

AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht – Bilanz nach zehn Jahren

von Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Bremen

I. Die Ausgangssituation

Am 1. 1. 2002 trat das sog. Schuldrechtsmodernisierungsgesetz in Kraft.¹ Es fügte den § 310 Abs. 4 in das BGB ein, wonach auch Arbeitsverträge in die AGB-Kontrolle einbezogen wurden. Für bestehende Abmachungen wurde nach Art. 229 § 5 EGBGB eine Übergangsfrist von einem Jahr geschaffen; sie mussten sich erst ab 1. 1. 2003 den neuen Maßstäben stellen. Tarifverträge, Betriebs- und Dienstvereinbarungen blieben weiter ausgeklammert.

Worin bestand das Neue? Die AGB-Kontrolle steht traditionellerweise auf zwei Beinen. Zum einen stellt sich das Problem, ob „Standardbedingungen“ überhaupt Teil des Vertrages geworden sind (sog. Einbeziehungskontrolle). Zum andern geht es darum, welcher Inhalt ihnen dabei zukommt oder ob dieser „sozial verträglich“ ist, d. h. ob er einen angemessenen Ausgleich zwischen den Interessen der Beteiligten darstellt (sog. Inhaltskontrolle).

Bei der Einbeziehungskontrolle ging der Gesetzgeber recht zaghaft vor. Zwar gilt auch im Arbeitsrecht § 305c Abs. 1 BGB, wonach überraschende Klauseln nicht Vertragsinhalt werden, doch blieb § 305 Abs. 2 und 3 BGB ausgenommen. Eine Pflicht des Verwenders, die Gegenseite ausdrücklich oder durch Aushang auf die Existenz der Bedingungen aufmerksam zu machen, besteht deshalb nicht, ebenso wenig das Gebot, dem Vertragspartner in zumutbarer Weise die Kenntnisnahme zu ermöglichen. Die (insoweit im Arbeitsministerium entstandene) amtliche Begründung verweist auf § 2 Abs. 1 Satz 1 des Nachweisgesetzes, wonach der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die wesentlichen Vertragsbestimmungen auszuhändigen habe.² Nicht bedacht wurde dabei, dass die Verletzung dieser Vorschriften weitgehend ohne Sanktionen bleibt und dass nicht

¹ BGBl 2001 I S.3138.

² BT-Drucksache 14/6857 S. 54

erwähnte „wesentlichen Vertragsbestimmungen“ durchaus Vertragsinhalt werden.³ Die eindeutige gesetzliche Regelung steht jedoch nach Auffassung des BAG⁴ auch einer entsprechenden Anwendung des § 305 Abs. 2 BGB entgegen, so dass beispielsweise die Verweisung sogar auf solche beamtenrechtlichen Bestimmungen und solche Tarifverträge wirksam ist, die für den Arbeitnehmer nicht zugänglich sind.⁵ Die Methodenlehre sollte sich etwas mehr der Frage stellen, wie mit Rechtsirrtümern des Gesetzgebers umzugehen ist; kann der auf ihnen beruhende „Gesetzesbefehl“ wirklich dieselbe Autorität beanspruchen wie ein fehlerfrei zustande gekommener?⁶

Sehr viel mehr Entschlossenheit zeigte der Gesetzgeber bei der Inhaltskontrolle. Lässt sich der genaue Inhalt einer Vertragsklausel trotz aller Interpretationsbemühungen nicht bestimmen, so gilt nach § 305c Abs. 2 BGB die Auslegung, die für den Adressaten der AGBs, d. h. den Arbeitnehmer, die günstigere ist. Dies ist allerdings nicht der Fall, wenn eine der vertretbaren Varianten gegen geltendes Recht verstößt; in diesem Fall ist die Klausel insgesamt unwirksam, und es greift nach § 306 Abs. 2 BGB die gesetzliche Regelung ein.⁷

An die Stelle der bisherigen Billigkeitskontrolle gegenüber dem Inhalt von Arbeitsverträgen trat die Angemessenheitskontrolle nach § 307 BGB. Nach der Generalklausel des Abs. 1 Satz 1 sind AGB-Bestimmungen unwirksam, „wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen.“ Eine solche Benachteiligung wird vermutet, wenn von wesentlichen Grundgedanken des dispositiven Rechts abgewichen wird (Abs. 2 Nr. 1) oder wenn wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, so eingeschränkt werden, „dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist.“ (Abs. 2 Nr. 2). Der Kontrolle unterworfen sind nur solche Bestimmungen in AGB, die von Rechtsvorschriften abweichen oder diese ergänzen (Abs. 3 Satz 1).

³ Dies wird in der Literatur einmütig kritisiert. S. statt aller Boemke/Ulrici, in: Däubler/Hjort/Schubert/Wolmerath (Hrsg.), Arbeitsrecht. Individualarbeitsrecht mit kollektivrechtlichen Bezügen, Handkommentar, 2. Aufl., Baden-Baden 2010, § 305 BGB Rn 23 (im Folgenden: HK-ArbR-Boemke/Ulrici); Preis, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 12. Aufl., München 2012, §§ 305 – 310 BGB Rn 26 (im Folgenden: ErfK-Preis); Stoffels, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht, 5. Aufl. München 2009, ArbR, Rn 43 (im Folgenden: Stoffels, ArbR).

⁴ 14. 3. 2007 – 5 AZR 630/06 – NZA 2008, 45 Tz 21; BAG 24. 9. 2008 – 6 AZR 76/07 – NZA 2009, 154 Tz 19.

⁵ So in den beiden Fn 4 genannten Entscheidungen.

⁶ Ein anderes Beispiel stellt das Verbot der Benachteiligung befristeter Beschäftigter dar, das angeblich schon vor Erlass des § 4 Abs. 2 TzBfG in der Rechtsprechung des BAG anerkannt war (BT-Drucksache 14/4374, S. 13 und 16). S. demgegenüber BAG 6. 10. 1993 – 10 AZR 477/92 – DB 1994, 539, wonach gerade die Befristung eine Benachteiligung rechtfertigen soll..

⁷ So im Anschluss an die Rechtsprechung des BGH BAG 18. 3. 2008 – 9 AZR 186/07 – NZA 2008, 1004 Tz 24.

Eine unangemessene Benachteiligung des Arbeitnehmers liegt auch dann vor, wenn die fragliche Bestimmung „nicht klar und verständlich“ ist (Abs. 1 Satz 2). Dieser Transparenzgrundsatz gilt für alle Bestimmungen, auch für solche, die nicht von Rechtsvorschriften abweichen (Abs. 3 Satz 2).

Diese Inhaltskontrolle, die in gleicher Weise für zivilrechtliche Verträge gilt, erfährt jedoch bei Arbeitsverträgen zwei Einschränkungen.

Zum einen verlangt § 310 Abs. 4 Satz 2 BGB, dass „die im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten angemessen zu berücksichtigen sind.“ Ob damit nur rechtliche oder auch faktische Besonderheiten gemeint sind, ist zweifelhaft. Die Rechtsprechung bejaht die weite Variante⁸, die überwiegende Meinung in der Literatur beschränkt die Geltung auf rechtliche Besonderheiten.⁹ Diese zweite Position kann für sich den Wortlaut ins Feld führen, da nur normative Regeln „gelten“ können, und sie kann überdies darauf verweisen, dass nach § 310 Abs. 1 BGB bei der Erstreckung der AGB-Kontrolle auf den Verkehr zwischen Unternehmen nicht etwa von den Besonderheiten des „Handelsrechts“ die Rede ist, sondern anders als bei Abs. 4 auf „Gewohnheiten und Gebräuche im Handelsverkehr“ verwiesen wird. Gravierender ist, dass dieser Rückgriff auf den „Arbeitsrechtsvorbehalt“ bislang immer nur dazu verwendet wurde, die Kontrollmaßstäbe zu lockern und Bestimmungen „durchgehen“ zu lassen, die im Zivilrecht beanstandet wurden. Dies gilt etwa für das Verbot von Vertragsstrafen, für die Dauer der Ausschlussfristen und für die Anrechnung von Tariflohnerhöhungen.¹⁰ Das Ziel des Gesetzgebers, im Arbeitsrecht dasselbe Schutzniveau wie im Zivilrecht zu garantieren,¹¹ wird auf diese Weise verfehlt. Der Gedanke, dass die „Besonderheiten des Arbeitsrechts“ im Einzelfall auch mal eine schärfere Kontrolle verlangen könnten, weil der Arbeitnehmer

⁸ BAG 25. 5. 2005 – 5 AZR 572/04 – NZA 2005, 1111, 1113 (Ausschlussfristen); BAG 1. 3. 2006 – 5 AZR 363/05 – NZA 2006, 746 (Anrechnungsklausel).

⁹ Für Beschränkung auf rechtliche Besonderheiten Deinert, in: Kittner/Zwanziger/Deinert (Hrsg.), Arbeitsrecht. Handbuch für die Praxis, 6. Aufl., Frankfurt/Main 2011, § 11 Rn 173; Lakies, Vertragsgestaltung und AGB im Arbeitsrecht, 2. Aufl., Heidelberg u. a. 2011, Kap. 1 Rn 381 (im Folgenden: Lakies); ErfK-Preis §§ 305 – 310 BGB Rn 11; Thüsing, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht, München 2007, Rn 109; für Einbeziehung auch tatsächlicher Besonderheiten HK-ArbR-Boemke/Ulrici § 310 BGB Rn 30; Linck, in: Schaub (Hrsg.), Arbeitsrechts-Handbuch, 14. Aufl. München 2011, § 35 Rn 48 (im Folgenden Schaub-Bearbeiter); differenzierend Stoffels, ArbR Rn 16 ff.

¹⁰ Überblick über die Praxis bei Deinert, in: Däubler/Bonin/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht. Kommentierung zu den §§ 305 – 310 BGB, 3. Aufl., München 2010, § 310 Rn 87 ff. (Im Folgenden Bearbeiter, in: Däubler/Bonin/Deinert).

¹¹ BT-Drucksache 14/6857 S. 53: „(Durch die Streichung der Bereichsausnahme) wird auch dafür gesorgt, dass das Schutzniveau der Vertragsinhaltskontrolle im Arbeitsrecht nicht hinter demjenigen des Zivilrechts zurückbleibt.“

von seinem Arbeitgeber als AGB-Verwender sehr viel abhängiger ist als der Verbraucher von seinem Verkäufer,¹² wird an keiner Stelle auch nur erwogen.¹³

Die zweite Einschränkung ist prozessualer Natur. § 15 des Unterlassungsklagengesetzes (UKlaG) nimmt „das Arbeitsrecht“ aus seinem Anwendungsbereich aus. Insoweit sind nicht nur den Gewerkschaften sondern auch den Verbraucherverbänden die Hände gebunden. Gegen unzulässige Klauseln kann nur der betroffene Arbeitnehmer vorgehen. Der Betriebsrat kann lediglich „auf Abhilfe dringen“; weitergehende Handlungsmöglichkeiten stehen ihm nicht zu.¹⁴

Was hat die Rechtsprechung aus diesen gesetzlichen Vorgaben gemacht? Wie wird ihr Anwendungsbereich bestimmt? Wie weit geht heute die Inhaltskontrolle, welche Klauseln sind effektiv unzulässig, welche halten auch den Maßstäben der §§ 307 ff. stand? Ein Blick in die Fachzeitschriften macht deutlich, dass es eine große Zahl von Entscheidungen des BAG wie der Instanzgerichte zu diesem Fragenkreis gibt. Im Folgenden soll es schon aus Raumgründen nur um die wesentlichen Weichenstellungen gehen, die in den vergangenen zehn Jahren vorgenommen wurden.

II. Der Anwendungsbereich der AGB-Kontrolle

1. Die erfassten Verträge

Zu den von der AGB-Kontrolle erfassten „Arbeitsverträgen“ gehören nach der Rechtsprechung auch der Aufhebungs- und der Änderungsvertrag.¹⁵ Dasselbe gilt für eine einseitige nachträgliche Ergänzung des Arbeitsvertrags, z. B. durch eine vom Arbeitgeber erlassene betriebliche Versorgungsordnung¹⁶, durch ein Bonussystem oder durch Richtlinien zur Dienstwagenutzung.¹⁷ Einen Sonderfall der Vertragsänderung stellt die Entstehung einer Betriebsübung dar; auch sie ist einbezogen.¹⁸ Dasselbe gilt für die

¹² Reinecke AuR 2003, 414, 415.

¹³ Deutliche Kritik an der Rechtsprechung auch bei Lakies Kap. 1 Rn 391.

¹⁴ Einzelheiten bei Däubler, in: Däubler/Bonin/Deinert, Einl. Rn 187 ff.

¹⁵ BAG 27. 11. 2003 - 2 AZR 135/03 - NZA 2004, 597 (Aufhebungsvertrag); BAG 7. 12. 2005 - 5 AZR 535/04 - NZA 2006, 423, 425 (Änderungsvertrag).

¹⁶ Schaub, AGB-Kontrolle in der betrieblichen Altersversorgung, GS Blomeyer, München 2003, S. 335, 339.

¹⁷ Boudon, AGB-Kontrolle – neue Regeln für die Entwicklung von Arbeitsverträgen, ArbRB 2003, 150.

¹⁸ BAG 5. 8. 2009 - 10 AZR 483/08 - NZA 2009, 1105 Tz 13.

Gesamtzusage.¹⁹ Erfasst ist weiter auch der Vorvertrag.²⁰ Schließt dagegen der Arbeitnehmer mit dem Arbeitgeber einen Kaufvertrag mit Personalrabatt oder mietet er eine Werkswohnung, so findet allgemeines AGB-Recht ohne die arbeitsrechtlichen Besonderheiten Anwendung.²¹ Insoweit greift auch § 15 UKlaG nicht ein.

Arbeitnehmerähnliche Personen²² schließen keinen Arbeitsvertrag, sondern in der Regel einen Werk- oder Dienstvertrag. Dieser unterliegt den allgemeinen Normen der AGB-Kontrolle; auch § 305 Abs. 2 und 3 BGB findet Anwendung.²³ „Besonderheiten des Arbeitsrechts“ sind nicht zu berücksichtigen, und ein Verbraucherverband könnte durchaus Klage erheben. Dies war schon unter der Geltung der Bereichsausnahme des § 23 AGB-Gesetz anerkannt²⁴ und gilt nach der Schuldrechtsmodernisierung weiter.²⁵

2. Anwendung verbraucherrechtlicher Grundsätze

Nach ungewöhnlich intensiver Diskussion, an der sich über 60 Autoren beteiligt haben,²⁶ entschied das BAG am 25. Mai 2005,²⁷ der Arbeitnehmer sei Verbraucher im Rechtssinne, und hat dies in der Folgezeit verschiedentlich wiederholt.²⁸ Auch in der Literatur wird das in aller Regel akzeptiert,²⁹ zumal die Entscheidung des BAG vom 25. Mai 2005 ausdrücklich vom BVerfG bestätigt wurde.³⁰

¹⁹ Däubler, in: Däubler/Bonin/Deinert, Einl. Rn 27b m. w. N.

²⁰ BAG 27. 7. 2005 – 7 AZR 488/04 – NZA 2006, 539.

²¹ So bereits vor Inkrafttreten der Schuldrechtsmodernisierung und unter der Geltung der Bereichsausnahme des § 23 AGB-Gesetz BAG 23. 9. 1992 – 5 AZR 569/91 – AP Nr. 1 zu § 611 BGB Arbeitnehmerdarlehen Nr. 1; BAG 26. 5. 1993 – 5 AZR 219/92 – AP Nr. 3 zu § 23 AGB-Gesetz.

²² Zum Begriff s. Däubler, Arbeitsrecht 2, 12. Aufl., Reinbek 2009; Rn 2093 ff. m. w. N.

²³ Gotthardt, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Hrsg.), Arbeitsrecht. Kommentar, 5. Aufl., Köln 2012, § 305 Rn 13 (im Folgenden: HWK-Bearbeiter).

²⁴ OLG Nürnberg 29. 1. 1986 – NJW-RR 1986, 782; LAG Hamm 15. 5. 1998 – 10 Sa 1465/97 – NZA-RR 1999, 405; aus der Literatur Preis/Stoffels ZHR 160 (1996) 454 f.; Ulmer, in: Ulmer/Brandner/Hensen, Kommentar zum AGB-Gesetz, 9. Aufl., § 23 Rn 7; Horn, in: Wolf/Horn/Lindacher, AGB-Recht. Kommentar, 4. Aufl. § 23 Rn 37.

²⁵ Däubler, in: Däubler/Bonin/Deinert, Einl. Rn 31 ff.; Deinert, in: Kittner/Zwanziger/Deinert (Hrsg.), a. a. O., § 3 Rn 189a; Lakies, Kap. 1 Rn 44; ErfK-Preis §§ 305 – 310 BGB Rn 10; Stoffels, ArbR, Rn 34; Thüsing, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht, Rn 55.

²⁶ Überblick bei Däubler, in: Däubler/Bonin/Deinert Einl. Rn 61 ff.

²⁷ 5 AZR 572/04 – NZA 2005, 1111.

²⁸ 31. 8. 2005 – 5 AZR 545/04 – NZA 2006, 324 Tz 46; BAG 7. 12. 2005 – 5 AZR 535/04 – NZA 2006, 423 Tz 41; BAG 15. 2. 2007 – 6 AZR 286/06 – NZA 2007, 614 Tz 14.

²⁹ Vgl. etwa HK-ArbR-Boemke/Ulrici § 310 BGB Rn 5; Henssler/Moll, AGB-Kontrolle vorformulierter Arbeitsbedingungen, München 2011, S. 1; ErfK-Preis § 611 BGB Rn 182; HWK-Gotthardt § 310 Rn 2; Schaub-Vogelsang § 8 Rn 6; kritisch A. Fuchs, in: Ulmer/Brandner/Hensen, Kommentar zum AGB-Recht, 10. Aufl., Köln 2006, § 307 Rn 441.

³⁰ BVerfG 23. 11. 2006 – 1 BvR 1909/06 – NZA 2007, 85 (2. Kammer des Ersten Senats)

Die Verbrauchereigenschaft des Arbeitnehmers hat zur Folge, dass § 310 Abs. 3 BGB Anwendung findet. Dies intensiviert die Kontrolle. Erfasst sind nach § 310 Abs. 3 Nr. 2 nicht nur „Allgemeine Geschäftsbedingungen“, sondern auch sog. Einmalbedingungen, sofern sie „gestellt“ wurden, der Arbeitnehmer auf ihren Inhalt also keinen Einfluss nehmen konnte. Dies wird nach Abs. 3 Nr. 1 vermutet und ist in der Praxis der absolute Regelfall; mit Recht wird betont, die Fälle des „Aushandelns“ seien eine zu vernachlässigende Ausnahme.³¹ Selbst bei Führungskräften scheint dies so zu sein.³² Zumindest fällt es dem Arbeitgeber auch bei ihnen schwer, den Beweis zu führen, dass die Bedingungen entgegen der Vermutung des § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB nicht gestellt waren.³³ Der Sache nach bedeutet dies, dass in der Regel jeder vom Arbeitgeber formulierte Arbeitsvertrag der AGB-Kontrolle unterliegt.³⁴ Dabei kann sich die Tatsache, dass nach § 310 Abs. 3 Nr. 3 BGB auch die den Vertragsschluss begleitenden Umstände berücksichtigt werden müssen, gleichermaßen zu Gunsten wie zu Lasten des Arbeitnehmers auswirken.³⁵ Im Ergebnis führt die Rechtsprechung zu einer Ausweitung der AGB-Kontrolle, die sich bei erster unbefangener Lektüre des Gesetzeswortlauts nicht unbedingt aufdrängt.

III. Kontrolle des Verhältnisses von Leistung und Gegenleistung?

1. Kontrollfreiheit der Hauptkondition?

Verbreiteter Vorstellung nach unterliegt das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung nicht der AGB-Kontrolle. Dies ist nur insoweit richtig, als – marktwirtschaftlichen Grundsätzen entsprechend – häufig keine Rechtsnormen bestehen, die Vorgaben für die Hauptleistung machen. Dies gilt jedoch nur „im Prinzip“. Soweit der Gesetzgeber ausnahmsweise eine Regelung getroffen hat, findet sehr wohl eine Kontrolle statt: § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB will jede von Rechtsnormen abweichende oder sie ergänzende Abmachung erfassen. So hat etwa das BAG zu Recht einen Nachtarbeitszuschlag am Maßstab des § 6 Abs. 5 ArbZG gemessen, der eine „angemessene“ Höhe vorschreibt.³⁶

³¹ ErfK-Preis §§ 305 – 310 BGB Rn 24; Junker, Grundlegende Weichenstellungen der AGB-Kontrolle von Arbeitsverträgen, in: FS Buchner, München 2009, S. 371 ff.

³² Junker, FS Buchner, S. 372.

³³ Lembke, Arbeitsverträge für Führungskräfte, 5. Aufl., München 2012, S. 23.

³⁴ ErfK-Preis §§ 305 – 310 BGB Rn 23

³⁵ Nachweise bei ErfK-Preis §§ 305 – 310 BGB Rn 42.

³⁶ BAG 31. 8. 2005 – 5 AZR 545/04 – NZA 2006, 324, 328 Tz 48; ebenso BAG 15. 7. 2009 – 5 AZR 867/08 – DB 2009, 2788 Tz 19.

Inwieweit dasselbe auch bei Vergütungsansprüchen von Urhebern in Betracht kommt,³⁷ scheint noch nicht ausreichend erörtert zu sein.³⁸

Fraglich ist, inwieweit Kollektivverträge „Rechtsvorschriften“ darstellen, so dass sie Maßstab für vertragliche Abweichungen sein können. Zu bejahen ist dies jedenfalls dort, wo ihnen normative Kraft zukommt.³⁹ Dort hat allerdings die AGB-Kontrolle nur in den seltenen Ausnahmefällen Bedeutung, in denen die Tarifparteien dispositive Normen gesetzt haben. Soweit sie, wie üblich, zwingende Normen schaffen, ist von vorne herein eine Abweichung nur „nach oben“, d. h. im Rahmen des Günstigkeitsprinzips möglich. Das eigentliche Problem liegt also darin, ob die Tarifverträge Bedeutung auch für jene Arbeitsverhältnisse haben, die nicht zwischen beiderseits Tarifgebundenen abgeschlossen werden. In der Literatur wird diese Frage nur von einer Minderheit bejaht.⁴⁰ Sie kann sich allerdings auf § 310 Abs. 4 Satz 3 BGB stützen, wonach Tarifverträge, Betriebs- und Dienstvereinbarungen den Rechtsvorschriften im Sinne des § 307 Abs. 3 gleichstehen, so dass sie jedenfalls innerhalb ihres räumlichen und personellen Geltungsbereichs Maßstab sind. Der Einwand, dies laufe auf eine verkappte Allgemeinverbindlichkeit hinaus,⁴¹ verkennt, dass anders als bei dieser nicht jede Abweichung „nach unten“ ausgeschlossen ist. Vielmehr wird ähnlich wie im Rahmen des § 17 BBiG⁴² eine unangemessene Benachteiligung des einzelnen Arbeitnehmers erst angenommen, wenn die Vergütung mehr als 20 % unter der tariflich vorgesehenen liegt.⁴³ Tarifverträge gehören innerhalb ihres Geltungsbereichs häufig (wenn auch nicht mehr durchgehend) zum „Leitbild“ des Arbeitsverhältnisses nach § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB, von dem nicht in unangemessenem Umfang abgewichen werden darf.⁴⁴ Das BAG hat zu dieser Kontroverse bisher nicht Stellung genommen, sondern sich mit der Feststellung begnügt, die Lohnhöhe unterliege mangels einschlägiger Rechtsnormen nur der Transparenzkontrolle nach § 307 Abs. 3 Satz 2 BGB.⁴⁵

³⁷ Dazu Ulrici, Vermögensrechtliche Grundfragen des Arbeitnehmerurheberrechts, Tübingen 2008, S. 326 ff.

³⁸ Vorüberlegungen bei Däubler, in: Däubler/Bonin/Deinert, § 307 Rn 265.

³⁹ Insoweit übereinstimmend Joost, AGB und Arbeitsvertrag. Ein Beispiel für eine misslungene Gesetzgebung, in: FS Ulmer, Berlin 2003, S. 1199, 1207.

⁴⁰ Däubler, in: Däubler/Bonin/Deinert, § 307 Rn 279 ff.; Lakies, Kap. 1 Rn 282 ff.; Deinert, in: Kittner/Zwanziger/Deinert (Hrsg.), § 11 Rn 184. A. A. HWK-Gotthardt § 307 Rn 11; Henssler RdA 2002, 136; Lingemann NZA 2002, 188; Richardi NZA 2002, 1061; Thüsing BB 2002, 2671; Tschöpe DB 2002, 1830 ff.

⁴¹ ErfK-Preis §§ 305 – 310 Rn 39

⁴² BAG 10. 4. 1991 – 5 AZR 226/90 – NZA 1991, 773. Ausnahme bei 100 %-iger Subventionierung durch die öffentliche Hand: BAG 11. 10. 1995 – 5 AZR 258/94 – NZA 1996, 698.

⁴³ Lakies, Kap. 1 Rn 287.

⁴⁴ Deinert, in: Kittner/Zwanziger/Deinert (Hrsg.), § 11 Rn 187 ff.

⁴⁵ BAG 31. 8. 2005 – 5 AZR 545/04 – NZA 2006, 324 Tz 44; BAG 1. 3. 2006 – 5 AZR 540/05 – NZA 2006, 688 Tz 15; BAG 1. 3. 2006 – 5 AZR 363/05 – NZA 2006, 746 Tz 31.

2. Pauschalabgeltung von Überstunden

Die insbesondere bei AT-Angestellten verbreitete Klausel „Erforderliche Überstunden sind mit dem Monatsgehalt abgegolten“ lässt sich nach einer neueren Entscheidung des BAG nicht mehr aufrechterhalten.⁴⁶ Ohne Rücksicht darauf, ob man eine solche Klausel zur Bestimmung der Hauptkondition zählt oder als bloße Nebenabrede auffasst⁴⁷, verstößt sie jedenfalls gegen das Transparenzprinzip: Aus dem Arbeitsvertrag muss sich ergeben, welche Arbeitsleistungen von der vereinbarten Vergütung erfasst werden. Der Arbeitnehmer muss wissen, was auf ihn zukommt, welche Leistung er für die vorgesehene Vergütung maximal erbringen muss.⁴⁸ Diese Voraussetzung war nicht gegeben, so dass die fragliche Klausel unwirksam ist.

An die Stelle der unwirksamen Klausel tritt die gesetzliche Regelung des § 612 Abs. 1 BGB. Danach ist eine Vergütung geschuldet, wenn „die Dienstleistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist.“ Nach der neuesten Rechtsprechung des BAG ist eine solche Erwartung nicht immer gegeben: vielmehr hänge sie von der Verkehrssitte und der Art der Dienstleistung sowie dem Verhältnis der Beteiligten zueinander ab.⁴⁹ Besonders wichtig sei, ob in dem betreffenden Wirtschaftsbereich für vergleichbare Tätigkeiten Tarifverträge gelten, die eine Überstundenvergütung vorsehen. Bei einem angestellten Rechtsanwalt, der mit Rücksicht auf eine mögliche Übernahme als Partner der Kanzlei weit über seine arbeitsvertraglichen Pflichten hinaus tätig war, wurde nach diesen Kriterien ein Anspruch verneint. Im Ergebnis läuft dies darauf hinaus, dass insbesondere bei Führungskräften häufig nicht mit einer separaten Vergütung gerechnet werden kann, doch ist die weitere Entwicklung abzuwarten.⁵⁰

3. Ausgleichsklausel und Aufhebungsvertrag

Im Zusammenhang mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses wird häufig eine Ausgleichsklausel, auch „Ausgleichsquittung“ genannt, vereinbart. Durch sie verzichten in der Regel beide Seiten auf alle weiteren Ansprüche, um damit einen endgültigen

⁴⁶ BAG 1. 9. 2010 – 5 AZR 517/09 – NZA 2011, 575.

⁴⁷ Meinungsstand bei ErfK-Preis §§ 305 – 310 BGB Rn 91.

⁴⁸ BAG a. a. O. Tz 15.

⁴⁹ BAG 17.8.2011 – 5 AZR 406/10 – NZA 2011, 1335, auch zum Folgenden.

⁵⁰ Eher Ansprüche bejahend Lembke, a. a. O., S. 113.

Schlussstrich unter das Arbeitsverhältnis zu ziehen.⁵¹ Das BAG hatte sich mit einem Fall zu befassen, in dem nur der Arbeitnehmer eine solche Erklärung abgab und damit gleichzeitig auf eine Abfindung in Höhe von ca. 9.000 Euro verzichtete, die er aufgrund einer betrieblichen Übung hätte beanspruchen können. Der Arbeitgeber sollte dafür jedoch keine Gegenleistung erbringen. Das Gericht meinte, eine solche Vereinbarung betreffe nicht den Gegenstand der Hauptleistung; vielmehr sei sie eine der Angemessenheitskontrolle nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unterliegende Nebenabrede. Angesichts der fehlenden Gegenleistung des Arbeitgebers liege eine unangemessene Benachteiligung des Arbeitnehmers vor.⁵²

In derselben Entscheidung sprach das BAG den Grundsatz aus, der Aufhebungsvertrag als solcher unterliege keiner Inhaltskontrolle und damit keiner Angemessenheitsprüfung. Die Hauptleistung beider Seiten sei hier die Beendigung des Arbeitsverhältnisses bzw. der Verzicht auf zukünftige Ansprüche.⁵³ Werde eine Abfindung bezahlt, so stehe diese im gleichfalls nicht überprüfbaren Äquivalenzverhältnis mit der Aufhebung des Arbeitsvertrags.⁵⁴ Dies bedeutet, dass auch eine Minimalabfindung nicht beanstandet werden kann, selbst wenn der Arbeitnehmer keine Kündigung befürchten musste und sich lediglich schwer tat, zum Wunsch des Arbeitgebers „nein“ zu sagen. Dies kann nicht überzeugen.

Zutreffend ist die erste Feststellung. Der Aufhebungsvertrag ist in der Tat das „Gegenstück“ zum Abschluss des Arbeitsvertrags; beide Seiten verzichteten gleichermaßen darauf, in Zukunft noch Ansprüche auf Arbeitsleistung bzw. Entgelt zu erwerben. Es sind keine Rechtsnormen im Sinne des § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB ersichtlich, von denen eine solche Abmachung abweichen würde.⁵⁵ Für die Bedingungen und Umstände der Auflösung gilt jedoch Abweichendes. In Form des ordentlich kündbaren Arbeitsverhältnisses mit den Fristen des § 622 BGB besteht ein gesetzliches Leitbild, von dem nicht in unangemessener Weise zu Lasten des Arbeitnehmers abgewichen werden darf. Dass dieses für einen bestimmten Zeitraum auch Leistung und Gegenleistung zum Gegenstand hat, ist im Rahmen des § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB ohne Bedeutung. Unterstellt,

⁵¹ Zum üblichen und möglichen Inhalt s. Däubler, in: Kittner/Däubler/Zwanziger (Hrsg.), Kündigungsschutzrecht, 8. Aufl., Frankfurt/Main 2011, Einl. Rn 401 ff.; Bachner, in: Kittner/Zwanziger/Deinert (Hrsg.), § 85 Rn 52 ff.; Schaub-Linck § 72 Rn 17 ff.

⁵² BAG 21. 6. 2011 – 9 AZR 203/10 – NZA 2011, 1338.

⁵³ BAG, a. a. O., Tz 42 unter Bezugnahme auf BAG 27. 11. 2003 – 2 AZR 135/03 – NZA 2004, 597.

⁵⁴ BAG, a. a. O., Tz 42.

⁵⁵ Im Einzelfall kann die Aufhebung als solche auch „ausgehandelt“ sein, so dass schon von daher das AGB-Recht keine Anwendung findet: Stoffels, ArbR, Rn 84.

die Fristen des § 622 BGB wären vertraglich abdingbar und die Parteien würden sich auf eine „Frist null“ verständigen, würde niemand an der Kontrollfähigkeit zweifeln. Ein auf Initiative des Arbeitgebers zustande gekommener Aufhebungsvertrag, der sofortige Wirkung entfaltet, ist damit aber völlig vergleichbar. Dem lässt sich nicht etwa entgegenhalten, Kündigung und Aufhebungsvertrag stünden gleichberechtigt nebeneinander und hätten im Grunde nichts miteinander zu tun. Im Gesetz ist vielmehr das „Normalmodell“ der Kündigung eingehend geregelt, während sich die Möglichkeit einer vertraglichen Auflösung nur mittelbar aus § 623 BGB ergibt. Schließlich hat das BAG entschieden, § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB sei verletzt, wenn ohne kompensatorische Gegenleistung auf eine Kündigungsschutzklage verzichtet werde.⁵⁶ Es kann aber schwerlich einen Unterschied machen, ob ein Aufhebungsvertrag mit sofortiger Wirkung geschlossen oder auf ein (weiteres) Vorgehen gegen eine ausgesprochene Kündigung verzichtet wird.⁵⁷

Das Leitbild des § 622 BGB passt als Maßstab nur, wenn die Initiative zum Aufhebungsvertrag vom Arbeitgeber ausging und die Abfindung erheblich hinter dem Entgelt zurückblieb, was bei Wahrung der Kündigungsfrist hätte bezahlt werden müssen. Vorausgesetzt ist also, dass der Aufhebungsvertrag sofort oder jedenfalls vor Ablauf der Kündigungsfrist wirksam werden soll. Fehlte ein Kündigungsgrund, so ist eine höhere Abfindung angemessen, weil der Arbeitnehmer in diesem Fall nicht nur auf die Frist, sondern auch auf den materiellen Kündigungsschutz verzichtete. Auf der anderen Seite ist es nicht unangemessen, wenn die Abfindung entfällt, weil der Arbeitgeber nach § 626 BGB hätte fristlos kündigen können.

IV. Sonderleistungen des Arbeitgebers – reduzierte Verbindlichkeit?

In vielen Betrieben werden zusätzlich zu dem vereinbarten Arbeitsentgelt aus bestimmtem Anlass (z. B. Geburt eines Kindes) oder zu bestimmten Terminen (Weihnachten) zusätzliche Vergütungen erbracht.⁵⁸ Der Arbeitgeber kann dabei das Bedürfnis haben, sich nicht auf alle Zeiten zu binden, insbesondere bei schlechter Geschäftslage von diesen „Großzügigkeiten“ wieder loszukommen.⁵⁹ Außerdem stellt sich das Problem von

⁵⁶ BAG 6. 9. 2007 – 2 AZR 722/06 – NZA 2008, 219.

⁵⁷ Lakies Kap. 1 Rn 120; ebenso (wenn auch mit der Stoßrichtung in beiden Fällen § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB anzuwenden) Junker, FS Buchner, S. 376 ff.

⁵⁸ Vgl. Schaub-Linck § 78 Rn 1.

⁵⁹ Zu den Ursachen übertariflicher betrieblicher Sozialleistungen, die wenig mit „Großzügigkeiten“ zu tun haben, s. Däubler, Arbeitsrecht 1, 16. Aufl., Reinbek 2006, Rn 292.

Rückzahlungsklauseln: Darf die Rückgewähr der Leistung vorgesehen werden, wenn der Arbeitnehmer von sich aus kündigt? Kann dies auch für Fortbildungs- und Umzugskosten bestimmt werden, die der Arbeitgeber verauslagt hat?

1. Widerrufsvorbehalte

Eine mögliche rechtliche Gestaltungsform liegt darin, dass der Arbeitgeber zwar eine Bindung für die Zukunft, z. B. durch Gesamtzusage schafft, dass er sich jedoch einen Widerruf vorbehält. § 308 Nr. 4 BGB lässt dies zu, soweit es für den Arbeitnehmer zumutbar ist. Die Rechtsprechung des BAG verlangt heute insgesamt drei Voraussetzungen, die ein wirksamer Widerrufsvorbehalt erfüllen muss.

- Der Widerruf darf nicht beliebig möglich, sondern muss als Mittel zur Anpassung an veränderte Verhältnisse notwendig sein. Dabei sind die Interessen des Arbeitgebers wie die des Arbeitnehmers zu berücksichtigen.⁶⁰

- Der widerrufliche Teil des Gesamtverdienstes muss unter 25 % liegen; auch muss der Tariflohn gewahrt bleiben.⁶¹ Ersetzt der Arbeitgeber darüber hinaus Aufwendungen, die normalerweise der Arbeitnehmer zu tragen hat (Kosten für die Fahrt zum Arbeitsplatz), so kann dieser Satz bis auf 30 % ansteigen. Für diesen außerhalb des Synallagmas stehenden Bereich sind die Anforderungen an die Gründe relativ gering.⁶² Bei den flexiblen Teilen der Gesamtvergütung sind auch solche Leistungen zu berücksichtigen, die aus anderen Gründen, z. B. wegen eines Freiwilligkeitsvorbehalts, zur Disposition des Arbeitgebers stehen.⁶³

- Die möglichen Widerrufsgründe müssen im Arbeitsvertrag benannt sein.⁶⁴ Dabei ist das BAG allerdings recht großzügig und begnügt sich damit, dass die „Richtung“ der Gründe, etwa solche wirtschaftlicher Art benannt wird.⁶⁵ In der Literatur werden mit guten Gründen höhere Anforderungen gestellt, um dem Transparenzprinzip Rechnung zu tragen und so den Arbeitnehmer in die Lage zu versetzen, selbst beurteilen zu können, wann ggf.

⁶⁰ BAG 12. 1. 2005 – 5 AZR 364/04 – NZA 2005, 465; BAG 11. 10. 2006 – 5 AZR 721/05 – NZA 2007, 87

⁶¹ BAG 11. 10. 2006 – 5 AZR 721/05 – NZA 2007, 87.

⁶² BAG 11. 10. 2006 – 5 AZR 721/05 – NZA 1007, 87, 89 Tz 23: „Der Arbeitgeber ist dann bis zur Grenze der Willkür frei, die Voraussetzungen des Anspruchs festzulegen und dementsprechend auch den Widerruf zu erklären“.

⁶³ Ebenso Bayreuther BB 2009, 102, 107; Bonin, in: Däubler/Bonin/Deinert, § 308 Nr. 4 Rn 38.

⁶⁴ BAG 12. 1. 2005 – 5 AZR 364/04 – NZA 2005, 465; BAG 11. 10. 2006 – 5 AZR 721/05 – NZA 2007, 87.

⁶⁵ Wie Fn 64.

mit einer Entgeltminderung zu rechnen ist.⁶⁶ Dieser formalen Anforderung konnten Arbeitsverträge nicht entsprechen, die vor Inkrafttreten der Schuldrechtsmodernisierung abgeschlossen wurden. Dem trägt das BAG in der Weise Rechnung, dass es zwar auch solche alten Widerrufsvorbehalte für unwirksam erklärt, gleichzeitig aber die Möglichkeit einer ergänzenden Vertragsauslegung eröffnet.⁶⁷ Diese führt in der Regel zur Aufrechterhaltung der Klausel, weil sich vernünftig und fair denkende Vertragsparteien in Kenntnis der Rechtsprechung darauf verständigt hätten, die möglichen Gründe in den Vertrag hineinzuschreiben.

Ist der Widerrufsvorbehalt als solcher nicht zu beanstanden, wird im Einzelfall geprüft, ob der ausgesprochene Widerruf billigem Ermessen entspricht. Daran fehlt es beispielsweise, wenn nur gegenüber bestimmten Personen eine solche Erklärung abgegeben wird, andere jedoch ohne zwingenden Grund verschont bleiben.⁶⁸ Auch kann es unter bestimmten Umständen geboten sein, den Widerruf nur unter Wahrung einer Ankündigungsfrist auszusprechen, um den betroffenen Arbeitnehmern so die Möglichkeit zu geben, sich auf die veränderte Situation einzustellen.⁶⁹

2. Freiwilligkeitsvorbehalt

Der Arbeitgeber kann weiter die von ihm erbrachte Leistung unter „Freiwilligkeitsvorbehalt“ stellen. Dies bedeutet, dass er sich bewusst nicht für die Zukunft binden will und dass er nach seiner Vorstellung die Leistung jederzeit einstellen kann. Anders als beim Widerruf bedarf es hier keiner gestaltenden Erklärung, um die Entstehung eines neuen Anspruchs zu verhindern. Um wirksam zu sein, muss der Freiwilligkeitsvorbehalt allerdings eine Reihe von Voraussetzungen erfüllen.

- Er muss klar und eindeutig erklärt sein. Dies war schon vor Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes anerkannt.⁷⁰

- Widerrufs- und Freiwilligkeitsvorbehalt dürfen nicht kombiniert werden. Dies wäre eine widersprüchliche Regelung, die gegen das Transparenzprinzip verstößt.⁷¹

⁶⁶ Bonin, in: Däubler/Bonin/Deinert § 308 Nr. 4 Rn 33; ErfK-Preis §§ 305 – 310 BGB Rn 61.

⁶⁷ BAG 12. 1. 2005 – 5 AZR 364/04 – NZA 2005, 465.

⁶⁸ Vgl. ErfK-Preis §§ 305 – 310 BGB Rn 62.

⁶⁹ Bonin, in: Däubler/Bonin/Deinert § 308 Nr. 4 Rn 46.

⁷⁰ BAG 26. 5. 1992 AP Nr. 2 zu § 1 BUrlG; BAG 5. 6. 1996 – 10 AZR 883/95 – NZA 1996, 1028.

⁷¹ BAG 14. 9. 2011 – 10 AZR 526/10 – NZA 2012, 81 Tz 21 ff.

- Das laufende Arbeitsentgelt darf nicht unter einen Freiwilligkeitsvorbehalt gestellt werden. Dies gilt insbesondere auch von einer monatlich erbrachten Leistungszulage.⁷²

- Ein globaler Freiwilligkeitsvorbehalt, der alle zukünftigen Leistungen des Arbeitgebers unabhängig von ihrer Art oder ihrem Entstehungsgrund erfasst, stellt regelmäßig eine unangemessene Benachteiligung des Arbeitnehmers dar.⁷³ Auch ist er intransparent, weil er die Möglichkeit nicht erkennbar macht, eine bindende Individualabrede nach § 305b BGB zu treffen.

3. Anrechnungsvorbehalte

Arbeitsverträge können weiter eine Klausel enthalten, dass Tariflohnerhöhungen auf übertarifliche Leistungen angerechnet werden. Sie soll nach der Rechtsprechung nicht kontrollfähig sein, da sie Teil der Entgeltvereinbarung sei und damit unter § 307 Abs. 3 Satz 1 falle.⁷⁴ Dies überzeugt nicht, da es sich nicht anders als beim Widerrufsvorbehalt um eine „Preisnebenabrede“ handelt, die sehr wohl unter § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB fällt. Man könnte die Anrechnungsklausel sogar als einen Spezialfall des Widerrufsvorbehalts begreifen: Der Arbeitgeber behält sich das Recht vor, übertarifliche Zulagen bis zum Umfang der Tariflohnerhöhung zu widerrufen. Auch nach der Rechtsprechung greift jedoch die AGB-Kontrolle Platz, wenn es um die Verrechnung mit einer konkreten Zahlung wie einer Leistungszulage geht. In diesem Fall werde der Arbeitnehmer aber nicht unangemessen benachteiligt, da sich anders als beim Widerrufsrecht die Gesamtvergütung nicht verringere.⁷⁵ Anders als beim Widerrufsrecht wird auch das Transparenzprinzip nicht sehr ernst genommen. Aus der bloßen Formulierung, es handle sich um eine „übertarifliche Zulage“, könne der Arbeitnehmer bereits erkennen, dass er mit einer Anrechnung von Tariflohnerhöhungen rechnen müsse; Anrechnungsvorbehalte seien seit Jahrzehnten im Arbeitsleben gang und gäbe; insoweit handle es sich um eine Besonderheit des Arbeitsrechts nach § 310 Abs. 4 Satz 2 BGB.⁷⁶

⁷² BAG 25. 4. 2007 – 5 AZR 627/06 – NZA 2007, 853.

⁷³ BAG 14. 9. 2011 – 10 AZR 526/10 – NZA 2012, 81 Tz 32 ff.

⁷⁴ BAG 1. 3. 2006 – 5 AZR 363/05 – NZA 2006, 746 Tz 31.

⁷⁵ BAG 1. 3. 2006 – 5 AZR 363/05 – NZA 2006, 746 Tz 32.

⁷⁶ BAG 1. 3. 2006 – 5 AZR 363/05 – NZA 2006, 746; BAG 27. 8. 2008 – 5 AZR 820/07 – NZA 2009, 49. Kritisch mit Recht Lakies Kap. 5 Rn 54 f.; Bonin, in: Däubler/Bonin/Deinert § 308 Nr. 4 Rn 48.

Fehlt es selbst an einer solchen rudimentären Anrechnungsklausel, so kann gleichwohl eine Anrechnung erfolgen, soweit es sich nicht um eine Leistungszulage oder einen anderen selbständigen Entgeltbestandteil handelt.⁷⁷ Dies verstößt – von anderen Bedenken abgesehen⁷⁸ - gegen § 305c Abs. 2 BGB. Wenn im Vertrag nichts gesagt ist, ist er mit Rücksicht auf die jahrzehntelange Praxis allenfalls uneindeutig und muss sich deshalb eine Auflösung zugunsten des Arbeitnehmers gefallen lassen. In Wirklichkeit dürfte er eindeutig für den Arbeitnehmer und gegen die Anrechnung sprechen. Dies ins Gegenteil zu verkehren, stellt erst recht einen Verstoß gegen 305c Abs. 2 BGB dar. Eine rechtsdogmatisch saubere Lösung könnte nur darin bestehen, dass man eine gewohnheitsrechtliche Befugnis des Arbeitgebers zur Anrechnung annimmt – davor dürfte aber das BAG zurückschrecken, da dieselbe Rechtsfigur dann auch in anderen Zusammenhängen anwendbar wäre und beispielsweise Zulagen, die seit vierzig Jahren bezahlt werden, als betriebliches Gewohnheitsrecht nur mit größten Schwierigkeiten wieder zu beseitigen wären.

4. Befristung einer Leistung

Dem Arbeitgeber steht weiter die Möglichkeit offen, bestimmte Leistungen von vorne herein zu befristen. Die Rechtsprechung überprüft, ob in der Befristung als solcher eine unangemessene Benachteiligung des Arbeitnehmers liegt.⁷⁹ Dabei findet § 307 Abs. 1 BGB Anwendung, nicht etwa die §§ 14 ff. des TzBfG (was nicht ausschließt, dass man Wertungen des TzBfG übernimmt⁸⁰). Die Rechtsprechung des BAG hat sich bisher fast ausschließlich mit der befristeten Verlängerung der Arbeitszeit von Teilzeitkräften befasst,⁸¹ hatte aber keine Gelegenheit, über die Befristung von Sonderzahlungen zu befinden. Insoweit müssten dieselben Grundsätze wie beim Widerrufsvorbehalt und beim Freiwilligkeitsvorbehalt gelten, da sonst Wertungswidersprüche entstehen würden.⁸² In Bezug auf Transparenzerfordernisse soll es aber genügen, dass der Endzeitpunkt klar bestimmt ist; der Befristungsgrund müsse nicht angegeben werden.⁸³ Dies kann nicht überzeugen, da der Arbeitnehmer auf diese Weise nicht überprüfen kann, ob die

⁷⁷ BAG 1. 3. 2006 – 5 AZR 540/05 – NZA 2006, 688

⁷⁸ Schoof, in: Kittner/Zwanziger/Deinert § 34 Rn 21 f.

⁷⁹ BAG 27. 7. 2005 – 7 AZR 486/04 – NZA 2006, 40, 45 f.; BAG 8. 8. 2007 – 7 AZR 855/06 – NZA 2008, 229.

⁸⁰ Vgl. BAG 27. 7. 2005 – 7 AZR 486/04 – NZA 2006, 40, 46.

⁸¹ Dazu unten V a. E.

⁸² Bonin, in: Däubler/Bonin/Deinert § 307 Rn 208.

⁸³ BAG 2. 9. 2009 – 7 AZR 233/08 – NZA 2009, 1253.

Befristung zu Recht oder zu Unrecht vereinbart wurde, weil er das zugrunde liegende Interesse des Arbeitgebers nicht kennt.⁸⁴

5. Rückzahlungsklauseln

Im Zusammenhag mit „Gratifikationen“ wird häufig vereinbart, dass sie zurückzuzahlen seine, wenn der Arbeitnehmer vor einem bestimmten Termin wie z. B. dem 31. März des Folgejahres aus dem Betrieb ausscheidet. Nach der neuesten Rechtsprechung des BAG ist hier zu unterscheiden:

Knüpft die Bezahlung an die erbrachte Arbeitsleistung an, so sind derartige Bindungsklauseln unwirksam: Die Arbeitnehmerinteressen sind in unangemessenem Umfang beeinträchtigt, weil von dem in § 611 BGB niedergelegten Anspruch auf das verdiente Arbeitsentgelt abgewichen und außerdem die Ausübung des Kündigungsrechts erschwert wird.⁸⁵ Dasselbe gilt auch dann, wenn eine Zuwendung Mischcharakter ist, also daneben auch die künftige Betriebstreue fördern oder andere Zwecke verfolgen will.⁸⁶ Damit sind bei Gratifikationen zahlreiche Rückzahlungsklauseln gegenstandslos geworden.

Ist die Zuwendung kein Entgelt für erbrachte Arbeitsleistung, ist eine Bindung möglich. Dabei muss der Arbeitgeber nicht nach den Gründen differenzieren, weshalb das Arbeitsverhältnis vor Ablauf der vorgesehenen Frist endete; auch die von ihm ausgehende Kündigung kann einbezogen werden.⁸⁷

Bei der Länge der zulässigen Bindung führt das BAG die vor 2002 entwickelten Grundsätze fort. Maßstab ist heute der im Lichte des Art. 12 Abs. 1 GG ausgelegte § 307 Abs. 1 BGB,⁸⁸ während in der Vergangenheit unmittelbar auf Art. 12 GG zurückgegriffen wurde. Die Dauer der zulässigen Bindung hängt von der Höhe der Zuwendung ab. Dabei wird eine Bezahlung gegen Jahresende vorausgesetzt. Danach gilt Folgendes:

⁸⁴ Bonin, in: Däubler/Bonin/Deinert § 307 Rn 208b.

⁸⁵ BAG 18. 1. 2012 – 10 AZR 612/10 – NZA 2012, 561; BAG 18. 1. 2012 – 10 AZR 667/10 – NZA 2012, 620.

⁸⁶ BAG 18. 1. 2012 – 10 AZR 612/10 – NZA 2012, 561.

⁸⁷ BAG 18. 1. 2012 – 10 AZR 667/10 – NZA 2012, 620.

⁸⁸ BAG 25.4.2007 – 10 AZR 634/06 – NZA 2007, 875 Tz 25.

- Zuwendungen bis 100 Euro können keine Bindung rechtfertigen.⁸⁹ In der Literatur wird unter Hinweis auf die Preissteigerungen der letzten zwanzig Jahre zu Recht eine Erhöhung auf mindestens 150 Euro verlangt.⁹⁰

- Zuwendungen, die über 100 Euro, aber unter einem Monatsgehalt liegen, können eine Bindung bis zum 31. 3. des Folgejahres rechtfertigen. Dabei spielt es keine Rolle, wenn die Auszahlung bereits im November erfolgte. Eine längere Bindung würde gegen § 307 Abs. 1 BGB verstoßen.⁹¹

- Erhält der Arbeitnehmer ein Monatsgehalt oder mehr, so kann er bis zu dem auf den 31. März folgenden Kündigungstermin gebunden werden, wobei allerdings der 30. 6. die Obergrenze darstellt.⁹² Dies gilt auch dann, wenn beinahe zwei Monatsgehälter erreicht sind.

- Ob bei einer Bonuszahlung, die 25 % oder mehr des Jahresverdienstes ausmacht, überhaupt eine Bindung möglich ist, blieb zunächst dahingestellt,⁹³ dürfte aber heute daran scheitern, dass es sich zumindest teilweise um eine Entgelt für geleistete Arbeit handelt.⁹⁴ Dafür, dass die Leistung nicht als eine reine Treue- und Weihnachtsgratifikation zu qualifizieren ist, spricht schon die Höhe des Betrages.⁹⁵

Sonderprobleme ergeben sich, wenn der Arbeitgeber Fortbildungskosten ganz oder teilweise übernommen hat. Hier hat er ein besonders starkes Interesse daran, dass seine „Investition“ in die Qualifizierung seiner Beschäftigten dem Unternehmen zugute kommt. Die Rechtsprechung respektiert dieses Interesse, schützt jedoch gegen „überschießende“ Wahrung von Arbeitgeberinteressen. Grundsätzlich kann eine Rückzahlungsverpflichtung vereinbart werden, wenn der Arbeitnehmer vor Ablauf bestimmter Frist das Unternehmen verlässt. Folgende Voraussetzungen müssen erfüllt sein:⁹⁶

⁸⁹ BAG 21. 5. 2003 – 10 AZR 390/02 – NZA 2003, 1032, 1033, bestätigt durch BAG 25. 4. 2007 – 10 AZR 634/06 – NZA 2007, 875 Tz 25.

⁹⁰ Schaub-Linck § 78 Rn 66.

⁹¹ BAG 25. 4. 2007 – 10 AZR 634/06 – NZA 2007, 875.

⁹² BAG 24. 10. 2007 – 10 AZR 825/06 – NZA 2008, 40; Schaub-Linck § 78 Rn 67.

⁹³ BAG 24. 10. 2007 – 10 AZR 825/06 – NZA 2008, 40 Os. 8.

⁹⁴ BAG 18. 1. 2012 – 10 AZR 667/10 – NZA 2012, 620.

⁹⁵ BAG 18. 1. 2012 – 10 AZR 667/10 – NZA 2012, 620 Tz 15.

⁹⁶ Dazu auch BAG 19. 1. 2011 – 3 AZR 621/08 – NZA 2012, 85.

- Die Fortbildung muss einen „geldwerten Vorteil“ darstellen, also auch im Rahmen künftiger Bewerbungen bei anderen Arbeitgebern von Nutzen sein. Geht es nur um die Einarbeitung in die übernommenen Aufgaben oder um die Vermittlung von rein innerbetrieblichem Know how, scheidet eine Rückzahlungspflicht von vorne herein aus.⁹⁷

- Die Rückzahlungspflicht darf nur für solche Fälle vorgesehen werden, in denen das Ausscheiden in den Verantwortungsbereich des Arbeitnehmers fällt.⁹⁸

- Nur die vom Arbeitgeber tatsächlich aufgewendeten Kosten können Gegenstand der Erstattung sein.

- Die Vorteile der Ausbildung und die Dauer der Bindung müssen in einem angemessenen Verhältnis stehen.⁹⁹ Die Rechtsprechung hat dabei Richtwerte entwickelt, von denen allerdings im Einzelfall abgewichen werden kann. So ist etwa eine Bindung von sechs Monaten ab Ende der Fortbildung zulässig, wenn diese bei voller Entgeltfortzahlung bis zu einem Monat gedauert hat. Eine Fortbildungsmaßnahme von drei bis vier Monaten Dauer rechtfertigt grundsätzlich eine Bindung von zwei Jahren.

- Werden die Kosten eines Studiums übernommen, so muss sich der Darlehensgeber verpflichten, den Studenten nach Abschluss seiner Ausbildung zu klar definierten Arbeitsbedingungen zu übernehmen.¹⁰⁰

Wird gegen diese Grundsätze verstoßen, ist die Klausel über die Rückzahlungspflicht unwirksam. Eine ergänzende Vertragsauslegung ist jedoch dann möglich, wenn es für den Arbeitgeber angesichts der Umstände des Einzelfalls besonders schwierig war, die zutreffende Bindungsfrist zu ermitteln.¹⁰¹ Dies läuft im Ergebnis darauf hinaus, dass die „gerade noch zulässige“ Bindungsfrist als vereinbart gilt. Eine solche geltungserhaltende Reduktion verstößt gegen § 306 Abs. 2 BGB, da schwierige Einschätzungsfragen auch in anderen Fällen auftreten können und nicht zum Abgehen vom Gesetz berechtigen.

⁹⁷ BAG 14. 1. 2009 – 3 AZR 900/07 – NZA 2009, 666 Tz 18.

⁹⁸ BAG 11. 4. 2006 – 9 AZR 610/05 – NZA 2006, 1042.

⁹⁹ BAG 14. 1. 2009 – 3 AZR 900/07 – NZA 2009, 666 Tz 18, auch zum Folgenden.

¹⁰⁰ BAG 18. 3. 2008 – 9 AZR 186/07 – NZA 2008, 1004.

¹⁰¹ BAG 14. 1. 2009 – 3 AZR 900/07 – NZA 2009, 666.

V. Flexibilisierung der Arbeitszeit

Der Arbeitgeber hat ein Interesse daran, die Arbeitszeit an den Arbeitsanfall anzupassen. § 12 Abs. 1 TzBfG sieht für die hier besonders wichtige Teilzeitarbeit die grundsätzliche Zulässigkeit der Arbeit auf Abruf vor, verlangt aber, dass im Arbeitsvertrag eine „bestimmte Dauer der wöchentlichen und täglichen Arbeitszeit festgelegt wird. Das BAG hatte sich mit einem Arbeitsvertrag zu befassen, der eine Wochenarbeitszeit von dreißig Stunden vorsah, jedoch bei Bedarf den Arbeitnehmer auch zur Leistung von 40 Stunden Arbeit verpflichtete.¹⁰² Bei der Beurteilung nach den Maßstäben des § 307 Abs. 1 BGB hatte das Gericht in gleicher Weise die Interessen des Arbeitnehmers zu berücksichtigen, der auf eine planbare Arbeitszeit angewiesen ist, weil sonst familiäre Aufgaben nur noch mit großen Schwierigkeiten erfüllbar sind und weil mit der Arbeitszeit auch das Einkommen schwankt. Das BAG hätte sich eigentlich wegen des § 12 Abs. 1 TzBfG gegen eine flexible Dauer der Arbeitszeit entscheiden müssen, tat dies aber entgegen der ganz herrschenden Ansicht in der Literatur nicht:¹⁰³ § 12 Abs. 1 verlange nur die Vereinbarung einer Mindestarbeitszeit. Damit war Raum geschaffen für eine Flexibilisierung, der mit Rücksicht auf die Arbeitnehmerinteressen Grenzen gezogen wurden: Der flexible Teil der Arbeitszeit dürfe höchstens 25 % der Mindestarbeitszeit betragen – eine für die Praxis hilfreiche Quantifizierung, die der Flexibilisierung der Gesamtentgelthöhe entspricht.¹⁰⁴ Allerdings ist es unzulässig, beide Formen zu kombinieren und sowohl die Vergütung als auch die Arbeitszeit in Zeiten der Flaute abzusenken, doch ist dies bislang nicht ausdrücklich festgestellt worden. Die 25 % - Grenze kann auf der Grundlage einer so genannten Koalitionsvereinbarung tariffähiger Organisationen überschritten werden,¹⁰⁵ was dem Tarifvorbehalt des § 12 Abs. 3 TzBfG entspricht.¹⁰⁶

Was geschieht, wenn der 25 % - Rahmen im Arbeitsvertrag überschritten wird? Das BAG wendet in diesem Fall die Grundsätze über die ergänzende Vertragsauslegung an,¹⁰⁷ was im konkreten Fall dazu führte, dass die tatsächlich geleistete Arbeitszeit von 35 Stunden zugrunde gelegt wurde. Da die Parteien aber Arbeit auf Abruf gewollt hätten, könne dieses Quantum nur als Mindestarbeitszeit gewertet werden, das dann bis auf 40 Stunden

¹⁰² BAG 7. 12. 2005 – 5 AZR 535/04 – NZA 2006, 423.

¹⁰³ BAG, a. a. O., Tz 27 ff.

¹⁰⁴ Dazu oben IV 1.

¹⁰⁵ BAG 14. 8. 2007 – 9 AZR 18/07 – NZA 2008, 1194.

¹⁰⁶ Kritisch ErfK-Preis §§ 305 -310 BGB Rn 56.

¹⁰⁷ BAG 7. 12. 2005 – 5 AZR 535/04 – NZA 2006, 423 Tz 50 ff., auch zum Folgenden.

aufgestockt werden könne. Die Begründung bleibt letztlich dunkel, zumal es ein wenig irritiert, dass die 35 Stunden, die ja die geleistete „Arbeit auf Abruf“ mit erfassten, nunmehr zu einer Mindestarbeitszeit gemacht wurden. Nahe liegender wäre es gewesen, die 35 Stunden als feste Arbeitszeit zu behandeln und eine Überschreitung nur im Wege von Überstunden zuzulassen.¹⁰⁸

Ein ähnlicher Effekt wie bei einem Zeitkontingent an Abrufarbeit tritt ein, wenn das Arbeitszeitdeputat einer Teilzeitkraft für eine bestimmte Zeit erhöht wird.¹⁰⁹ Eine solche Abmachung ist am Maßstab des § 307 Abs. 1 zu überprüfen¹¹⁰, wobei die Arbeitgeberinteressen im Regelfall überwiegen, wenn ein sachlicher Grund für die Befristung des ganzen Arbeitsverhältnisses besteht.¹¹¹ Konsequenterweise dürfte der befristete Teil nicht mehr als 25 % des Gesamtdeputats ausmachen.

VI. Bezugnahmeklauseln

1. Tarifverträge

Die engsten Berührungspunkte zum kollektiven Arbeitsrecht haben Klauseln, die auf Tarifverträge verweisen. Angesichts des gesunkenen gewerkschaftlichen Organisationsgrades beruht die Tarifgeltung in der weit überwiegenden Mehrzahl der Fälle auf einer solchen arbeitsvertraglichen Abmachung. Sie wirft eine ganze Reihe von Problemen auf, die in den vergangenen Jahren Gegenstand vieler Entscheidungen und einer noch größeren Zahl an Publikationen waren. In der Regel ergeben sich Auslegungsfragen.

a) Arten der Verweisung

Ist im Einzelfall unklar, ob eine statische oder eine dynamische Verweisung gemeint ist, so greift § 305c Abs.2 BGB ein, wonach die dem Arbeitnehmer günstigere Regelung zu wählen ist. Diese zu bestimmen ist heute oft schwierig, da die früher bestehende Präferenz für die dynamische Verweisung nicht mehr überall für den Arbeitnehmer günstiger ist. So

¹⁰⁸ Ähnlich ErfK-Preis §§ 305 – 310 BGB Rn 56.

¹⁰⁹ S. die Fälle BAG 27. 7. 2005 – 7 AZR 486/04 – NZA 2006, 40; BAG 8. 8. 2007 – 7 AZR 855/06 – NZA 2008, 229; BAG 2. 9. 2009 – 7 AZR 233/08 – NZA 2009, 1253.

¹¹⁰ Wie Fn 109.

¹¹¹ BAG 8. 8. 2007 – 7 AZR 855/06 – NZA 2008, 229; BAG 2. 9. 2009 – 7 AZR 233/08 – NZA 2009, 1253.

muss man etwa im Bereich der betrieblichen Altersversorgung damit rechnen, dass neue Tarifverträge nicht besser sondern schlechter als die bisherigen sind.¹¹² In aller Regel werden allerdings die Formulierungen so gewählt, dass auf den „jeweiligen“ Tarifvertrag verwiesen wird.

Liegt eine dynamische Bezugnahme vor, so wird sie sich in der Regel auf „alle Entgelttarife“ oder „alle Tarife“ einer bestimmten Branche beziehen. Dieser sog. kleinen dynamischen Verweisung steht die sog. große dynamische Verweisung gegenüber, wonach „die jeweils im Betrieb maßgebenden Tarifverträge“ gelten sollen. Wird etwa aus der bisher zum Metallbetrieb X gehörenden Kantine eine eigenständige GmbH gemacht, die dem Gastronomiesektor angehört, so greifen die dort bestehenden Tarifverträge ein; man spricht deshalb auch von einer „Tarifwechselklausel“.

b) Bezugnahme auf Branchentarifverträge

Bei der Bezugnahme auf Branchentarifverträge wie z. B. die des öffentlichen Dienstes wurde vom BAG zunächst eine den Wortlaut korrigierende Auslegung vorgenommen. Dabei war zu differenzieren.

War der Arbeitgeber tarifgebunden, so hatte die Bezugnahmeklausel lediglich die Bedeutung einer Gleichstellungsabrede.¹¹³ Organisierte und nicht organisierte Arbeitnehmer sollten gleichbehandelt werden. Dies bedeutete, dass bei einem Austritt des Arbeitgebers aus dem Arbeitgeberverband und bei Branchenwechsel des fraglichen Betriebs eine Entkoppelung von der weiteren Tarifentwicklung eintrat. Da die Tarifbindung der Organisierten endete und die bisherigen Tarife nur noch nachwirkten, galt für die von der Klausel Erfassten dasselbe.

War der Arbeitgeber nicht tarifgebunden, hatte die Bezugnahme konstitutiven Charakter: Die Beschäftigten nahmen an der Tarifentwicklung so lange teil, wie die Tarifverträge (oder ihre Nachfolgeregelungen) existierten.¹¹⁴ Dasselbe wurde angenommen, wenn auf nicht einschlägige Tarifverträge (z. B. eines anderen Tarifgebiets) verwiesen wurde.¹¹⁵

¹¹² Reinecke BB 2006, 2639. Zu weiteren Einzelfragen s. Däubler, in: Däubler/Bonin/Deinert, § 305c Rn 43.

¹¹³ BAG 26. 9. 2001 – 4 AZR 544/00 – NZA 2002, 634; BAG 19. 2. 2003 – 4 AZR 331/02 – NZA 2003, 1207.

¹¹⁴ BAG 13. 11. 2002 – 4 AZR 393/01 – NZA 2003, 1039; BAG 1. 12. 2004 – 4 AZR 50/04 – NZA 2005, 478.

¹¹⁵ BAG 25. 10. 2000 – 4 AZR 506/99 – NZA 2002, 100.

In der Literatur überwog zu Recht die Kritik an dieser Rechtsprechung.¹¹⁶ Unverständlich war, dass ein und dieselbe Klausel je nach Verbandszugehörigkeit des Arbeitgebers einen völlig unterschiedlichen Inhalt haben sollte. Auch bestand für neu eingestellte Arbeitnehmer volle Intransparenz, entspricht es doch nicht dem Üblichen, bei der Einstellung nach der Verbandszugehörigkeit des Arbeitgebers zu fragen. Weiter stellte es ersichtlich die Norm des § 305c Abs. 2 BGB auf den Kopf, wenn eine vom Wortlaut her eindeutige Regelung (nämlich die fortdauernde Partizipation an der Tarifentwicklung) im Verhältnis zum organisierten Arbeitgeber in ihr schlichtes Gegenteil verwandelt wurde. Dabei wurde nicht einmal erwogen, die Tarifparteien hätten ja auch das wollen können, was sie tatsächlich erklärt hatten.¹¹⁷

Das BAG hat auf die Kritik reagiert, mit Urteil vom 14. 12. 2005¹¹⁸ einen Wandel seiner Rechtsprechung angekündigt und ihn mit Urteil vom 18. 4. 2007¹¹⁹ in die Tat umgesetzt. Für Bezugnahmeklauseln, die nach Inkrafttreten der Schuldrechtsmodernisierung am 1. 1. 2002 abgeschlossen wurden, gilt nunmehr das in ihrem Wortlaut zum Ausdruck Gekommene. Soweit man eine Uneindeutigkeit annehmen muss, greift § 305c Abs. 2 BGB ein. Dies bedeutet eine weitere Partizipation an der tariflichen Entwicklung. Konkret bedeutet dies, dass eine Verweisung auf die Tarifverträge des öffentlichen Dienstes auch dann bestehen bleibt, wenn ein Reinigungsdienst zu einer eigenständigen GmbH gemacht wird und deshalb dem für allgemeinverbindlich erklärten Tarif des Gebäudereinigungshandwerks unterfällt. Die Bezugnahmeklausel enthält eine gegenüber dem neuen Tarifvertrag günstigere Regelung.¹²⁰

c) Vertrauensschutz für Altverträge

Für Altverträge, die vor dem 1. 1. 2002 abgeschlossen wurden, bleibt es jedoch bei der Auslegung als „Gleichstellungsabrede“. Der der Arbeitgeberseite eingeräumte Vertrauensschutz ist auch nicht zeitlich befristet, obwohl Art. 229 § 5 EGBGB eine Frist von einem Jahr für die Anpassung alter Verträge einräumte.¹²¹ Bei nach dem 1. 1. 2002 vorgenommenen Vertragsänderungen kommt es darauf an, ob die Klausel zum

¹¹⁶ Annuß AuR 2002, 362; Däubler, Arbeitsrecht 1, Rn 229 f.; Thüsing/Lambrich RdA 2002, 193; Stein, in Kempen/Zachert (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz. Kommentar, 4. Aufl., Frankfurt/Main 2006, § 3 Rn 186 ff.

¹¹⁷ Zutreffend Thüsing NZA 2006, 473; ähnlich Bayreuther DB 2007, 166.

¹¹⁸ 4 AZR 536/04 – NZA 2006, 607.

¹¹⁹ 4 AZR 652/05 – NZA 2007, 965.

¹²⁰ BAG 29. 8. 2007 – 4 AZR 767/06 – NZA 2008, 364.

¹²¹ BAG 17. 11. 2010 – 4 AZR 127/09 – NZA 2011, 457.

Gegenstand der rechtsgeschäftlichen Willensbildung gemacht wurde.¹²² Bisweilen wird das „alte Recht“ auch noch weiterentwickelt und ausgeführt, die Klausel habe auch in einem und demselben Unternehmen eine unterschiedliche inhaltliche Bedeutung, wenn dieses tarifgebundene und nicht tarifgebundene Betriebe habe.¹²³

d) Bezugnahmeklauseln und Tarifpluralität

Fraglich ist, in welcher Weise sich eine im Betrieb entstehende Tarifpluralität auf eine Bezugnahmeklausel auswirkt. Dabei sind zwei Fälle zu unterscheiden.

Zum einen ist denkbar, dass es im Betrieb einen zweiten Tarif gibt, der von einer Kleinorganisation mit wenigen Mitgliedern abgeschlossen wurde und der inhaltlich erheblich hinter den dominierenden Tarifverträgen der DGB-Gewerkschaften zurückbleibt. In diesem Fall ist zu beachten, dass den herkömmlichen Bezugnahme- und Verweisungsklauseln die für die bisherige Entwicklung typische Voraussetzung zugrunde liegt, dass Tarifverträge auf der Grundlage relativ gleichgewichtiger Verhandlungen zustande kommen. Sie beziehen sich deshalb nicht auf Tarife von Kleinorganisationen, denen die Fähigkeit fehlt, durch Ausübung von Druck eine Verbesserung der Arbeitsbedingungen zu erreichen. Würde man solche Tarife ausdrücklich einbeziehen, käme dies ggf. einem vorbehaltenen Recht des Arbeitgebers gleich, die Lohn- und Arbeitsbedingungen um 30 % oder um 40 % abzusenken; dies lässt sich nicht mit §§ 307 Abs. 1, 308 Nr. 4 BGB vereinbaren.¹²⁴

Zum andern kann sich die Situation ergeben, dass eine Spartengewerkschaft wie der Marburger Bund einen Tarifvertrag für Ärzte schließt, der neben einem ver.di-Tarif für alle Arbeitnehmer des Krankenhauses steht. Hier stellt sich das Problem, wie eine vor Eintritt der Tarifpluralität formulierte Bezugnahmeklausel bei Beschäftigten auszulegen ist, die weder der einen noch der anderen Gewerkschaft angehören. Das BAG hat bei Chefärzten, in deren Arbeitsverträgen auf die Vergütungsgruppe I des BAT verwiesen wurde, eine ergänzende Vertragsauslegung vorgenommen¹²⁵ und ist dabei zur Anwendung des TVöD gelangt.¹²⁶ Dabei war ein wichtiger Gesichtspunkt, dass der Tarifvertrag für

¹²² BAG 18. 11. 2009 – 4 AZR 514/08 – NZA 2010, 170.

¹²³ BAG 17. 11. 2010 – 4 AZR 127/09 – NZA 2010, 457.

¹²⁴ Reinecke BB 2006, 2637, 2645.

¹²⁵ Dafür auch Bayreuther NZA 2009, 936.

¹²⁶ BAG 29. 6. 2011 – 5 AZR 651/09 – NZA-RR 2012, 192. Die Frage blieb dahinstehen in BAG 25. 8. 2010 – 4 AZR 14/09 – NZA-RR 2011, 248.

Ärzte ein anderes Entgeltsystem vorsieht, in dem die Vergütungsgruppe I BAT keine Entsprechung hat. Wer sich den besseren Tarifvertrag sichern will, wird der tarifschließenden Organisation beitreten müssen.¹²⁷

e) Bezugnahme auf BAT

Der Wegfall des BAT schafft nur dort keine Rechtsprobleme, wo ausdrücklich auch auf den BAT „ersetzende“ Tarifverträge Bezug genommen wird. In allen anderen Fällen ist die Bezugnahmeklausel lückenhaft geworden, so dass eine ergänzende Vertragsauslegung Platz greifen muss. Dabei kommt man regelmäßig zu einer Verweisung auf die Tarifverträge, die im jeweiligen Bereich den BAT ersetzt haben.¹²⁸ Soweit die Tätigkeit in selbständigen Einheiten ausgeübt wird, die nicht tarifgebunden sind, ist derjenige „Nachfolgetarif“ anwendbar, der eingreifen würde, wenn die Aufgabe noch innerhalb des öffentlichen Dienstes erfüllt würde.¹²⁹ Im Einzelfall ist eine Formulierung denkbar, wonach die Nachfolgetarifverträge des BAT nicht Platz greifen sollen. Dies ist insbesondere der Fall, wenn nur Einzelregelungen aus dem BAT übernommen werden, die in den neuen Verträgen keine Entsprechung haben.¹³⁰

2. Bezugnahme auf einseitige Regelungen

Verweist der Arbeitsvertrag auf ein vom Arbeitgeber oder einem Dritten erstelltes Vertragswerk „in seiner jeweiligen Fassung“, so liegt darin ein umfassender und überdies intransparenter Änderungsvorbehalt, der den Arbeitnehmer nach § 307 Abs. 1 BGB unangemessen benachteiligt.¹³¹ Anders verhält es sich, wenn beamtenrechtliche Regelungen durch Verweisung auf Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes erstreckt werden.¹³² Soweit auf die für Beamte geltenden Arbeitszeitvorschriften verwiesen wird, ist die Hauptleistung betroffen, so dass nur eine Transparenzkontrolle nach § 307 Abs. 3 Satz

¹²⁷ Im konkreten Fall eines Chefarztes wäre dies allerdings nicht hilfreich gewesen, da weder der TVöD noch der TV Ärzte die Chefarzte einbeziehen. Eine Ankoppelung an das Tarifsystem war daher nur durch eine Bezugnahmeklausel möglich.

¹²⁸ BAG 16. 12. 2009 – 5 AZR 888/08 – NZA 2010, 401; BAG 25. 8. 2010 – 4 AZR 14/09 – NZA-RR 2011, 248.

¹²⁹ BAG 25. 8. 2010 – 4 AZR 14/09 – NZA-RR 2011, 248 Os. 2.

¹³⁰ Vgl. den Fall BAG 10. 6. 2009 – 4 AZR 194/08 – ZTR 2010, 154.

¹³¹ BAG 11. 2. 2009 – 10 AZR 222/08 – NZA 2010, 428.

¹³² LAG Niedersachsen 21. 5. 2007 – 9 Sa 1371/06 - NZA-RR 2008, 178.

2 BGB in Betracht kommt.¹³³ Dasselbe gilt für eine Verweisung auf das Urlaubsgeld für Beamte¹³⁴ und auf die Beamtenversorgung.¹³⁵

VII. Weitere Fälle von Klauselkontrolle

1. Vertragsstrafen

§ 309 Nr. 6 BGB schließt für bestimmte Fälle die Vereinbarung einer Vertragsstrafe zu Lasten dessen aus, dem die AGB „gestellt“ werden. Mit Rücksicht auf die „Besonderheiten des Arbeitsrechts“ wurde dieses Verbot jedoch vom BAG gegen das Votum zahlreicher Landesarbeitsgerichte¹³⁶ beiseite geschoben.¹³⁷ Da die Vorschrift des § 888 Abs. 3 ZPO den Anspruch auf Arbeitsleistung für nicht vollstreckbar erkläre, sei die Vertragsstrafe in vielen Fällen das einzige Mittel, um die Erfüllung der vertraglichen Hauptpflicht zu sichern. Auch könnten durch Nichtantritt der Arbeit oder Ausscheiden ohne Wahrung der Kündigungsfrist hohe Schäden entstehen, deren Bezifferung allerdings auf große Schwierigkeiten stoße.¹³⁸ Dies lässt sich mit verschiedenen Argumenten kritisieren,¹³⁹ doch ist dies von beschränkter Reichweite, weil das BAG seine Rechtsprechung immer wieder bestätigt hat¹⁴⁰ und so der Praxis die entscheidende Orientierung gibt. Gleichzeitig hat es die Akzeptanz seiner Rechtsprechung dadurch erhöht, dass es § 307 Abs. 1 BGB als Kontrollmaßstab verwendet und auf dieser Grundlage der Vereinbarung von Vertragsstrafen durchaus sichtbare Grenzen gezogen hat.

Die Vertragsstrafenabrede muss die erfasste Pflichtverletzung möglichst genau beschreiben. Dies ist etwa der Fall, wenn vom „Nichtantritt der Stelle“¹⁴¹ oder einem

¹³³ Keine Bedenken insoweit bei BAG 14. 3. 2007 – 5 AZR 630/06 – ZTR 2007, 383 = NZA 2008, 45

¹³⁴ BAG 3. 4. 2007 – 9 AZR 867/06 – ZTR 2007, 581

¹³⁵ BAG 30. 11. 2010 – 3 AZR 798/08 – ZTR 2011, 826 = NZA-RR 2011, 255; BAG 14. 12. 2010 – 3 AZR 898/08 – NZA 2011, 576. Zustimmend HWK-Gotthardt § 307 Rn 21.

¹³⁶ Nachweise bei Däubler, in: Däubler/Bonin/Deinert § 309 Nr. 6 Rn 6.

¹³⁷ BAG 4. 3. 2004 – 8 AZR 196/03 – NZA 2004, 727.

¹³⁸ BAG, a. a. O. NZA 2004, 727, 732.

¹³⁹ Die in § 888 Abs. 3 ZPO zum Ausdruck gekommene Wertentscheidung gegen erzwungene Arbeit darf nicht ausgehöhlt werden; § 888 Abs.3 gilt nicht nur für Dienstleistungen, die auf einem Arbeitsvertrag beruhen, stellt also keine „Besonderheit des Arbeitsrechts“ dar; Schwierigkeiten, die Verursachung eines Schadens zu beweisen, können auch für andere Verwender von AGB auftreten, ohne dass man deshalb § 309 Nr. 6 für unanwendbar erklärt.

¹⁴⁰ BAG 21. 4. 2005 – 8 AZR 425/04 – NZA 2005, 1053; BAG 25. 9. 2008 – 8 AZR 717/07 – NZA 2009, 370 Tz 41 ff.

¹⁴¹ So der Fall BAG 4. 3. 2004 – 8 AZR 196/03 – NZA 2004 727.

„Verstoß gegen das Wettbewerbsverbot“¹⁴² die Rede ist, doch fehlt die von § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB geforderte Transparenz und Bestimmtheit, wenn lediglich „schuldhaft vertragswidriges Verhalten“¹⁴³ oder „schuldhaft vertragswidriges Verhalten, das den Arbeitgeber zur fristlosen Kündigung des Arbeitsverhältnisses veranlasst“¹⁴⁴ genannt sind. In solchen Fällen weiß der Arbeitnehmer nicht, was auf ihn zukommt, die Erfüllung welcher konkreten Pflichten durch die Vertragsstrafe gesichert werden soll.¹⁴⁵ Bemerkenswert ist, dass auf diese Weise ein höherer Grad an Bestimmtheit verlangt wird als ihn beispielsweise § 626 BGB aufweist.

Eine unangemessene Benachteiligung des Arbeitnehmers liegt weiter dann vor, wenn die angedrohte Vertragsstrafe überhöht ist. Maßstab hierfür ist einmal die Vergütung, die während der Kündigungsfrist zu bezahlen ist. Kann etwa während der Probezeit mit vierzehntägiger Frist gekündigt werden, so wäre eine Vertragsstrafe für den Fall des Nichtantritts der Arbeit nur in Höhe von bis zu einem halben Monatsgehalt zulässig.¹⁴⁶ Zum zweiten geht es auch um die Schwere des jeweiligen Vertragsverstoßes. Für jeden (auch den kleinsten) Verstoß gegen das Wettbewerbsverbot eine Vertragsstrafe von ein bis drei Monatsgehältern vorzusehen, wäre unverhältnismäßig.¹⁴⁷

Eine zu hohe Vertragsstrafe kann nicht auf ein angemessenes Maß herabgesetzt werden. Das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion nach § 306 Abs. 2 BGB gilt auch hier.¹⁴⁸ Dies bedeutet, dass die fragliche Klausel ersatzlos wegfällt, da das gesetzliche Arbeitsrecht keine Vertragsstrafe kennt. Sind Vertragsstrafen für verschiedene Pflichtverletzungen angedroht, so lässt die Unwirksamkeit in Bezug auf einen Tatbestand die Wirksamkeit im Übrigen unberührt; die Klausel ist insoweit teilbar.¹⁴⁹ Wird eine Vertragsstrafe von einem Monatsgehalt für ein Ausscheiden ohne Wahrung der Kündigungsfrist für die Probezeit wie für später vorgesehen, so bleibt es bei der Unwirksamkeit der Klausel, auch wenn die Kündigung erst zu einem Zeitpunkt ausgesprochen wird, in dem die Kündigungsfrist längst einen Monat erreicht hat.¹⁵⁰

¹⁴² So der Fall BAG 18. 8. 2005 – 8 AZR 65/05 – NZA 2006, 34, 37.

¹⁴³ So der Fall BAG 18. 8. 2005 – 8 AZR 65/05 – NZA 2006, 34, 37.

¹⁴⁴ So der Fall BAG 21. 4. 2005 – 8 AZR 425/04 – NZA 2005, 1053.

¹⁴⁵ So ausdrücklich BAG 18. 8. 2005 – 8 AZR 65/05 – NZA 2006, 34, 37.

¹⁴⁶ BAG 4. 3. 2004 – 8 AZR 196/03 – NZA 2004, 727, bestätigt durch BAG 23. 9. 2010 – 8 AZR 897/08 – NZA 2011, 89.

¹⁴⁷ So BAG 18. 8. 2005 – 8 AZR 65/05 – NZA 2006, 34, 37.

¹⁴⁸ BAG 4. 3. 2004 – 8 AZR 196/03 – NZA 2004, 727.

¹⁴⁹ BAG 21. 4. 2005 – 8 AZR 425/04 – NZA 2005, 1053, 1056.

¹⁵⁰ BAG 23. 9. 2010 – 8 AZR 897/08 – NZA 2011, 89

2. Ausschlussfristen

Ausschlussfristen finden sich in vielen Tarifverträgen; sie unterliegen insoweit wie andere Tarifnormen nur einer allgemeinen Rechtmäßigkeitskontrolle. Bei dieser ist allerdings besonders darauf zu achten, dass das Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz nicht beeinträchtigt wird.¹⁵¹ Arbeitsvertragliche Ausschlussfristen müssen sich nicht nur daran, sondern auch an den §§ 305 ff. BGB messen lassen.

Bisweilen haben sie überraschenden Charakter und werden deshalb nach § 305c Abs. 1 BGB nicht Vertragsinhalt. Dies ist etwa dann der Fall, wenn sie im Vertragstext unter einer harmlosen Überschrift wie „Schlussbestimmungen“ versteckt sind.¹⁵² Auch können sie daran scheitern, dass der Transparenzgrundsatz des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB verlangt, auch die Konsequenz des Fristablaufs – das Erlöschen des Anspruchs – deutlich zu machen. Die bloße Nennung der Frist genügt hierfür in der Regel nicht.¹⁵³

Was die zulässige Dauer angeht, so darf durch sie keine unangemessene Benachteiligung des Arbeitnehmers nach § 307 Abs. 1 BGB eintreten. Dies wäre etwa der Fall, wenn die Fristen nur für Ansprüche des Arbeitnehmers, nicht für die des Arbeitgebers gelten würden.¹⁵⁴ Nach der Rechtsprechung des BAG muss die Ausschlussfrist mindestens drei Monate betragen.¹⁵⁵ Dies gilt auch für Verträge, die vor dem 1. 1. 2002 abgeschlossen wurden.¹⁵⁶ Bei der sog. zweistufigen Ausschlussklausel gilt die Drei-Monats-Frist für beide Phasen.¹⁵⁷ Werden diese Grenzen nicht eingehalten, gilt das gesetzliche Verjährungsrecht.

Bei der Länge der Frist bleibt das BAG hinter der Rechtsprechung des BGH für vergleichbare Fälle wie z. B. selbständige Handelsvertreter zurück, wo die Frist nicht

¹⁵¹ BVerfG 1. 12. 2010 – 1 BvR 1682/07 – NZA 2011, 354.

¹⁵² So der Fall BAG 31. 8. 2005 – 5 AZR 545/04 – NZA 2006, 324, 326.

¹⁵³ BAG 31. 8. 2005 – 5 AZR 545/04 – NZA 2006, 324, 326.

¹⁵⁴ BAG 31. 8. 2005 – 5 AZR 545/04 – NZA 2006, 324, 326.

¹⁵⁵ BAG 25. 5. 2005 – 5 AZR 572/04 – NZA 2005, 1111, 1113; BAG 28. 9. 2005 – 5 AZR 52/05 – NZA 2006, 149.

¹⁵⁶ BAG 28. 11. 2007 – 5 AZR 992/06 – NZA 2008, 293.

¹⁵⁷ BAG 25. 5. 2005 – 5 AZR 572/04 – NZA 2005, 1111, 1113. Ist die Frist für die gerichtliche Geltendmachung zu kurz, lässt dies die erste Stufe grundsätzlich unberührt: BAG 12. 3. 2008 – 10 AZR 152/07 – NZA 2008, 699.

kürzer als sechs Monate sein darf; dies wird mit „Besonderheiten des Arbeitsrechts“ begründet,¹⁵⁸ die wieder einmal zu Lasten des Arbeitnehmers ausschlagen.

Sehr allgemein formulierte Klauseln erfassen auch Ansprüche aus vorsätzlicher Vertragsverletzung. Bei ihnen darf nach § 202 BGB die Verjährungsfrist nicht verkürzt werden; eine entsprechend kürzere Ausschlussfrist hätte sogar noch weitergehende Wirkungen, weil sie den Anspruch zum Erlöschen bringt. Das wird auch vom BAG anerkannt, doch zieht es daraus nicht die üblichen Konsequenzen der Unwirksamkeit: Die Klausel sei nur insoweit unwirksam, als sie auch Ansprüche aus vorsätzlichem rechtswidrigem Handeln erfasse; im Übrigen bleibe sie wirksam.¹⁵⁹ Dies läuft auf eine von § 306 Abs. 2 BGB verbotene geltungserhaltende Reduktion hinaus.

3. Versetzungsklauseln

Probleme ergeben sich, wenn sich der Arbeitgeber im Arbeitsvertrag das Recht vorbehält, den Arbeitnehmer an einen anderen Ort zu versetzen. Die Rechtsprechung fragt in durchaus plausibler Weise zunächst danach, ob eine solche Klausel nicht bedeute, dass überhaupt kein bestimmter Tätigkeitsort verbindlich vorgesehen sei.¹⁶⁰ Dies sei eine Auslegungsfrage, regelmäßig würden aber die neben dem Arbeitsort erwähnten Einsatzmöglichkeiten im gesamten Unternehmen regelmäßig die Beschränkung der Arbeitsleistung auf den ausdrücklich genannten Ort verhindern.¹⁶¹ Dies bedeutet, dass dann ausschließlich § 106 GewO als Kontrollmaßstab eingreift, der allerdings eine Entscheidung „nach billigem Ermessen“ verlangt, bei der auch die Arbeitnehmerinteressen berücksichtigt werden müssen. Bedenken erwecken deshalb Versetzungsklauseln, die ausschließlich auf das Arbeitgeberinteresse abstellen („Versetzung im dienstlichen Interesse jederzeit möglich“). Das BAG¹⁶² hat eine Klausel beanstandet, in der es hieß: „Falls erforderlich, kann der Arbeitgeber nach Abstimmung der beiderseitigen Interessen Art und Ort der Tätigkeit des/der Angestellten ändern“, weil nicht sichergestellt sei, dass der Arbeitnehmer eine gleichwertige Arbeit bekomme.¹⁶³

4. Schriftformklausel

¹⁵⁸ BAG 28. 9. 2005 – 5 AZR 52/05 – NZA 2006, 149, 153.

¹⁵⁹ BAG 28. 9. 2005 – 5 AZR 52/05 – NZA 2006, 149.

¹⁶⁰ BAG 19. 1. 2011 – 10 AZR 738/09 – NZA 2011, 631.

¹⁶¹ BAG 19. 1. 2011 – 10 AZR 738/09 – NZA 2011, 631 Ls. 2.

¹⁶² 9. 5. 2006 – 9 AZR 424/05 – NZA 2007, 145.

¹⁶³ Zu weiterer Rechtsprechung s. ErfK-Preis §§ 305 – 310 Rn 55.

Ein praktisch wichtiger Wandel hat sich bei der verbreiteten Schriftformklausel in Arbeitsverträgen ergeben. Sie ist nach der Rechtsprechung des BAG nicht mehr wirksam, da sie nicht erkennen lässt, dass nach § 305b BGB immer eine formlose Individualabrede möglich ist.¹⁶⁴ Dies gilt auch für die sog. qualifizierte Schriftformklausel, wonach die Aufhebung oder Durchbrechung des Schriftformerfordernisses ihrerseits der Schriftform bedarf.¹⁶⁵ Darin liegt nach der Rechtsprechung nicht nur ein Verstoß gegen das Transparenzgebot; da der Arbeitnehmer über die Rechtslage irreführt wird, stellt eine solche Klausel auch eine unangemessene inhaltliche Benachteiligung des Arbeitnehmers dar.¹⁶⁶ Sie kann auch nicht für den Fall der Entstehung einer Betriebsübung aufrecht erhalten werden, da dies einer geltungserhaltenden Reduktion entsprechen würde. Nicht definitiv geklärt ist die Frage, ob eine von vorne herein auf die Betriebsübung beschränkte Klausel wirksam wäre: Dagegen sprechen dieselben Gründe, die einem für alle Zukunft erklärten „Freiwilligkeitsvorbehalt“ entgegenstehen.¹⁶⁷

5. Offene Fragen

Keine höchstrichterliche Rechtsprechung ist zu der Frage ersichtlich, ob die generelle Genehmigungsbedürftigkeit von Nebentätigkeiten mit § 307 Abs. 1 BGB vereinbar ist. Nach der zum früheren Recht ergangenen Rechtsprechung des BAG ist eine solche Klausel wirksam; der Arbeitnehmer hat jedoch einen Anspruch auf Genehmigung, wenn das Hauptarbeitsverhältnis nicht beeinträchtigt ist und auch sonst kein Rechtsverstoß vorliegt.¹⁶⁸ Wird – wie üblich – dieser Anspruch im Vertrag nicht hervorgehoben, liegt ein vergleichbarer Fall wie der eben erörterte des § 305b BGB vor: Der Arbeitgeber kann durch eine auf die Genehmigungspflicht beschränkte Klausel daran gehindert werden, seine Rechte effektiv wahrzunehmen.¹⁶⁹

¹⁶⁴ BAG 20. 5. 2008 – 9 AZR 382/07 – NZA 2008, 1233.

¹⁶⁵ BAG (wie Fn 164).

¹⁶⁶ BAG, a. a. O., Os. 3, auch zum Folgenden.

¹⁶⁷ S. oben IV 2.

¹⁶⁸ BAG 11. 12. 2001 – 9 AZR 464/00 - AP Nr. 8 zu § 611 BGB Nebentätigkeit

¹⁶⁹ Ähnlich Singer, Anm. zu BAG AP Nr. 8 zu § 611 BGB Nebentätigkeit; Rolfs, in: Preis (Hrsg.), Der Arbeitsvertrag, II N 10 Rn 31.

Wenig geklärt sind Probleme der Auslandstätigkeit;¹⁷⁰ auch die AGB-Kontrolle gegenüber Zielvereinbarungen steckt noch in den Kinderschuhen.¹⁷¹ Die Verpflichtung, über die Gehaltshöhe zu schweigen, ist mittlerweile vom LAG Mecklenburg-Vorpommern für unwirksam erklärt worden.¹⁷²

VIII. Bilanz der Rechtsprechung

Die Rechtsprechung hat seit 2002 das Arbeitsvertragsrecht erheblich verändert. Die Inhaltskontrolle hat nicht wenige Bestimmungen obsolet werden lassen, die in der Praxis bislang als Selbstverständlichkeiten galten. Dies betrifft etwa die Pauschalabgeltung von Überstunden, die generelle Zulässigkeit von Vertragsstrafen, die Voraussetzungen gültiger Widerrufsvorbehalte, die Bezugnahme auf Tarifverträge und den Umgang mit Freiwilligkeitsvorbehalten. Insoweit hat das arbeitsrechtliche Weltbild eine Reihe von Verschiebungen hin zu mehr Arbeitnehmerschutz erfahren. Die Qualifizierung des Arbeitnehmers als Verbraucher hat den Anwendungsbereich der AGB-Kontrolle praktisch auf alle Arbeitsverträge erstreckt.

Eine andere Frage ist, ob die Rechtsprechung das vom Gesetzgeber formulierte Ziel erreicht hat, dasselbe Schutzniveau wie im Zivilrecht zu erreichen.¹⁷³ Sie ist mit einem eindeutigen „nein“ zu beantworten. Beispiele sind etwa die Rechtsprechung zu den Ausschlussfristen¹⁷⁴ und zur Anrechnung von Tarifierhöhungen auf vertraglich vereinbarte Zulagen.¹⁷⁵ Im Zivilrecht wäre es schwer vorstellbar, eine ausschließlich zu Lasten des Kunden wirkende Klausel in einen Vertrag hineinzuzinterpretieren, wenn sie im Wortlaut nicht einmal angedeutet ist. Die in § 310 Abs. 4 Satz 2 BGB enthaltene Formel von den „Besonderheiten des Arbeitsrechts“ konnte man in dieser Weise interpretieren, musste es aber nicht tun. In ständiger Rechtsprechung wurde sie ausschließlich dazu benutzt, den im Zivilrecht erreichten Schutz nicht in vollem Umfang auf das Arbeitsverhältnis zu erstrecken. Die „Besonderheiten des Arbeitsrechts“ bestehen ersichtlich darin, dass der Arbeitnehmer weniger Schutz verdient als der Verbraucher. Die Vorstellung von der

¹⁷⁰ Dazu Däubler, in: Däubler/Bonin/Deinert, Anhang zu § 307 Rn 16 ff. Die Thematik ist nicht erwähnt bei HWK-Gotthardt Anhang zu §§ 305 – 310.

¹⁷¹ In der Literatur s. etwa Lakies Kap. 5 Rn 477 ff.; Stoffels, ArbR Rn 187; Däubler ZIP 2004,2241; HWK-Gotthardt Anh. Zu §§ 305 – 310 Rn 60; Preis/Lindemann, in: Preis (Hrsg.), Der Arbeitsvertrag, II Z 5 Rn 1 ff.

¹⁷² LAG Mecklenburg-Vorpommern 21. 10. 2009 – 2 Sa 183/09 – AuR 2010, 343; ebenso bereits Preis/Reinfeld AuR 1989, 361, 364.

¹⁷³ S. oben Fn 11.

¹⁷⁴ Oben VII 2.

¹⁷⁵ Oben IV 3.

sozial aufgeschlossenen Arbeitsgerichtsbarkeit, die sich aus Arbeitnehmersicht wohltuend von der an Vertragsfreiheit und liberalem Denken orientierten Zivilgerichtsbarkeit unterscheidet, lässt sich zumindest in dieser Allgemeinheit nicht mehr aufrechterhalten. Unter den heutigen Umständen ist es alles andere als ausgemacht, dass die bisweilen diskutierte Zusammenlegung von Arbeitsgerichten und ordentlichen Gerichten den Arbeitgebern ein besonderes Maß an Freude bereiten würde.

Die 2001/2002 geschaffene neue Rechtslage hätte die Möglichkeit geboten, nicht nur zivilrechtliche Wertungen voll ins Arbeitsrecht zu übertragen, sondern auch Probleme aufzugreifen, die noch immer ungelöst sind.

Eine Möglichkeit hätte darin bestanden, die in der Literatur entwickelten Vorschläge aufzugreifen und die Untergrenze des Entgelts bei 80 % des Tariflohns zu ziehen.¹⁷⁶ Dies hätte die Grundsätze sorgsamer Interpretation nicht verletzt und die Entstehung von „Armutslöhnen“ zumindest verlangsamt. Stattdessen hat man sich mit einer Konkretisierung der Wuchergrenze nach § 138 BGB begnügt und dabei gleichfalls dem BGH den Vortritt gelassen: Dieser hatte sie im April 1997 bei zwei Dritteln des Tariflohnes gezogen.¹⁷⁷ Dennoch ließ das BAG noch im März 2004 die Frage dahinstehen,¹⁷⁸ ehe es sich dann im April 2009 dem BGH im Ergebnis anschloss.¹⁷⁹

Eine Stärkung der Tarifautonomie hätte es bedeutet, wenn man § 12 Abs. 1 TzBfG in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre so interpretiert hätte, wie es der Wortlaut nahe legt: Die wöchentliche und tägliche Arbeitszeit (und nicht die „Mindestarbeitszeit“) muss feststehen, nur durch Tarifvertrag kann nach § 12 Abs. 3 TzBfG eine abweichende Regelung getroffen werden. Die sicherlich berechtigten Flexibilisierungsbedürfnisse der Arbeitgeberseite wären dann nur mit Hilfe der Gewerkschaften zu realisieren gewesen. Damit wäre eine wirksame Grenze gezogen worden, während die 25 %-These im Einzelfall sicherlich hilfreich ist, in vielen Fällen aber nach dem Motto „wo kein Kläger da kein Richter“ auf dem Papier stehen wird.

¹⁷⁶ Oben III 1.

¹⁷⁷ BGH 22. 4. 1997 – 1 StR 701/96 – DB 1997, 1670: Die entsprechende Grenzziehung der Vorinstanz blieb unbeanstandet.

¹⁷⁸ BAG 24. 3. 2004 – 5 AZR 303/03 – NZA 2004, 971

¹⁷⁹ BAG 22. 4. 2009 – 5 AZR 436/08 – NZA 2009, 837. Zum aktuellen Stand der Diskussion um einen Mindestlohn s. Nassibi, AuR 2012, 305 ff.

Ob man die Erosion des Tarifsystems bremsen oder fördern will, war die gesellschaftspolitische Dimension, die auch hinter der Kontroverse um die Bezugnahme Klauseln stand.¹⁸⁰ Diese so zu verstehen, wie sie formuliert sind, war unter den gegebenen Umständen ein mutiger Schritt, der auf Arbeitgeberseite sicherlich keine Begeisterung auslöste. Gleichzeitig wurden jedoch alle Altverträge, die vor dem 1. 1. 2002 abgeschlossen wurden, aus dem neuen Richterrecht ausgenommen, so dass zunächst der erheblich größere Teil der Arbeitsverträge weiter mit der „Theorie“ von der Gleichstellungsabrede leben musste – und dies trotz der Tatsache, dass selbst ihr mutmaßlicher Erfinder ehrlicherweise von einer „wohlwollenden Auslegung“ zugunsten des Arbeitgebers gesprochen hatte.¹⁸¹ Wäre es denn kein ausreichender Vertrauensschutz gewesen, wenn man die Neuinterpretation erst vom Zeitpunkt der Entscheidung an, dann aber für alle Verträge, für anwendbar erklärt hätte?

Von diesen und weiteren Möglichkeiten hat das Gericht keinen Gebrauch gemacht. Alles was auf eine größere Veränderung der Spielregeln hätte hinauslaufen können, wurde vermieden. Die Neuregelung wurde nicht sabotiert, das zu behaupten wäre grob ungerecht. Sie wurde aber im Rahmen des plausibel zu Machenden minimalisiert; im Zweifel sollte sich nicht allzu viel gegenüber dem Status quo ante ändern. Dies mag ein wenig auch mit dem Zeitgeist zusammenhängen: Die Uhren stehen auf Deregulierung, nicht auf Schaffung von Arbeitnehmerschutz. Dass der deutsche Gesetzgeber des Jahres 2001 gegen den Strom schwamm und – ähnlich wie später durch das AGG – ein Stück Reregulierung zustande brachte, kann man aus Arbeitnehmersicht als glücklichen Zufall begreifen (über dessen subjektive Komponenten hier nicht zu berichten ist). Werden Rechtsnormen wie § 12 TzBfG oder § 310 Abs. 4 BGB in eine Umgebung hinein „geboren“, wo andere Werte wie z. B. der freie Markt dominieren, darf man sich über eine restriktive Auslegung nicht unbedingt wundern.

VIII. Eindrücke aus der Praxis

Vielleicht erscheint es zum Abschluss sinnvoll, einen Blick in die Praxis zu werfen und die Frage zu stellen, ob und in welchem Umfang der aktuellen Rechtsprechung Rechnung

¹⁸⁰ Dazu oben VI.

¹⁸¹ Schliemann ZTR 2004, 502, 510, der während des fraglichen Zeitraums Vorsitzender des für Tarifsachen zuständigen 4. Senats war.

getragen wird. Prima facie ist dies nicht der Fall. Bei Stichproben in so unterschiedlichen Bereichen wie Kaufhäusern Banken, Messegesellschaften und Metallbetrieben kamen folgende Klauseln auf den Schreibtisch des Verfassers:

- Eine Versetzung an einen andern Ort ist ausschließlich im dienstlichen Interesse zulässig. Dabei findet keine Abwägung mit den Arbeitnehmerinteressen statt.
- Nebentätigkeiten einschließlich der Übernahme von Ehrenämtern bedürfen der Zustimmung des Arbeitgebers, ohne dass auf den Anspruch des Arbeitnehmers hingewiesen wurde.
- Zu viel erhaltenes Arbeitsentgelt ist zurück zu bezahlen. Der Arbeitnehmer verzichtet auf die Einrede des Wegfalls der Bereicherung.
- Über alle Angelegenheiten der Firma, insbesondere über Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse ist absolutes Stillschweigen zu bewahren. Seinem Wortlaut nach erfasst dies auch den Zeitpunkt der Weihnachtsfeier sowie Gespräche im Familienkreis.

Besonders bemerkenswert sind die Standardverträge einer Kette von Friseurgeschäften, in denen es u. a. heißt:

„Aufgrund der vom Arbeitgeber ermittelten betriebswirtschaftlichen Auswertungen liegt die durchschnittliche Arbeitsleistung mittlerer Art und Güte bei einem Tagesumsatz von 250 Euro brutto. Da es sich um einen Durchschnittswert handelt, kommt es an einzelnen Arbeitstagen und bei einzelnen Mitarbeitern zu Über- oder Unterschreitungen. **Der Arbeitnehmer ist jedoch verpflichtet, einen täglichen Umsatz von 220 Euro als Mindestarbeitsleistung zu erbringen (Arbeitspflicht).** Wird an einzelnen Arbeitstagen dieser Umsatz von 220 Euro nicht erbracht, so ist der Arbeitnehmer seiner Arbeitspflicht an diesem Tag nicht nachgekommen. Wenn dem Arbeitnehmer eine **Leitungsfunktion** übertragen wurde, obliegt ihm auch die Verantwortung dafür, die Erbringung der **Mindestarbeitsleistung im Sinne der oben dargelegten Arbeitspflicht für jeden einzelnen Mitarbeiter** des ihm unterstellten Salons bzw. der ihm unterstellten Salons zu gewährleisten. Die Unterschreitung der Umsatzgrenze von 220 Euro an einem Arbeitstag ist ein verhaltensbedingter Kündigungsgrund im Sinne des § 1 Abs. 2 KSchG, der den Arbeitgeber bei wiederholtem Auftreten zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses berechtigen kann. Dem Arbeitnehmer bleibt nachgelassen darzulegen, aus welchen Gründen er die Umsatzgrenze im Einzelfall nicht erreicht hat. Der Arbeitnehmer ist ausdrücklich damit einverstanden, auch andere seiner Ausbildung entsprechende Tätigkeiten, abweichend von der hier vereinbarten Position bzw. Tätigkeit, auszuüben. **Ich habe die Vereinbarung zur Arbeitspflicht zur Kenntnis genommen, insbesondere auch die Vereinbarungen zur Arbeitsleistung und erkläre mich mit diesen Bestimmungen ausdrücklich einverstanden.**“ (Hervorhebungen im Original)¹⁸²

Auch in der Literatur wird darauf hingewiesen, dass typischerweise an problematischen Klauseln zugunsten des Arbeitgebers weiter festgehalten werde.¹⁸³ Beispielsweise wird auch die traditionelle Schriftformklausel weiterhin empfohlen.¹⁸⁴ Dieses „Vollzugsdefizit“ dürfte eine doppelte Ursache haben.

¹⁸² Der Vertrag liegt dem Verf. vor.

¹⁸³ Preis, Der Arbeitsvertrag, I B Rn 91.

¹⁸⁴ Kritisch dazu Preis, Der Arbeitsvertrag, I B Rn 95.

Zum einen fällt es Arbeitnehmern schwer, während eines bestehenden Arbeitsverhältnisses Klage gegen ihren Arbeitgeber zu erheben. Dies könnte als eine Form von Illoyalität gewertet werden, die zumindest die Aufstiegschancen beschädigt, u. U. sogar den Arbeitsplatz in Gefahr bringt.¹⁸⁵ Streitfragen können daher häufig erst dann gerichtlich geklärt werden, wenn das Arbeitsverhältnis gekündigt ist oder aus anderen Gründen nicht mehr fortbesteht. Dies reduziert das Risiko, das Arbeitgeber mit der Vereinbarung rechtswidriger Klauseln eingehen. Sollte es je zur Auflösung kommen, würde in den meisten Fällen auch dann nicht geklagt¹⁸⁶ oder aber ein Vergleich geschlossen. Warum soll man sich also um die unwirksame Schriftformklausel oder das unwirksame Nebentätigkeitsverbot oder den missglückten Freiwilligkeitsvorbehalt irgendwelche ernsthaften Sorgen machen?

Zum zweiten fehlen Rechtsschutzmöglichkeiten in der Hand von unabhängigen Instanzen. Weder die Gewerkschaften noch Verbraucherverbände können ein Gericht anrufen, um auf diesem Wege eine evident rechtswidrige Klausel korrigieren zu lassen. § 15 UKlaG lässt insoweit keinen Interpretationsspielraum. Auch der Betriebsrat ist auf Appelle an den Arbeitgeber beschränkt. Verbraucher sind durch das Klagerecht der Verbraucherverbände ungleich besser geschützt. Dies erstaunt, denn kein Kunde würde Hausverbot bekommen oder andere Nachteile erleiden, weil er einen Prozess gegen Media-Markt oder TUI führt. Natürlich gibt es gute Gründe für das Klagerecht der Verbraucherverbände, aber noch bessere würden für eine Kollektivklage im Arbeitsrecht sprechen. Könnte dies vielleicht in den nächsten zehn Jahren Wirklichkeit werden?

¹⁸⁵ Weitere Überlegungen bei Höland, AuR 2010, 452 ff.

¹⁸⁶ Höland AuR 2010, 453: Die Klagequote gegen Kündigungen bewegt sich zwischen 8 % und 12 %.