“ bezeichnen.

Diesem nunmehr dadurch zu begegnen, Tarifvertragswerke spezieller Branchen als Prüfungsmaßstab kompensierend einzuführen, würde dem „Arbeitnehmer-Dilemma“ nicht gerecht. Erkennt man ein strukturelles Problem auf Seiten der Arbeitnehmer beim Vertragsschluss an, bedarf es gleichsam einer strukturellen Lösung, nicht jedoch einer Scheinbegründung dahingehend, dass Tarifverträge stets Ergebnisse von gleichberechtigten Verhandlungspartnern seien³⁸⁴, ihnen mithin stets eine Angemessenheit inne wohne³⁸⁵. Zum

380 Ausführlich zu der Kontrollsystematik Canaris, AcP 200, S. 273, 277 f, 280 f; unter vertragstheoretischen Gesichtspunkten vgl. ausführliche Zusammenfassung der verschiedenen Ansätze bei Zöllner, AcP 1996, S. 1, 19 ff, 31 ff.

381 Bayreuther, RdA 2003, S. 81, 88.

382 Für die AGB-Kontrolle ergibt sich dies bereits aus § 310 Abs. 4, Satz 2 BGB, für die Generalklauseln ergibt sich dies letztlich aus dem konkreten Prüfungsmaßstab auf dem Gebiet des Arbeitsrechts, der es nach Ansicht des BAG u.a. erfordert, „die beiderseitig durch Art. 12 GG geschützten Rechtspositionen des Arbeitnehmers und des Arbeitsgebers (...) im Rahmen einer umfassenden Güter- und Interessenabwägung nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu einem angemessenen Ausgleich zu bringen“, Urteil vom 21.11.2001, 5 AZR 158/00, BB 2002, S. 628, 629. Im Rahmen dieser Kontrolle anhand der Berufsfreiheit sind mithin entsprechende Besonderheiten zwingend mit in die Abwägung einzustellen.

383 Zur grundsätzlichen Kritik hieran vgl. Zöllner, AcP 176, S. 221, 230 ff.

384 Vgl. hierzu ausführlich Fastrich, Inhaltskontrolle, S. 203 ff.

385 Vgl. Richardi, NZA 2002, S. 1057, 1061.

einen weisen nicht alle Koalitionen die gleiche Mächtigkeit auf³⁸⁶. Zum anderen sind die Tarifvertragspartner in erster Linie Interessenvertreter ihrer Mitglieder und nicht Sachwalter einer darüber hinausgehenden Vertragsgerechtigkeit auf dem Gebiet des Arbeitsrechts. Die viel zitierte Chance einer Richtigkeitsgewähr, welche dem Tarifvertrag zukomme, gilt gerade nicht für nicht tarifgebundene Arbeitsvertragsparteien³⁸⁷.

Auch die gebotene überindividuell-generalisierenden, typisierenden Betrachtungsweise, die zur Ermittlung der Angemessenheit heranzuziehen ist³⁸⁸, passt nicht zu einer Prüfung anhand eines Tarifvertrags³⁸⁹. Wenn die Kontrollfreiheit von normativ geltenden Tarifverträgen mit der innewohnenden Angemessenheitsvermutung begründet wird, so ist nicht ersichtlich, weshalb dies in Fällen eines anderweitigen Geltungsgrundes nicht auch so sein sollte. Für die Angemessenheit der tariflichen Regelung ist es augenscheinlich ohne Bedeutung, ob sie normativ wirken oder erst durch eine einzelvertragliche Bezugnahme Klausel³⁹⁰.

Die Regel der Vertragsfreiheit darf nicht zur Ausnahme verkürzt werden³⁹¹. Es gilt vielmehr die Aussage des BVerfG³⁹², wonach ein angemessener Spielraum zur Entfaltung von Unternehmerinitiative, wozu die grundsätzliche Gestaltungsfreiheit von Arbeitsverträgen sicher zählt³⁹³, unantastbar ist. Den Eingriffsumfang zu bestimmen, ist alleine Aufgabe des Gesetzgebers und der Gerichte für Arbeitssachen³⁹⁴. Dem Gesetzgeber kann man jedoch unterstellen, dass er – sollte er von einer grundsätzlichen prägenden strukturellen Machtdisparität zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber ausgehen – klare und eindeutige

386 Diese ist Voraussetzung für die Tariffähigkeit, vgl. ErfKomm/Dieterich, Art. 9 GG, Rz. 65 ff.

387 Vgl. Bayreuther, RdA 2003, S. 81, 84, der zu Recht darauf hinweist, dass diese den Tarifvertrag für sich selbst nicht für richtig halten, und ihn deshalb auch nicht auf ihr Arbeitsverhältnis angewendet wissen wollen, ansonsten wären sie Mitglied der tarifschließenden Tarifpartei geworden. Im Übrigen würden bei einer am Tarifvertrag orientierten Inhaltkontrolle einzelne Bestimmungen aus dem Gesamtzusammenhang gerissen werden, was das Richtigkeitsargument weiter einschränkt.

388 Hierauf hat bereits Preis, Grundfragen, § 7, S. 148 zu Recht hingewiesen. Vgl. auch BAG, Urteil vom 04.03.2004, 8 AZR 196/03, EZA § 309 BGB 2002 Nr. 1, NZA 2004, S. 727, 733; ZTR 2004, 479, 480, - juris - ; Hansen, ZGS 2004, S. 21, 25; Gaul, ZfA 2003, S. 75, 86.

389 Zu der mittelbaren Wirkung der Tarifverträge, innerhalb des Prüfungsmaßstabs der § 307 Abs. 1 und 2 BGB als „ein Kriterium unter mehreren“, vgl. Bayreuther, RdA 2003, S. 81, 85; ähnlich Löwisch, FS-Wiedemann, S. 311, 322.

390 Joost, FS-Ulmer, S. 1199, 1207.

391 So auch Joost, ZIP 1996, S. 1685, 1687; vgl. auch Lieb, Arbeitsrecht, Rz. 108, S. 37, der sich auch für eine Begrenzung des Eingriffs in die Vertragsfreiheit ausspricht.

392 Beschluss vom 19.10.1983, 2 BvR 298/81, BVerfGE 65, S. 196, 210.

393 Vgl. hierzu ausführlich Müller, Berufsfreiheit des Arbeitgebers, S. 30 ff.

394 Dies forderte Fenn, FS-Söllner, S. 333, 355 f, bereits im Jahre 2000, also bevor die Streichung der Bereichsausnahme ernsthaft vom Gesetzgeber ins Auge gefasst wurde. Zu Recht plädierte er im Hinblick auf den proklamierten Rückgriff auf das AGB-Gesetz auch für das Arbeitsrecht, man solle auch die Grenzen dieses Kontrollapparats übernehmen.

Normen in diese Richtung geschaffen und seine Intention in den Gesetzesmaterialien unmissverständlich zum Ausdruck gebracht hätte³⁹⁵.

Auch bislang war es allgemeine Auffassung, dass tarifliche Vorschriften Rechtsnormen im Sinne des Art. 2 EGBGB sind. Trotz dieser Einordnung hat es jedoch das BAG vermieden, seine praktizierte Inhaltskontrolle an tarifvertraglichen Maßstäben zu orientieren³⁹⁶, namentlich, als es zur Frage von sittenwidriger Entgeltvereinbarungen Stellung genommen hat³⁹⁷. Dies könnte ein Indiz sein, dass das BAG diesem Ergebnis folgt.

Das Ergebnis der Auslegung der Norm anhand der Maßstäbe der juristischen Methodenlehre ist jedenfalls eindeutig; auch nach der Erstreckung der AGB-Kontrolle auf den Bereich des Arbeitsrechts kommt einem Tarifvertrag keine Richtlinienfunktion zu. Die Verweisung des § 310 Abs. 4, Satz 3 BGB ist vielmehr so zu verstehen, dass Tarifverträge für diejenigen als Rechtsvorschriften anzusehen sind, die ohnehin an sie gebunden sind³⁹⁸.

B.III.2 Bedeutung des § 310 Abs. 3 BGB

Im Rahmen der Ermittlung des Anwendungsbereichs und der Bestimmung der Prüfungsdichte der Inhaltskontrolle ist neben dem § 310 Abs. 4 BGB auch § 310 Abs. 3 BGB von Bedeutung. Dieser beinhaltet neben einer Vermutungsregel im Hinblick auf das Merkmal „Stellen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen“ Modifikationen bzgl. der Voraussetzungen und der Beurteilungskriterien der AGB-Kontrolle. Anwendung finden diese Erweiterungen bei der Inhaltskontrolle sog. Verbraucherverträge³⁹⁹.

Die Frage, inwieweit der Arbeitsvertrag unter den Begriff des Verbrauchervertrags zu subsumieren ist, ob es vielleicht sogar geboten ist, trotz entsprechender Subsumtion unter den

395 Es bleibt mit Henssler zu hoffen, dass sich die ersten Aufgeregtheiten in dieser Frage schnell legen und als typische mit Gesetzesnovellen verbundene Unsicherheiten bald in Vergessenheit geraten, vgl. RdA 2002, S. 129, 136.

396 Vgl. Berger-Delhey, ZTR 2002, S. 66, 68.

397 Vgl. z.B. BAG, Urteil vom 11.01.1993, 5 AZR 322/72, EzA § 138 BGB, Nr. 10; Urteil vom 23.05.2001, 5 AZR 527/99, EzA § 138 BGB, Nr. 29. Abzustellen ist hiernach jeweils auf das allgemeine Lohnniveau im Wirtschaftsgebiet. In diesem Sinne auch Berger-Delhey, ZTR 2002, S. 66, 68.

398 Vgl. Lieb, FS-Ulmer, S. 1231, 1244; Löwisch, FS-Wiedemann, S. 311, 321; Richardi, NZA 2002, S. 1057, 1062; Reuter, FS-BAG, S. 177, 194.

399 Statt vieler vgl. Hönn, ZfA 2003, S. 325, 327.

Wortlaut, die hieraus resultierenden Rechtsfolgen als nicht vom Zweck der Norm gedeckt zu verwerfen, bedarf einer eingehenden Begutachtung.

Hierzu ist zunächst ein Blick auf die mit der Eigenschaft als Verbrauchervertrag verbundene Reichweite erforderlich. Nicht alleine für die mit § 310 Abs. 3 BGB verbundenen Folgen ist eine Klärung der Frage notwendig. Mit ihr gehen gleichsam Rechtsfolgen an anderen Stellen des Reformwerks einher⁴⁰⁰.

B.III.2.a Mögliche Rechtsfolgen der Verbrauchereigenschaft

Die Höhe des Verzugszinssatzes ist in § 288 Abs. 1 und 2 BGB geregelt. Im Gegensatz zum alten Verzugsrecht differenziert das Gesetz bzgl. der Höhe des Verzugszinses nunmehr danach, welche Parteien am zugrunde liegenden Geschäft beteiligt sind. Auch diese Neufassung geht auf europarechtliche Vorgaben, namentlich die RL 2000/35/EG zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr, zurück⁴⁰¹.

Während § 288 Abs. 1, Satz 2 BGB einen Sockelzinssatz von fünf Prozentpunkten über dem in § 247 BGB geregelten Basissatz vorsieht, beträgt er gem. § 288 Abs. 2 BGB dann acht Prozentpunkte über dem Basissatz, wenn kein Verbraucher am Rechtsgeschäft beteiligt ist und es sich um eine Entgeltforderung handelt.

Wäre der Arbeitsvertrag als Verbrauchervertrag zu klassifizieren, so müsste beispielsweise rückständiger Arbeitslohn mit dem Sockelzinssatz verzinst werden⁴⁰²; andernfalls käme ein Zinssatz in Höhe von acht Prozentpunkten über dem Basissatz im Verzug in Betracht. Dies macht deutlich, dass die die Intention des europäischen Richtliniengebers nicht unbeachtet bleiben kann.

400 Vgl. zusammenfassend Soergel/Pfeiffer, § 13, Rz. 43; Lieb, Arbeitsrecht, Rz. 111, S. 39.

401 AB1. Nr. L 200 vom 08.08.2000, S. 35 ff; die RL enthält zwingende Vorgaben gem. Art. 1 jedoch nur im Hinblick auf den Geschäftsverkehr. Hierunter fallen gem. Art. 2, Nr. 1 nur Geschäftsvorgänge zwischen Unternehmen oder zwischen Unternehmen und öffentlichen Stellen, die zu einer Lieferung von Gütern oder Erbringung von Dienstleistungen gegen Entgelt führen.

402 Explizit auf die Verzugszinsen stellt Boemke, BB 2002, S. 96 f, ab.

Der neu konzipierte § 312 Abs. 1 BGB sieht für Verbraucherverträge, die eine entgeltliche Leistung zum Gegenstand haben, unter bestimmten weiteren Voraussetzungen ein Widerrufsrecht für den Verbraucher vor, welches in § 355 BGB näher ausgestaltet ist.

Im Hinblick auf die situationsbedingten Voraussetzungen des § 312 Abs. 1 BGB⁴⁰³, stellt sich die Frage der Anwendbarkeit bei arbeitsrechtlichen Auflösungs- und Aufhebungsverträgen. Diese werden vordergründig nicht selten in solchen Situationen geschlossen⁴⁰⁴.

Die Bejahung der Verbrauchereigenschaft könnte mithin auch ein Widerrufsrecht begründen⁴⁰⁵. Wenngleich dieser Gedanke nicht neu ist⁴⁰⁶, so war er jedoch bislang nicht derart verbreitet, dass er zu Veränderungen in der täglichen Abschlusspraxis von Aufhebungs- und Auflösungsverträgen geführt hat. Dies könnte sich nunmehr anders entwickeln, wäre der Arbeitnehmer Verbraucher und die eben gezogene Schlussfolgerung tatsächlich zwingend.

B.III.2.b Verbrauchervertragseigenschaft arbeitsrechtlicher Verträge

Der Begriff des Verbrauchervertrags ist lediglich personenbezogen in § 310 Abs. 3 BGB definiert. Im Mittelpunkt stehen die in §§ 13, 14 BGB legal definierten Zentralfiguren des Verbraucherschutzes – der Verbraucher und der Unternehmer. Eine materiell-inhaltliche Voraussetzung für einen solchen Vertrag sucht man zunächst vergebens. Erst innerhalb der Verbraucher- und Unternehmerdefinition werden inhaltliche, auf den Vertragszweck bezogene Komponenten erkennbar.

B.III.2.b.a Unternehmereigenschaft des Arbeitgebers

Der in § 14 BGB legal definierte Unternehmerbegriff geht auf den in Art. 2 c) RL 1993/13/EWG geregelten Gewerbetreibenden zurück. Unterschiede sind neben solchen, die

403 Zu diesem Begriff und den einzelnen Voraussetzungen umfassend Palandt/Heinrichs, § 312, Rz. 11 ff.

404 Gleiches gilt indes auch für Änderungsverträge im Personalbüro oder Arbeitsverträge anlässlich eines Tages der offenen Tür, vgl. auch Beisiele bei Däubler, NZA 2001, S. 1329, 1334.

405 Würde man auch die situativen Voraussetzungen bejahen, so z.B. Hönn, ZfA 2003, S. 325, 328; Singer, RdA 2003, S. 194, 197; a.A. insoweit bereits Däubler, NZA 2001, S. 1329, 1334; Hadel, FA ArbR 2002, S. 66, 71, die grundsätzlich einen Überraschungseffekt des Arbeitnehmers bei Vertragsangeboten des Arbeitgebers am Arbeitsplatz verneint, ohne hierfür jedoch eine Begründung zu geben.

406 Eine Zusammenfassung findet sich bei Brors, DB 2002, S. 2046.

lediglich sprachlicher Natur sind⁴⁰⁷, in dem möglichen Adressatenkreis zu erkennen. Diese führen ausschließlich zur Erhöhung des Schutzniveaus, was Art. 8 der RL ausdrücklich zulässt und daher europarechtlich nicht zu beanstanden ist⁴⁰⁸.

Während die RL nur von natürlichen und juristischen Personen spricht, die im Rahmen ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit handeln, hat der nationale Gesetzgeber die rechtsfähige Personengesellschaft gleichgestellt und verlangt ein Handeln in Ausübung der gewerblichen oder selbständig beruflichen Tätigkeit⁴⁰⁹.

Entscheidend für die hier aufgeworfene Frage ist, ob sich der Arbeitgeber beim Abschluss der genannten Verträge unter die nationale Definition subsumieren lässt⁴¹⁰. Dies ist im Regelfall⁴¹¹ nicht von der Hand zu weisen, ist doch der Abschluss von Verträgen auf dem Gebiet des Arbeitsrechts zumeist Grundlage für jede wirtschaftliche Betätigung. Dies gilt sowohl für die Begründung von Arbeitsverhältnissen als auch für deren Beendigung. Derartige Verträge sind aus Sicht des Arbeitgebers Ausdruck seiner unternehmerischen Freiheit und daher dem Kernbereich seiner gewerblichen oder selbständig beruflichen Tätigkeit zuzurechnen⁴¹². Sie stehen daher mit ihr in sachlichem Zusammenhang⁴¹³ und begründen letztlich die Unternehmereigenschaft des Arbeitgebers.

Der Arbeitgeber ist demnach als Unternehmer gem. § 14 BGB zu qualifizieren⁴¹⁴.

407 So verwendet der nationale Gesetzgeber nicht den Begriff des Gewerbetreibenden, da dieser in der deutschen Rechtsprache in engerem Sinne verwendet wird, vgl. Staudinger/Schlosser, § 24a AGBG, Rz. 29.

408 Vgl. Gesetzesbegründung zur ursprünglichen Aufnahme der Definition des Unternehmers in § 24 Nr. 1 AGB-Gesetz in BT-DS 13/2713, S. 4 sowie AnwKom/Ring, § 14, Rz. 14.

409 Zum Merkmal der Selbständigkeit vgl. Wolf/Horn/Lindacher/Horn, § 24, Rz. 6b. Es handelt sich insoweit lediglich um eine Klarstellung, die in der europarechtlichen Terminologie des Gewerbetreibenden bereits enthalten ist, so dass hierdurch der Anwendungsbereich nicht etwa eingeschränkt wird. Zurück geht dies auf die Lehre und Rspr. zum Gewerbebegriff des § 1 Abs. 2 HGB, welcher u.a. eine selbständige Tätigkeit voraussetzt, vgl. Boemke, BB 2002, S. 96, 97.

410 Zu den unterschiedlichen Auslegungsmöglichkeiten des Unternehmerbegriffs vgl. weitergehend Krebs, DB 2002, S. 517, 519 f.

411 Ausnahmen bestehen beispielsweise im Bereich der privaten Arbeitsverträge, wenn z.B. eine Putzfrau oder eine Tagesmutter im Haushalt einer Familie beschäftigt wird. Bei diesen handelt es sich häufig um geringfügig Beschäftigte iSd. § 8 SGB IV, welche sozialversicherungs- und steuerrechtlich einen Sonderstatus genießen. Stellt eine Familie eine solche Arbeitnehmerin ausschließlich für den privaten Haushalt ein, so handelt sie – auch wenn es sich um ein Unternehmerehepaar handelt – nicht in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständig beruflichen Tätigkeit.

412 So auch Müller, Berufsfreiheit des Arbeitgebers, S. 30 ff.

413 Zu diesem Merkmal ausführlich Ulmer/Brandner/Hensen/Brandner, § 24, Rz. 15.

414 Vgl. Schleusener, NZA 2002, S. 949, 950 mwN.

B.III.2.b.b Verbrauchereigenschaft des Arbeitnehmers

So einhellig die Unternehmereigenschaft des Arbeitgebers im Regelfall bejaht wird, so kontrovers wird die Verbrauchereigenschaft des Arbeitnehmers diskutiert.

Das Meinungsspektrum reicht von bedingungsloser Bejahung, bis hin zur Verneinung der Frage, wobei eine dritte Meinungsgruppe dadurch zu vermitteln versucht, dass die einzelnen Rechtsfolgen einer teleologischen Überprüfung unterzogen werden, um somit eine angemessene Differenzierung zu erreichen.

Ausgangspunkt jeder Betrachtung muss das Gesetz sein. In § 13 BGB definiert der Gesetzgeber den Verbraucher legal⁴¹⁵.

„Verbraucher ist jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zwecke abschließt, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann.“

B.III.2.b.b.a Absoluter Verbraucherbegriff

Der undifferenzierte Wortlaut der Legaldefinition, welcher keine Unterscheidung im Hinblick auf den Hauptleistungsgegenstand des jeweiligen Rechtsgeschäfts trifft, wird von der Meinungsgruppe als Hauptargument vorgebracht⁴¹⁶. Man spricht insoweit vom absoluten Verbraucherbegriff⁴¹⁷.

Der Arbeitnehmer sei eine natürliche Person, die Verträge im arbeitsrechtlichen Bereich nicht im Rahmen einer gewerblichen oder selbständig beruflichen Tätigkeit abschließt⁴¹⁸. Auch

415 Die Definition wurde durch Gesetz vom 27.06.2000 (BGBl. I, S. 897, 1139) mit Wirkung ab 30.06.2000 in das BGB integriert. Sie ersetzt die wortgleiche Definition des Verbrauchers in § 24a AGBG, welche dort bereits durch Gesetz vom 19.07.1996 (BGBl. I, S. 1013) mit Wirkung ab 25.07.1996 eingefügt wurde.

416 In diesem Sinne z.B. Boemke, BB 2002, S. 96, 97; Gotthardt, Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsreform, Rz. 11; Hümmerich/Holthausen, NZA 2002, S. 173 175; Preis/Preis, Der Arbeitsvertrag, I C, Rz. 47; Reim, DB 2002, S. 2434, 2435; Reinecke, DB 2002, S. 583, 563; Schleusener, NZA 2002, S. 949, 950; Thüsing, BB 2002, S. 2666, 2668; einen interessanten Hinweis liefert auch Singer, RdA 2003, S. 194, 195, indem er nicht dem allgemeinen Sprachgebrauch, sondern dem Sprachgebrauch des Gesetzgebers entscheidende Bedeutung zumisst, schließlich habe dieser sich um eine eigenständige Definition bemüht.

417 Der Begriff taucht beispielsweise auf bei Hümmerich/Holthausen, NZA 2002, S. 173, 175 mwN.

418 In diesem Sinne auch Bülow/Artz, Verbraucherprivatrecht, S. 20. Nach der Ansicht von Lorenz/Riehm, Schuldrecht, Rz. 93, schließen Arbeitnehmer Arbeitsverträge per definitionem niemals im Rahmen einer selbständigen gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit ab, weil der Arbeitnehmerbegriff die abhängige Beschäftigung voraussetze; vgl. auch Hümmerich, AnwBl. 2002, S. 671 f.

umfasse die gewerbliche bzw. selbständige berufliche Tätigkeit des Unternehmers regelmäßig auch die Beschäftigung von Arbeitskräften, so dass der Gedanke des Gegenbegriffs zum Unternehmer auch für die Einbeziehung der Arbeitnehmer spreche⁴¹⁹.

Dies werde auch durch den neu gefassten § 491 BGB bestätigt. Dort werde der Anwendungsbereich des Verbraucherdarlehensvertrags zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber explizit eingeschränkt. Die ausdrückliche Nennung der Arbeitsvertragsparteien sei ein weiteres Indiz für den absoluten Verbraucherbegriff⁴²⁰.

Des Weiteren wird auf die gesetzgeberische Intention abgestellt, welche sich insbesondere in der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses wieder spiegle⁴²¹.

Auch die Gesetzesmaterialien zu § 474 BGB sollen diese Ansicht stützen⁴²². Der Gesetzgeber begründet diese Norm damit, dass Personen nicht aus dem Verbraucherbegriff ausgenommen werden sollen, die als abhängig Beschäftigte eine Sache zu einem Zweck kaufen, der (auch) ihrer beruflichen Tätigkeit dient, z.B. der Lehrer, der sich einen Computer anschafft, um damit Klassenarbeiten zu erstellen, oder der Angestellte, der eine Kaffeemaschine für sein Büro kauft. Das gelte auch für Rechtsbeziehungen des Arbeitnehmers zu seinem Arbeitgeber⁴²³. Gleiches gelte für die Begründung zur Streichung der Bereichsausnahme im Hinblick auf die Angleichung des Schutzniveaus von Zivil- und Arbeitsrecht⁴²⁴. Schließlich habe der Gesetzgeber seiner Intention bei der Konzeption des § 15 UKlaG Rechnung getragen⁴²⁵. Das neu geschaffene UKlaG ersetzt den verfahrensrechtlichen Teil des AGB-Gesetzes⁴²⁶. Es regelt Unterlassungsklagen bei Verbraucherrechts- und anderen Verstößen, und gewährt qualifizierten Einrichtungen einen eigenständigen Anspruch auf Unterlassung und Widerruf⁴²⁷. In § 2 Abs. 1 UKlaG wird indes klargestellt, dass das Gesetz dem Schutz der Verbraucher dient. Aus dem § 15 UKlaG, welcher das Arbeitsrecht aus dem Schutzbereich

419 Vgl. Däubler, NZA 2002, S. 1329, 1333; ähnlich argumentiert auch Reim, DB 2002, S. 2434, 2437.

420 Vgl. Hümmerich/Holthausen, NZA 2002, S. 173, 177; Lakies, NZA-RR 2002, S. 337, 343.

421 Vgl. BT-DS 14/7052, S. 190; Tatsächlich ist darin zu lesen, dass Arbeitnehmer auch Verbraucher sind. Zu diesem Argument innerhalb der wissenschaftlichen Diskussion vgl. Thüsing, BB 2002, S. 2666, 2668.

422 Vgl. Hümmerich/Holthausen, NZA 2002, S. 173, 176.

423 Vgl. BT-DS 14/6040, S. 243.

424 Vgl. Gotthardt, Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsreform; Rz. 10 ff.; Hümmerich/Holthausen, NZA 2002, S. 173, 176.

425 Vgl. Gotthardt, Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsreform, Rz. 13; Lakies, NZA-RR 2002, S. 337, 343.

426 Vgl. BT-DS 14/6040, S. 274.

427 Inhaltlich bringt es jedoch keine nennenswerten Neuerungen im Vergleich zum AGBG.

des UKlaG ausnimmt, sei nun im Wege eines Umkehrschlusses zu folgern, dass der Arbeitnehmer stets Verbraucher sei⁴²⁸.

Europarechtlich wird die RL 1993/13/EWG – als Grundlage der Norm – ins Feld geführt. Art. 2 b) der RL regelt den Begriff des Verbrauchers vom Zweck des Rechtsgeschäfts her und nimmt ausdrücklich den Bereich aus, der nicht zur gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit gehört⁴²⁹. Der nationale Gesetzgeber war sich dieser Einschränkung bei der Umsetzung der RL durch § 24a AGB-Gesetz – der Vorgängernorm des § 13 BGB – bewusst. Er begründete die weitergehende nationale Regelung damit, dass es den Mitgliedstaaten freistehe, über die nach dem EG-Recht zu schützenden Verbraucher hinaus auch andere Vertragspartner in den Schutz vor missbräuchlichen Vertragsklauseln einzubeziehen⁴³⁰. Die ausdrückliche Erweiterung des europarechtlichen Verbraucherbegriffs sei somit ein gewichtiges Argument für den absoluten Verbraucherbegriff⁴³¹. Hinzu kommt die Auskunft von Löwisch, dass ihm der Staatssekretär im Bundesjustizministerium mitgeteilt habe, die Erweiterung sei vorgenommen worden, um die Arbeitnehmer auch im Rahmen ihres Arbeitsverhältnisses als Verbraucher behandeln zu können⁴³².

Systematisch soll die Stellung der §§ 13, 14 BGB im allgemeinen Teil des BGB die Ansicht stützen⁴³³. Die Definitionen gelten für sämtliche Schuldverhältnisse, eine Ausnahme für das Arbeitsrecht gebe es nicht⁴³⁴. Auch § 310 Abs. 4 BGB liefere ein systematisches Argument. Die Norm nehme ausdrücklich § 305 Abs. 2 und 3 BGB für das Arbeitsrecht aus, während § 310 Abs. 3 BGB, welcher gerade Modifikationen für Verbraucherverträge enthält, nicht ausgenommen werde. Eine Trennung von Arbeitsrecht einerseits und Verbraucherrecht andererseits sehe die Neukonzeption daher nicht mehr vor⁴³⁵. Vielmehr passe die Charakterisierung in das System des Verbraucherschutzes, welches sich an der wirtschaftlichen Zweckdivergenz der Vertragsparteien orientiere. Diejenige Vertragspartei sei

428 Vgl. Hümmerich/Holthausen, NZA 2002, S. 173, 177; Schleusener, NZA 2002, S. 949, 950; Reim, DB 2002, S. 2434, 2436.

429 Vgl. insoweit den 10. Erwägungsgrund der RL, der Arbeitsverträge ausdrücklich aus dem Anwendungsbereich ausnimmt.

430 Vgl. BT-DS 13/2713, S. 4.

431 Grundlage hierfür bildet Art. 8 der RL. Vgl. Däubler, NZA 2001, 1329, 1333; Gotthardt, Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsreform, Rz. 14; Lindemann, Flexible Gestaltung von Arbeitsbedingungen, § 8, S. 96; Reim, DB 2002, S. 2434, 2435 f; Thüsing, BB 2002, S. 2666, 2668.

432 Vgl. Löwisch, FS-Wiedemann, S. 311, 315.

433 Vgl. Lindemann, Flexible Gestaltung von Arbeitsbedingungen, § 8, S. 95.

434 Vgl. Reim, DB 2002, S. 2434, 2437.

435 Vgl. Hümmerich/Holthausen, NZA 2002, S. 173, 177; weitergehend insoweit Reim, NZA 2002, S. 2434, 2437.

zu identifizieren, welcher die Mechanismen des Verbraucherschutzes zu Gute kommen sollen⁴³⁶; im Arbeitsrecht der Arbeitnehmer.

B.III.2.b.b.b Relativer Verbraucherbegriff

Fußend auf einer strikten Trennung von Arbeits- und Verbraucherschutzrecht versucht die Gegenauffassung eine Problemlösung. Beide Bereiche hätten eigenständige Schutzmechanismen entwickelt, die nicht durch den jeweils anderen Mechanismus relativiert und damit entwertet werden dürfe⁴³⁷. Ihre Argumentation ist bereichsspezifisch auf das Arbeitsrecht abgestellt; sog. relativer Verbraucherbegriff⁴³⁸.

Auch wenn der Wortlaut des § 13 BGB – der im Übrigen für missglückt gehalten wird⁴³⁹ – den absoluten Verbraucherbegriff nahe lege⁴⁴⁰, sei dies nicht ausschlaggebend. Vielmehr habe das Gesetz selbst das Begriffspaar Verbraucher – Unternehmer gewählt, so dass der Begriff des Verbrauchers nicht gleichzeitig der Gegenbegriff zum Arbeitnehmer sein könne⁴⁴¹. Dies verdeutliche auch der Vergleich zum Unternehmer, der zweckbezogen definiert werde. Gleiches müsse für den Verbraucher gelten⁴⁴². Insoweit bezeichne der Bedeutungsgehalt des Verbrauchers eine Person, die am Markt als Nachfrager von Sachen oder Dienstleistungen für den privaten Verbrauch in Erscheinung trete⁴⁴³, um diese dann zu verbrauchen⁴⁴⁴. Der Arbeitnehmer passe nicht in dieses gedankliche Konzept; die Interessenlage sei eine grundlegend andere⁴⁴⁵, da er überwiegend nur Gläubiger eines Zahlungsanspruchs sei, und

436 Vgl. Däubler, NZA 2002, S. 1329, 1333.

437 Vgl. Annuß, NJW 2002, S. 2844; Löwisch, FS-Wiedemann, S. 311, 316; siehe auch Natzel, NZA 2002, S. 595, 596, der das Arbeitsvertragsrecht als selbständige Rechtsmaterie begreift, welcher in der Rechtsordnung eine Sonderstellung zukommt; in diesem Sinne auch Soergel/Pfeiffer, § 13, Rz. 44, der von weitgehend separaten Entwicklungslinien in Arbeits- und Verbraucherrecht spricht.

438 Vgl. zu diesem Begriff Henssler, RdA 2002, S. 129, 133.

439 Vgl. Henssler, RdA 2002, S. 129, 133; Soergel/Pfeiffer, § 13 Rz. 2.

440 Vgl. Bauer/Kock, DB 2002, S. 42, 43; Fiebig, DB 2002, S. 1608, 1609; Henssler, RdA, 2002, S. 129, 133; Lingemann, NZA 2002, S. 181, 184; Hromadka, NJW 2002, S. 2523, 2524; a.A. Jousen, NZA 2001, S. 745, 749; Löwisch, der gerade in der Gleichstellung von Verbraucher und Arbeitnehmer eine über den Wortlaut hinausgehende Auslegung sieht, FS-Wiedemann, S. 311, 316.

441 Vgl. Hadel, FA ArbR 2002, S. 66, 71; Lingemann, NZA 2002, S. 181, 184; Löwisch, NZA 2001, S. 465, 466; vgl. auch den Ansatz von Singer, RdA 2003, S. 194, 195.

442 Vgl. Bauer/Kock, DB 2002, S. 42, 43; Tonner, BB 2000, S. 1413, 1414; Schulze/Schulte-Nölke/Pfeiffer, Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, S. 139 f..

443 Henssler, RdA 2002, S. 129, 134; vgl. auch Löwisch, FS-Wiedemann, S. 311, 316.

444 Vgl. Berkowsky, AuA 2002, S. 11, 15; Eckert/Wallstein, Das neue Arbeitsvertragsrecht, S. 166; Natzel, NZA 2002, S. 595; Soergel/Pfeiffer, § 13, Rz. 44.

445 Vgl. Bauer/Kock, DB 2002, S. 42, 43.

selbst Dienstleistungen anbiete⁴⁴⁶. Schließlich sei eine Zweiteilung von „entweder Unternehmer oder Verbraucher“ im Gesetz nicht zwingend angelegt⁴⁴⁷ und führe darüber hinaus zu absurden Ergebnissen⁴⁴⁸.

Vom Sinn und Zweck her diene § 13 BGB der Abgrenzung zwischen privatem und beruflichem Bereich⁴⁴⁹. Die Abgrenzung erfolge geschäftszweckbezogen mit der Folge, dass nur der „nicht berufs- oder gewerbebezogen“ handelnde private Endverbraucher als Adressat der ins BGB gerückten Verbrauchergesetze gelten kann⁴⁵⁰. Diese Stellung nehme der Arbeitnehmer gerade nicht ein⁴⁵¹. Auch sei der Arbeitnehmer in seiner Berufsrolle historisch dahingehend geprägt, dass er stets geschützter war. Genau diesen Schutz habe jedoch das Arbeitsrecht zum Gegenstand⁴⁵².

Die Definition in § 13 BGB gehe auf § 24a AGB-Gesetz zurück. Sie wurde zu einem Zeitpunkt ins Gesetz aufgenommen, in dem die Bereichsausnahme des § 23 Abs. 1 AGB-Gesetz noch bestand. Da Arbeitsverträge als solche von den Regelungen für Verbraucher nicht betroffen waren, könne § 13 BGB den Anwendungsbereich des Verbraucherschutzes nicht verändern⁴⁵³; es fehle an einer Entstehungsgeschichte⁴⁵⁴.

Auch die mit der Integration der Verbraucherschutzgesetze in das BGB verbundene Intention des Gesetzgebers sei kein Gegenargument. Die Zuordnung zum allgemeinen Privatrecht wurde damit begründet, dass jeder Bürger zugleich Verbraucher und jeder Verbraucher

446 Vgl. Henssler, RdA 2002, S. 129, 134; Lingemann, NZA 2002, S. 181, 184; Natzel, NZA 2002, S. 595

447 Vgl. Henssler, RdA 2002, S. 129, 134; Natzel, NZA 2002, S. 595; Reichold, ZTR 2002, S. 202, 203, der darauf hinweist, dass bereits das europäische Recht neben dem Gewerbetreibenden und dem Verbraucher die Kategorie des Arbeitnehmers kenne.

448 Vgl. Henssler, RdA 2002, S. 129, 134, der darauf hinweist, dass lediglich natürliche Personen Verbraucher sein können, so dass beispielsweise eine gemeinnützige juristische Person beim Kauf von einem Unternehmer nicht unter den Verbraucherbegriff subsumiert werden könne. Dies spreche für die Existenz einer dritten Gruppe. Krebs bezeichnet diese dritte Kategorie pragmatisch als Zivilperson, vgl. DB 2002, S. 517 ff.

449 In diesem Sinne Palandt/Heinrichs, § 13, Rz. 6; Schulze/Schulte-Nölke/Pfeiffer, Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, S. 140.

450 Reichold, ZTR 2002, S. 202, 203 f; in diesem Sinne auch Natzel, NZA 2002, S. 595, 596, der den Arbeitgeber beim Abschluss des Arbeitsvertrages nicht als Unternehmer mit dem Ziel, Vertragspartner zum Erwerb angebotener Produkte oder Dienstleistungen zu bewegen, ansieht, sondern als „Arbeit Gebender“

451 Vgl. Natzel, NZA 2002, S. 595, 596, bezeichnet ihn daher als Erfüllungsgehilfen des im Wirtschaftsverkehr auftretenden Unternehmers.

452 Vgl. Reichold, ZTR 2002, S. 202, 203 f, der diesen Schutz als rollenspezifischen Arbeitnehmerschutz bezeichnet; ähnlich Bauer/Kock, DB 2002, S. 42, 43, welche von einem eigenen Schutzinstrumentarium im Arbeitsrecht sprechen, welches nicht mit dem Verbraucherschutz verknüpft sei.

453 Vgl. Annuß, NJW 2002, S. 2844, 2845; Bauer/Kock, DB 2002, S. 42, 43; Fiebig, DB 2002, S. 1608, 1609; Soergel/Pfeiffer, § 13, Rz. 44.

454 So Lieb, FS-Ulmer, S. 1231, 1235.

zugleich Bürger sei⁴⁵⁵. Nur so mache die Aufnahme des Verbraucherschutzrechts Sinn, da es darum ging, die Zersplitterung des Rechts in eine Vielzahl von Sondergesetzen und damit eine Zweiteilung eines in der Sache einheitlichen Regelungstoffes aufzuheben⁴⁵⁶. Eine Einbeziehung des Arbeitsrechts war nicht gewollt, der Gesetzgeber habe bei seiner Begründung jegliche Bezugnahme auf das Arbeitsrecht bewusst vermieden⁴⁵⁷.

Der Schutzwürdigkeit des Arbeitnehmers könne auch ohne weiteres Rechnung getragen werden, da er dann als Verbraucher anzusehen sei, wenn er mit dem Arbeitsgeber in eine Marktsituation – beispielsweise Werkseinkauf oder Arbeitgeberdarlehen – eintritt⁴⁵⁸. Eine generelle Herausnahme der Arbeitnehmer als Personengruppe aus dem Verbraucherbegriff läge daher nicht vor⁴⁵⁹. Eine Ausdehnung des Verbraucherbegriffs auf die dienstvertragliche Leistung des Arbeitnehmers habe der Gesetzgeber jedoch weder bedacht noch gewollt⁴⁶⁰. Dass Arbeitnehmer „auch“ Verbraucher sein können⁴⁶¹, werde von niemandem bestritten⁴⁶².

Auch systematisch überzeuge die Gegenauffassung nicht. Dass § 310 Abs. 3 BGB nicht explizit ausgeschlossen ist, spreche für den relativen Verbraucherbegriff⁴⁶³. Aus der Einführung der Inhaltskontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen im Arbeitsrecht sei nicht auf eine generelle Erstreckung des Verbraucherschutzes auf den Arbeitnehmer zu schließen⁴⁶⁴.

Gleiches gelte im Hinblick auf die neue Systematik des Verbraucherschutzrechts. Während in § 312 BGB ein „situativer“ Verbraucherschutz zum Ausdruck komme, handele es sich bei § 491 Abs. 2, Nr. 2 BGB um einen „vertragsspezifischen“ Verbraucherschutz. Wenn nun § 312

455 Vgl. BT-DS 14/6040, S. 91.

456 Vgl. BT-DS 14/6040, S. 92, dem folgend Natzel, NZA 2002, S. 595, 596; Hromadka, NJW 2002, S. 2523, 2524, weist darauf hin, dass hierdurch mehr Transparenz und Verständlichkeit erreicht werden sollt.

457 Vgl. Natzel, NZA 2002, S. 595, 596; Lieb, FS-Ulmer, S. 1231, 1235.

458 Vgl. Fiebig, DB 2002, S. 1608, 1610; Henssler, RdA 2002, S. 129, 134; Natzel, NZA 2002, S. 595, 597; Reichold, ZTR 2002, S. 202, 204; Soergel/Pfeiffer, § 13, Rz. 44.

459 Vgl. Fiebig, NZA 2002, S. 1608, 1609.

460 Vgl. Henssler, RdA 2002, S. 129, 134.

461 Vgl. Fiebig, NZA 2002, S. 1608, 1609.

462 Vgl. Soergel/Pfeiffer, § 13, Rz. 44; Singer, RdA 2003, S. 194, 195; relativierend insoweit Lieb, FS-Ulmer, S. 1231, 1239, der es unter Hinweis auf die Sonderregelung des Verbraucherdarlehens zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer in § 491 Abs. 2, Nr. 2 BGB für fast schon zwingend hält, dass für jeglichen Kaufvertrag zwischen den Arbeitsvertragsparteien der Verbraucherschutz durch AGB abbedungen werden kann.

463 Vgl. Annuß, NJW 2002, S. 2844, 2846; Lingemann, NZA 2002, S. 181, 184.

464 Vgl. Fiebig, NZA 2002, S. 1608, 1610; a.A. Lindemann, AuR 2002, S. 81, 84, die gerade in der Integration des Verbraucherschutzes ins BGB ein Argument für die generelle Einordnung des Arbeitnehmers als Verbraucher sieht.

BGB das Verhältnis dieser Schutzsysteme im Hinblick auf das Widerrufsrecht explizit regelt, so sei dies dahingehend zu verallgemeinern, dass vertragspezifische Regelungen grundsätzlich die Anwendung des allgemeinen Verbraucherschutzrechts ausschließen. Da der Arbeitgeber mit dem Arbeitnehmer als solchem jedoch nicht auch „Verbraucherverträge“, sondern ausschließlich „Arbeitsverträge“ abschließt, unterliege dieser gerade nicht dem „situativen“ Verbraucherschutz, sondern dem rollenspezifischen Arbeitnehmerschutz⁴⁶⁵. Trotz vorhandener Gemeinsamkeiten fände die für den Verbrauchervertrag prägende wirtschaftliche Zweckdivergenz zwischen Unternehmer und Verbraucher im Arbeitsrecht keine Parallele⁴⁶⁶.

B.III.2.b.b.c Vermittelnde Rechtsfolgenbetrachtungen

Ausgehend von den dargestellten Rechtsfolgen an anderen Stellen, versuchen einige Autoren eine Lösung unter teleologischer Betrachtung der jeweiligen Norm. Meist wird hierbei nur ein bestimmter Teilaspekt in näheren Augenschein genommen wird, so dass man nicht von einer „vermittelnden Ansicht“ sprechen kann.

Es sind drei Bereiche, in denen der Frage der Verbrauchereigenschaft Bedeutung zukommt:

die Einbeziehung nach § 310 Abs. 3 BGB

die Höhe der Verzugszinsen nach § 288 BGB

das denkbare Widerrufsrecht nach §§ 312, 355 BGB

B.III.2.b.b.c.a Einbeziehung nach § 310 Abs. 3 BGB

Teilweise wird eine analoge Anwendung des § 310 Abs. 3, Nr. 1 BGB für erwägenswert gehalten. Es spreche vieles dafür, dass „allgemeine Geschäftsbedingungen“, werden sie dem Arbeitsvertrag zugrunde gelegt, als vom Arbeitgeber gestellt anzusehen seien⁴⁶⁷.

465 Zu dem gesamten Gedankengang vgl. Reichold, ZTR 2002, S. 202, 204.

466 So Soergel/Pfeiffer, § 13, Rz. 44.

467 Vgl. Henssler, RdA 2002, S. 129, 135; auch Reinecke scheint in jedem Fall in diese Richtung zu tendieren, auch wenn er dem absoluten Verbraucherbegriff zugeneigt ist, DB 2002, S. 583, 587; gleiches gilt für Gaul, Aktuelles Arbeitsrecht 2, S. 50, der zu Recht darauf hinweist, dass es ohnehin üblich sei, dass vertragliche Vorgaben zunächst einmal durch den Arbeitgeber eingebracht werden; zum gleichen Ergebnis gelangt Lakies, NZA-RR 2002, S. 337, 342; auch Lieb, Arbeitsrecht, Rz. 117, S. 40, hält eine Analogie für diskutabel.

Andere lassen die Frage der Verbrauchereigenschaft bewusst offen, stehen jedoch einer Anwendung des § 310 Abs. 3 BGB in jedem Fall ablehnend gegenüber. Grund sei der Schutzzweck der Norm, welcher in einer Reaktion auf eine zum Nachteil des Verbrauchers wirkenden Markttransparenz bestehe. Eine solche sei beim Arbeitsrechtsvertragsentwurf nicht in vergleichbarer Weise ersichtlich⁴⁶⁸.

B.III.2.b.b.c.b Maßgeblicher Verzugszinssatz gem. § 288 BGB

Einige Vertreter des relativen Verbraucherbegriffs tendieren dazu, dem Arbeitnehmer – in Abkehr des Wortlautes des Abs. 2 – lediglich den Zinssatz des Abs. 1 zuzugestehen⁴⁶⁹.

Der neue § 288 Abs. 2 BGB gehe auf RL zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr⁴⁷⁰ zurück. Die Intention des europäischen Normgebers wird im 7. Erwägungsgrund konkretisiert. Hiernach verursachen übermäßig lange Zahlungsfristen und Zahlungsverzug insbesondere den kleinen und mittleren Unternehmen große Verwaltungs- und Finanzlasten. Der Anwendungsbereich wird im 13. und 22. Erwägungsgrund näher beschrieben. Die RL ist auf die als Entgelt für Handelsgeschäfte geleisteten Zahlungen beschränkt und umfasst nicht Geschäfte mit Verbrauchern⁴⁷¹. Der gesamte Geschäftsbereich soll unabhängig davon erfasst werden, ob er zwischen privaten oder öffentlichen Unternehmen oder zwischen Unternehmen und öffentlichen Stellen erfolgt⁴⁷².

Art. 1 der RL beschränkt den Anwendungsbereich auf entgeltlichen Geschäftsverkehr. In Art. 2 Nr. 1 definiert sie relevante Geschäftsvorgänge. Die Mindesthöhe des Zinssatzes ergibt sich aus Art. 3 Abs. 1, d) der RL. Er setzt sich aus Bezugszinssatz⁴⁷³ und einer Spanne von mindestens 7 Prozentpunkten zusammen. Die Umsetzungsverpflichtung hatte auch der

468 Vgl. Annuß, BB 2002, S. S. 458, 461.

469 Vgl. Bauer/Diller, NJW 2002, S. 1609, 1610; Jousen, NZA 2001, S. 745,749; zögernd insoweit Haderer, FA ArbR 2002, S. 66, 71; a.A. wohl Henssler/Graf von Westfalen/Dedek, § 288, Rz. 3.

470 RL 2000/35/EG, ABl. Nr. L 200 vom 08.08.2000, S. 35 ff. Die Umsetzung wird teilweise für verunglückt gehalten, vgl. . Bauer/Kock, DB 2002, S. 42, 46; Henssler, RdA 2002, S. 129, 135; Reichold, ZTR 2002, S. 202, 203 hält den Wortlaut für missverständlich; Natzel, NZA 2002, S. 595, 597 bezeichnet ihn als irreführend.

471 13. Erwägungsgrund, ABl. Nr. L 2000 vom 08.08.2000, S. 35.

472 22. Erwägungsgrund, ABl. Nr. L 2000 vom 08.08.2000, S. 36.

473 Die Bezugsgröße lehnt sich an die Summe des Zinssatzes an, der von der Europäischen Zentralbank auf ihre jüngste Hauptrefinanzierungsoperation, die vor dem ersten Kalendertag des betreffenden Halbjahres durchgeführt wurde, angewendet wurde. Hieran orientiert sich ebenfalls der in § 288 BGB als Maßstab verwendete Basissatz, was § 247 Abs. 1, Satz 3 BGB ausdrücklich klarstellt, vgl. auch Boemke, BB 2002, S. 96 f.

Gesetzgeber ausweislich der Gesetzesmaterialien vor Augen. Es war erforderlich den gesetzlichen Verzugszins nur für den Geschäftsverkehr anzuheben⁴⁷⁴.

Hiervon ausgehend sei auf den Normzweck des erhöhten Zinssatzes abzustellen. Zum einen erlitten Unternehmen typischerweise einen höheren Zinsschaden als Privatpersonen und zum anderen müsse ihnen aufgrund der zu erwartenden Geschäftserfahrung die wirtschaftlichen Folgen eines Zahlungsverzugs eher bewusst sein⁴⁷⁵. Diesem Schutzzweck unterfalle das Verhältnis Arbeitnehmer – Arbeitgeber jedoch nicht.

Der Gesetzgeber habe mit der Neuregelung keine Erweiterung des Anwendungsbereichs beabsichtigt⁴⁷⁶. Die Auslegung der Norm müsse auch Richtlinienkonform erfolgen⁴⁷⁷. Notwendig sei daher ein Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr⁴⁷⁸. Mit der Neuregelung sollten Konsumenten privilegiert werden, wobei der Arbeitnehmer schwerlich hierunter zu fassen sei⁴⁷⁹.

Kritiker weisen auf die Folgen, eine vom Gesetzgeber nicht gewollten Spaltung des Verbraucherbegriffs, hin⁴⁸⁰.

B.III.2.b.b.c.c *Widerrufsrecht als Verbraucher gem. §§ 312, 355 BGB*

Komplexer ist die Diskussion hinsichtlich eines möglichen Widerrufsrechts. Die einzelnen, in § 312 Abs. 1 BGB enumerativ⁴⁸¹ aufgeführten Abschlussvarianten werden einer eingehenden teleologischen Betrachtung unterzogen⁴⁸². Dabei erlangt die Frage der Anwendbarkeit der §§ 312, 355 BGB eine grundsätzliche, von der Verbrauchereigenschaft des Arbeitnehmers losgelöste Bedeutung⁴⁸³.

474 Vgl. BR-DS 338/01, S. 340.

475 Vgl. Henssler, RdA 2002, S. 129, 135; Singer, RdA 2003, S. 194, 196; vgl. auch AnwKomm./Schulte-Nölke, § 288 BGB, Rz. 2.

476 Vgl. Bauer/Kock, DB 2002, S. 42, 46; Fiebig, DB 2002, S. 1608, 1610; dies ergebe sich insbesondere aus der Prüfbitte des Bundesrates, vgl. BT-DS 14/6857, S. 14.

477 Vgl. Henssler, RdA 2002, S. 129, 135; Jousen, NZA 2001, S. 745, 749; Natzel, NZA 2002, S. 595, 597; Reichold, ZTR 2002, S. 202, 203.

478 Vgl. Jousen, NZA 2001, S. 745, 749.

479 Vgl. Berkowsky, AuA 2002, S. 11, 15.

480 Vgl. Reim, DB 2002, S. 2434, 2437.

481 Vgl. AnwKomm./Ring, § 312 BGB, Rz. 11; MüKo/Ulmer, Vor § 1 HausTWG, Rz. 15.

482 Beispielsweise Schleusener, NZA 2002, S. 949, 951, der die zugrunde liegende Überrumpellungsituation aus Sicht des Arbeitnehmers generell am Arbeitsplatz bejaht.

483 So z.B. Lieb, FS-Ulmer, S. 1231, 1238.

Auch das in § 312 BGB verankerte Widerrufsrecht⁴⁸⁴ geht auf Europarecht zurück. Die maßgebliche RL 1985/577/EWG⁴⁸⁵ beschreibt in Art. 1 den Anwendungsbereich. Dieser beschränkt sich auf Verträge zwischen einem Gewerbetreibenden, der Waren liefert und Dienstleistungen erbringt, und einem Verbraucher⁴⁸⁶. Durch die neue systematische Einordnung des Haustürgeschäfts in §§ 312 ff. BGB habe der Gesetzgeber deutlich gemacht, dass das Widerrufsrecht nur für solche Geschäfte im Sinne der EU-RL gelten solle⁴⁸⁷.

§ 312 Abs. 1 BGB verlangt neben einem entgeltlichen Verbrauchervertrag⁴⁸⁸ eine bestimmte Vertragsanbahnungssituation⁴⁸⁹. Hierbei steht der Schutz vor Überrumpelung und Übervorteilung⁴⁹⁰ oder anderweitiger sachfremder Beeinflussung durch den Unternehmer⁴⁹¹ im Vordergrund. Da Informationspflichten im Vordergrund⁴⁹² stehen, sei es Ziel der Regelung, Informationsgleichheit als Basis eines rationalen Vertragsschlusses⁴⁹³ zu schaffen. Selbst wenn der Arbeitnehmer Verbraucher sei, folge aus Normzweck und systematischer Stellung, dass ihm bei den fraglichen Verträgen kein Widerrufsrecht zustehe⁴⁹⁴.

484 Er ersetzt das zuletzt in § 1 HausTWG fast wortgleich geregelte Widerrufsrecht.

485 Betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen, ABl. EG L 372/31 vom 31.12.1985.

486 Zur Rechtslage im Geltungsbereich des alten § 1 HausTWG, vgl. Zusammenfassung der h.M. und auch der vereinzelt gebliebenen Instanzrechtsprechung bei Brors, DB S. 2046; vgl. auch Reichold, ZTR 2002, S. 202, 204.

487 Vgl. Bauer/Kock, DB 2002, S. 42, 45; Mengel, BB 2003, S. 1278, 1280; auch das LAG Brandenburg sieht in seinem Urteil vom 30.10.2002, 7 Sa 386/02 n.rk., DB 2003, S. 1446 keine Anhaltspunkte dafür, dass der deutsche Gesetzgeber bei der Umsetzung der Richtlinie, über deren Anwendungsbereich hinaus, arbeitsrechtliche Aufhebungsverträge dem Widerrufsrecht unterstellen wollte. Das BAG hat dies in seinem Urteil vom 27.11.2003, 2 AZR 177/03, BB 2004, S. 1858 f., - juris -, sowohl im Ergebnis, als auch der Begründung ausdrücklich bestätigt. Einen leidenschaftlichen Aufruf, Arbeitnehmern ein Widerrufsrecht zuzubilligen, unternimmt Hümmerich, AnwBl. 2002, S. 671, 676 ff.

488 Unerheblich ist jedoch, wem diese Leistung zugute kommt, vgl. EuGH, Urteil vom 17.03.1998, Rs. C-45/96 (Bayerische Hypotheken- und Wechselbank AG/Edgar Dietzinger, NJW 1998, S. 1295 f; ausführlich zur Frage, ob bei Aufhebungsverträgen stets von „Entgeltlichkeit“ auszugehen ist, Schleusener, NZA 2002, S. 949, 951.; Hümmerich, AnwBl. 2002, S. 671, 677.

489 Vgl. Henssler/Graf von Westfalen/Schmidt, § 312, Rz. 13.

490 Vgl. AnwKomm./Ring, § 312 BGB, Rz. 11; Henssler/Graf von Westfalen/Schmidt, § 312, Rz. 13.

491 Vgl. MüKo/Ulmer, § 1 HausTWG, Rz. 1.

492 Vgl. Brors, DB 2002, S. 2046, 2047; Däubler, NZA 2001, S. 1329, 1334; zu den unterschiedlichen Konzeptionen des Verbraucherschutzes, namentlich dem liberalen und sozialen Ansatz, vgl. Zusammenfassung bei Soergel/Pfeiffer, § 13, Rz. 18 mwN.

493 Brors, DB 2002, S. 2046, 2047.

494 Vgl. BAG, Urteil vom 27.11.2003, 2 AZR 177/03, BB 2004, S. 1858, - juris -; ErfKomm./Müller-Glöße, § 620 BGB, Rz. 13; vgl. auch sehr scharfe Kritik hiergegen bei Hümmerich, AnwBl. 2002, S. 671, 676 ff.

Das Widerrufsrecht bezwecke einen Ausgleich des Informationsvorsprungs beim Direktvertrieb⁴⁹⁵ durch nachträgliches Erfragen von Vergleichsinformationen⁴⁹⁶. Die Situation, keine Vergleichsinformationen bzgl. der Haupt- und Nebenleistungen einholen⁴⁹⁷ zu können, läge beim Arbeitnehmer nicht vor, da entsprechende Verhandlungen typischerweise am Arbeitsplatz stattfänden und ein Markt für Aufhebungsverträge nicht existiere⁴⁹⁸. Daher bestünden die besonderen Gefahren des aggressiven Direktmarketings hier nicht⁴⁹⁹. Einen Schutz vor Überrumpelung durch einen überlegenen Vertragspartner schlechthin solle § 312 BGB nicht bewirken, auch die systematische Stellung unter dem Untertitel 2: „Besondere Vertriebsformen“ zeige. Arbeits- oder Aufhebungsverträge seien keine Verträge im Direktvertrieb⁵⁰⁰, eine analoge Anwendung komme nicht in Frage⁵⁰¹.

Schließlich führe die Charakterisierung als Haustürgeschäft zu Wertungswidersprüchen. Dem Arbeitnehmer wäre bei nicht ordnungsgemäßer Belehrung bzgl. der Widerrufsmöglichkeit eine solche bis zur Grenze der Verwirkung eröffnet, obwohl § 4 KSchG und § 17 TzBfG jeweils Klagefristen von drei Wochen vorsehen. Diese Folge sei mit dem im Arbeitsgerichtsprozess herrschenden Beschleunigungsgrundsatz nicht vereinbar⁵⁰². Hinzu käme die damit verbundene Rückabwicklungsproblematik, namentlich bei eventuell gezahlter

495 Vgl. Kienast/Schmiedl, DB 2003, S. 1440, 1442.

496 Vgl. LAG Hamm, Urteil vom 01.04.2003, 19 Sa 1901/02 n.rk., DB 2003, S. 1443, 1444; Brors, DB 2002, S. 2046, 2047; a.A. Reim, DB 2002, S. 2434, 2438, der ausschließlich auf die strukturelle Unterlegenheit abstellt und diese seitens des Arbeitnehmers bejaht.

497 Vgl. 4. Erwägungsgrund der RL 85/577/EWG, welcher bei bzgl. der Situation des Verbrauchers bei Haustürgeschäften ausführt, dieser habe häufig keine Möglichkeit, Qualität und Preis des Angebots mit anderen Angeboten zu vergleichen. In diesem Sinne auch MüKo/Ulmer, Vor § 1 HaustWG, Rz. 2. Brors bezeichnet diese Konstellation sehr treffend als „Situation des take it or leave it“, DB 2002, S. 2046, 2048.

498 Vgl. Däubler, NZA 2001, S. 1329, 1334; Henssler/Graf von Westfalen/Schmidt, § 312, Rz. 16; Henssler, RdA 2002, S. 129, 135; Lieb, FS-Ulmer, S. 1231, 1238.

499 Vgl. Henssler, RdA 2002, S. 129, 135; vgl. auch LAG Hamm, Urteil vom 01.04.2003, 19 Sa 1901/02 n.rk., DB 2003, S. 1443, 1445, wonach insbesondere die spezielle Gefahrenlage, dass der potentielle Vertragspartner, lehnt man einen Vertragsschluss ab, in einen unbekanntem Geschäftsbereich verschwindet, nicht bestehe. A.A. Singer, RdA 2003, S. 194, 196, der die geschützte Verhandlungsschwäche bei Haustürgeschäften als psychologische Verhandlungsschwäche ansieht. Die Situation des Arbeitnehmers sei insoweit vergleichbar, da er das „Nein“ auf den angetragenen Aufhebungsvertrag dem Prinzipal gegenüber vertreten müsse.

500 Bauer/Kock, DB 2002, S. 42, 45; Gotthardt, Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsreform, Rz. 216; Lieb, FS-Ulmer, S. 1231, 1238.

501 Vgl. ErfKomm./Müller-Glöße, § 620, Rz. 13; Gaul, Aktuelles Arbeitsrecht 2, S. 149 f.; Henssler, RdA 2002, S. 129, 135; Lieb, FS-Ulmer, S. 1231, 1238; a.A. Däubler, NZA 2001, S. 1329, 1334, der eine Analogie zwar nicht von vorneherein ausschließt, jedoch Zweifel an der notwendigen „Lücke“ im Einzelfall hat, da der Schutz der schwächeren Seite meist schon über Informationspflichten und das Gebot fairen Verhandeln sichergestellt sei; weitergehend Reim DB 2002, S. 2434, 2438, der ein Widerrufsrecht des Arbeitnehmers überwiegend bejaht.

502 Vgl. Bauer, NZA 2002, S. 169, 172; Kienast/Schmiedl, DB 2003, S. 1440, 1443; ähnlich auch Schimmel/Buhlmann/Ziemann, HbSchR, Rz. 213, S. 736; a.A. Hümmerich, AnwBl. 2002, S. 671, 678.

Abfindungen und Berücksichtigung des widerrufenden Arbeitnehmers bei der Sozialauswahl⁵⁰³.

B.III.2.b.b.d Kritische Bewertung und Stellungnahme

B.III.2.b.b.d.a Wortlautauslegung

Der Wortlaut des § 13 BGB spricht zunächst für eine generelle Subsumtion des Arbeitnehmers unter den Verbraucherbegriff⁵⁰⁴. Den Arbeitnehmer nicht hierunter fallen zu lassen hieße, ihm entweder die Eigenschaft als natürliche Person zu versagen oder die auf dem Gebiet des Arbeitsrechts geschlossenen Verträge als seinem gewerblichen oder selbständig beruflichen Bereich zugehörig zu qualifizieren⁵⁰⁵. Ohne Zweifel ist er eine natürliche Person. Auch die Eigenschaften „gewerblich“ und „selbständig beruflich“ sind im nationalen Recht inhaltlich dergestalt belegt, dass der Arbeitnehmer nicht hierunter subsumiert werden kann⁵⁰⁶.

Soweit der nicht passende Wortsinn der Begriffspaare Unternehmer – Arbeitgeber und Verbraucher – Arbeitnehmer rekrutiert wird überzeugt dies nicht. Der Begriff des Arbeitnehmers ist viel älter und dadurch in der Sprachpraxis und Aussagekraft schlichtweg konkretisiert. Wäre er nunmehr bei jedwedem Vertrag auch Verbraucher, so mag das für Teile der Bevölkerung ungewohnt im Hinblick auf ihr Sprachgefühl sein, sich jedoch im Laufe der nächsten Jahrzehnte dann als normal darstellen, wenn er allseits in diesem Sinne verwendet werden würde.

Man mag die Definition des § 13 BGB kritisieren, kommt jedoch nicht umhin, den Arbeitnehmer als hiervon umfasst anzusehen.

503 Vgl. hierzu Bauer, NZA 2002, S. 169, 172.

504 A.A. Rieble/Klumpp, ZIP 2002, S. 2153, 2155, wonach die Legaldefinition wenig bis nichts hergebe.

505 Rieble/Kumpp, ZIP 2002, S. 2153, 2154, weisen in diesem Zusammenhang zu Recht darauf hin, dass der Arbeitnehmer ökonomisch gesehen kein Verbraucher sei.

506 A.A. Jousen, NZA 2001, S. 745, 749, der eine solche Subsumtion grundsätzlich verneint. Hierbei begnügt er sich jedoch mit der nicht begründeten Aussage, der Verbraucher im § 13 BGB sei als Gegenbegriff zum Unternehmerbegriff des § 14 BGB zu verstehen. Eine methodisch brauchbare Argumentation liefert er indes nicht. Eine ausführliche Subsumtion findet sich bei Boemke, BB 2002, S. 96, 97, der jedoch die Verbrauchereigenschaft von Arbeitnehmern bejaht.

B.III.2.b.b.d.b Auslegung anhand der gesetzgeberischen Intention

Die Gesetzesmaterialien lassen zunächst klar erkennen, dass die Schuldrechtsreform auch die Steigerung des Schutzniveaus im Arbeitsrecht im Auge hatte⁵⁰⁷. Die intendierte Angleichung darf jedoch nicht mit völliger Gleichsetzung verwechselt werden, zumal sich die zitierte Begründung explizit auf die Einschränkung der Inhaltskontrolle bezieht. Die Gesetzesmaterialien deuten nicht zwingend auf den absoluten Verbraucherbegriff hin⁵⁰⁸, sie sind vielmehr neutral.

Die Gesetzesbegründung zur Einführung des Verbrauchers und Unternehmers in §§ 24, 24a AGB-Gesetz im Jahre 1996⁵⁰⁹ kann hierfür nicht fruchtbar gemacht werden, da zu diesem Zeitpunkt die Bereichsausnahme des § 23 Abs. 1 AGB-Gesetz noch bestand⁵¹⁰. Mit der Transformation des europarechtlichen Verbraucher- und Unternehmerbegriffs in deutsches Recht war zwar eine Erweiterung des persönlichen Anwendungsbereichs verbunden, jedoch keine Einbeziehung des Arbeitnehmers hierunter. Dies wäre einer faktischen Streichung der Bereichsausnahme gleichgekommen, welche expressiv verbis hätte getroffen werden müssen⁵¹¹. Gleiches gilt für die Übernahme der Definitionen in das BGB⁵¹², da die Bereichsausnahme weiterhin bestand.

Auch die Schuldrechtsreform hat den Wortlaut nicht verändert. Ein Anliegen des Gesetzgebers war es, die mit der Integration im Jahre 2000 einhergehende Vereinheitlichung in Verbraucherschutzgesetzen fortzuschreiben⁵¹³. Eine Entscheidung für einen bestimmten Verbraucherbegriff kann hierin nicht gesehen werden. Weder den Materialien zu § 474 BGB, § 491 BGB noch zum UKlaG ist etwas anderes zu entnehmen.

507 Z.B. BT-DS 14/6857, S. 54; ausführlich hierzu vgl. oben Kapitel 2, B. II.

508 So zu Recht Rieble/Klumpp, ZIP 2002, S. 2153, 2156.

509 BT-DS 13/2713, S. 4 ff.

510 Vgl. hierzu Bauer/Kock, DB 2002, S. 42 f.; Fiebig, DB 2002, S. 1608,1609; a.A. insoweit Hümmerich/Holthausen, NZA 2002, S. 173, 177, Schleusener, NZA 2002, S. 949, 951, die einen Bedeutungswandel des § 13 BGB mit In-Kraft-Treten der Schuldrechtsreform annehmen, ohne dies indes überzeugend mit Gesetzesmaterialien zu belegen. Hätte der Gesetzgeber genau diesen proklamierten umfassenden Bedeutungswechsel im Auge gehabt, so wäre an irgendeiner Stelle der Gesetzesmaterialien ein eindeutiger Hinweis zu erwarten gewesen.

511 Auch die Gesetzesmaterialien zu §§ 24, 24a AGB-Gesetz liefern insoweit keine Anhaltspunkte.

512 Durch Gesetz vom 27.06.2000, BGBl. I, S. 897 und S. 1139.

513 Vgl. BT-DS 14/6040, S. 92.

In der Begründung zum Verbrauchsgüterkauf des § 474 BGB ist zu lesen, dass „nicht die Personen aus dem Verbraucherbegriff ausgenommen werden, die als abhängig Beschäftigte eine Sache zu einem Zweck kaufen, der (auch) ihrer beruflichen Tätigkeit dient, z. B. der Lehrer, der sich einen Computer anschafft, um damit Klassenarbeiten zu entwerfen, oder der Angestellte, der eine Kaffeemaschine für sein Büro kauft. Das gilt auch für die Rechtsbeziehungen des Arbeitnehmers zu seinem Arbeitgeber“⁵¹⁴. Der Gleichsetzung von Arbeitnehmer und Arbeitgeber in diesem Zusammenhang bezieht sich ersichtlich auf den vorherigen Satz der Begründung⁵¹⁵. Dass jedoch Mitarbeiterverträge, wie sie dort beschrieben werden, dem Verbraucherschutz vollständig unter fallen, war bereits vor der Schuldrechtsreform allgemeine Ansicht⁵¹⁶. Der Aussagegehalt dieser Formulierung würde im Hinblick auf den Kontext verfälscht, wollte man ihm ein Indiz für einen bestimmten Verbraucherbegriff entnehmen.

Im Mittelpunkt des § 491 Abs. 2, Nr. 2 BGB steht abermals ein Mitarbeitervertrag – hier das Arbeitnehmerdarlehen –, so dass aus den gleichen Gründen wie bei § 474 BGB keine Schlussfolgerungen auf eine bestimmte gesetzgeberische Intention gezogen werden können.

Soweit § 15 UKlaG eine Ausnahme für das Arbeitsrecht vorsieht, begründet dies der Gesetzgeber damit, dass Arbeitnehmer auch Verbraucher seien, und sich Gewerkschaften theoretisch als qualifizierte Einrichtungen eintragen lassen könnten. Ob es allerdings zweckmäßig sei, so die weitere Begründung, andere Verbände als Gewerkschaften für klagebefugt zu erklären, sei zweifelhaft⁵¹⁷.

514 BT-DS 14/6040, S. 243.

515 In diesem Sinne auch Brors, DB 2002, S. 2046, 2047; Fiebig, DB 2002, S. 1608, 1609 f.; Lingemann, NZA 2002, S. 181, 184; Natzel, NZA 2002, S. 595, 596.

⁵¹⁶ Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer, § 23, Rz. 5a; BAG, Urteil vom 26.05.1993, 5 AZR 219/92, AP Nr. 3 zu § 23 AGB-Gesetz; EzA § 9 AGB-Gesetz Nr. 1; - juris -; BAG, Urteil vom 16.10.1991, 5 AZR 35/91, AP Nr. 1 zu § 19 BErzGG; NZA 2002, S. 793, 794; - juris -; BAG, Urteil vom 23.09.1992, 5 AZR 569/91, AP Nr. 1 zu § 611 BGB Arbeitnehmerdarlehen; EzA § 117 GewO Nr. 1; - juris -.

517 Vgl. BT-DS 14/7052, S. 190.

Die vordergründige Gleichstellung bedarf der Analyse⁵¹⁸. Der Gesetzgeber spricht bewusst davon, dass Arbeitnehmer auch Verbraucher seien. Diese Feststellung, so banal sie erscheint, ergibt insbesondere im Hinblick auf den letzten Teil der Begründung Sinn. Wenn er Zweifel an der Zweckmäßigkeit einer Klagebefugnis anderer Verbände als Gewerkschaften hat, so hat dies einen speziellen Hintergrund. Unabhängig von der Verbrauchereigenschaft des Arbeitnehmers bei arbeitsrechtlichen Verträgen kann er in seiner Eigenschaft als Verbraucher natürlich Mitglied eines Verbraucherverbandes sein, welcher als qualifizierte Einrichtung im Sinne des § 4 UKlaG eingetragen ist. Dieser Verband könnte nunmehr den Arbeitgeber gem. § 1 UKlaG auf Unterlassung oder Widerruf von allgemeinen Geschäftsbedingungen in Arbeitsverträgen in Anspruch nehmen. Grund hierfür wäre jedoch nicht die vermeintlichen Verbrauchereigenschaft des Arbeitnehmers beim Abschluss des Arbeitsvertrages, sondern die Existenz des § 310 Abs. 4, Satz 2 BGB. Voraussetzung von § 1 UKlaG ist nicht etwa die Verbrauchereigenschaft. Vielmehr muss in dem potentiellen Anwendungsbereich eine Prüfung nach §§ 307 BGB - § 309 BGB stattfinden. Dies ist seit der Schuldrechtsreform möglich. Insoweit schützt das UKlaG nicht den Einzelnen, auch nicht den einzelnen Verbraucher, sondern den allgemeinen Rechtsverkehr⁵¹⁹.

Dies wird bereits deutlich, betrachtet man die amtliche Bezeichnung des gesamten Gesetzes. Es ist als „Gesetz über Unterlassungsklagen bei Verbraucherrechts- und anderen Verstößen“ bekannt gemacht worden⁵²⁰. Da lediglich die §§ 1 UKlaG und 2 UKlaG Anspruchsnormen sind und § 2 UKlaG mit „Unterlassungsanspruch bei verbraucherschutzgesetzwidrigen Praktiken“ überschrieben ist, lässt sich schlussfolgern, dass in § 1 UKlaG die „anderen Verstöße“ geregelt sind, also verbraucherunabhängig.

Würde § 15 UKlaG das Arbeitsrecht nicht aus dem Anwendungsbereich ausnehmen, so könnten Verbraucherschutzverbände Arbeitsverträge überprüfen lassen, wenn diese allgemeine Geschäftsbedingungen enthielten. Dies auch dann, wenn man dem Arbeitnehmer

518 Lediglich auf den Wortlaut bezieht sich die Darstellung bei Hümmerich/Holthausen, die mit keinem Wort einen Begründungsversuch unternehmen oder gar zu den materiell-rechtlichen Inhalten des UKlaG Stellung nehmen; deutlicher ist insoweit Hromadka, NJW, 2002, S. 2523, 2524, der darauf hinweist, dass die beiden Passagen aus der Gesetzesbegründung einmal den Verbrauchsgüterkauf, das andere Mal die Klagebefugnis der Gewerkschaften im Auge habe, in keinem Fall jedoch das Verhältnis Verbraucherschutz – Arbeitsvertrag. Vgl. ausführlich auch Reichold, FS-BAG, S. 153, 161, der jedoch darauf abstellt, dass die Gewerkschaften insbesondere eine „kollektive Vertragshilfe“ bei der Formulierung der Arbeitsbedingungen bieten, was die nachgelagerte Inhaltskontrolle erübrige.

519 Vgl. Palandt/Bassenge, Einleitung UKlaG, Rz. 1.

520 BGBl. I 2001, S. 3138, 3173.

die Verbrauchereigenschaft absprechen würde. Diese Konstellation zu verhindern, war die Intention des Gesetzgebers.

Ob dieses Zwischenergebnis durch die subjektive Sichtweise eines Staatssekretärs im BMJ zu revidieren ist, erscheint mehr als fraglich⁵²¹. Insbesondere die von Löwisch mitgeteilte Formulierung, wonach die im Jahre 2000 vorgenommene Erweiterung des Verbraucherbegriffs vorgenommen worden sei, „gerade um die Arbeitnehmer auch im Rahmen ihres Arbeitsverhältnisses als Verbraucher behandelt zu können“⁵²², gibt hierzu keinen zwingenden Anlass. Zum einen bestand im Jahre 2000 die Bereichsausnahme noch⁵²³, zum anderen kann sich die Formulierung auch ebenso gut auf Mitarbeiterverträge beziehen.

Die Gesetzesmaterialien zur Legaldefinition liefern daher keine zwingenden Indizien für einen bestimmten Verbraucherbegriff.

B.III.2.b.b.d.c Systematische Auslegung

Auch die systematischen Argumente sind nicht eindeutig. Durch die Stellung der §§ 13, 14 BGB im Allgemeinen Teil ist deren Geltung für das gesamte Zivilrecht demnach auch für das Dienst- und Arbeitsvertragsrecht zwingend. Die Frage, ob den beiden Kategorien ein abschließender Charakter zukommt⁵²⁴, ist hierdurch jedoch nicht beantwortet.

521 Zur Bedeutung einer Normvorstellung einer am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Person allgemein vgl. Larenz, Methodenlehre, S. 232. Hiernach kann sie zwar eine wertvolle Hilfe für das Verständnis des Norminhalts sein, stellt jedoch in der Regel nicht den Willen des eigentlichen Normgebers dar und ist deshalb für den Ausleger auch nicht verbindlich. Zu der Methodenlehre als Handwerkslehre insgesamt und der damit verbundenen, nur beschränkten Richtigkeitsgewähr vgl. Hergenröder, Zivilprozessuale Grundlagen, § 8, S. 133 ff., 142 f.

522 Löwisch, FS-Wiedemann, S. 311, 315.

523 Dies scheint Reim, DB 2002, 2434, 2436, zu verkennen, wenn er wie folgt ausführt. „Die unveränderte Übernahme des § 24a Satz 1 AGBG in § 13 BGB bei gleichzeitiger Streichung der Bereichsausnahme spricht somit dafür, dass Arbeitnehmer auch im Rahmen des Arbeitsverhältnisses als Verbraucher handeln.“ Während § 13 BGB bereits im Jahre 2000 ins BGB aufgenommen wurde, fand die Streichung der Bereichsausnahme erst zum 01.01.2002 statt.

524 Dies nimmt beispielsweise Däubler, NZA 2002, S. 1329, 1333, an, wenn er formuliert: „§ 13 BGB benennt als „Verbraucher“ jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zwecke abschließt, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann. Fallen Rechtsgeschäfte – so muss man schließen – in den Bereich der unselbständigen beruflichen Tätigkeit, so sind die Voraussetzungen des § 13 BGB erfüllt.“

Der gesamte Bereich des Familien- und Erbrechts passt nicht hierunter⁵²⁵. Es kann wohl nicht ernsthaft bestritten werden, dass beispielsweise ein Erbvertrag zwischen Erblasser und einer juristischen Person⁵²⁶ keinen Verbrauchervertrag darstellt oder der Erbschafts Kauf einer Personenhandelsgesellschaft nicht als solcher klassifiziert werden kann. Der Einwand, § 310 Abs. 4 BGB verbiete bereits eine Anwendbarkeit im Bereich des Familien- und Erbrechts, greift nicht. Hiernach scheidet lediglich eine Kontrolle nach AGB-Recht aus, ein Widerrufsrecht hingegen bestünde theoretisch.

Im zivilrechtlichen Vertragsgefüge gibt es potentielle Vertragsparteien, die weder Verbraucher noch Unternehmer sind. Aus der systematischen Stellung der §§ 13, 14 BGB daher keine zwingende Begründung abgeleitet werden⁵²⁷.

Aus dem Verhältnis von § 310 Abs. 4 und Abs. 3 BGB zueinander ein richtungsweisendes Argument ableiten zu wollen, scheidet bereits im Ansatz. Beide Argumentationen sind nicht zwingend. Soweit auf die nicht vorhandene Bezugnahme in § 310 Abs. 4 BGB abgestellt wird, beruht dies auf einem Zirkelschluss. Die gegenteilige Ansicht baut unzulässigerweise auf Hypothesen auf. Beide verkennen, dass der Vorfrage der Verbrauchereigenschaft im Rahmen des § 310 Abs. 3 BGB entscheidende Bedeutung zukommt. Im Falle der Bejahung ergibt sich dessen Anwendbarkeit von selbst. Wird die Verbrauchereigenschaft dagegen verneint, ist der Anwendungsbereich gerade nicht eröffnet. Das Vorliegen eines Verbrauchervertrags ist demnach Voraussetzung der Norm. Daher muss der Gesetzgeber weder positiv noch negativ eine Bezugnahme hierzu herstellen, indem er die Norm für anwendbar oder nicht anwendbar erklärt.

Wenn er hierzu ausdrücklich schweigt, kann eine Argumentation hierauf schwerlich aufgebaut werden, da die Frage, ob diese weitere Voraussetzung vorliegt, isoliert zu beantworten ist.

Gleiches gilt für den gegenteiligen Ansatz. Dort wird als Prämisse eine hypothetische Situation gewählt, indem nach der Intention gefragt wird, die der Gesetzgeber bei einer anderen Regelung gehabt hätte, wenn er also in § 310 Abs. 4 BGB die Anwendbarkeit des §

525 Dies klingt auch bei Singer, RdA 2003, S. 194, 196, an. Ein weiteres Beispiel für die Unzulässigkeit dieses Umkehrschlusses bilden Rieble/Klumpp, ZIP 2002, S. 2153, 2156, im Hinblick auf die Beitrittserklärung zur Gewerkschaft am Arbeitsplatz und dem hiermit verbundenen Widerrufsrecht.

526 Dazu, dass eine juristische Person Vertragspartner sein kann, vgl. Palandt/Edenhofer, § 2274, Rz. 2.

527 Weitere Beispiele für Vertragsgestaltungen in denen die Zweiteilung Unternehmer – Verbraucher nicht passt finden sich bei Henssler, RdA 2002, S. 129, 134.

310 Abs. 3 BGB ausgenommen hätte. Dies ist nicht überzeugend, da er es gerade nicht getan hat. Ein Umkehrschluss ist methodisch unzulässig, da die Verbrauchereigenschaft als weitere Voraussetzung des § 310 Abs. 3 BGB isoliert festzustellen ist.

Auch die Tatsache, dass sich der Verbraucherschutz an der wirtschaftlichen Zweckdivergenz orientiere, bringt für sich gesehen wenig Konstruktives. Die Existenzberechtigung des Verbraucherschutzes mag hiermit richtig umrissen sein. Gleichsam ist hierin kein Freibrief zu sehen, die Übertragbarkeit auf das Arbeitsverhältnis nicht begründen zu müssen⁵²⁸. Selbst wenn man ein grundsätzliches strukturelles Ungleichgewicht in arbeitsrechtlichen Verträgen unterstellen würde, bedürfte es einer weiteren Begründung. Das Arbeitsrecht ist stets als Arbeitnehmerschutzrecht verstanden, angewendet⁵²⁹ und weiterentwickelt⁵³⁰ worden. Es nunmehr dem zusätzlichen Schutz des Verbraucherrechts unterstellen zu wollen, erfordert zumindest eine Begründung⁵³¹.

Trotz der arbeitsrechtlichen Kodifikationen der letzten Jahre gilt die Feststellung des BVerfG fort, wonach das Arbeitsrecht ein selbständiges und eigenständiges Rechtsgebiet darstellt, das neben dem bürgerlichen Recht steht⁵³². Obwohl in vielen Bereichen auf das Zivilrecht zurückführbar, hat es doch weiterhin eine gewisse Sonderstellung inne⁵³³, welche alleine die Existenz der Arbeitsgerichtsbarkeit dokumentiert. Wenngleich diese nicht zur Unanwendbarkeit der Zivilrechtsordnung führt, so sind die dort integrierten Schutzsysteme doch auf Vereinbarkeit mit ihr hin zu überprüfen.

528 In diesem Sinne auch Rieble/Klumpp, ZIP 2002, S. 2153, 2157.

529 Vgl. Brox/Rüthers, Arbeitsrecht, Rz. 1g; Zöllner/Loritz, Arbeitsrecht, § 1, S. 4 f., welche die Schutzfunktion treffend als Grundanliegen des Arbeitsrechts bezeichnen; siehe auch Hanau/Adomeit, Arbeitsrecht, Rz. 56 f.

530 Zur Bedeutung des Richterrechts Hanau/Adomeit, Arbeitsrecht, Rz. 53 ff.

531 Dies erkennen auch Hümmerich/Holthausen, NZA 2002, S. 173, 177, wenn sie feststellen: „Den Vertretern des relativen Verbraucherbegriffs ist zuzugeben, dass durch die parallele Anwendung hergebrachter Grundsätze der Arbeitsrechtsprechung, des Individualarbeitsrechts und des Verbraucherschutzes Überlagerungen zweier Rechtsmaterien entstehen, was die berechtigte Frage aufwirft, ob hierfür in unserer Rechtsordnung noch Bedarf besteht.“ Dies erkennt auch Dieterich, RdA 1995, S. 129, 131, wenn er zu Recht darauf hinweist, dass sich die Frage, inwieweit kompensationspflichtige Ungleichgewichtslagen vorliegen, in erster Linie an den Gesetzgeber richten.

532 BVerfG, Entscheidung vom 22.04.1958, 2 BvL 32,34,35/56, AP Nr. 2 zu § 1 UrlaubsG Hbg; BVerfGE 7, 342; -juris-.

533 Vgl. Hromadka/Maschmann, Arbeitsrecht I, § 2, Rz. 4 ff., S. 18 f.; Zöllner/Loritz, Arbeitsrecht, § 1, S. 2; Natzel, NZA 2002, S. 595, 596.

B.III.2.b.b.d.d Zwischenergebnis

Es ist nicht zu leugnen, dass der Gesetzgeber anlässlich der Schuldrechtsreform die Stellung der Arbeitnehmer stärken wollte. Die Modifikation der Bereichsausnahme wurde jedoch ausdrücklich nur für den Bereich der AGB-Kontrolle in § 310 Abs. 4 BGB vorgenommen.

Gleichzeitig wollte er den Verbraucherschutz durch Integration und Vereinheitlichung diverser Einzelgesetze in das BGB stärken. Wenngleich auch dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen Gedanken aus dem Verbraucherschutzrecht inne wohnen bzw. ihre unterschiedlichen Schutzkonzepte teilweise übereinstimmen⁵³⁴, so war die ursprüngliche Konzeption des AGB-Gesetzgebers gerade keine, welche ausschließlich am Verbraucherschutz orientiert war⁵³⁵. Diese grundsätzliche Zweiteilung ist auch unter dem Geltungsbereich des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes beibehalten worden⁵³⁶. Neben der Systematik des UKlaG spricht hierfür vor allem die Diktion des § 2 UKlaG, welcher Verbraucherschutzgesetze aufzählt, ohne jedoch die AGB Normen zu nennen. Aus Sicht des Gesetzgebers stellen diese „andere“ Verstoßnormen im Sinne des § 1 UKlaG dar. Auch die Existenz der Sonderregel des § 310 Abs. 3 BGB lässt die grundsätzliche Trennung erkennen. Denn während der Verbraucherschutz ein allgemeines Auffangnetz für Gefährdungslagen des geschäftsunerfahrenen Verbrauchers aufspannt, das bei Vertragsabschlüssen mit Unternehmern besondere Rücktrittsrechte vorsieht, sichert der Arbeitnehmerschutz vor besonderen Gefährdungslagen im Vertrag und der Organisation⁵³⁷. Ein Wille des Gesetzgebers, das gesamte Arbeitsvertragsrecht in Zukunft dem speziell ausgeformten Verbraucherschutzrecht zu unterstellen, ist in den Materialien nicht erkennbar⁵³⁸. Auch der Wortlaut der neu gefassten Normen lässt auf eine derartige Absicht nicht schließen. Der Gesetzgeber wollte vielmehr die Sonderstellung des Arbeitsrechts in der Rechtsordnung beibehalten, und lediglich durch punktuelle, klarstellende Regelungen, etwa in § 615 Satz 3 BGB oder § 619a BGB, die Rechtssicherheit auf dem Gebiet des Arbeitsrechts erhöhen⁵³⁹.

534 Vgl. Borges, Inhaltskontrolle von Verbraucherverträgen, S. 43; Rieble/Klumpp, ZIP 2002, S. 2153, 2156.

535 Vgl. Borges, Inhaltskontrolle von Verbraucherverträgen, S. 16 mwN; sowie ausführlich oben Kapitel 1, A. I.

536 Vgl. im Ergebnis auch Reichold, FS-BAG, S. 153, 154 ff., der sich vehement gegen die gegenteilige Auffassung wendet, die er als „Meistbegünstigungstheorie“ bezeichnet.

537 Reichold, BAG-FS, S. 153, 174.

538 Vgl. hierzu Hönn, ZfA 2003, S. 325, 357 f., der zu Recht auf die jeweilige Eigenständigkeit von Arbeitsrecht und Verbraucherschutzrecht hinweist.

539 In diesem Sinne auch Natzel, NZA 2002, S. 595, 597.

Hätte der Gesetzgeber tatsächlich eine völlige Gleichsetzung gewollt, hätte er dies in den Materialien ausdrücklich erwähnt. Seit jeher wurde der Funktion des Arbeitsrechts als Arbeitnehmerschutzrecht bei der höchstrichterlichen Rechtsfortbildung Rechnung getragen wurde. Die Rechte der Arbeitnehmer wurden bereits vor Einführung von AGB-Gesetz und Verbraucherschutzrechten ständig gestärkt. Hierbei wurde sowohl die Sonderstellung des Arbeitsrechts im Allgemeinen wie auch die überragende soziologische und wirtschaftliche Bedeutung des Arbeitsverhältnisses für den einzelnen Arbeitnehmer im Speziellen⁵⁴⁰ stets als Rechtfertigung zur Steigerung des Schutzniveaus herangezogen. Verfassungsrechtlich ließe sich flankierend das Sozialstaatsprinzip anführen, welches ein bestimmtes Schutzniveau sogar zwingend erfordert⁵⁴¹. Eine Eins zu Eins Subsumtion dieses, bereits in weiten Teilen mit eigenen Schutzmechanismen ausgestalteten Arbeitnehmer – Arbeitgeberverhältnisses unter das Verbraucherschutzrecht wäre mit einem Verlust von Rechtssicherheit verbunden, da die Fortgeltung der durch die Rechtsprechung entwickelten Schutzinstrumente jeweils im Hinblick auf die „neue Gesetzeslage“ einer erneuten Überprüfung und Rechtfertigung bedürfte⁵⁴².

Es erscheint daher am überzeugendsten, den Arbeitnehmer zunächst zwar als Verbraucher anzusehen⁵⁴³, die Frage, ob eine spezielle Verbraucherschutznorm Anwendung findet, über normbezogene, teleologische Gesichtspunkte zu suchen⁵⁴⁴.

540 Vgl. Lakies, NZA-RR 2002, S. 337, 340; Brox/Rüthers, Arbeitsrecht, Rz. 1g beschreiben dies prägnant: „Der Arbeitnehmer stellt dem Arbeitgeber seine Arbeitskraft zur Verfügung; von dem Arbeitsentgelt hat er seinen und seiner Familie Lebensunterhalt zu bestreiten. Deshalb ist er darauf angewiesen, dass er einen entsprechenden Lohn erhält, seine Gesundheit durch die Arbeit nicht gefährdet wird und ihm sein Arbeitsplatz möglichst erhalten bleibt.“

541 Vgl. MüKo/Müller-Glöge, § 611, Rz. 192 f.

542 So auch Natzel, NZA 2002, S. 595, 597.

⁵⁴³ Ausdrücklich offengelassen vom BAG, zuletzt im Urteil vom 03.06.2004, AZR 427/03, -juris -; Urteil vom 27.11.03, 2 AZR 135/03, EzA § 312 BGB 2002 Nr. 1; NZA 2004, S. 597, 600 f.

544 So auch Singer, RdA 2003, S. 194, 196 f., wobei er allerdings für eine direkte Anwendbarkeit des § 312 BGB plädiert. Ähnlich Rieble/Klumpp, ZIP 2002, S. 2153, 2158. Vom Grundsatz her scheint auch Lindemann, Flexible Gestaltung von Arbeitsbedingungen, § 8, S. 98, die im Übrigen den absoluten Verbraucherbegriff bevorzugt, diese Möglichkeit anzuerkennen. Sie führt hierzu aus: „Allerdings kann es auch im Bereich der den Verbraucher schützenden Normen bestimmte Regelungen geben, die schon vor der Schuldrechtsreform existierten und die offenkundig nicht für Arbeitsverhältnisse geschaffen wurden. Widersprüchliche Ergebnisse lassen sich durch die Bestimmung des Zwecks der jeweiligen Vorschrift vermeiden. Dadurch kann sich im Einzelfall die Nichtanwendbarkeit dieser Norm ergeben.“ Dieser Feststellung ist zunächst beizupflichten, da sie im Kern eine am Zweck der jeweiligen Verbraucherschutznorm orientierte Betrachtungsweise fordert. Etwas inkonsequent ist allerdings ihr weitere Vorgehensweise im Hinblick auf die Anwendbarkeit des § 310 Abs. 3 BGB. Diese begründet sie lediglich mit der Verbrauchereigenschaft des Arbeitnehmers, ohne das zuvor festgelegte, am Zweck der jeweiligen Norm orientierte Prüfungsprogramm durchzuhalten. Schließlich bestand auch § 310 Abs. 3 BGB bereits in Gestalt des § 24 a AGBG vor der Schuldrechtsreform und war – im Hinblick auf die noch bestehende Bereichsausnahme für das Arbeitsrecht – offensichtlich nicht für Arbeitsverhältnisse geschaffen.

Bei der speziellen Fallgruppe der Mitarbeiterverträge genießt ein Arbeitnehmer unstreitig vollen Verbraucherschutz⁵⁴⁵. Im Rahmen des stärker werdenden europäischen Verbraucherschutzes ist nicht auszuschließen, dass es in Zukunft zu weiteren Richtlinien kommt, die Gefährdungslagen aufgreifen, welche auch in Arbeitsverhältnissen bestehen. Würde man den Arbeitnehmer bei Statusverträgen aus der Definition des § 13 BGB grundsätzlich ausnehmen, müsste man in solchen Fällen die Anwendbarkeit aufwendig begründen und liefe Gefahr, sich der Kritik entstehender Wertungswidersprüchen auszusetzen. Die hier bevorzugte Methode ist klarer und präziser, da sie jeder einzelnen Verbraucherschutznorm unter teleologischen Gesichtspunkten differenzierter Rechnung trägt.

B.III.2.b.b.d.e Rechtsfolgen für Höhe des Verzugszinses

Ist der Arbeitnehmer grundsätzlich Verbraucher, findet bei der Bestimmung der Verzugszinshöhe § 288 Abs. 1 BGB Anwendung. Forderungen auf dem Gebiet des Arbeitsrechts sind im Verzug lediglich mit fünf Prozentpunkten über dem Basissatz zu verzinsen. Dieses Ergebnis wird von der Entstehungsgeschichte und dem Wortlaut des neuen Verzugsrechts getragen.

Der Geltungsbereich der zugrunde liegenden RL 2000/35/EG ist auf den Geschäftsverkehr beschränkt. Eine Erweiterungsabsicht hatte der nationale Gesetzgeber nicht⁵⁴⁶. Gerade in diesem Bereich soll der erhöhte Zinssatz generalpräventiv der Abschreckung dienen⁵⁴⁷ und somit die Zahlungsmoral der Unternehmer verbessern⁵⁴⁸.

Hinzu kommt der typischerweise höhere Zinsschaden im geschäftlichen Bereich, einhergehend mit gesteigerter Geschäftserfahrung hinsichtlich der wirtschaftlichen Folgen eines Zahlungsverzuges.

545 Auch bereits vor der Schuldrechtsreform, vgl. Wolf/Horn/Lindacher/Horn, § 24a, Rz. 21 f.

546 Vgl. Fiebig, DB 2002, S. 1608, 1610.

547 Vgl. 16. Erwägungsgrund der RL 2000/35/EG.

548 Vgl. auch 7. Erwägungsgrund der RL 2000/35/EG, wonach der häufig verspätete Zahlungseingang vielfach als Ursache von Insolvenzen und dem Verlust von Arbeitsplätzen angesehen wird; ausführlich zum Zweck der Richtlinie AnwKomm./Schulte-Nölke, Präambel Verzugs-RL, Rz. 1 ff.

Die Situation zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber fällt sonach weder unter den Geltungsbereich der RL noch ist sie mit der Gefährdungssituation vergleichbar, welche die RL bekämpfen soll.

Im Bereich der Verzugszinsen kommt eine teleologische Extension nicht in Betracht.

B.III.2.b.b.d.f **Rechtsfolgen für die Anwendbarkeit der § 310 Abs. 3 BGB und §§ 312, 355 BGB**

Trotz der Verbrauchereigenschaft des Arbeitnehmers bedarf es bei der Anwendbarkeit der §§ 310 Abs. 3, 312, 355 BGB einer Korrektur durch eine teleologische Reduktion⁵⁴⁹.

Sie sind Ausfluss reinen Verbraucherschutzrechts und verwirklichen im Gegensatz zu dem allgemeinen Kundenschutzprinzip des AGB-Rechts ein anderes Schutzkonzept⁵⁵⁰. Während die dem § 288 BGB zugrunde liegende RL ein spezielles Phänomen im Blick hat, kommt in § 310 Abs. 3 BGB ein vollständiges, spezielle Schutzinstrumente umfassendes Schutzkonzept zum Ausdruck⁵⁵¹. Der Schutz soll Käufern von Waren und Dienstleistungen zu Teil werden und inhaltlich vor Machtmissbrauch des Verkäufers oder des Dienstleistungserbringers schützen. Ein solcher Schutz ist insbesondere notwendig bei vom Verkäufer einseitig festgelegten Standardverträgen und bei dem missbräuchlichen vertraglichen Ausschluss von Rechten⁵⁵².

Diesem Schutzkonzept wollte der Gesetzgeber das Arbeitsverhältnis nicht unterstellen⁵⁵³. Während im allgemeinen Zivilrecht die Vertragsfreiheit nur vereinzelt eine Einschränkung

549 A.A. Hümmerich, AnwBl. 2002, S. 671, 676 ff. Zu den sozialrechtlichen Folgen von Aufhebungs- und Abwicklungsverträgen vgl. ausführlich Gaul, BB 2003, S. 2457 ff.

550 Auch wenn diese sich größtenteils überschneiden. Während die zugrunde liegende RL 1993/13/EWG den „Schutz (nur) der Verbraucher gegen alle gestellten missbräuchlichen Bedingungen“ bezweckt, verfolgte das AGB-Gesetz den „Schutz aller Kunden (nur) gegen gestellte missbräuchliche AGB“, vgl. hierzu ausführlich Wolf/Lindacher/Horn/Horn, § 24a, Rz. 4 ff.; Rieble/Klumpp, ZIP 2002, S. 2153, 2156; auch Lieb, FS-Ulmer, S. 1231, 1233, sieht in den Schutzmechanismen für Verbraucher und Arbeitnehmer ganz unterschiedliche, eigenständig strukturierte Schutzsysteme.

551 A.A. Preis/Preis, Der Arbeitsvertrag, I C, Rz. 47; ders. FS-BAG, S. 123, 136 ff.; Diehn, NZA 2004, S. 129, 130.

552 Vgl. 9. Erwägungsgrund der RL 1993/13/EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, welche u.a. durch § 24a AGB-Gesetz transformiert wurde, welcher nunmehr inhaltsgleich von § 310 Abs. 3 BGB abgelöst wurde.

553 So im Ergebnis auch Annuß, BB 2002, S. 458, 461; Hönn, ZfA 2003, S. 325, 346; a.A. Singer, RdA 2003, S. 194, 197; Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt/Henssler, Das neue Schuldrecht, S. 615, 634, Reichold, BAG-FS, S. 153, 175, die eine analoge Anwendung befürworten.

durch zwingendes, nicht dispositives Recht erfährt, folgt die überwiegende Anzahl arbeitsrechtlicher Kodifikationen dem Arbeitnehmerschutzprinzip⁵⁵⁴, welches der Vertragsfreiheit engere Grenzen setzt⁵⁵⁵. Das Recht ist insoweit einseitig zwingend, kann mithin nur zugunsten des Arbeitnehmers erweitert werden⁵⁵⁶.

Bislang sah sich das BAG durch das Institut der richterlichen Inhaltskontrolle berechtigt, auch Individualvereinbarungen⁵⁵⁷ zu überprüfen⁵⁵⁸. Durch die (modifizierte) Integration des Arbeitsrechts in das System der AGB-Kontrolle entfällt diese Möglichkeit, da die Kontrolle an den Klauselbegriff des § 305 Abs. 1, Satz 1 BGB geknüpft ist⁵⁵⁹ und die Erweiterung in § 310 Abs. 3 BGB keine Anwendung findet. In Zukunft werden daher Individualvereinbarungen kontrollfrei im Sinne des AGB-Rechts sein⁵⁶⁰. Sie sind lediglich an den durch die Generalklauseln vermittelnden Grenzen zu messen⁵⁶¹. Hierdurch entsteht ein Mehr an Vertragsfreiheit⁵⁶².

Gleiches gilt für das Widerrufsrecht der §§ 312, 355 BGB. Sie existierten bereits vor der Schuldrechtsreform⁵⁶³ und gehen auf europäische Richtlinien zurück⁵⁶⁴. Die dem § 312 BGB

554 Vgl. Eckert/Wallstein, Das neue Arbeitsvertragsrecht, S. 166; Hanau/Adomeit, Arbeitsrecht, Rz. 38; ähnlich Reichold, ZTR 2002, S. 202, 203; zu neuen Tendenzen, insbesondere den „negativen Auswirkungen“ von „zuviel“ Schutz vgl. Gitter/Michalski, Arbeitsrecht, S.10. Allgemein und lehrreich zum Arbeitnehmerschutzprinzip, insbesondere zu seinem Charakter als „offenes Prinzip“, welches weiterer Konkretisierung bedarf, und demnach einer unmittelbaren Rechtsanwendung nicht zugänglich ist, vgl. Preis, Grundfragen, § 10, S. 284.

555 Vgl. Brox/Rüthers, Arbeitsrecht, Rz. 1g; Meisel, Arbeitsrecht, Rz. 129; Kittner, Schuldrecht, Rz. 937, der davon spricht, dass der Gesetzgeber in die Vertragsfreiheit interveniert.

556 Vgl. Hanau/Adomeit, Arbeitsrecht, Rz. 31; Löwisch, Arbeitsrecht, Rz. 53, S. 16; Söllner/Waltermann, Grundriss des Arbeitsrechts, Rz. 111; Zöllner/Loritz, Arbeitsrecht, § 6; S. 66.

557 Zur Abgrenzung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen vgl. Wolf/Horn/Lindacher/Wolf, § 1 Rz. 42 f.; Staudinger/Schlosser, § 1 AGBG, Rz. 32 ff.

558 Vgl. BAG, Urteil vom 16.03.1994, 5 AZR 339/92, EzA § 611 BGB Ausbildungsbeihilfe Nr. 10; AP Nr. 18 zu § 611 Ausbildungsbeihilfe; BAG, Urteil vom 10.05.1962, AP Nr. 22 zu § 611 BGB Gratifikation; vgl. auch Darstellung bei Fastrich, Inhaltskontrolle, S. 161 ff.

559 Vgl. Söllner, ZfA 2003, S. 145, 159 f.; Stoffels, AGB-Recht, Rz. 182.

560 In diesem Sinne Thüsing, FS-Wiedemann, S. 559, 578; Richardi, NZA 2002, S. 1057, 1058; Gotthardt, Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsreform, Rz. 244; Kroiß/Fell, Klauselbuch Schuldrecht, § 3, Rz. 32; Lieb, Arbeitsrecht, Rz. 117; Preis/Preis, Der Arbeitsvertrag, I C, Rz. 46; ders. FS-BAG, S. 123, 136; Schimmel/Buhlmann/Ziemann, HbSchR, Rz. 53, S. 692; Hansen, ZGS 2004, S. 21, 23, der zu Recht darauf hinweist, dass den Arbeitgeber hierfür die Darlegungs- und Beweislast trifft; a.A. Hromadka, NJW 2002, S. 2523, 2525; Söllner/Waltermann, Grundriss des Arbeitsrechts, Rz. 120.

561 Vgl. Thüsing, BB 2002, S. 2666, 2667; Reuter, FS-BAG, S. 177, 195; Gotthardt, Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsreform, Rz. 245; in diese Richtung ist wohl auch Hönn, ZfA 2003, S. 325, 358 f. zu verstehen; a.A. im Ergebnis wohl Reichold, FS-BAG, S. 153, 158 ff.

562 Thüsing, BB 2002, S. 2666, 2667; Preis/Preis, Der Arbeitsvertrag, I C, Rz. 46.

563 Zum Umfang der Neuerungen vgl. Palandt/Heinrich, Vorb v § 312, Rz. 2; Einf v § 355, Rz. 1 ff.

564 Den jeweiligen Untertiteln, die im Anschluss an § 312 BGB und § 355 BGB folgen, liegen insgesamt vier Richtlinien zugrunde, wobei vorliegend lediglich die RL 1985/577/EWG vom 20.12.1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen, ABIEG Nr. L 372

zugrunde liegende RL 1985/577/EWG beschränkt sich gem. Art. 1 auf Verträge, die zwischen einem Gewerbetreibenden, der Waren liefert oder Dienstleistungen erbringt und einem Verbraucher geschlossen werden. Die aus den Erwägungsgründen ersichtliche Intention des Richtliniengebers besteht darin, missbräuchliche Handelspraktiken bei Haustürgeschäften zu unterbinden. Diese resultierten aus der fehlenden Möglichkeit des Verbrauchers, in den aufgezählten Situationen Vergleichsangebote einzuholen. Hierdurch nutze der Unternehmer regelmäßig ein Überraschungsmoment aus. Dieser müsse durch die Möglichkeit des Verbrauchers, die Verpflichtungen aus dem Vertrag noch einmal zu überdenken, kompensiert werden⁵⁶⁵. § 312 BGB will jedoch nicht die sich in allen Lebenslagen immer wieder ergebenden Unterschiede in der Stärke von Verhandlungspositionen ausgleichen⁵⁶⁶.

Eine derartige Situation ist bei arbeitsrechtlichen Verträgen nicht erkennbar, auch wenn die Initiative für den Abschluss von Änderungs-, Aufhebungs- und Abwicklungsverträgen meist vom Arbeitgeber ausgeht und diese auch am Arbeitsplatz geschlossen werden. Den Befürwortern eines Widerrufsrechts ist zu entgegen, dass dieses nicht etwa vor nachteiligen Verträgen generell schützt, sondern lediglich eine Informationsasymmetrie ausgleichen soll⁵⁶⁷. Während jedoch der beim Haustürgeschäft handelnde Verbraucher beispielsweise durch Vergleiche am Markt ein besseres Angebot auftut, ist der Beweggrund des Arbeitnehmers, einen Änderungs- oder Aufhebungsvertrag in Frage zu stellen, ein anderer. Es kann insoweit nicht um ein anderes Angebot gehen. Vielfach will er gar keinen Vertrag abschließen⁵⁶⁸. Die Vertragsabschlussituation mag für den Betroffenen Arbeitnehmer in einem solchen Fall subjektiv eine Drucksituation darstellen⁵⁶⁹. Wird diese durch widerrechtliche Drohung oder Täuschung herbeigeführt, so bedarf es bereits wegen der Anfechtungsmöglichkeit keiner Widerrufsmöglichkeit⁵⁷⁰. In allen übrigen Fällen muss man sich die Dimension klarmachen, welche eine Widerrufsmöglichkeit mit sich bringen würde.

vom 31.12.1985, S. 31 ff., von Interesse ist, da auf ihr die Norm des § 312 BGB beruht. Zu den weiteren RL vgl. Amtlicher Hinweis zu § 312 BGB und § 355 BGB.

⁵⁶⁵ Siehe insoweit Begründung zur RL 1985/577/EWG.

⁵⁶⁶ Kienast/Schmiedl, DB 2003, S. 1440, 1442; Rieble/Klumpp, ZIP 2002, S. 2153, 2157.

⁵⁶⁷ Vgl. hierzu ausführlich Brors, DB 2002, S. 2046, 2047.

⁵⁶⁸ Daher bereut er häufig auch im Nachhinein den Abschluss.

⁵⁶⁹ Diese ist mit Sicherheit unabhängig davon anzunehmen, ob der Arbeitnehmer an seinem konkret räumlichen Arbeitsplatz oder im Büro des Personalchefs kontrahiert. Insoweit ist Hümmelich, AnwBl. 2002, S. 671, 676 f., ausdrücklich zuzustimmen.

⁵⁷⁰ Vgl. Brors, DB 2002, S. 2046, 2047; Kienast/Schmiedl, DB 2003, S. 1440, 1442, weisen insoweit zu Recht darauf hin, dass beim Überschreiten der Grenzen eines fairen Verhandeln ein Anfechtungsrecht bestehe, zu den Voraussetzungen der Anfechtung vgl. Gitter/Michalski, Arbeitsrecht, S. 64 f.; Gaul, Aktuelles Arbeitsrecht 2, S. 458 f. Soweit eine unrichtige oder unvollständige Information des Arbeitgebers vorliegt, kommen zusätzlich Schadensersatzansprüche in Betracht, vgl. Senne, Arbeitsrecht, S. 228.

Einer der ältesten und wichtigsten vertraglichen Grundsätze – „pacta sunt servanda“ – würde aufgegeben und es käme zum „April-April-Syndrom“⁵⁷¹. Hierdurch würde man dem Arbeitnehmer letztlich die Fähigkeit absprechen, die ihm vorgelegten Verträge zu lesen und deren Inhalt zu erkennen. Dies sollte vermieden werden, da hiermit ein Rückschritt in eine Epoche verbunden wäre, die zu Recht als überwunden gilt. Das Bild des unmündigen Arbeitnehmers passt weder in die heutige Zeit noch ist es mit der Rechtsgeschäftslehre des Zivilrechts vereinbar⁵⁷².

Der Gedanke, dass der Inhalt des Vertrages selbst inhaltlich ausgeglichen sein müsse, lag den Schöpfern des BGB fern⁵⁷³. Derjenige, der sich ohne Drohung oder Täuschung leicht zum Vertragsschluss hinreißen lässt, hat in unserem Zivilrechtssystem grundsätzlich die Folgen zu tragen. Eine besondere rechtliche Schutzwürdigkeit kann ihm bereits aus Gründen der Gleichbehandlung nicht zuteil werden⁵⁷⁴, mag er auch später seine Entscheidung reuen. Tragfähige Gründe, weshalb dies im Arbeitsrecht nicht so sein sollte, sind nicht ersichtlich. Es obläge dem Gesetzgeber, wollte er das Maß an Bindungswirkung „arbeitsrechtlicher Willenserklärungen“ tatsächlich im Vergleich zu den übrigen zivilrechtlichen Schuldverträgen absenken, dies durch klare und eindeutige Gesetze zu tun. Hierbei müsste er jedoch auch einen nicht unerheblichen Begründungsaufwand leisten, möchte er sich nicht einen Bruch in der Zivilrechtsdogmatik vorwerfen lassen⁵⁷⁵.

571 Vgl. Senne, Arbeitsrecht, S. 229; Rieble/Klumpp, ZIP 2002, S. 2153, 2158.

572 Insoweit ist eine Grundproblematik der Vertragstheorie angesprochen, welche beispielsweise Preis, Grundfragen, § 6, S. 134, zwar in anderem Zusammenhang, aber dennoch treffend umschreibt: „Vertragsgestaltung findet unter den Bedingungen einer sozialen Marktwirtschaft statt, die einerseits dem Prinzip der Freiheit der Marktteilnehmer verpflichtet ist, zugleich aber auch für den sozialen Ausgleich zu sorgen hat. (...) Die Vertragsgestaltung bewegt sich damit in einem immer enger werdenden Terrain mit unsicherem Grenzverlauf. Bei der nicht zu bestreitenden sozialen Fortentwicklung des Privatrechts ist stets zu beherzigen, dass die Beseitigung der Privatautonomie zu Unfreiheit, zur Entmündigung vernunftbegabter Wesen und schließlich zur Unterdrückung der gestalterischen Kräfte einer Gesellschaft führt.“ Gegen eine solche Sichtweise auch BAG, Urteil vom 23.01.2002, 4 AZR 56/01, AP Nr. 5 zu § 2 NachwG; EzA § 2 NachwG Nr. 3, NZA 2002, S. 800, 803; - juris -, wo sogar darauf hingewiesen wird, dass einem mündigen Bürger sehr wohl abverlangt werden kann, sich über die tariflichen Bestimmungen wie auch deren Änderung Kenntnis zu verschaffen. Erst recht muss man dann von ihm erwarten dürfen, sich den Inhalt einer ihm angetragenen Vereinbarung durchzulesen.

573 Vgl. Preis, Grundfragen, § 6, S. 135.

574 In diesem Sinne auch Brors, DB 2002, S. 2046, 2048, die eine rechtlich relevante Informationsasymmetrie verneint, da es sich bei den in Frage stehenden Rechtskenntnissen nicht um Sonderwissen, sondern um allgemein zugängliche Informationen handelt, die der Arbeitnehmer in Erfahrung bringen kann.

⁵⁷⁵ Noch allgemeiner warnt Reichold, FS-BAG, S. 153, 156, insoweit vor der ideologisch bedingten Übersteigerung des Verbraucher- und Arbeitnehmerschutzes, um den Stellenwert privatautonomer Entscheidungen auch im Verhältnis ungleicher Marktpartner nicht ohne Not zu relativieren.

Auch das „Verbraucherleitbild“ der zugrunde liegenden Richtlinien geht grundsätzlich vom sog. mündigen Verbraucher⁵⁷⁶ aus. Liegt im Hinblick auf Sinn und Zweck einer bestimmten Verbraucherschutznorm gerade keine konkrete Verbrauchersituation vor, so muss der jeweils handelnde Bürger auch als mündig behandelt werden. Er muss daher die Konsequenzen seiner Willenserklärung tragen, zumal er im Hinblick auf unklare Erklärungen des Vertragspartners, sollten solche vorliegen, weiterhin den Schutz des Transparenzgebots genießt.

Der an dieser Stelle häufig zu findende Einwand, der nationale Geltungsbereich gehe über die RL 1993/13/EWG hinaus⁵⁷⁷, ist zwar richtig, trägt jedoch kein anderes Ergebnis. Da die RL in das bestehende AGB-Gesetz eingearbeitet wurde, kam es zwingend zur Fragestellung, ob weitergehende nationale Regelungen nunmehr der Einschränkung bedürfen. Da dies unter Hinweis auf die Erweiterungsklausel des Art. 8 der RL verneint wurde, lag hierin automatisch eine Erweiterung des Anwendungsbereichs. Diese konnte sich jedoch nicht auf die Arbeitgeber – Arbeitnehmer Situation erstrecken, da dieses Vertragsverhältnis im Zeitpunkt der Umsetzung ausdrücklich dem Geltungsbereich entzogen war. Auch in nachfolgenden Kodifikationen ist kein ausdrücklicher Einbeziehungswille des Gesetzgebers ersichtlich.

Der Wortlaut der Normen steht dem nicht entgegen. Im Ergebnis handelt es sich um eine Unterschreitung des nach dem Gesetzeswortlaut möglichen Anwendungsbereichs einer Norm, mithin um eine teleologische Reduktion⁵⁷⁸, welche dogmatisch anerkannt ist⁵⁷⁹. Dass es als unmittelbare Folge einer teleologischen Reduktion zu Unterschieden der Wortbedeutung „Verbraucher“ in den einzelnen Normen kommt, ist logische Konsequenz dieses methodischen Ansatzes und daher kein stichhaltiges Argument⁵⁸⁰.

Der eingeschränkte Regelungswillen des Gesetzgebers wird in den Gesetzesmaterialien zu § 310 Abs. 4 BGB deutlich, wonach mit der Inhaltskontrolle von Arbeitsverträgen eine

576 Zu diesem Begriff und seinen punktuellen Ausnahmen vgl. Borges, Inhaltskontrolle von Verbraucherverträgen, S. 43 f.; ausführlich zu den unterschiedlichen Verbraucherkonzeptionen, MüKo/Micklitz, Vor §§ 13, 14 BGB, Rz. 58 ff. Ausführlich zu den unterschiedlichen Interessenlagen, insbesondere aus ökonomischer Sicht, vgl. Reichold, FS-BAG, S. 153, 158 ff.

577 Vgl. Nachweise zum Vorstehenden oben Kapitel 1, B. I. 4.; Kapitel 2, A.

578 Zur Methode der teleologischen Reduktion allgemein, vgl. Larenz, Methodenlehre, S. 279; ausführlich, auch im Hinblick auf die Rspr. des BGH, vgl. Häsemeyer, FS-Ulmer, S. 1097 ff. Hümmerich, AnwBl. 2002, S. 671, 676 ff., scheint dieser juristischen Methode keine Wirkung beizumessen, anders ist es nicht erklärbar, dass er sich nicht damit auseinandersetzt, sondern sich auf ausschließlich auf scharf formulierte Allgemeinkritik beschränkt.

579 Vgl. Fiebig, DB 2002, S. 1608, 1609.

580 A.A. insoweit Reinecke, DB 2002, S. 583, 587.

Steigerung des Schutzniveaus erreicht werden soll. In Bezug auf die Einbeziehung und das Widerrufsrecht lässt sich ein solcher Regelungswillen jedoch nicht an den Gesetzesmaterialien festmachen. Gerade die nunmehr mögliche Inhaltskontrolle trägt der spezifisch im Arbeitsrecht vorliegenden Gefährdungssituation, die gerade nicht im Zeitpunkt des Abschlusses zu Tage tritt, ausreichend Rechnung. Soweit arbeitsrechtliche Verträge unangemessene Klauseln enthalten, können diese im Rahmen der Inhaltskontrolle korrigiert werden.

Hierdurch kann dem Schutzbedürfnis des Arbeitnehmers ausreichend und vor allem differenziert Rechnung getragen werden. Die Anwendung des § 312 BGB auf Aufhebungsverträge wäre eine systemwidrige Verdoppelung des Schutzes – Arbeitsrechtlicher Bestandsschutz plus Verbraucherschutz – und ginge zu Lasten anderer Arbeitnehmer⁵⁸¹.

B.III.2.b.c Ergebnis

Als Ergebnis kann somit festgehalten werden, dass der Arbeitnehmer zunächst Verbraucher im Sinne des § 13 BGB ist. Aufgrund der neutralen Ergebnisse von historischer, systematischer und objektiv-teleologischer Auslegung kommt dem Wortlaut der Norm hierfür entscheidende Bedeutung zu.

Hieraus folgt, dass sich die Höhe der Verzugszinsen für Forderungen auf dem Gebiet des Schuldrechts aus § 288 Abs. 1 BGB ergibt. Neben dem Wortlaut sprechen Intention der Regelung und die Pflicht zur europarechtskonformen Auslegung hierfür.

581 Rieble/Klumpp, ZIP 2002, S. 2153, 2161; ähnlich auch der Ansatz von Preis, SB zu 16/2003, S. 19, 24, der das Widerrufsrechts vertragstypenabhängig definiert. Voraussetzung ist insoweit, dass der entsprechende Vertrag im weitesten Sinne ein Vertriebsgeschäft darstellt.

Die Normen der §§ 310 Abs.3, 312, 355 BGB, die im Hinblick auf die Verbrauchereigenschaft des Arbeitnehmers eigentlich anzuwenden wären, sind für die Fälle teleologisch zu reduzieren, in denen der Arbeitnehmer statusrechtliche Verträge im Hinblick auf Begründung, Veränderung oder Aufhebung seiner Arbeitnehmereigenschaft abschließt⁵⁸².

582 Im Ergebnis auch LAG Hamm, Urteil vom 09.10.2003, 11 Sa 515/03 n.rk., ZIP 2004, S. 476 ff.; - juris -; Erman/Saenger, § 13, Rz. 15; Kroiß/Fell, Klauselbuch Schuldrecht, § 3, Rz. 40; Schimmel/Buhlmann/Ziemann, HbSchR, Rz. 213, S. 736; ähnlich Preis, SB zu 16/2003, S. 19, 22 ff.; Schliemann/Corts, Arbeitsrecht im BGB, Vor § 620, Rz. 23; die Frage, inwieweit darüber hinaus das Tatbestandesmerkmal des § 312 Abs. 1, Satz 1 BGB „an seinem Arbeitsplatz“ einer einschränkenden Auslegung bedarf, ist nach der hier vertretenen Ansicht nicht entscheidungserheblich, da bereits der Schutzbereich des Widerrufsrechts nicht eröffnet ist, vgl. hierzu BAG, Urteile vom 22.04. und 03.06.2004, 2 AZR 281/03, 2 AZR 427/03, NZA 2004, S. 1295 -juris -; Urteil vom 27.11.03, 2 AZR 135/03, EzA § 312 BGB 2002 Nr. 1; NZA 2004, S. 597, 600 f.; Reichold, FS-BAG, S. 153, 156 ff.; Kienast/Schmiedl, DB 2003, S. 1440, 1442 mwN; dies bejahend beispielsweise Henssler/Graf v. Westphalen/Schmidt, § 312, Rz 16 und Gaul, Aktuelles Arbeitsrecht 2, S. 150; Lieb, FS-Ulmer, S. 1231, 1238, der von einer baren Selbstverständlichkeit spricht, die jeder situativen Anstößigkeit entbehrt. Eine weite Auslegung dieses Tatbestandesmerkmals fordert Hümmerich, AnwBl. 2002, S. 671, 676 f. Die Anwendbarkeit des § 310 Abs. 3 BGB bejaht Reinecke, SB zu NZA 18/2004, S. 27, 36, sowie BAG, Urteil v. 25.05.2005, 5 AZR 572/04, Pressemitteilung Nr. 31/05 (noch nicht veröffentlicht).

C. Zeitlicher Anwendungsbereich

C.I. Allgemeines

Das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts ist gem. seinem Art. 9 Abs.1, Satz 3 zum 01.01.2002 in Kraft getreten. Grundlage des zeitlichen Geltungsbereichs bildet die Übergangsvorschrift des Art. 229, § 5 EGBGB. Ihr ist zu entnehmen, dass „altes Recht“ grundsätzlich dann Anwendung findet, wenn das Schuldverhältnis vor dem 01.01.2002 entstanden ist. Für Dauerschuldverhältnisse – somit auch für Arbeitsverhältnisse – bestimmt Satz 2 der Norm die Geltung ausschließlich „neuen Rechts“ für die Zeit ab 01.01.2003.

Dies hat zwei Folgen, die sich aus allgemeinen Grundsätzen sowie dem Umkehrschluss aus Art. 229, § 5, Satz 1 EGBGB ergeben⁵⁸³. Für alle Schuldverhältnisse – somit auch alle Arbeitsverträge⁵⁸⁴ – die am 01.01.2002 oder später geschlossen wurden, findet ausnahmslos „neues Recht“ Anwendung.

Auf sog. Altverträge, solche also die vor dem 01.01.2002 geschlossen wurden, findet bis einschließlich 31.12.2002 noch „altes Recht“, ab dem 01.01.2003 jedoch einheitlich „neues Recht“ Anwendung. Den rechtlichen Anknüpfungspunkt bildet insoweit der Vertragsschluss, mithin Angebot und Annahme⁵⁸⁵. Die Anwendbarkeit des alten Rechts setzt demnach den Zugang der Annahmeerklärung vor dem 01.01.2002 voraus.

Die Übergangsregelungen enthalten darüber hinaus in Art. 229, § 6 EGBGB spezielle Regelungen zum Verjährungsrecht und in Art. 229, § 7 EGBGB zu Zinsvorschriften.

583 Vgl. Däubler, NZA 2001, 1329, 1330; Gotthardt, Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsreform, Rz. 351.

584 Vgl. Lakies, NZA-RR, S. 337, 342.

585 Vgl. AnwKomm./Mansel, § 5 EGBGB 229, Rz. 21; ErfKomm/Preis, §§ 305 – 310 BGB, Rz. 23; Däubler, NZA 2001, S. 1329, 1330; zu den Möglichkeiten einer Rechtswahl im Übergangszeitraum vgl. Heß, NJW 2002, S. 253, 255 f.

Ausgehend von der thematischen Einordnung dieser Arbeit erscheinen sowohl die verjährungsrechtlichen als auch die zinsrechtlichen Übergangsvorschriften wenig ergiebig, so dass sich die Darstellung auf weitergehende Hinweise beschränkt⁵⁸⁶.

C.II. Problemfelder der Übergangsregelung

Die auf den ersten Blick eindeutige Übergangsvorschrift erweist sich auf den zweiten Blick als nicht ganz unproblematisch, insbesondere hinsichtlich ihrer inhaltlichen Reichweite während der Übergangszeit.

C.II.1 Problemaufriss

Im Gegensatz zum ursprünglichen Gesetzesentwurf ist die in § 28 Abs. 2 AGB-Gesetz bestehende Überleitungsregelung für Verträge, die vor dem In-Kraft-Treten des AGB-Gesetzes geschlossen wurden, nicht in die endgültige Fassung übernommen worden⁵⁸⁷. Die Differenzierung des Gesetzgebers knüpft vielmehr an den Charakter des Schuldverhältnisses an und unterscheidet zwischen solchen, die einen einmaligen Leistungsaustausch zum Gegenstand haben und sog. Dauerschuldverhältnissen, die wiederkehrende Rechte und Pflichten begründen. Der Gesetzgeber hat die Streichung dieser Überleitungsregel damit begründet, dass die Übernahme angesichts der Regelung in Art. 229 EGBGB-BE § 5, Satz 1 – welche wortgetreu auch Gesetz wurde – nicht erforderlich sei, da für Altverträge ohnehin das „alte Recht“ und damit auch die alte Übergangsregelung gelte⁵⁸⁸.

Diese Begründung überzeugt nicht. Ihr fehlt es an Eindeutigkeit und Präzision; für den Bereich des Arbeitsrechts galt eine Übergangsvorschrift vor dem 01.01.2002 gerade nicht⁵⁸⁹. Die Übergangsregelung des § 28 Abs. 2 AGB-Gesetz bezog sich ausschließlich auf Verträge über die regelmäßige Lieferung von Waren, die regelmäßige Erbringung von Dienst- und Werkleistungen sowie die Gebrauchsüberlassung von Sachen, soweit diese Verträge noch nicht abgewickelt sind. Derartige Verträge werden allgemein als Dauerschuldverhältnisse

586 Vgl. die ausführlichen Darstellungen bei Gotthardt, Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsreform, Rz. 355 ff. sowie Henssler/Graf v. Westphalen/Henssler, Einführung, Rz. 56 ff und Schwab/Witt, Einführung in das neue Schuldrecht, S. 61 ff.

587 Vgl. hierzu ausführlich Eckert/Wallstein, Das neue Arbeitsvertragsrecht, S. 180 f.

588 Vgl. BT-DS 14/7052, S. 207

589 Vgl. Gotthardt, Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsreform, Rz. 353

bezeichnet⁵⁹⁰, so dass ein Bezug des Gesetzgebers auf die Grundsatznorm des Art. 229, § 5, Satz 1 EGBGB als verfehlt erscheint, da Dauerschuldverhältnisse in Satz 2 der Norm eine spezielle Regelung erfahren.

Ob dies lediglich ein Redaktionsversehen darstellt⁵⁹¹ kann dahinstehen. Problematischer erscheint die materiell-rechtliche Reichweite. Gerade vor dem Hintergrund, dass auf dem Gebiet des Arbeitsrecht bis zum 31.12.2001 keine – zumindest unmittelbar – am AGB-Recht orientierte Inhaltskontrolle vorgesehen war, ist mit dem Geltungsbereich des neuen Rechts ab 01.01.2003, nämlich der Überprüfungsmöglichkeit auch von Altverträgen, eine verfassungsrechtliche Problematik zumindest berührt; namentlich die „Rückbewirkung von Rechtsfolgen“ bzw. „tatbestandliche Rückanknüpfung“⁵⁹².

C.II.2 Verfassungsrechtliche Bedenken

Es ist anerkanntermaßen Teil des Rechtsstaatsprinzips, dass dem – mit der Änderung von Rechtsvorschriften einhergehenden – enttäuschten Vertrauen der Bürger in den Fortbestand von Rechtsvorschriften durch die Teilgebote der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes enge Grenzen gesetzt sind⁵⁹³. Die neuere Verfassungsrechtsprechung unterscheidet insoweit zwischen „tatbestandlicher Rückanknüpfung“ und „Rückbewirkung von Rechtsfolgen“. Während innerhalb der ersten Fallgruppe vorrangig die betroffenen Grundrechte auf Verletzung hin überprüft werden – freilich unter Einbeziehung allgemeiner rechtstaatlicher Grundsätze – liegt das Prüfungsschwergewicht der zweiten Fallgruppe unmittelbar im Rechtsstaatsprinzip selbst, namentlich dem Vertrauensschutz und der Rechtssicherheit⁵⁹⁴.

590 Vgl. Wolf/Horn/Lindacher/Horn, § 28, Rz. 3.

591 So die Einschätzung von Eckert/Wallstein, Das neue Arbeitsvertragsrecht, S. 181.

592 Zu diesen Begriffen, die terminologisch die „echte“ und „unechte“ Rückwirkung abgelöst haben, vgl. Schmidt-Aßmann, in Hdb.d. Staatsrechts I, § 24, Rz. 86.

593 Vgl. Jarass/Pieroth/Jarass, Art. 2, Rz. 67 mwN.

594 Zum unterschiedlichen Prüfungsumfang vgl. ausführlich BVerfG, Beschluss vom 14.05.1986, 2 BvL 2/83, BVerfGE 72, S. 200, 242 f.

Der zwischen beiden Fallgruppen bestehende fließende Übergang verhindert eine trennscharfe Abgrenzung. Überwiegend wird zur Unterscheidung auf den tatbestandlichen Anwendungsbereich und den zeitlichen Bereich der Rechtsfolgenanordnung abgestellt⁵⁹⁵.

Normen, die zwar unmittelbar nur auf gegenwärtige, noch nicht abgeschlossene Sachverhalte für die Zukunft einwirken, damit aber zugleich die betreffende Rechtsposition nachträglich entwerten, sind der ersten Fallgruppe zuzuordnen.

Wenn ein Gesetz jedoch nachträglich ändernd in abgewinkelte, der Vergangenheit angehörende Tatbestände eingreift, werden Rechtsfolgen rückbewirkt⁵⁹⁶.

Der Gesetzgeber muss bei jeder Änderung die beiden Fallgruppen im Blick haben, wenn er sich für eine bestimmte Ausgestaltung entscheidet. Die Übergangsvorschrift des Art. 229, § 5, Satz 1 EGBGB trägt insbesondere der zweiten Fallgruppe Rechnung⁵⁹⁷. Was die Überleitung von Dauerschuldverhältnissen angeht, so ist den Materialien zur Schuldrechtsreform lediglich zu entnehmen, dass die Regelung sachlich gerechtfertigt sei, weil die neuen Vorschriften das bisherige Recht ohne Wertungswidersprüche fortentwickelte⁵⁹⁸. Eine verfassungsrechtliche Bewertung der Problematik sucht man indes vergebens.

Anders die Situation jedoch bei der Konzeption des § 28 Abs. 2 AGB-Gesetz, der Dauerschuldverhältnisse, welche vor In-Kraft-Treten des AGB-Gesetzes entstanden waren, lediglich einer Inhaltskontrolle anhand der Generalklausel des vormaligen § 9 AGB-Gesetz unterwarf, ohne hierfür eine Übergangszeit vorzusehen. Diese Norm wurde vom damaligen Gesetzgeber insbesondere mit ihrer vorwiegend klarstellenden Funktion begründet. Die hiernach anzuwendende Generalklausel sei lediglich eine gesetzliche Konkretisierung des das Vertragsrecht schon jetzt beherrschenden Grundsatzes von Treu und Glauben⁵⁹⁹. Das verfassungsrechtliche Problembewusstsein zeigt sich deutlich in den Gesetzesmaterialien. Entsprechende Bedenken, so der Gesetzgeber, bestünden nicht, da die in der Generalklausel

595 BVerfG, Beschluss vom 14.05.1986, 2 BvL 2/83, BVerfGE 72, S. 200, 242; Schmidt-Aßmann, in Hdb.d. Staatsrechts I, § 24, Rz. 86; Hesse, Grundzüge, Rz. 505

596 Die beiden Definitionen entsprechen der st. Rspr., vgl. nur BVerfG, Urteil vom 16.07.1985, 1 BvL 5/80, 1 BvR 1023, 1052/83 und 1227/84, BVerfGE 69, S. 272, 309 mwN; Schmidt-Aßmann, in Hdb.d. Staatsrechts I, § 24, Rz. 86 mwN.

597 Vgl. insoweit die Materialien zum inhaltsgleichen § 28 Abs. 1 AGB-Gesetz, BT-DS 7/3200, S. 24: „Der Entwurf sieht weitreichende Eingriffe in das bisherige Recht der AGB vor. Dies schließt es aus, das Gesetz auch auf Verträge anzuwenden, die unter Zugrundelegung von AGB vor Inkrafttreten des Gesetzes geschlossen worden sind; hiergegen müssten unter dem verfassungsrechtlichen Gesichtspunkt der (echten) Rückwirkung des Gesetzes erhebliche Bedenken bestehen.“

598 Vgl. BT-DS 14/6040, S. 273

599 Vgl. BT-DS 7/3919, S. 45

verwendeten unbestimmten Rechtsbegriffe in jedem Fall eine verfassungskonforme Auslegung ermögliche, eine Anwendung überdies nur für Rechte und Pflichten in Betracht komme, die den Vertragsparteien in Zukunft erwachsen⁶⁰⁰.

Sowohl die gesetzgeberische Prämisse, wonach Wertungsbrüche nicht zu erwarten seien, als auch das konkrete Ausmaß der Schuldrechtsmodernisierung für den Bereich des Arbeitsrechts geben Anlass zu einer weitergehenden Betrachtung, die indes – ausgehend vom Hauptthema der Arbeit – nur überblicksmäßig erfolgen kann.

C.II.3 Bewertung

Die Übergangsregelungen haben für die arbeitsrechtliche Vertragskontrolle eine andere Dimension. Da bis zum 31.12.2001 die Bereichsausnahme des § 23 Abs. 1 AGB-Gesetz eine „formale“ Prüfung anhand des AGB-Gesetzes ausschloss, kann die Prämisse des Gesetzgebers nicht überzeugen. Dass es aufgrund der nunmehr veränderten Prüfungsintensität nicht zu Wertungsbrüchen kommt, kann vom Gesetzgeber nicht einfach unterstellt werden. Er verkennt die Brisanz der Problematik. Unabhängig davon, welcher Fallgruppe der „Rückwirkung“ man den Anwendungsbefehl des Art. 229, § 5, Satz 2 EGBGB unterstellt, eine schlichte sachliche Rechtfertigung genügt in keinem Fall. Die vom Gesetzgeber geäußerte Hoffnung, die Parteien würden innerhalb der Übergangsfrist ihre Verträge an das neue Recht anpassen, erscheint im Arbeitsrecht abwegig⁶⁰¹.

Im Gegensatz zur Reichweite der Überleitungsvorschrift des § 28 Abs.2 AGB-Gesetz ist die Anwendbarkeit des neuen Rechts auf Altverträge ab dem 01.01.2003 nicht begrenzt. Sie werden, auch wenn sie beispielsweise vor dem 01.04.1977 geschlossen wurden, dem Wortlaut des Gesetzes nach vollumfänglich nach neuem Recht geprüft.

Trotz dieser Ungereimtheiten darf nicht der Blick dafür verloren gehen, dass die Neuregelungen anhand der aufgezeigten Grundsätze zu bewerten sind. Im Hinblick auf Dauerschuldverhältnisse – hier speziell in Form der Altverträge – stellt die Übergangsregelung einen Fall der „tatbestandlichen Rückanknüpfung“ dar. Zwar stammt der

600 Vgl. BT-DS 7/3919, S. 45

601 Dies erkennt auch Gotthardt, Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsreform, Rz. 353

ab dem 01.01.2003 zu bewertende Altvertrag aus einem Zeitraum, indem das Ausmaß der Reform für das Arbeitsrecht schwerlich erkennbar gewesen sein dürfte, jedoch zeitigt die Bewertung lediglich Rechtsfolgen für Lebenssachverhalte, die sich nach In-Kraft-Treten des Reformwerkes ereignen. Die Wirksamkeit von bestimmten arbeitsvertraglichen Klauseln kann durch die veränderte Prüfungssystematik nunmehr in Frage stehen. Dies stellt im Sinne der dargelegten Kriterien eine nachträgliche Entwertung bestimmter Rechtspositionen innerhalb einer noch nicht abgeschlossenen Rechtsbeziehung dar, welche grundsätzlich zulässig ist⁶⁰². Dies namentlich, wenn in die erforderliche grundrechtliche Bewertung die allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsätze des Vertrauensschutzes, der Rechtssicherheit, aber auch der Verhältnismäßigkeit eingeflossen sind⁶⁰³.

Hiernach begegnet die Neuregelung trotz des geringen Begründungsaufwandes des Gesetzgebers keinen durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken⁶⁰⁴.

Der Gesetzgeber konnte seinem Anliegen, auf Jahre hin die Geltung doppelten Rechts zu vermeiden⁶⁰⁵ und damit die Rechtseinheitlichkeit und Rechtssicherheit zu stärken, auf dem gewählten Weg Rechnung tragen. Die beiderseitig betroffenen Grundrechte der Art. 12 und 2 GG werden nicht in verfassungswidriger Art und Weise verletzt. Es war dem Reformgesetzgeber nicht verwehrt, die gegenläufigen Interessen gegeneinander abzuwägen und sie zu einem gerechten Ausgleich zu bringen⁶⁰⁶. Hinzu kommt, dass die konkreten Auswirkungen die vertragliche Grundlage der Arbeitsvertragsparteien nicht nachhaltig in ihrem Kernbereich berühren. Zum einen werden regelmäßig nur einzelne Vertragsklauseln einer veränderten Bewertung unterliegen, der Bestand des gesamten Vertrages somit nicht in Frage stehen. Zum anderen sind es in der Regel Klauseln, die vereinzelt Situationen innerhalb eines Arbeitsverhältnisses Rechnung tragen und somit nicht nachhaltigen und wiederkehrenden Einfluss haben. Schließlich bietet die an anderer Stelle ausführlich⁶⁰⁷ betrachtete Möglichkeit, „im Arbeitsrecht geltende Besonderheiten angemessen zu berücksichtigen“, auch eine konstruktive Handhabe, eventuell auftretenden Extremfällen in verfassungskonformer Weise zu begegnen⁶⁰⁸.

602 Vgl. hierzu BVerfG, Beschluss vom 15.10.1996, 1 BvL 44, 48/92, BVerfGE 95, S. 64, 86.

603 Vgl. BVerfG, Beschluss vom 14.05.1986, 2 BvL 2/83, BVerfGE 72, S. 200, 242 f.

604 A.A. Eckert/Wallstein, Das neue Arbeitsvertragsrecht, S. 182 f.

605 Vgl. BT-DS 14/6040, S. 273.

606 Vgl. BVerfG, Beschluss vom 24.03.1998, 1 BvL 6/92, BVerfGE 97, S. 378, 390.

607 Vgl. unten Kapitel 4, C. III., D.

608 Ein Beispiel hierzu findet sich bei Gotthardt, Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsreform, Rz. 353, der grundsätzlich das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion nach der Schuldrechtsreform für das

C.II.4 Ausgewählte Einzelprobleme

Der Vollständigkeit halber wird an dieser Stelle in der gebotenen Kürze auf zwei Konstellationen eingegangen, deren rechtliche Behandlung kontrovers diskutiert wird. Auch wenn die praktische Relevanz dieser Streitigkeiten spätestens dann gleich Null sein wird, wenn der letzte Prozess um die Wirksamkeit und den Umfang eines im Jahre 2002 geschlossenen Aufhebungsvertrags rechtskräftig abgeschlossen ist, so erfordert eine wissenschaftliche Auseinandersetzung im Rahmen des hier gewählten Themas auch insoweit eine Darstellung.

C.II.4.a Änderungsverträge

Fraglich ist, ob das alte Recht auch auf Änderungsverträge Anwendung findet, die im Jahre 2002 geschlossen wurden, wenn der ursprüngliche Vertrag aus der Zeit vor dem 01.01.2002 stammt. Als Beispiel mag hier eine weitere Befristung im Sinne des TzBfG dienen.

Der BGH hat zu der Übergangsregelung des Art. 9 des Gesetzes über Verbraucherkredite, zur Änderung der ZPO und anderer Gesetze⁶⁰⁹, welcher eine vergleichbare Übergangsregelung vorsah, entschieden⁶¹⁰, dass ein Änderungsvertrag, durch den innerhalb der vorgesehenen Gesamtlaufzeit des Kreditvertrags lediglich neue – der Marktentwicklung angepasste – Konditionen bei fortbestehendem Kapitalnutzungsrecht des Kreditnehmers festgelegt werden, nicht dem VerbrKrG unterfällt. Verallgemeinert bedeutet dies, dass bei unwesentlichen Vertragsänderungen keine Anwendung des jeweils neuen Rechts erfolgen soll⁶¹¹.

Zumindest für den Bereich des Arbeitsrechts scheint diese Einschätzung verfehlt. Die mit dem unbestimmten Rechtsbegriff dieser Formel einhergehende Rechtsunsicherheit⁶¹² ist auf dem Gebiet des Arbeitsrechts nicht hinzunehmen. Dies insbesondere, weil die mit der

Arbeitsrecht bejaht, jedoch für bestimmte Altverträge diese aus verfassungsrechtlichen Gründen zulassen will.

609 Gesetz vom 17.12.1990, BGBl. I S. 2840 ff.

610 Urteil vom 07.10.1997, XI ZR 233/96, NJW 1998, S. 602, 603

611 Vgl. Heß, NJW 2002, S. 253, 255

612 Diese Kritik klingt auch bei Heß, NJW 2002, S. 253, 255 an.

Schuldrechtsreform verbundenen Veränderungen in der Prüfungsintensität der Gerichte für Arbeitssachen zu umfangreich sind. Hiermit ist die Situation des VerbrKrG, welches das – zugegebenermaßen mit geringerem Schutzniveau ausgestatteten – AbzG abgelöst hat, nicht vergleichbar.

Für arbeitsvertragliche Änderungsverträge ab dem 01.01.2002 gilt daher unabhängig vom materiellen Gehalt der Änderungen stets das „neue Schuldrecht“⁶¹³. Dies wird durch die Materialien zu Art. 229, § 5 EGBGB bestätigt. Hiernach soll die Übergangszeit von 01.01.2002 bis zum 31.12.2002 von den Vertragsparteien der Dauerschuldverhältnisse⁶¹⁴ dazu genutzt werden, ihre Verträge an das neue Recht anzupassen⁶¹⁵. Im Abschluss eines Änderungsvertrages wird zum einen regelmäßig eine entsprechende Anpassung enthalten sein. Zum anderen würde die vom Gesetzgeber erhoffte Anpassung, die ja regelmäßig einen Änderungsvertrag darstellt, vom Grundsatz her weiterhin nach „altem Recht“ beurteilt werden. Es bedürfte somit einer ausdrücklichen Rechtswahlklausel. Obgleich eine solche zwar möglich wäre⁶¹⁶, so ist dem Gesetzgeber zu unterstellen, dass er mit dem Hinweis auf die erhoffte Vertragsangleichung gerade eine solche Anpassung im Blick hatte, die durch schlichte Vertragsänderung automatisch zur Anwendung des „neuen Rechts“ führt⁶¹⁷.

613 In diesem Sinne auch Gaul, *Aktuelles Arbeitsrecht* 1, S. 66; Heß, *NJW* 2002, S. 253, 255; a.A. Kienast/Schmiedl, *DB* 2003, S. 1440, 1442, die sowohl bei Änderungs- als auch Beendigungsvereinbarungen im Jahre 2002 altes Recht anwenden wollen, da ansonsten ein einheitliches Rechtsverhältnis nach zweierlei Recht beurteilt werden müsste. Sie verkennen jedoch insoweit, dass im Zuge der Anpassung durch den Änderungsvertrag gerade dies nicht mehr der Fall ist. Die Beurteilung nach neuer Rechtslage schlägt insoweit durch. Rechtliche Grundlage des Arbeitsverhältnisses ist ausschließlich der neue Vertrag.

614 Zur Auslegung dieses Merkmals im Rahmen von Art. 229, § 5 EGBGB vgl. Heß, *NJW* 2002, S. 253, 256

615 Vgl. *BT-DS* 14/6040, S. 273

616 Vgl. zu dieser Möglichkeit Palandt/Heinrichs, *EGBGB* 229 § 5, Rz. 2; Gotthardt, *Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsreform*, Rz. 352; Heß, *NJW* 2002, S. 253, 255 f.

617 Anders dürfe die Situation in Fällen des § 625 BGB sein, wenn es im Jahre 2002 zu einer stillschweigenden Verlängerung gekommen ist. Hierin kann keine auf dem relevanten Willen einer Partei beruhende Anpassung gesehen werden. Die gesetzlich angeordnete Rechtsfolge hat lediglich eine zeitliche Dimension, ohne dass der materielle Inhalt betroffen wird. Vergleichbar erscheint die Situation zu derjenigen, in der ein Kündigungsrecht nicht ausgeübt wird, vgl. Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer, § 28, Rz. 2 zur ähnlichen Übergangsregelung des AGB-Gesetzes.

C.II.4.b Aufhebungsverträge

Kontrovers sind die Ansichten im Hinblick auf das anzuwendende Recht soweit es um Aufhebungsverträge aus dem Jahre 2002 geht, wenn der aufgehobene Vertrag ein Altvertrag war.

Gotthardt⁶¹⁸ rückt den Wortlaut des Art. 229, § 5 EGBGB in den Vordergrund. Da ein Aufhebungsvertrag zwar ein Dauerschuldverhältnis beende, selbst jedoch keines darstelle, sei der Grundsatz des Art. 229, § 5 EGBGB einschlägig, so dass für solche Verträge stets neues Schuldrecht anzuwenden sei. Dies würde insbesondere die Möglichkeit der Klauselkontrolle nach §§ 305 ff BGB eröffnen. Der Aufhebungsvertrag sei ein vom Arbeitsvertrag unabhängiges, eigenständiges Rechtsgeschäft, welches bereits am BGB in der Fassung des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes zu messen sei⁶¹⁹.

Überzeugender erscheint es jedoch, auf die Reichweite des in Art. 229, § 5, Satz 1 EGBGB verankerten Grundsatzes abzustellen. Diese erstreckt sich auf das Schuldverhältnis im Ganzen, erfasst mithin seine Begründung, seine Durchführung und seine Beendigung⁶²⁰. Eine Aufspaltung in den ursprünglichen Arbeitsvertrag und einer im Jahr 2002 getroffenen Beendigungsvereinbarung würde dazu führen, dass ein einheitliches Schuldverhältnis nach zweierlei Recht beurteilt werden müsste⁶²¹. Soweit dieses Argument im Zusammenhang mit der Beendigung eines Altvertrages vorgebracht wird, vermag es zu überzeugen. Der Aufhebungsvertrag stellt den *actus contrarius* zum Arbeitsvertrag dar⁶²². Das Arbeitsverhältnis wird während seines gesamten Bestehens rechtlich einheitlich bewertet. Dies wird dem gesetzgeberischen Anliegen, Wertungsbrüche so weit als möglich zu vermeiden⁶²³, am ehesten gerecht.

618 Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsreform, Rz. 351.

619 ArbG Frankfurt/Oder, Urteil vom 29.05.2002, 6 Ca 500/02 n.rk., ZIP 2002, S. 2190, 2191; ZGS 2002, S. 418, 419 - juris -, der Ansicht der Kammer zufolge, trifft das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz auch zwischen 01.01. und 31.12.2002 unmittelbar den Aufhebungsvertrag und nur mittelbar den Arbeitsvertrag als Altvertrag; zu den möglichen Folgen, sollte ein Widerrufsrecht nach §§ 312, 355 BGB in einer Grundsatzentscheidung des BAG bejaht werden vgl. Kienast/Schmiedl, DB 2003, S. 1440, 1441

620 Vgl. Palandt/Heinrichs, EGBGB 229 § 5, Rz. 5; AnwKomm./Mansel, § 5 EGBGB 229, Rz. 30; Heß, NJW 2002, S. 253, 255; a. A. im Ergebnis BAG, Urteil vom 03.06.2004, 2 AZR 427/03, - juris -

621 Vgl. Kienast/Schmiedl, DB 2002, S. 1440, 1442.

622 Vgl. LAG Köln, Urteil vom 18.12.2002, 8 Sa 979/02 n.rk., DB 2003, S. 1447; a.A. Mengel, BB 2003, S. 1278, 1279.

623 Vgl. BT-DS 14/6040, S. 273

Diese Ansicht steht auch nicht zu der rechtlichen Bewertung von Änderungsverträgen in Widerspruch. Der Bewertung der Beendigung kommt eine abschließende Funktion zu. Das zu bewertende Rechtsverhältnis ist in Zukunft nicht mehr existent. Anders die Situation bei einem Änderungsvertrag. Dieser begründet ein neues, eigenständiges Dauerschuldverhältnis. Mag er auch Regelungen aus dem zuvor bestehenden Arbeitsvertrag übernehmen, so bildet er doch rechtlich gesehen die alleinige Grundlage für die in Zukunft entstehenden Rechte und Pflichten⁶²⁴. Es liegt demnach kein *actus contrarius* vor, sondern vielmehr ein *aliud*.

624 Die Vorbeschäftigungszeiten sind natürlich weiterhin für die Anwendbarkeit bestimmter Schutznormen von Interesse, beispielsweise die Errechnung der Kündigungsfrist nach § 622 BGB (soweit diese Norm Anwendung findet), oder die Wartefrist des § 1 Abs. 1 KSchG. Diese Normen beziehen sich gerade nicht auf den Arbeitsvertrag, sondern sprechen von „Bestand des Arbeitsverhältnisses“.

D. Zusammenfassung des dritten Kapitels in Thesen

- Die Schuldrechtsreform bringt auf dem Gebiet des Arbeitsrechts erhebliche Neuerungen, die teilweise ein Umdenken bei den Personenkreisen erfordern, die regelmäßig mit arbeitsvertraglichen Fragestellungen befasst sind.
- Die vom Gesetzgeber intendierte Annäherung von Zivil- und Arbeitsrecht auf dem Gebiet der AGB-Kontrolle findet namentlich in der Relativierung der Bereichsausnahme ihren Ausdruck.
- Neben vorformulierten, vom Arbeitsgeber gestellten Arbeitsverträgen findet nunmehr eine Überprüfung nach AGB-Recht bei allen Verträgen auf dem Gebiet des Arbeitsrechts, insbesondere auch bei Auflösungs- und Aufhebungsverträgen, statt.
- Etwaige Tarifverträge dienen hierbei jedoch für Außenseiter nicht auch als Maßstab. Auch bleibt der Bereich der Hauptleistungspflichten weiterhin kontrollfrei, solange die Rechte und Pflichten transparent ausgestaltet werden.
- Zwar ist der Arbeitnehmer unter die Legaldefinition des Verbrauchers in § 13 BGB zu subsumieren, jedoch finden die speziellen Normen der §§ 310 Abs.3, 312, 355 BGB bei arbeitsrechtlichen Verträgen keine Anwendung. Sie sind vielmehr teleologisch zu reduzieren, da die den Normen zugrunde liegende besondere Gefährdungssituation im Verhältnis Arbeitgeber – Arbeitnehmer nicht vorliegt. Sie passen von ihrem Sinn und Zweck her nicht. Forderungen, welche im Arbeitsverhältnis ihren Ursprung haben, sind weiterhin mit fünf Prozentpunkten über dem Basissatz nach § 247 BGB zu verzinsen.
- Ein am AGB-Recht orientierte Inhaltskontrolle von Individualvereinbarungen findet in Zukunft nicht mehr statt. Diese sind lediglich an den zivilrechtlichen Generalklauseln zu messen.

- Trotz der relativ kurzen Übergangsfrist für Arbeitsverträge, die vor dem 01.01.2002 geschlossen wurden, sind die einschlägigen Übergangsvorschriften verfassungskonform. Ab dem 01.01.2003 gilt für alle in der Bundesrepublik Deutschland bestehenden Arbeitsverträge das neue Schuldrecht, namentlich unterliegen sie einer AGB-Kontrolle.
- Gleiches gilt für Arbeitsverträge, welche am 01.01.2002 oder später geschlossen wurden. Soweit jedoch im Jahr 2002 geschlossene Auflösungs- und Aufhebungsverträge Arbeitsverhältnisse beendeten, welche vor dem 01.01.2002 begründet wurden, findet eine rechtliche Überprüfung ausschließlich nach „altem Recht“ statt

Kapitel 4 : Das modifizierte Prüfungsprogramm der Arbeitsvertragskontrolle nach der Schuldrechtsreform

A. Einleitung

Die nunmehr mögliche Inhaltskontrolle stellt das Herzstück der Neuerungen für das Arbeitsrecht dar⁶²⁵. So klar die in § 310 Abs. 4 BGB angeordnete Anwendbarkeit des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen auf den ersten Blick erscheint, so deutlicher offenbaren sich bei näherem Hinsehen Probleme⁶²⁶.

Neben der systematischen Beschreibung des konkreten Prüfungsprogramms und seiner inhaltlichen Ausgestaltung lässt insbesondere die Konkretisierung des neu eingeführten Merkmals, wonach im Arbeitsrecht geltende Besonderheiten angemessen bei der Anwendung zu berücksichtigen sind, einige Fragen offen. Die Arbeit wird den Versuch unternehmen, sowohl in systematischer als auch inhaltlicher Hinsicht zur Beantwortung dieser Fragen beizutragen und Licht ins Dunkel der arbeitsrechtlichen AGB-Kontrolle zu bringen.

Hierbei soll nicht verschwiegen werden, dass die nunmehr Gesetz gewordene Terminologie nicht neu ist. Das grundsätzliche Erfordernis, den Besonderheiten des Arbeitsverhältnisses bzw. des Arbeitsrechts bei der Inhaltskontrolle Rechnung zu tragen, wird bereits seit langem vielfach als selbstverständlich angesehen⁶²⁷. Der Gesetzgeber hat hiermit letztlich nur die Forderung der Wissenschaft aufgegriffen. Dies darf jedoch nicht den Blick dafür verstellen, dass die mit der Forderung verbundenen Konkretisierungsversuche dieses einschränkenden Kriteriums nur bedingt bei der nunmehr notwendigen inhaltlichen Ausgestaltung herangezogen werden können. Grund hierfür ist, dass auf die Besonderheiten des Arbeitsrechts bislang überwiegend im Zusammenhang mit der Inhaltskontrolle anhand der

625 Vgl. hierzu auch Gotthardt, Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsreform, Rz. 263; Annuß, BB 2002, S. 458, 460; Thüsing, BB 2002, S. 2666, 2672.

626 Zur grundsätzlichen Kritik an der neuen Formulierung vgl. Richardi, NZA 2002, S. 1057, 1060 f., der dem neu eingeführten Merkmal nur die Wirkung beimisst, dass die bislang praktizierten Angemessenheitskontrolle nicht mehr als juristisches Chamäleon gehandhabt werden kann, das nach Bedarf die Farbe wechselt.

627 Vgl. Wolf, RdA 1988, S. 270, 273; Preis, Grundfragen, § 9, S. 266; Hromadka, FS-Dieterich, S. 251, 257.

Generalklausel hingewiesen wurde⁶²⁸, mithin nur auf einen – wenngleich wohl den zentralen – Aspekt der AGB-Kontrolle. Anlässlich der aktuellen Gesetzeslage bedarf es jedoch einer umfassenden, systematischen Aufarbeitung und Bewertung dieses Merkmals.

B. Systematische Betrachtung

Das Prüfungsprogramm der originären zivilrechtlichen AGB-Kontrolle gliedert sich neben der Einbeziehungskontrolle bekanntlich in die Inhaltskontrolle anhand der Generalklauseln des § 307 BGB sowie die Klauselkontrolle mit und ohne Wertungsmöglichkeit, welche sich nunmehr in §§ 308, 309 BGB findet.

Ohne unmittelbar auf die Besonderheiten des Arbeitsrechts zurückzugreifen⁶²⁹ stellt sich die Frage, ob diese geschichtete Prüfungsintensität gleichsam innerhalb der arbeitsrechtlichen Inhaltskontrolle vorzunehmen ist.

B.I. Wortlaut und gesetzgeberische Intention des § 310 Abs. 4, Satz 2 BGB

Der Wortlaut der Bereichseinschränkung gibt hierüber keinen Aufschluss, da er eine Inhaltskontrolle im Arbeitsrecht nicht ausdrücklich anordnet, sondern sie vielmehr voraussetzt.

Als aufschlussreicher erweisen sich jedoch die Gesetzesmaterialien. Anlässlich der Reaktion der Bundesregierung auf die Prüfbitten des Bundesrates hinsichtlich der Streichung der Bereichsausnahme findet sich die Erwartung, dass „vor allem die besonderen Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeiten im Arbeitsrecht nicht zwingend uneingeschränkt zur Anwendung kommen“⁶³⁰ sollen. Man mag diese Begründung als misslungen ansehen oder sie als unglücklich bezeichnen, bringt sie doch durch ihre unbestimmten Formulierungen die

628 So ausdrücklich Preis, Grundfragen, § 9, S. 266; weniger deutlich Wolf, RdA 1988, S. 270, 273; nicht auf die Generalklausel des früheren § 9 AGB-Gesetz, sondern die Generalklausel des § 242 BGB abstellend Hromadka, FS-Dieterich, S. 251, 257.

629 Vgl. zu diesem zweistufigen Aufbau Henssler, RdA 2002, S. 129, 137.

630 BT-DS 14/6857, S. 54.

gesetzgeberische Unsicherheit deutlich zum Ausdruck⁶³¹. Klar wird aber, dass der Gesetzgeber von einer grundsätzlichen Anwendbarkeit der §§ 307 – 309 BGB auf dem Gebiet des Arbeitsrechts ausgeht, auch wenn er weitere Konkretisierungsmerkmale vermissen lässt. Die Anwendbarkeit ist eben nicht uneingeschränkt und zwingend, jedoch grundsätzlich gegeben⁶³².

B.II. Zwischenergebnis

Ist demnach auch die arbeitsrechtliche Inhaltskontrolle anhand des gesamten Prüfungsprogramms des AGB-Rechts vorzunehmen, so ist die Prüfungsreihenfolge bei der Inhaltskontrolle vorgezeichnet.

Die jeweils in Frage stehenden Klauseln in arbeitsrechtlichen Verträgen sind zunächst daraufhin zu untersuchen, ob sie sich unter die enumerative Aufzählung in § 309 BGB oder § 308 BGB subsumieren lassen. Hierbei darf bereits die aufgezeigte gesetzgeberische Erwartung nicht vernachlässigt werden. Die hinter einem speziellen Klauselverbot stehende gesetzgeberische Intention muss daraufhin überprüft werden, ob sie auch im Bereich des Arbeitsrechts als tragfähig erscheint. Da beide Normen einen unterschiedlichen Prüfungsmaßstab verfolgen, müssen die in einem zweiten Schritt⁶³³ aufgrund arbeitsrechtlicher Besonderheiten zu ermittelnden Kontrollhürden dieser Tatsache Rechnung tragen⁶³⁴.

Erst wenn die zu kontrollierende Klausel diesem Katalog nicht zuzuordnen ist, erfolgt ein Rückgriff auf die Generalklauseln des § 307 BGB. Auch deren Prüfungsdichte ist unter Berücksichtigung etwaiger Besonderheiten zu ermitteln, bevor – wie in den Fällen der §§ 309, 308 BGB auch – ein endgültiges Urteil über den Bestand der entsprechenden Klausel zu treffen ist.

631 Hromadka, NJW 2002, S. 2523, weist nicht zu Unrecht darauf hin, dass eine AGB-Vorschrift solcher Art kaum die Transparenzkontrolle passieren würde.

632 In diesem Sinne auch Richardi, NZA 2002, S. 1057, 1061; Henssler, RdA 2002, S. 129, 138; Singer, RdA 2003, S. 194, 201; Schimmel/Buhlmann/Ziemann, HbSchR, Rz. 44, S. 689; a.A. Lingemann, NZA 2002, S. 181, 183, der von einer grundsätzlichen Unanwendbarkeit der §§ 308, 309 BGB auf dem Gebiet des Arbeitsrechts ausgeht; etwas unklar insoweit Hromadka, NJW 2002, S. 2523, 2528, der anscheinend auch § 308 BGB nicht zwingend uneingeschränkt angewendet wissen will, ohne jedoch geeignete Kriterien zu nennen.

633 Dies ist nicht gleichzusetzen mit zweiter Prüfungsstufe, ausführlich hierzu unten C. III., D.

634 Vgl. Henssler, RdA 2002, S. 129, 137.

C. Materiell-inhaltlichen Prüfungsdichte

Der zweite Teil der Inhaltskontrolle ist maßgeblich von dem neu eingefügten Erfordernis, „die im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten angemessen zu berücksichtigen“, geprägt⁶³⁵. Diesen gesetzgeberischen Prüfungsauftrag dogmatisch auszugestalten, ihn mit Leitlinien zu versehen und inhaltlich zu konkretisieren, dürfte die entscheidende Aufgabe der Rechtsprechung in den nächsten Jahren sein⁶³⁶, will sie sich nicht abermals der Kritik aussetzen, die im Geltungsbereich des alten Schuldrechts geäußert wurde⁶³⁷. Hierbei ist indes auch die Rechtswissenschaft gefordert, diskussionsfähige Ansätze zu schaffen und kritische Anmerkungen zu geben, um die Entwicklung von Anfang an auf breiter Basis zu begleiten und zu beeinflussen⁶³⁸ um die Integrationskraft der zu entwickelten Ergebnisse zu stärken.

635 Thüsing, NZA 2002, S. 591, bezeichnet das neu eingefügte Merkmal sehr treffend als „Neologismus der Gesetzessprache“ und weist treffend darauf hin, dass – juris – keine Entscheidung deutscher Gerichte verzeichnet, in der auf diese Terminologie zurückgegriffen wird. Nach Ansicht von Richardi, NZA 2002, S. 1057, 1063, ist die Neuregelung völlig unbestimmt und bietet keine Rechtssicherheit. Eckert/Wallstein, Das neue Arbeitsvertragsrecht, S. 167, weisen im Hinblick auf die im Rahmen der Gesetzgebung erst spät erfolgte Streichung der Bereichsausnahme darauf hin, dass das AGB-Recht keine speziellen arbeitsrechtlichen Aspekte enthalte. Daher passten einige Regelungen nicht, andere wiederum stünden in eklatantem Widerspruch zu der bisherigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts.

⁶³⁶ Dies sehen auch Reichhold, FS-BAG, S. 153, 173; Joost, FS-BAG, S. 49, 58 so; ähnlich im Hinblick auf die Ermittlung von „Besonderheiten“ Dorndorf, FS-BAG, S. 19, 25 f.

⁶³⁷ Hierzu fordert Thüsing, NZA 2002, S. 591, 595, unmissverständlich auf, wobei seine Kritik an der bisherigen Rechtsprechung eher zwischen den Zeilen anklingt, dazu ausführlich oben Kapitel 1, B. III.

⁶³⁸ Auf dieses Erfordernis weist Joost, FS-Ulmer, S. 1199, 1204 zu Recht hin.

C.I. Bedeutung der im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten

Die Bedeutung und Reichweite dieser Bereichseinschränkung, welche auch als Besonderheitenregel bezeichnet wird⁶³⁹, ist vielschichtig. Wenn der Gesetzgeber die Neuerung damit begründet, dass die besonderen Bedürfnisse eines Arbeitsverhältnisses berücksichtigt werden sollten⁶⁴⁰ und damit gleichzeitig die Erwartung verbindet, „dass den Besonderheiten spezifischer Bereiche des Arbeitsrechts, wie z.B. des kirchlichen Arbeitsrechts, angemessen Rechnung getragen werden kann“⁶⁴¹, so kommt darin eine materiell-inhaltliche Komponente zum Ausdruck.

C.I.1 Problemaufriss

Hiermit ist jedoch lediglich ein Aspekt angesprochen, welcher seinerseits einer weiteren Konkretisierung bedarf. Weder Wortlaut noch Gesetzesbegründung geben insoweit Anhaltspunkte, auf welchen Ebenen die geforderte, angemessene Berücksichtigung stattfinden soll. Dass sie bei der eigentlichen Inhaltskontrolle einen Hauptanwendungsbereich hat, unterliegt keinerlei Zweifeln. Spannender erscheint jedoch die Frage, ob sie darüber hinaus auch Einfluss auf die Legaldefinition der Allgemeinen Geschäftsbedingung im Arbeitsrecht und die Einbeziehungskontrolle hat⁶⁴². Auch eventuelle Auswirkungen auf die im AGB-Recht vorgesehenen Rechtsfolgen, sollte eine Klausel unwirksam sein, sind nicht ausgeschlossen.

C.I.1.a Funktional-systematische Einordnung

Der Wortlaut des Merkmals bezeichnet sowohl den Anwendungsbereich, indem, ausgehend von der Bezugnahme in § 310 Abs. 4, Satz 1 BGB, der gesamte zweite Abschnitt des zweiten

639 Vgl. Birnbaum, NZA 2003, S. 944, 946.

640 Vgl. BT-DS 14/6857, S. 54.

641 BT-DS 14/7052, S. 189.

642 Die Wirkung der Sonderregel innerhalb des gesamten Abschnitts der Gestaltung von rechtsgeschäftlichen Schuldverhältnissen durch Allgemeine Geschäftsbedingungen stellt Joost, FS-Ulmer, S. 1199, 1202 f., ausdrücklich fest. Vgl. auch Schimmel/Buhlmann/Ziemann, HbSchR, Rz. 59 ff., S. 694 f., ausdrücklich für den Bereich der Einbeziehungskontrolle.

Buches umfasst wird⁶⁴³. Darüber hinaus findet sich eine erste Konkretisierung der Prüfungsintensität. Die Besonderheiten des Arbeitsrechts sind hiernach innerhalb der gesamten AGB-Kontrolle nicht lediglich zu beachten, sondern angemessen zu berücksichtigen.

Systematisch lässt sich die Bereichseinschränkung somit unterteilen in einen materiell-inhaltlichen Teil und in einen Teil, der die Art und Weise der Berücksichtigung beschreibt. Mit der gesetzgeberischen Forderung der angemessenen Berücksichtigung wird primär der Abwägungsvorgang angesprochen, wobei noch zu untersuchen sein wird, ob hiermit nicht Modifikationen hinsichtlich möglicher Rechtsfolgen eröffnet werden. Zunächst soll der Blick auf den materiell-inhaltlichen Teil gerichtet werden, bevor in einem zweiten Schritt die Art und Weise der Berücksichtigung unter dogmatischen Gesichtspunkten begutachtet wird. Erst hiernach wird versucht, ein geschlossenes Konzept von Leitlinien zu entwickeln, welches als Grundlage einer AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht dient.

C.I.1.b Materieell-inhaltliche Konkretisierung

Die vom Gesetzgeber gewählte Formulierung ist an dieser Stelle, insbesondere im Hinblick auf die verwendeten unbestimmten Rechtsbegriffe⁶⁴⁴, als Generalklausel zu klassifizieren⁶⁴⁵. Charakteristikum einer jeden Generalklausel ist es, dass genau genommen eine Regelungslücke vorliegt⁶⁴⁶, welche der weiteren Konkretisierung bedarf⁶⁴⁷. Diese hat stets mit dem möglichen Wortsinn – verstanden als Sprachgebrauch der Rechtsgemeinschaft – zu beginnen, muss allerdings nicht zwingend hier enden, wenn eine Rechtsfortbildung geboten ist⁶⁴⁸. Ziel kann es hierbei lediglich sein, Leitlinien zur Herangehensweise zu entwickeln und nicht etwa die Besonderheiten des Arbeitsrechts in einem abschließenden Katalog zu benennen. Ähnlich wie bei anderen Generalklauseln ist ihr eine ständige Weiterentwicklung,

643 So auch ausdrücklich Joost, FS-Ulmer, S. 1199, 1203 f.; Gotthardt, Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsreform, Rz. 236; Söllner, ZfA 2003, S. 145, 157.

644 Vgl. Gotthardt, Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsreform, Rz. 236.

645 In diesem Sinne auch Richardi, NZA 2002, S. 1057, 1061; Thüsing, NZA 2002, S. 591, 595; Dorndorf, FS-BAG, S. 19, 26, spricht von einer „generalklauselartigen Ermächtigung“; Ebeling, Bezugnahme auf Tarifverträge, S. 193, der an der Verfassungsmäßigkeit der Norm zweifelt (S. 253).

646 Vgl. Richardi, NZA 2002, S. 1057, 1061.

647 Hierzu allgemein Zippelius, § 9, S. 46 f, § 16, S. 98 ff; Larenz, Methodenlehre, S. 111 f., 176 ff., sieht hierin regelmäßig einen ausfüllungsbedürftigen Wertungsmaßstab, welcher der Konkretisierung bedarf.

648 Vgl. hierzu ausführlich Zippelius, § 9, S. 47 f.; zur Dogmatik der Gesetzesauslegung allgemein vgl. Larenz, Methodenlehre, S. 200 ff.

beispielsweise durch Bildung von Fallgruppen, immanent⁶⁴⁹, was letztlich den dynamisch-korrektiven Charakter einer jeden Generalklausel ausmacht. Um dieses Ziel zu erreichen sollen zunächst ausgewählte, bislang unternommene Konkretisierungsversuche dargestellt werden, bevor nach einer kritischen Reflektion ein eigener Ansatz entwickelt wird.

C.I.2 Bisherige Konkretisierungsversuche

Den meisten bislang zu findenden Konkretisierungsversuchen ist gemein, dass sie weniger vom Bestreben nach dogmatischer Fundiertheit und Geschlossenheit als von pragmatischer Zweckmäßigkeit getragen sind. Eine methodisch-systematische Betrachtung wird meist nicht angestellt, vielmehr sind es einzelne Beurteilungspunkte, teilweise sogar unbegründete Hypothesen, die in den Vordergrund gerückt werden. Hierbei wird überwiegend nur auf die Besonderheiten des Arbeitsrechts eingegangen. Die Prüfungsintensität in Form der angemessenen Berücksichtigung wird allenfalls in einem Nebensatz angesprochen, ohne sie jedoch näher zu erläutern⁶⁵⁰.

Der extremste Weg, die Besonderheiten des Arbeitsrechts zu konkretisieren, besteht darin, dem Merkmal jegliche praktische Relevanz abzusprechen⁶⁵¹ und es zur leer laufenden Floskel zu degradieren. Ohne es explizit zu benennen, wird somit für eine Umsetzung der zivilrechtlichen AGB-Rechtsprechung „Eins zu Eins“ ins Arbeitsrecht plädiert. Andere sehen den Hauptanwendungsbereich bei der Prüfung anhand der Generalklauseln des § 307 BGB, prognostizieren indes keine substantiellen Neuerungen gegenüber der bislang vom BAG praktizierten Rechtsprechung⁶⁵², was im Ergebnis das genaue Gegenteil der zuvor dargestellten Ansicht bedeutet. Gleichzeitig wird darauf hingewiesen, dass die

649 Zu § 242 BGB vgl. beispielsweise Palandt/Heinrichs, § 242 BGB, Rz. 1, 2, 13.

650 So z.B. Berkowsky, AuA 2002, S. 11, 15, der den Anwendungsbereich der Angemessenheitsklausel insbesondere dort sieht, wo einzelne Vorschriften des neuen AGB-Rechts auf Arbeitsverträge nicht passten. Dies gewährleiste die praktische Konkordanz zwischen AGB-Recht und den Besonderheiten des Arbeitsvertragsrechts.

651 Henssler/Graf v. Westphalen/Graf v. Westphalen, § 310, Rz. 7. Zur Begründung wird auf einen Vergleich mit der in § 310 Abs. 1 BGB für den Handelsverkehr vorgesehenen Einschränkung abgestellt, welche sich auch nicht gegenüber § 307 BGB durchsetzen könne.

652 Berkowsky, AuA 2002, S. 11, 15; in diese Richtung tendiert auch Reichold, ZTR 2002, S. 202, 205, der der Gesetzesänderung weniger eine materiell-inhaltliche Reichweite zugesteht, mit ihr vielmehr die Herausforderung eröffnet sieht, ein systematisches Leitbild ausgewogener Arbeitsvertragsgestaltung zu entwickeln. Auch nach Bauer/Kock, DB 2002, S. 42, 45, soll als Maßstab für die Inhaltskontrolle bei Arbeitsverträgen wie bisher die Rechtsprechung des BAG zur sog. „Billigkeitskontrolle“ arbeitsvertraglicher Vereinbarungen zu berücksichtigen sein. Ganz ähnlich auch AnwKomm./Heinrichs, § 310 BGB, Rz. 17, der lapidar feststellt: Für die Praxis dürfte sich letztlich wenig ändern. In diesem Sinne auch Andersen/Luther, Die Schuldrechtsreform, S. 121.

Sonderregelung für den ganzen Abschnitt über die Gestaltung rechtsgeschäftlicher Schuldverhältnisse durch Allgemeine Geschäftsbedingungen gelte⁶⁵³. Eine weitere Konkretisierung erschöpft sich darin, dass vor allem die Gesichtspunkte relevant seien, die bislang die Herausnahme der Arbeitsverträge aus der allgemeinen Inhaltskontrolle getragen haben. Dies sei namentlich das zu Gunsten des Arbeitnehmers bestehende engmaschige System arbeitsrechtlicher Schutznormen⁶⁵⁴. Andere Autoren versuchen mit Blick auf spezielle, häufig verwendete arbeitsvertragliche Klauseln einen höheren Konkretisierungsgrad zu erreichen. Hierbei versuchen sie zunächst eine Subsumtion unter die einzelnen Klauselverbote der §§ 308 und 309 BGB, um dann durch Vergleich mit dem allgemeinen Zivilrecht Unterschiede herauszuarbeiten, welche als „Besonderheiten“ zu verstehen sind⁶⁵⁵. Dies soll dann dazu führen können, dass bestimmte Klauselverbote überhaupt keine Anwendung finden⁶⁵⁶. Eine weitere Meinungsgruppe sieht die Wirkungen vorwiegend prozessual. So soll die Arbeitsgerichtsbarkeit hierdurch ermächtigt sein, in dem einen oder anderen Fall von der Judikatur des BGH abzuweichen, ohne den gemeinsamen Senat der Obersten Gerichtshöfe des Bundes anrufen zu müssen⁶⁵⁷. So soll unter Rekrutierung der Besonderheiten des Arbeitsrechts eine geltungserhaltende Reduktion – entgegen der ständigen Rechtsprechung des BGH – weiterhin möglich sein⁶⁵⁸. Wiederum andere beschränken sich darauf, einzelne Kriterien als arbeitsrechtliche Besonderheiten zu qualifizieren. Neben dem Direktionsrecht⁶⁵⁹ werden auch auf die arbeitsrechtlichen Gestaltungsfaktoren – Gesetz, Tarifvertrag, Betriebs-/Dienstvereinbarung und Arbeitsvertrag – abgestellt⁶⁶⁰. Vielfach wird das Merkmal ohne nähere Konkretisierung verwendet, um bestimmte Ergebnisse zu

653 Vgl. Joost, FS-Ulmer, S. 1199, 1202 f.

654 So Annuß, BB 2002, S. 458, 461; ähnlich auch Lingemann, NZA 2002, S. 181, 183, der jedoch darüber hinaus auch eine prozessuale Wirkung anerkennt.

655 Beispiele finden sich hier u.a. bei Löwisch, FS-Wiedemann, S. 311, 317 ff.; Oetker, FS-Wiedemann, S. 383, 393 ff., der insbesondere arbeitsvertragliche Bezugnahme Klauseln im Blick hat; Henssler, RdA 2002, S. 129, 137 ff.

656 Vgl. Gotthardt, Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsreform, Rz. 272 ff.; ErfKomm./Preis, §§ 305 – 310 BGB, Rz. 14.

657 Vgl. Däubler, NZA 2001, S. 1329, 1335; Lingemann, NZA 2002, S. 181, 183; weitergehend Eckert/Wallstein, Das neue Arbeitsvertragsrecht, S. 170 f., die in der Formulierung die Legitimation sehen, „dass die Arbeitsgerichte frei entscheiden können, ob sie eine bestimmte Regelung des AGB-Rechts auch im Arbeitsrecht anwenden oder hiervon abweichen.“ Dies führt ihrer Ansicht nach zu einer unterschiedlichen Entwicklung von AGB-Kontrolle im allgemeinen Zivilrecht einerseits und im Arbeitsrecht andererseits.

658 Vgl. Gotthardt, ZIP 2002, S. 277, 289; Lingemann, NZA 2002, S. 181, 187; Thüsing, BB 2002, S. 2666, 2668.

659 Vgl. Eckert/Wallstein, Das neue Arbeitsvertragsrecht, S. 148.

660 So Hromadka, NJW 2002, S. 2523, 2528, der eine Liste mit neun Punkten entwickelt.

rechtfertigen⁶⁶¹. Die Möglichkeit, Besonderheiten auch bei der Einbeziehungskontrolle zu berücksichtigen, klingt vereinzelt an⁶⁶².

Thüsing⁶⁶³ unternimmt den Versuch einer umfassenden Konkretisierung. Er analysiert hierbei die einzelnen Wortbestandteile des Merkmals und reichert sie inhaltlich an. Hinsichtlich des Teiles „Besonderheiten“ kommt er zu dem Ergebnis, dass solche dann nicht vorliegen, wenn für den Arbeitsvertrag geltende Vorschriften auch für andere Verträge gelten⁶⁶⁴. Ein Hauptergebnis der Analyse des Bestandteils „Arbeitsrechts“ besteht darin, dass er lediglich rechtliche Besonderheiten und nicht auch tatsächliche Momente genügen lassen will⁶⁶⁵. Weder bisherige Üblichkeit bestimmter Klauseln noch die besondere Situation der Arbeitsvertragsparteien sind für ihn geeignete Konkretisierungselemente. Die Auslegung des Arbeitsrechts wiederum ist jedoch weit, so dass seiner Ansicht nach auch sozialrechtliche Vorschriften hierunter fallen können⁶⁶⁶. Der bisherigen Rechtsprechung des BAG möchte er durch ein Kontinuitätsgebot bei der Auslegung des § 307 BGB Rechnung tragen, mit dem er letztlich auch den Fortbestand der geltungserhaltenden Reduktion begründet⁶⁶⁷.

Eine weitere, detaillierte Konkretisierung findet sich bei Birnbaum⁶⁶⁸. Für ihn erscheint es unmöglich, zwischen rechtlichen und tatsächlichen Besonderheiten sauber zu differenzieren⁶⁶⁹. Er möchte das Merkmal vielmehr enger und formeller verstanden wissen und sucht nach Besonderheiten innerhalb des Rechtsgebiets „Arbeitsrecht“. So stellt für ihn beispielsweise das „Arbeitsverhältnis auf Abruf“ im Sinne des § 12 TzBfG oder das „Wiedereingliederungsrechtsverhältnis“ im Sinne des § 74 SGB V eine derartige

661 In diesem Sinne beispielsweise Preis/Preis, Der Arbeitsvertrag, II A 150, Rz. 39. Insoweit fällt auf, dass der Anwendungsbereich der „Besonderheiten des Arbeitsrechts“ nicht begründet, sondern in dem Sinne vorausgesetzt wird, dass §§ 308, 309 BGB uneingeschränkt Anwendung finden. Vgl. z.B. II B 30, Rz. 3 ff., II V 30, Rz. 31, II Z, Rz. 14. Ohne sachliche Konkretisierung verwendet auch Ziemann, Schimmel/Buhlmann, HbSchR, Rz. 63 ff., S. 695 f., den Begriff. Er unterscheidet verschiedene Fallgruppen (Arbeitsvertragliche Einheitsregelung, Gesamtzusagen, Formulararbeitsbedingungen, Allgemeine Arbeitsbedingungen und betriebliche Übung), innerhalb derer er pauschal „Besonderheiten“ anerkennt oder generell ablehnt; ausführlich hierzu unten Kapitel 5.

662 Vgl. Bauer/Diller, NJW 2002, S. 1609, 1613 f.; Joost, FS-Ulmer, S. 1199, 1202.

663 Vgl. NZA 2002, S. 591 ff.; ders. BB 2002, S. 2666, 2672 ff.

664 NZA 2002, S. 591, 592.

665 NZA 2002, S. 591, 592.

666 NZA 2002, S. 591, 592.

667 NZA 2002, S. 591, 593; a.A. Preis/Preis, Der Arbeitsvertrag, II Z 10, Rz. 16; Stoffels, AGB-Recht, Rz. 181; differenzierter Hönn, ZfA 2003, S. 325, 334, der auf die bisherige Rechtsprechung für eine Übergangszeit unter Vertrauensschutzgesichtspunkten zurückgreifen will.

668 NZA 2003, S. 944 ff.

669 NZA 2003, S. 944, 946.

Besonderheit dar⁶⁷⁰. Bezugspunkt ist für ihn demnach nicht der Vergleich des Arbeitsrechts mit anderen Rechtsgebieten, so dass er zu dem Ergebnis gelangt, dass derartige Besonderheiten nur vereinzelt in besonderen Formen von Arbeitsverhältnissen auftreten⁶⁷¹.

Auch Dorndorf⁶⁷² versucht eine Systematisierung. Er arbeitet hierbei die einzelnen Wortbestandteile grammatikalisch und subjektiv auf. Hierbei wendet er sich ausdrücklich gegen das Kontinuitätsgebot als Besonderheit⁶⁷³. Stattdessen möchte er normative Gründe und Argumente, auf die sich die vom AGB-Recht abweichende arbeitsgerichtliche Rechtsprechung stütze, angemessen berücksichtigt wissen⁶⁷⁴.

C.I.3 Stellungnahme

Bereits der auszugsweise Überblick zeigt zweierlei. Zum einen nimmt – soweit ersichtlich – bislang niemand die hier vorgeschlagene, systematische Trennung nach materiell-inhaltlicher und rechtsfolgenorientierter Betrachtung vor. Durch die fehlende Begründungsbereitschaft wird die überwiegende Unsicherheit der Rechtswissenschaft im Hinblick auf die Handhabung des Merkmals verdeutlicht. Zum anderen tritt das Bedürfnis zu Tage, dem Konkretisierungsproblem nicht durch einen punktuellen Kriterienkatalog, der die Besonderheiten lediglich aufzählt, entgegenzutreten. Ein solcher wäre stets unvollständig, so dass die Herangehensweise von Thüsing, eine systematische Lösung zu suchen, überzeugt⁶⁷⁵.

Bereits vor einer näheren Konkretisierung ist festzustellen, dass die eingangs dargestellten Extrempositionen nicht überzeugen können⁶⁷⁶. Der Gesetzgeber bringt durch die Konzeption des Erfordernisses, im Arbeitsrecht geltende Besonderheiten angemessen zu berücksichtigen, zum Ausdruck, dass gerade kein absoluter Gleichlauf von zivil- und arbeitsrechtlicher AGB-Kontrolle gemeint sein kann. Dieser Neuerung andererseits lediglich einen deklaratorischen Charakter dahingehend zuzuweisen, dass die Rechtsprechung nunmehr die bislang praktizierte Spruchpraxis auch auf eine klare gesetzliche Grundlage stützen kann⁶⁷⁷, griffe gleichsam zu kurz. Zwar wäre insoweit durch die Steigerung der Rechtssicherheit auch ein

670 NZA 2003, S. 944, 945 f.; ähnlich Hönn, ZfA 2003, S. 325, 331.

671 NZA 2003, S. 944, 948.

672 FS-BAG, S. 19 ff.

673 FS-BAG, S. 19, 23.

674 FS-BAG, S. 19, 22.

675 Dies gilt nicht für einzelne, von ihm gezogene Rückschlüsse und Ergebnisse.

676 In diesem Sinne auch Schulte-Nölke/Frenz/Flohr/Clemens, Formularbuch Vertragsrecht, Teil 9, Rz. 12.

677 So ausdrücklich Hümmerich/Spirolke/Natzel, Das arbeitsrechtliche Mandat, § 3, Rz. 43.

Beitrag zur intendierten Erhöhung des Schutzniveaus⁶⁷⁸ geleistet. Hätte der Gesetzgeber jedoch lediglich diese Folge vor Augen gehabt, wäre dies klarer in den Gesetzesmaterialien zum Ausdruck gekommen⁶⁷⁹; im Übrigen hätte es keiner Übergangsregelung bedurft⁶⁸⁰.

Methodisch mit Vorsicht zu genießen ist das von Thüsing bemühte Kontinuitätsgebot. Einen gewissen Charme ist ihm zwar nicht abzusprechen, würde es doch ein Festhalten an bereits entwickelter Rechtsfortbildung konstruktiv ermöglichen⁶⁸¹. Auch wäre unter dem Stichwort „Vertrauensschutz in den Fortbestand einer gefestigten Rechtsprechung“ eine Abstraktion auf die verfassungsrechtliche Ebene möglich⁶⁸². Konkret darf jedoch nicht verkannt werden, dass sich der Rechtsanwender bei einem solchen Vorgehen eines Richterrechts bemächtigen würde, welches unter dem Geltungsbereich einer nicht mehr existenten Gesetzeslage entstanden ist⁶⁸³. Letztlich geht es bei diesem Argumentationsansatz um die Frage, ob Richterrecht nachfolgendem Gesetzesrecht zu weichen hat. Dies ist im Hinblick auf die Gewaltenteilung des Grundgesetzes eindeutig zu bejahen⁶⁸⁴. Methodisch wäre die undifferenzierte Rekrutierung des Kontinuitätsgebots ein Zirkelschluss. Soweit man es als Rechtfertigung zur unveränderten Weiterführung bisheriger Rechtsprechung verwendet, unterstellt man nämlich dem Gesetzgeber, er habe mit der Gesetzesänderung lediglich eine deklaratorische Wirkung erreichen wollen⁶⁸⁵.

Es bedarf daher in jedem Einzelfall der genauen Überprüfung, ob bereits gefestigte Rechtsprechung eine präjudizielle Wirkung im Sinne einer Fortführung entwickelter Grundsätze zukommt, oder ob der Gesetzesänderung eine Schrankenfunktion dahingehend

678 Vgl. BT-DS 14/6857, S. 54

679 Dieser Schluss wird durch einen Blick in die Gesetzesmaterialien bestätigt. In BT-DS 14/6857, S. 54 wird zur Begründung der Novellierung ausgeführt: „Die aus dieser uneinheitlichen Rechtsprechung entstehende Rechtsunsicherheit sollte durch die Streichung der Bereichsausnahme beseitigt werden. Dadurch wird auch dafür gesorgt, dass das Schutzniveau der Vertragsinhaltskontrolle im Arbeitsrecht nicht hinter demjenigen des Zivilrechts zurückbleibt.“ Hierdurch wird deutlich, dass nicht lediglich eine Steigerung der Rechtssicherheit beabsichtigt war, sondern auch die Vertragsinhaltskontrolle verstärkt werden sollte. Dies wird noch deutlicher in BT-DS 14/7052, S. 189, wo der Rechtsausschuss selbst ausdrücklich von einer Ausweitung der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle auf dem Gebiet des Arbeitsrechts spricht.

680 So zu Recht Kroiß/Fell, Klauselbuch Schuldrecht, § 3, Rz. 31.

681 Entschieden gegen die Fortführung der BAG-Rechtsprechung spricht sich Birnbaum, NZA 2003, S. 944, 948, aus. Für ihn ist vielmehr die bislang bestehende Bereichsausnahme der alleinige Grund für diese Rechtsprechung, welcher nunmehr nach der Neufassung weggefallen sei. Ähnlich auch Dorndorf, FS-BAG, S. 19, 21 ff.

682 Als Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips, so Richardi, Arbeitsrecht als Teil freiheitlicher Ordnung, S. 240.

683 So ausdrücklich Dorndorf, FS-BAG, S. 19, 21. Ähnlich auch Lindemann, Flexible Gestaltung von Arbeitsbedingungen, § 12, S. 143 ff.; Ausführlich zum Spannungsfeld von bisherigem Richterrecht zu Gesetzesnovellierung Neuner, Beiträge für Canaris, S. 83, 92 ff.

684 Vgl. hierzu ausführlich Hergenröder, Zivilprozessuale Grundlagen, § 11, S. 198.

685 Zum verbleibenden Anwendungsbereich des Kontinuitätsgebots vgl. unten C. III., E. II.

zukommt dass eine Abkehr von gefestigter Rechtsprechung notwendig und eine Konkretisierung der neuen Gesetzeslage erforderlich ist⁶⁸⁶. Einen größeren Stellenwert wird das Kontinuitätsgebot bei der Einbeziehungs- und Inhaltskontrolle nach § 307 BGB einnehmen, da diese Kontrollmechanismen bereits unter dem Geltungsbereich der Bereichsausnahme des AGB-Gesetzes von der Rechtsprechung berücksichtigt wurden. Anders ist es hingegen bei den speziellen Klauselverböten der §§ 308, 309 BGB, welche erst im Rahmen der Schuldrechtsreform auch zum arbeitsvertraglichen Prüfungsmaßstab avancierten⁶⁸⁷.

Bei einer hierauf gestützten Klauselkontrolle ist dem Kontinuitätsgebot keine überragende materiell-inhaltliche Bedeutung zuzubilligen. Insbesondere erlangt die bislang praktizierte Weigerung, spezielle Klauselverböte auf Arbeitsverträge nicht anzuwenden, keine Bindungswirkung für die Zukunft im Sinne eines „Nichtanwendungsgebots“⁶⁸⁸. Hierdurch würde unzulässige Rechtsfortbildung geschaffen. Unzulässig, da eine Gesetzesbindung verletzt würde, welche im Zeitpunkt der in Bezug genommenen Rechtsprechung noch nicht bestanden hat⁶⁸⁹. Das Kontinuitätsgebot kann insoweit lediglich Indizwirkung entfalten, wobei stets eine weitere, auf die neue Gesetzeslage Bezug nehmende Begründung notwendig sein wird. Man könnte daher von einem eingeschränkten Kontinuitätsgebot sprechen.

Hierin ist auch Dorndorf beizupflichten, wenn er die hinter der Rechtsprechung stehenden Gründe und Argumente rekrutiert⁶⁹⁰. Etwas umständlich erscheint es jedoch, wenn er tatsächliche Besonderheiten mit Hilfe einer aufwendigen grammatikalischen unberücksichtigt lassen will⁶⁹¹, um sie dann durch die Hintertür „normativer Gründe und Argumente“ dann doch zu berücksichtigen.

686 Letztlich handelt es sich um den Vorrang des Gesetzesrechts gegenüber dem Richterrecht, Vgl. Hönn, ZfA 2003, S. 325, 334. Für den Bereich der Inhaltskontrolle vgl. auch Lindemann, Flexible Gestaltung von Arbeitsbedingungen, § 12, S. 149 ff. Sie stellt die Überlegungen jedoch in einem anderen Kontext an.

687 In diesem Sinne, soweit es um die Bewertung der Inhaltskontrolle nach § 307 BGB geht, vgl. Thüsing, NZA 2002, S. 591, 593, bei dem auch eine differenzierte Verwendung des Kontinuitätsgebots anklingt.

688 Als prominentes Beispiel statt vieler vgl. BAG, Urteil vom 23.05.1983, 4 AZR 129/82, AP Nr. 9 zu § 339 BGB; BAGE 46, S. 50 ff.; -juris -, zur Vertragsstrafe.

689 Zur prozessualen Bindung des Richters an Recht und Gesetz, insbesondere zur Verletzung der Gesetzesbindung vgl. Hergenröder, Zivilprozessuale Grundlagen, S. 207 ff mwN.

⁶⁹⁰ FS-BAG, S. 19, 22.

⁶⁹¹ FS-BAG, S. 19, 20.

Zu eng erscheint auch der formelle Ansatz von Birnbaum. Ihm ist beizupflichten, soweit er tatsächliche Besonderheiten berücksichtigt wissen will⁶⁹². Soweit er jedoch entscheidend auf die Besonderheiten innerhalb des Arbeitsrechts abstellt, kann dies nicht überzeugen. Seine eigentliche Prämisse, „im Arbeitsrecht geltende Besonderheiten“ seien nicht mit „Besonderheiten des Arbeitsrechts“ gleichzusetzen, ist falsch⁶⁹³.

Das Arbeitsrecht wird seit jeher als spezieller Teil des Zivilrechts verstanden. Es ist darüber hinaus sehr „sensibel“. Dies war und ist Grund für die Gerichte für Arbeitssachen, rechtliche Institute und Konstruktionen zu entwickeln, die dieser Spezialität Rechnung tragen und hierdurch den Unterschied zu anderen Schuldverhältnissen des Zivilrechts verdeutlichen. Diese Einschätzung wird auch vom Gesetzgeber geteilt, indem er die besonderen Bedürfnisse eines Arbeitsverhältnisses berücksichtigt wissen will⁶⁹⁴. Derartige Bedürfnisse lassen sich zunächst aus dem Arbeitsrecht selbst entwickeln, finden jedoch nicht gleichsam dort ihre Grenze. Erst der Vergleich mit anderen Rechtsgebieten ermöglicht es, das Arbeitsrecht in seiner Eigenart näher zu charakterisieren und hierbei Kriterien zu entwickeln, welche in eine AGB-Kontrolle auf dem Gebiet des Arbeitsrechts einfließen. Das Verständnis von Birnbaum hätte, wie er selbst zu Recht erkennt, zur Folge, dass das gesamte Arbeitsrecht der vollständigen, nicht durch die Besonderheitenregel eingeschränkten Inhaltskontrolle anhand der AGB-Vorschriften unterläge. Lediglich einzelne Ausschnitte des Arbeitsrechts, namentlich besondere Arbeitsverhältnisse, würden seiner Ansicht nach eine modifizierte Betrachtung erfordern⁶⁹⁵.

Ein derart enges Verständnis trägt weder der gesetzgeberischen Intention noch dem Sonderstatus des Arbeitsrechts insgesamt Rechnung. Es wäre in den Gesetzesmaterialien auch klarer zum Ausdruck gekommen. Trotz der bezweckten Steigerung des Schutzniveaus im Arbeitsvertragsrecht wollte der Gesetzgeber keinen kongruenten Gleichlauf der Kontrolldichte. Vielmehr sollte das Kontrollverfahren weiterhin von flexibler Handhabung der Rechtsprechung geprägt sein. Die Besonderheitenregel soll es insbesondere ermöglichen, auch zukünftigen Entwicklungen im Arbeits- und Wirtschaftsleben, die ihrerseits Einfluss auf

692 Vgl. hierzu ausführlich sogleich III. C. 3.2.1.

693 In diesem Sinne auch Joost, FS-BAG, S. 49, 55.

694 BT-DS 14/6857, S. 54; zur synonymen Bedeutung im Hinblick auf den Gesetzeswortlaut vgl. auch Joost, FS-BAG, S. 49, 55.

695 Zum Vorstehenden Birnbaum, NZA 2003, S. 944, 946.

die Arbeitsvertragsgestaltung haben, angemessen Rechnung zu tragen⁶⁹⁶. Derartige Veränderungen könnten sich zu Besonderheiten entwickeln, welche dann zu berücksichtigen wären. Der Umgang der Rechtsprechung mit der Klauselkontrolle in der Vergangenheit zeigt, dass sie sich der Zugehörigkeit des Arbeitsrechts zum allgemeinen Zivilrecht zwar bewusst war, dessen besonderen Charakter jedoch stets betont hat. Da dies dem Gesetzgeber auch bekannt war, würde der von Birnbaum vorgeschlagene Weg mit einer guten, alten Tradition im Selbstverständnis der Arbeitsrechtsdogmatik grundlos brechen, ohne dass es hierfür klare gesetzliche Anhaltspunkte gibt. Der Beschränkung der Besonderheitenklausel auf besondere Arbeitsverhältnisse kann daher nicht gefolgt werden⁶⁹⁷. Ihre inhaltliche Reichweite sowie ihre Grenzen sind vielmehr durch Konkretisierung im Hinblick auf das Rechtsgebiet Arbeitsrecht mit all seinen Erscheinungsformen zu ermitteln. Hierbei wird im Folgenden von der synonymen Bedeutung der Formulierungen „im Arbeitsrecht geltende Besonderheiten“ und „Besonderheiten des Arbeitsrechts“ ausgegangen.

C.II. Eigene materiell-inhaltliche Konkretisierung

Das nunmehr zu berücksichtigende Merkmal wird aus Gründen der Systematik und Übersichtlichkeit geteilt. Die Konkretisierung der eingefügten, unbestimmten Rechtsbegriffe hat zunächst mit deren Wortlaut zu beginnen. Hierbei erfolgt zunächst eine isolierte Betrachtung der Teilkriterien „Besonderheiten“ und „Arbeitsrecht“, bevor abschließend untersucht wird, welche Wechselwirkung zueinander besteht. Insoweit wird bewusst – entgegen der Reihenfolge des Gesetzes – zunächst auf das Teilkriterium „Besonderheiten“ eingegangen, da von ihm bereits eine begrenzende Wirkung ausgeht, welche für die inhaltliche Bedeutung des zweiten Teilkriteriums von Bedeutung ist⁶⁹⁸.

⁶⁹⁶ Dies wäre größtenteils bei dem engen Verständnis von Birnbaum nicht möglich, da lediglich besondere Arbeitsverhältnisse anhand der Besonderheitenregel überprüft würden.

⁶⁹⁷ So auch BAG, Urteil vom 04.03.2004, 8 AZR 196/03, EzA § 309 BGB Nr. 1; NZA 2004, S. 727, 732; ZTR 2004, S. 479, 480.

⁶⁹⁸ Eine ähnlich differenzierte Betrachtung findet sich bei Dorndorf, FS-BAG, S. 19, 20 ff., der jedoch keine materielle Betrachtung und Systematisierung unternimmt.

C.II.1 Besonderheiten

Unter „Besonderheiten“ sind landläufig Merkmale oder Tatsachen zu verstehen, die der Individualisierung einer bestimmten Person, Sache oder Gruppe dienen. Sie sind insoweit nicht bei allen Teilen der Vergleichsgruppe vorhanden, vielmehr gibt es nur eine(n) oder einige, die sich mit der entsprechenden Besonderheit charakterisieren lassen. Im Duden findet sich unter diesem Stichwort eine Aufzählung sinnverwandter Begriffe wie Absonderlichkeit, Eigenart, Eigenheit, Eigenschaft, Eigentümlichkeit, Kennzeichen, Kuriosität, Merkmal, Merkwürdigkeit, Seltsamkeit, Spezialität, Spezifikum, Wesen⁶⁹⁹.

In der Rechtsordnung taucht das Kriterium Besonderheit häufig in vergleichbarem Zusammenhang auf. Meist ist es ausgestaltet als Tatbestandsmerkmal oder spezielle Ausprägung einer bestimmten Grundregel, so z.B. in § 14 Abs. 1 StGB als besondere persönliche Merkmale, in §§ 20 ff. ZPO als besondere Gerichtsstände⁷⁰⁰ oder zur grundsätzlichen Abgrenzung des allgemeinen Verwaltungsrechts zu spezielleren verwaltungsrechtlichen Gesetzen, die man in ihrer Gesamtheit als Besonderes Verwaltungsrecht bezeichnet⁷⁰¹. Gemein ist den unterschiedlichen Verwendungen, dass stets eine Art von Konkretisierung bezweckt ist, jeweils ausgehend von einer darüber liegenden Ebene, verstanden als Oberbegriff oder allgemeiner Grundregel.

Bezogen auf die vorliegende Problematik ist Thüsing nunmehr der Ansicht, dass diejenigen Vorschriften, welche für den Arbeitsvertrag gelten, dann keine Besonderheiten sind, wenn sie auch für andere Verträge gelten⁷⁰². Dieser These kann meines Erachtens nicht gefolgt werden.

Richtig ist zunächst, dass es eines Vergleichs mit anderen Vertragstypen bedarf, um Besonderheiten zu ermitteln. Thüsing macht diesen Vergleich und wählt als Vergleichsgruppe die Gesamtheit aller Nicht-Arbeitsverträge, um dann zu fragen, ob ein bestimmtes Phänomen nicht auch bei einem anderen Vertragstyp zu finden ist. Ist dies der Fall, so scheidet das untersuchte Phänomen als Besonderheit aus.

699 Vgl. Duden, Bedeutungswörterbuch, S. 136.

700 Vgl. Thomas/Putzo/Putzo, § 12 Vorbem, Rz. 2, 3.

701 Vgl. hierzu Peine, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rz. 60.

702 NZA 2002, S. 591, 592, er bildet dort das Beispiel der Vertragsstrafe und wirft die Frage auf, ob die auf § 888 Abs. 3 ZPO fußende Sanktionslosigkeit der Aufkündigung des Arbeitsvertrags durch den Arbeitnehmer eine Besonderheit im dargestellten Sinne sei. Nach dem er mit Recht darauf hinweist, die Norm gelte auch für Dienstverträge die keine Arbeitsverträge seien, verneint er die Ausgangsfrage schließlich; ähnlich Brors, DB 2004, S. 1778, 1781.

Hierdurch weist er dem Merkmal einen Ausschließlichkeitscharakter zu, welcher weder seiner Wortbedeutung entspricht noch aus den Gesetzesmaterialien zu entnehmen ist. Weitere Auslegungsmethoden stehen, wie zu Recht ins Feld geführt wird, nicht zur Verfügung, da die Systematik der Norm nichts hergibt und eine historische Auslegung dieses geschichtslosen Merkmals ins Leere läuft⁷⁰³.

Die Wortbedeutung von „Besonderheit“ ist sowohl im allgemeinen als auch im juristischen Sprachgebrauch nicht darauf beschränkt, dass hierdurch ein einzelnes Objekt oder ein einzelner Bereich beschrieben wird. Es geht vielmehr darum, einem bestimmten Kriterium eine Differenzierungsfunktion dahingehend zuzuordnen, dass aus einer übergeordneten Vergleichsgruppe eine kleinere Gruppe herausfiltriert wird. Das Gesetz spricht gerade nicht von Einzigartigkeiten oder ähnlichem, sondern lediglich von Besonderheiten⁷⁰⁴. Sie sind insoweit nicht negativ-ausschließend, sondern positiv-inhaltlich für das Arbeitsverhältnis zu bestimmen⁷⁰⁵.

Es lassen sich an dieser Stelle zunächst zwei Teilergebnisse formulieren.

Einem Kriterium muss dann der Charakter der Besonderheit abgesprochen werden, wenn die hierdurch ermittelte Gruppe der Vergleichsgruppe vollständig entspricht. Insoweit lässt sich keine Filter- oder Differenzierungsfunktion feststellen.

Auf der anderen Seite kann einem Kriterium nicht bereits dann der Charakter der Besonderheit abgesprochen werden, wenn mehrere Objekte oder Bereiche hierdurch bezeichnet werden⁷⁰⁶. Eine Filter- oder Differenzierungsfunktion ist in einem solchen Fall nicht von der Hand zu weisen.

⁷⁰³ Vgl. Thüsing, NZA 2002, S. 591, 592.

⁷⁰⁴ In diesem Sinne ist auch Singer, RdA 2003, S. 194, 199, 202, zu verstehen, wenn er feststellt, es müsse sich nicht um exklusive Besonderheiten des Arbeitsrechts handeln. Im Ergebnis auch BAG, Urteil vom 04.03.2004, 8 AZR 196/03, EzA § 309 BGB Nr. 1; ZTR 2004, S. 479, 480, - juris - ; Dorndorf, FS-BAG, S. 19, 22; Joost, FS-BAG, S. 49, 56.

⁷⁰⁵ So sehr treffend Joost, FS-BAG, S. 49, 57.

⁷⁰⁶ Hiervon scheint auch Hromadka, FS-Dieterich, S. 251, 257, auszugehen, wenn er im Dauerschuldcharakter des Arbeitsverhältnisses und im Kündigungsschutz wichtige Besonderheiten des Arbeitsrechts erkennt. Würde Besonderheit im Sinne von Ausschließlichkeit verstanden, so wäre die Aussage nicht haltbar, da z.B. Sukzessivlieferungsverträge auch Dauerschuldverhältnisse sind und es im Mietrecht gleichsam einen Kündigungsschutz gibt.

C.II.2 Arbeitsrecht

Die Konkretisierung des zweiten Teilkriteriums hat, den hergebrachten Grundsätzen der juristischen Methodenlehre folgend, mit der Wortlautauslegung zu beginnen⁷⁰⁷.

C.II.2.a Wortlaut

Für das Arbeitsrecht findet sich eine Vielzahl von Definitionen, die an dieser Stelle nur anhand einiger Beispiele dargestellt werden sollen.

Im Deutschen Rechtslexikon wird unter diesem Stichwort das besondere Recht verstanden, das anzuwenden ist, wenn ein Dienstverpflichteter einem Dienstberechtigten in persönlicher Abhängigkeit Arbeit zu leisten verpflichtet ist. Zu ihm gehörten, da es einen Lebensabschnitt regelt, Ausschnitte aus fast allen Rechtsdisziplinen⁷⁰⁸.

In der Rechtswissenschaft wird es als Summe der Rechtsregeln, die sich mit der in abhängiger Tätigkeit geleisteten Arbeit beschäftigen, definiert⁷⁰⁹. Andere verstehen darunter die Gesamtheit der Normen über Arbeitsverträge und Arbeitsschutz, über Koalitionen, Tarifverträge, Arbeitskämpfe, Betriebsverfassung und Unternehmensmitbestimmung sowie über das arbeitsgerichtliche Verfahren⁷¹⁰.

Die einzelnen Definitionen weisen als Gemeinsamkeit auf, dass sie allesamt von Normen im Sinne von Rechtsregeln sprechen, ohne dass diese zwingend positivrechtlich ausgestaltet sein müssen. Dies dürfte mit ein Grund dafür sein, dass Thüsing bei seiner vorgeschlagenen Konkretisierung lediglich auf die rechtlichen Besonderheiten des Arbeitsverhältnisses – nicht aber auf seine tatsächlichen – abstellt. Dies werde, so seine weitere Argumentation, dadurch verstärkt, dass das Gesetz von „geltenden“ Besonderheiten spricht. Tatsächliche Momente könnten jedoch nicht gelten⁷¹¹. Das am Wortlaut orientierten Ergebnis ist anhand der Gesetzesmaterialien zu überprüfen.

⁷⁰⁷ Vgl. hierzu Dorndorf, FS-BAG, S. 19, 20.

⁷⁰⁸ Vgl. Deutsches Rechts-Lexikon, Band 1, S. 284.

⁷⁰⁹ Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, § 1, Rz. 1.

⁷¹⁰ Junker, Arbeitsrecht, Rz. 5.

⁷¹¹ Vgl. Thüsing, NZA 2002, S. 591, 592.

C.II.2.b Gesetzgeberische Intention

Der Gesetzgeber verband mit seiner Formulierung zunächst die Erwartung, dass vor allem bei den besonderen Klauselverboten ohne Wertungsmöglichkeit die besonderen Bedürfnisse eines Arbeitsverhältnisses berücksichtigt werden⁷¹². Der Rechtsausschuss äußerte anlässlich seiner Stellungnahme die Erwartung, dass den Besonderheiten spezifischer Bereiche des Arbeitsrechts, wie z.B. des kirchlichen Arbeitsrechts, angemessen Rechnung getragen wird⁷¹³.

C.II.2.b.a Berücksichtigung auch tatsächlicher Besonderheiten?

Da der Gesetzgeber „besondere Bedürfnisse“ berücksichtigt wissen will, drängt sich die Frage auf, ob diese ausschließlich rechtlicher Natur sein müssen. Die Befürworter dieser These führen den Vergleich zu § 310 Abs. 1, Satz 2, 2. Halbsatz BGB an. Dort sei im Handelsverkehr auf geltende Gewohnheiten und Gebräuche angemessen Rücksicht zu nehmen – eine Formulierung, die erkennbar weiter sei als diejenige in § 310 Abs. 2, Satz 2 BGB⁷¹⁴. Auch eine historische Betrachtung soll hierfür streiten. So wird auf die Formulierung der Arbeitsgesetzbuchkommission hingewiesen, die in § 128 Abs. 1 vorschlug, die Vorschriften des BGB nur insoweit auf das Arbeitsverhältnis anzuwenden, soweit sich nicht aus der Eigenart des Arbeitsverhältnisses etwas anderes ergibt. „Eigenart“ sei erkennbar weiter, so dass der Verwendung von „Besonderheiten“ begrenzende Funktion zukomme⁷¹⁵.

Dies überzeugt nicht⁷¹⁶. Ein Blick in die Gesetzesmaterialien macht dies deutlich. Besondere Bedürfnisse des Arbeitsverhältnisses und Eigenart des Arbeitsverhältnisses unterscheiden sich – wenn überhaupt – nur marginal. Auch erscheint es bereits dogmatisch sehr fragwürdig, Formulierungen zu rekrutieren, die aus anderem Anlass und in einem anderen Zusammenhang – nämlich anlässlich der Beratungen der Arbeitsgesetzbuchkommission – gewählt wurden. Im

712 Vgl. BT-DS 14/6857, S. 54.

713 Vgl. BT-DS 14/7052, S. 189.

714 Vgl. Thüsing, NZA 2002, S. 591, 592; Hönn, ZfA 2003, S. 325, 359; Preis, SB zu 16/2003, S. 19, 25 f.; eine vermittelnde Position nimmt Brors, DB 2004, S. 1778, 1780, ein. Sie möchte tatsächliche Besonderheiten dann berücksichtigen, wenn sie rechtlich relevant sind.

715 Vgl. Thüsing, NZA 2002, S. 591, 592; LAG Hamm, Urteil vom 23.01.2003, 10 Sa 1158/02 n.rk., AP Nr. 1 zu § 309 BGB 2002, - juris -, bestätigt durch BAG, Urteil vom 04.03.2004, 8 AZR 196/03, EzA § 309 BGB 2002, Nr. 1; LAG Schleswig-Holstein, Urteil vom 24.09.2003, 3 Sa 6/03, MDR 2004, S. 40; BB 2004, S. 608, 609; - juris -

716 Auch Thüsing, NZA 2002, S. 591, 592 erkennt dies eigentlich, sieht jedoch im Ergebnis seine Ansicht von besseren Argumenten getragen.

Rahmen einer historischen Auslegung kann ein solcher Rückgriff nicht vorgenommen werden, da der Entwurf der Arbeitsgesetzbuchkommission nicht Gesetz wurde und somit schwerlich als Vorgängernorm in Betracht kommt.

Auch der erste Ansatz vermag das Ergebnis nicht zu tragen. Der weit überwiegende Teil des kodifizierten Arbeitsrechts ist bekanntlich Arbeitnehmerschutzrecht. Eine Abweichung hiervon zulasten des Arbeitnehmers ist ohne entsprechende Öffnungsklausel im Gesetz ohnehin nicht wirksam. Sie scheitert stets an § 134 BGB. Hinzu kommt, dass große Bereiche des Arbeitsrechts überhaupt nicht positivrechtlich geregelt sind, sondern teilweise von Gewohnheitsrecht⁷¹⁷ und in einem höheren Maße von höchstrichterlicher Rechtsfortbildung geprägt sind⁷¹⁸. Wo es im Handelsverkehr eindeutige Rechtsgrundlagen gibt, werden im arbeitsrechtlichen Bereich vielfach Institute wie z.B. das Direktionsrecht⁷¹⁹ und die Treuepflicht bemüht, um tatsächliches Verhalten der Arbeitsvertragsparteien rechtlich zu bewerten. Auch dem Institut der betrieblichen Übung liegt letztlich tatsächliches Verhalten, welchem freilich ein rechtsgeschäftlicher Erklärungswille zugeordnet wird, zugrunde⁷²⁰.

Auch die – durchaus zutreffende – Erkenntnis, dass besondere Bedürfnisse eines Arbeitsverhältnisses in ihrem Deutungsgehalt unpräziser seien als Besonderheiten des Arbeitsrechts⁷²¹, rechtfertigt nicht zwingend den Schluss, der Gesetzgeber habe lediglich rechtliche Besonderheiten im Blick gehabt. Man wird ihm insoweit „handwerkliche“ Fehler bei der Kodifikation und Begründung verwerfen müssen, nicht zuletzt bedingt durch die kurzfristige Einfügung der Bereichseinschränkung. Um seine Intention zu ergründen, kommt man an den Gesetzesmaterialien jedoch nicht vorbei. Jeder Rechtsanwender wünscht sich klar subsumierbare Normen, statt in aufwendigen Verfahren Generalklauseln Schritt für Schritt zu konkretisieren. Stellt man indes fest, dass sich der Gesetzgeber für eine weite Generalklausel entschieden hat, so ist der Hinweis, dass eine konkretisierte Norm wünschenswert gewesen

717 Vgl. z.B. ErfKomm./Preis, § 611 BGB, Rz. 261.

718 Vgl. Richardi, Arbeitsrecht als Teil freiheitlicher Ordnung, S. 237; Hanau/Adomeit, Arbeitsrecht, Rz. 53 ff.; MüKo/Müller-Glöge, § 611, Rz. 232; Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, § 31, Rz. 20; Zöllner/Loritz, Arbeitsrecht, § 6, S. 78 ff.; explizit für den Bereich der Inhaltskontrolle vgl. Hümmerich/Spirolke/Natzel, Das arbeitsrechtliche Mandat, § 3, Rz. 43.

719 Die nunmehr positiv-rechtliche Regelung in § 106 GewO bedarf weiterhin der Konkretisierung durch die Rechtsprechung.

720 Vgl. BAG, Urteil vom 14.09.1994, 5 AZR 679/93, AP Nr. 46 zu § 242 BGB Betriebliche Übung; EzA § 242 BGB Betriebliche Übung Nr. 32; - juris -, welches von regelmäßiger Wiederholung bestimmter Verhaltensweisen als einer Voraussetzung spricht; vgl. auch BAG, Urteil vom 12.01.1994, 5 AZR 41/93, AP Nr. 43 zu § 242 BGB Betriebliche Übung; EzA § 242 BGB Betriebliche Übung Nr. 30; - juris -. Gemein ist dieser Spruchpraxis, dass der rechtlichen Bewertung tatsächliche Besonderheiten, in Form von regelmäßiger Wiederholung bestimmter Verhaltensweisen, zu Grunde liegen.

721 Vgl. Thüsing, NZA 2002, S. 591, 592.

wäre – so richtig er auch sein mag – wenig zielführend. Es bedarf vielmehr der Konkretisierung der Generalklausel. Diese Vorgehensweise beschreibt das BVerfG in einer seiner grundlegenden Entscheidungen. Hiernach müssen die Gerichte „bei unzureichenden gesetzlichen Vorgaben das materielle Recht mit den anerkannten Methoden der Rechtsfindung aus den allgemeinen Rechtsgrundlagen ableiten, die für das betreffende Rechtsverhältnis maßgeblich sind“⁷²².

Schließlich kann auch der vereinzelnde Hinweis, die Berücksichtigung tatsächlicher Elemente würde insbesondere dem Sinn der Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeiten zuwiderlaufen⁷²³, nicht überzeugen⁷²⁴. Soweit hier auf den Charakter des § 309 BGB als unwiderlegbare Vermutung abgestellt wird, beruht die Argumentation auf einem Zirkelschluss.

Für den Bereich der originären Klauselkontrolle enthält § 309 BGB eine unwiderlegbare gesetzliche Vermutung⁷²⁵. Wenn bei der Konkretisierung der Generalklausel des § 310 Abs. 4, Satz 2 BGB nunmehr darauf abgestellt wird, die Wertung des § 309 BGB würde bei einer bestimmten Auslegung unterlaufen, so ist dies nur dann schlüssig, wenn man bei der arbeitsvertraglichen Klauselkontrolle gleichsam eine unwiderlegbare Vermutung unterstellt. Gerade dies erscheint nicht zwingend. Zum einen fehlt eine strukturelle Auseinandersetzung mit der arbeitsrechtlichen Generalklausel. Insbesondere der Frage, auf welchen Ebenen des AGB-Rechts sie Berücksichtigung finden kann – der Gesetzgeber ordnet schließlich die Anwendung innerhalb des gesamten Abschnitts des AGB-Rechts an⁷²⁶ – wird nicht nachgegangen. Zum anderen wird die Begründung des Gesetzgebers unzureichend gewürdigt. Wenn vor allem § 309 BGB im Arbeitsrecht nicht zwingend uneingeschränkt zur Anwendung kommen soll⁷²⁷, so kann dieser Formulierung gerade nicht entnommen werden, dass der Norm innerhalb des Arbeitsrechts die gleiche Funktion zukommt. Vielmehr hat der Gesetzgeber selbst eine Modifikation in der Wirkungsweise im Auge, die auch darin bestehen kann, dass bei den einzelnen Klauselverboten eine Wertungsmöglichkeit besteht. Einen

722 Vgl. Beschluss vom 26.06.1991, 1 BvR 779/85, BVerfGE 84, S. 212, 226 f.

723 So Thüsing, NZA 2002, S. 591, 593; weitergehend Henssler/Graf v. Westphalen/Graf v. Westphalen, § 310, Rz. 7, der jeglicher Besonderheit des Arbeitsrechts die Fähigkeit abspricht, sich gegenüber den Wertungen der §§ 307 – 309 BGB durchzusetzen.

724 In diesem Sinne auch Gotthardt, Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsreform, Rz. 235 f., mit deutlicher Kritik an der Ansicht von Graf von Westphalen.

725 Vgl. Ulmer/Brandner/Hensen/Brandner, § 9, Rz. 10.

726 Vgl. hierzu oben B.

727 So die Formulierung der Bundesregierung in ihrer Stellungnahme zur Prüfbitte des Bundesrates in BT-DS 14/6857, S. 54.

Gleichlauf des Prüfungsprogramms hatte er nicht im Blick, da es ansonsten der neuen Generalklausel im § 310 Abs. 4, Satz 2 BGB nicht bedurft hätte.

Hinzu kommt, dass der Hauptgrund für die Bereichseinschränkung darin besteht, besonderen Bedürfnissen des Arbeitsrechts sowie den Besonderheiten der arbeitsrechtlichen Interessenlage Rechnung tragen zu können⁷²⁸. Ausgehend von der logischen Struktur des Rechtssatzes, der hypothetischen Verknüpfung von Tatbestand und Rechtsfolge, lässt sich eine Unterscheidung von tatsächlicher und rechtlicher Besonderheiten nur schwer durchführen⁷²⁹. Schließlich spricht der Vergleich mit dem Wortlaut des § 310 Abs. 1, Satz 2 BGB für die Berücksichtigung tatsächlicher Umstände. Hiernach „gelten“ im Handelsrecht auch Gewohnheiten und Gebräuche, also gerade keine rechtlichen Besonderheiten⁷³⁰.

Die vorgebrachten Argumente vermögen daher nicht die These zu stützen, es seien lediglich rechtliche Besonderheiten des Arbeitsrechts zu berücksichtigen.

C.II.2.b.b Kirchliches Arbeitsrecht als Anknüpfungspunkt?

Gleiches gilt für den zweiten, in den Materialien befindlichen Anknüpfungspunkt des Gesetzgebers. Wenn er die Erwartung hat, dass beispielsweise Besonderheiten des kirchlichen Arbeitsrechts Rechnung getragen wird, so kann aus dieser exemplarischen Nennung kein allgemeiner Rückschluss auf die Qualität des Merkmals gezogen werden. Der gesetzgeberische Hinweis hierauf ist – ohne im Detail auf die ohne Frage bestehenden Besonderheiten in diesem Bereich eingehen zu können – vor dem Hintergrund zu bewerten, dass das kirchliche Arbeitsrecht bislang in der wissenschaftlichen Diskussion eher stiefmütterlich behandelt wurde⁷³¹. Die auffälligsten Unterschiede im Vergleich zum staatlichen Arbeitsrecht finden sich im Betriebsvertretungs-, Tarif-⁷³² und Streikrecht⁷³³,

728 Vgl. Erman/Roloff, § 310, Rz. 34.

729 Vgl. hierzu Singer, RdA 2003, S. 194, 199; Joost, FS-BAG, S 49, 55; das Problem der nicht sauber durchzuführenden Differenzierung erkennt auch Birnbaum, NZA 2003, S. 944, 946, wobei er freilich die Lösung über eine sehr enge Auslegung des Merkmals vorschlägt.

⁷³⁰ Vgl. hierzu Joost, FS-BAG, S 49, 54.

731 Vgl. Hammer, Kirchliches Arbeitsrecht, S. 51.

732 Ausführlich zum sog. „Dritten Weg“, der ein eigenständiges innerkirchliches, kooperatives Regelungs- und Schlichtungsmodell vorsieht, MHbArbR/Richardi, § 195, Rz. 11 ff.; Hammer, Kirchliches Arbeitsrecht, S. 187 ff; Richardi, NZA 2002, S. 1057, 1063, sieht in der Formulierung des § 310 Abs. 4 BGB eine offene Regelungslücke im Bezug auf das kircheneigene Beteiligungsmodell des „Dritten Weges“, weil die im kirchlichen Mitarbeitervertretungsrecht vorgesehenen Dienstvereinbarungen den Tarifverträgen, Betriebs- und Dienstvereinbarungen nicht gleichgestellt seien.

weniger unmittelbar im Arbeitsvertragsrecht⁷³⁴, welches grundsätzlich unter den Geltungsbereich des staatlichen Arbeitsrechts fällt⁷³⁵. Den kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen fehlt es an der unmittelbaren und zwingenden, d. h. normativen Wirkung⁷³⁶. Soweit der Gesetzgeber für den Bereich des Arbeitsvertragsrechts Besonderheiten berücksichtigt wissen will, ist namentlich das kirchliche Selbstbestimmungsrecht bei der Inhaltskontrolle zu berücksichtigen. Dieses erlaubt es, spezifische Obliegenheiten kirchlicher Arbeitnehmer verbindlich zu machen⁷³⁷. Das kann dazu führen, dass bestimmte, im kirchlichen Bereich relevante Loyalitätsobliegenheiten⁷³⁸ Gegenstand arbeitsvertraglicher Klauseln werden und diese einer Inhaltskontrolle standhalten, während sie im „normalen“ Arbeitsrecht unwirksam wären.

Die Gerichte für Arbeitssachen werden die besondere Stellung der Kirchen in Deutschland, welche nicht zuletzt einen speziellen Schutz durch das Grundgesetz beinhaltet⁷³⁹, beachten müssen. Aus dem Hinweis in den Gesetzesmaterialien einen weitergehenden Schluss dahingehend zu ziehen, dass Besonderheiten in anderen Bereichen eine ähnliche Qualität aufweisen müssen, ist nicht geboten. Die Formulierung ist bewusst offen, die Nennung des kirchlichen Arbeitsrechts lediglich exemplarisch.

C.II.2.c Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis kann demnach festgehalten werden, dass weder Wortlaut noch gesetzgeberische Intention dazu zwingen, lediglich rechtliche Besonderheiten des Arbeitsrechts zu berücksichtigen. Vielmehr ist es geboten, den besonderen Bedürfnissen des Arbeitsrechts durch die Einstellung tatsächlicher Momente in die arbeitsvertragliche Klauselkontrolle Rechnung zu tragen⁷⁴⁰.

733 Vgl. hierzu Zusammenfassung bei Däubler, RdA 2003, S. 204, 209; Thüsing, RdA 2003, 210, 213 f.

734 Vgl. Übersicht bei Hammer, Kirchliches Arbeitsrecht, S. 131 und S. 132 ff.

735 Vgl. BVerfG, Urteil vom 04.06.1985, 2 BvR 1703, 1718/83 und 856/84, BVerfGE 70, S. 138, 165.

736 BAG, Urteil vom 20.03.2002, 4 AZR 101/01, AP Nr. 53 zu Art. 140 GG; EzA § 613a BGB Nr. 208, NZA 2002, S. 1402, 1403 f., - juris -; zur Rechtsqualität kirchlicher Arbeitsvertragsordnungen allgemein vgl. Hammer, AuR 2002, S. 49 ff.

737 Vgl. BVerfG, Urteil vom 04.06.1985, 2 BvR 1703, 1718/83 und 856/84, BVerfGE 70, S. 138, 139.

738 Beispiele für solche Loyalitätsobliegenheiten und deren Grenzen finden sich bei Hammer, Kirchliches Arbeitsrecht, S. 213 ff.; vgl. auch MHbArbR/Richardi, § 193, Rz. 26 ff; Däubler, RdA 2003, S. 204, 207 ff.

739 Vgl. Däubler, RdA 2003, S. 204, 205 ff.; Thüsing, RdA 2003, 210, 211.

740 Im Ergebnis in diesem Sinne auch Joost, FS-Ulmer, S. 1199, 1203, der darüber hinaus auch die sich hieraus ergebende Interessenlage der Arbeitsvertragsparteien einschließlich der Wertungen, die für die Beurteilung der Interessenlage im Arbeitsrecht entwickelt worden sind, berücksichtigt wissen will. Auch Singer, RdA

C.II.3 Wechselwirkung der beiden Kriterien untereinander

Dass die Konkretisierung der Bereichseinschränkung nicht in der isolierten Auslegung der Einzelkriterien stehen bleiben kann, legt bereits der Blick in die Gesetzesmaterialien nahe. Der Gesetzgeber verwendet in seiner Begründung lediglich ein Synonym, wenn er von „besonderen Bedürfnissen eines Arbeitsverhältnisses“ spricht. Gleichzeitig stellt er mit dieser Formulierung jedoch eine Wechselwirkung der beiden Komponenten her, indem er die zu berücksichtigenden Maßstäbe in jedem einzelnen Arbeitsverhältnis beachtet wissen will. Er individualisiert quasi den Prüfungsmaßstab. Hieraus lässt sich ableiten, dass er nicht ausschließlich rechtliche Besonderheiten im Auge hatte.

Die Besonderheitenregel ist vielmehr weit auszulegen, ausgehend von einem typisierenden und generalisierenden Maßstab, welcher auch § 307 BGB zugrunde liegt⁷⁴¹. Dieser erlaubt dort Ausnahmen, wo beispielsweise die besondere Eigenart des jeweiligen Vertragstyps eine Differenzierung erfordert⁷⁴².

Wäre die Bereichsausnahme vollständig aufgegeben worden, so hätte es einer Differenzierung durch die Rechtsprechung bedurft. Diese hätte arbeitsvertragsorientiert stattgefunden. Es hätten Eigenarten in den unterschiedlichen Vertragstypen herausgearbeitet werden müssen⁷⁴³, die eine differenzierte Betrachtung ermöglicht hätten. Diese Vorgehensweise wird auch innerhalb der zivilrechtlichen AGB-Kontrolle praktiziert. Bereits vor In-Kraft-Treten des AGB-Gesetzes fand eine derart differenzierte Betrachtung unter Rekrutierung des § 242 BGB statt. Grundlegend führt der BGH in seinem Urteil vom 29.10.1956⁷⁴⁴ aus, dass bei der

2003, S. 194, 199, möchte tatsächliche Besonderheiten berücksichtigt wissen. Ähnlich auch Hromadka, NJW 2002, S. 2523, 2528, der als Anknüpfungspunkt die arbeitsrechtlichen Gestaltungsfaktoren – Gesetz, Tarifvertrag, Betriebs-/Dienstvereinbarung und Arbeitsvertrag – und die ihnen zu Grunde liegenden Strukturen des Arbeitsverhältnisses wählt. Bei dem von ihm exemplarisch entwickelten Katalog – der im Übrigen an seine Darstellung in der FS-Dieterich, S. 251, 256 anknüpft – möchte er beispielsweise die Tatsache berücksichtigen, dass Arbeitgeber und Arbeitnehmer vom selben Substrat – nämlich dem Unternehmen – leben. Hieraus muss geschlossen werden, dass auch er tatsächliche Besonderheiten berücksichtigen will.

741 Vgl. Erf./Komm./Preis, § 305-310 BGB, Rz. 42; noch zum insoweit inhaltsgleichen § 9 AGB-Gesetz Wolf/Horn/Lindacher/Wolf, § 9, Rz. 3; Ulmer/Brandner/Hensen/Brandner, § 9, Rz. 78; MüKo/Basedow, § 9 AGBG, Rz. 14.

742 Vgl. Ulmer/Brandner/Hensen/Brandner, § 9, Rz. 82.

743 Nicht zu verwechseln mit dem Ansatz von Birnbaum, NZA 2003, S. 944, 946, der den Anwendungsbereich der Bereichseinschränkung nur für besondere Arbeitsverhältnisse eröffnen will.

744 II ZR 79/55, BGHZ 22, S. 90, 98.

Prüfung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen „auf die Verhältnisse des Einzelfalles in der Weise abzustellen sei, dass es auf die Besonderheiten des in Betracht kommenden Warenkaufs sowie auf die Interessen der an einem solchen Kauf üblicherweise beteiligten Verkäuferschicht und Käuferschicht (...) ankommt.“

Wenn der BGH Besonderheiten des in Betracht kommenden Warenkaufs berücksichtigt wissen will, so sind hiermit vertragstypische Besonderheiten gemeint⁷⁴⁵, die dem jeweiligen Vertrag ein spezielles, sich von anderen Vertragstypen der gleichen Gattung unterscheidendes Gepräge verleihen. Bei den zu beachtenden Interessen hat der BGH auch solche im Blick, die sich aus der Bewertung tatsächlicher Verhältnisse ermitteln lassen⁷⁴⁶.

Wäre die Bereichseinschränkung tatsächlich auf rechtliche Besonderheiten des Spezialgebiets Arbeitsrecht beschränkt, würde einer Differenzierung nach verschiedenen Arbeitsvertragstypen oder Branchen der Weg versperrt. Das Prüfungsprogramm wäre starrer als im übrigen Zivilrecht. Dies kann jedoch kein Anliegen des Gesetzgebers gewesen sein, da er mit der Bereichseinschränkung die bislang praktizierten Differenzierungsmöglichkeiten⁷⁴⁷ normieren und ein Mehr an Flexibilität schaffen wollte.

Auch der Rechtsausschuss verband mit der Neuerung die Erwartung, dass den Besonderheiten spezifischer Bereiche des Arbeitsrechts angemessen Rechnung getragen werden kann⁷⁴⁸. Ihm war bewusst, dass das Differenzierungserfordernis im Arbeitsrecht größer ist als im übrigen Zivilrecht. Kaum ein juristischer Teilbereich kennt ein derart breites Gestaltungsspektrum, wie es das Arbeitsrecht zu bieten hat, so dass es lediglich konsequent erscheint, hierauf auch Fall bezogen reagieren zu können.

745 In dem vom BGH entschiedenen Fall handelte es sich um einen Abzahlungskauf, welcher durch AGB in zwei selbständige Verträge aufgespalten wurde; vgl. auch MüKo/Basedow, § 3 AGBG, Rz. 14.

746 So erlangte im jenem Urteil die Tatsache besondere Beachtung, dass die Käuferschicht fabrikneuer Möbel häufig „geschäftsunerfahren und geschäftsungewandt sind und sich demzufolge über die Tragweite bestimmter Klauseln nicht im klaren sind“.

747 Vgl. BGH, Beschluss vom 08.01.1986, VIII ARZ 4/85, NJW 1986, S. 2102, 2103; BGH, Beschluss vom 01.07.1987, VIII ARZ 9/86, NJW 1987, S. 2575, 2576. Zur Rspr. vor In-Kraft-Treten des AGB-Gesetzes vgl. grundlegend BGH, Urteil vom 29.10.1956, II ZR 79/55, BGHZ 22, S. 90, 98. Aus der Wissenschaft Wolf/Horn/Lindacher/Horn, § 9, Rz. 53 ff.; Hoyningen-Huene, Inhaltskontrolle nach § 9 AGB-Gesetz, Rz. 239, S. 116; Rz. 261, S. 125.

748 Vgl. BT-DS 14/7052, S. 189.

C.II.4 Wechselwirkung der Bereichseinschränkung zum restlichen AGB-Recht

Die einzelnen Bestandteile der Bereichseinschränkung wirken nicht lediglich untereinander, sondern treten ihrerseits auch in Wechselwirkung zu den übrigen Normen der AGB-Kontrolle. Soweit es um die systematische, inhaltsunabhängige Wirkungsweise geht, wird diese noch ausführlich dargestellt, indem die einzelnen Berücksichtigungsebenen herausgearbeitet werden⁷⁴⁹. Hierbei wird unter dogmatischen Gesichtspunkten insbesondere dem Verhältnis zu § 307 BGB, der AGB-rechtlichen Generalklausel, erhöhte Rechnung zu tragen sein. Ein Einfluss auf die materiell-inhaltliche Konkretisierung der Besonderheitenregel geht indes von diesen Wechselwirkungen nicht aus.

C.II.5 Zwischenergebnis

Bewertet man nunmehr diese gesetzgeberische Intention vor dem Hintergrund der Vorgehensweise im allgemeinen Zivilrecht, so lassen sich an dieser Stelle bereits einige Zwischenergebnisse im Hinblick auf die Herangehensweise der materiell- inhaltlichen Konkretisierung formulieren.

Ziel der nunmehrigen Bereichseinschränkung ist es, dass Schutzniveau innerhalb der arbeitsvertraglichen Inhaltskontrolle anzuheben, ohne jedoch einen Gleichlauf mit der zivilrechtlichen AGB-Kontrolle zu erreichen. Dass dies im Arbeitsrecht nicht möglich und im Übrigen nicht sinnvoll ist, bringt die Gesetzesbegründung klar zum Ausdruck.

Die Bereichseinschränkung ist positivrechtliche Ausprägung des bereits seit langem praktizierten, vertragstyporientierten Prüfungsprogramms der Zivilgerichte. Dieses berücksichtigt tatsächliche Gesichtspunkte und nimmt diese zum Anlass, Fallgruppen zu bilden und sie je nach Vertragstyp einer differenzierten Prüfung zu unterziehen.

Übertragen auf die einzustellenden materiell-inhaltlichen Kriterien der arbeitsvertraglichen Inhaltskontrolle bedeutet dies, dass dort erst-recht eine Berücksichtigung tatsächlicher

749 Vgl. ausführlich sogleich IV. A.

Elemente stattfinden muss. Wäre das nicht der Fall, so fände im Arbeitsrecht insgesamt eine weniger differenzierte und im Ergebnis schärfere Inhaltskontrolle statt. Die Intention des Gesetzgebers würde hierdurch in ihr Gegenteil verkehrt.

C.III. Wirkungsart und Wirkungsweise der Bereichseinschränkung

Aufgrund der Offenheit der Bereichseinschränkung – sie soll weiterhin als Generalklausel bezeichnet werden – erscheint es nicht möglich, sie inhaltlich im Sinne einer abschließenden Aufzählung zu konkretisieren. Ein entsprechender Versuch wäre – der Vergleich zur Strafrechtsterminologie sei erlaubt – nicht lediglich untauglich, sondern gliche einem Wahndelikt.

Diese Problematik ist jeder Generalklausel immanent, ja sogar wesensbegründend. Eine üblicherweise zur Konkretisierung praktizierte Herangehensweise besteht in der Bildung von Fallgruppen⁷⁵⁰, um hierdurch einen größeren Grad an Konkretisierung durch Systematisierung zu erreichen⁷⁵¹. Dieses Vorgehen zeigt das allgemeine Präzisionsproblem von Generalklauseln⁷⁵². Sie sind bewusst offen und daher ständigen Veränderungen unterworfen. „Nirgends in der Jurisprudenz ist es nämlich möglich, einen zu einem bestimmten Zeitpunkt vorfindlichen Rechtsstoff in seiner konkretesten Gestalt definitiv zu stellen und von Ergänzungen und Modifikationen abzuschneiden“⁷⁵³.

Einem Konkretisierungsversuch des § 310 Abs. 4, Satz 2 BGB könnte man entgegenhalten, ein solcher sei derzeit noch nicht möglich. Da es sich um eine neu eingefügte Generalklausel handle, müsse sie sich vielmehr im Laufe der nächsten Jahrzehnte entwickeln⁷⁵⁴. Hierbei würde jedoch verkannt, dass neue Generalklauseln – wie neuer Gesetzesinhalt überhaupt – meist in einem historischen Kontext stehen und durch die vorausgehende Rechtslage, einschließlich ihrer mehr oder weniger dichten Konkretisierung, ausgefüllt waren⁷⁵⁵. Diese Situation ist sowohl bei der Einbeziehungs- als auch bei der an § 307 BGB orientierten Inhaltskontrolle vorzufinden. Als historischer Kontext dient hier jedoch nicht ein

750 Vgl. Palandt/Heinrichs, § 242, Rz. 2; Erman/Hohloch, § 242, Rz. 105 ff.; zur rechtstheoretischen Kritik vgl. ausführlich Staudinger/Schmidt, § 242, Rz 87, 94 ff., 245 ff.

751 Vgl. Bydlinski, Rechtsdogmatik, S. 189, 191.

752 Vgl. Bydlinski, Rechtsdogmatik, S. 189, 191.

753 Bydlinski, Rechtsdogmatik, S. 189, 191.

754 Zu diesem möglichen Einwand vgl. Bydlinski, Rechtsdogmatik, S. 189, 193.

755 Vgl. Bydlinski, Rechtsdogmatik, S. 189, 193.

positivrechtliches Normengepräge, sondern die richterliche Rechtsfortbildung, was jedoch zulässig ist⁷⁵⁶.

Diese Erkenntnis stützt die obigen Ausführungen zum Kontinuitätsgebot⁷⁵⁷ sowohl inhaltlich als auch in der dargestellten Reichweite. Soweit es um die speziellen Klauselverbote der § 308, 309 BGB geht, kann die gegenwärtige Rechtslage nicht auf eine historisch-gesetzliche oder historisch-judikative Entwicklung gestützt werden. Anders hingegen bei der Einbeziehungs- und der Inhaltkontrolle gem. § 307 BGB, diese wurde vom BAG bereits vor der Neufassung durchgeführt.

Damit ist nicht die Frage beantwortet, welche konkreten Leitlinien innerhalb der angemessenen Berücksichtigungspflicht der im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten aufzustellen sind. Die in diesem Abschnitt bislang gemachten Ausführungen gehen davon aus, dass die Bereichseinschränkung als Generalklausel zu qualifizieren ist. Bevor jedoch konkretisierende Leitlinien und Maßstäbe hierzu entwickelt werden, bedarf diese Prämisse der dogmatischen Überprüfung.

C.III.1 Die Bereichseinschränkung als Generalklausel ?

Generalklauseln zeichnen sich grundsätzlich dadurch aus, dass die verwendeten Begriffe einen hohen Grad an Unbestimmtheit, Vagheit, Allgemeinheit und der Abstraktionshöhe aufweisen⁷⁵⁸. Isoliert betrachtet weisen bereits die einzelnen Bestandteile der Bereichseinschränkung diese Charakteristika auf⁷⁵⁹. Deutlich zeigt dies die oben geführte Diskussion zu dem materiell-inhaltlichen Teil der Besonderheiten des Arbeitsrechts. Beide Begriffe sind bereits in hohem Maße konkretisierungsbedürftig. Gleiches gilt – ohne an dieser

756 Zur Legitimität der richterlichen Rechtsfortbildung, namentlich im Arbeitsrecht, als methodischer Arbeitsbegriff vgl. Hergenröder, Zivilprozessuale Grundlagen, § 8, S. 140 ff. Richardi, Arbeitsrecht als Teil freiheitlicher Ordnung, S. 240, sieht den Hauptgrund für dieses Faktum darin, dass die normative Basis der arbeitsrechtlichen Judikatur in den Gesetzestexten unzureichend abgesichert ist.

757 Vgl. ausführlich oben C. II. 1. b. c.

758 Vgl. hierzu Bydlinski, Rechtsdogmatik, S. 189, 195 mwN. Die Auffassungen über grundsätzliches Wesen und Bedeutung von Generalklauseln sind vielfältig und gehen weit auseinander, vgl. ausführliche Zusammenstellung bei Hebestreit, Transparenz im AGB-Recht der BRD, S. 102 ff. Damit einhergehend ist jedoch ein großes Maß an Beweglichkeit in der Rechtsanwendung – der tragende Grund, weshalb der Gesetzgeber auf Generalklauseln zurückgreift – zu beobachten, vgl. Beater, AcP 194, S. 82, 86.

759 Joost, FS-Ulmer, S. 1199, 1203, spricht sogar von einer in hohem Maße unbestimmten Generalklausel; ihm folgend auch BAG, Urteil vom 04.03.2004, 8 AZR 196/03, EzA § 309 BGB 2002 Nr. 1, ZTR 2004, S. 479, 480, - juris -

Stelle ins Detail zu gehen – für die Wirkungsart und Wirkungsweise der Norm. Das Erfordernis der angemessenen Berücksichtigung gibt weder das Gewicht der Berücksichtigung vor noch lässt es erkennen, welchen Gesichtspunkten im Kollisionsfall der Vorrang einzuräumen ist.

Die Formulierung des § 310 Abs. 4, Satz 2 BGB stützt demnach die Prämisse, wonach die Norm als Generalklausel zu charakterisieren ist.

C.III.2 Unmittelbare Folgen

Bevor dieses erste Zwischenergebnis einer weiteren Überprüfung unterzogen wird, soll ein kurzer Blick auf die hiermit verbundenen Folgen geworfen werden.

Die Bereichseinschränkung wirkt nicht unmittelbar und direkt, sondern steht im Rahmen der Inhaltskontrolle in engem Zusammenhang zu den Generalklauseln des § 307 BGB⁷⁶⁰. Konkret bedeutet dies, eine Inhaltskontrolle nach § 307 BGB erfordert die angemessene Berücksichtigung arbeitsrechtlicher Besonderheiten. Diese Ableitung erscheint zunächst unproblematisch, auch wenn es weiterhin einer Konkretisierung der arbeitsrechtlichen Generalklausel bedürfte.

C.III.3 Dogmatische Abstraktion

Dogmatisch abstrahiert ließe sich jedoch formulieren, bei der Überprüfung anhand der Generalklausel des AGB-Rechts, ist die arbeitsrechtliche Generalklausel angemessen zu berücksichtigen. Die hierdurch entstehende Problematik lässt sich mit „Kollision von Generalklauseln“ wohl treffend beschreiben.

Sie ist dem deutschen Zivilrecht bislang fremd. Überspitzt ausgedrückt könnten sich beide Vertragsparteien auf Generalklauseln berufen⁷⁶¹. Auf die Prozesssituation einer Inhaltskontrolle übertragen wird der Arbeitnehmer eine unliebsame Klausel in der Regel mit §

760 Zu Generalklausel-eigenschaft und zum Verhältnis von § 307 Abs. 1 zu Abs. 2 BGB vgl. Palandt/Heinrichs, § 307, Rz. 2, 25 ff.

761 Ob und inwieweit das Kriterium „Schutzfunktion der Norm“ diesbezüglich überhaupt passt, muss späteren Veröffentlichungen vorbehalten werden. Gleiches gilt im Übrigen für den Charakter des § 307 BGB. Die Möglichkeit der Abweichung zu Gunsten des Arbeitnehmers sieht auch Reinecke, AuR 2003, S. 414, 415.

307 Abs. 1 BGB zu Fall bringen wollen, während sich der Arbeitgeber zur Begründung der Wirksamkeit auf § 310 Abs. 4, Satz 2 BGB berufen wird⁷⁶². Üblicherweise sind Generalklauseln nur auf der Seite eines Vertragspartners oder einer Prozesspartei relevant, sind sie doch in der Lage, Verträgen die Wirksamkeit zu nehmen (z.B. § 138 BGB), sie zu modifizieren (z.B. § 307 BGB) oder gar originäre Ansprüche zu begründen (z.B. § 826 BGB).

Diese Überlegung offenbart, dass eine Konkretisierung alleine nicht ausreichen würde. Es wäre darüber hinaus die grundsätzlichere Frage zu beantworten, nach welcher Methode eine Kollision von zivilrechtlichen Generalklauseln aufzulösen ist.

C.III.4 Lösungsansatz auf Grundlage der Prämisse

Ein Vergleich zu einer bekannten grundrechtlichen Problematik und damit eine Anleihe aus dem Verfassungsrecht liegt nahe. Seit der Lüth-Entscheidung des BVerfG⁷⁶³ ist bekannt, dass die Grundrechte nicht lediglich Abwehrfunktion gegenüber dem Staat besitzen, sondern gleichsam eine objektive Wertordnung, die als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gilt, besitzen. Im Bereich des Privatrechts wirken sie mittelbar⁷⁶⁴, insbesondere bei der Auslegung und Interpretation seiner wertausfüllungsfähigen und wertausfüllungsbedürftigen⁷⁶⁵ Generalklauseln⁷⁶⁶.

Überträgt man diese Erkenntnis auf die dargestellte Situation, dass beiden Vertragspartnern Generalklauseln zur Seite stehen, kommt es zu einer bekannten Konstellation. Beide Arbeitsvertragsparteien können sich innerhalb des Arbeitsverhältnisses zumindest auf die Grundrechte der Art. 2⁷⁶⁷ und 12 GG⁷⁶⁸ berufen⁷⁶⁹, welche in derartige Fällen auch

762 Vgl. Henssler, RdA 2002, S. 129, 135.

763 Urteil vom 15.01.1958, BVerfGE 7, S. 198 ff.

764 Die ursprünglich vom BAG und Teilen der Literatur vertretene Lehre der unmittelbaren Drittwirkung von Grundrechten, vgl. Urteil vom 03.12.1954, 1 AZR 150/54, BAGE 1, S. 185, 192 ff., Gamillscheg, AcP 164, S. 385, 419 ff. ist mittlerweile als aufgegeben zu bezeichnen, vgl. insoweit gute historische Zusammenfassung bei Aussem, Ausstrahlungswirkung, S. 165 ff.

765 Die Adjektive sind Dürig, FS-Nawiasky, S. 157, 176 entnommen.

766 Vgl. grundlegend zur Drittwirkung von der Grundrechte Dürig, FS-Nawiasky, S. 157, 176 ff.; zur Ausstrahlungswirkung auf das Arbeitsrecht ausführlich Aussem, Ausstrahlungswirkung, S. 185 ff.; Hesse, Grundzüge, Rz. 351 ff.

767 In Form der allgemeinen Vertragfreiheit als Ausprägung der allgemeinen Handlungsfreiheit im umfassenden Sinne, vgl. BVerfG, Beschluss vom 19.10.1983, 2 BvR 298/81, BVerfGE 65, S. 196, 210; Münch, Staatsrecht II, Rz. 311; Söllner, FS-Stahlhacke, S. 519, 520 ff.; grundlegend zum Umfang von Art. 2, BVerfG, Urteil vom 16.01.1957, 1 BvR 253/56, BVerfGE 6, S. 32, 36 ff. (Elfes-Urteil). Zugunsten des Arbeitgebers entfaltet Art. 2 GG auch Wirkung, indem der zur Entfaltung von Unternehmerinitiative

kollidieren. Das Verfassungsrecht löst diese Problematik anhand der sog. praktischen Konkordanz⁷⁷⁰, welche eine „Harmonisierung“ der betroffenen Grundrechte durch das Prinzip des „schonendsten Ausgleiches“ erfordert⁷⁷¹.

Wenngleich eine AGB-Kontrolle auf dem Gebiet des Arbeitsrechts nicht stets mit Inhaltskontrolle gleichzusetzen ist⁷⁷², so ließen sich doch gerade für den Bereich der Inhaltskontrolle aus dem eben beschriebenen Prinzip fruchtbare Anhaltspunkte ableiten⁷⁷³, stets vorausgesetzt, die Bereichseinschränkung wäre als isolierte Generalklausel zu charakterisieren

D. Eigener Lösungsansatz

Wenngleich die äußere Form der Besonderheitenregel wie auch ihre inhaltliche Weite diese Prämisse nahe legen, so ist sie aus systematischer und historischer Sicht nicht zwingend. Die dogmatische Problematik der Generalklauselkollision im Anwendungsbereich des § 307 BGB wurde eben aufgezeigt. Hinzu kommt, dass das hieraus resultierende Prüfungsprogramm zweistufig wäre, ohne dass es jedoch Anhaltspunkte für das Verhältnis dieser beiden Stufen zueinander gibt. So ließe sich fragen, inwieweit Bewertungen auf der Stufe des § 307 BGB noch durch die Berücksichtigungspflicht geändert werden können. Die hiermit verbundenen, offenen Fragen geben Anlass zu einem eigenen Lösungsansatz.

notwendige Bereich nicht beeinträchtigt werden darf, vgl. BVerfG, Beschluss vom 19.10.1983, 2 BvR 298/81, BVerfGE 65, S. 196, 216.

768 In Form der Berufsausübungsfreiheit, hierzu Söllner, FS-Stahlhacke, S. 519, 522; teilweise wird sie auch als Arbeitsvertragsfreiheit bezeichnet, z.B. Stein, AuR 2003, S. 99, 101; vgl. auch BVerfG, Beschluss vom 20.01.1988, 2 BvL 23/82, BVerfGE 77, S. 370, 378, wonach die Kündigung eines Arbeitsvertrags nach Maßgabe der dafür bestehenden gesetzlichen oder vertraglichen Vorschriften, die Betätigung der durch Art. 12 GG geschütztem Freiheit des Berufs darstellt. Hiervon ausgehend stellt sich der Abschluss eines Arbeitsvertrags wie auch jede nachträgliche Änderung oder spätere Auflösung „erst-recht“ als Ausübung der Berufsfreiheit dar. In diesem Sinne auch Söllner, ZfA 2003, S. 145, 147.

769 Inwieweit noch andere Grundrechte im Einzelfall betroffen sind und gegebenenfalls in die Prüfung einzustellen sind, ist hier nicht von Relevanz und würde den vorliegenden Rahmen sprengen, da lediglich die strukturelle Situation verdeutlicht werden soll. Zur Wirkungsweise weiterer Grundrechte vgl. Zusammenfassung bei Aussem, Ausstrahlungswirkung, S. 198 ff.

770 Vgl. Hesse, Grundzüge, Rz. 72.

771 Hierzu Münch, Staatsrecht II, Rz. 229.

772 Soweit die Besonderheitenregel auch in anderen Ebenen Wirkungen entfaltet, haben sie in der Regel nur Einfluss auf die inhaltliche Konkretisierung bestimmter Begriffe. Denkbar sind auch Wirkungen auf der Rechtsfolgeseite, vgl. insoweit ausführlich unten E. Dogmatisch werfen diese Konstellationen jedoch keinerlei Schwierigkeiten auf, da den übrigen AGB-Normen nicht der Charakter von Generalklauseln zukommt.

773 Dies erkennt, wenngleich lediglich in einem Nebensatz, auch Berkowsky, AuA 2002, S. 11, 15; deutlicher hingegen Joost, FS-Ulmer, S. 1199, 1202 f.; vgl. auch Söllner/Waltermann, Grundriss des Arbeitsrechts, Rz. 95, der die Grundrechtsnormen in einer dem Arbeitsrecht angepassten Form anwenden will.

Systematisch ist die Berücksichtigung bei der Inhaltskontrolle innerhalb der Generalklausel des § 307 BGB vorzunehmen. § 310 Abs. 4, Satz 2 BGB eröffnet somit keine zweite Prüfungsebene in dem Sinne, dass die anhand des § 307 BGB ermittelten Ergebnisse daraufhin zu untersuchen sind, ob es Besonderheiten des Arbeitsrechts gibt, die eine Neubewertung des gefundenen Ergebnisses erfordern. Meines Erachtens hatte der Gesetzgeber vielmehr eine umfängliche Betrachtung und Interessenabwägung innerhalb einer Prüfungsebene vor Augen. Hierbei sollten sowohl die Ausprägungen der zivilrechtlichen AGB-Dogmatik, soweit diese grundsätzlich auf das Arbeitsverhältnis übertragen werden können, wie eben auch Besonderheiten des Arbeitsrechts in die Abwägungsentscheidung eingestellt werden. Ein Blick auf die gesetzlichen Regelbeispiele der unangemessenen Benachteiligung⁷⁷⁴, welche in § 307 Abs. 2 BGB enthalten sind, verdeutlicht dies. Sowohl wesentliche Grundgedanken der gesetzlichen Regelung als auch wesentliche Rechte und Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, dienen dort als Prüfungsmaßstab⁷⁷⁵. Die notwendige Konkretisierung bei Verträgen des Arbeitsrechts wäre unvollständig, würden etwaige (vertragspezifische) Besonderheiten des Arbeitsrechts nicht bereits an dieser Stelle berücksichtigt werden. In einem solchen Fall wären Funktion und inhaltliche Reichweite der zweiten Prüfungsstufe völlig offen, da es zu einer Konkurrenz von Besonderheiten käme. Eine einstufige Prüfung würde diese Konkurrenz vermeiden.

774 Zu dieser Einordnung vgl. Palandt/Heinrichs, § 307, Rz. 25 ff.

775 Ausgehend von der Grundnorm der unangemessenen Benachteiligung in § 307 Abs. 1, Satz 1 BGB entwickelt Lindemann, Flexible Gestaltung von Arbeitsbedingungen, § 13, S. 152 ff., einzelne Prüfungsmaßstäbe. Diese sollen ausweislich ihres Untersuchungsthemas für Flexibilisierungsklauseln, insbesondere Widerrufs-, Freiwilligkeits- und andere Leistungsbestimmungsvorbehalte gelten (S. 1). Die von ihr umfänglich entwickelten Kriterien, die überwiegend durchaus bedeutsam sind, sollen in die Beurteilung der Angemessenheit einfließen (S. 165 ff.). Etwas unklar bleibt bei der Untersuchung, welchen systematischen Zusammenhang sie hierbei zu den „Besonderheiten des Arbeitsrechts“ annimmt. Zunächst geht sie davon aus, dass Besonderheiten nur solche rechtlicher Natur sein können (S. 143), wobei sie der Rechtsprechung des BAG einen besonderen Stellenwert einräumt (S. 149). Als Maßstab der „angemessenen Berücksichtigung“ wählt sie einen Vergleich der Interessenlagen der Vertragspartner im allgemeinen Zivilrecht mit denjenigen des Arbeitsrechts (S. 150). Soweit kein wesentlicher Unterschied der Interessenlagen besteht, so ihre Schlussfolgerung, seien die §§ 305 ff. uneingeschränkt anzuwenden (S. 152). Trotz der großteils zustimmungswürdigen Teilergebnisse, bezogen auf die von ihr ausschließlich betrachteten Flexibilisierungsklauseln, lässt sie eine Systematisierung der Bereichseinschränkung vermissen. Die Ausstrahlungswirkung des § 310 Abs. 4, Satz 2 BGB auf den gesamten Bereich der AGB-Kontrolle wird zwar erkannt (S. 240), ohne dass jedoch ihr Umfang explizit thematisiert wird. Vor diesem Hintergrund verfolgt ihre Untersuchung einen anderen Schwerpunkt, indem sie letztlich Voraussetzungen und Kriterien entwickelt, die speziellen Klauseln zur Wirksamkeit in der künftigen Vertragsgestaltungspraxis verhelfen. Anliegen der vorliegenden Untersuchung in diesem Punkt ist es, ein Prüfungssystem für jegliche Form der arbeitsvertraglichen Klausel zu entwickeln, das insbesondere der systematischen Wirkungsweise der Besonderheitenregel umfassend Rechnung trägt.

Das nunmehr positivrechtliche normierte Prüfungsprogramm ist bei Licht besehen nicht neu. Auch der BGH⁷⁷⁶ bewertet Allgemeine Geschäftsbedingungen unter ausdrücklicher Berücksichtigung der Besonderheiten der jeweiligen Vertragstyps und der Interessen der an dem jeweiligen Vertrag beteiligten Parteien⁷⁷⁷. Nichts anderes verlangt § 310 Abs. 4, Satz 2 BGB nunmehr ausdrücklich von den Gerichten für Arbeitssachen⁷⁷⁸.

Komplexer und vielschichtiger wird dieses Prüfungsprogramm dadurch, dass sich die Berücksichtigungspflicht nicht ausschließlich auf die Ebene der Inhaltskontrolle des § 307 BGB erstreckt⁷⁷⁹. Im Gegensatz zu anderen, üblicherweise nach AGB-Recht zu überprüfenden Verträgen kommen beim Arbeitsvertrag weitere Umstände hinzu. Nicht alleine die Tatsache, dass die gesetzliche Normierung eines speziellen Arbeitsvertragsrechts bislang nur ein stetiger Ruf der Rechtswissenschaft ist, der ungehört in den Weiten des Gesetzgebungsverfahrens verhallt. Auch die gesamte Konzeption des Arbeitsrechts als Arbeitnehmerschutzrecht, mit seiner Vielzahl von Spezialgesetzen, die meist jeweils bestimmte Ausschnitte des Arbeitsverhältnisses regeln, erschwert die materiell-inhaltliche Konkretisierung des Prüfungsprogramms. Ausgehend von dieser bedarf es einer gesteigerten Konkretisierungsbereitschaft. Die im Rahmen des § 307 BGB durchzuführende Abwägung hat einstufig zu verlaufen und die in § 310 Abs. 4, Satz 2 BGB normierte Berücksichtigungspflicht muss bereits innerhalb dieser Stufe Platz greifen.

Dogmatische Bedenken gegen diese Sichtweise bestehen dann nicht, wenn man beiden Normen nicht isoliert den Charakter von Generalklauseln zuweist, sondern sie einheitlich begreift. Terminologisch könnte man auf das Zusammenspiel der beiden Normen abstellen und sie als „zusammengesetzte Generalklausel“ bezeichnen.

Der Wortlaut der Bereichsausnahme legt kein anderes Verständnis nahe. Er fordert eine angemessene Berücksichtigung bei der Anwendung im Arbeitsrecht. Wie diese genau

⁷⁷⁶ Vgl. BGH, Urteil vom 29.10.1956, II ZR 79/55, BGHZ 22, S. 90, 98.

⁷⁷⁷ Vgl. hierzu auch BAG, Urteil vom 04.03.2004, 8 AZR 196/03, EzA § 309 BGB 2002 Nr. 1, NZA 2004, S. 727, 733; ZTR 2004, 479, 481, - juris -

⁷⁷⁸ Ähnlich scheint dies Joost, FS-Ulmer, S. 1199, 1203, zu sehen, wenn er formuliert: „Zu den Besonderheiten gehören darüber hinaus die tatsächlichen Umstände des Arbeitsverhältnisses und die sich daraus ergebende Interessenlage der Arbeitsvertragsparteien einschließlich der Wertungen, die für die Beurteilung der Interessenlage im Arbeitsrecht entwickelt worden sind. Das alles ist (...) im Rahmen der allgemeinen Inhaltskontrolle streng genommen überflüssig, weil es dabei nach § 307 Abs. 1, Satz 1 BGB ohnehin schon um die unangemessene Benachteiligung geht und bei deren Beurteilung im Arbeitsrecht naturgemäß die Interessenlage der Arbeitsvertragsparteien berücksichtigt werden muss.“

⁷⁷⁹ Hierzu sogleich.

aussehen soll, ist jedoch offen. Die Einstellung der Besonderheiten des Arbeitsrechts auf der Stufe der Inhaltskontrolle trägt der Berücksichtigungspflicht am ehesten Rechnung⁷⁸⁰, da es möglich ist, die Besonderheiten direkt gegen Bedenken aus dem AGB-Recht abzuwägen. Würde man hieraus hingegen die Verpflichtung ableiten, die Besonderheiten auf einer eigenständigen, zweiten Stufe zu berücksichtigen⁷⁸¹, so wären weitere Problemkreise eröffnet.

Was beispielsweise erfordert „Berücksichtigung“? Ein schlichtes Erkennen, dass die zu überprüfende Klausel Teil eines Arbeitsvertrags ist, wird damit schwerlich gemeint sein können. Weitaus schwieriger wäre die Frage der „angemessenen“ Berücksichtigung zu beantworten⁷⁸². Zwar ist die Angemessenheit als letzte Stufe der grundrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht unbekannt⁷⁸³, jedoch ist die dortige Konstellation nicht vergleichbar. § 310 Abs. 4, Satz 2 BGB erfordert eine angemessene Berücksichtigung, während es im grundrechtlichen Bereich meist um die Frage der Verhältnismäßigkeit eines Grundrechtseingriffs geht, der sich auf der letzten Stufe als angemessen erweisen muss⁷⁸⁴. Der Gesetzgeber verwendet den Begriff bewusst als Adjektiv, um hiermit die Art und Weise der Berücksichtigung anlässlich der Inhaltskontrolle des § 307 BGB zu beschreiben. Dass er hierbei die grundrechtliche Terminologie vor Augen hatte, ist nicht anzunehmen.

Die Berücksichtigung von Besonderheiten innerhalb einer einstufigen Prüfung entspricht dem Angemessenheitserfordernis. Sie erlaubt es, die Schutzzwecke des AGB-Rechts und den Normzweck der Besonderheitenregel einheitlich zu bewerten und gegeneinander abzuwägen.

780 Für die Frage der „angemessenen Berücksichtigung“ in diesem Sinne auch Joost, FS-Ulmer, S. 1199, 1204 f., der jedoch grundsätzlich einen zweistufigen Prüfungsaufbau befürwortet.

781 Diesen Vorschlag hat bereits Fastrich, Inhaltskontrolle, S. 280 ff., für die Inhaltskontrolle nach altem AGB-Recht gemacht. Seiner Ansicht nach liefe eine einstufige Prüfung Gefahr, in eine ufer- und konturlose Kasuistik zu verfallen und damit in eine mehr oder weniger offene Billigkeitsrechtsprechung abzugleiten. Dem ist zu widersprechen. Die von ihm prognostizierte Gefahr besteht dann nicht, wenn die zu berücksichtigenden Interessen eine ausreichende Konkretisierung erfahren. Für eine zweistufige Prüfung plädiert auch Reinecke, SB zu NZA 18/2004, S. 27, 32.

782 Auch der Ansatz von Fastrich, Inhaltskontrolle, S. 298 ff., vermag hier nicht zu überzeugen. Ausgehend von seinem zweistufigen Prüfungsmodell wirft er konsequenterweise die Frage auf, wann eine unangemessene Benachteiligung vorliegt. Zu Recht weist er darauf hin, dass maßvolle Benachteiligungen zulässig sind (S. 298 ff.), und bestimmte Benachteiligungen auch kompensationsfähig sind (S. 301 ff.). Die eigentliche Angemessenheitsprüfung ist jedoch auch für ihn anhand einer Interessenabwägung vorzunehmen (S. 325). Es ist nicht ersichtlich, weshalb diese Interessen erst innerhalb einer zweiten Stufe gegeneinander abgewogen werden sollen. Entscheidend ist einzig und allein der Konkretisierungsgrad des Abwägungsmaterials. Ist dieser ausreichend, schließt auch eine Berücksichtigung auf einer Stufe die von Fastrich prognostizierte Gefahr aus.

783 Vgl. BVerfG, Beschluss vom 17.10.1990, 1 BvR 283/85, BVerfGE 83, S. 1, 19; Ipsen, Staatsrecht II, Rz. 180 ff.

784 Der an dieser Stelle auf den ersten Blick denkbare Einwand, letztlich ginge es bei der Kontrolle arbeitsvertraglicher Klauseln auch um eine Grundrechtsabwägung, greift zu kurz, da man den Begriff der Angemessenheit – versteht man ihn wie im Staatsrecht – unzulässigerweise aus dem Dreistufensystem der Verhältnismäßigkeit herausreißen würde.

Gleichsam vermeidet sie Wertungswidersprüche, welche sich aus der offenen Gewichtung der beiden Stufen untereinander ergeben können. Angemessene Berücksichtigung auf dieser Stufe bedeutet daher, einen Ausgleich der Interessen der am Vertrag beteiligten Personenkreise, wobei dem arbeitsrechtlichen Charakter des Vertrags durch Einbeziehung spezieller, im Folgenden zu entwickelter Kriterien Rechnung zu tragen ist. Insoweit bilden sie einen eigenständigen Abwägungsgesichtspunkt⁷⁸⁵. Sie können das Abwägungsschergewicht insbesondere dann verändern, wenn nicht der unmittelbare Kernbereich des arbeitsrechtlichen Mindestschutzstandards berührt wird. Die im Rahmen des § 307 BGB zu entwickelnden Grundgedanken sowie die Bestimmung des Rechten- und Pflichtenkreises sind daher von Anfang an arbeitsrechtsspezifisch orientiert. Dies stellt einen gewichtigen Unterschied zu einer zweistufigen Prüfung dar, die Besonderheiten erst auf der zweiten Stufe berücksichtigen will. Ein derartiges Verständnis würde der Besonderheitenregel lediglich die Funktion zuordnen, als Rechtfertigungsgrund zu fungieren, Klauseln in Arbeitsverträgen die Wirksamkeit zu belassen, die im allgemeinen Zivilrecht unwirksam wären. Auch dieser Gefahr begegnet der hier vorgeschlagene Weg, da das Arbeitsrecht vollständig in das System der AGB-Kontrolle integriert und nicht nur als unselbständiges Anhängsel an eine traditionelle AGB-Kontrolle angesehen wird. Gerade hierdurch wird einer ufer- und konturlosen Kasuistik und letztlich einer offenen Billigkeitsrechtsprechung⁷⁸⁶ am wirkungsvollsten entgegengetreten.

D.I. Berücksichtigungsebenen

Fraglich ist jedoch, auf welchen Ebenen der AGB-Kontrolle die im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten zu berücksichtigen sind. Ausgehend von der Systematik der Klauselkontrolle lassen sich mehrere Ebenen herausbilden, welche als Anknüpfungspunkte in Betracht kommen.

785 Vgl. Ulmer/Brandner/Hensen/Brandner, § 9, Rz. 71.

786 So die Kritik von Fastrich, Inhaltskontrolle, S. 280, an der einstufigen Angemessenheitsprüfung im Geltungsbereich des AGB-Gesetzes, welche freilich nur am Rande die Inhaltskontrolle von Arbeitsverträgen betraf, da die Bereichsausnahme des § 23 Abs. 1 AGB-Gesetz noch bestand.

D.I.1 Wirkungsebenen außerhalb des AGB-Rechts

Systematisch lassen sich zwei Gruppen bilden. Neben dem Hauptanwendungsbereich des AGB-Rechts, welcher in einem zweiten Schritt betrachtet wird, gibt es Normgruppen, die mittelbar innerhalb der AGB-Kontrolle Anwendung finden, ohne dass sie charakterlich dieser Gruppe zugehörig sind. Auch bei ihnen erscheint eine Berücksichtigung nicht von vornherein ausgeschlossen.

D.I.1.a Auslegungsregeln

In Betracht kommen zunächst die allgemeinen Auslegungsregeln. Soweit sie innerhalb der AGB-Kontrolle Anwendung finden, sind Besonderheiten jedoch nicht ersichtlich. Insbesondere im Bereich der juristischen Methodenlehre erweist sich das Arbeitsrecht als spezieller Teilbereich des allgemeinen Zivilrechts, so dass sich eine speziell für das Arbeitsrecht geltende, modifizierte Auslegungsmethode verbietet. Es sind vielmehr die allgemein gültigen Auslegungsmethoden heranzuziehen⁷⁸⁷.

D.I.1.b Zivilrechtliche Generalklauseln

Einen denkbaren Anknüpfungspunkt könnten auch die zivilrechtlichen Generalklauseln bilden. Soweit die Vertragskontrolle auch in Zukunft auf der Grundlage dieser – namentlich der §§ 242, 134, 138, 826 BGB – erfolgt, hat die Gesetzesreform hierauf keinen Einfluss⁷⁸⁸. Diese Normen zeigen lediglich Grenzen der vertragsrechtlichen Privatautonomie auf, welche durch die Modifikation der ursprünglichen Bereichsausnahme nicht tangiert worden sind. Die Reform, so die Intention des Gesetzgebers, soll vielmehr das Schutzniveau im Arbeitsrecht anheben und damit in einem Bereich wirken, der weit vor den durch die allgemeinen Generalklauseln gezogenen Grenzen liegt.

787 Für den Bereich des allgemeinen Zivilrechts vgl. Wolf/Horn/Lindacher/Lindacher, § 5, Rz. 5 f. zum Meinungsstand hinsichtlich der objektiven Auslegungsmethode, Rz. 7 ff. zu den einzelnen Auslegungskriterien; zur methodischen Reihenfolge der Prüfung im Arbeitsrecht vgl. Schimmel/Buhlmann/Ziemann, HbSchR, Rz. 80 ff., S. 699 f.

788 Gleiches gilt auch für das in § 612a BGB verankerte Maßregelverbot, welches einen Sonderfall der Sittenwidrigkeit regelt, vgl. Schimmel/Buhlmann/Ziemann, HbSchR, Rz. 96, S. 703.

D.I.1.c Ergebnis

Außerhalb des AGB-Rechts zeitigt die Besonderheitenregel keinerlei Wirkung. Arbeitsrechtliche Verträge sind zwar gegebenenfalls auszulegen und eine Prüfung anhand der Generalklauseln zu unterziehen. Hierbei sind jedoch keine Modifikationen angezeigt, welche auf der Besonderheitenregel beruhen.

D.I.2 Wirkungsebenen des AGB-Rechts

Als mögliche Wirkungsebenen verbleiben demnach diejenigen des AGB-Rechts. Diese sind namentlich der Klauselbegriff als solcher, die Einbeziehungskontrolle, das Umgehungsverbot, das nunmehr positivrechtlich geregelte Transparenzgebot sowie die materiell-rechtliche Inhaltskontrolle. Gemeinsam ist diesen Bereichen, dass eine Modifikation im Arbeitsrecht nicht von vornherein ausgeschlossen erscheint⁷⁸⁹.

Da bislang aufgrund der bestehenden Bereichsausnahme eine Klauselkontrolle in direkter Anwendung des AGB-Gesetzes ausschied, bedurfte es logischerweise keiner Auseinandersetzung, ob der durch Rechtsprechung und Lehre ausdifferenzierte Klauselbegriff unbesehen auf arbeitsrechtliche Standardverträge übertragen werden kann. Insbesondere bei der Bewertung der im Rahmen der Rechtsfortbildung entwickelten, speziell im Arbeitsrecht geltenden Institute, wie beispielsweise der Gesamtzusage und der betrieblichen Übung, zwingt die neue Gesetzeslage zu einer ersten Analyse. Gleiches gilt für die Einbeziehungskontrolle sowie das Erfordernis der transparenten Vertragsgestaltung, gibt es doch im Arbeitsrecht nicht selten mehrere Regelungswerke, welche die Rechte und den Pflichtenkreis von Arbeitgeber und Arbeitnehmer näher beschreiben. Schließlich erlangt auch die Ebene der materiell-rechtlichen Inhaltskontrolle Bedeutung, soll doch nach dem Willen des Gesetzgebers dort der schwerpunktmäßige Anwendungsbereich der Bereichseinschränkung liegen⁷⁹⁰.

789 In dieser Richtung ist auch Schimmel/Buhlmann/Ziemann, HbSchR, Rz. 43, S. 688, zu verstehen, wenn er darauf hinweist, dass der Gesetzgeber die gesamte Anwendung der §§ 305 ff. BGB im Arbeitsrecht sichergestellt wissen will. Im Ergebnis auch Erman/Roloff, § 310, Rz. 3.

790 Vgl. BT-DS 14/6857, S. 54, wonach durch die Reform dafür gesorgt wird, „dass das Schutzniveau der Vertragsinhaltskontrolle nicht im Arbeitsrecht nicht hinter demjenigen des Zivilrechts zurückbleibt“; ähnlich auch BT-DS 14/7052, S. 189.

D.1.2.a Klauselbegriff

Ausgangspunkt einer jeden Prüfung nach AGB-Recht ist der in § 305 Abs. 1, Satz 1 BGB legal definierte Klauselbegriff. Hiernach sind Allgemeine Geschäftsbedingungen alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrages stellt. Ohne an dieser Stelle auf die einzelnen Tatbestandsmerkmale des Klauselbegriffs eingehen zu wollen⁷⁹¹, stellt sich die Frage, ob der vorwiegend durch die Rechtsprechung des BGH konkretisierte Inhalt⁷⁹² einer Modifikation auf dem Gebiet des Arbeitsrechts bedarf⁷⁹³. Der Wortlaut des § 310 Abs. 4, Satz 2 BGB ließe dies grundsätzlich zu, bezieht sich die Pflicht zur Berücksichtigung doch auf den gesamten Abschnitt der §§ 305 ff BGB⁷⁹⁴. Insbesondere die ausdrückliche Anordnung des Gesetzgebers, § 305 Abs. 2 und 3 BGB nicht anzuwenden, legt den Schluss, den Klauselbegriff arbeitsrechtlich zu modifizieren, nahe. Auch lässt sich nicht ausschließen, dass die Praxis der arbeitsvertraglichen Klauselgestaltung Besonderheiten aufweist, welche eine abweichende Begriffsbestimmung zuließen.

Trotz Wortlaut und systematischer Begründungsansätze erscheint eine Berücksichtigung von Besonderheiten des Arbeitsrechts auf der Ebene des Klauselbegriffs weder gewollt noch geboten. Hauptanliegen des Reformgesetzgebers war es, das Schutzniveau der Vertragsinhaltskontrolle anzuheben⁷⁹⁵. Hinweise, welche eine Berücksichtigung auf der Ebene des Klauselbegriffs erfordern, lassen sich den Gesetzesmaterialien nicht entnehmen. Der Gesetzgeber stellt vielmehr ausdrücklich auf die Steigerung der Vertragsinhaltskontrolle bzw. der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle ab, um seine Intention zu konkretisieren. Hierbei setzt er den Begriff der Arbeitsvertragsbedingungen nicht nur voraus, sondern setzt ihn mit dem der Allgemeinen Geschäftsbedingungen gleich⁷⁹⁶.

Eine modifizierte Begriffsbestimmung wäre mit weiterer Rechtsunsicherheit verbunden. Der ohnehin im Hinblick auf die Besonderheiten des Arbeitsrechts bestehende

791 Zu den einzelnen Tatbestandsmerkmalen vgl. ausführlich Wolf/Horn/Lindacher/Wolf, § 1, Rz. 6 ff.; Lindemann, Flexible Gestaltung von Arbeitsbedingungen, § 8, S. 86 ff.

792 Vgl. Beispiele bei Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer, § 1, Rz. 19.

793 Die Frage ist freilich nicht neu. Sie klingt bereits bei Preis, Grundfragen, § 10, S. 275, an, wenn er eine sachliche und sprachliche Nähe Allgemeiner Arbeitsbedingungen und vertraglicher Einheitsregelungen zum Klauselbegriff des § 1 Abs. 1 AGBG konstatiert und gleichzeitig feststellt, dass im Arbeitsrecht präzisere Begriffsbestimmungen nicht erfolgt seien.

794 So auch BAG, Urteil vom 04.03.2004, 8 AZR 196/03, EzA § 309 BGB 2002 Nr. 1, ZTR 2004, 479, - juris -

795 Vgl. BT-DS 14/6857, S. 54; BT-DS 14/7052, S. 189.

796 Vgl. BT-DS 14/6857, S. 54.

Konkretisierungsbedarf würde um einen gewichtigen Punkt erweitert. Eine solche Deutung stünde mit der gesetzgeberischen Intention jedoch nicht in Einklang. Die Modifikation der Bereichsausnahme sollte lediglich das formelle und materielle Klauselkontrollverfahren erfassen, ohne indes den durch Rechtsprechung und Lehre konkretisierten Klauselbegriff als solchen zu berühren.

Eine Berücksichtigung arbeitsrechtlicher Besonderheiten auf der Ebene der Begriffsbestimmung scheidet somit aus⁷⁹⁷. Einer Begutachtung des § 310 Abs. 3 BGB in diesem Zusammenhang bedarf es aufgrund der hier vertretenen Ansicht⁷⁹⁸ nicht⁷⁹⁹.

D.1.2.b Einbeziehungskontrolle

Systematisch an zweiter Stelle einer AGB-Kontrolle steht die Einbeziehungskontrolle, namentlich die Frage, ob eine bestimmte Klausel Vertragsbestandteil geworden ist. Auch für diese Ebene sind Einfluss und Umfang der „Besonderheiten des Arbeitsrechts“ zu klären.

Für den Bereich des allgemeinen Zivilrechts regelt § 305 Abs. 2 und 3 BGB, unter welchen Voraussetzungen Allgemeine Geschäftsbedingungen Vertragsbestandteil werden. Auf dem Gebiet des Arbeitsrechts ordnet § 310 Abs. 4, Satz 2 BGB die Nichtanwendbarkeit dieser Normen an. Zur Begründung hierfür beruft sich der Gesetzgeber auf die Existenz des Nachweisgesetzes, namentlich die in § 2 Abs. 1, Satz 1 enthaltene Verpflichtung des Arbeitgebers, dem Arbeitnehmer die wesentlichen Vertragsbestimmungen auszuhändigen⁸⁰⁰.

Diese Begründung ist in der wissenschaftlichen Auseinandersetzung vielfach auf Kritik gestoßen⁸⁰¹. Dessen ungeachtet ist der Wortlaut der Norm eindeutig und die Unanwendbarkeit des § 305 Abs. 2 und 3 BGB zwingend⁸⁰². Im Rahmen der hier zu entscheidenden

797 In diesem Sinne auch Richardi, NZA 2002, S. 1057, 1061, der die Legaldefinition in § 305 Abs. 1 BGB auch für den Bereich des Arbeitsrechts als einschlägig erachtet; vgl. auch Thüsing, BB 2002, S. 2666, 2667; Schnieker/Grau, BB 2002, S. 2120, 2121.

798 Vgl. oben C. II. 1. b. c.

799 Die Folgen der Anwendbarkeit des § 310 Abs. 3 BGB, der Modifikationen des Klauselbegriff für Verbraucherverträge enthält, sind ausführlich bei Lindemann, Flexible Gestaltung von Arbeitsbedingungen, § 13, S. 159 ff., dargestellt.

800 Vgl. BT-DS 15/6857, S. 54.

801 Vgl. Annuß, BB 2002, S. 458, 460; Thüsing, BB 2002, S. 2666, 2670; ausführlich Joost, FS-Ulmer, S. 1199, 1200 ff.; Schimmel/Buhlmann/Ziemann, HbSchR, Rz. 61, S. 694 f.; Gotthardt, Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsreform, Rz. 245.

802 Vgl. Thüsing, BB 2002, 2666, 2670.

Fragestellung erlangt diese Unanwendbarkeit jedoch unter einem anderen Blickwinkel Bedeutung. Ist mit dem Ausschluss von § 305 Abs. 2 und 3 BGB gleichsam ein Berücksichtigungsverbot auf der Ebene der Einbeziehungskontrolle verbunden? Der Wortlaut des § 310 Abs. 4, Satz 2 BGB deutet auf den ersten Blick in diese Richtung.

Zu beachten ist jedoch, dass mit der Unanwendbarkeit der speziellen Einziehungsnormen nicht gleichsam das Erfordernis eines konkreten Einziehungstatbestandes aufgegeben wird. Die Einziehung arbeitsrechtlicher Klauseln, verstanden als Oberbegriff, erfolgt vielmehr nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen, mithin nach §§ 145 ff BGB und ist somit auch konkludent möglich⁸⁰³. Gerade im Hinblick auf die Einziehung von kollektivrechtlichen Regelungswerken auf der einen und im Betrieb oder Unternehmen praktizierten Regelungen mit individualrechtlichem Charakter auf der anderen Seite, erscheint es geboten, der Frage nach zu berücksichtigenden Besonderheiten bereits auf dieser Ebene nachzugehen⁸⁰⁴.

Hinzu kommt, dass nicht lediglich §§ 305 Abs. 2 und 3 BGB Einziehungsnormen enthalten. Auch der Vorrang der Individualabrede in § 305 b BGB und die Nichteinziehung überraschender Klauseln in § 305 c BGB sind dieser Gruppe zuzuordnen⁸⁰⁵. Dass diese Normen im Rahmen der arbeitsrechtlichen Klauselkontrolle grundsätzlich Anwendung finden, steht außer Frage. Auch hier erscheint es nicht ausgeschlossen, dass die Qualität der Individualabrede und die Voraussetzungen einer überraschenden Klausel im arbeitsrechtlichen Bereich einer differenzierten Beurteilung bedürfen. Dies deshalb, weil die Vertragsabschlussituation im Arbeitsrecht, zumindest für den Arbeitnehmer, in der Regel keine alltägliche Situation darstellt, auch wenn ihm der übliche Inhalt bekannt ist und er meist nicht unter Zeitdruck handelt. Auch die tatsächlichen Einflussmöglichkeiten im Hinblick auf die konkrete Vertragsgestaltung erfordern eine genaue Analyse, will man den Begriff der Individualabrede auf dem Gebiet des Arbeitsrechts nachvollziehbar konkretisieren. Ähnliches lässt sich für überraschende Klauseln konstatieren. Vielfach finden sich die Arbeitnehmerpflichten konkretisierenden Bestimmungen nicht in den originären

803 Vgl. Lindemann, AuR 2002, S. 81, 85; Thüsing, BB 2002, S. 2666, 2670; Gotthardt, Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsreform, Rz. 246; Preis, Arbeitsrecht, § 25, S. 268; Schulte-Nölke/Frenz/Flohr/Clemens, Formularbuch Vertragsrecht, Teil 9, Rz. 11; unklar insoweit Joost, FS-Ulmer, S. 1199, 1202.

804 Ausführlich zum Vorstehenden wie auch zum individualrechtlichen Charakter von vertraglicher Einheitsregelung, Gesamtzusage und betrieblicher Übung vgl. unten Kapitel 5.

805 Vgl. Schimmel/Buhlmann/Ziemann, HbSchR, Rz. 44, S. 688; Erman/Roloff, § 310, Rz. 35.

Vertragswerken, sondern in Bezug genommenen Regelungswerken. Ob dies Auswirkungen auf die Einbeziehungskontrolle hat, bedarf einer näheren Untersuchung⁸⁰⁶.

Die gesetzgeberische Intention steht dem nicht entgegen. Ausweislich der Gesetzesmaterialien hatte der Gesetzgeber zwar primär eine gesteigerte Inhaltskontrolle im Blick. Hieraus lässt sich jedoch nicht etwa im Umkehrschluss folgern, dass die restlichen Prüfungsebenen des AGB-Rechts im arbeitsrechtlichen Bereich nicht beachtet werden sollten. Gestützt wird diese Erkenntnis schließlich durch einen Begründungsaspekt des Gesetzgebers selbst. Exemplarisch nennt er in den Gesetzesmaterialien die Urteile des BAG vom 29.11.1995 – AZ: 5 AZR 447/94 – und vom 13.12.2000 – AZ: 10 AZR 168/00⁸⁰⁷ – um die seines Erachtens nach bestehenden Unterschiede in der Prüfungsdichte herauszustellen. Bei beiden Entscheidungen geht es, trotz ihrer gewichtigen Unterschiede im Tatsachenbereich schwerpunktmäßig um die Einbeziehungskontrolle. Gerade dann, wenn diese nach Ansicht des Gesetzgebers bis zum Inkrafttreten der Schuldrechtsreform unterschiedlichen Maßstäben gefolgt ist, liegt der Schluss nahe, dass diese auf Grundlage der neuen Gesetzeslage unter arbeitsrechtlichem Blickwinkel anzugleichen und zu vereinheitlichen sind.

Als Zwischenergebnis lässt sich somit festhalten, dass die Berücksichtigungspflicht des § 310 Abs. 4, Satz 2 BGB bereits auf die Ebene der Einbeziehungskontrolle einwirkt⁸⁰⁸.

D.I.2.c Umgehungsverbot und Unklarheitenregel

Keine modifizierte Berücksichtigungspflicht lässt sich für das Umgehungsverbot des § 306 a BGB konstatieren. Dieses ist zwar auch im Arbeitsrecht anzuwenden⁸⁰⁹, eine spezielle Berücksichtigung arbeitsrechtlicher Besonderheiten ist jedoch nicht angezeigt. Zum einen konkretisiert die Norm lediglich die ungeschriebenen allgemeinen Umgehungsgrundsätze⁸¹⁰. Neben ihrem deklaratorischen Charakter⁸¹¹ kommt der Norm insbesondere der Charakter

806 Vgl. unten D. II.; Kapitel 5.

807 Vgl. BT-DS 14/6857, S. 54.

808 In diesem Sinne auch Schimmel/Buhlmann/Ziemann, HbSchR, Rz. 62, S. 695.

809 Und wurde im Übrigen bereits vor der Schuldrechtsmodernisierung in st. Rspr. vom BAG zur Begründung herangezogen, vgl. ausführliche und kritische Darstellung bei Preis, Grundfragen, § 7, S. 156 ff. mit zahlreichen Beispielen S. 160 ff.

810 Vgl. hierzu Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer, § 7, Rz. 1.

811 Wolf/Horn/Lindacher/Lindacher, § 7, Rz. 1.

eines allgemein anerkannten Rechtsgrundsatzes zu⁸¹². Zum anderen sind es im arbeitsrechtlichen Bereich in der Regel arbeitsrechtliche Schutzvorschriften und Institute, deren Umgehung in Frage steht. Den bestehenden Besonderheiten wird daher bereits mittelbar durch die Art der Vergleichsgruppe Rechnung getragen. Anders formuliert: In der Systematik des Umgehungsverbots ist die Berücksichtigung spezieller Ausgestaltungen in einzelnen Vertragstypen bereits wesensmäßig angelegt. Selbst wenn die Besonderheitenregel eine solche nicht vorsehen würde, wäre im Prüfungsumfang des § 306a BGB eine mittelbare Berücksichtigung notwendig⁸¹³.

Den gleichen Befund liefert die Analyse der Unklarheitenregel des § 305 c Abs. 2 BGB. Systematisch ist sie der Inhaltskontrolle vorgeschaltet und ergänzt sie⁸¹⁴, da sie der Ermittlung des eigentlichen Kontrollgegenstandes dient⁸¹⁵. In den Bereich der Einbeziehungskontrolle passt sie jedoch nicht recht⁸¹⁶, da die Frage nach der Einbeziehung einer bestimmten Klausel durch sie nicht zu klären ist. Es wird lediglich ein bestimmter Inhalt ermittelt, welcher im zweiten Schritt der Inhaltskontrolle unterzogen wird. Diese Systematik erfährt im Bereich des Arbeitsrechts jedoch keine Modifikation. Die Reihenfolge der Auslegung wie auch die inhaltliche Ausgestaltung folgt den hierzu bestehenden Regeln⁸¹⁷. Lediglich bei der Ermittlung des Inhaltes einer Klausel kann die Rechtsnatur des Gesamtvertrages Bedeutung erlangen⁸¹⁸. Dies stellt jedoch keine Besonderheit dar, sondern ergibt sich als Reflex aus der Natur der Sache.

D.1.2.d Transparenzgebot

Die positivrechtliche Verankerung des sog. Transparenzgebots in § 307 Abs. 1, Satz 2 BGB stellt eine der wichtigsten Neuerungen im Bereich der AGB-Kontrolle dar. Wenngleich ihm

812 Vgl. bereits RG, Urteil vom 01.06.1937, VII 15/37, RGZ 155, S. 138, 146, wonach ein Umgehungsgeschäft unter bestimmten Umständen mit dem gesunden Volksempfinden nicht zu vereinbaren ist.

813 Der Grund hierfür besteht darin, dass das Umgehungsverbot lediglich Konkretisierung der ungeschriebenen allgemeinen Umgehungsgrundsätze ist und damit deklaratorisch, vgl. Wolf/Horn/Lindacher/Lindacher, § 7, Rz. 1.

814 Vgl. Schimmel/Buhlmann/Ziemann, HbSchR, Rz. 84, S. 700.

815 Vgl. Wolf/Horn/Lindacher/Lindacher, § 5, Rz. 2.

816 So auch Weick, JZ 2002, S. 442, 443; a.A. wohl Schimmel/Buhlmann/Ziemann, HbSchR, Rz. 44, S. 688.

817 Vgl. hierzu ausführlich Wolf/Horn/Lindacher/Lindacher, § 5, Rz. 5 ff.; Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer, § 5, Rz. 7 ff., Weick, JZ 2002, S. 442, 443. Speziell für die Situation nach der Schuldrechtsreform vgl. Preis/Preis, Der Arbeitsvertrag, I C, Rz. 60 f., der auch auf die Anwendung der herkömmlichen Grundsätze der Vertragsauslegung in §§ 133, 154, 155, 157 BGB hinweist.

818 Vgl. für das Arbeitsrecht Reinecke, AuR 2003, S. 414 ff.

im Hinblick auf das Prüfungsprogramm des AGB-Rechts keine systematische Eigenständigkeit zukommt, wird es im Rahmen der Darstellung einer isolierten Betrachtung unterzogen⁸¹⁹. Der Grund hierfür liegt im Facettenreichtum dieses Instituts, welches sowohl Einfluss auf die Einbeziehungs- als auch auf die Inhaltskontrolle hat⁸²⁰. Darüber hinaus werden Auswirkungen auf die Auslegungsregel des § 305 c Abs. 2 BGB⁸²¹ und das aus § 306 Abs. 2 BGB abgeleitete Verbot der geltungserhaltenden Reduktion anerkannt⁸²². Es wird im zivilrechtlichen Bereich meist unterteilt in die Kategorien Verständlichkeitsgebot, Bestimmtheitsgebot und Täuschungsverbot⁸²³.

Im Gegensatz zur Inhaltskontrolle sind auch die vertraglichen Hauptleistungspflichten Gegenstand der Transparenzkontrolle gem. § 307 Abs. 3, Satz 2 iVm. Abs. 1, Satz 2 BGB⁸²⁴. Gerade wegen diesem erweiterten Prüfungsgegenstand des Transparenzgebots bedarf es einer eigenständigen Untersuchung, ob und inwieweit es in die arbeitsrechtsrechtliche Klauselkontrolle unverändert transferiert werden kann oder ob dort vorhandene Besonderheiten zu einer differenzierten Konkretisierung Anlass geben.

D.I.2.e Inhaltskontrolle

Für die Ebene der Inhaltskontrolle bereitet die Frage, ob Besonderheiten auf dem Gebiet des Arbeitsrechts zu berücksichtigen sind, die wenigsten Schwierigkeiten. Der Gesetzgeber selbst

819 Ähnlich verfährt Schimmel/Buhlmann/Ziemann, HbSchR, Rz. 109 ff., S. 707 f; vgl. auch Hansen, ZGS 2004, S. 21, 24. Anders hingegen Lindemann, Flexible Gestaltung von Arbeitsbedingungen, § 13, S. 179 ff., die das Transparenzgebot unselbständig als Teil der Angemessenheitsprüfung behandelt.

820 Vgl. ausführlich hierzu Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer, Einl., Rz. 37 f.; § 9, Rz. 87 ff. (Brandner); Wolf/Horn/Lindacher/Lindacher, § 3, Rz. 11 ff.; § 9, Rz. 143 ff. (Wolf); in diesem Sinne auch BT-DS 14/7052, S. 188.

821 So Wolf/Horn/Lindacher/Lindacher, § 3, Rz. 15.

822 In diesem Sinne Ulmer/Brandner/Hensen/Brandner, § 9, Rz. 88.

823 Vgl. Palandt/Heinrichs, § 307, Rz. 21 ff.; Hromadka, NJW 2002, S. 2523, 2528; Schimmel/Buhlmann/Ziemann, HbSchR, Rz. 111, S. 707, der als weiteren Unterfall das Übersetzungsgebot in die Diskussion einführt (S. 700). Eine andere Differenzierung findet sich bei Fastrich, Inhaltskontrolle, S. 321 ff., der Abwendungs- und Abschlusstransparenz unterscheidet.

824 So auch ausdrücklich der Gesetzgeber in BT-DS 14/7052, S. 188: „, Denn Leistungsbestimmungs- und Entgeltregelungen, die an sich nach § 307 Abs. 3 BGB-E (= geltender § 8 AGB-Gesetz) von der AGB-Kontrolle ausgenommen sind, müssen dann der AGB-Kontrolle unterliegen, wenn sie intransparent sind.“ Diese Begründung ist etwas missglückt. Sie legt den Schluss nahe, intransparente Klauseln würden einer – quasi auf der zweiten Stufe – weiteren AGB-Kontrolle unterliegen. Dies war jedoch weder die Intention des Gesetzgebers noch fordert die zugrunde liegende europarechtliche Richtlinie 1993/13/EWG eine derartige Kontrolle. Das Transparenzgebot ist vielmehr ein eigenständiges Prüfungsprogramm. Unklare und missverständliche Klauseln unterliegen per se der Rechtsfolge des § 307 Abs. 1, Satz 1 BGB und sind einer weitergehenden AGB-Kontrolle nicht zugänglich. Trotz dieser unglücklichen Formulierung in den Gesetzesmaterialien ergibt sich der erweiterte Prüfungsgegenstand des Transparenzgebots sowohl aus den Gesetzesmaterialien als auch dem systematischen Aufbau von § 307 BGB.

sieht in diesem Bereich einen Hauptanwendungsfall der neu geschaffenen Bereichseinschränkung. Interessanter ist indes die Frage, ob neben der Generalklauseln des § 307 BGB auch die speziellen Klauselverbote der §§ 308, 309 BGB im Arbeitsrecht zu beachten sind. Trotz der etwas misslungenen Gesetzesbegründung ist diese Frage grundsätzlich zu bejahen⁸²⁵. Die Vermutung liegt nahe, dass die Besonderheiten im Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle nach den gleichen Maßstäben zu bestimmen sind. Dies unabhängig davon, ob es sich um die Generalklausel oder die gesondert normierten Klauselverbote handelt. Vom Charakter her ist es stets eine Inhaltskontrolle. Jedoch kann im Hinblick auf die einschlägige Gesetzesbegründung⁸²⁶ nicht ausgeschlossen werden, dass einzelne Klauselverbote auf dem Gebiet des Arbeitsrechts keinerlei Wirkung haben.

D.I.3 Ergebnis

Zusammenfassend kann für die Frage der Berücksichtigungsebenen festgehalten werden, dass den „im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten“ bereits strukturell ein größeres Gewicht zukommt, als es der bloße Wortlaut des § 310 Abs. 4, Satz 2 BGB auf den ersten Blick vermuten lässt.

Neben der Inhaltskontrolle strahlt die Berücksichtigungspflicht bereits auf die Ebene der Einbeziehungskontrolle und des Transparenzgebots aus. Lediglich im Rahmen des Klauselbegriffs und des Umgehungsverbots ist eine Berücksichtigung nicht geboten.

D.II. Leitlinien zur Ermittlung zu berücksichtigender Besonderheiten

Die bislang gefundenen Teilergebnisse werden nunmehr gebündelt und in ein System zur Ermittlung von Besonderheiten des Arbeitsrechts zusammengefasst. Hierbei wird es lediglich möglich sein, allgemeine Leitlinien herauszuarbeiten, um Rechtssicherheit auch für die Grenzen der Vertragsgestaltung zu schaffen⁸²⁷. Schwerpunkt wird hierbei die Aufzeichnung eines Weges zur materiell-inhaltliche Konkretisierung sein. Den Abschluss wird die

825 Insbesondere sind auch hier Besonderheiten des Arbeitsrechts zu berücksichtigen, vgl. Kroiß/Fell, Klauselbuch Schuldrecht, § 3, Rz. 69; a. A. wohl Reuter, FS-BAG, S. 177, 195.

826 Vgl. BT-DS 14/6857, S. 54.

827 Diese Herangehensweise wurde bereits vor In-Kraft-Treten der Schuldrechtsreform für das Arbeitsrecht praktiziert, vgl. Preis/Preis, Der Arbeitsvertrag, I C, Rz. 70; ausführlicher ders., Grundfragen, § 11, S. 298 ff.

Betrachtung der an den Rechtsfolgen orientierten Wirkungsweise bilden, wodurch die Umfänglichkeit und Vollständigkeit des Systems gewährleistet wird.

D.II.1 Differenzierungskriterien

Die Konkretisierung soll systematisch durch einen hohen Grad an Differenzierung geprägt sein. Hierbei soll im Folgenden nach allgemeinen Besonderheiten und speziellen Besonderheiten unterschieden werden.

Erstere sind stets Teil des Abwägungsvorgangs bzw. sind zur Ermittlung der Abwägungskriterien heranzuziehen. Sie wirken darüber hinaus in jede Berücksichtigungsebene hinein, indem sie die dort vorzunehmenden Wertungen arbeitsrechtsspezifisch ermöglichen.

Letztere sind speziell der Ebene zuzuordnen, auf der die jeweilige Prüfung stattfindet. Soweit eine Inhaltskontrolle angesprochen ist, werden die üblicherweise verwendeten Klauseln in Fallgruppen unterteilt, um hieraus berücksichtigungsrelevante Besonderheiten abzuleiten.

D.II.2 Qualität der Besonderheiten

Nach hier vertretener Ansicht müssen relevante Besonderheiten nicht zwingend rechtlichen Charakter aufweisen, sondern können auch tatsächlicher Natur sein⁸²⁸. Hiermit ist die grundsätzliche Qualität der Besonderheiten angesprochen und damit der Bereich, aus dem sie entstammen können. Übertragen auf die oben beschriebene Funktion, als eigenständiges Abwägungskriterium zu fungieren, hat diese Erkenntnis Einfluss auf die Ermittlung der Abwägungskriterien.

D.II.2.a Allgemeine Besonderheiten

Allgemeine Besonderheiten zeichnen sich dadurch aus, dass sie das gesamte Gebiet des Arbeitsrechts betreffen bzw. prägenden Charakter haben. Zu nennen sind hier das Tarifvertragssystem⁸²⁹, das System der betrieblichen und konzernbezogenen

828 So auch ausdrücklich Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt/Henssler, Das neue Schuldrecht, S. 615, 636; vgl. ausführlich oben C. III. 3. b. a.; a.A. Hansen, ZGS 2004, S. 21, 22.

829 Hönn, ZfA 2003, S. 325, 334.

Mitbestimmung⁸³⁰, die Schutzfunktion des Arbeitsrechts⁸³¹, die Privatautonomie als Ordnungsprinzip speziell im Arbeitsrecht⁸³² und nicht zuletzt der Charakter des Arbeitsverhältnisses als unter Umständen Jahrzehnte währendes Dauerschuldverhältnis⁸³³. Auch das jedem Arbeitsvertrag – unabhängig von der nunmehr geltenden Norm des § 106 GewO – immanente Direktionsrecht⁸³⁴ fällt hierunter⁸³⁵. Eine tatsächliche Besonderheit wird in der Tatsache gesehen, dass Struktur und üblicher Inhalt von Arbeitsverträgen jedem Arbeitnehmer geläufig sind und dass Arbeitsverträge üblicherweise nicht unter Zeitdruck abgeschlossen werden⁸³⁶. Diese Aufzählung ist lediglich exemplarisch. Sie soll verdeutlichen, welche Qualität derartige Besonderheiten aufweisen müssen. Die genannten Beispiele verleihen allesamt dem Arbeitsrecht einen individuellen Charakter, der es von anderen Teilgebieten des Zivilrechts unterscheidet.

Allgemeine Besonderheiten müssen daher einen unterscheidungsrelevanten, das Arbeitsrecht prägenden Charakter aufweisen.

Ist dies der Fall, kann diese Besonderheit grundsätzlich auf jeder Berücksichtigungsebene wirken⁸³⁷. So kann beispielsweise das Arbeitnehmerschutzprinzip auch bei der Einbeziehungs- oder Transparenzkontrolle Bedeutung erlangen, indem es Einfluss auf den objektiv-überraschenden Charakter bestimmter Klauseln nimmt. Die Transparenz eines Änderungsvorbehalts kann im Arbeitsvertrag anders zu beurteilen sein, weil es dem Arbeitgeber unmöglich ist, im Zeitpunkt des Vertragsschlusses alle denkbaren, negativen rechtlichen und wirtschaftlichen Entwicklungen vorherzusehen⁸³⁸. Gleiches gilt auch für das Tarifvertragssystem, welches einzelnen, tarifüblichen Klauseln das Überraschungsmoment nehmen kann⁸³⁹.

830 Hromadka/Maschmann, Arbeitsrecht I, § 5, Rz. 128, S. 151 f.

831 Vgl. MHbArbR/Richardi, § 6, Rz. 15 ff.; Preis, Arbeitsrecht, § 1, S. 1; Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, § 2, Rz. 5.

832 Vgl. Fastrich, Inhaltskontrolle, S. 301; Hromadka, NJW 2002, S. 2523, 2528.

833 Hromadka, NJW 2002, S. 2523, 2528.

834 Vgl. Rolfs, ZGS 2002, S. 409, 410; ErfKomm./Preis, § 611 BGB, Rz. 274.

835 So auch Eckert/Wallstein, Das neue Arbeitsvertragsrecht, S. 148; Reinecke, SB zu NZA 18/2004, S. 27, 33.

836 Hromadka, NJW 2002, S. 2523, 2528.

837 Auch wenn der Schwerpunkt stets innerhalb der Inhaltskontrolle liegen wird.

838 Er muss deshalb in einem größeren Maß auf unbestimmte Begriffe zurückgreifen und auf einer höheren Abstraktionsebene formuliert werden, um möglichst viele Fälle zu erfassen, vgl. hierzu Hromadka, NJW 2002, S. 2523, 2528.

839 Vgl. ausführlich sogleich IV. B. 2.2.1.

D.II.2.b Spezielle Besonderheiten

Spezielle Besonderheiten hingegen sind solche, die arbeitsrechtliche Verträge auf einer bestimmten Ebene von den „Standardverträgen“ des allgemeinen Zivilrechts unterscheiden. Soweit es um den Vertragsschluss und die sprachlich-inhaltliche Ausgestaltung von Verträgen auf dem Gebiet des Arbeitsrechts geht, gelten natürlich zunächst die allgemeinen zivilrechtlichen Vertragsgrundsätze, so dass Abweichungen nicht unmittelbar ersichtlich sind.

Im Gegensatz zur Verwendungspraxis, beispielsweise im Kaufrecht, gibt es eine Vielzahl von Arbeitsverträgen⁸⁴⁰, die lediglich mündlich geschlossen werden⁸⁴¹. Hierdurch wird nicht ausgeschlossen, dass diese Verträge auch Allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne des § 305 Abs. 1 BGB enthalten⁸⁴². Dies ist europarechtlich nicht zu beanstanden⁸⁴³. Der tatsächlichen Durchführung des Arbeitsvertrages, also wie ihn die Arbeitsvertragsparteien leben, wird in der Rechtsprechung seit jeher vertragsrechtliche, inhaltsgestaltende Relevanz beigemessen⁸⁴⁴. Konstruktiv greift das BAG hierbei auf die allgemeine Vertragsdogmatik zurück⁸⁴⁵. Die Besonderheit hierbei liegt jedoch darin, dass ein arbeitnehmerfreundliches

840 Für Aufhebungs- und Auflösungsverträge stellt sich diese Problematik nicht, da sie bekanntlich seit 01.05.2000 einem Schriftformerfordernis unterliegen.

841 Dies ist insbesondere im Bereich kleiner und mittelständiger Unternehmen, sowie bei Verträgen zu beobachten, die bereits vor Jahrzehnten geschlossen wurden. Die Existenz des NachwG ändert hieran nichts, da der gem. § 2 Abs. 1 NachwG zu erstellende Nachweis lediglich deklaratorische Bedeutung hat, hierzu Schimmel/Buhlmann/Ziemann, HbSchR, Rz. 61, S. 694.

842 Vgl. BGH, Urteil vom 30.09.1987, IV a ZR 6/86, NJW 1988, S. 410, wonach auch mündlich Allgemeine Geschäftsbedingungen gestellt werden können, die der jeweilige Vertragspartner mündlich akzeptiert. Vgl. auch BGH, Urteil vom 10.03.1999, VIII ZR 204/99, NJW 1999, S. 2180, 2181; BGH, Urteil vom 12.06.2001, XI ZR 274/00; Erman/Roloff, § 305, Rz. 16; Wolf/Horn/Lindacher/Wolf, § 1, Rz. 20.

843 Zum einen verlangt die Definitionsnorm des Art. 3 RL 1993/13/EWG keine schriftliche Abfassung von Klauseln, zum anderen ergibt sich dies im Umkehrschluss aus Art. 5 der RL, der das Transparenzgebot regelt. Hiernach müssen alle oder einige in Verträgen unterbreiteten Klauseln klar und verständlich sein, soweit sie schriftlich niedergelegt sind. Durch die Einschränkung „oder einige dieser Klauseln“ lässt sich schließen, dass es in einem solchen Fall auch andere Klauseln gibt, die als Allgemeine Geschäftsbedingungen zu qualifizieren sind. Lediglich eine Transparenzkontrolle ist bei ihnen zunächst ausgeschlossen.

844 Insbesondere bei den Instituten der betrieblichen Übung und der Gesamtzusage erhalten tatsächliche Verhaltensweisen des Arbeitgebers rechtsgeschäftlichen Charakter, soweit sie regelmäßig wiederholt werden, vgl. BAG, Urteil vom 12.01.1994, 5 AZR 41/93, AP Nr. 43 zu § 242 BGB Betriebliche Übung; EzA § 242 BGB Betriebliche Übung Nr. 30; - juris - ; BAG, Urteil vom 25.01.2000, 9 AZR 140/99, AP Nr. 5 zu § 611 BGB Begründung eines Arbeitsverhältnisses; EzA § 133 BGB Nr. 22; - juris - , jeweils mwN. Richardi bezeichnet die Gesamtzusage m.E. treffend als rechtstatsächliche Sondererscheinung, MHbArbR, § 12, Rz. 39; zu den Ausnahmen hiervon im Bereich des öffentlichen Dienstes vgl. BAG, Urteil vom 14.09.1994, 5 AZR 679/93, AP Nr. 46 zu § 242 BGB Betriebliche Übung; EzA § 242 BGB Betriebliche Übung Nr. 32; - juris - ; allgemein zur betrieblichen Übung Gamillscheg, FS-Hilger/Stumpf, S. 227 ff.; Singer, ZfA 1993, S. 487 ff.

845 Es wird darauf abgestellt, wie der Arbeitnehmer die regelmäßige Wiederholung bestimmter Verhaltensweisen des Arbeitgebers nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Begleitumstände verstehen musste, vgl. BAG, Urteil vom 28.02.1996, 10 AZR 516/95, AP Nr. 192 zu § 611 BGB Gratifikation; EzA § 611 BGB Gratifikation, Prämie Nr. 139; - juris - , mit Hinweis auf die ständige Rechtsprechung. Im Ergebnis wird demnach ein konkludenter Vertragsschluss angenommen, wobei die

Anspruchssystem geschaffen wurde, indem der konkludente Erklärungswert einer tatsächlichen Handlung die Regel und die rechtsgeschäftlich neutrale Handlung die Ausnahme ist⁸⁴⁶. Dies gilt es auf den entsprechenden Ebenen zu berücksichtigen.

Insbesondere im Bereich der eigentlichen Inhaltkontrolle der §§ 307 – 309 BGB lassen sich Besonderheiten des Arbeitsrechts ermitteln, die es vom übrigen Vertragsrecht prägend unterscheidet. Bereits die unstreitige Tatsache, dass die Normen der Klauselkontrolle ursprünglich lediglich für den Bereich des Kauf- und Werkvertragsrechts konzipiert wurden⁸⁴⁷ und auch die Neufassung im Rahmen der Schuldrechtsreform keinen expliziten arbeitsrechtlichen Klauselkatalog geschaffen hat, spricht dafür, auch einzelne Klauselgruppen in Arbeitsverträgen auf spezielle Besonderheiten hin zu untersuchen.

Diese müssen ihrerseits innerhalb der jeweiligen Klauselgruppe die vertragliche Situation prägend von anderen Vertragstypen unterscheiden. Die hierdurch geregelte Konstellation muss Ausdruck einer speziell im Arbeitsvertragsrecht bestehenden Problematik sein. Dies kann dann einer arbeitsvertragstypischen Klauselgestaltung zugeführt werden, wenn der Arbeitgeber schutzwürdige Interessen nachvollziehbar darlegen kann.

zeitliche Komponente durch das Erfordernis der regelmäßigen Wiederholung Teil der anspruchsbegründenden Voraussetzungen ist. Auch Schimmel/Buhlmann/Ziemann, HbSchR, Rz. 63 ff., S. 695 f., sehen bei der Gesamtzusage und der betrieblichen Übung arbeitsrechtliche Besonderheiten.

846 So kann der Arbeitgeber die Entstehung eines Anspruchs nur durch einen klar und unmissverständlichen Vorbehalt verhindern, vgl. BAG, Urteil vom 12.01.1994, 5 AZR 41/93, AP Nr. 43 zu § 242 BGB Betriebliche Übung; EzA § 242 BGB Betriebliche Übung Nr. 30; - juris -; BAG, Urteil vom 22.01.2003, 10 AZR 48/02, AP Nr. 247 zu § 611 BGB Gratifikation; EzA § 611 BGB 2002 Gratifikation, Prämie Nr. 1; - juris -

847 Vgl. statt vieler Preis/Preis, Der Arbeitsvertrag, I C, Rz. 68; ihm folgend Lindemann, Flexible Gestaltung von Arbeitsbedingungen, § 12, S. 150.

D.II.2.b.a Auf der Ebene der Einbeziehungskontrolle

Die Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Arbeitsrecht erfolgt somit ausschließlich über das vertragsrechtliche Konsensprinzip⁸⁴⁸, da § 305 Abs. 2 und 3 BGB keine Anwendung finden⁸⁴⁹. Weder die Ausnahmevorschrift noch die hieraus resultierende Folge für die Einbeziehungsprüfung sind als Besonderheiten anzuerkennen. Sie sind lediglich Konsequenz der gesetzgeberischen Entscheidung in § 310 Abs. 4, Satz 2 BGB.

Soweit die originäre Einbeziehung betroffen ist⁸⁵⁰, kann es aufgrund tatsächlicher Umstände im Betrieb des Arbeitgebers zu Besonderheiten kommen. Nicht selten existieren Haus- oder Betriebsordnungen, Arbeitsanweisungen und Durchführungshinweise, die arbeitsvertraglich in Bezug genommen und somit Vertragsbestandteil werden⁸⁵¹. Die Liste ließe sich beliebig fortsetzen, schließlich ist der arbeitgeberseitigen Phantasie bei der Bezeichnung ergänzender Regelungswerke keine Grenze gesetzt. Ihnen ist größtenteils gemein, dass dem Arbeitnehmer kein gesondertes Exemplar hiervon ausgehändigt wird, jedoch beide Parteien, sei es ausdrücklich oder konkludent⁸⁵², deren Wirksamkeit vereinbaren⁸⁵³. In solchen Fällen muss in Zukunft die tatsächliche Situation des Vertragsschlusses Berücksichtigung finden, sie ist dem Arbeitsrecht eigen. Soweit es im Rahmen der Durchführung des Arbeitsvertrags zur Entstehung von Ansprüchen des Arbeitgebers kommen sollte, wird man die Einbeziehungssituation und insbesondere die Frage der konkludenten Einbeziehung genau bewerten müssen. Hierbei ist das Konsensprinzip ernst zu nehmen. Die Fälle, in denen wiederkehrenden, tatsächlichen Handlungen rechtsgeschäftlicher Erklärungsgehalt

848 So auch Schimmel/Buhlmann/Ziemann, HbSchR, Rz. 61, S. 695; Stoffels, AGB-Recht, Rz. 307. Joost, FS-Ulmer, S. 1199, 1202, sieht in der Ausschlussnorm des § 310 Abs. 4, Satz 2 BGB gleichsam einen Ausschluss des Konsensprinzips. Dem kann nicht gefolgt werden. Die Begründung des Gesetzgebers, wonach die Existenz des NachwG die Einbeziehungsvorschriften überflüssig machen, trägt nicht diese Ausschlussnorm, so dass man sie mit guten Gründen als verfehlt bezeichnen könnte. Dies ist unstrittig. Jedoch sollte man nicht mehr in die Gesetzesbegründung hineinlesen, als diese wirklich enthält. Die Aufgabe des Konsensprinzips jedenfalls ist dort mit keinem Wort angedeutet und ergibt sich – worauf Joost zu Recht hinweist – auch nicht aus dem Gesetz.

849 § 310 Abs. 4, Satz 2 BGB.

850 Also die Frage, ob bestimmte Allgemeine Geschäftsbedingungen durch übereinstimmende Willenserklärungen in den Vertrag einbezogen wurden.

851 Ähnlich Hromadka, NJW 2002, S. 2523, 2526, der von Anlagen spricht.

852 So auch Lindemann, Flexible Gestaltung von Arbeitsbedingungen, § 9, S. 108.

853 Vgl. Preis, Arbeitsrecht, § 25, S. 268.

beigemessen wird, sollten die Ausnahme sein⁸⁵⁴. Vergleichbare Situationen können bei der Bezugnahme auf Betriebsvereinbarungen und Tarifverträgen auftauchen⁸⁵⁵.

Eng verbunden mit der Einbeziehungsproblematik, ihr jedoch systematisch nachgeordnet⁸⁵⁶, ist der Schutz vor „Überraschenden Klauseln“ in § 305 c Abs. 1 BGB. Bewertungskriterien im Rahmen des Überraschungsschutzes sind die Umstände des Vertragsschlusses, insbesondere das äußere Erscheinungsbild des Vertrags⁸⁵⁷. Es sind demnach individuelle Begleitumstände (subjektives Moment), wie auch der äußere Zuschnitt des Vertrags (objektives Moment), welcher den Erwartungshorizont des betroffenen Vertragspartners beeinflusst⁸⁵⁸. Hieran muss sich der konkrete Inhalt der Klausel im Hinblick auf den jeweiligen Vertragstyp messen lassen⁸⁵⁹. Auch die Konkretisierung dieser Kriterien hat Besonderheiten des Arbeitsrechts zu berücksichtigen.

Im Betrieb eines Arbeitgebers existieren häufig Regelungen, die Rechte und Pflichten des Arbeitnehmers ergänzen oder die Art und Weise der Arbeitsleistung konkretisieren. Gemeinsam ist ihnen, dass sie meist nicht den Eindruck erwecken, als seien sie unmittelbarer, gleichberechtigter Vertragsbestandteil, auch wenn sie anlässlich des Vertragsschlusses einbezogen wurden. Die konkrete Situation ist von Betrieb zu Betrieb unterschiedlich. Auch kann der jeweilige Bindungscharakter des in Bezug genommenen Regelungswerkes ein anderer sein. Eines verbindet sie jedoch. Sie sind von einer speziell im Arbeitsrecht erkennbaren Besonderheit getragen. Man wird nicht ernsthaft bestreiten können, dass ein

854 Ausführlich hierzu im Hinblick auf Gesamtzusage und betriebliche Übung unten Kapitel 5, B. III, B IV.

855 Vgl. hierzu Gotthardt, Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsreform, Rz. 249. Diese Konstellationen werfen nicht lediglich Probleme im Bereich der Einbeziehung in den Vertrag auf. Sie berühren auch den Überraschungsschutz des § 305 c BGB sowie die Transparenzkontrolle des § 307 Abs. 1, Satz 2 BGB.

856 Wolf/Horn/Lindacher/Lindacher, § 3, Rz. 4; Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer, § 3, Rz.4, bezeichnen sie als negative gesetzliche Einbeziehungsvoraussetzung. Sie weisen darauf hin, dass die Rechtsfolge des Überraschungsschutzes unabhängig vom Parteiwillen Platz greife. Insoweit erscheint es konsequent, die Norm systematisch als der originären Einbeziehungskontrolle nachgeordnet zu begreifen. Ist bereits ein Einbeziehungswille der Parteien nicht erkennbar, so ist der Inhalt der Klausel irrelevant. Wurde indes die Klausel formal Bestandteil des Vertrages, so tritt das Einbeziehungseinverständnis der betroffenen Partei dann zurück, wenn ihr Inhalt überraschenden Charakter aufweist.

857 Zur inhaltlichen Konkretisierung dieser Kriterien vgl. ausführlich Staudinger/Schlosser, § 3 AGBG, Rz. 7 ff.; Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer, § 3, Rz. 12 ff.

858 Vgl. BGH, Urteil vom 30.06.1995, V ZR 184/94, BGHZ 130, S. 150, 154 mwN; ihm folgend auch Wolf/Horn/Lindacher/Lindacher, § 3, Rz. 20 f.; Lindemann, Flexible Gestaltung von Arbeitsbedingungen, § 9, S. 119 ff.

859 Zu fordern sind insbesondere eindeutige Hinweise oder drucktechnische Hervorhebung besonders einschneidender Klauseln, um dem Arbeitnehmer Kenntnis von Inhalt und Tragweite der Klausel zu verschaffen, vgl. Wolf/Horn/Lindacher/Lindacher, § 3, Rz. 38; Lindemann, Flexible Gestaltung von Arbeitsbedingungen, § 9, S. 122.

schützenswertes Interesse des Arbeitgebers⁸⁶⁰ besteht, Fragen der inneren Ordnung des Betriebes einheitlich, umfänglich und für alle Arbeitnehmer einer bestimmten Gruppe verbindlich zu regeln⁸⁶¹. Er ist hierbei nicht lediglich dem Einzelnen aus Fürsorgegesichtspunkten verpflichtet, sondern darüber hinaus auch der gesamten Belegschaft als Kollektiv. Diese Situation ist prägend für den Bereich des Arbeitsrechts und erfordert daher besondere Beachtung für die Beurteilung, inwieweit eine Klausel überraschend ist.

Neben speziellen Besonderheiten sind es aber auch allgemeine Besonderheiten, welche die Ebene der Einbeziehungskontrolle beeinflussen.

Der notwendige Überraschungs-⁸⁶² oder Überrumpelungseffekt⁸⁶³ im Sinne des § 305 c Abs. 1 BGB ist anhand einer typisierenden Betrachtungsweise zu ermitteln, welche die Verständnismöglichkeiten des für derartige Verträge typischerweise zu erwartenden Durchschnittskunden berücksichtigt⁸⁶⁴. Er kann fehlen, wenn bestimmte Klauseln häufig verwendet werden, sie redaktionstechnisch nicht unüblich versteckt oder der Vertragsschluss nicht unter unüblichen Begleitumständen oder mit unüblich individuellem Zuschnitt zustande gekommen ist⁸⁶⁵. Auch in dieser Konstellation können arbeitsrechtliche Besonderheiten Modifikationen erfordern, insbesondere wenn die Frage der Üblichkeit von bestimmten Klauseln im Raum steht. Namentlich dem Tarifvertragssystem, speziell der Üblichkeit bestimmter Klauseln in bestimmten Branchentarifverträgen, kommt gesteigerte Bedeutung zu⁸⁶⁶. Sie können Einfluss auf den Überraschungscharakter haben und somit zur Einbeziehung der Klausel in den Arbeitsvertrag führen, sollte eine entsprechende Einigung vorliegen⁸⁶⁷.

Gleiches gilt für die Kenntnis des Arbeitnehmers von Struktur und üblichem Inhalt von Arbeitsverträgen.

Festzuhalten bleibt somit, dass sowohl die spezielle Einbeziehungskonstellation als auch das schützenswerte Interesse des Arbeitgebers an einheitlicher, verbindlicher Gestaltung der

860 Zur grundsätzlichen Berücksichtigung berechtigter Interessen vgl. Preis/Stoffels, Der Arbeitsvertrag, II V 30, Rz. 29 ff.; vgl. auch Krauß, Widerruf von Arbeitgeberleistungen, S. 95 f., der zwischen Anpassungs-, Risikoverlagerungs-, Steuerungs- und Sicherungsinteresse unterscheidet.

861 Konstruktiv lässt sich dieses Recht aus Art. 12 GG ableiten, wobei in Betrieben, in denen ein Betriebsrat besteht, die Mitbestimmungsrechte zu beachten sind.

862 So z.B. Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer, § 3, Rz. 13.

863 So z.B. Staudinger/Schlosser, § 3 AGBG, Rz. 13.

864 Ständige Rechtsprechung, vgl. BGH, Urteil vom 30.06.1995, V ZR 184/94, BGHZ 130, S. 150, 154 mwN.

865 Vgl. Staudinger/Schlosser, § 3 AGBG, Rz. 7.

866 Vgl. explizit zur Üblichkeit kurzer Verfallklauseln Henssler, RdA 2002, S. 129, 137; Schrader, NZA 2003, S. 345, 349 ff.; etwas unklar Preis/Preis, Der Arbeitsvertrag, I C, Rz. 80; ders. deutlicher in ErfKomm., §§ 305 – 310 BGB, Rz. 32, 80, die Üblichkeit bejahend.

867 Damit ist indes keine abschließende Aussage über die Wirksamkeit der Klausel getroffen. Sie ist vielmehr weiterhin auf ihre Vereinbarkeit mit §§ 307 – 309 BGB hin zu überprüfen.

inneren, betrieblichen Ordnung spezielle Besonderheiten auf der Ebene der Einbeziehungskontrolle darstellen. Darüber hinaus gibt es jedoch auch allgemeine Besonderheiten, die Einfluss auf diese Ebene haben⁸⁶⁸.

D.II.2.b.b Auf der Ebene des Transparenzgebots

Bei der Prüfung des in § 307 Abs. 1, Satz 2 BGB positivrechtlich geregelten Transparenzgebots⁸⁶⁹ sind gleichsam Besonderheiten im Arbeitsrecht erkennbar, welche zu berücksichtigen sind. Es verlangt hinreichend verständliche und eindeutige Konditionengestaltung⁸⁷⁰ durch verständliche, richtige und konkrete tatbestandliche Ausformung der einzelnen Allgemeinen Geschäftsbedingung⁸⁷¹. Als Maßstab dienen nicht die Erwartungen und Erkenntnismöglichkeiten des konkreten Arbeitnehmers, sondern die des typischerweise bei Arbeitsverträgen zu erwartenden Durchschnittsarbeitnehmers zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses⁸⁷².

Neben den üblicherweise verwendeten Kategorien des Verständlichkeitsgebots, Bestimmtheitsgebots und des Täuschungsverbots findet sich neuerdings die Forderung, ein Übersetzungsgebot als weitere Ausprägung zuzulassen⁸⁷³. Die hierzu vorgeschlagene Anwendungsvoraussetzung, in Form der wirtschaftlichen Bedeutung des Rechtsgeschäfts⁸⁷⁴ wäre bei arbeitsrechtlichen Verträgen in der Regel erfüllt.

Meines Erachtens würde eine konkrete Übersetzungspflicht – zumindest für den Bereich des Arbeitsrechts – zu weit führen. Zum einen würde diese Verpflichtung nicht aus einem generalisierenden, sondern einem individuellen Prüfungsmaßstab abgeleitet werden. Zum anderen würde man potentielle Arbeitnehmer ausländischer Herkunft faktisch eher

868 Das BAG hat bekanntlich auch im Geltungsbereich der alten Rechtslage eine Einbeziehungskontrolle für das Arbeitsrecht vorgenommen, vgl. hierzu ausführlich oben Kapitel 1, B. Diese wird durch die Neuregelung zunächst bestätigt und bekommt ein positivrechtliches Fundament. Darüber hinaus erhält sie mit der Besonderheitenregel jedoch auch die Möglichkeit, spezielle Lösungen auf dem Gebiet des Arbeitsrechts zu entwickeln und gegebenenfalls auch zu einer Vereinheitlichung in der betrieblichen Praxis beizutragen.

869 Kritisch zur sprachlichen Ausgestaltung Weick, JZ 2002, S. 442, 444 f.

870 Vgl. Wolf/Horn/Lindacher/Lindacher, § 3, Rz. 11.

871 Vgl. Wolf/Horn/Lindacher/Wolf, § 9, Rz. 143; Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer, Einl., Rz. 37; Staudinger/Coester, § 9 AGBG, Rz. 128.

872 Schimmel/Buhlmann/Ziemann, HbSchR, Rz. 110, S. 707; Graf von Westphalen, NJW 2002, S. 12, 16. Die Parallele zum Maßstab bei „Überraschenden Klauseln“ liegt auf der Hand.

873 Vgl. Graf von Westphalen, NJW 2002, S. 12, 13 f.

874 Graf von Westphalen, NJW 2002, S. 12, 14, schlägt bei der Bewertung vor, die Bagatellgrenze des § 491 Abs. 2, Nr. 1 BGB iHv. 200,- € zu übernehmen.

benachteiligen. Eine Vielzahl der Arbeitgeber wäre nicht bereit, Übersetzungen in verschiedenen Sprachen auf Vorrat fertigen zu lassen. Es ist anzunehmen, dass diese Kosten entweder „durch die kalte Küche“ auf die einzelnen Arbeitnehmer umgelegt werden oder ein Arbeitsvertrag erst gar nicht zustande kommt. Ein eigenständiges Übersetzungsgebot ist für den Bereich des Arbeitsrechts daher abzulehnen⁸⁷⁵.

Ein spezielles arbeitsrechtliches Institut stellt das System der betrieblichen Altersversorgung dar, welches im BetrAVG nur eine Teilregelung erfährt, im Übrigen stark durch die Rechtsprechung des BAG und des EuGH geprägt und ausgestaltet wird⁸⁷⁶. Die betrieblichen Versorgungsleistungen haben, unabhängig von ihrer konkreten Ausgestaltung stets Entgeltcharakter⁸⁷⁷, so dass eine Inhaltskontrolle der Rechtsgrundlage⁸⁷⁸ nicht stattfindet⁸⁷⁹. Für die Transparenzkontrolle gilt diese Einschränkung nicht⁸⁸⁰, so dass eine Überprüfung der jeweiligen individualrechtlichen Versorgungsregelungen durchzuführen ist⁸⁸¹. Gleiches gilt für den Bereich der Entgeltkontrolle, da das Vergütungssystem nicht selten aus einer Kombination von Grundgehalt, Zulage, Provision, Gratifikation etc. besteht und somit eine weitere Eigenheit des Arbeitsrechts darstellt⁸⁸².

875 Im allgemeinen Zivilrecht ist dieser Ansatz durchaus zu begrüßen, da der Unternehmer als Anbieter von Waren und Dienstleistungen ein starkes Eigeninteresse an der Steigerung von Vertragsabschlüssen hat. Würde er seine Verträge bei einem entsprechenden Gebot nicht übersetzen, so bliebe ihm ein Teil des Marktes verschlossen. Anders die Situation am aktuellen Arbeitsmarkt. Bei der herrschenden Massenarbeitslosigkeit wird der Arbeitgeber in der Regel keinerlei Probleme haben, einen abschlusswilligen Arbeitnehmer zu finden, der den Arbeitsvertrag auch ohne Übersetzung verstehen kann.

876 Vgl. Langohr-Plato, Betriebliche Altersversorgung, Rz. 1 ff., S. 1 ff.

877 Dies ist unstreitig, vgl. Zusammenfassung bei Langohr-Plato, Betriebliche Altersversorgung, Rz. 54 ff., S. 16 f.; streitig ist lediglich, ob es aufgeschobenes Entgelt für die Summe der während der Betriebszugehörigkeit vom Arbeitnehmer geleisteten Dienste, so Langohr-Plato; Krauß, Widerruf von Arbeitgeberleistungen, S. 107, oder direkte Vergütung für erbrachte Arbeitsleistung ist, vgl. Steinmeyer, Betriebliche Altersversorgung und Arbeitsverhältnis, S. 72 ff. Der neu eingefügte § 1 a BetrAVG und der darin enthaltene Anspruch auf Entgeltumwandlung hat diese Diskussion von neuem entfacht, vgl. hierzu Reichold, GS-Blomeyer, S. 275, 282 ff.

878 Dies gilt unabhängig davon, ob diese individualrechtlichen Charakter in Gestalt von betrieblicher Übung, Gesamtzusage und vertraglicher Einheitsregelung haben, vgl. hierzu ausführlich Langohr-Plato, Betriebliche Altersversorgung, Rz. 858 ff., S. 218 ff., oder kollektivrechtlich ausgestaltet sind, Rz. 866 ff., S. 220 ff. Entsprechende Tarifverträge oder Betriebsvereinbarungen sind gem. § 310 Abs. 4, Satz 1 BGB kontrollfrei.

879 Die bisher vom BAG praktizierte Prüfung steht dem nicht entgegen, da sie überwiegend als Ausübungskontrolle durchgeführt wurde, da es um Eingriffe in bestehende Versorgungssysteme ging. Vgl. Zusammenfassungen bei Langohr-Plato, Betriebliche Altersversorgung, Rz. 885 ff., S. 223 ff.; Steinmeyer, Betriebliche Altersversorgung und Arbeitsverhältnis, S. 178 ff.

880 Dies ergibt sich bereits aus der zugrunde liegenden RL 1993/13/EWG, Art. 5. Vgl. § 307, Abs. 3, Satz 2 BGB sowie ausdrücklich Gesetzesbegründung, BT-DS 14/7052, S. 188.

881 Prüfungsmaßstab ist jedoch lediglich die Transparenz der Klausel. Es findet nicht etwa eine vollständige Inhaltskontrolle statt. Hierauf weist Weick, JZ 2002, S. 442, 445, zu Recht hin.

882 Ähnlich auch Hromadka, NJW 2002, S. 2523, 2528 f.; Singer, RdA 2003, S. 194, 203.

Die eben dargestellten Teilbereiche sind solche, die für den Arbeitnehmer vom Grundsatz her positiv wirken, indem sie für ihn günstige Regelungen enthalten. Systematisch stellt die Intransparenz einen Spezialfall der unangemessenen Benachteiligung dar⁸⁸³. Die Unwirksamkeitsfolge würde somit nur eintreten, wenn mit der Intransparenz Nachteile entstehen würden⁸⁸⁴. Da dies nicht der Fall ist, könnte man schlussfolgern, dass insoweit keine arbeitsrechtlichen Besonderheiten vorliegen, welche zu berücksichtigen sind.

Dies greift jedoch zu kurz⁸⁸⁵. Maßgebliche Besonderheit in diesen Fällen ist das schutzwürdige Interesse des Arbeitgebers an einer flexiblen Ausgestaltung der einzelnen Arbeitsverhältnisse, was nicht zuletzt Ausfluss der Ausübung seiner Grundrechte ist⁸⁸⁶. Er muss die Möglichkeit der differenzierten Vertragsgestaltung haben. Die Gestaltung umsatzabhängiger Entgeltbestandteile wie auch das System der betrieblichen Altersversorgung sind bereits von der Natur der Sache her sehr komplex. In der sprachlichen Ausformung ist diese Komplexität meist nicht aufzulösen, wobei man dem Arbeitgeber keinen Vorwurf machen kann⁸⁸⁷. Er darf nicht überfordert werden, indem man von ihm verlangt, jede vorformulierte Regelung mit einem umfassenden Kommentar zu versehen⁸⁸⁸. Soweit entsprechende Regelungswerke Widerrufs- oder Kürzungsmöglichkeiten vorsehen, welche als unangemessene Benachteiligung angesehen werden könnten, sind die Anforderungen an die Transparenz dieser Klauseln zu modifizieren. Sie sind nicht unmittelbar

883 Vgl. Graf von Westphalen, NJW 2002, S. 12, 17; Kroiß/Fell, Klauselbuch Schuldrecht, § 3, Rz. 63.

884 Vgl. Staudinger/Coester, § 9 AGBG, Rz. 129.

885 Im Ergebnis vgl. auch Hromadka, NJW 2002, S. 2523, 2529.

886 Konstruktiv stehen hier diverse Grundrechte, namentlich die Art. 14, 12 oder 2 GG zur Verfügung, wobei die h.M. Art. 12 GG als Grundlage ansieht, vgl. ausführlich Müller, Berufsfreiheit des Arbeitgebers, S. 30 ff. Einigkeit herrscht darüber, dass der Arbeitgeber beim betrieblich bezogenen Vertragsschluss in Ausübung seiner Grundrechte handelt, vgl. ausführlich hierzu Söllner, FS-Stahlhacke, S. 519, 520 ff.; allgemein zur Grundrechtsbindung im Arbeitsrecht Gamillscheg, AcP 164, S. 385, 403 ff. Zöllner, AcP 196, S. 1, 13 ff., weist zu Recht darauf hin, dass die am Zivilrechtsverkehr Beteiligten sich alle auf Grundrechte berufen können und demnach nicht ausschließlich das Recht des Stärkeren gelten darf. Gleiches gilt jedoch auch umgekehrt. Die Idee der Privatautonomie würde großen Schaden erleiden, wenn es stets der vermeintlich stärkere Vertragspartner wäre, der durch vorschnelle Unwirksamkeitsfolgen betroffen wäre, in diesem Sinne auch Singer, JZ 1995, S. 1133, 1137 ff., 1140.

887 In diesem Sinne ist auch Hebestreit, Transparenz im AGB-Recht der BRD, S. 224 ff., zu verstehen, wenn er – zwar in anderem Zusammenhang, jedoch durchaus vergleichbarer Konstellation – formuliert: „Unausgewogen mutet die Forderung an: je komplizierter und unübersichtlicher die gesetzlichen Regelungsgehalte in ihrer unternehmensgesellschaftlichen Ausprägung sind, desto transparenter soll dafür die vertragliche Regelung sein.“

888 Vgl. Schimmel/Buhlmann/Ziemann, HbSchR, Rz. 110, S. 707; ErfKomm./Preis, §§ 305 – 310 BGB, Rz. 44; Kroiß/Fell, Klauselbuch Schuldrecht, § 3 Rz. 65; Lindemann, Flexible Gestaltung von Arbeitsbedingungen, § 13, S. 182 ff. Sehr kritisch Hebestreit, Transparenz im AGB-Recht der BRD, S. 230, im Hinblick auf die steigende Tendenz, Vertragsklauseln wegen Intransparenz zu „kassieren“. Hierbei weist er zu Recht darauf hin, dass die Vertragssprache in AGB-Werken in hohem Maße auf die Sprache der Rechtsnormtexte zurückgeht, mithin Zivilrechtssprache sei.

wegen ihrer sprachlichen Ausgestaltung zu verwerfen⁸⁸⁹. Im Mittelpunkt der Prüfung sollte vielmehr die Frage stehen, ob sie tatsächlich eine unangemessene Benachteiligung enthalten⁸⁹⁰. Um jedoch dem Transparenzgebot, bezogen auf diese Besonderheiten im Arbeitsrecht, Rechnung zu tragen, könnte man eine gesteigerte Aufklärungspflicht des Arbeitgebers erwägen. Diese könnte durch die Erstellung von Merkblättern gewahrt werden, in denen wesentliche Prinzipien erläutert und bestimmte Fallgestaltungen berechnet werden⁸⁹¹. Dort allerdings, wo in einfachen Konstellationen eine sprachliche Konkretisierung möglich ist, hat sie auch zu erfolgen. Ihr Fehlen führt dann zur Unwirksamkeit der Klausel⁸⁹².

Den dargestellten Besonderheiten gilt es der Anwendung des Transparenzgebots im Arbeitsrecht Rechnung zu tragen⁸⁹³. Die auf dem deutschen Arbeitsmarkt in den letzten Jahren zu beobachtenden Flexibilisierungswelle ist erst der Anfang der Europäisierung dieses Marktes und insbesondere seiner rechtlichen Grundlagen. Der Preis, der mit einem erhöhten Grad an Flexibilität zu zahlen ist, wird nicht selten in einem Weniger an Regelungsklarheit bestehen. Dies ist in der Regel keine Erfindung des einzelnen Arbeitgebers, sondern Ausfluss seiner Teilnahme am Wettbewerb und den darin bestehenden Gesetzmäßigkeiten⁸⁹⁴. Ihm in solchen Fällen das alleinige Formulierungsrisiko aufzubürden hieße gleichsam, die von ihm wahrgenommene volkswirtschaftliche Verantwortung mit Füßen zu treten⁸⁹⁵.

Es wird daher in Zukunft notwendig sein, eine auf den ersten Blick intransparente Regelung kritisch daraufhin zu hinterfragen, ob der Reglungsgegenstand auch transparent hätte gestaltet werden können oder ob nicht die ihm immanente Komplexität den Grund hierfür darstellt.

889 Vielmehr sollte die Forderung von Langenfeld, Vertragsgestaltung, Rz. 213 – 215, S. 73, beherzigt werden: „Die Sprache der Verhandlung ist die Umgangssprache. Die Sprache des Vertrages (...) hat dagegen die juristische Fachsprache zu sein. (...) Vertragliche Regelungen beziehen sich auf das Gesetz, indem sie es voraussetzen, konkretisieren, modifizieren oder abbedingen. Diese Kommunikation zwischen Vertrag und Gesetz funktioniert nur, wenn beide dieselbe Sprache haben. (...) Bei aller Berechtigung der Bestrebungen, das „Juristendeutsch“ auch dem Laien verständlich zu machen (...) muss man sich von vorneherein von der Idee verabschieden, ein guter Vertrag könne allgemeinverständlich sein.“

890 In diesem Sinne auch Staudinger/Coester, § 9 AGBG, Rz. 129.

891 Zur grundsätzlichen Möglichkeit, der Pflicht zur transparenten Vertragsgestaltung, durch Austeilung von Merkblättern gerecht zu werden, vgl. BGH, Urteil vom 17.01.1989, XI ZR 54/88, BGHZ 106, S. 259, 264. Ähnlich auch Lindemann, Flexible Gestaltung von Arbeitsbedingungen, § 13, S. 184.

892 So z.B. bei pauschaler Überstundenabgeltung oder undifferenzierten Rückzahlungsklauseln, vgl. Schimmel/Buhlmann/Ziemann, HbSchR, Rz. 113 f., S. 708.

893 Etwas missverständlich in diesem Zusammenhang Gotthardt, Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsreform, Rz. 302, wenn er feststellt: „Besonderheiten des Arbeitsrechts stehen der Anwendung des Transparenzgebots nicht entgegen.“ Die Feststellung ist zwar völlig richtig, erweckt aber den Anschein, als sei die Besonderheitenregel lediglich eine Art Anwendungssperre. Dem ist jedoch zu widersprechen. Von ihr geht vielmehr eine differenzierende und modifizierende Wirkung im Hinblick auf die Ausgestaltung der einzelnen Ebenen der AGB-Kontrolle aus.

894 Im Ergebnis auch Lindemann, Flexible Gestaltung von Arbeitsbedingungen, § 13, S. 155 ff., 173 ff.

895 Sehr treffend, allerdings auf einer höheren Abstraktionsebene stehend, der Vorschlag von Hromadka, FS-Betrieb, S. 241, 257 ff., hinsichtlich Leitlinien für arbeitsrechtliche Regelungen im Allgemeinen.

Lediglich in der ersten Fallgruppe kommt ein Verstoß gegen das Transparenzgebot in Betracht, während bei der zweiten Fallgruppe an eine erhöhte Aufklärungspflicht⁸⁹⁶ zu denken ist⁸⁹⁷.

D.II.2.b.c Auf der Ebene der Inhaltskontrolle

Bei der Analyse der speziellen Besonderheiten im Rahmen der eigentlichen Klauselkontrolle wird keine Unterscheidung nach den maßgeblichen §§ 307 – 309 BGB vorgenommen. Die §§ 308, 309 BGB finden auch im Arbeitsrecht grundsätzlich Anwendung⁸⁹⁸ und beinhalten ausschließlich Konkretisierungen des § 307 BGB⁸⁹⁹. Sie erfassen stets einzelne Teilbereiche der Vertragsgestaltung und kennzeichnen einzelne Klauseltypen als unangemessen benachteiligend. Ein Verstoß gegen sie zeitigt die gleichen Rechtsfolgen wie gegen § 307 BGB, nämlich die Unwirksamkeit der einzelnen Klausel unter Aufrechterhaltung des Vertrags im Übrigen⁹⁰⁰. Nach hier vertretener Ansicht findet im Rahmen der Inhaltskontrolle eine einstufige Prüfung statt, welche von Beginn an die Besonderheiten des Arbeitsrechts im Blick hat⁹⁰¹. Gleiches muss auch für die speziellen Klauselverbote der §§ 308, 309 BGB gelten, da sie Ausdruck der im Verhältnis zu § 307 BGB bestehenden abgestuften Spezialität sind⁹⁰². Hieraus folgt, dass die Qualität der zu berücksichtigenden Besonderheiten innerhalb der eigentlichen Klauselkontrolle gleich sein muss und demnach eine gemeinsame Betrachtung vorzunehmen ist.

D.II.2.b.c.a Differenzierung nach Klauselarten

Die Ermittlung von Besonderheiten auf dieser Ebene erfolgt differenziert nach Art und Bereich der in Frage stehenden Klausel. Dies ist notwendig, da die verschiedenen Bereiche

896 Diese ist nicht zu verwechseln mit einer allgemeinen Rechtsbelehrungspflicht, welche nicht in Betracht kommt, vgl. zu Recht ErfKomm./Preis, §§ 305 – 310 BGB, Rz. 44; Staudinger/Coester, § 9 AGBG, Rz. 143.

897 Sie stellt systematisch einen Unterfall der „Heilung der Intransparenz durch Individualaufklärung“ dar, vgl. hierzu BGH, Urteil vom 15.10.1991, XI ZR 192/90, NJW 1992, S. 179; BGH, Urteil vom 11.02.1992, XI ZR 151/91, NJW 1992, S. 1097, 1098; BGH, Urteil vom 23.05.1995, XI ZR 129/94, NJW 1995, S. 2286, 2287.

898 Vgl. hierzu ausführlich oben Kapitel 3, A. I. 1.b.

899 Vgl. oben B. III.

900 Vgl. Staudinger/Coester, § 9 AGBG, Rz. 50; Ulmer/Brandner/Hensen/Brandner, § 9, Rz. 50; Palandt/Heinrichs, Vorb v § 307; Rz. 7.

901 Vgl. oben D. Auch Schimmel/Buhlmann/Ziemann, HbdSchR, Rz. 105, S. 706, spricht davon, dass die Regeln der AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht „sachgebietsbezogen zu konkretisieren“ sind.

902 Ausführlich hierzu Staudinger/Schlosser, Einl zum AGBG, Rz. 17 ff.

der arbeitsvertraglichen Gestaltungsfreiheit unterschiedlich starken gesetzlichen Einschränkungen unterliegen. Diese wiederum können für sich genommen Besonderheiten kennzeichnen, die jedoch nur in dem jeweiligen Bereich zu berücksichtigen sind.

Innerhalb der einzelnen Bereiche erlangt eine Frage grundsätzliche Bedeutung, so dass sie vorab untersucht wird: Ist es möglich, nachteilige Vertragsgestaltung durch vorteilhafte Abreden zu kompensieren und hierdurch den eigentlich unangemessenen Charakter einer Klausel auszugleichen⁹⁰³?

Als Grund für die – bereits vor dem In-Kraft-Treten der Schuldrechtsreform durchgeführte – Inhaltskontrolle von Arbeitsverträgen⁹⁰⁴ wird in der Regel die strukturelle Unterlegenheit des Arbeitnehmers⁹⁰⁵ genannt, häufig auch seine allgemeine Schutzbedürftigkeit⁹⁰⁶ sowie hieraus folgend die fehlende Richtigkeitsgewähr⁹⁰⁷. Soweit einer im Grundsatz nachteiligen Klausel eine ausgleichende, kompensierende Klausel zur Seite steht, verlieren diese Gründe an Gewicht. Es ist dann nicht mehr ersichtlich, weshalb der Klausel eine unangemessene Benachteiligung innewohnen sollte. Es erscheint daher konsequent, die grundsätzliche Kompensationsmöglichkeit anzuerkennen⁹⁰⁸ und als Maßstab auf das Erscheinungsbild des Gesamtvertrags abzustellen⁹⁰⁹. Dies gilt indes nur in den Fällen, in denen beide Klauseln in

903 Speziell für die Rechtslage nach der Schuldrechtsreform wird diese Frage z.B. aufgeworfen von Schimmel/Buhlmann/Ziemann, HbdSchR, Rz. 120 ff., S. 709 f.

904 Die hierzu vielfach geäußerte Kritik, vgl. Zusammenfassung bei Fastrich, Inhaltskontrolle, S. 190 ff., sie sei aufgrund fehlender gesetzlicher Vorschriften im Arbeitsrecht eine Form unzulässiger Billigkeitskontrolle, dürfte mit der Neufassung der Bereichseinschränkung obsolet geworden sein.

905 Vgl. Preis, Grundfragen, § 10, S. 286 ff.; Fastrich, Inhaltskontrolle, S. 83 und S. 160; Thüsing, FS-Wiedemann, S. 559, 569; Dieterich, RdA 1995, S. 129, 131; Hromadka, FS-Dieterich, S. 251, 259; ders., FS-Betrieb, S. 241, 246.

906 So ausdrücklich Preis, Grundfragen, § 10, S. 283 ff. Diese wird in den letzten Jahren um weitere Elemente anzureichern versucht, indem die existenzielle Abhängigkeit des Arbeitnehmers, wie auch seine wirtschaftliche und intellektuelle Unterlegenheit, in die Diskussion eingebracht wird. Kritisch hierzu Thüsing, FS-Wiedemann, S. 559, 565 ff.; Hromadka, FS-Betrieb, S. 241, 247 ff. Insgesamt kritisch Reuter, AcP 189, S. 199, 208, zum Ansatz des Gesetzgebers – und ihm folgend die Rechtsprechung – den Schutz des sozial Schwächeren auf der Voraussetzung aufzubauen, er sei in diese Rolle „hineingeboren“, so dass man ihn nicht den Marktgesetzen ausliefern könne. Nach seiner Ansicht sollte die Lösung vielmehr über eine Förderung der gesellschaftlichen Selbstregulierung erfolgen, welche ein ethisch verantwortungsbewusstes Handeln der Wirtschaftssubjekte erfordere (S. 222); zurückhaltender Canaris, AcP 200, S. 273, 320 ff.

907 Statt vieler vgl. Fastrich, Inhaltskontrolle, S. 184 mwN.

908 So auch BAG, Urteil vom 04.03.2004, 8 AZR 196/03, EzA § 309 BGB 2002 Nr. 1, ZTR 2004, 479, 480, - juris -; Schimmel/Buhlmann/Ziemann, HbdSchR, Rz. 121 f., S. 709 f.; Hromadka, FS-Dieterich, S. 251, 259 mwN; ders. NJW 2002, S. 2523, 2528; wohl auch Reinecke, SB zu NZA 18/2004, S. 27, 30; Lindemann, Flexibilisierung von Arbeitsbedingungen, § 13, S. 230 ff., insbesondere auch zur Frage, inwieweit Allgemeine Geschäftsbedingungen in Arbeitsverträgen durch Individualvereinbarungen kompensiert werden können.

909 Vgl. ErfKomm./Preis, §§ 305 – 310 BGB, Rz. 47. Jedoch kompensiert ein insgesamt wirtschaftlich günstig ausgestalteter Vertrag nicht die Unwirksamkeit einer einzelnen Vertragsbestimmung, vgl.

Wechselbeziehung zueinander stehen⁹¹⁰, also einen speziellen, abgrenzbaren Teilbereich der Arbeitsvertragsgestaltung betreffen⁹¹¹.

Es liegt nahe, derart kompensationsfähige Bereiche durch Differenzierung bestimmter Klauselarten zu bestimmen und sie auf bestehende Besonderheiten hin zu untersuchen.

Bewusst wird hierbei nicht die Art des Arbeitsvertrages⁹¹² oder die Stellung des Arbeitnehmers innerhalb der innerbetrieblichen Organisation⁹¹³ als Differenzierungsmerkmal gewählt. Diese wären aus zwei Gründen nicht geeignet. Einerseits unterscheiden sie sich nicht in ihrem Charakter als Arbeitsvertrag. Andererseits erfassen die jeweils bestehenden Besonderheiten meist nicht das Arbeitsverhältnis als Ganzes, sondern nur einzelne Teilbereiche⁹¹⁴. Lediglich innerhalb dieser Teilbereiche können sie jedoch auch Wirkung im Hinblick auf die Inhaltskontrolle haben. Die folgenden Ausführungen enthalten eine exemplarische Darstellung verschiedener Besonderheiten, die teilweise nicht ausschließlich innerhalb eines Teilbereichs zu beachten sein können, sondern vielfach Wirksamkeit auf verschiedenen Ebenen erlangen.

Ulmer/Brandner/Hensen/Brandner, § 9, Rz. 85. In diesem Sinne auch Preis/Preis, Der Arbeitsvertrag, I C, Rz. 78; Lindemann, Flexibilisierung von Arbeitsbedingungen, § 13, S. 229.

910 Vgl. Hromadka, FS-Dieterich, S. 251, 259; Schimmel/Buhlmann/Ziemann, HbdSchR, Rz. 121, S. 709 f.; Staudinger/Coester, § 9 AGBG, Rz. 91 ff. Unklar insoweit Lindemann, Flexibilisierung von Arbeitsbedingungen, § 13, S. 197, die den Widerruf einer Zulage wegen einer grob fahrlässigen oder vorsätzlichen Schädigung des Arbeitgebers bei betrieblich veranlassten Tätigkeiten für angemessen hält. Dem kann indes nur für den Fall zugestimmt werden, indem die Zulage gerade das verwirklichte Risiko kompensieren soll.

911 Beispiele aus der Rspr. des BAG sind die Mankohaftung bei Zahlung eines ungemessenen Mankogeldes, BAG, Urteil vom 02.12.1999, 8 AZR 386/98, AP Nr. 3 zu § 611 BGB Mankohaftung; EzA § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff Nr. 67, NZA 2000, S. 715, 716, - juris -, oder die Rückzahlung von Ausbildungskosten bei einer geldwerten, verwertbaren Aus- und/oder Weiterbildung, BAG, Urteil vom 06.09.1995, 5 AZR 241/94, EzA § 611 BGB Ausbildungsbeihilfe Nr. 14; AP Nr. 23 zu § 611 BGB Ausbildungsbeihilfe; - juris -

912 So beispielsweise Birnbaum, NZA 2003, S. 944, 946 f., der eine Abgrenzung von „normalen“ und „speziellen“ Arbeitsverhältnissen versucht. Vgl. auch Preis, Grundfragen, § 11, S. 314 ff., der Nebentätigkeit und Teilzeitarbeitsverhältnisse unterschiedlich behandelt wissen will. Spezielle Kriterien bezogen auf Art und Dauer des Arbeitsvertrags entwickelt auch Lindemann, Flexibilisierung von Arbeitsbedingungen, § 13, S. 172 ff.

913 Man könnte auch von Status des Arbeitnehmers sprechen, so z.B. Preis, Grundfragen, § 11, S. 313 f., S. 316 ff., der bei Führungskräften eine Differenzierungsnotwendigkeit anerkennt, sie jedoch zu Recht ablehnt im Bereich außertariflicher Angestellter, Angestellter, Tarifangestellter und -arbeiter.

914 So ist es mit Sicherheit richtig, wenn dem „Arbeitsverhältnis auf Abruf“ im § 12 TzBfG spezielle Eigenheiten zuzuordnen sind, so Birnbaum, NZA 2003, S. 944, 946. Diese sind jedoch in erster Linie im Bereich des Direktionsrechts des Arbeitgebers hinsichtlich Zeit und Dauer der Hauptleistungspflicht angesiedelt. Dort wird es auch zu Modifikationen in der Klauselgestaltung kommen können. In andere Bereiche des Arbeitsvertrages, wie z.B. Verschwiegenheitsverpflichtungen, Nebenpflichten oder Vertragsstrafen, wirkt diese Besonderheit jedoch nicht hinein. Gleiches gilt für die Führungskraft, vgl. Preis, Grundfragen, § 11, S. 316 ff., unterstellt man einmal, es liegt nicht bereits ein Individualvertrag vor. Im Rahmen des Arbeitsvertrages gibt es bestimmte Bereiche wie gesteigerte Verschwiegenheitsverpflichtung, erhöhte Vorbildfunktion und gesteigerte Anwesenheitspflicht, welchen durch spezielle Klauselgestaltung regelbar sind, und in angemessener Form der Besonderheit dieser Stellung Rechnung trägt, ohne dass das gesamte Arbeitsverhältnis hiervon betroffen ist.

Durch diese Herangehensweise wird außerdem dem in § 307 Abs. 2 BGB vorgegebenen Prüfungsmaßstab am besten Rechnung getragen. Die zu berücksichtigenden „wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung“ wie auch „wesentliche Rechte und Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrages ergeben“ können innerhalb des jeweiligen Teilbereiches sachnah bestimmt werden⁹¹⁵. Dies ist Grundlage der durchzuführenden, einstufigen Prüfung.

D.II.2.b.c.a.a Klauseln die den Abschluss des Arbeitsvertrags und den Beginn der Arbeitspflicht betreffen

Die Konstellation der Vertragsanbahnung, wie auch die individuellen Umstände des Vertragsabschlusses sind so mannigfaltig, dass eine Systematisierung tatsächlicher Elemente nicht möglich erscheint. Häufig finden sich in Arbeitsverträgen jedoch Klauseltypen, die den vorvertraglichen Bereich und den Beginn der Arbeitspflicht näher regeln. Denkbar sind insoweit Vertragsstrafenklauseln für Nichtantritt der Arbeit oder Falschbekundung innerhalb ausgefüllter Personalfragebögen sowie Umzugserstattungsklauseln. Fraglich erscheint, ob in diesem Bereich spezifische Besonderheiten bestehen und welche Qualität sie aufweisen müssen.

Betrachtet man sich die Vertragsabschlusskonstellation generalisierend, so kann innerhalb dieser Klauseltypen keine derartige Besonderheit erkannt werden. Soweit der Abschluss des Vertrags selbst Regulationsgegenstand einer Klausel ist, sind es die Grundsätze des allgemeinen Vertragsrechts inklusive des Konsensprinzips, welche den Prüfungsmaßstab bilden. Der Bereich der vertraglichen Leistungsstörung vor Austausch der Leistungen, also beispielsweise eine Vertragsstrafe wegen verschuldetem Nichtantritt, kann mit dem allgemeinen Leistungsstörungsrecht ohne weiteres begegnet werden⁹¹⁶.

Auch die gem. § 62 Abs. 2, Satz 1 ArbGG, § 888 Abs. 3 ZPO bestehende Unmöglichkeit, die Verurteilung zur Arbeitsleistung vollstrecken zu können, stellt, soweit es um den Nichtantritt der Arbeit geht, keine Besonderheit dar. Soweit das Arbeitsverhältnis noch nicht in Vollzug gesetzt wurde, lässt sich kein besonderes, schutzwürdiges Interesse des Arbeitgebers

915 Ähnlich Preis/Preis, Der Arbeitsvertrag, I C, Rz. 46, der die Konsequenzen der Neuregelung bei den jeweiligen Klauseln berücksichtigt, welche er behandelt.

916 Insoweit sind Schadensersatz- und Aufwendungsersatzansprüche denkbar, vgl. hierzu ausführlich Gotthardt, Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsreform, Rz. 170 ff; Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt/Henssler, Das neue Schuldrecht, S. 615, 616 ff.

ausmachen, welches eine Vertragsstrafe rechtfertigen könnte⁹¹⁷. Eine Eingliederung in den betrieblichen Ablauf, die Übernahme von Aufgaben im außerbetrieblichen Bereich oder die Entwicklung eines tiefer gehenden Vertrauensverhältnisses hat in der Regel noch nicht stattfinden können. Lediglich die Erwartung des Arbeitgebers, vielleicht auch seine Freude, die/den richtigen Mitarbeiter/in gefunden zu haben, wird enttäuscht.

Auch bei der Beurteilung der inhaltlichen Angemessenheit einer Umzugskostenklausel, die in der Regel auch eine Rückzahlungsverpflichtung für bestimmte Fälle beinhaltet⁹¹⁸, sind es keine speziellen Besonderheiten innerhalb der Fallgruppe, die bei der Bewertung zu berücksichtigen sind. Denkbar ist jedoch die Berücksichtigung allgemeiner Besonderheiten. So wird bei einer Prüfung sowohl der eben angesprochene Kompensationsgedanke als auch beispielsweise der Dauerschuldcharakter des Arbeitsvertrags zu beachten sein. Auch im Rahmen der Transparenzkontrolle finden die bereits aufgezeigten Leitlinien Anwendung. Festzuhalten bleibt somit, dass diese Klauselgruppe keine speziellen Besonderheiten aufweist.

D.II.2.b.c.a.b Klauseln die Hauptleistungspflichten betreffen

Die Hauptleistungspflichten des Arbeitsvertrags bestehen in Leistung der versprochen Dienste gegen Gewährung der vereinbarten Vergütung⁹¹⁹. Beide vertraglichen Leistungen sind Gegenstand zahlreicher Arbeitsvertragsklauseln. Zu denken ist an Arbeitszeit, Arbeitsort, Arbeitsentgelt, Fälligkeitsregelungen, Dienstwagenklauseln oder die Beschreibung spezifischer Verhaltens- und Sorgfaltspflichten, also die Konkretisierung der geschuldeten Leistung.

Bei der Kontrolle dieser Klauseln ist zunächst zu beachten, dass der Kernbereich der Hauptleistungspflichten, namentlich Arbeitszeit, Gegenstand der Arbeit und Höhe des Arbeitsentgelts, gem. § 307 Abs. 3 BGB einer Inhaltskontrolle entzogen sind⁹²⁰. Entsprechende Vereinbarungen müssen sich jedoch weiterhin an den zivilrechtlichen

917 Das kann bei einer grundlosen fristlosen Kündigung durch den Arbeitnehmer, indem er das Arbeitsverhältnis faktisch durch schlichtes Nichterscheinen enden lässt, durchaus anders sein.

918 Vgl. Preis/Preis, Der Arbeitsvertrag, II U 10, Rz. 5 ff.

919 § 611 Abs. 1 BGB.

920 In diesem Sinne auch Hromadka, NJW 2002, S. 2523, 2526. Eine Transparenzkontrolle ist jedoch stets möglich.

Generalklauseln, an zwingendem Gesetzesrecht und dem Transparenzgebot messen lassen⁹²¹. Klauseln hingegen, die die Konkretisierung und Ausgestaltung der einzelnen Hauptleistungspflicht betreffen, unterliegen einer vollständigen Inhaltskontrolle⁹²².

Soweit beispielsweise eine bestimmtes Vergütungssystem, bestehend aus mehreren Komponenten, vereinbart wird, einer speziellen Verhaltensregel vertraglich ein höherer Stellenwert eingeräumt wird oder eine weite Versetzungsklausel vereinbart wird, ist nach speziellen Besonderheiten⁹²³ zu fragen, welche eine Erweiterung der arbeitsrechtlichen Vertragsfreiheit rechtfertigen könnten⁹²⁴.

Aus der Tatsache, dass Arbeitgeber und Arbeitnehmer vom gleichen Substrat – nämlich dem Unternehmen – leben⁹²⁵, lässt sich ableiten, dass dem Arbeitnehmer hinsichtlich der Entwicklung des Unternehmens auch eine gewisse Risikoübernahme zuzumuten ist⁹²⁶. Insoweit kann er sich nicht auf einen absoluten Vertragsinhaltsschutz berufen. Die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, insbesondere das damit verbundene Wohlstandsniveau beider Arbeitsvertragsparteien, hängt unmittelbar von der Lebensfähigkeit des gemeinsamen Substrats ab⁹²⁷. Gerade der Bereich der Hauptleistungspflichten wird durch dieses Phänomen nachhaltig geprägt, so dass hierin eine spezielle Besonderheit besteht. Innerhalb anderer Vertragstypen ist eine solche nicht erkennbar. Der wirtschaftliche Niedergang eines Unternehmens, der technische und wissenschaftliche Fortschritt oder auch die Veränderung von gesetzlichen Rahmenbedingungen trifft stets beide Arbeitsvertragsparteien.

921 So ist beispielsweise eine vertragliche Verpflichtung, eine verbotene Tätigkeit auszuüben genauso unwirksam, wie die Vereinbarung einer regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit – außerhalb des Geltungsbereichs des § 7 ArbZG – von 60 Stunden, § 3 ArbZG.

922 Sie entsprechen den Preisnebenabreden und Zahlungsbedingungen im Kaufrecht bzw. sind mit Änderungs- und Erhöhungsklauseln in diesem Bereich vergleichbar. Zur Kontrollfähigkeit dieser Klauseln vgl. Ulmer/Brandner/Hensen/Brandner, § 8, Rz. 20 ff.; Wolf/Horn/Lindacher/Horn/Wolf, § 8, Rz. 17 ff.; vgl. auch Staudinger/Coester, § 8, Rz. 25 ff., der allerdings den Kernbereich der kontrollfreien Hauptleistungspflichten weitergehend versteht.

923 Als allgemeine Besonderheit ist insbesondere der Charakter als Dauerschuldverhältnis und die damit verbundene tatsächliche Unmöglichkeit zu berücksichtigen, auf Jahre hinaus eine betriebliche und wirtschaftliche Zukunftsprognose aufzustellen und den Vertrag im Zeitpunkt des Vertragsschlusses daran anzupassen.

924 Ähnlich, allerdings unter dem Aspekt der Flexibilisierung vgl. Lindemann, Flexible Gestaltung von Arbeitsbedingungen, § 8, S. 102 ff.; § 16 – 18, S. 253 ff.

925 Auf diese Besonderheit, die dem tatsächlichen Bereich zuzuordnen ist, weist zu Recht Hromadka, NJW 2002, S. 2523, 2528. A.A. Lindemann, Flexible Gestaltung von Arbeitsbedingungen, § 13, S. 197.

926 Diese ist natürlich nicht unmittelbar finanzieller Natur im Sinne einer Verlusthaftung, sondern abstrakt im Sinne eines Vertragsbestandsrisikos zu verstehen. Der einzelne Arbeitnehmer kann gerade nicht darauf vertrauen, dass in 10 Jahren der arbeitsvertragliche Besitzstand und seine arbeitsvertraglichen Verpflichtungen keine Änderungen erfahren haben.

927 In diese Richtung ist auch Adomeit, FS-Schaub, S. 1, 4, zu verstehen, wenn er darauf hinweist, dass ein Arbeitsrecht auch den Interessen des Arbeitgebers Rechnung tragen muss, da nur eine leistungsfähige Wirtschaft dem Arbeitnehmer Sicherheit gewähren könne.

Beim Arbeitgeber muss daher ein schutzwürdiges Interesse anerkannt werden, durch weite Klauseln in diesem Bereich adäquat reagieren zu können. Nicht lediglich wirtschaftliche Gründe können eine solche Reaktion bedingen⁹²⁸. Die Anforderungen an die geschuldete Tätigkeit können sich beispielsweise aufgrund des technischen Fortschritts oder der gesetzlichen Rahmenbedingungen verändern.

Eine weitere spezielle Besonderheit ist das Fehlen eines Gewährleistungsrechts beim Arbeitsvertrag⁹²⁹. Die Frage, ob und wie vertraglich im Arbeitsvertrag eine Gewährleistung für Schlechtleistung vereinbart wird, unterliegt daher vom Grundsatz her der Vertragsfreiheit. Mithin sind Regelungen denkbar, die bestimmte vertragliche Pflichtverletzungen sanktionieren⁹³⁰ oder die Möglichkeit einräumen, Umfang und Intensität der Arbeit zu ändern⁹³¹. Der hiergegen denkbare Einwand, derartige Klauseln würden von vorneherein gegen § 307 Abs. 2, Nr. 1 oder 2 BGB verstoßen, greift nur zum Teil durch. Mangels spezialgesetzlicher Regelung können wesentliche Grundgedanken im Sinne der Nr. 1 für den Bereich der Gewährleistung nicht ermittelt werden⁹³². Anders die Situation im Rahmen der Nr. 2⁹³³. Die Hauptleistungspflicht des Arbeitnehmers und damit eine wesentliche Pflicht, die sich aus der Natur des Vertrags ergibt, richtet sich zunächst nach seinem individuellen Leistungsvermögen und nicht nach dem objektiven Maßstab des § 243 Abs. 1 BGB⁹³⁴. Er

928 Neuartige Arbeitsprozesse können eine andere Tätigkeit verlangen. Die Arbeitszeit im Einzelhandel kann bei Veränderung der gesetzlichen Ladenöffnungszeiten Änderungen erfordern. Gleiches gilt indes umgekehrt. Soweit eine Klausel eine nachteilige Veränderung der Vergütung für Zeiten der Sanierungsbedürftigkeit des Betriebes erlaubt, kann es geboten sein, dass sie eine zeitliche Begrenzung enthält. Verbessert sich die wirtschaftliche Situation, fällt dieser Zweck weg und die ursprüngliche Situation muss wieder hergestellt werden, vgl. hierzu ausführlich Lindemann, Flexibilisierung von Arbeitsbedingungen, § 13, S. 200 ff.

929 Vgl. hierzu Hromadka, NJW 2002, S. 2523, 2528.

930 Beispielsweise bei Verstößen gegen die betriebliche Ordnung eine Betriebsbuße vorsehen, vgl. hierzu Staudinger/Richardi, § 611 BGB, Rz. 482 mwN; Hunold, NZA-RR 2002, S. 225, 230, oder angemessene Vertragsstrafen bei schwerwiegenden, klar umschriebenen Arbeitsvertragsverletzungen. Es soll an dieser Stelle nicht verschwiegen werden, dass die Frage der Zulässigkeit von Vertragsstrafen nach In-Kraft-Treten der Schuldrechtsreform eines der lebhaftest diskutierten Probleme ist. Da sich diese Arbeit jedoch als Grundlegung hinsichtlich Systematik und Herangehensweise versteht, ist eine dezidierte Auseinandersetzung mit dieser Problematik nicht angebracht. Weiterführend wird auf die bislang hierzu erschienene Literatur verwiesen, vgl. Reichenbach, NZA 2003, S. 309 ff.; Koppenfels, NZA 2002, S. 598 ff.; Leder/Morgenroth, NZA 2002, S. 952 ff.; Reichold, ZTR 2002, S. 202, 207 f.; Reinecke, DB 2002, S. 583, 585 f.; Däubler, NZA 2001, S. 1329, 1336; Richardi, NZA 2002, S. 1057, 1063 f.; Bartz, AuA 2002, S. 62, 64 ff., Brors, DB 2004, S. 1778, 1781.

931 Zu dieser Möglichkeit vgl. MHbArbR/Blomeyer, § 48, Rz. 65.

932 Vgl. auch Wolf/Horn/Lindacher/Wolf, § 9, Rz. 78, der bereits unter dem Geltungsbereich der alten Rechtslage darauf hingewiesen hat, dass auch von wesentlichen Grundgedanken dann abgewichen werden kann, wenn eine ausreichende Kompensation erfolgt.

933 Kritisch zu der Anwendung dieser Ziffer im Arbeitsrecht Zöllner, RdA 1989, S. 152, 160.

934 Hierzu ausführlich ErfKomm./Preis, § 611 BGB, Rz. 794.

muss die ihm übertragene Arbeit unter Anspannung der ihm möglichen Fähigkeiten ordnungsgemäß verrichten, demnach sorgfältig und konzentriert arbeiten⁹³⁵.

Diesem Leitbild der Arbeitsleistung ist jedoch bei der Klauselgestaltung Rechnung zu tragen. Wenngleich grundsätzlich § 243 Abs. 1 BGB bei der Bestimmung der Leistungspflicht keine Rolle spielt, dient doch ein objektiv gebotener Leistungsstandard als Anknüpfungspunkt für die Frage, ob eine Schlechtleistung vorliegt⁹³⁶. Dem Arbeitgeber ist es daher unmöglich, seine persönlichen und fachlichen Erwartungen an die Person des Arbeitnehmers und die Qualität seiner Arbeit verbindlich festzulegen. Gleichsam darf sein schutzwürdiges Interesse daran, bestimmten Eigenschaften und Verhaltensweisen eine gesteigerte Bedeutung beizumessen, nicht unbeachtet bleiben. Das Vertragsrecht muss ihm hierfür Möglichkeiten zur Verfügung stellen; schließlich ist er Inhaber der Produktionsmittel und alleiniger Verantwortlicher für die Ausbildung einer Unternehmensphilosophie. Er kann daher objektiv notwendige Eigenschaften der Person und Qualitätsstandards der zu verrichtenden Arbeit durch Richtlinien bestimmen. Vor diesem Hintergrund müssen auch Veränderungen dieser arbeitsvertraglichen Pflichten oder Sanktionsmöglichkeiten aufgrund entsprechender Klauseln möglich sein.

D.II.2.b.c.a.c Klauseln die Nebenleistungspflichten betreffen

Einen ähnlichen Ansatz, diesmal jedoch aus dem tatsächlichen Bereich, lässt sich im Rahmen der Klauseln finden, die sich mit der Gestaltung von Nebenpflichten befassen. Vom Grundsatz her sind der Phantasie des Arbeitgebers hierbei keine Grenzen gesetzt. Neben einer Vielzahl von anerkannten Nebenpflichten⁹³⁷ kann der Arbeitgeber dadurch faktische Nebenpflichten schaffen, dass er entsprechende Ge-/Verbote in den Arbeitsvertrag aufnimmt. Hierbei könnte er sich auf die anerkannte Treuepflicht des Arbeitnehmers berufen, wonach dieser alles zu unterlassen habe, was dem Arbeitgeber und dem Betrieb abträglich ist⁹³⁸. Dass durch derartige Klauseln nicht lediglich unangemessene Benachteiligung, sondern auch massive Grundrechtseingriffe denkbar sind, liegt auf der Hand. Es bedarf daher einer Einschränkung.

935 MHbArbR/Blomeyer, § 48, Rz. 70; MüKo/Müller-Glöge, § 611, Rz. 124.

936 Vgl. ErfKomm./Preis, § 611 BGB, Rz. 797;

937 Ausführlich hierzu ErfKomm./Preis, § 611, Rz. 869 ff.

938 Vgl. BAG, Urteil vom 16.08.1990, 2 AZR 113/90, AP Nr. 10 zu § 611 BGB Treuepflicht.

Die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers findet ihr Äquivalent in der Treuepflicht des Arbeitnehmers. Beide haben einen weiten Anwendungsbereich. Von Interesse für den hier verfolgten Zweck ist eine spezielle Ausprägung tatsächlicher Natur. Es dürfte unbestreitbar sein, dass der Erfolg eines Unternehmens nicht alleine von der Qualität der Arbeitsleistung der Belegschaft abhängt. Im heutigen Wirtschaftsleben kommt eine Vielzahl von Kriterien hinzu, die das „Rating“ des Unternehmens im (inter-)nationalen Vergleich mitbestimmen. Ein bestimmtes Verhalten oder Auftreten kann notwendig sein, um den vorhandenen Kundenkreis zu erhalten oder einen neuen Kundenkreis zu erschließen. Je nach Branche kann es auch erforderlich sein, eine eigene Unternehmensphilosophie zu entwickeln, um am Markt als eigenständig, individuell, kreativ oder gar avantgardistisch wahrgenommen zu werden. Diese Phänomene sind in der Regel keine Idee des einzelnen Arbeitgebers, sondern Ausfluss seiner Marktteilnahme. Mehr als in anderen Rechtsbereichen kommt es darauf an, dass der Arbeitgeber als Verantwortlicher für das Unternehmen und die dort bestehenden Arbeitsplätze bei der Ausgestaltung der Arbeitsverträge größtmögliche Vertragsfreiheit in Anspruch nehmen kann. In dieser besonderen Marktabhängigkeit, die permanente Reaktionsfähigkeit des Arbeitgebers erfordert, ist eine spezielle Besonderheit zu erkennen. Dies kann bereits zu Beginn des Arbeitsverhältnisses durch Verhaltenskodizi und/oder Dresscodes⁹³⁹ oder durch die Vereinbarung von Änderungsklauseln erfolgen. Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass der Arbeitgeber nachvollziehbar eine entsprechende Marktnotwendigkeit aufzeigen kann und die gewählte Form den mildesten Eingriff in die Arbeitnehmersphäre darstellt. Die Grenze wird dort erreicht sein, wo ein Eingriff in die Grundrechte des Arbeitnehmers erfolgt, ohne dass dieser durch nachvollziehbare, unternehmensrelevante Gründe gerechtfertigt ist.

Sowohl im Bereich der überprüfbaren Hauptleistungspflichten als auch bei den Nebenpflichten könnte man die Möglichkeit, Änderungs- oder Widerrufsvorbehalte zu vereinbaren, wegen § 308 Nr. 4 BGB grundsätzlich in Frage stellen. Hiernach ist eine Allgemeine Geschäftsbedingung unwirksam, die das Recht des Verwenders vorsieht, die versprochene Leistung zu ändern oder von ihr abzuweichen, wenn die Vereinbarung der Änderung oder Abweichung unter Berücksichtigung der Interessen des Verwenders für den anderen Vertragsteil nicht zumutbar ist. Für den Widerrufsvorbehalt wird zu Recht darauf hingewiesen, dass dieser bereits vom Wortlaut des Klauselverbots nicht umfasst wird, da eine

939 Vgl. Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, § 55, Rz. 1 ff.

derart ausgestaltete Vereinbarung bereits keine versprochene Leistung sei⁹⁴⁰. Änderungsvorbehalte lässt § 308 Nr. 4 BGB dann zu, wenn sie unter Berücksichtigung der Interessen des Verwenders für den anderen Vertragsteil zumutbar sind. Dem Arbeitnehmer steht kein absoluter Vertragsinhaltsschutz zur Seite. Zumutbar sind ihm Veränderungen, die dem „ultima-ratio-Prinzip“ genügen, mithin den mildesten Eingriff in die vertragliche Grundlage darstellen. Hierbei muss der Arbeitgeber jedoch sein schutzwürdiges Interesse nachvollziehbar darlegen⁹⁴¹. Seine vorbehaltenen Änderungen müssen konzeptionell geeignet und notwendig sein, größeren Schaden vom Unternehmen und damit von der einzelnen vertraglichen Beziehung abzuwenden⁹⁴²

D.II.2.b.c.a.d Klauseln die vertragsfremdes Verhalten betreffen

Problematischer stellt sich die Situation innerhalb der Klauseltypen dar, die das vertragsfremde Verhalten des Arbeitnehmers, insbesondere seine private Lebensführung, betreffen⁹⁴³. Soweit dieser Bereich Gegenstand spezieller arbeitsvertraglicher Ge- und/oder Verbote ist⁹⁴⁴, wird sich in der Regel eine Grundrechtsrelevanz auf Seiten des Arbeitnehmers feststellen lassen. Da der Arbeitnehmer jedoch im Rahmen seiner arbeitsvertraglichen Verpflichtung keine spezielle, den Wünschen des Arbeitgebers entsprechende Lebensführung schuldet, der konkrete Inhalt seiner Verpflichtungen sich vielmehr – neben dem Arbeitsvertrag – aus den betrieblichen Bedürfnissen ableiten lassen muss, setzt sich in der

940 Vgl. Hümmerich, NZA 2003, S. 753, 760, der jedoch darauf hinweist, dass der jeweilige Widerrufsgrund präzise formuliert sein muss, um dem Transparenzgebot zu genügen. Dem ist im Grundsatz zuzustimmen, allerdings mit der Einschränkung, die bereits bei der Betrachtung des Transparenzgebots gemacht wurde, vgl. oben D. II. 2. b. b. Auch hier muss der Arbeitgeber die Möglichkeit haben, mit allgemeiner gehaltenen Situationsbeschreibungen zu arbeiten, da es ihm unmöglich sein wird, alle denkbaren Sachverhalte explizit zu umschreiben.

941 Weitergehend Adomeit, FS-Schaub, S. 1, 4, der die Frage aufwirft, ob „freiwillige Leistungen“ des Arbeitgebers in Zukunft nicht wirklich frei, also unkontrolliert bleiben sollen.

942 Das bedeutet selbstverständlich nicht, dass jeder vereinbarte Widerrufs- oder Änderungsgrund möglich wäre. Er muss vielmehr die beschriebenen Anforderungen erfüllen. Strikt zu trennen hiervon ist die Frage, ob der Arbeitgeber bei der Ausübung der entsprechenden Rechte gegebenenfalls billiges Ermessen berücksichtigt hat. Der Bereich der Ausübungskontrolle ist nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung. Zur Ausübungskontrolle nach der Schuldrechtsreform vgl. ausführlich Lindemann, Flexible Gestaltung von Arbeitsbedingungen, § 15, S. 249 ff.

943 Ausgeblendet bleibt hier natürlich der Bereich des strafbaren Verhaltens eines Arbeitnehmers. Dieses berechtigt den Arbeitgeber, je nach Art und Schwere des Deliktes, das Arbeitsverhältnis zu kündigen, vgl. ausführlich hierzu Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, § 125, Rz. 117 ff. und § 130, Rz. 62 ff.

944 Exemplarisch seien Zölibatsklauseln, Verbot der politischen Betätigung oder der Übernahme von Ehrenämtern genannt, hierzu vgl. Preis/Preis, Der Arbeitsvertrag, II E 10, Rz. 2 ff.

Regel seine Grundrechtsposition durch⁹⁴⁵. Rechtfertigende Besonderheiten sind im „normalen“ Arbeitsverhältnis nicht erkennbar.

Eine Ausnahme besteht im Bereich von Tendenzbetrieben im Sinne des § 118 Abs. 1 BetrVG⁹⁴⁶. Diese genießen nicht lediglich im Bereich der betrieblichen Mitbestimmung einen Sonderstatus, sondern können den einzelnen Tendenzträger in höherem Maße auch im außerbetrieblichen Bereich einschränken⁹⁴⁷. Seine Lebensführung muss er am Tendenzinhalt, welcher vom Tendenzbetrieb selbst festgelegt wird, orientieren⁹⁴⁸. Dass dies eine spezielle Besonderheit darstellt, war bereits dem Gesetzgeber bewusst. Der Hinweis auf das kirchliche Arbeitsrecht als spezifischer Bereich⁹⁴⁹ ist insoweit stellvertretend für alle Tendenzbetriebe zu verstehen. Er rechtfertigt eine modifizierte Prüfungsdichte. Soweit eine bestimmte Klausel unmittelbarer Ausdruck des jeweiligen Tendenzinhalts ist, sie diesen charakterisiert, liegt eine unangemessene Benachteiligung nur in Ausnahmefällen vor, wenn nämlich massive Grundrechtseingriffe damit verbunden sind.

Die eigentliche Besonderheit dieser Unternehmen und Betriebe, und damit die Rechtfertigung für weitergehende Eingriffe, besteht darin, dass bei ihnen nicht die erwerbswirtschaftliche Zwecksetzung, sondern die Verwirklichung von Zwecken im Vordergrund steht, die ihrerseits durch das Grundgesetz besonders geschützt sind⁹⁵⁰. Der Tendenzschutz erlangt dadurch grundrechtsausgestaltenden Charakter⁹⁵¹. Daher ist es fast zwingend, dass der einzelne Tendenzträger, durch den der zu verwirklichende Zweck nach außen transportiert wird, den überwiegenden Teil seiner Lebensführung hiernach ausrichtet. Nur dann kann er dieser Transportfunktion gerecht werden. Er ist einerseits Teil des Tendenzschutzes und partizipiert von ihm, andererseits jedoch an seine Grenzen gebunden⁹⁵². Ein vergleichbares Phänomen findet sich in anderen Rechtsgebieten nicht, vielmehr stellt es eine speziell arbeitsrechtliche Besonderheit dar.

945 Zu diesem Ergebnis gelangt auch Preis/Preis, Der Arbeitsvertrag, II A 160, Rz. 1 ff.

946 Zu entsprechenden Vorschriften in anderen Mitbestimmungsgesetzen vgl. Löwisch/Kaiser, BetrVG, § 118, Rz. 2.

947 So kann beispielsweise eine bestimmte politische Betätigung die Kündigung eines Gewerkschaftssekretärs rechtfertigen, vgl. ErfKomm./Müller-Glöge, § 626 BGB, Rz. 136.

948 Vgl. ErfKomm./Ascheid, § 1 KSchG, Rz. 266.

949 Vgl. BT-DS 14/7052, S. 189.

950 Löwisch/Kaiser, BetrVG, § 118 Rz. 1.

951 Löwisch/Kaiser, BetrVG, § 118 Rz. 1.

952 Im Ergebnis handelt es sich hier um eine spezielle Form der Grundrechtskollision. Speziell deshalb, weil nicht lediglich das Grundrecht des Arbeitgebers mit demjenigen des Arbeitnehmers kollidiert, sondern der Arbeitnehmer selbst sowohl grundrechtlich geschützte Zwecke verfolgt, als auch eigene Grundrechte ausübt.

D.II.2.b.c.a.e Klauseln die den gesetzlichen Mindeststandard von Rechten erweitern

Eine weitere Klauselgruppe lässt sich bilden. Vielfach finden sich Regelungen, die den gesetzlichen oder tarifvertraglichen Mindeststandard von arbeitnehmerschützenden Rechten erweitern⁹⁵³. Zu denken ist beispielsweise an die Erhöhung des gesetzlichen Mindesturlaubs, die Zahlung von Prämien für Jubiläen oder ein besonderes Urlaubsgeld. Diese Klauseln betreffen nicht unmittelbar Haupt- oder Nebenpflichten des Arbeitsvertrags, sind jedoch in ihrer Struktur insoweit mit ihnen vergleichbar, als der Arbeitgeber unter bestimmten Umständen die Möglichkeit haben muss, auf massive Veränderungen im Laufe der Zeit zu reagieren. Zusagen, die getroffen werden, können trotz § 308 Nr. 4 BGB unter einen Änderungs- oder Widerrufsvorbehalt gestellt werden, soweit die Gründe hierfür klar bezeichnet werden und Ausdruck schutzwürdiger Interessen des Arbeitgebers sind. Im Ergebnis handelt es sich um die gleichen Besonderheiten, die bereits bei den Haupt- und Nebenleistungspflichten derartige Klauseln rechtfertigen.

Innerhalb dieser Klauselgruppe ist daneben eine Berücksichtigung des Kompensationsgedankens denkbar. Es ist möglich, die beschriebenen Erweiterungen auch bedingt auszugestalten⁹⁵⁴ oder die Ausübung teilweise konkret festzulegen. So ist beispielsweise eine Klausel denkbar, in der ein Zusatzurlaub vertraglich vereinbart wird, gleichzeitig jedoch Tage oder Zeiträume bestimmt werden, an denen Teile des Urlaubs zu nehmen sind oder umgekehrt eine Urlaubssperre besteht. Da das Urlaubsrecht grundsätzlich davon ausgeht, dass der Arbeitnehmer die zeitliche Festlegung des Urlaubs bestimmen kann⁹⁵⁵, könnte hierin eine nicht zu vereinbare Abweichung von den wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung im Sinne des § 307 Abs. 2, Nr. 1 BGB gesehen werden.

Zu berücksichtigende tatsächliche Besonderheit in diesen Fällen kann jedoch sein, dass die geschuldete Arbeit des Arbeitnehmers unmittelbar von der Anwesenheit des Arbeitgebers abhängt⁹⁵⁶, oder dass in bestimmten Branchen marktbedingt einzelne Tage oder Zeiträume

953 Eine Einschränkung der Rechte kommt nur ausnahmsweise in Betracht. In der Regel scheitern sie bereits an § 134 BGB bzw. bei tarifvertraglichen Regelungen an § 4 Abs. 3 TVG, da die meisten Rechte einseitig zwingenden Charakter haben.

954 Vgl. die Beispiele bei Hümmelich, NZA 2003, S. 753, 760 f., unter „Leistungskürzungsklauseln“.

955 § 7 Abs. 1 BUrlG, hierzu ausführlich ErfKomm./Dörner, § 7 BUrlG, Rz. 21 ff.

956 So etwa bei einer Arzthelferin. Beispiel bei ErfKomm./Dörner, § 7 BUrlG, Rz. 24. Ausführlich zu Betriebsferien Neumann/Fenski, BUrlG, § 7, Rz. 31 ff.

weit weniger arbeitsintensiv sind als andere. Den wesentlichen Grundgedanken stehen spezielle Besonderheiten gegenüber. Diese erlauben es dem Arbeitgeber in Verbindung mit dem Kompensationsgedanken, eine entsprechende Regelung zu vereinbaren, wenn die damit verfolgten Interessen betriebsbezogen sind⁹⁵⁷ und dem Arbeitnehmer ein nicht unerheblicher Teil seines Urlaubs zur eigenen Disposition verbleibt. Entsprechende Klauseln sind demnach grundsätzlich wirksam.

D.II.2.b.c.a.f Klauseln die die Beendigung des Arbeitsvertrags betreffen

Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses ist nicht ausschließlich Gegenstand zahlreicher Spezialgesetze, sondern spielt auch bei der arbeitsvertraglichen Klauselgestaltung eine gewichtige Rolle. Darüber hinaus ist sie nicht selten Anlass für eine eigenständige vertragliche Regelung in Form von Aufhebungs-, Auflösungsvertrag oder Ausgleichsquittung⁹⁵⁸. Die Bandbreite denkbarer Klauseln, die im Falle der Beendigung greifen, ist immens. Sie reicht von der Vereinbarung von Ausschlussfristen⁹⁵⁹, Verschwiegenheitsverpflichtungen⁹⁶⁰, Freistellungen, Vertragsstrafen und Herausgabeansprüchen⁹⁶¹ bis hin zu Zurückbehaltungsrechten⁹⁶². Eine Begutachtung jeder einzelnen Klausel ist im Rahmen der vorliegenden Arbeit weder gewollt noch möglich. Es soll lediglich aufgezeigt werden, welche Besonderheiten in die Inhaltskontrolle einzustellen sind.

Augenfällige Besonderheit ist zunächst die Existenz eines Kündigungsschutzsystems, das sowohl allgemeinen als auch besonderen Kündigungsschutz kennt. Dieses erlangt indes im Rahmen der eigentlichen Inhaltskontrolle nach §§ 307 – 309 BGB keine nennenswerte Bedeutung, ist allerdings Vergleichsmaßstab beim Umgehungsverbot nach § 306a BGB.

Wichtig ist jedoch das Bedürfnis beider Arbeitsvertragsparteien, innerhalb eines überschaubaren Zeitraumes Klarheit darüber zu haben, ob sich die jeweils andere

957 Vgl. Neumann/Fenski, BUrlG, § 7, Rz. 31.

958 Dass derartige Verträge auch der AGB-Kontrolle unterfallen, wurde bereits oben Kapitel 3, B. II. nachgewiesen.

959 Hierzu ausführlich Schrader, NZA 2003, S. 345 ff.

960 Hierzu Preis/Preis, Der Arbeitsvertrag, II V 20, Rz. 1 ff.

961 Vgl. Preis/Preis, Der Arbeitsvertrag, II H 40, Rz. 1 ff.

962 Vgl. Zusammenfassende Darstellung bei Hümmerich, NZA 2003, S. 753, 754 ff.

Vertragspartei rückwirkender Ansprüche berühmt⁹⁶³. Der endgültige Abschluss des Arbeitsverhältnisses ist häufig Grundlage dafür, dass der Arbeitnehmer einen unbelasteten Neuanfang in einem anderen Unternehmen versucht. Dies ist im Rahmen des sensiblen Arbeitsverhältnisses nicht zu unterschätzen, da langwierige gerichtliche Auseinandersetzungen mit dem alten Arbeitgeber nicht selten das Verhältnis zum neuen Arbeitgeber belasten. Dies ist eine spezielle, tatsächliche Besonderheit.

Gleiches gilt für das Bedürfnis, bei einem eng verstandenen Vertragsbruch des Arbeitnehmers bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine Vertragsstrafe zu vereinbaren⁹⁶⁴. Soweit der Arbeitnehmer rechtswidrig und vorsätzlich oder grob fahrlässig die maßgebliche Kündigungsfrist nicht einhält – in der Regel wird das deshalb sein, weil er ein lukrativeres Arbeitsvertragsangebot annimmt – liegt die Besonderheit darin, dass eine Verurteilung zur Arbeitsleistung gem. § 62 Abs. 2 ArbGG iVm. § 888 Abs. 3 ZPO nicht vollstreckt werden kann⁹⁶⁵. Ein schützenswertes Interesse im Falle der Beendigung des Arbeitsverhältnisses besteht hier – im Gegensatz zum Nichtantritt⁹⁶⁶ – darin, dass der Arbeitnehmer dann eine Lücke hinterlässt, wenn er in die betriebliche Organisation und den Betriebsablauf voll eingebunden ist⁹⁶⁷.

D.II.2.b.c.a.g Sonstige Klauseln

Schließlich gibt es eine Reihe von Klauseln, die sich den vorgenannten Gruppen nur schwer oder überhaupt nicht zuordnen lassen. Für sie ist es jeweils notwendig, Besonderheiten aus der entsprechenden Regelungsmaterie zu ermitteln. Vielfach wird sich die Regelung nicht in einer einseitigen Leistungspflicht des Arbeitnehmers erschöpfen, sondern die Ausgestaltung

963 Vgl. Schrader, NZA 2003, S. 345, 350, der jedoch gleichzeitig dafür plädiert, die Länge der wirksamen Ausschlussfristen im Arbeitsrecht der Rechtsprechung des BGH hierzu anzupassen (S. 351).

964 So auch Singer, RdA 2003, S. 194, 202.

965 In diesem Sinne auch BAG, Urteil vom 04.03.2004, 8 AZR 196/03, EzA § 309 BGB 2002 Nr. 1, NZA 2004, S. 727, 731; ZTR 2004, 479, 480, - juris - ; Gotthardt, Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsreform, Rz. 277; Hromadka, NJW 2002, S. 2523, 2528; Hümmerich, NZA 2003, S. 753, 762; Joost, FS-BAG, S. 49, 57; vgl. im Ergebnis auch Henssler, RdA 2002, S. 129, 138, der zudem auf die arbeitsrechtlichen Vorschriften des § 75c HGB und § 5 BBiG – im Umkehrschluss – hinweist. A.A. Thüsing, BB 2002, S. 2666, 2673; Birnbaum, NZA 2003, S. 944, 949; Dorndorf, FS-BAG, S. 19, 28; Reinecke, SB zu NZA 18/2004, S. 27, 32; Brors, DB 2004, S. 1778, 1780 f., die jedoch gleichsam eine wirksame Vertragsstrafenregelung für möglich hält.

966 Vgl. hierzu oben D. II. 2. b. c. b. a. Für den Fall des Nichteintritts wurde eine entsprechende Besonderheit ausdrücklich abgelehnt.

967 Maßgebender Zeitpunkt hierfür könnte der Ablauf einer Probezeit sein. Diese dient gerade dazu, den Arbeitnehmer auf Leistungsfähigkeit hin zu überprüfen und die Qualität seiner Arbeit zu ermitteln. Soweit keine Probezeit vereinbart wird, ist von einer sofortigen Integration in den Betriebsablauf auszugehen. Ähnlich insoweit Brors, DB 2004, S. 1778, 1781.

eines bestimmten Leistungsaustausches zum Inhalt haben. Beispielhaft sei die Vereinbarung einer Rückzahlungspflicht für Aus- oder Fortbildungskosten oder ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot⁹⁶⁸ genannt. Denkbar sind auch Klauseln, die ein bestimmtes Verhalten, welches unmittelbar oder mittelbar betriebsbezogen ist, von der Mitwirkung des Arbeitgebers abhängig macht⁹⁶⁹ oder dem Arbeitnehmer ein Anspruchssystem eröffnet⁹⁷⁰.

Die Aufzählung zeigt, dass die einzelnen Regelungsgegenstände sehr unterschiedlich sind, entsprechende Besonderheiten mithin nicht generalisierend umschrieben werden können.

Zwei Besonderheiten, die häufig zu berücksichtigen sind, lassen sich jedoch benennen. Die Regelungsmaterien entstammen weit überwiegend dem freiwilligen, gesetzlich nicht explizit geregelten Bereich. Trotzdem tauchen sie nicht selten in Arbeitsverträgen auf, was eine tatsächliche Notwendigkeit aus Sicht des Arbeitgebers impliziert. Sie lediglich als Schikane oder bewusste Benachteiligung des Arbeitgebers einzuordnen, würde an der Realität vorbeigehen⁹⁷¹. Auf der anderen Seite sind sie nicht ausschließlich Ausdruck seiner Freigiebigkeit oder sozialen Verantwortung der Belegschaft gegenüber. Die Hauptgründe sind auch hier im wirtschaftlichen Interesse des Arbeitgebers, welches entscheidend von branchenspezifischen Marktmechanismen bestimmt wird, zu sehen⁹⁷². Dieser Einfluss auf unternehmerische Entscheidungen, wozu auch eine bestimmte Arbeitsvertragsgestaltung zu zählen ist, wird bisweilen unterschätzt. Bestimmte Klauselgestaltungen werden nicht selten mit Profitgier oder Ausbeutungsmentalität des Arbeitgebers gleichgesetzt.

Am Beispiel der Rückzahlungsklausel von Aus- und Weiterbildungskosten soll dies veranschaulicht werden. Soweit sich der Arbeitgeber zur Übernahme von solchen Kosten

968 Dieses ist von der Einordnung her problematisch. Es ist zwar in §§ 74 ff HGB spezialgesetzlich geregelt, bedarf allerdings einer konstitutiven Vereinbarung. Gleichzeitig setzt es die Beendigung des Arbeitsverhältnisses voraus, so dass es auch der vorherigen Gruppe hätte zugeordnet werden können. Aufgrund der damit verbundene Eingriffsintensität und der nicht lediglich punktuellen Regelung erscheint es jedoch konsequenter, es als sonstige Regelung zu begreifen. Vgl. hierzu ausführlich Bauer/Diller, NZA 2002, S. 1609 ff.

969 So z.B. die Regelung von außerdienstlichen Veröffentlichungen oder Vorträgen, vgl. ausführlich Preis/Preis, Der Arbeitsvertrag, II V 10. Auch die Nutzung von Internet und e-Mail System ist in diesem Bereich angesiedelt, zur Möglichkeit der fristlosen Kündigung bei Verstoß gegen ein ausdrückliches Verbot, vgl. ErfKomm./Müller-Glöge, § 626, Rz. 98 b.

970 Denkbar ist die Vereinbarung eines Verfahrens- und Vergütungssystems für Arbeitnehmererfindungen, welches das ArbNErfG modifiziert, hierzu Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, § 115, Rz. 5 ff.

971 Damit soll nicht gesagt werden, dass es nicht auch Arbeitgeber gibt, die derart vorgehen. Diese sind jedoch nicht Gegenstand der Untersuchung. Abgestellt wird auf die regelmäßige Verwendungspraxis, wobei versucht wird, aus den Beweggründen Besonderheiten abzuleiten.

972 In diesem Zusammenhang weist Söllner, ZfA 2003, S. 145, 149, m.E. zu Recht darauf hin, dass das Privatrecht Arbeitsverträge anerkennen muss, in denen Arbeitsbedingungen weitgehend der Bestimmung durch den Arbeitgeber anheim gestellt werden und Rechtsfiguren bereitstellen, die eine Fortbildung des Arbeitsverhältnisses durch einseitige Erklärungen des Arbeitgebers statt durch Änderungsverträge zulassen.

bereiterklärt, ist anzunehmen, dass die vorfinanzierte Weiterbildung im betrieblichen Ablauf von Nutzen ist oder die Einsatzfähigkeit des Arbeitnehmers erweitert. Bezogen auf die Marktteilnahme des Arbeitgebers führt dies zur Steigerung des Know-Hows und damit zur Verbesserung der Wettbewerbschancen. Die gleichen Folgen lassen sich in der Person des Arbeitnehmers feststellen. Als Individuum werden seine persönlichen Fähigkeiten erweitert, was gleichsam zur Steigerung der eigenen Wettbewerbschancen am Arbeitsmarkt führt. Dies stellt eine tatsächliche Besonderheit dar, die typisch für den dynamischen Bereich des Arbeitsrechts ist. Die Anforderungen an Fähigkeiten und Fertigkeiten des Arbeitnehmers sind in vielen Bereichen des Arbeitslebens im Zeitpunkt des Vertragsschlusses zwar bestimmbar, jedoch lediglich im Sinne einer Momentaufnahme. Technische Fortschritte oder gesetzliche Änderungen können das Anforderungsprofil permanent verändern und den Arbeitgeber unter Anpassungsdruck setzen⁹⁷³. Auch wenn das Arbeitsrecht nicht das einzige Rechtsgebiet ist, welches durch die unsichtbaren Kräfte des Marktes unter diesen Druck gerät, so sind diese dort nicht zu unterschätzen. Im Bereich derartiger Vertragsklauseln ist er als spezielle Besonderheit zu berücksichtigen⁹⁷⁴. Für die konkrete Ausgestaltung und Bewertung ist auch hier auf den Kompensationsgedanken zurückzugreifen. Kriterien sind die mit der Bildungsmaßnahme verbundenen Vorteile auf Seiten des Arbeitgebers und des Arbeitnehmers sowie der Umfang und die zeitliche Bindung der Rückzahlungsverpflichtung⁹⁷⁵.

D.II.2.b.c.b Ergebnis

Allgemein lässt sich hieraus ableiten, dass schutzwürdige wirtschaftliche Interessen des Arbeitgebers mögliche Besonderheiten innerhalb einzelner Klauselarten darstellen können.

973 Dies deutet auch das BAG in seinem Urteil vom 16.03.1994, 5 AZR 339/92, EZA § 611 BGB Ausbildungsbeihilfe Nr. 10; AP Nr. 18 zu § 611 BGB Ausbildungsbeihilfe; - juris -, an, wenn es feststellt, dass in der Praxis des Arbeitslebens Aus-, Fort-, und Weiterbildung eine erhebliche Rolle spielen und die Teilnahme für den Arbeitnehmer ggfs. längerfristig erforderlich ist, um den Erhalt des Arbeitsplatzes zu sichern. Eine Andeutung findet sich auch bei Henssler, RdA 2002, S. 129, 137, der auf technische Notwendigkeiten der Industrie- und Wirtschaftsstruktur hinweist. Ähnlich auch Söllner, ZfA 2003, S. 145, 148, der darauf hinweist, dass die arbeitsteilige Kooperation es erfordere, die Festlegung und Änderung von Arbeitsbedingungen weitgehend dem Arbeitgeber zu überlassen.

974 Das bedeutet nicht, dass jegliche Form der Rückzahlungsklausel in Zukunft wirksam ist. Es spricht vieles dafür, dass das BAG seine Rechtsprechung in diesem Bereich beibehalten und fortentwickeln wird und weiterhin ein differenziertes Rückzahlungssystem zulässt, vgl. BAG, Urteil vom 11.04.1984, 5 AZR 430/82, AP Nr. 8 zu § 611 BGB Ausbildungsbeihilfe; EZA § 611 BGB Ausbildungsbeihilfe Nr. 4; - juris -; BAG, Urteil vom 06.09.1995, 5 AZR 241/94, EZA § 611 BGB Ausbildungsbeihilfe Nr. 14; AP Nr. 23 zu § 611 BGB Ausbildungsbeihilfe; - juris -; BAG, Urteil vom 16.03.1994, 5 AZR 339/92, - juris -; Urteil vom 21.11.2001, 5 AZR 158/00, BB 2002, S. 628 ff.

975 Vgl. statt vieler BAG, Urteil vom 16.03.1994, 5 AZR 339/92, EZA § 611 BGB Ausbildungsbeihilfe Nr. 10; AP Nr. 18 zu § 611 BGB Ausbildungsbeihilfe; - juris -

Voraussetzung ist jedoch, dass diese auf Marktbedürfnisse zurückzuführen sind und den Zweck verfolgen, längerfristig dem Erhalt der einzelnen Arbeitsplätze zu dienen oder insgesamt zur Qualitätssicherung und Qualitätsverbesserung der Arbeit und damit der Wettbewerbsfähigkeit beizutragen⁹⁷⁶. Außerdem müssen hierdurch Konstellationen geregelt werden, die dem Arbeitsrecht eigen sind, innerhalb anderer Vertragstypen also nur ausnahmsweise vorzufinden sind.

Neben den Grenzen der zivilrechtlichen Generalklausel dürfen weder die Grundgedanken der gesetzlichen Regelung noch die aus der Natur des Vertrags resultierenden wesentlichen Rechte und Pflichten tangiert werden. Namentlich darf das wirtschaftliche Risiko des Unternehmens nicht in wesentlichem Umfang auf die einzelnen Arbeitnehmer abgewälzt werden. Soweit Änderungs- oder Widerrufsvorbehalte bestehen, die Modifikationen aufgrund der wirtschaftlichen Situation erlauben, müssen diese auch der umgekehrten Konstellation, dass sich diese wieder verbessert, angemessen Rechnung tragen. Handelt es sich um ein Hauptarbeitsverhältnis, muss der damit verbundene Zweck, für den Arbeitnehmer die Lebensgrundlage zu sichern, erreichbar sein.

D.II.3 Zu berücksichtigende Arbeitnehmerinteressen

Die gerade ermittelten und zu berücksichtigenden Besonderheiten bezeichnen nur den einen Teil des Abwägungsmaterials. In den durchzuführenden Abwägungsvorgang, der seinerseits keiner Modifikation unterliegt, sind jedoch die stets schützenswerten Belange des Arbeitnehmers mit einzustellen. Ziel der Klauselkontrolle nach §§ 307 – 309 BGB ist es, diese gegenläufigen Interessen zu einem angemessenen Ausgleich zu bringen⁹⁷⁷, ausgehend von einem generell-abstraktem Beurteilungsmaßstab⁹⁷⁸.

Hiervon ausgehend ist zugunsten des Arbeitnehmers zu berücksichtigen, dass dieser ein Interesse daran hat, dass die zunächst vereinbarten Arbeitsbedingungen langfristig Bestand haben. Dies gilt für das Einkommen genauso wie auch für die Arbeitszeit und den Arbeitsort⁹⁷⁹, da sie häufig Anlass zu weitergehender individueller Disposition des Arbeitnehmers sind. Da der Arbeitnehmer in der Regel nicht am unternehmerischen Erfolg des Arbeitgebers beteiligt sein wird, ist auch sein Interesse, keinen Anteil am

⁹⁷⁶ Reichold, FS-BAG, S. 153, 173, sieht in der Neuregelung insbesondere die Chance zur Entwicklung einer „gerechten Ersatzordnung“ im Bereich des Arbeitsvertragsrechts.

⁹⁷⁷ Vgl. Lindemann, Flexible Gestaltung von Arbeitsbedingungen, § 13, S. 158.

⁹⁷⁸ Vgl. Wolf/Horn/Lindacher/Wolf, § 9, Rz. 51 f.; Ulmer/Brandner/Hensen/Brandner, § 9, Rz. 78 ff.

⁹⁷⁹ Vgl. Lindemann, Flexible Gestaltung von Arbeitsbedingungen, § 13, S. 156 ff.

unternehmerischen Risiko zu tragen, schützenswert⁹⁸⁰. Dies darf indes nicht mit einer absoluten Bestandsgarantie arbeitsvertraglicher Vereinbarungen gleichgesetzt werden. Eine solche kann die heutige Unternehmens- und Arbeitsmarktrealität nicht mehr gewährleisten. Gleichzeitig muss jedoch verhindert werden, dass Arbeitnehmer durch offen formulierte Flexibilisierungsklauseln in Arbeitsverträgen der Willkür des Arbeitgebers ausgesetzt werden. Dem kann durch die Einstellung der entwickelten Leitlinien jedoch wirkungsvoll entgegengewirkt werden.

E. Besonderheiten auf der Rechtsfolgenebene und im prozessualen Bereich

Bislang wurde die Wirkungsweise der Besonderheitenregel lediglich auf den einzelnen Prüfungsebenen der AGB-Kontrolle betrachtet, also innerhalb des Tatbestandsbereichs. Hierin erschöpft sie sich jedoch nicht. Die Norm des § 310 Abs. 4, Satz 2 BGB spricht bewusst davon, dass die Berücksichtigung „bei der Anwendung auf Arbeitsverträge“ stattfinden soll, macht also keine Einschränkung hinsichtlich des möglichen Anwendungsbereichs⁹⁸¹. Zur Anwendung gehört jedoch gleichsam der Bereich der möglichen Rechtsfolgen der AGB-Kontrolle wie auch derjenige ihrer prozessualen Ausgestaltung. Im Folgenden soll überblicksmäßig eine Zusammenstellung der wichtigsten Gesichtspunkte erfolgen, welche nicht abschließend ist.

E.I. § 309 BGB als Klauselverbot mit Wertungsmöglichkeit?

Die aus den Besonderheiten resultierenden Leitlinien der Inhaltskontrolle der §§ 307 – 309 BGB wurden im letzten Abschnitt ausführlich aufgezeigt. Ein Aspekt wurde jedoch bewusst aufgespart, da er weniger materiell-inhaltlich wirkt, sondern dem Bereich der praktischen Handhabung zuzuordnen ist. Diese zeigt sich insbesondere innerhalb der entsprechenden Prozesssituation⁹⁸². Die Rede ist vom Klauselkatalog des § 309 BGB, der Klauselverbote

980 So auch Lindemann, Flexible Gestaltung von Arbeitsbedingungen, § 13, S. 156.

981 So auch ausdrücklich Willemsen/Grau, RdA 2003, S. 321, 326.

982 Die vorgenommene systematische Einordnung ist nicht zwingend. Es wäre auch denkbar gewesen, die Frage bereits vor der inhaltlichen Auseinandersetzung mit den bei den §§ 307 – 309 BGB zu berücksichtigenden Besonderheiten zu stellen. Auch hätte man die Problematik innerhalb einer eigenständigen Berücksichtigungsebene abhandeln können. Beides würde indes nicht überzeugen, da die Frage m.E.

ohne Wertungsmöglichkeiten enthält. Bereits an anderer Stelle wurden die grundlegenden Unterschiede zu § 308 BGB, der Klauselverbote mit Wertungsmöglichkeit normiert, dargestellt⁹⁸³. Unter Berücksichtigung der Besonderheitenregel stellt sich daher zwingend die Frage, ob auch bei arbeitsrechtlichen Verträgen die betroffenen Klauseln keiner Wertungsmöglichkeit unterliegen sollen.

Dies ist trotz Gegenstimmen⁹⁸⁴ in der Literatur zu verneinen. Bereits der Intention des Gesetzgebers ist zu entnehmen, dass die besonderen Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit im Arbeitsrecht nicht zwingend uneingeschränkt zur Anwendung kommen sollen⁹⁸⁵. Hinzu kommt, dass die meisten dieser Verbote unverändert aus der Vorgängernorm des § 11 AGB-Gesetz abgeschrieben wurden, mithin nicht auf arbeitsrechtliche Verträge zugeschnitten sind⁹⁸⁶. Sie sind daher nicht arbeitsvertragsspezifisch. Insoweit eine Wertungsmöglichkeit anzuerkennen, wäre gleichsam eine eingeschränkte Anwendung im Sinne der gesetzgeberischen Intention. Es spricht daher weit mehr dafür, § 309 BGB für den Bereich des Arbeitsrechts dahingehend teleologisch zu reduzieren, dass auch bei diesen Klauselverboten eine Wertungsmöglichkeit besteht⁹⁸⁷.

E.II. Geltungserhaltende Reduktion

Auch eine bereits vor In-Kraft-Treten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes lebhaft diskutierte Problematik hat nunmehr neue Nahrung erhalten. Soll es dem BAG weiterhin möglich sein⁹⁸⁸, überschießende und damit unangemessene Klauseln auf ihren gerade noch angemessenen Inhalt geltungserhaltend zu reduzieren⁹⁸⁹?

überwiegend prozessuale Bedeutung dahingehend hat, ob innerhalb des Klauselverbots weitere Abwägungskriterien zu berücksichtigen sind. Sie ist insoweit inhaltlich neutral. Die Besonderheiten des Arbeitsrechts verändern lediglich die Art und Weise der Kontrolle und somit den Entscheidungsprozess.

983 Vgl. ausführlich oben Kapitel 1, A. I. 1. b.

984 Vgl. z.B. Henssler/Graf v. Westphalen/Graf v. Westphalen, § 310, Rz. 7; Birnbaum, NZA 2003, S. 944, 949; unklar Thüsing, NZA 2002, S. 591, 594; Richardi, NZA 2002, S. 1057, 1061; Hönn, ZfA 2003, S. 325, 332 ff.

985 BT-DS 14/6857, S. 54.

986 Vgl. Reuter, FS-BAG, S. 177, 190.

987 So im Ergebnis auch AnwKomm./Henrichs, § 310, Rz. 18; Palandt/Putzo, Einf v § 611, Rz. 75c; Lingemann, NZA 2002, S. 181, 191; Annuß, BB 2002, S. 458, 462; Hansen, ZGS 2004, S. 21, 22; Lieb, FS-Ulmer, S. 1231, 1240; Joost, FS-Ulmer, S. 1199, 1203; a.A. Lindemann, Flexibilisierung von Arbeitsbedingungen, § 13, S. 232; Reinecke, SB zu NZA 18/2004, S. 27, 32.

988 Aus der Rechtsprechung des BAG vgl. z.B. Urteil vom 15.02.1990, 6 AZR 381/88, EzA 611 BGB Anwesenheitsprämie Nr. 9; BAGE 64, S. 179 ff.; AP Nr. 15 zu § 611 BGB Anwesenheitsprämie; Urteil vom 11.04.1984, 5 AZR 430/82, EzA § 611 BGB Ausbildungsbeihilfe Nr. 4; AP Nr. 8 zu § 611 BGB Ausbildungsbeihilfe; Urteil vom 06.09.1995, 5 AZR 241/94, EzA § 611 BGB Ausbildungsbeihilfe Nr. 14;

Nach Ansicht des BGH⁹⁹⁰ und weiten Teilen des Schrifttums⁹⁹¹ ist diese Frage für die zivilrechtliche AGB-Kontrolle seit jeher zu verneinen. Die Argumente hierfür sind ausgetauscht und als bekannt anzusehen⁹⁹². Für den Bereich der „normalen“ AGB-Kontrolle soll sie nicht vertieft werden. Vielmehr ist der Blick darauf zu richten, ob die Bereichseinschränkung eine modifizierte Betrachtungsweise erfordert⁹⁹³.

Anknüpfungspunkt ist zunächst § 306 BGB, der Aussagen über die Rechtsfolgen bei der Unwirksamkeit einzelner Klauseln trifft. Er modifiziert und ergänzt § 139 BGB, indem er das dortige Regel-Ausnahme Verhältnis umkehrt⁹⁹⁴. Während Abs. 1 und 3 das Schicksal des Gesamtvertrags im Blick hat, befasst sich Abs. 2 mit der Ausfüllung der Lücke, die eine für unangemessen erklärte und damit eigentlich unwirksame Klausel hinterlässt. Hier sollen grundsätzlich die gesetzlichen Vorschriften, zu denen auch alle zu Richterrecht verfestigten ungeschriebenen Rechtssätze und allgemeinen Rechtsregeln gehören⁹⁹⁵, als Ersatzordnung fungieren⁹⁹⁶. Das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion wird dogmatisch überwiegend auf § 306 Abs. 2 und 3 BGB gestützt⁹⁹⁷.

AP Nr. 23 zu § 611 BGB Ausbildungsbeihilfe; Urteil vom 13.07.1962, 5 AZR 498/61, AP Nr. 24 zu § 611 BGB Gratifikation; Urteil vom 07.09.1967, 5 AZR 80/67, AP Nr. 61 zu § 611 BGB Gratifikation; Urteil vom 08.11.1978, 5 AZR 358/77, AP Nr. 100 zu § 611 BGB Gratifikation.

989 Unter geltungserhaltender Reduktion versteht die ganz überwiegende Meinung die Aufrechterhaltung einer unzulässigen Klausel in dem Ausmaß, in dem das Gewollte mit rechtlicher Wirkung (gerade noch) gewollt werden darf, so die Definition von Willemsen/Grau, RdA 2003, S. 321, 322.

990 Grundlegend BGH, Urteil vom 17.05.1982, VII ZR 316/81, BGHZ 84, S. 109, 114 ff., BGH, Urteil vom 01.02.1984, VIII ZR 54/83, S. 69, 73; BGH, Urteil vom 24.09.1985, VI ZR 4/84, BGHZ 96, 18, 25; BGH, Urteil vom 10.10.1991, III ZR 141/90, BGHZ 115, S. 324, 327.

991 Vgl. Wolf/Horn/Lindacher/Lindacher, § 6, Rz. 31 ff.; Ulmer/Brandner/Hensen/Schmidt, § 6, Rz. 14 ff. jeweils mwN; für den Bereich des Arbeitsrechts grundlegend Preis, Grundfragen, § 12, S. 344 ff.; ders. auch nach der Schuldrechtsreform, SB zu NZA 2003, S. 19, 28; kritisch Staudinger/Schlosser, § 6 AGBG, Rz. 16 ff.

992 Vgl. Wolf/Horn/Lindacher/Lindacher, § 6, Rz. 26 ff.; Fastrich, Inhaltskontrolle, S. 330 ff., sowie neuerdings Häsemeyer, FS-Ulmer, S. 1097 ff; Stoffels, AGB-Recht, Rz. 607; Lindemann, Flexible Gestaltung von Arbeitsbedingungen, § 14, S. 235 ff. Im Wesentlichen wird zur Verneinung dieses Instituts auf den Präventions-, den Transparenz- und den Risikogedanken abgestellt, während die Gegner auf ein fehlendes praktisches Bedürfnis, die fehlende Eindeutigkeit des Wortlauts sowie die Fragwürdigkeit eines Sanktionscharakters der Inhaltskontrolle überhaupt hinweisen.

993 Vereinzelt ist in diesem Zusammenhang der Ansatz von Canaris, FS-Steindorff, S. 519, 549 ff., geblieben, der eine Differenzierung von zulässiger ergänzender Vertragsauslegung und unzulässiger geltungserhaltender Reduktion gänzlich ablehnt.

994 Vgl. Palandt/Heinrichs, § 306, Rz. 1; Lindemann, Flexible Gestaltung von Arbeitsbedingungen, § 14, S. 236; Thüsing, BB 2002, S. 2666, 2674; Willemsen/Grau, RdA 2003, S. 321, 323.

995 Allgemeine Ansicht; statt vieler vgl. Wolf/Horn/Lindacher/Lindacher, § 6, Rz. 14; Lindemann, Flexible Gestaltung von Arbeitsbedingungen, § 14, S. 236.

996 Vgl. Hromadka, NJW 2002, S. 2523, 2529; Willemsen/Grau, RdA 2003, S. 321, 324.

997 Vgl. Lindemann, Flexible Gestaltung von Arbeitsbedingungen, § 14, S. 235; Reinecke, DB 2002, S. 583, 586.

Dass es gerade im Arbeitsrecht vielfach an einer positivrechtlich geregelten, gesicherten Ersatzordnung zur materiellrechtlichen Ausgestaltung der Rechtsbeziehungen der Arbeitsvertragsparteien fehlt, mithin die ursprünglich vom Gesetzgeber gewollte Lückenfüllung nicht ohne weiteres möglich ist⁹⁹⁸, dürfte nicht ernsthaft zu bestreiten sein. Hinzu kommt, dass die Argumentation der Gegner einer geltungserhaltenden Reduktion auf das bilaterale Verhältnis zwischen dem Verwender der AGB und seinem Vertragspartner zugeschnitten ist und somit nicht zu „Normenwerken sozialorganisatorischer Art“, die arbeitsvertragliche Klauseln aufgrund ihrer Bindung an den Gleichbehandlungsgrundsatz zumindest auch sind, passen⁹⁹⁹.

Ausgehend von der bereits oben dargestellten Wirkung der bisherigen Rechtsprechung ist nunmehr zu fragen, ob der bislang praktizierten geltungserhaltenden Reduktion der Stellenwert einer zu berücksichtigenden Besonderheit zukommt, welche es rechtfertigt, überschießende Klauseln auch in Zukunft in angemessenem Umfang aufrecht zu erhalten¹⁰⁰⁰. Ich meine ja¹⁰⁰¹. Allerdings ist hierbei auf den hinter der Rechtsprechung stehenden Gedanken zurückzugreifen¹⁰⁰².

Nach der hier vertretenen Auffassung wirkt das Kontinuitätsgebot eingeschränkt im Rahmen des § 307 BGB. Bei den Klauselverboten der §§ 308, 309 BGB wirkt es jedoch nicht im Sinne eines „Nichtanwendungsgebots“¹⁰⁰³. Hiermit ist indes noch keinerlei Aussage

998 Vgl. Henssler, RdA 2002, S. 129, 137; Hromadka, NJW 2002, S. 2523, 2529; Hümmelich, NZA 2003, S. 753, 763; Lingemann, NZA 2002, S. 181, 187; Söllner, ZfA 2003, S. 145, 158 f.; Willemsen/Grau, RdA 2003, S. 321, 324. Die hierdurch vielfach resultierende Folge einer erheblichen Äquivalenzstörung und damit verbundenen Unzumutbarkeit (im Sinne des § 306 Abs. 3 BGB) des Gesamtvertrages erkennt bereits Fastrich, Inhaltskontrolle, S. 335 f. Er beschreibt das Vorgehen des BAG treffend als „im Interesse einer Vermeidung der Gesamtnichtigkeit motiviert“ (S. 336).

999 So zu Recht Reuter, FS-BAG, S. 177, 192.

1000 So ausdrücklich Annuß, BB 2002, S. 458, 461 f.; Lingemann, NZA 2002, S. 181, 187; Hromadka, NJW 2002, S. 2523, 2529 f.; Hümmelich, NZA 2003, S. 753, 763 f.; Söllner, ZfA 2003, S. 145, 158 f.; Thüsing, NZA 2002, S. 591, 594; Willemsen/Grau, RdA 2003, S. 321, 326; Palandt/Putzo, Einf v § 611, Rz. 75c; a.A. Birnbaum, NZA 2003, S. 944, 948; Erman/Roloff, § 310, Rz. 35; Häsemeyer, FS-Ulmer, S. 1097 ff.; Singer, RdA 2003, S. 194, 204; Gaul, ZfA 2003, S. 75, 87; Gotthardt, Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsreform, Rz. 328 ff.; Kroiß/Fell, Klauselbuch Schuldrecht, § 3, Rz. 3; Lindemann, Flexible Gestaltung von Arbeitsbedingungen, § 14, S.242, die jedoch für Altverträge in bestimmten Konstellationen an der Rechtsprechung des BAG festhalten will (S. 243 ff.); Preis/Preis, Der Arbeitsvertrag, I C, Rz 65; ErfKomm./Preis, §§ 305 – 310 BGB, Rz. 99; Reinecke, DB 2002, S. 583, 586; Schulte-Nölke/Frenz/Flohr/Clemens, Formularbuch Vertragsrecht, Teil 9, Rz. 24; Henssler, RdA 2002, S. 129, 139, der jedoch gleichsam darauf hinweist, dass das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion kein unumstößliches Dogma sei (S. 137). Differenzierend Schrader, NZA 2003, S. 345, 351.

1001 A.A. im Hinblick auf eine unangemessen hohe Vertragsstrafenklausel nunmehr BAG, Urteil vom 04.03.2004, 8 AZR 196/03, EzA § 309 BGB 2002 Nr. 1, NZA 2004, S. 727, 734; ZTR 2004, 479, 481, - juris -, wobei jedoch ausdrücklich offen bleibt, ob dies für alle Formen von arbeitsvertraglichen Klauseln gilt.

1002 Ähnlich im Hinblick auf Besonderheiten allgemein Dorndorf, FS-BAG, S. 19, 23.

1003 Vgl. hierzu ausführlich oben B. II. 1.b.c.

hinsichtlich der möglichen Wirkungen auf der Rechtsfolgenseite verbunden. Es griffe jedoch zu kurz, in der bislang vom BAG praktizierten Aufrechterhaltung unangemessener Klauseln als solcher die maßgebliche Besonderheit zu sehen. Entscheidend ist vielmehr, dass bereits das BAG einer Besonderheit Rechnung getragen hat, nämlich dass die Totalnichtigkeit der aufrechterhaltenen Klauseln vielfach zu einer erheblichen Äquivalenzstörung innerhalb des gesamten Arbeitsvertrags geführt hätte. Dies hätte in der Regel zur Gesamtnichtigkeit der vertraglichen Grundlage geführt¹⁰⁰⁴. Diese besondere Gefahr besteht weiterhin¹⁰⁰⁵. Ausgehend von der neuen Gesetzeslage wäre die Nichtigkeitsfolge des § 306 Abs. 3 BGB zwingend und würde in vielen Fällen zu ungewollten –weil das Schutzniveau gerade nicht erhöhenden – Ergebnissen führen¹⁰⁰⁶.

Hieraus folgt, dass dann weiterhin eine geltungserhaltende Reduktion möglich ist, wenn bei der Totalnichtigkeit der betroffenen Klausel das Festhalten am Gesamtvertrag eine unzumutbare Härte darstellen würde. Hierdurch würde ein Schutzdefizit auf Seiten des Arbeitnehmers entstehen. Dies ist insbesondere bei Klauseltypen anzunehmen, die Sonderleistungssysteme im Sinne Leistung und Gegen-/Rückleistung regeln, namentlich Wettbewerbsverbote, Rückzahlungsverpflichtungen von Gratifikationen oder Fort-, Weiter- oder Ausbildungsvergütungen. Liefen derartige Klauseln in Zukunft Gefahr, bei unangemessener Ausgestaltung totalnichtig zu sein, kann ein weiterer Effekt eintreten. Statt die eigenen Mitarbeiter aus- oder fortzubilden, könnte ein Arbeitgeber auch zur Kündigung greifen und sich am Markt einen bereits voll ausgebildeten Arbeitnehmer suchen. Hierdurch würde die intendierte Schutzniveausteigerung in ihr Gegenteil verkehrt.

1004 Vgl. Fastrich, Inhaltskontrolle, S. 335 f. Konstruktiv wäre diese Folge mit § 139 BGB oder den Grundsätzen von Treu und Glauben begründbar gewesen. Diese Problematik wird von den Befürwortern des Verbots der geltungserhaltenden Reduktion im Arbeitsrecht zumeist übersehen, so dass deren Forderung nach vollständiger Übertragung als zu undifferenziert zu charakterisieren ist.

1005 So ausdrücklich Willemsen/Grau, RdA 2003, S. 321, 323, die den verbleibenden Vertrag treffend als „Torsovertrag“ bezeichnen; im Geltungsbereich des alten Rechts bereits Hromadka, FS-Dieterich, S. 251, 277 f., der darauf hinweist, dass dem Arbeitnehmer hierdurch Steine statt Brot gegeben würden. Brors, DB 2004, S. 1778, 1781, bevorzugt im Hinblick auf eine Vertragsstrafenregelung eine ergänzende Vertragsauslegung.

1006 Vgl. insoweit Reuter, FS-BAG, S. 177, 192; die Gegner der geltungserhaltenden Reduktion greifen in diesen Fällen auf die ergänzende Vertragsauslegung zurück, vgl. Preis, Grundfragen, § 12, S. 343 ff.; ihm folgend Lindemann, Flexible Gestaltung von Arbeitsbedingungen, § 14, S. 236 ff.; numehr auch BAG, Urteil vom 12.01.2005, 5 AZR 364/04, - juris -

E.III. Beweislastverteilung

Grundsätzlich ist die Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen – und damit auch von entsprechenden arbeitsrechtlichen Verträgen – Rechtsanwendung, also Anwendung zwingenden Rechts und damit von Amts wegen vorzunehmen¹⁰⁰⁷. Da es bei der Bewertung der in §§ 307 – 309 BGB enthaltenen unbestimmten Rechtsbegriffe und auslegungsbedürftigen Tatbestandsmerkmale darum geht, auch die konkreten Umstände objektiv zu bewerten¹⁰⁰⁸, kann man prozessual von einer Vortrags- und Beweislast diesbezüglich sprechen¹⁰⁰⁹. Diese trägt im Rahmen der zivilrechtlichen Inhaltskontrolle grundsätzlich¹⁰¹⁰ derjenige, der sich im Rahmen von §§ 308, 309 BGB auf die Unwirksamkeit einer Klausel beruft¹⁰¹¹.

Hiernach trifft den Arbeitnehmer die Beweislast, soweit er sich auf die Unwirksamkeitsfolge der Inhaltskontrolle beruft. Aufgrund der Berücksichtigungspflicht von Besonderheiten des Arbeitsrechts bedarf es jedoch der Klärung, wem die Beweislast hierfür aufzuerlegen ist. Ausgehend von der eben dargestellten Beweislast hinsichtlich der Unwirksamkeit liegt es nahe, dass diese den Arbeitgeber trifft¹⁰¹². Dies ist nicht nur zweckmäßig, da er am ehesten in der Lage ist, gerade spezielle Besonderheiten im hier vertretenen Sinne darzulegen, sondern fügt sich auch in das zivil- und arbeitsrechtsprozessuale System der Beweislastverteilung mühelos ein. Hiernach hat jede Prozesspartei die für sie günstigen Tatsachen darzulegen und zu beweisen¹⁰¹³. Da der Arbeitgeber die möglicherweise drohende Unwirksamkeit einer Vertragsklausel durch allgemeine oder spezielle Besonderheiten verhindern kann, obliegt es ihm, den entsprechenden Sachvortrag zu leisten und nötigenfalls zu beweisen.

1007 Staudinger/Coester, Einl zu §§ 8 ff AGBG, Rz. 15.

1008 Vgl. Wolf/Horn/Lindacher/Wolf, Vor §§ 10,11, Rz. 4.

1009 So BGH, Urteil vom 29.05.1991, IV ZR 187/90, NJW 1991, S. 2763, 2764.

1010 Es sei denn, das Klauselverbot selbst enthält eine Beweislastregel, so z.B. § 308 Nr. 4 und 5 BGB.

1011 Vgl. Wolf/Horn/Lindacher/Wolf, Vor §§ 10, 11, Rz. 13; BGH, Urteil vom 29.05.1991, IV ZR 187/90, NJW 1991, S. 2763, 2764.

1012 So auch ausdrücklich Singer, RdA 2003, S. 194, 199, 204; wohl auch Reinecke, SB zu NZA 18/2004, S. 27, 33.

1013 So BGH, Urteil vom 17.02.1970, III ZR 139/67, BGHZ 53, 245, 250, wonach „die allgemeine Beweislastregel des deutschen Rechts (lautet), dass jede Partei die Beweislast für alle Voraussetzungen einer von ihr in Anspruch genommenen Norm trägt“. Vgl. auch Grunsky, Zivilprozessrecht, Rz. 50, S. 40; Thomas/Putzo/Reichold, Vorbem § 284 ZPO, Rz. 23; für das arbeitsgerichtliche Verfahren vgl. Ostrowicz/Künzli/Schäfer, Der Arbeitsgerichtsprozess, Rz. 119, S. 148.

E.IV. Anrufung des Gemeinsamen Senats

Der Gewährleistung der Rechtseinheit zwischen den fünf Gerichtsbarkeiten dient das RsprEinhG¹⁰¹⁴, wonach durch einen Vorlagebeschluss eine Entscheidung des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe verlangt werden kann¹⁰¹⁵, wenn ein oberster Gerichtshof in einer Rechtsfrage von der Entscheidung eines anderen obersten Gerichtshofs oder des Gemeinsamen Senats abweichen will¹⁰¹⁶.

Übertragen auf die Kontrolle bestimmter Klauseln könnte sich die Notwendigkeit eines Vorlageverfahrens dann ergeben, wenn das BAG von der Bewertung des BGH abweichen will. Dies ist jedoch im Hinblick auf die Besonderheitenregel nicht der Fall, sie bietet dem BAG die Möglichkeit, auch Divergenzentscheidungen zu treffen¹⁰¹⁷.

1014 Vgl. Schilken, Gerichtsverfassungsrecht, Rz. 360.

1015 Hierzu Schilken, Gerichtsverfassungsrecht, Rz. 391.

1016 § 2 Abs. 1 RsprEinhG

1017 So bereits zu Recht Däubler, NZA 2001, S. 1329, 1335; Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt/Henssler, Das neue Schuldrecht, S. 615, 636; Lingemann, NZA 2002, S. 181, 183; Henssler, RdA 2002, S. 129, 135; Hromadka, NJW 2002, S. 2523, 2530; Reinecke, AuR 2003, S. 414, 416.

F. Zusammenfassung des vierten Kapitels in Thesen

- Für den Bereich des Arbeitsrechts sind die Besonderheiten grundsätzlich innerhalb des gesamten Prüfungsprogramms der AGB-Kontrolle relevant. Auf den Ebenen der Einbeziehungs-, Transparenz- und Inhaltskontrolle entfalten sie eigenständige Wirkung.
- „Im Arbeitsrecht geltende Besonderheiten“ sind nicht exklusiv zu verstehen. Sie müssen das Arbeitsrecht lediglich prägen und es somit von anderen Teilrechtsgebieten des Zivilrechts unterscheiden. Insbesondere tatsächliche Besonderheiten finden Berücksichtigung. Hinsichtlich der bisherigen Rechtsprechung des BAG besteht ein eingeschränktes Kontinuitätsgebot.
- Die Bereichseinschränkung des § 310 Abs. 4, Satz 2 BGB ist positivrechtliche Ausprägung der im Bereich des allgemeinen Zivilrechts praktizierten Rechtsprechung des BGH.
- Die Berücksichtigungspflicht auf jeder einzelnen Prüfungsebene findet im Rahmen einer einstufigen Interessenabwägung statt, da die Bereichseinschränkung und § 307 BGB eine zusammengesetzte Generalklausel darstellen.
- Eine inhaltlich abschließende Aufzählung zu berücksichtigender Besonderheiten ist nicht möglich. Es bietet sich als erste Konkretisierungsstufe jedoch eine Unterteilung in allgemeine und spezielle Besonderheiten an.
- Allgemeine Besonderheiten können innerhalb jeder Prüfungsebene Berücksichtigung finden. Spezielle Besonderheiten wirken lediglich innerhalb einzelner Berücksichtigungsebenen.
- Für die Ebene der Inhaltskontrolle können spezielle Besonderheiten dadurch ermittelt werden, dass häufig verwendete Klauseln in Gruppen unterteilt werden und das dahinter stehende Interesse des Arbeitgebers ermittelt wird. Soweit dieses ein

spezielles Phänomen des Arbeitsrechts und grundsätzlich schutzwürdig ist, eignet es sich als Besonderheit.

- Auch im prozessualen Bereich und im Rahmen der Rechtsfolgen zeitigt die Besonderheitenregel Wirkungen.
 - Im Arbeitsrecht bestehen auch im Rahmen des § 309 BGB Wertungsmöglichkeiten.
 - Die bislang praktizierte geltungserhaltende Reduktion ist in den meisten Fällen weiterhin zulässig.
 - Die prozessuale Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen von Besonderheiten trägt der Arbeitgeber.
 - Das BAG kann bei der Bewertung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen in arbeitsrechtlichen Verträgen von der Rechtsprechung des BGH abweichen, ohne den Gemeinsamen Senat der obersten Gerichtshöfe anzurufen.

Kapitel 5 : Die AGB-Kontrolle von Einheitsarbeitsverträgen, vertraglicher Einheitsregelung, Gesamtzusage und betrieblicher Übung

A. Untersuchungsgang

Im abschließenden Kapitel ist nunmehr der Frage nachzugehen, inwieweit die entwickelten Leitlinien auf die AGB-Kontrolle der unter dem Sammelbegriff der Allgemeinen Arbeitsbedingungen subsumierten Einheitsarbeitsverträge, arbeitsvertraglichen Einheitsregelungen, Gesamtzusagen und betrieblicher Übungen¹⁰¹⁸ übertragbar sind. Die Unterschiede dieser einzelnen Ausprägungen sind teilweise marginal. Sie bewegen sich überwiegend im tatsächlichen Bereich, so dass auch die Kontrolle größtenteils ähnliche Probleme vermuten lässt. Ob überhaupt Probleme bei der Übertragung entstehen, wird ebenso Ziel der Untersuchung sein wie – bejahendenfalls – die Entwicklung eines Lösungsvorschlages.

B. Subsumtion unter den Klauselbegriff des § 306 Abs. 1, Satz 1 BGB?

Eine Kontrollmöglichkeit dieser speziell arbeitsrechtlichen Institute erschließt sich erst auf den zweiten Blick, werden sie doch häufig als außerhalb des originären Vertragsrechts stehend wahrgenommen. Hinzu kommt, dass insbesondere eine Gesamtzusage und betriebliche Übung vielfach nicht in schriftlicher Form festgehalten werden. Schließlich fällt auf, dass die zahlreichen Veröffentlichungen nach In-Kraft-Treten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes eine Kontrollmöglichkeit bislang kaum problematisiert haben¹⁰¹⁹.

1018 Zu den hier zugrunde gelegten Definitionen dieser Institute vgl. MüKo/Müller-Glöge, § 611, Rz. 234 ff. sowie ausführlich oben Kapitel 1, B. III. 1.

1019 Die grundsätzliche Kontrollmöglichkeit wird von Schimmel/Buhlmann/Ziemann, HbSchR, Rz. 52, S. 692 und Richardi, NZA 2002, S. 1057, 1058, angesprochen. Auch Hümmelich, NZA 2003, S. 753, 760, scheint sie in Bezug auf die betriebliche Übung zu erkennen. Er entzieht sich indes einer inhaltlichen Auseinandersetzung, indem er für die völlige Abschaffung der betrieblichen Übung plädiert. Auch bei

Ein Blick ins Gesetz und der damit einhergehenden Subsumtion verschafft Klarheit. Nach der Definition des § 306 Abs. 1, Satz 1 BGB sind Allgemeine Geschäftsbedingungen alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei der anderen bei Abschluss eines Vertrages stellt.

Dass der Einheitsarbeitsvertrag und die arbeitsvertragliche Einheitsregelung hierunter zu subsumieren ist, dürfe keinem Zweifel unterliegen¹⁰²⁰. Gleiches gilt indes für Gesamtzusage und betriebliche Übung. Beide Ausprägungen gelten für eine Vielzahl von Arbeitnehmern. Der Einzelne hat – mangels Anspruch auf Ausspruch einer Gesamtzusage bzw. Entstehen einer betrieblichen Übung – keinerlei Einwirkungsmöglichkeit auf den Inhalt. Insoweit sind sie jeweils vom Arbeitgeber vorformuliert und werden von ihm gestellt. Auch an der Rechtsnatur scheitert die Subsumtion nicht. Beide Institute sind nach ständiger Rechtsprechung des BAG dem individualrechtlichen Bereich zuzuordnen¹⁰²¹, so dass auch die Beschränkung des § 310 Abs. 4, Satz 1 BGB nicht Platz greift¹⁰²².

C. Einheitsarbeitsvertrag

Keinerlei Besonderheiten lassen sich beim Einheitsarbeitsvertrag ausmachen. Es handelt sich insoweit um eine ältere Terminologie des Formular- oder Standardvertrages¹⁰²³. Es wird weniger die Art und Weise des Zustandekommens beschrieben. Vielmehr wird die vertragliche Situation innerhalb der Belegschaft bzw. bestimmter Arbeitnehmergruppen hiermit umschrieben. Der Arbeitsvertrag des betroffenen Personenkreises stimmt inhaltlich

Löwisch, Arbeitsrecht, Rz. 57, ist erkennbar, dass er arbeitsvertragliche Einheitsregelungen einer Inhaltskontrolle unterziehen will. Stoffels, AGB-Recht, Rz. 181, nennt als Gegenstand der Inhaltskontrolle ausdrücklich Gesamtzusagen und arbeitsvertragliche Einheitsregelungen.

1020 Vgl. statt vieler ErfKomm./Preis, § 611 BGB, Rz. 257; für die Zeit vor der Schuldrechtsreform vgl. auch MüKo/Müller-Glöge, § 611, Rz. 234 f.

1021 Vgl. für die Gesamtzusage BAG, Urteil vom 13.3.1974, 3 AZR 446/74, AP § 242 BGB Ruhegehalt Nr. 167, Urteil vom 14.06.1995, 5 AZR 126/94, AP § 611 BGB Personalrabatt Nr. 1 jeweils mwN; für die betriebliche Übung BAG, Urteil vom 14.8.1996, 10 AZR 69/96, AP § 242 BGB Betriebliche Übung Nr. 47 mwN, wonach aufgrund einer Willenserklärung, die von dem Arbeitnehmer stillschweigend angenommen wird, vertragliche Ansprüche auf die üblich gewordenen Vergünstigungen erwachsen. Im Ergebnis auch Schimmel/Buhlmann/Ziemann, HbSchR, Rz. 52, S. 692; Richardi, NZA 2002, S. 1057, 1058.

1022 Würde man ihnen einen kollektivrechtlichen Charakter zuordnen, könnte man an eine „teleologische Extension“ denken. Zu dieser Möglichkeit, eine teleologisch begründete Korrektur des Gesetzestextes vorzunehmen, vgl. Larenz, Methodenlehre, S. 285.

1023 Vgl. Oetker, FS-Wiedemann, S. 383.

überein¹⁰²⁴. Hieraus lässt sich jedoch für die AGB-Kontrolle keine Modifikation ableiten. Sie folgt den in Kapitel 4 aufgestellten Regeln.

D. Arbeitsvertragliche Einheitsregelung

Arbeitsvertragliche Einheitsregelungen werden unterschiedlich definiert. Überwiegend spricht man von ihnen, wenn Arbeitgeber und Arbeitnehmer den Vertragsinhalt nicht individuell aushandeln, sondern ihn durch Verweisung auf vom Arbeitgeber für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Arbeitsbedingungen festlegen¹⁰²⁵. In diesem Sinne wird der Begriff auch im Folgenden verwendet. Der Unterschied zum Einheits- bzw. Standardvertrag ist augenfällig. Rechtlich handelt es sich zwar um ein einheitliches Vertragswerk, tatsächlich werden indes außerhalb des Kernvertrags bestehende Regelungswerke einbezogen¹⁰²⁶. Dies können beispielsweise Betriebsordnungen, Arbeitsanweisungen, Haus- und Verhaltensordnungen oder auch Tätigkeitsbeschreibungen sein¹⁰²⁷. Hiervon ausgehend ergeben sich Modifikationen.

1024 Vgl. Zöller/Loritz, Arbeitsrecht, § 6, S. 66.

1025 So beispielsweise BAG GS, Beschluss vom 16.09.1986, GS 1/82, AP Nr. 17 zu § 77 BetrVG 1972; EzA § 77 BetrVG Nr. 17; - juris -; MHBArbR/Richardi, § 12, Rz. 42; Preis, Grundfragen, S. 25 f.; MüKo/Müller-Glöge, § 611, Rz. 235; Fastrich, Inhaltskontrolle, S. 32; ähnlich Säcker, Gruppenautonomie, S. 80; a.A. Lieb, Arbeitsrecht, Rz. 52, der allgemeine Arbeitsbedingungen und arbeitsvertragliche Einheitsregelungen gleichsetzt.

1026 Gegenstand der weiteren Untersuchung sind lediglich Verweisungsobjekte aus dem individualvertraglichen Bereich, also weder Betriebs- oder Dienstvereinbarungen noch Tarifverträge. In der Regel findet die Verweisung im Rahmen des Arbeitsvertragsschlusses statt. Allerdings ergeben sich bei der nachträglichen Einbeziehung, also aus dem bestehenden Arbeitsverhältnis heraus, keinerlei Abweichungen. Die Einbeziehungsabrede hat auch in diesen Fällen dem Konsensprinzip zu genügen. Die im Folgenden dargestellten Anforderungen sind auch dann zu erfüllen.

1027 Der sprachlichen Phantasie des Arbeitgebers bei der Bezeichnung sind keine Grenzen gesetzt. Vgl. hierzu Preis, Grundfragen, § 3, S. 61 f., wonach 75 % der von ihm ausgewerteten Arbeitsverträge vergleichbare Klauseln enthielten. Weitere Beispiele finden sich bei Gaul, ZfA 2003, S. 75, 85.

D.I. Einbeziehungskontrolle

Bei der Prüfungsebene der Einbeziehungskontrolle bedarf es der Differenzierung. Keine Eigenart lässt sich bei der Inbezugnahme als solche feststellen. Die Einbeziehung der entsprechenden Regelungen erfolgt nach dem Konsensprinzip¹⁰²⁸. Die Arbeitsvertragsparteien müssen sich einig über die Geltung des außerhalb stehenden Regelungswerkes sein, wobei der Arbeitnehmer die grundsätzliche Möglichkeit haben muss, Einsicht in dieses zu erlangen.

Vielfach werden diese Regelungen dem Arbeitnehmer im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht in schriftlicher Form überreicht werden¹⁰²⁹, so dass insbesondere im Hinblick auf den Überraschungsschutz ein Klärungsbedürfnis besteht¹⁰³⁰.

Im Hinblick auf die große Bandbreite der möglichen Regelungsinhalte lassen sich insoweit kaum detaillierte inhaltliche Aussagen machen. Da den in Bezug genommenen Regelungen jedoch eine Konkretisierungsfunktion hinsichtlich der arbeitsvertraglichen Rechte und Pflichten zukommt, müssen sie auch inhaltlich hierzu geeignet sein. Außerhalb dieses Bereichs liegende Regelungsgegenstände sind überraschend, wenn anlässlich der Bezugnahmevereinbarung keine explizite Aufklärung über den konkreten Inhalt stattfindet¹⁰³¹.

Ein weiterer Aspekt des Überraschungsschutzes ist tangiert, soweit sie Regelungsbereiche beinhalten, die sich bereits im Kernvertrag finden. Überraschend sind Klauseln dann, wenn die Vereinbarung im Kernvertrag den Eindruck einer abschließenden Regelung vermittelt¹⁰³².

1028 In diesem Sinne auch MHBArbR/Richardi, § 12, Rz. 42.

1029 Insoweit besteht kein Widerspruch zur Existenz des NachwG. Der in § 2 Abs. 1 NachwG normierte Anspruch auf Aushändigung einer Niederschrift, welche die wesentlichen Vertragsbedingungen beinhaltet, ist rein deklaratorischer Natur. Er setzt bereits vom Wortlaut voraus, dass die Vereinbarungen schon getroffen sind. Im Übrigen sieht das NachwG keinerlei Sanktionen für den Fall vor, dass eine entsprechende Niederschrift nicht erteilt wird. Zu gleichwohl möglichen Schadensersatzansprüchen des Arbeitnehmers wegen Verletzung einer Nebenpflicht, vgl. BAG, Urteil vom 17.04.2002, 5 AZR 89/01; ausführlich ErfKomm./Preis, Einf. NachwG, Rz. 12 ff.

1030 Vielfach wird sich an dieser Stelle auch der Anwendungsbereich mit dem der Transparenzkontrolle überschneiden; vgl. hierzu Hansen, ZGS 2004, S. 21, 25.

1031 So können z.B. die Modalitäten eines Mitarbeiterkaufes oder Arbeitgeberdarlehens nicht ohne weiteres innerhalb einer Betriebsordnung geregelt werden. Abgesehen davon, dass derartige Mitarbeiterverträge einer größeren Kontrolldichte unterliegen, konkretisieren sie nicht arbeitsvertragliche Rechte und Pflichten. Sie regeln lediglich Bereiche, für die der Bestand des Arbeitsverhältnisses Zugangsvoraussetzung ist. Die Problematik hat natürlich auch Berührungspunkte zur Transparenzkontrolle.

1032 Enthält z.B. der Kernvertrag eine Ausschlussfrist für eine bestimmte Art von Ansprüchen, so wäre jede weitere Ausschlussfrist in einer in Bezug genommenen Regelung überraschend.

Dies ist wiederum dann zu verneinen, wenn ein entsprechender Hinweis auf die Konkretisierung aufgenommen wird.

D.II. Transparenzkontrolle

Ein Hauptproblemkreis findet sich im Bereich der Transparenzkontrolle. Sie ist sowohl beim Kernvertrag als auch beim Bezugnahmeobjekt durchzuführen. Neben den bereits dargestellten Ausprägungen lässt sich für die konkrete Konstellation eine weitere Komponente benennen. Durch die Bezugnahme Klausel werden zwei Regelwerke miteinander verbunden, die nicht selten gleichartige Regelungsgegenstände enthalten. Trotz der rechtlichen Einheit der beiden Komponenten, entsteht eine gewisse Wechselwirkung untereinander. Eine transparente Vertragsgestaltung erfordert in solchen Fällen neben Verständlichkeit und Bestimmtheit jedes einzelnen Regelwerkes auch, dass der gesamte Inhalt einheitlich und widerspruchsfrei ist¹⁰³³. Schlagwortartig lässt sich diese Modifikation als Einheitlichkeitsgebot bezeichnen. Die jeweilige Teilregelung darf daher nicht im Widerspruch zur anderen stehen und auch nicht den Eindruck einer abschließenden Regelung erwecken¹⁰³⁴.

Eine weitere Problematik ist dem Transparenzgebot zuzuordnen. Soweit auf Betriebsordnungen, Arbeitsanweisungen, Tätigkeitsbeschreibungen etc. Bezug genommen wird, ist nicht auszuschließen, dass diese in regelmäßigen Abständen verändert werden¹⁰³⁵. Derartige Veränderungen sind unter zweierlei Aspekten problematisch. Zum einen fehlt es genau genommen an einem entsprechenden Konsens zwischen den Arbeitsvertragsparteien, zum anderen kann der Arbeitnehmer im Zeitpunkt der Bezugnahme den Umfang einer späteren Änderung nicht einmal erahnen. Für ihn ist sie unbestimmt.

1033 Als Beispiel hierfür lässt sich die in der vorherigen FN beschriebene Konstellation anführen. Bedenken gegen die inhaltliche Widerspruchsfreiheit verschiedener Betriebsordnungen lassen sich bereits bei Preis, Grundfragen, § 3, S. 73 f., erkennen, auch wenn sie sich nach seiner Untersuchung überwiegend in Form von Betriebsvereinbarungen finden.

1034 Wie bereits im Bereich der Einbeziehungs kontrolle dargestellt, lässt sich dieser Eindruck vermeiden, wenn im Kernvertrag ausdrücklich auf die jeweils konkretisierende Klausel im Bezugnahmeobjekt hingewiesen wird.

1035 Die Gründe hierfür können sehr unterschiedlich sein. Gesetzliche Neuregelungen können ein größeres Schutzniveau im Bereich der Arbeitsplatzsicherheit erfordern; technische Errungenschaften oder veränderte Software mögen einzelne Arbeitsschritte verändern oder überflüssig machen. Denkbar ist auch, dass der Arbeitgeber sich prinzipiell für eine andere Handhabung entscheidet, er beispielsweise ein Rauchverbot in bestimmten Betriebsbereichen oder auf dem gesamten Betriebsgelände einführt.

Auf der anderen Seite kann dem Arbeitgeber in derartigen Fällen ein schutzwürdiges Anpassungsinteresse nicht abgesprochen werden, so dass ein gänzlich Verbot entsprechender Änderungen keine tragbare Lösung wäre¹⁰³⁶.

Es bietet sich vielmehr an, Parallelen aus einem vergleichbaren Problemkreis zu rekrutieren. Neben den hier in Frage stehenden Bezugnahmeobjekten sind auch häufig Tarifverträge Gegenstand von Bezugnahme Klauseln. Ohne an dieser Stelle die unterschiedlichen Formen und den Inhalt dieser begutachten wollen, fällt auf, dass auch dort ein ähnliches Problem besteht, wenn nämlich auf einen bestimmten Tarifvertrag dynamisch Bezug genommen wird und dieser im Nachhinein geändert wird¹⁰³⁷. In solchen Fällen hat der Arbeitnehmer im Zeitpunkt des Arbeitsvertragsschlusses keine Kenntnis des zukünftigen Inhalts¹⁰³⁸, so dass die Annahme eines entsprechenden Vertragsbindungswillens reine Fiktion wäre¹⁰³⁹. Entscheidend ist, ob man ein grundsätzliches Bedürfnis derartiger, sich regelmäßig erneuernder Regelungswerke anerkennt und – bejaht man diese Frage – welche Grenzen man zieht.

Meines Erachtens kommt man in der Arbeitsrechtsrealität hieran nicht vorbei. Das Arbeitsverhältnis ist als Dauerschuldverhältnis zukunftsorientiert und demnach nicht nachverhandlungssicher¹⁰⁴⁰. Eine Anpassungsbefugnis des Arbeitgebers ist dann grundsätzlich zu bejahen, wenn bestimmte Voraussetzungen gegeben sind, die dem Schutzbedürfnis der betroffenen Arbeitnehmer Rechnung tragen. Der Arbeitgeber muss

1036 In diesem Sinne für den Bereich der tarifvertraglichen Bezugnahme Gaul, ZfA 2003, 75, 88. Soweit ausschließlich die betriebliche Ordnung und das Verhalten des Arbeitnehmers betroffen sind, ist im Anwendungsbereich der GewO eine Neuregelung bereits durch § 106 S. 2 GewO ermöglicht.

1037 Ausführlich zu dieser Problematik Oetker, FS-Wiedemann, S. 383, 387 ff.; Diehn, NZA 2004, S. 129 ff.; Reichel, AuR 2003, S. 366 ff.; Stein, AuR 2003, S. 361 ff.; allgemein zu dynamischen Verweisungen Oetker, JZ 2002, S. 337 ff. Zu den Problemkreisen im Zusammenhang mit nachträglichem Betriebsübergang, Verbandsaustritt oder Tarifkollusion vgl. ausführlich Ebeling, Bezugnahme auf Tarifverträge, S. 196 ff.; Gaul, ZfA 2003, S. 75, 90 ff. Zur Problematik im Hinblick auf die Nachweispflicht des § 2 NachwG vgl. Lindemann, Flexible Gestaltung von Arbeitsbedingungen, § 9, S. 111 ff.

1038 So bereits Hanau/Kania, FS-Schaub, S. 239, 243 f.; Oetker, FS-Wiedemann, S. 383, 389.

1039 Es soll nicht geleugnet werden, dass durchaus ein gewichtiger Unterschied darin besteht, dass bei der Neufassung eines Tarifvertrages zwei Vertragspartner mitgewirkt haben, denen eine gleiche Verhandlungsstärke zugesprochen wird. Im Gegensatz hierzu ist die Änderung einer Betriebsordnung o.ä. ein einseitiger Akt des Arbeitgebers. Gleichsam darf jedoch nicht übersehen werden, dass es auch im Falle einer Tarifvertragsänderung an einem ausdrücklichen Willen des Arbeitnehmers fehlt, auch die Neuerungen zum Vertragsinhalt werden zu lassen. Dem Ergebnis, also genau genommen der Existenzberechtigung einer dynamischen Verweisklausel, ist durchaus zuzustimmen. Man sollte dann allerdings so ehrlich sein, den Grund hierfür auch ohne Umschweife zu benennen. In der Regel wird es nämlich so sein, dass ein neuer Tarifvertrag bessere Arbeitsbedingungen enthält, so dass es letztlich der Arbeitnehmerschutz ist, welcher diesen Klauseltyp überwiegend trägt.

1040 Vgl. Annuß, BB 2002, S. 458, 461; ähnlich Diehn, NZA 2004, S. 129, 135, der von der generellen Zukunftsgerichtetheit von Arbeitsverhältnissen spricht. In die gleiche Richtung tendiert Lindemann, Flexible Gestaltung von Arbeitsbedingungen, § 9, S. 120, wenn sie zu Recht eine gewisse Flexibilität für erforderlich hält, um auf geänderte Rahmenbedingungen reagieren zu können.

zunächst schutzwürdige Interessen haben, für die er im Streitfalle darlegungs- und beweispflichtig ist. Der Kernbereich der beiderseitigen Hauptleistungspflichten sowie der Bereich wichtiger, im Austauschverhältnis stehender Neben- oder Zusatzpflichten darf nicht berührt werden¹⁰⁴¹. Schließlich muss die In-Kraft-Setzung der Neuregelung ihrerseits transparent sein, was durch Aushang am Werkstor, Schwarzen Brett oder ausdrücklichem Hinweis in Form eines Rundschreibens erfolgen könnte. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, bestehen gegen Änderungen in derartigen Regelungswerken keine durchgreifenden Bedenken¹⁰⁴².

D.III. Inhaltskontrolle

Im Bereich der Inhaltskontrolle sind keine speziellen Ausprägungen ersichtlich. Der jeweilige Inhalt des in Bezug genommenen Regelungswerkes ist kein Differenzierungskriterium. Ob ein Arbeitgeber bestimmte arbeitsvertragliche Modalitäten direkt im Arbeitsvertrag oder durch Bezugnahme auf einen außerhalb stehenden Katalog regelt, macht inhaltlich keinen Unterschied, so dass auch die Kontrolldichte der Inhaltskontrolle hierdurch nicht berührt wird. Sie ist nach den in Kapitel 4 erarbeiteten Kriterien durchzuführen.

E. Gesamtzusage

Ein der arbeitsvertraglichen Einheitsregelung verwandtes Institut stellt die Gesamtzusage dar¹⁰⁴³. Von ihr spricht man, wenn der Arbeitgeber an alle oder an abgrenzbare Gruppen von Arbeitnehmern eine in allgemeiner Form gerichtete Erklärung richtet, zusätzliche Leistungen zu erbringen. Entscheidend ist hierbei, dass ausdrückliche Annahmeerklärungen der Angebotsempfänger nicht erwartet werden¹⁰⁴⁴ (§ 151 BGB). Gegenstand von Gesamtzusagen

1041 Für diese Fälle ist lediglich ein Widerrufsvorbehalt denkbar, der im Falle der Ausübung einer Billigkeitskontrolle unterliegt.

1042 Gaul, ZfA 2003, S. 75, 85, weist in diesem Zusammenhang m.E. zu Recht darauf hin, dass in der Vergangenheit nachlässig mit der Formulierung von Bezugnahmeklauseln umgegangen wurde.

1043 MhbArbR/Richardi, § 12, Rz. 42; Säcker, Gruppenautonomie, S. 117.

1044 Vgl. BAG GS, Beschluss vom 16.09.1986, GS 1/82, AP Nr. 17 zu § 77 BetrVG 1972; EzA § 77 BetrVG Nr. 17; -juris-; BAG, Urteil vom 25.01.2000, 9 AZR 140/99, AP Nr. 5 zu § 611 BGB Begründung eines Arbeitsverhältnisses; EzA § 133 BGB Nr. 22; -juris-; BAG, Urteil vom 22.01.2003, 10 AZR 48/02, AP Nr. 247 zu § 611 BGB Gratifikation; EzA § 611 BGB 2002 Gratifikation, Prämie Nr. 1; - juris -; MhbArbR/Richardi, § 12, Rz. 38; ErfKomm./Preis, § 611 BGB, Rz. 259; MüKo/Basedow, § 23 AGBG, Rz. 3; Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, § 81, Rz. 35.

sind typischerweise für den Arbeitnehmer günstige Sozial- oder Geldleistungen¹⁰⁴⁵. Aufgrund der Ähnlichkeit zur arbeitsvertraglichen Einheitsregelung sollen die dort entwickelten Modifikationen zum Ausgangspunkt der weiteren Prüfung gemacht werden.

E.I. Einbeziehungskontrolle

Innerhalb der Einbeziehungskontrolle lassen sich zu berücksichtigende Unterschiede kaum ausmachen. Lediglich das äußere Erscheinungsbild des Zustandekommens der Gesamtzusage unterscheidet sich von dem der arbeitsvertraglichen Einheitsregelung. Auch die Gesamtzusage bedarf der Annahme durch den Arbeitnehmer, da § 151 S. 1 BGB nur eine Ausnahme hinsichtlich der Empfangsbedürftigkeit enthält¹⁰⁴⁶. Im Hinblick auf das Zustandekommen ist das Konsensprinzip somit nicht eingeschränkt.

Auch beim Überraschungsschutz lassen sich keine speziellen Eigenarten der Gesamtzusage ausmachen. Wie auch im Bereich der arbeitsvertraglichen Einheitsregelung dürfen die Regelungsbereiche der Gesamtzusage nicht außerhalb des üblichen Arbeitsvertragsinhalts liegen oder eine verdeckte bzw. verschleierte Konkurrenz zum Kernvertrag darstellen¹⁰⁴⁷.

E.II. Transparenzkontrolle

Die Transparenzkontrolle von Gesamtzusagen bedarf ebenfalls keiner weitergehenden Modifikation. Die Hauptproblematik liegt, soweit Sozial- oder Geldleistungen widerruflich ausgestaltet sind, in der bereits dargestellten Präzisierung möglicher Widerrufsgründe¹⁰⁴⁸.

Soweit die Gesamtzusage Regelungen enthält, die sich bereits im Kernvertrag finden, ist auch hier die besondere Ausprägung des Einheitlichkeitsgebots¹⁰⁴⁹ zu beachten. Problematisch erscheint die Konstellation, in der zunächst ein Arbeitsvertrag geschlossen wird und es erst zeitlich später zu einer Gesamtzusage kommt. Einen qualifizierten Hinweis auf eventuelle

1045 Vgl. Zusammenstellung bei ErfKomm./Preis, § 611 BGB, Rz. 259; MüKo/Müller-Glöge, § 611, Rz. 236.

1046 Die Annahme ist hiernach ausnahmsweise nicht empfangsbedürftige Willensäußerung, vgl.

Palandt/Heinrichs, § 151, Rz. 1; Erman/Hefermehl, § 151, Rz. 1; MüKo/Kramer, § 151, Rz. 1.

1047 Zur Situation vor der Schuldrechtsreform vgl. MüKo/Basedow, § 23 ABGG, Rz. 3.

1048 Vgl. oben Kapitel 4, D. II. 2. b.

1049 Vgl. oben B. II. 2.

Konkretisierungen in der Gesamtzusage wird man im Arbeitsvertrag schwerlich fordern können, da im Zeitpunkt des Vertragsschlusses eine solche nicht bestanden hat. Eine Klausel, die vorsorglich auf diesen Fall hinweist, könnte den damit verbundenen Zweck, den Arbeitnehmer auf kollidierende Regelwerke hinzuweisen, nicht erfüllen. Obwohl vom mündigen Arbeitnehmer grundsätzlich erwartet werden muss, dass er sich selbst über seine Rechte im Arbeitsverhältnis informiert¹⁰⁵⁰, erscheint in der beschriebenen Konstellation eine Hinweispflicht des Arbeitgebers geboten.

Die Eigenart dieses Instituts besteht darin, dass vom Erfordernis des Annahmezugangs abgesehen wird. Grundlage hierfür ist § 151 S. 1 BGB, der dies dann zulässt, wenn es nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist oder der Antragende darauf verzichtet. Die Tatsache, dass die Gesamtzusage überwiegend den Arbeitnehmer begünstigende Regelungen enthält, lässt sich ohne weiteres unter die erste Variante subsumieren¹⁰⁵¹. Da somit vordergründig eine unangemessene Benachteiligung ausscheidet, besteht eigentlich keine Veranlassung, eine weitere Überprüfung vorzunehmen¹⁰⁵². Etwas anders ergibt sich allerdings in den Fällen, in denen die Gesamtzusage gleichzeitig Rückzahlungs-, Widerrufsklauseln oder gar Ausschlussmöglichkeiten parat hält, die von entsprechenden Regelungen im bereits bestehenden Kernvertrag abweichen. Die Gesamtzusage als solche bleibt zwar vorteilhaft, aus der Wechselwirkung zum Kernvertrag können sich jedoch Unklarheiten ergeben. Insoweit bedarf es eines Hinweises des Arbeitgebers anlässlich der Erteilung der Gesamtzusage¹⁰⁵³, um dem Gebot der Einheitlichkeit ausreichend Rechnung zu tragen¹⁰⁵⁴.

1050 So ausdrücklich BAG, Urteil vom 23.01.2002, 4 AZR 56/01, AP Nr. 5 zu § 2 NachwG; EzA § 2 NachwG Nr. 3, NZA 2002, S. 800, 803, für den Bereich tariflicher Bestimmungen.

1051 Vgl. Palandt/Heinrichs, § 151, Rz. 4, wonach bei lediglich rechtlich vorteilhaften Geschäften eine entsprechende Verkehrssitte anzunehmen ist.

1052 Wie Staudinger/Richardi, § 611 BGB, Rz. 244, jedoch bereits zu Recht feststellt, handelt es sich rechtstatsächlich um Leistungen, die einseitig vom Arbeitgeber festgesetzt werden. Er bezeichnet sie als aufgedrängte Arbeitsbedingungen und bejaht ein grundsätzliches Prüfungserfordernis.

1053 Der Hinweis ist wiederum in vielfältiger Art und Weise denkbar, so z.B. ausdrücklich als Teil der Gesamtzusage, am Schwarzen Brett, anlässlich einer Betriebsversammlung oder explizit als eigenständiges Rundschreiben. Er muss allerdings selbst dem Transparenzgebot genügen.

1054 Auf den ersten Blick läge es näher, statt des Hinweises des Arbeitgebers einen Zugang der Annahme zu fordern. Dies würde allerdings das Problem nicht lösen, da eine andere Konstellation geschaffen werden würde. Es läge dann gerade keine Gesamtzusage mehr vor, sondern eine nachträgliche Bezugnahme auf eine arbeitsvertragliche Einheitsregelung, hierzu vgl. oben B. II.

E.III. Inhaltskontrolle

Ausgehend vom typischen Inhalt von Gesamtzusagen ist zunächst klarzustellen, dass eine Inhaltskontrolle dann ausscheidet, wenn die zugesagte Leistung Teil der Hauptleistungspflicht ist. Dies dürfte jedoch nur ausnahmsweise zu bejahen sein¹⁰⁵⁵. Innerhalb dieser Ebene zeigen sich deutliche Parallelen zur arbeitsvertraglichen Einheitsregelung. Auch im Bereich der Gesamtzusage lässt sich aus dem möglichen Inhalt kein Differenzierungskriterium ableiten, welches in besonderem Maße zu berücksichtigen wäre¹⁰⁵⁶. Es verbleibt vielmehr bei der bereits in Kapitel 4 ausführlich dargestellten Kontrolldichte.

F. Betriebliche Übung

Als weiteres, speziell arbeitsrechtliches Institut bedarf die betriebliche Übung einer ausführlichen Untersuchung.

Das BAG¹⁰⁵⁷ und die überwiegende Literatur¹⁰⁵⁸ definiert sie als regelmäßige Wiederholung bestimmter Verhaltensweisen des Arbeitgebers, aus denen die Arbeitnehmer schließen können, ihnen solle eine Leistung oder eine Vergünstigung auf Dauer eingeräumt werden. Sie ist gewohnheitsrechtlich anerkannt¹⁰⁵⁹ und kann sich auf verschiedenartige Gegenstände beziehen¹⁰⁶⁰. Auch kann sie grundsätzlich für Arbeitnehmer nachteilige Regelungen enthalten¹⁰⁶¹.

1055 Zur Abgrenzung von Haupt- und Nebenleistung innerhalb des Arbeitsverhältnisses vgl. oben Kapitel 4, D. II. 2. b. c. b. b.

1056 Dies bedeutet, dass die Gesamtzusage selbstverständlich einer Inhaltskontrolle zu unterziehen ist, diese jedoch keinerlei Modifikationen erfordert, die sich aus der Eigenart der Gesamtzusage ergeben.

1057 BAG, Urteil vom 08.11.1957, 1 AZR 123/56, AP § 242 BGB Betriebliche Übung Nr. 2; BAG, Urteil vom 05.07.1968, 3 AZR 134/67, AP § 242 BGB Betriebliche Übung Nr. 6; BAG, Urteil vom 12.01.1994, 5 AZR 41/93, AP Nr. 43 zu § 242 BGB Betriebliche Übung; EzA § 242 BGB Betriebliche Übung Nr. 30; - juris -; BAG, Urteil vom 14.09.1994, 5 AZR 679/93, AP Nr. 46 zu § 242 BGB Betriebliche Übung; EzA § 242 BGB Betriebliche Übung Nr. 32; - juris -; BAG, Urteil vom 28.02.1996, 10 AZR 516/95, AP Nr. 192 zu § 611 BGB Gratifikation; EzA § 611 BGB Gratifikation, Prämie Nr. 139; - juris -;

1058 Vgl. Gamillscheg, FS-Hilger/Stumpf, S. 227, 228; Singer, ZfA 1993, S. 487, 488; Hromadka, NZA 1984, S. 241, 243; Hromadka/Maschmann, Arbeitsrecht I, § 5, Rz. 180; Junker, Arbeitsrecht, Rz. 79; Lieb, Arbeitsrecht, Rz. 57, S. 21 f.; Löwisch, Arbeitsrecht, Rz. 58, S. 17; MüKo/Müller-Glöße, § 611, Rz. 237; Erman/Edenfeld, § 611, Rz. 274; ErfKomm./Preis, § 611 BGB, Rz. 261; sehr ausführlich zum Streitstand Säcker, Gruppenautonomie, S. 464 ff.

1059 Vgl. Gamillscheg, FS-Hilger/Stumpf, S. 227, 233; ErfKomm./Preis, § 611 BGB, Rz. 261.

1060 Vgl. Gamillscheg, FS-Hilger/Stumpf, S. 227, 228; Junker, Arbeitsrecht, Rz. 79; MHbArbR/Richardi, § 13, Rz. 1; ErfKomm./Preis, § 611 BGB, Rz. 261.

1061 Vgl. Dütz, FS-Wiese, S. 85, 87; Hromadka/Maschmann, Arbeitsrecht I, § 5, Rz. 180; MHbArbR/Richardi, § 13, Rz. 29 f; Ring, Arbeitsrecht, Rz. 154; zum Sonderproblem der Bezugnahme auf einen Tarifvertrag durch betriebliche Übung vgl. Gaul, ZfA 2003, S. 75, 77 f.

Sowohl die konkreten Entstehungsvoraussetzungen, als auch die Möglichkeiten, sie zu beenden, sind im Detail umstritten¹⁰⁶². Diesen Streit darzustellen, ist nicht Anliegen der vorliegenden Untersuchung. Vielmehr soll versucht werden, die AGB-Kontrolle anhand zweier Konstellationen zu systematisieren und die bisherige Handhabung des BAG im Hinblick auf die neue Rechtslage kritisch zu hinterfragen.

Ausgangspunkt ist die ständige Rechtsprechung des BAG zur Entstehung und zur Ablösung bzw. Modifikation der betrieblichen Übung.

Hiernach erhält ein Arbeitnehmer bei dreimaliger vorbehaltloser Leistung des Arbeitgebers einen individualrechtlichen Anspruch für die Zukunft¹⁰⁶³.

Umgekehrt kann der hierdurch entstandene Anspruch durch dreimalige Nichtgewährung bzw. modifizierte Gewährung für die Zukunft verändert werden¹⁰⁶⁴ (negative betriebliche Übung).

Für den einzelnen Arbeitnehmer ist indes die dreimalige Partizipation an der Leistung des Arbeitgebers keine individuelle Entstehungsvoraussetzung. Soweit er in einen Betrieb eintritt, in dem eine entsprechende betriebliche Übung besteht, steht ihm von Beginn an ein individualrechtlicher Anspruch zu¹⁰⁶⁵.

Hierauf bezogen lassen sich drei Fallgruppen herausbilden, welche im Hinblick auf die AGB-Kontrolle einer näheren Betrachtung unterzogen werden.

Zunächst wird auf die Entstehung der betrieblichen Übung eingegangen. Hierbei bedarf es der Differenzierung, ob ein Arbeitnehmer während des Entstehungszeitraums im Betrieb beschäftigt ist oder erst zu einem Zeitpunkt eintritt, in dem diese bereits besteht.

1062 Heute überwiegend vertreten werden die Vertragstheorie und die Vertrauenshaftungstheorie. Ausführlich zum Meinungsstand Hromadka/Maschmann, Arbeitsrecht I, § 5, Rz. 183 ff.; Gamillscheg, FS-Hilger/Stumpf, S. 227 ff.; Singer, ZfA 1993, S. 488, 489 ff.; zu Besonderheiten im öffentlichen und kirchlichen Arbeitsrecht Dütz, FS-Wiese, S. 85, 89 ff.

1063 Vgl. BAG, Urteil vom 12.01.1994, 5 AZR 41/93, AP Nr. 43 zu § 242 BGB Betriebliche Übung; EzA § 242 BGB Betriebliche Übung Nr. 30; - juris -; BAG, Urteil vom 14.09.1994, 5 AZR 679/93, AP Nr. 46 zu § 242 BGB Betriebliche Übung; EzA § 242 BGB Betriebliche Übung Nr. 32; - juris -; BAG, Urteil vom 28.02.1996, 10 AZR 516/95, AP Nr. 192 zu § 611 BGB Gratifikation; EzA § 611 BGB Gratifikation, Prämie Nr. 139; - juris - jeweils mwN.

1064 Vgl. BAG, Urteil vom 26.03.1997, 10 AZR 612/96, AP § 242 BGB Betriebliche Übung Nr. 50; BAG, Urteil vom 04.05.1999, 10 AZR 290/98, AP § 242 BGB Betriebliche Übung Nr. 55. Ausführlich hierzu MHbArbR/Richardi, § 13, Rz. 35 f. Unabhängig davon ist auch eine Änderungsvereinbarung oder Änderungskündigung möglich, vgl. BAG, Urteil vom 12.01.1994, 5 AZR 41/93, EzA § 242 BGB Betriebliche Übung Nr. 30; AP § 242 BGB Betriebliche Übung Nr. 43; ErfKomm./Preis, § 611 BGB, Rz. 266. Ausgehend vom Thema der vorliegenden Untersuchung wird die hiermit einhergehende Problematik nicht vertieft.

1065 Vgl. BAG, Urteil vom 08.11.1957, 1 AZR 123/56, AP § 242 BGB Betriebliche Übung Nr. 2; BAG, Urteil vom 05.07.1968, 3 AZR 134/67, AP § 242 BGB Betriebliche Übung, Nr. 6; BAG, Urteil vom 10.08.1988, 5 AZR 571/87, AP § 242 BGB Betriebliche Übung, Nr. 32; will der Arbeitgeber nicht, dass der neu eingestellte Arbeitnehmer daran partizipiert, muss er die Nicht-Geltung der betrieblichen Übung vereinbaren, vgl. Gamillscheg, FS-Hilger/Stumpf, S. 227, 234; MHbArbR/Richardi, § 13, Rz. 21; Ring, Arbeitsrecht, Rz. 157.

Schließlich ist die Rechtsprechung zur negativen betrieblichen Übung anhand der neuen Gesetzeslage zu überprüfen.

F.I. Einbeziehungskontrolle

Systematisch vorrangig ist bekanntlich die Einbeziehungskontrolle. Bezogen auf die zu überprüfenden Fallgruppen fällt auf, dass dieser Prüfungsschritt bei der Entstehung der betrieblichen Übung wie auch bei der negativen betrieblichen Übung nicht recht passt. Grund hierfür ist unabhängig von der konkreten dogmatischen Einordnung die Erkenntnis, dass letztlich aus bestimmtem tatsächlichem Verhalten des Arbeitgebers Rechtsfolgen „konstruiert“ werden¹⁰⁶⁶. In Ermangelung klarer, erkennbarer Willenserklärungen scheidet eine isolierte Konsenskontrolle. Ein ähnliches Bild zeigt sich im Rahmen der Überraschungskontrolle. Diese ist in eigenständiger Form wenig aufschlussreich, da Bewertungsobjekt das tatsächliche Verhalten des Arbeitgebers ist.

Auch die automatische Partizipation des neu eintretenden Arbeitnehmers bereitet Schwierigkeiten. Da er vom Grundsatz her an der betrieblichen Übung teilnimmt, stellt letztlich der Arbeitsvertrag die Entstehungsvoraussetzung dar¹⁰⁶⁷, ohne dass es allerdings eines ausdrücklichen Hinweises auf die bestehende betriebliche Übung bedarf. Demnach fehlt es auch in dieser Konstellation an einem Anknüpfungspunkt für eine Einbeziehungskontrolle im klassischen Sinne. Lediglich die Möglichkeit des Arbeitgebers, die Geltung der betrieblichen Übung per Arbeitsvertrag auszuschließen, könnte man als Kehrseite der Einbeziehungskontrolle begreifen. Allerdings steht insoweit nicht die Frage des Ausschlusses als solchem im Vordergrund, sondern vielmehr die Eindeutigkeit und Durchsichtigkeit der entsprechenden Regelung.

Zur Lösung dieses Problems bieten sich im Wesentlichen drei Möglichkeiten an.

Man könnte zunächst der betrieblichen Übung insgesamt die Existenzberechtigung absprechen, indem man einen Bedarf für sie in Zukunft verneint¹⁰⁶⁸.

1066 Die vom BAG bevorzugte Vertragstheorie geht letztlich auf die Rechtsprechung des BGH, Urteil vom 07.06.1984, IX ZR 66/83, BGHZ 91, S. 324, 329 f., zurück, wonach das sog. Erklärungsbewusstsein nicht zum Tatbestand einer Willenserklärung gehört. Kritisch zu dieser Konstruktion Kettler, Anm. zu BAG, Urteil vom 16.04.1997, 10 AZR 705/96, AP Nr. 55 zu § 242 BGB Betriebliche Übung.

1067 In diesem Sinne auch MHbArbR/Richardi, § 13, Rz. 21.

1068 So anscheinend Hümmerich, NZA 2003, S. 753, 760.

Denkbar wäre auch, den § 310 Abs. 4 BGB dahingehend teleologisch zu reduzieren, dass eine AGB-Kontrolle von betrieblichen Übungen nicht stattfindet, da – so ließe sich argumentieren – der Gesetzgeber dieses spezielle arbeitsrechtliche Institut bei der Neufassung nicht im Blick hatte.

Für den Rechtsanwender wären beide Varianten sehr angenehm, da im Ergebnis kaum eine Auseinandersetzung mit der konkreten Ausgestaltung der AGB-Kontrolle in diesen Fällen notwendig wäre¹⁰⁶⁹. Meines Erachtens vermag diese pragmatische Sichtweise nicht zu überzeugen.

Das Institut der betrieblichen Übung hat sich in den letzten Jahrzehnten durchaus bewährt und sich zu einem festen Bestandteil des Arbeitsvertragsrechts entwickelt. Dies zeigt sich alleine daran, dass sie der Gesetzgeber in § 1 b Abs. 1, Satz 4 BetrAVG explizit mit einer ausdrücklichen Versorgungszusage gleichsetzt¹⁰⁷⁰. Sie für die Zukunft gänzlich aufzugeben würde Rechtsunsicherheit mit sich bringen und der intendierten Steigerung des Schutzniveaus zuwider laufen.

Auch die zweite Option erscheint wenig sinnvoll. Bei allem Charme, den diese Möglichkeit mit sich brächte, müsste sie sich auch vorhalten lassen, dass eine Steigerung des Schutzniveaus nicht erreicht werden würde. Darüber ließe sich jedoch nur dann hinwegsehen, wenn man gleichzeitig unterstellen würde, das Institut der betrieblichen Übung, insbesondere deren Ausgestaltung durch die Rechtsprechung, sei in sich ausgewogen und erreiche hierdurch bereits ein höheres Schutzniveau als der übrige arbeitsvertragliche Kontrollbereich.

Dem muss widersprochen werden. Die derzeitige Rechtsprechungspraxis ist davon geprägt, tatsächlichen Momenten Bedeutungsinhalte zuzuordnen. So soll beispielsweise die Zahlung dreier unterschiedlicher Zuwendungen Ausdruck des Arbeitgebers sein, die entsprechende Zuwendung nur für das jeweilige Jahr zu gewähren¹⁰⁷¹. Auch Formulierungen anlässlich einer Zahlung wie „...in diesem Jahr..., ...auch in diesem Jahr..., ...erneut...“ sollen für eine vom Arbeitgeber erklärte Einschränkung sprechen, die letztlich das Entstehen einer betrieblichen

1069 Kaum deshalb, weil es innerhalb der ersten Variante natürlich notwendig wäre, für die derzeit bestehenden betrieblichen Übungen eine Übergangshandhabung zu finden.

1070 Vgl. ursprüngliche Regierungsbegründung zu § 1 des Gesetzes zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung, BT-DS 7 /1281, S. 23, der diese Gleichsetzung mit der Begründung enthielt, die betriebliche Übung sei ein arbeitsrechtlich gleichzubewertender Verpflichtungstatbestand.

1071 Vgl. BAG, Urteil vom 28.02.1996, 10 AZR 516/95, AP Nr. 192 zu § 611 BGB Gratifikation; EZA § 611 BGB Gratifikation, Prämie Nr. 139; AP § 242 BGB Betriebliche Übung Nr. 49.

Übung verhindert¹⁰⁷². Umgekehrt leitet das BAG aus dem Gesamtverhalten des Arbeitgebers Widerrufsvorbehalte ab¹⁰⁷³.

Die Darstellung zeigt das eigentliche Problem beim Umgang mit der betrieblichen Übung. Auch wenn das BAG in seinen Entscheidungen betont, dass ein Vorbehalt des Arbeitgebers stets klar und unmissverständlich sein muss¹⁰⁷⁴, so erscheinen die Subsumtionen der beschriebenen Fälle hierunter nicht überzeugend. Die Einschränkungen, die das BAG anerkennt, sind alles andere als klar und verständlich, so dass die AGB-Kontrolle von betrieblichen Übungen schwerpunktmäßig das Transparenzgebot im Auge haben muss. Diese dritte Variante hätte den Vorteil, dass das Institut der betrieblichen Übung nicht aufgegeben wird, gleichsam jedoch eine Steigerung des Schutzniveaus eintritt. Dies entspricht auch der Vorgabe des BAG, wonach eine Einschränkung klar und unmissverständlich sein muss. Der Unterschied besteht lediglich darin, dass diese Begriffe ernster genommen und enger verstanden werden, die tatsächlichen Voraussetzungen an eine solche Einschränkung mithin angehoben werden.

F.II. Transparenzkontrolle

Ausgehend von den gebildeten Fallgruppen ist die Frage aufgeworfen, ob unterschiedliche Anforderungen an die Transparenz zu stellen sind.

Die Beantwortung dieser Frage hängt zunächst davon ab, inwieweit Gemeinsamkeiten innerhalb der verschiedenen Konstellationen erkennbar sind und ob diese gegebenenfalls eine unterschiedliche Handhabung erfordern.

Die Begründung und die Aufhebung (bzw. Modifikation) der betrieblichen Übung beruht auf einer zeitlichen und tatsächlichen Komponente. Ein bestimmtes Verhalten bedarf einer regelmäßigen Wiederholung. Hinzu kommt eine negative Voraussetzung, indem der

1072 Vgl. BAG, Urteil vom 16.04.1997, 10 AZR 705/96, AP § 242 BGB Betriebliche Übung Nr. 53; ähnlich BAG, Urteil vom 12.01.1994, 5 AZR 41/93, EzA § 242 BGB Betriebliche Übung Nr. 30; AP § 242 BGB Betriebliche Übung Nr. 43.

1073 Vgl. BAG, Urteil vom 12.01.1994, 5 AZR 41/93, EzA § 242 BGB Betriebliche Übung Nr. 30; AP § 242 BGB Betriebliche Übung Nr. 43.

1074 Vgl. BAG, Urteil vom 12.01.1994, 5 AZR 41/93, EzA § 242 BGB Betriebliche Übung Nr. 30; AP § 242 BGB Betriebliche Übung Nr. 43; BAG, Urteil vom 16.04.1997, 10 AZR 705/96, AP § 242 BGB Betriebliche Übung Nr. 53

Arbeitgeber nicht zum Ausdruck bringen darf, dass er die jeweilige Leistung lediglich freiwillig erbringt.

Anders die Situation bei der Neueinstellung von Arbeitnehmern in Betriebe, in denen eine betriebliche Übung bereits besteht. Hier wirkt der Arbeitsvertrag als solcher grundsätzlich als Teilhabevoraussetzung, allerdings erweitert um die negative Voraussetzung, dass der Arbeitsvertrag nicht die Partizipation ausschließt.

Diese Unterschiede legen eine differenzierte Betrachtung nahe.

F.II.1 Begründung und Aufhebung der betrieblichen Übung

Als Anknüpfungspunkt für die Transparenzkontrolle bei der Begründung und Aufhebung (bzw. Modifikation) der betrieblichen Übung kämen vom Grundsatz her die drei dargestellten Komponenten in Betracht. Was das zeitliche Kriterium angeht, so erscheint eine Anknüpfung hieran jedoch weder durchführbar noch sinnvoll, da hiermit alleine kein Erklärungswert verbunden ist¹⁰⁷⁵.

Insoweit verbleiben das tatsächliche Moment wie auch die negative Voraussetzung. Beides diene dem BAG bislang als Anknüpfungspunkt für die Einschränkung¹⁰⁷⁶. Die nunmehr notwendige Transparenzkontrolle erfordert mehr Klarheit und Eindeutigkeit vom Arbeitgeber. Die Anknüpfung an die Leistung als solche vermag daher nicht zu überzeugen. Soweit das BAG aus Leistungen in unterschiedlicher Höhe alleine rechtsgeschäftsähnliche Erklärungen dahingehend ableitet, dass der Arbeitgeber einen „Freiwilligkeitsvorbehalt“ zum Ausdruck bringt, ist dies intransparent. Wäre diese Prämisse tatsächlich zutreffend, so ist kein Grund ersichtlich, weshalb man vom Arbeitgeber nicht abverlangen könnte, genau diesen Vorbehalt auch in Form einer unmissverständlichen Erklärung anlässlich der Leistung zu formulieren¹⁰⁷⁷. Hierdurch würde er keineswegs übervorteilt. Die Formulierung eines

1075 Alleine die zeitliche Komponente lässt sich auch nicht mit der Rechtsprechung des BGH zum fehlenden Erklärungsbewusstsein in Einklang bringen, vgl. Urteil vom 07.06.1984, IX ZR 66/83. Hiernach liegt eine Willenserklärung bei fehlendem Erklärungsbewusstsein auch dann vor, wenn sie als solche dem Erklärenden zugerechnet werden kann. Das setzt voraus, dass dieser bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte erkennen können, dass seine Erklärung oder sein Verhalten vom Empfänger nach Treu und Glauben und mit Rücksicht auf die Verkehrssitte als Willenserklärung aufgefasst werden durfte.

1076 Sowohl Leistungen in unterschiedlicher Höhe als auch eher beiläufige Erklärungen anlässlich der Leistungen konnten den einschränkenden Willen des Arbeitgebers zum Ausdruck bringen.

1077 Sei es durch Aushang am Schwarzen Brett, durch Rundschreiben oder auf einer Betriebsversammlung o.ä.

entsprechenden Vorbehalts bedarf noch nicht einmal einer umfassenden juristischen Vorbildung oder Beratung.

Gleiches gilt für die Beendigung oder Modifikation einer bestehenden betrieblichen Übung. Auch in diesem Fall hat die Transparenzkontrolle ausschließlich an der negativen Voraussetzung anzusetzen. Es kann ohne weiteres vom Arbeitgeber verlangt werden, dass er, soweit er in Zukunft die Leistungen lediglich freiwillig erbringen möchte, dies explizit erklärt. Insbesondere bedarf es eines Hinweises, dass dies in Abkehr zur derzeitigen Situation erfolgt, in der gerade keine freiwillige, sondern eine arbeitsvertraglich geschuldete Leistung erbracht wird. Ohne diese Transparenz im Hinblick auf den Abkehr- oder Änderungswille des Arbeitgebers ist es dem Arbeitnehmer schwerlich möglich, die Tragweite seines Verhaltens¹⁰⁷⁸ zu erkennen¹⁰⁷⁹.

Es bedarf daher im Bereich der Transparenzkontrolle einer Stärkung der negativen Voraussetzung. Freiwilligkeits- und Widerrufsvorbehalte sowie Änderungs- oder Aufhebungswille bedürfen klaren und eindeutigen Erklärungen anlässlich der entsprechenden Leistungen, will der Arbeitgeber eine Verfestigung zu arbeitsvertraglichen Ansprüchen verhindern oder bestehende für die Zukunft verändern¹⁰⁸⁰.

F.II.2 Partizipation an der bestehenden betrieblichen Übung

Auch die Partizipation des neu eingestellten Arbeitnehmers an der bestehenden betrieblichen Übung ist von der Transparenzkontrolle erfasst. Im Gegensatz zur vorherigen Fallgruppe scheidet die negative Voraussetzung als isolierter Anknüpfungspunkt aus.

Wie bereits dargestellt ist der Arbeitsvertragsschluss als Zugangsvoraussetzung für die Partizipation anzusehen. Das bedeutet gleichzeitig, dass eine zeitlich spätere, einseitige

1078 Diese besteht darin, dass ein mehrfach nicht erhobener Widerspruch seinen arbeitsvertraglichen Anspruch vernichtet.

1079 Die ist insbesondere dann augenfällig, wenn sich an der tatsächlichen Höhe der Leistung nichts ändert. Für den betroffenen Arbeitnehmer besteht zunächst kein Nachteil, so dass lediglich ein arbeitsrechtlich beratener Arbeitnehmer einen Handlungsbedarf wird erkennen können.

1080 Maßstab ist insoweit § 133 BGB analog, da der Vorbehalt und Änderungsmitteilung jeweils geschäftsähnliche Handlung darstellen. Im Gegensatz zur Willenserklärung sind sie nicht unmittelbar auf den Eintritt einer vertraglichen Rechtsfolge gerichtet, sondern sollen bestimmte Rechtsfolgen für die Zukunft ausschließen.

Lossage des Arbeitgebers hiervon nicht möglich ist. Ein Ausschluss in der Person des neu eingestellten Arbeitnehmers ist somit nur innerhalb des Arbeitsvertrags denkbar. Anknüpfungspunkt für die Transparenzkontrolle kann demnach nur dieser sein. Er muss eine klare und verständliche Regelung dergestalt enthalten, dass der einzelne nicht an bestehenden betrieblichen Übungen teilnimmt. Der Ausschlusswille muss verdeutlicht werden. Hieran sind höhere Anforderungen zu stellen als an die zuvor beschriebene Fallgruppe. Während es dort darum geht, die Begründung von arbeitsvertraglichen Ansprüchen zu verhindern, bestehen diese im Rahmen der Partizipation bereits. Der Ausschluss des Einzelnen von Ansprüchen, die ihm eigentlich zustünden, bedarf einer objektiv unmissverständlichen arbeitsvertraglichen Regelung¹⁰⁸¹.

F.III. Inhaltskontrolle

Der Bereich der eigentlichen Inhaltskontrolle hingegen erfordert auch bei der betrieblichen Übung keine Modifikation. Aufgrund der Vielfalt der möglichen Inhalte lassen sich keine verallgemeinerungsfähigen Kriterien auf dieser Ebene ausmachen. Die einzelne betriebliche Übung ist vielmehr anhand der in Kapitel 4 entwickelten Leitlinien zu prüfen¹⁰⁸².

F.IV. Ergebnis

Zusammenfassend lässt sich für die AGB-Kontrolle von betrieblichen Übungen somit festhalten, dass eine klassische Einbeziehungskontrolle ausscheidet. Durchzuführen ist vielmehr eine gesteigerte Transparenzkontrolle. Gesteigert in dem Sinne, dass die Begriffe „klar und verständlich“ in ihrem eigentlichen Wortsinn, also enger als bisher verstanden werden. Dies erfordert entsprechende Erklärungen bzw. vertragliche Regelungen, die aus objektiver Sicht den entsprechenden Erklärungsgehalt aufweisen. Hierdurch wird dem gesetzgeberischen Anliegen, das Schutzniveau im Arbeitsrecht zu erhöhen, am Besten Rechnung getragen.

1081 Als Maßstab dienen hier die §§ 133, 157 BGB, da es – anders als innerhalb der ersten Fallgruppe – um eine vertragliche Regelung geht.

1082 Soweit die jeweilige betriebliche Übung dem Bereich der Hauptleistungspflichten zuzuordnen ist, kommt eine Inhaltskontrolle ohnehin nicht in Betracht. Unabhängig davon findet jedoch eine Transparenzkontrolle statt.

G. Zusammenfassung der Ergebnisse des fünften Kapitels in Thesen

- Arbeitvertragliche Einheitsregelung, Gesamtzusage und betriebliche Übung sind allesamt unter den Klauselbegriff des § 305 Abs. 1, Satz 1 BGB zu subsumieren. Vom Grundsatz her unterliegen sie daher einer vollständigen AGB-Kontrolle.
- Im Gegensatz zur AGB-Kontrolle anderer Standardverträge erfordern Einbeziehungs- und Transparenzkontrolle Modifikationen.
- Die arbeitsvertragliche Einheitsregelung ist nach hier vertretener Ansicht in Kernvertrag und Bezugnahmeobjekt zu unterteilen.
- Aus ihrer Gesamtschau dürfen sich keine Überraschungsmomente ergeben. In ihrer Wechselwirkung müssen sie dem Einheitlichkeitsgebot – verstanden als Teilaspekt des Transparenzgebots – genügen.
- Dynamische Verweisungen innerhalb des Kernvertrags und ablösende Bezugnahmeobjekte sind unter bestimmten Umständen möglich.
- Auch bei Gesamtzusage gilt das Einheitlichkeitsgebot. Nachträgliche Gesamtzusagen müssen unter bestimmten Voraussetzungen einer speziellen Hinweispflicht genügen.
- Die betriebliche Übung hat auch nach der Schuldrechtsreform ihre Existenzberechtigung behalten.
- Im Rahmen der durchzuführenden AGB-Kontrolle kommt eine klassische Einbeziehungskontrolle jedoch nicht in Betracht.
- Bei der Transparenzkontrolle ist zwischen Entstehung/Aufhebung der betrieblichen Übung und Partizipation hieran zu unterscheiden. An sie sind im Zuge der Schuldrechtsreform erhöhte Anforderungen zu stellen. Hierdurch wird der

Die AGB-Kontrolle von Einheitsarbeitsverträgen, vertraglicher Einheitsregelung, Gesamtzusage und betrieblicher Übung

gesetzgeberischen Intention, das Schutzniveau im Arbeitsvertragsrecht zu steigern, Rechnung getragen.

Schlussbemerkung

Die Analyse hat für den Bereich des Arbeitsrechts deutlich gezeigt, dass es in der Vergangenheit mit Sicherheit gelungenere Reformwerke gegeben hat, auch wenn das Grundanliegen des Gesetzgebers Zustimmung verdient.

Leider ist dem einzelnen Rechtsanwender mit Zustimmung alleine nicht viel gedient, er wünscht sich nachvollziehbar klare und eindeutige Regelungswerke. Andererseits hilft ihm ein Jammern auf hohem Niveau ob der bestehenden Unklarheiten genauso wenig. Es gilt vielmehr, die positiven Aspekte der Neuerungen in den Vordergrund zu stellen, und bestehende Unklarheiten mit den Mitteln der juristischen Methodenlehre sowie allgemeiner Rechtsgrundsätze zu beseitigen.

Grundlegender Ansatzpunkt hierfür war die wohl überwiegend anerkannte Tatsache, dass das Arbeitsrecht, hier insbesondere das Arbeitsvertragsrecht, einer speziellen Behandlung bedarf, unabhängig davon, dass es dogmatisch selbstverständlich dem Zivilrecht mit all seinen Regelungen zuzuordnen ist. Auch wenn es mittelfristig aus Gründen der allenthalben leeren Kassen der öffentlichen Hand zu einer Zusammenlegung von Arbeits- und allgemeiner Zivilgerichtsbarkeit käme, wäre diese These nicht in Frage zu stellen.

Die Neufassung des Schuldrechts bietet den Gerichten für Arbeitssachen die Chance, ihre bisherige Rechtsprechung zu vereinheitlichen und auf ein tragfähiges, positiv rechtlich normiertes Fundament zu stellen. Gleichsam ist die Möglichkeit geboten, dem Arbeitsrecht in seiner volkswirtschaftlichen Funktion für den Wirtschaftsstandort Deutschland Rechnung zu tragen. Richtungsweisend wird in diesem Punkt insbesondere die inhaltliche Ausgestaltung der „Besonderheiten des Arbeitsrechts“ sein, da hierdurch der Weg zu tatsächlich flexibler Arbeitsvertragsgestaltung geebnet werden könnte, ohne dass hierdurch die allseits bekannten Besitzstandswahrer den Kanon zum Untergang des Sozialstaats anstimmen. Arbeitsrecht ist zu einem großen Teil Arbeitnehmerschutzrecht und soll dies auch bleiben. Es ist jedoch in nicht unerheblichem Maß Teil des marktwirtschaftlich orientierten Wirtschaftsrechts, da Wettbewerb ohne produzierende Arbeitskräfte nicht denkbar ist.

Der Arbeitnehmer wird auch weiterhin des Schutzes durch die Rechtsprechung in den Fällen bedürfen, in denen der Arbeitgeber seine Stellung als Lieferant wirtschaftlicher Unabhängigkeit für potentielle Arbeitnehmer über die Maßen ausnutzt.

Es darf jedoch nicht übersehen werden, dass es in Zeiten stetig steigenden Wettbewerbs nicht alleine der Unternehmer ist, der bestimmte Vorgaben gegenüber der Arbeitnehmerschaft macht. Vielmehr hat er aufgrund seiner Stellung als Teil eines Gesamtmarktes einen bestimmten Vereinbarungsdruck in speziellen Bereichen. Auch sein Preis im Falle des Nichthandelns ist groß. Neben seiner eigenen wirtschaftlichen Existenz besteht er auch in der enttäuschten Erwartung der übrigen Belegschaft, die im Falle einer Insolvenz häufig zu einem großen Teil ihren Arbeitsplatz verliert.

Die neue Gesetzeslage bietet die Möglichkeit beiden Interessen zu einem ausgewogenen Ausgleich zu verhelfen. Das BAG und die Instanzgerichte haben es in der Vergangenheit überwiegend verstanden, angemessene Ergebnisse zu erzielen, die im Geltungsbereich des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes eine Chance auf ein Mehr an Vorhersehbarkeit und Rechtssicherheit haben, verliert man die Interessenlage der Unternehmerschaft nicht aus den Augen.

Hierzu einen kleinen Beitrag zu leisten ist Hauptanliegen der Arbeit.