

DER ARBEITNEHMER ALS VERBRAUCHER – EINE NEUE DIMENSION DES ARBEITSRECHTS?

von Prof. Dr. Wolfgang DÄUBLER
Bremen

I. Die Reform des deutschen BGB

Die Anwendung verbraucherrechtlicher Grundsätze im Arbeitsverhältnis zu erörtern, hätte vor einigen Jahren noch Irritationen ausgelöst. Arbeitsrecht und Verbraucherschutz schienen unverbunden nebeneinander zu stehen. Die Unterschiedlichkeit der Schutzmechanismen war nicht zuletzt auch maßgebend dafür, dass sich der deutsche Gesetzgeber 1975 für die Bereichsausnahme des damaligen § 23 AGB-Gesetz entschieden und den Arbeitsvertrag aus den Mechanismen der AGB-Kontrolle ausgeklammert hatte. Damals war dies mit folgenden Erwägungen gerechtfertigt worden:¹

“Auf dem Gebiet des Arbeitsrechts wird ein Schutz des schwächeren Vertragspartners vor unangemessenen Vertragsbedingungen schon heute durch ein dichtes Netz von zwingenden Vorschriften und durch das besondere System der kollektivrechtlichen Vereinbarungen verwirklicht. 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 werden.“

Durch das Fernabsatzgesetz vom 27.06.2000² und durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz³ haben sich die Rahmenbedingungen

¹ BT-Drs. 7/3919 S. 41

² BGBl I S. 897, berichtet 1139

³ Vom 26.11.2001, BGBl I S. 3138

entscheidend verändert. Das Verbraucherrecht wurde ins BGB integriert, in das zugleich einige weitere Vorschriften zum Arbeitsvertragsrecht aufgenommen wurden.⁴ Ausdrücklich wurde die AGB-Kontrolle auf Arbeitsverträge erstreckt und in § 310 Abs. 4 Satz 2 BGB n. F. lediglich bestimmt, dass bei ihrer Anwendung die „im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten“ angemessen zu berücksichtigen sind. Weiter schuf der Gesetzgeber in § 13 BGB eine Definition des Verbrauchers. Dieser wird „negativ“ als nicht Nicht-Unternehmer definiert, indem es heißt:

“Verbraucher ist jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zweck abschließt, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann.“

Vom Wortsinn her ist daher auch der Arbeitnehmer erfasst, der einen Arbeitsvertrag abschließt, ihn verändert oder aufhebt, da dies nicht einer selbständigen, sondern einer unselbständigen Tätigkeit dient.

Zieht man tatsächlich diesen Schluss, so ergeben sich eine Reihe wichtiger Konsequenzen.

- Der Anwendungsbereich der Vorschriften über die AGB-Kontrolle ist breiter, wenn es um Verträge mit Verbrauchern geht. Nach § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB wird in einem solchen Fall fingiert, dass die allgemeinen Geschäftsbedingungen vom Unternehmer „gestellt“, d. h. ohne inhaltliche Verhandlungen zum Vertragsbestandteil gemacht wurden, es sei denn, im Einzelfall habe sie der Verbraucher in den Vertrag eingeführt. Nach § 310 Abs. 3 Nr. 2 muss es weiter nicht um einen Standardvertrag gehen, der in einer Vielzahl von Fällen benutzt wird; vielmehr genügt bereits eine einmalige Verwendung. Dies hat zur Folge, dass praktisch alle Arbeitsverträge wie Allgemeine Geschäftsbedingungen zu kontrollieren sind.⁵

- Verbraucher haben nach § 312 BGB ein Widerrufsrecht, wenn sie an der Haustüre oder am Arbeitsplatz zu einem Vertrag bestimmt wurden.

⁴ Die Vorschriften des Dienstvertragsrechts nach §§ 611 ff BGB wurden seit 1900 auch auf Arbeitnehmer angewandt, doch ist das BGB seither durch eine wachsende Zahl von Spezialvorschriften zum Arbeitsvertrag ergänzt worden. Zum Verhältnis BGB und Arbeitsrecht s. Däubler, Festschrift 50 Jahre Bundesarbeitsgericht, München 2004, S. 1 ff.

⁵ Richtig Hunold NZA-RR 2006, 113, 114: Die Inhaltskontrolle ist auf fast alle „normalen“ Arbeitsverträge ausgedehnt.

Dies könnte auch für Arbeitnehmer von Bedeutung sein. Weiter sind die zu bezahlenden Verzugszinsen nach § 288 Abs. 1 und 2 BGB niedriger, wenn an einem Vertrag ein Verbraucher beteiligt ist.

- Viele Regeln sorgen dafür, dass der Verbraucher umfassend informiert ist, so dass er eine rationale Entscheidung treffen kann. Die Informationspflichten, die einen Arbeitgeber im Zusammenhang mit einem Aufhebungsvertrag treffen, sind demgegenüber durch die Rechtsprechung sehr viel bescheidener ausgestaltet worden.⁶

Die Anwendung von Verbraucherrecht setzt grundsätzlich voraus, dass der andere Vertragspartner „Unternehmer“ ist, ein Begriff, der zeitgleich mit dem des Verbrauchers in § 14 BGB definiert wurde. Von dieser Vorschrift sind nicht nur Gewerbetreibende, sondern auch Freiberufler und gemeinnützige Dienstleister erfasst.⁷ Anders als beim Kaufmannsbegriff kommt es auf den Umfang der Tätigkeit nicht an. Einbezogen sind auch Dienstleistungen der öffentlichen Hand, wobei im vorliegenden Zusammenhang ohne Interesse ist, ob öffentlich-rechtliche Verträge gleichfalls erfasst sind.⁸ Praktisch bedeutet dies, dass so gut wie alle Arbeitgeber die Voraussetzungen des § 14 BGB erfüllen; lediglich bei Beschäftigungen zu rein privaten Zwecken wie im Haushalt besteht eine Ausnahme.⁹

Im Folgenden soll zunächst die Diskussion um die Frage nachgezeichnet werden, ob der Arbeitnehmer effektiv als Verbraucher zu qualifizieren ist (unten II). Anschließend sind die Auswirkungen auf die AGB-Kontrolle (unten III) auf die Fragen des Widerrufsrechts und der Verzugszinsen (unten IV) und auf die Informationspflichten des Arbeitgebers zu erörtern (unten V). Es folgen einige allgemeine

⁶ S. den Überblick bei Däubler, in: Kittner/Däubler/Zwanziger (Hrsg.), Kündigungsschutzrecht, Kommentar, 7. Aufl. Frankfurt/Main 2008, Einl. Rn. 304 ff.

⁷ Einzelheiten bei Palandt-Heinrichs/Ellenberger, BGB, 67. Aufl., München 2008, § 14 Rn. 2 m. w. N.

⁸ Dazu Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl., München 2007, § 14 Rn. 7 (Micklitz); Wolf/Horn/Lindacher-Horn, AGB-Gesetz. Kommentar, 4. Aufl., München 1999, § 24a Rn. 18

⁹ Ebenso Bauer-Kock DB 2002, 42, 43; Gotthardt, Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsreform, 2. Aufl., München 2003, Rn. 19; Thüsing, BB 2002, 2666, 2668

Überlegungen, die sich insbesondere mit der Frage befassen, ob es insoweit um eine deutsche Besonderheit geht, die im Laufe der Zeit wieder verschwinden wird. (unten VI).

II. Die Diskussion um die Verbrauchereigenschaft des Arbeitnehmers

Seit dem In-Kraft-Treten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes am 1.1.2002 ist die Frage der Verbrauchereigenschaft des Arbeitnehmers mit außerordentlicher Intensität diskutiert worden. Eine ungewöhnlich große Zahl von Autoren hat sich zu Wort gemeldet, ohne dass zunächst ein klares zahlenmäßiges Überwiegen der einen oder der anderen Auffassung erkennbar war. Ein (selbst engagiert) teilnehmender Beobachter kam nach gründlicher Recherche zu dem Ergebnis, bis 1. Oktober 2002 hätten sich 21 Autoren für und 15 Autoren gegen die Verbrauchereigenschaft ausgesprochen.¹⁰ Bis Anfang 2004 hatte sich in der Literatur eine „herrschende Meinung“ herausgebildet, die die Verbrauchereigenschaft des Arbeitnehmers bejahte.¹¹

Das BAG hat die Frage zunächst dahinstehen lassen,¹² sich dann jedoch in der Entscheidung vom 25.05.2005¹³ eindeutig und mit eingehender Begründung für die Verbrauchereigenschaft ausgesprochen. In weiteren Urteilen hat es diese Position bestätigt.¹⁴ Auf die gegen eine dieser Entscheidungen eingelegte Verfassungsbeschwerde hin hat auch das BVerfG ausdrücklich betont, der Arbeitnehmer sei bei Abschluss des Arbeitsvertrags Verbraucher im Sinne des § 13 BGB.¹⁵ Damit ist der Streit für die Praxis erledigt; es finden sich kaum noch Stimmen, die einen

¹⁰ Vgl. Lingscheid NZA 2002, 1271, der über eine entsprechende Zahlenangabe in einem Referat von Preis berichtet.

¹¹ Insgesamt 38 Autoren hatten sich für, 18 gegen die Verbrauchereigenschaft ausgesprochen. Auflistung bei Däubler-Dorndorf, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht, Kommentierung zu den §§ 305 – 310 BGB, 2. Aufl., München 2008 Einl. Rn. 61, 62

¹² Entscheidung v. 27.11.2003, NZA 2004, 597

¹³ NZA 2005, 1111, 1115 f.

¹⁴ BAG NZA 2006, 324, 328 Tz. 46; BAG NZA 2006, 423, 427, Tz. 41; BAG NZA 2007, 614, 615, Tz. 14

¹⁵ BVerfG NZA 2007, 85 – 2. Kammer des Ersten Senats

anderen Standpunkt einnehmen.¹⁶ Betrachtet man das deutsche Recht von außen, mag es gleichwohl von Interesse sein, welche Argumente in der Diskussion eine Rolle spielten. Sie sollen hier kurz zusammengefasst werden.

Der Wortlaut des § 13 BGB umfasst auch den Arbeitnehmer, doch sei er zu weit geraten: Unter „Verbraucher“ verstehe man nach traditioneller Auffassung jemanden, der Waren oder Dienstleistungen zu Zwecken des privaten Verbrauchs erwerbe.¹⁷ Dies trifft zwar zu, doch ist der Gesetzgeber frei, sich vom allgemeinen Sprachgebrauch zu lösen und eine weitere Begriffsbestimmung zu wählen.¹⁸ Von dieser Möglichkeit hat er hier Gebrauch gemacht, da er die Definition ersichtlich nicht auf bestimmte Vertragstypen bezogen und damit beschränkt hat.¹⁹ Überdies wurde in der Literatur²⁰ zu Recht darauf aufmerksam gemacht, dass auch die Rechtsprechung längst über den herkömmlichen Wortsinn des „Verbrauchers“ hinausgegangen sei, indem sie beispielsweise Bürgschaftsverträge²¹ und Beitrittserklärungen zu Vereinen²² in das Verbraucherschutzrecht einbezogen habe.

Der weite, auch den Arbeitnehmer umfassende Verbraucherbegriff fügt sich in die überkommene Systematik des BGB ein, das im Allgemeinen Teil nicht auf bestimmte Verträge oder Rechtsbeziehungen abstellt, sondern – wie z. B. das Anknüpfen der Verjährungsregeln am „Anspruch“ in § 195 zeigt – Regeln für alle in den folgenden Büchern behandelten Rechtsverhältnisse aufstellt.²³ Dies schließt es nicht aus, dass in einzelnen Zusammenhängen ausdrücklich oder sinngemäß ein engerer Verbraucherbegriff zugrunde gelegt wird. So definiert etwa § 312b Abs. 1 BGB Fernabsatzverträge als „Verträge über die Lieferung von Waren oder

¹⁶ S. etwa A. Fuchs, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Kontrolle, 10. Aufl. 2007, § 307 Rn. 441 und Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, § 8 Rn. 9a. Methodenkritik bei K. Schmidt, FS Konzen, S. 863 ff.

¹⁷ So Soergel/Pfeiffer § 13 Rn. 44.

¹⁸ So statt aller Singer RdA 2003, 194, 195.

¹⁹ So zutreffend Thüsing BB 2002, 2666, 2668.

²⁰ Rieble/Klumpp ZIP 2002, 2153, 2157.

²¹ BGH NJW 1998, 2356.

²² OLG München NJW 1996, 263.

²³ Reim DB 2002, 2434, 2437.

über die Erbringung von Dienstleistungen, die zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher unter ausschließlicher Verwendung von Fernkommunikationsmitteln abgeschlossen werden“, kehrt also für diesen spezifischen Bereich zum umgangssprachlichen Verbraucherverständnis zurück. Gerade diese Formulierung macht aber deutlich, dass der Gesetzgeber in § 13 BGB eine umfassendere Vorstellung zugrunde gelegt hat.²⁴

Die Entstehungsgeschichte des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes spricht ebenfalls für den Willen des Gesetzgebers, den Arbeitnehmer als Verbraucher zu behandeln. Allerdings verweisen verschiedene Autoren darauf, dass § 13 BGB wörtlich mit der bis zum Jahr 2000 geltenden Fassung des § 24a AGB-Gesetz übereinstimmt; diese habe aber ersichtlich den Arbeitnehmer nicht erfassen wollen, weil dieser durch die Bereichsausnahme des § 23 Abs. 1 AGB-Gesetz sowieso ausgeklammert war.²⁵ Ein etwaiger Bedeutungswandel sei vom Gesetzgeber an keiner Stelle erwähnt worden.²⁶ Richtig ist, dass § 24a AGB-Gesetz trotz seiner weiten, mit § 13 BGB identischen Formulierung den Arbeitnehmer nicht einbezog, doch war dies ausschließlich die Folge der Bereichsausnahme des § 23 Abs. 1 AGB-Gesetz. Wäre lediglich diese aufgehoben, das AGB-Gesetz im Übrigen aber aufrechterhalten worden, hätte sein § 24a automatisch auch den Arbeitnehmer miterfasst: Fällt eine Ausnahme weg (weil sie vom Gesetzgeber aufgehoben oder für verfassungswidrig erklärt wird), so bleibt es bei der Geltung der generell formulierten Regel.

Die der Neuregelung zugrunde liegenden EG-Richtlinien²⁷ gehen unbestrittenermaßen von einem engeren Begriffsverständnis aus und lassen die Verbrauchereigenschaft bereits dann entfallen, wenn das Rechtsgeschäft irgendeinem beruflichen Zweck, also auch einer abhängigen Berufstätigkeit dient.²⁸ Deshalb wurde zum Teil für eine richtlinienkonforme Auslegung plädiert, die zum gemeinschaftsrechtlichen, traditionellen Verbraucherbegriff zurückführen würde.²⁹ Der

²⁴ Preis, Sonderbeilage zu NZA Heft 16/2003, S. 19, 23

²⁵ Bauer/Kock DB 2002, 42, 43; Fiebig DB 2002, 1608, 1609

²⁶ So auch Annuß NJW 2002, 2844, 2845

²⁷ Die wichtigsten sind aufgezählt in Art. 29a Abs. 4 EGBGB

²⁸ Eingehend Faber ZEuP 1998, 873

²⁹ Dafür Lingemann NZA 2002, 181, 184

deutsche Gesetzgeber ist jedoch bewusst über die Richtlinien hinausgegangen³⁰, was auch die Begründung zum Regierungsentwurf des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes deutlich macht.³¹ Dies war auch nicht zu beanstanden, da es dem nationalen Gesetzgeber jederzeit freisteht, die Schutzmechanismen der Richtlinie auf nicht erfasste Personengruppen zu erstrecken; hierfür bedarf es nicht einmal eines Rückgriffs auf das in der Richtlinie selbst enthaltene „Günstigkeitsprinzip“.³²

Schließlich bestätigt eine teleologische Herangehensweise das von der Rechtsprechung gefundene Ergebnis. Das Schutzbedürfnis des Arbeitnehmers ist eher noch größer als das des Verbrauchers.³³ Der Arbeitnehmer hat in der überwältigenden Mehrzahl der Fälle keine reale Möglichkeit, auf den Inhalt des Vertrags Einfluss zu nehmen. Häufig besteht zu dem angebotenen Arbeitsplatz keine Alternative; insoweit ist die Situation eine sehr viel schwierigere als die des traditionellen Verbrauchers, der sich in aller Regel auch an einen anderen Anbieter wenden kann. Für eine Reduktion des Anwendungsbereichs von § 13 gibt es daher keinen Anlass.³⁴ Auch besteht zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht weniger als zwischen Unternehmer und Verbraucher ein Interessengegensatz; in beiden Fällen liegen Austauschverträge zugrunde, so dass es auf eine tiefergehende Analyse des Verhältnisses von Arbeit und Kapital gar nicht ankommt.

III. Auswirkungen auf die Kontrolle von Arbeitsverträgen

Die umfassende Erstreckung der Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen auf Arbeitsverträge hat zu einer Fülle höchstrichterlicher Entscheidungen geführt. In nicht wenigen Fällen wurden Klauseln anders ausgelegt oder für rechtswidrig erklärt, die bisher unbeanstandet in vielen Arbeitsvertragsformularen standen. Die wichtigsten Beispielfälle seien kurz skizziert.

³⁰ S. statt aller Hümmerich/Holthausen NZA 2002, 173, 174

³¹ BT-Drs. 14/6040 S. 243

³² Zutreffend Annuß NJW 2002, 2844, 2845

³³ Zutreffend Gotthardt, a. a. O. (oben Fn 9) Rn. 18; Reim DB 2002, 2434, 2435; Thüsing, AGB-Kontrolle, München 2007, Rn. 47; Wedde AiB 2002, 267, 269

³⁴ Anders Natzel NZA 2002, 595 f.

1. Die sog. Einbeziehungskontrolle

Ungewöhnliche Bestimmungen, mit denen der Arbeitnehmer nicht zu rechnen braucht, werden nach dem neuen § 305c Abs. 1 BGB nicht Vertragsinhalt. „Ungewöhnlich“ sind Bedingungen dann, wenn sie von dem allgemein Üblichen, aber auch erheblich von dem abweichen, womit nach den Vertragsverhandlungen zu rechnen war. Heißt es etwa in der Stellenausschreibung, man erwarte ein „hohes Maß an Eigenverantwortung“ und steht dann im schriftlichen Vertrag, dass über jeden Arbeitsvorgang detailliert Buch zu führen sei, wäre ein solcher Fall gegeben.

Besonders häufig tritt die Situation auf, dass eine wichtige Klausel ohne besondere Hervorhebung unter einer banalen Überschrift im Vertrag „versteckt“ wird. Auch dies hindert die Einbeziehung in den Vertrag. Werden etwa sog. Ausschlussfristen vorgesehen, wonach alle Rechte verfallen, wenn sie nicht innerhalb von drei Monaten geltend gemacht werden, und steht diese Klausel unter „Verschiedenes“ in einem längeren Vertragswerk, so ist sie nach der Rechtsprechung des BAG³⁵ nicht Vertragsinhalt geworden. Enthält ein Aufhebungsvertrag eine sog. allgemeine Ausgleichsklausel, wonach niemand mehr Ansprüche gegen die andere Seite erheben kann, so ist auch dies ohne besondere Hervorhebung „überraschend“.³⁶

2. Auslegung unklarer Klauseln

Denkbar ist, dass eine Klausel trotz aller Interpretationsbemühungen verschiedene Auslegungen zulässt. Es wird beispielsweise auf eine tarifliche Vergütungsgruppe verwiesen, gleichzeitig aber für das Entgelt ein Festbetrag vereinbart. Bedeutet dies, dass der betreffende Arbeitnehmer tarifliche Lohnsteigerungen nicht mitmacht, die Verweisung also keine „dynamische“ ist? Hier verlangt § 305c Abs. 2 BGB, dass man die für die schwächere Seite günstigere Auslegung wählt; dies bedeutet im Regelfall die Ankoppelung an die weitere Tarifentwicklung.³⁷ Die Verweisung auf Tarifverträge wird weiter dann zum Problem, wenn der Arbeitgeber den Arbeitgeberverband verlässt oder wenn ein Betriebsteil an einen nicht tarifgebundenen Erwerber veräußert wird. In solchen Fällen

³⁵ NZA 2006, 324, 326

³⁶ BAG NZA 2005, 1193, 1195

³⁷ Ebenso BAG NZA 2006, 202

ging die Rechtsprechung bis in die jüngste Vergangenheit davon aus, dass die arbeitsvertragliche Klausel lediglich die nicht organisierten Arbeitnehmer mit den Gewerkschaftsmitgliedern (für die allein der Tarifvertrag gilt) gleichstellen wolle.³⁸ Verloren auch die Gewerkschaftsmitglieder wegen der Veränderungen auf Arbeitgeberseite die Tarifbindung, lief die Klausel leer. Nunmehr vertritt das BAG unter Rückgriff auf § 305c Abs.2 BGB den Standpunkt, nach neuem Recht würde die Bezugnahme auf Tarifverträge auch dann wirksam bleiben, wenn der jeweilige Arbeitgeber nicht mehr tarifgebunden sei.³⁹ Damit ist einer „Tarifflucht“ in vielen Fällen ein Riegel vorgeschoben.

3. Transparenzprinzip

Nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB liegt eine unangemessene Benachteiligung des Adressaten der AGB, d. h. des Arbeitnehmers auch darin, dass die Vertragsbedingungen nicht klar und verständlich, d. h. intransparent sind. Grundgedanke ist, dass ein marktkonformes Verhalten voraussetzt, das gesamte Angebot des Verwenders genau zu erfassen und es so mit den Angeboten von Konkurrenten vergleichen zu können. Fehlende Transparenz ist dann gegeben, wenn die Regelungen so kompliziert sind, dass der Arbeitnehmer sie nicht nachvollziehen kann. Genauso ist aber auch der Fall zu behandeln, dass eine Formulierung gewählt wird, die zwar nachvollziehbar ist, die den Arbeitnehmer aber zu Fehlschlüssen verleiten kann. Das BAG hat nachhaltig betont, der einzelne müsse wissen, was auf ihn zukomme, seine Pflichten müssten so genau umschrieben sein, dass er sich auf sie einstellen könne.⁴⁰ Unzulässig ist es daher, für jeden Fall der Pflichtverletzung und einer daraufhin ausgesprochenen fristlosen Kündigung eine Vertragsstrafe vorzusehen: Wann eine solche Situation eintreten könne, sei für den Betroffenen nicht ausreichend erkennbar.⁴¹ Bei Ausschlussfristen muss darauf hingewiesen werden, dass ihre Versäumung den Anspruch verfallen lässt; dies gilt nur dann nicht, wenn sie durch eine Überschrift oder durch Fettdruck hervorgehoben sind.⁴² Höchst zweifelhaft geworden ist es daher auch, ob

³⁸ BAG NZA 2002, 634; BAG NZA 2003, 1207

³⁹ BAG NZA 2006, 607 = DB 2006, 1322; BAG NZA 2007, 965

⁴⁰ BAG NZA 2005, 465; BAG NZA 2006, 34, 36

⁴¹ BAG NZA 2005, 1053, 1055

⁴² BAG NZA 2006, 324, 325

Überstunden durch einen Pauschalbetrag abgegolten werden können: Da dies beim Nachtarbeitszuschlag nur dann bejaht wurde, wenn der Umfang der Nacharbeit in etwa festlag,⁴³ wird man hier schwerlich anders entscheiden können.

4. Inhaltskontrolle

Der wohl wichtigste Teil der AGB-Kontrolle betrifft die inhaltliche Überprüfung der erfassten Verträge. Dabei ist allerdings – pauschal gesprochen – das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung durch § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB von vorneherein ausgenommen, es sei denn, auch insoweit würden ausnahmsweise rechtliche Regelungen existieren. In allen anderen Fällen ist zu fragen, ob eine der in den §§ 308 und 309 BGB enthaltenen Klauseln vorliegt oder ob der generellen Regelung des § 307 Abs. 1 BGB entsprechend der Arbeitnehmer in einer gegen Treu und Glauben verstoßenden Art und Weise unangemessen benachteiligt wurde. Dazu gibt es eine reichhaltige Kasuistik, aus der nur einige Beispiele genannt seien.

Die Vereinbarung einer Vertragsstrafe für jedes schuldhafte Verhalten des Arbeitnehmers ist nicht nur intransparent⁴⁴, sondern stellt auch eine „Übersicherung“ des Arbeitgebers dar und damit keinen angemessenen Interessenausgleich im Sinne von § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB.⁴⁵ Dies ist vor dem 1.1.2002 in der Rechtsprechung anders beurteilt worden.

Arbeitsvertragliche Ausschlussfristen sind zulässig, soweit sie einen angemessenen Ausgleich zwischen dem „Klarstellungsinteresse“ des Arbeitgebers und dem Bedürfnis des Arbeitnehmers darstellen, die Sach- und Rechtslage abschließend prüfen zu können.⁴⁶ Das BAG hielt mit Rücksicht auf Besonderheiten des Arbeitsrechts insoweit drei Monate ab Fälligkeit des Anspruchs für ausreichend.⁴⁷ Vor dem 1.1.2002 hatte es noch Ausschlussfristen von einem Monat Dauer akzeptiert.⁴⁸

⁴³ BAG NZA 2006, 324, 328 Tz 51

⁴⁴ S. oben 3

⁴⁵ BAG NZA 2005, 1053, 1056

⁴⁶ So BAG NZA 2005, 1111, 1113

⁴⁷ BAG NZA 2006, 149 ff.

⁴⁸ BAG NZA 2001, 723

Große praktische Bedeutung haben „Flexibilisierungsklauseln“, mit denen die Vergütung, aber auch die Arbeitszeit an die jeweiligen Bedürfnisse des Unternehmens angepasst werden. Will sich der Arbeitgeber das Recht vorbehalten, eine freiwillige, d. h. ohne gesetzliche, tarifliche oder vertragliche Verpflichtung gewährte Leistung in Zukunft widerrufen zu können, so muss er § 308 Nr. 4 BGB beachten, wonach „die Vereinbarung der Änderung oder Abweichung unter Berücksichtigung der Interessen des Verwenders (= des Arbeitgebers) für den anderen Vertragsteil zumutbar“ sein muss. Diese relativ allgemein gehaltene Formel hat das BAG⁴⁹ in der Weise konkretisiert, dass

- der widerrufliche Teil nicht mehr als 25 % der Gesamtvergütung, bei Einbeziehung von freiwilligem Aufwendungsersatz nicht mehr als 25 bis 30 % betragen darf,⁵⁰

- der Widerruf nur aus einsichtigen wirtschaftlichen Gründen oder wegen des Verhaltens und der Leistung des Arbeitnehmers erfolgen kann und

- die Vertragsklausel selbst zumindest die „Richtung“ angibt, weshalb ein Widerruf zulässig sein soll. Insbesondere die zuletzt genannte Voraussetzung wird in der Praxis häufig nicht erfüllt. Insoweit sind die Klauseln unwirksam geworden.

Bei der Flexibilisierung der Arbeitszeit fehlt eine dem § 308 Nr. 4 BGB entsprechende Vorschrift, da es um die Veränderung der Leistung nicht des „Verwenders“, sondern um die Leistung des Arbeitnehmers geht. Das BAG hat insoweit § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB angewandt. Das Interesse des Arbeitgebers an der Flexibilisierung der Dauer der Arbeitszeit und das Interesse des Arbeitnehmers an einer festen Arbeitszeit und der daraus folgenden Vergütung seien „angemessen zum Ausgleich zu bringen“.⁵¹ Hier wurde gleichfalls der 25-%-Wert als angemessen angesehen. Der Arbeitgeber kann sich also das Recht ausbedingen, die vereinbarte Arbeitszeit von 30 Wochenstunden auf bis zu 37 ½ Stunden (nicht aber bis auf 40 Stunden) aufzustoßen.⁵²

⁴⁹ NZA 2005, 465 ff.

⁵⁰ Klarstellung bezüglich des Aufwendungsersatzes in BAG NZA 2006, 423, 428

⁵¹ BAG NZA 2006, 423

⁵² BAG a. a. O.

5. Rechtsfolgen bei Verstößen

Wird eine Klausel nicht Vertragsinhalt oder ist sie wegen Verstoßes gegen das Transparenzprinzip oder aus inhaltlichen Gründen unwirksam, so bleibt der übrige Vertragsinhalt nach § 306 Abs. 1 BGB unberührt. An die Stelle der unwirksamen Klausel tritt nach § 306 Abs. 2 die gesetzliche Regelung. Eine „Anpassung“ an das gerade noch Zumutbare findet nicht statt. Eine unwirksame Zwei-Monats-Frist wird also nicht in eine „gerade noch“ zulässige Drei-Monats-Frist umgedeutet; eine solche geltungserhaltende Reduktion ist ausgeschlossen.⁵³ Vielmehr greift das gesetzliche Verjährungsrecht ein, das eine dreijährige Frist vorsieht. Diese Konsequenz tritt auch dann ein, wenn der Vertrag eine sog. salvatorische Klausel enthält, wonach statt unwirksamer Abmachungen eine Regelung gelten soll, die dem eigentlich Gewollten am nächsten kommt.⁵⁴ Ein unzulässiger Widerrufsvorbehalt fällt weg; die Leistung ist als unbedingte versprochen und kann nur über einen Änderungsvertrag oder eine Änderungskündigung wieder rückgängig gemacht werden. Ist die Vertragsstrafe intransparent oder die angedrohte Sanktion überhöht, so fällt die Strafklausel insgesamt weg.

In einzelnen Fällen kann durch die Unwirksamkeit einer Klausel eine Lücke im Vertrag entstehen, die seine Durchführbarkeit beeinträchtigt. Wird etwa die Arbeitszeit zu weitreichend flexibilisiert, so muss entschieden werden, in welchem Umfang der Arbeitnehmer zur Arbeit verpflichtet ist. Hier findet eine sog. ergänzende Vertragsauslegung statt.⁵⁵ Sie fragt danach, was die Parteien „bei einer angemessenen Abwägung ihrer Interessen nach Treu und Glauben als redliche Vertragsparteien vereinbart hätten, wenn sie die Unwirksamkeit der Klausel bedacht hätten.“ Dies läuft häufig auf eine richterliche Vertragshilfe in dem Sinne hinaus, dass die Lösung gewählt wird, die das Gericht als vernünftig und gerecht einschätzt. Diesen Ausweg hat das BAG auch für Widerrufsklauseln in sog. Altverträgen gewählt, die vor dem 1.1.2002 abgeschlossen wurden: Hier hätten sich beide Parteien in der Regel auf einen Widerrufsvorbehalt für den Fall verständigt, dass das Unternehmen in wirtschaftliche Schwierigkeiten kommen sollte.⁵⁶ Ist die

⁵³ BAG NZA 2005, 1111, 1114; BAG NZA 2006, 150

⁵⁴ BAG NZA 2005, 1111, 1115. Dazu Däubler, Beilage 3/2006 zu NZA S. 133 ff.

⁵⁵ BAG NZA 2006, 423, 428, auch zum Folgenden

⁵⁶ BAG NZA 2005, 466

vereinbarte Vergütung intransparent, so ist vorrangig nach der üblichen Vergütung im Sinne von § 612 Abs. 2 BGB zu fragen.

IV. Weitere Anwendungsprobleme des Verbraucherrechts

1. Verzugszinsen

Gerät der Schuldner in Verzug, muss er nach § 288 Abs. 1 BGB Verzugszinsen bezahlen, die seit 1.1.2002 fünf Prozent über dem sog. Basiszinssatz der Europäischen Zentralbank liegen. Nach § 288 Abs. 2 gilt für „Entgeltforderungen“ ein Betrag von 8 % über dem Basiszinssatz, soweit an dem Vertrag kein Verbraucher beteiligt ist. Auch hier wurde zunächst darüber gestritten, ob der Arbeitnehmer bei rückständigen Entgeltansprüchen nach Abs. 1 oder nach Abs. 2 zu behandeln ist.⁵⁷ Das BAG hat in seiner Entscheidung vom 23. Februar 2005⁵⁸ die Verbrauchereigenschaft des Arbeitnehmers (noch) dahinstehen lassen und gleichwohl § 288 Abs. 1 BGB angewandt. Die vom Arbeitgeber ggf. zu bezahlenden Verzugszinsen liegen also 5 % über dem Basiszinssatz. Mit Rücksicht auf die Verzugsrichtlinie der EG habe der Gesetzgeber in § 288 Abs. 2 BGB nur die Rechtsbeziehungen zwischen Unternehmen und zwischen Unternehmen und öffentlichen Stellen erfassen wollen. Dieses Ergebnis ist – soweit ersichtlich – allgemein akzeptiert worden.⁵⁹

2. Widerrufsrecht des Arbeitnehmers, insbesondere beim Aufhebungsvertrag?

§ 312 Abs. 1 BGB gibt dem Verbraucher bei sog. Haustürgeschäften ein Widerrufsrecht. Dieses kann innerhalb von zwei Wochen nach erfolgter Belehrung durch den Unternehmer ausgeübt werden. Ohne Belehrung läuft keine Frist, so dass der Vertrag auch noch nach einem halben Jahr oder einem Jahr in Frage gestellt werden kann. Erfasst sind u. a. alle Verträge, zu deren Abschluss der Verbraucher durch mündliche Verhandlungen „an seinem Arbeitsplatz oder im Bereich einer Privatwohnung“ veranlasst worden ist.⁶⁰ Auf diese Weise soll seine

⁵⁷ Dazu Bauer/Kock DB 2002, 42, 46; Jousen NZA 2001, 745, 749; Natzel NZA 2002, 595, 597

⁵⁸ NZA 2005, 694, 697

⁵⁹ Palandt-Heinrichs/Emmelmann § 288 Rn. 9; MüKo-Ernst § 288 Rn. 21; K. Schmidt, FS Konzen S. 863, 877

⁶⁰ Der übliche Begriff „Haustürgeschäft“ ist daher bei weitem zu eng.

rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit geschützt werden, er soll nicht überrumpelt oder sonst auf unzulässige Weise zu unüberlegten Geschäftsabschlüssen gedrängt werden.⁶¹

Autoren, die den Arbeitnehmer nicht als Verbraucher qualifizierten, wandten verständlicherweise auch § 312 BGB nicht an. Zum Teil wurde allerdings eine Analogie befürwortet, weil sich der Arbeitnehmer in einer vergleichbaren Situation wie der an der Haustüre Angesprochene befinde; in beiden Fällen sei die Ausweichmöglichkeit sehr beschränkt.⁶² Unter den Befürwortern der Verbrauchereigenschaft waren die Meinungen geteilt. Eine Reihe von Autoren bejahte die Anwendung des § 312 BGB ohne Einschränkung.⁶³ Andere verwiesen darauf, § 312 BGB stehe im Untertitel „besondere Vertriebsformen“, worunter der Aufhebungsvertrag nicht passe, und bestritten das Vorliegen einer dem § 312 entsprechenden Situation.⁶⁴ Wieder andere nahmen eine teleologische Reduktion vor: Der Überraschungs- und Überrumpelungseffekt, auf den § 312 Abs. 1 Nr. 1 abstelle, könne nur bei normalen Verkehrsgeschäften, nicht aber dann eintreten, wenn ein Arbeitnehmer an seinem Arbeitsplatz auf eine Änderung oder Aufhebung seines Arbeitsvertrags angesprochen werde.⁶⁵ Eine vermittelnde Position will § 312 auf Fälle beschränken, in denen effektiv eine Überrumpelung droht, weil der Arbeitnehmer beispielsweise zu Hause ein Angebot zur Vertragsaufhebung erhielt⁶⁶ oder in eine andere Situation gebracht wurde, die dem überraschenden Angesprochenwerden in einem Verkehrsmittel, am Arbeitsplatz oder zu Hause entspricht.⁶⁷

Die Rechtsprechung war zunächst uneinheitlich. Während das ArbG Berlin⁶⁸ ein Widerrufsrecht nach § 312 BGB bejahte und das LAG

⁶¹ So zur Vorgängernorm des Haustür-Widerrufgesetzes BT-Drs. 10/2876 S. 6; BGH NJW 1992, 1889, 1890

⁶² Singer RdA 2003, 194, 196

⁶³ So insbesondere Bachner, in: Kittner/Zwanziger, Handbuch des Arbeitsrechts, 3. Aufl. 2003, § 104 Rn. 81; Hümmerich/Holthausen NZA 2002, 173, 178; Schleusener NZA 2002, 949, 951

⁶⁴ Preis, Sonderbeilage zu NZA Heft 16/2003, S. 19, 30

⁶⁵ So etwa ErfK-Müller-Glöge § 620 BGB Rn. 13; Gotthardt, a. a. O., Rn. 216

⁶⁶ Gotthardt, a. a. O., Rn. 217

⁶⁷ So Däubler NZA 2001, 1329, 1334; Reim BB 2002, 2434, 2438

⁶⁸ ZTR 2003, 526

Hamm⁶⁹ einen Rückgriff auf § 312 kategorisch ablehnte, neigte das LAG Brandenburg⁷⁰ ähnlich wie die Vorinstanz⁷¹ eher der vermittelnden Position zu und nahm an, in einer realen Überrumpelungssituation würde die staatliche Schutzpflicht zugunsten des schwächeren Teils ausgelöst. Das BAG hat demgegenüber ein Widerrufsrecht nach § 312 Abs. 1 BGB grundsätzlich abgelehnt⁷² und dies später auch auf den Fall erstreckt, dass der Vertrag nicht am häuslichen Arbeitsplatz, sondern im selten aufgesuchten Betrieb abgeschlossen wurde.⁷³ Zwar umfasse der in § 312 Abs. 1 genannte Begriff des Arbeitsplatzes das gesamte Betriebsgelände einschließlich der Personalabteilung, doch betreffe § 312 Abs. 1 BGB seiner systematischen Stellung nach nur „besondere Vertriebsformen“, enthalte also einen „vertragstypenbezogenen“ Schutz des Verbrauchers. Auch die Entstehungsgeschichte der Norm spreche gegen eine Erstreckung auf das Arbeitsverhältnis. Entscheidende Bedeutung komme aber dem Sinn und Zweck der Vorschrift zu, die vor einer Überrumpelung bzw. einer Situation schützen wolle, in der der Betroffene nicht ausweichen könne. Beim Abschluss eines Aufhebungsvertrages bestehe aber eine andere Situation. Einer Gefahr der Überrumpelung sei durch Informationspflichten und das Gebot fairen Verhandeln zu begegnen.⁷⁴ Im Ergebnis bedeutet dies für die Praxis, dass § 312 BGB trotz der Bejahung der Verbrauchereigenschaft keine Anwendung findet. Allerdings ist der Hinweis auf Informationspflichten und das Gebot zu fairem Verhandeln ein neues Element im Arbeitsvertragsrecht, über dessen Ausgestaltung derzeit diskutiert wird.⁷⁵

V. Informationspflichten des Arbeitgebers

Das BAG hat bisher kaum Versuche unternommen, Existenz und Umfang von Informationspflichten des Arbeitgebers an die Prinzipien

⁶⁹ DB 2003, 1443

⁷⁰ NZA 2003, 503

⁷¹ ArbG Frankfurt (Oder) ZIP 2002, 2190

⁷² BAG NZA 2004, 597, bestätigt durch BAG NZA 2006, 145, 149

⁷³ BAG NZA 2004, 1295 = AP Nr. 12 zu § 620 BGB Aufhebungsvertrag

⁷⁴ BAG NZA 2004, 597, 603

⁷⁵ Dazu Däubler, in: Kittner/Däubler/Zwanziger, a. a. O., Einl. Rn. 303 ff.

anzupassen, die sich im Zivilrecht entwickelt haben.⁷⁶ So ist dort etwa anerkannt, dass die Pflichten bei einem typischen Informationsgefälle besonders ausgeprägt sind. Als Beispiel wird etwa die Informationsasymmetrie zwischen Bank und kleinem Kapitalanleger genannt, die Ausgangspunkt für das Wertpapierhandelsgesetz und andere Normen des Kapitalmarktrechts ist.⁷⁷ Von besonderer Bedeutung ist, dass einer der zentralen Pfeiler des Verbraucherschutzrechts in der umfassenden Information der schwächeren Seite, d. h. des Verbrauchers liegt.⁷⁸ Für bestimmte Formen von Verbraucherverträgen hat die Informationspflichtenverordnung⁷⁹ ein sehr eingehendes „Informationsprogramm“ geschaffen, das allerdings im hier interessierenden Bereich nicht unmittelbar einschlägig ist. In diesen Vorschriften kommt jedoch das schon in der Vergangenheit herausgearbeitete und allgemein bejahte Anliegen zum Ausdruck, den Verbraucher mit allen Informationen zu versorgen, die er zur Vornahme freier und sachkundiger Entscheidungen benötigt.⁸⁰ Gerade weil der Arbeitnehmer heute auch als Verbraucher im Sinne des § 13 BGB anzusehen ist, wird man die Informationspflichten des Arbeitgebers nicht mehr wie bisher auf Sonderprobleme der betrieblichen Altersversorgung und Nachteile bei der Arbeitslosenversicherung beschränken dürfen. Vielmehr ist der Arbeitnehmer von all den Umständen in Kenntnis zu setzen, die für seine Unterschrift unter den Aufhebungsvertrag von Bedeutung sein können. Einen ersten wichtigen Schritt stellt die BAG-Entscheidung über Darlehen zum Aktienkauf dar.⁸¹ Die Beschäftigten sollten mit den Darlehensbeträgen Aktien des Arbeitgeberunternehmens kaufen, wenn diese an der Börse gehandelt würden. Da der Börsengang nicht stattfand, waren die Zinsaufwendungen der Arbeitnehmer vergeblich. Sie konnten vom Arbeitgeber Ersatz verlangen, weil dieser auf ein solches Risiko nicht hingewiesen hatte; dabei wurde der Rechtsgedanke des § 31 Wertpapierhandelsgesetz herangezogen.

⁷⁶ Dazu grundlegend Fleischer, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, München 2001

⁷⁷ Fleischer, S. 548. Zum Wertpapierhandelsgesetz s. auch Zimmer JZ 2003, 22 ff.

⁷⁸ Bülow/Artz, S. 83 ff.

⁷⁹ v. 05.08.2002, abgedruckt in Schönfelder unter Nr. 22

⁸⁰ Vgl. Fleischer, S. 571

⁸¹ BAG NZA 2006, 545, 549

Eine Reihe von Instanzgerichten hat in gewissem Umfang die verbraucherrechtlichen Anforderungen schon vorweggenommen. Nach Auffassung des ArbG Freiburg⁸² muss der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer entweder eine Überlegungs- und Widerrufsfrist einräumen oder aber ihn selbst „vollständig und umfassend“ auf die arbeits- und sozialrechtlichen Folgen eines Aufhebungsvertrags hinweisen. Das ArbG Hamburg⁸³ verpflichtet den Arbeitgeber zur Einräumung einer Bedenkzeit und zur umfassenden Information, wenn die Initiative zum Abschluss des Aufhebungsvertrags von ihm ausging. Nach dem ArbG Wetzlar⁸⁴ muss der Arbeitgeber auf alle versicherungsrechtlichen Folgen hinweisen, die aus einer einvernehmlichen Auflösung des Arbeitsverhältnisses entstehen können. Ähnlich entschied das LAG Hamburg⁸⁵ für den Fall, dass die Betriebszugehörigkeit länger als 10 Jahre gedauert hatte und es sich um eine Person handelte, die etwa 15 Jahre vorher als Aussiedler ins Bundesgebiet gekommen war.

Die Annahme und Weiterentwicklung von vertraglichen Nebenpflichten schützt im Regelfall den schwächeren Vertragspartner, dessen Verhandlungsmacht nicht ausreicht, Entsprechendes ausdrücklich im Vertrag festschreiben zu lassen. Dies ist – ohne dass dieser Zusammenhang ausdrücklich hervorgehoben wurde – von den Instanzgerichten zutreffend erkannt worden. Auch eine vertragliche Abbedingung kommt mit Rücksicht auf diese spezifische Zielrichtung nicht in Betracht. Insoweit bringt § 619 BGB einen allgemeinen Grundsatz des Arbeitsvertragsrechts zum Ausdruck, wenn er die Nebenpflichten in Bezug auf den Gesundheitsschutz für unabdingbar erklärt.

VI. Einschätzung

Die Anwendung wesentlicher Grundsätze des Verbraucherrechts auf das Arbeitsverhältnis scheint bislang eine deutsche Besonderheit zu sein. Für viele Arbeitsrechtler war es überraschend, dass der Verbraucher in seinen Informationsansprüchen und seiner Entscheidungsfreiheit besser geschützt war als der Arbeitnehmer. Außerdem wurden ersichtlich die inhaltlichen Maßstäbe sehr viel strenger, mit denen Arbeitsverträge

⁸² DB 1991, 2600

⁸³ BB 1991, 625

⁸⁴ DB 1991, 976

⁸⁵ LAGE § 611 BGB Aufhebungsvertrag Nr. 9

überprüft wurden. Die deutsche Rechtswissenschaft hat sich nach anfänglichem Zögern gut mit diesem neuen Rechtszustand arrangiert. Das BAG hat eine ganze Reihe von Korrekturen angebracht, allerdings in vielen Fällen einen allzu abrupten Wandel vermieden. Ein großer Teil der Argumente, die beim Streit um den Verbraucherbegriff und bei zahlreichen Anwendungsfragen entwickelt wurden, wäre auch in einem anderen nationalen Kontext denkbar.

Auf den ersten Blick mag es erstaunlich scheinen, dass in Zeiten der Deregulierung eine deutlich wahrnehmbare Ausweitung des Arbeitnehmerschutzes erfolgt. Dabei muss man allerdings berücksichtigen, dass der Ausbau der Individualrechte jedenfalls in Deutschland eine Art Kompensation für reduzierte kollektive Gestaltungsmöglichkeiten darstellt: Wenn früher ca. 90 % aller Arbeitnehmer durch Tarifverträge geschützt wurden, ist dies heute nur noch für ca. 60 % der Fall.⁸⁶ Um eine wirkliche Kompensation zu erreichen, dürfte allerdings die Durchsetzung der Rechte nicht allein in der Hand des einzelnen Arbeitnehmers liegen. Gerade das europäische Verbraucherrecht sieht in weitem Umfang Verbandsklagen vor – ein Element, vor dessen Erstreckung auf das Arbeitsrecht der deutsche Gesetzgeber zurückgeschreckt ist.⁸⁷ Auch die Class Action des US-amerikanischen Rechts könnte in gewissem Umfang Vorbild sein. Die Auseinandersetzung wird auf der Grundlage der neuen Rahmenbedingungen weitergehen – die Arbeitsrechtswissenschaft vieler Länder kann hierzu einen Beitrag leisten. Der Unterstützung des Jubilars können wir uns dabei sicher sein. Sein Engagement für gerechte Arbeitsbedingungen ist weit über die Grenzen seines Landes hinaus bekannt.

⁸⁶ Ellguth-Kohaut WIS-Mitt. 2004, 451. Zur Entwicklung der Tarifpraxis seit 1991 Däubler, Arbeitsrecht 1, 16. Aufl. Reinbek 2006, Rn 188a ff.

⁸⁷ Die verbraucherrechtliche Verbandsklage ist im sog. Unterlassungsklagengesetz geregelt, dessen § 15 bestimmt: „Dieses Gesetz findet auf das Arbeitsrecht keine Anwendung.“