

Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht

Zweiwochenschrift für die betriebliche Praxis

Schriftleitung: Prof. Dr. Klaus Schmidt und Hans Joachim Spiegelhalter,
Palmengartenstr. 14, 60325 Frankfurt a. M.

NZA 24/2001

21. Dezember · 18. Jahrgang 2001 · Seite 1329–1400

Aufsätze und Berichte

Die Auswirkungen der Schuldrechtsmodernisierung auf das Arbeitsrecht

Von Professor Dr. Wolfgang Däubler, Bremen

Nicht nur die Schuldrechtsreform im Allgemeinen stellt sämtliche Juristen vor neue Herausforderungen. Auch die Auswirkungen in den einzelnen Fachdisziplinen wie dem Arbeitsrecht müssen nunmehr bewältigt werden. In kritischer Begleitung stellt der Verfasser des nachstehenden Beitrags das „neue Recht“ vor.

I. Einleitung

Das „Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts“ wird am 1. 1. 2002 in Kraft treten. Sieht man einmal vom Familienrecht ab, handelt es sich um die weitreichendste Änderung des BGB seit seinem In-Kraft-Treten am 1. 1. 1900.

Die Vorarbeiten gingen bis ins Jahr 1978 zurück. Das Bundesjustizministerium gab damals insgesamt 24 Gutachten in Auftrag, die sich mit der Reformbedürftigkeit des Schuldrechts einschließlich des Verjährungsrechts befassten; sie wurden in den Jahren 1981 und 1983 veröffentlicht¹. Im Jahre 1984 wurde die aus namhaften Wissenschaftlern und Praktikern bestehende „Schuldrechtskommission“ eingesetzt, die ihren Bericht 1991 vorlegte². Ihre Vorschläge fanden 1994 auf dem 60. DJT nachhaltige Unterstützung³. Die Vorlage eines Gesetzentwurfs wurde allerdings zurückgestellt, zumal die EG-Kommission seit 1996 verstärkt an einer Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf arbeitete.

Die im Mai 1999 erlassene Richtlinie⁴ änderte die Situation grundlegend, zumal sie nach ihrem Art. 11 bis 31. 12. 2001 umzusetzen war. Dazu kam die Zahlungsverzugsrichtlinie⁵ sowie die E-Commerce-Richtlinie⁶, die kaum mehr Aufschub duldeten⁷. Der Augenblick war gekommen, um die Vorgaben des Gemeinschaftsrechts und die Überlegungen der Schuldrechtskommission zusammenzuführen.

Im August 2000 veröffentlichte das Bundesjustizministerium einen Diskussionsentwurf, der in der Wissenschaft zum Teil heftige (um nicht zu sagen: vernichtende) Kritik erfuhr⁸. Die zahlreichen Attacken⁹ hatten intensive Überlegungen und die Einsetzung mehrerer Kommissionen zur Folge, was zunächst zu einem „Konsolidierten Entwurf“, dann zum Regierungsentwurf vom Mai 2001 führte¹⁰. Der Bundesrat nahm dazu eingehend Stellung; viele seiner Anregungen wurden in der Gegenüberlegung der Bundesregierung akzeptiert¹¹. Die im Bericht des Rechtsausschusses¹²

enthaltene Endfassung brachte einige kleinere inhaltliche Änderungen sowie redaktionelle Verbesserungen.

II. Inhaltliche Schwerpunkte

Die Schuldrechtsmodernisierung konzentriert sich auf das allgemeine Recht der Leistungsstörungen und seine Anwendung auf den Kauf- und den Werkvertrag. Eine grundlegende Umgestaltung erfuhr das Verjährungsrecht. Weiter wurde praktisch der gesamte Verbraucherschutz ins BGB integriert, wozu auch die seit 2000 geltenden Regeln über den Fernabsatz gehören. Schließlich sind die richterrechtlichen Grundsätze über Culpa in contrahendo (nun-

1) Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. I und II, 1981, Bd. III 1983.

2) Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, 1992.

3) Verhandlungen des 60. DJT, Münster 1994, Bd. II/1 Teil K.

4) Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und Rates vom 25. 5. 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, ABIEG Nr. L 171, S. 11, abgedruckt auch bei Schulze/Zimmermann (Hrsg.), Basistexte zum Europäischen Privatrecht. Textsammlung, 2000, unter I 30.

5) Richtlinie 2000/35/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. 6. 2000 zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr, ABIEG Nr. L 200, S. 35.

6) Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. 6. 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt, ABIEG Nr. L 178, S. 1.

7) Eine Fristüberschreitung, die im Datenschutz- und im Arbeitsschutzrecht „großzügig“ praktiziert wurde, verbot sich schon deshalb, weil durch die Nichtverlängerung der Gewährleistungsfristen des § 477 BGB a. F. bestimmten Personen ein belegbarer Schaden entstanden wäre, für den die Bundesrepublik hätte einstehen müssen.

8) Der Diskussionsentwurf sowie die auf einer Tagung von Zivilrechtslehrern in Regensburg gehaltenen Referate sind dokumentiert bei Ernst/Zimmermann (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, 2001.

9) S. etwa Ernst/Gsell, ZIP 2000, 1410 mit Replik Schmidt-Räntsch, ZIP 2000, 1639 und Duplik Ernst/Gsell, ZIP 2000, 1812.

10) BT-Dr 14/6040.

11) Vgl. BT-Dr 14/6857.

12) BT-Dr 14/7052.

mehr: § 311 II, III BGB), über Störungen der Geschäftsgrundlage (nunmehr: § 313 BGB) und über die Kündbarkeit von Dauerschuldverhältnissen aus wichtigem Grund (nunmehr: § 314 BGB) kodifiziert worden.

Das Arbeitsrecht hatte in den Vorarbeiten zunächst keinerlei Rolle gespielt. Dies war konsequent, wenn man es als ein eigenständiges Rechtsgebiet betrachtet, in dem allgemeine zivilrechtliche Normen allenfalls entsprechende Anwendung finden können¹³. In der gerichtlichen Praxis werden jedoch die Normen des BGB im Regelfall auch auf das Arbeitsverhältnis erstreckt, sofern nicht eine der zahlreichen Ausnahmen eingreift¹⁴. Im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens kam man deshalb zu dem Schluss, dass potentielle arbeitsrechtliche Auswirkungen mit bedacht werden müssten¹⁵. Die Endfassung enthält aus diesem Grund eine Reihe arbeitsrechtlicher Sonderregeln. Inhaltlich wirkt sich das Gesetz insbesondere in 4 Bereichen aus:

- Das neue *Verjährungsrecht* erfasst auch arbeitsvertragliche Ansprüche, soweit im Einzelfall keine Ausschlussfristen eingreifen.
- Im Recht der *Leistungsstörungen* ging es einmal um die Arbeitsunfähigkeit und andere Leistungshindernisse in der Person des Arbeitnehmers. Zum zweiten war das Verhältnis des neuen Leistungsstörungenrechts zur Betriebsrisikolehre zu klären. Schließlich musste man die veränderten Haftungsregeln für Pflichtverletzungen mit den spezifischen Grundsätzen der Arbeitnehmerhaftung in Einklang bringen.
- Der durch das Fernabsatzgesetz vom 27. 6. 2000¹⁶ geschaffene § 13 BGB definiert den *Verbraucher* als „jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zweck abschließt, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann.“ Erfasst diese „Auffanggröße“ auch den Arbeitnehmer? Wegen des ins BGB eingefügten Verbraucherschutzes kann dies nicht unerhebliche praktische Bedeutung gewinnen.
- Der im Rechtsausschuss eingefügte § 310 IV BGB erstreckt das (materielle) *AGB-Recht* auf Arbeitsverträge. Angesichts der ausdifferenzierten Inhaltskontrolle nach den §§ 307 bis 309 BGB (bisher: §§ 9 bis 11 AGBG) ergeben sich hier die größten Rechtsanwendungsprobleme.

Bevor diese 4 Schwerpunkte im einzelnen dargestellt werden, ist kurz zu skizzieren, von welchem Zeitpunkt an das neue Recht Geltung beansprucht.

III. Übergangsbestimmungen

Arbeitsverträge, die nach dem 31. 12. 2001 geschlossen werden, unterliegen dem neuen Recht. Dies folgt automatisch aus seinem In-Kraft-Treten zum 1. 1. 2002. Die Vorschrift des Art. 229 § 5 S. 1 EGBGB bestimmt komplementär dazu, dass für Schuldverhältnisse, die vor dem 1. 1. 2002 entstanden sind, weiter das bisherige Recht gilt. Für die zu diesem Zeitpunkt bereits bestehenden „Dauerschuldverhältnisse“ sieht Art. 229 § 5 S. 2 eine Sonderregelung vor: Um eine Anpassung zu ermöglichen, greift für sie das neue Recht erst ab 1. 1. 2003 ein. Dies betrifft auch die Arbeitsverhältnisse. Ein am 2. 1. 2002 abgeschlossener Arbeitsvertrag ist daher z. B. an den Maßstäben des AGB-Rechts zu überprüfen, während dies für „Altverträge“ aus dem Jahr 2001 (oder früher) erst ab 1. 1. 2003 der Fall sein wird.

Denkbar ist, dass Vertragsabschluss und Zeitpunkt der vorgesehenen Arbeitsaufnahme auseinanderfallen. Für die Bestimmung des anwendbaren Rechts kommt es jedoch allein auf die vertragliche Einigung an: Der in diesem Augenblick vorhandene rechtliche Rahmen ist für die Bestimmung der Rechte und Pflichten der Beteiligten maßgebend. Ausdrücklich ist in der amtlichen Begründung die Rede davon, grundsätzlich sollten die neuen Vorschriften „nur für Neuverträge“ gelten¹⁷. Plötzliche Änderungen sollten gerade bei Dauerschuldverhältnissen vermieden wer-

den. Dies schließt selbstredend nicht aus, dass sich die Beteiligten freiwillig dem neuen Recht unterstellen.

Für arbeitnehmerähnliche Personen gelten – dieselben Grundsätze, da sich auch sie im Regelfall in einem Dauerschuldverhältnis befinden. Die rechtlichen Veränderungen fallen hier allerdings weniger ins Gewicht, da die Verträge mit ihnen schon bisher nach AGB-Recht überprüft werden konnten¹⁸.

Für Verjährungsfristen besteht eine spezielle Übergangsvorschrift in Art. 229 § 6 EGBGB.

IV. Verjährungsrecht

1. Die regelmäßige Verjährungsfrist von drei Jahren

Nach § 195 BGB n. F beträgt die regelmäßige Verjährungsfrist drei Jahre. Die darin liegende Verkürzung auf ein Zehntel des bisher geltenden Zeitraums wird dadurch entscheidend abgemildert, dass der Beginn der Frist hinausgeschoben ist. Der neue § 199 I verlangt nicht nur, dass der Anspruch entstanden, also im Regelfall fällig ist. Vielmehr muss der Gläubiger die den Anspruch begründenden Umstände und die Person des Schuldners kennen oder in Folge grober Fahrlässigkeit nicht kennen. Zu einem objektiven muss daher ein subjektives Element hinzukommen. Damit ist dem Gläubiger eine faire, aber auch ausreichende Chance eröffnet, sich um die Durchsetzung seines Anspruchs zu kümmern. Hinzu kommt, dass der Lauf der Frist mit dem Schluss des Jahres beginnt, in dem diese beiden Voraussetzungen eingetreten sind. Diese so genannte *Ultimo-Verjährung* hat den Vorteil, dass die Gläubiger wie ihre Rechtsberater nicht ständig auf die Gefahr der Verjährung achten müssen. Außerdem sind die Beteiligten im Regelfall der Pflicht enthoben, auf den Tag genau bestimmen zu müssen, wann der Gläubiger Kenntnis erhielt oder jedenfalls bei Aufwendung eines Minimums an Sorgfalt hätte erhalten können¹⁹.

Die regelmäßige Verjährungsfrist gilt auch für Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis. Die Sonderregeln der §§ 196, 197 BGB a. F. sind abgeschafft. Dies bedeutet, dass sich die Verjährungsfrist für Entgeltansprüche des Arbeitnehmers von zwei auf drei Jahre verlängert. Umgekehrt muss sich der Arbeitgeber eine Verkürzung auf drei Jahre gefallen lassen, da § 196 Nr. 8 und 9 seine Ansprüche nur insoweit erfasste, als es um die Rückgewähr von Vorschüssen ging. Die im bisherigen Recht bestehende Ungleichbehandlung existiert nicht mehr.

Stellt man für den Beginn der Frist auf ein subjektives Element ab, so muss man Höchstfristen vorsehen, bei deren Überschreitung die Verjährung auf alle Fälle eintritt. § 199 IV BGB bestimmt insoweit eine Zehnjahresfrist, die von der Entstehung des Anspruchs an läuft. Für Schadensersatzansprüche ist in § 199 II, III BGB eine Sonderregelung vorgesehen, da bei ihnen das Zusatzproblem existiert, dass auch der Schadenseintritt und damit die Entstehung eines Anspruchs sehr spät erfolgen kann. § 199 II BGB sieht bei Verletzung von Leben, Körper, Gesundheit und

13) In diesem Sinne Gamillscheg AcP 176 (1976), 197 ff.; Däubler, NZA 1988, 857 (862 ff.); a. A. Richardt, ZfA 1974, 21 ff.; ders., in: 50 Jahre BGH, Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. II, 2000, S. 29 ff.

14) Zusammenstellung bei Däubler (o. Fußn. 13).

15) Dazu insb. Löwisch, NZA 2001, 465; Joussen, NZA 2001, 745.

16) BGBl I, 887, berichtigt S. 1139.

17) BT-Dr 14/6040 S. 273.

18) Dazu Horn, in: Wolf/Horn/Lindacher, AGB-Gesetz, 4. Aufl. (1999), § 23 Rdnr. 37; Palandt/Heinrichs, BGB, 60. Aufl. (2001), § 23 AGBG Rdnr. 1; Ulmer, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Gesetz, 9. Aufl. (2001), § 23 Rdnr. 7.

19) Für unterschiedliche Bemessung der Sorgfaltsanforderungen bei Unternehmern und Verbrauchern zu Recht Heinrichs, BB 2001, 1418.

Freiheit eine dreißigjährige Frist vor. Bei anderen Schadensersatzansprüchen tritt die Verjährung spätestens zehn Jahre nach ihrer Entstehung, oder ohne Rücksicht auf den Entstehungszeitpunkt dreißig Jahre nach dem die Haftung auslösenden Ereignis ein.

Die absoluten Fristen werden im Arbeitsrecht voraussichtlich keine besonders große Bedeutung gewinnen, da die anspruchsbegründenden Umstände und die Person des Schuldners in der Regel bekannt sind oder mit relativ geringem Aufwand ermittelt werden können. Auch werden Schadensersatzansprüche des Arbeitnehmers wegen Verletzung von Leben, Körper und Gesundheit nur dann von den BGB-Regeln erfasst, wenn es sich nicht um einen Arbeitsunfall oder eine Berufskrankheit handelt.

2. Hemmung und Neubeginn

Die Hemmung der Verjährung besitzt einen sehr viel höheren Stellenwert als im bisherigen Recht. Außer den Fällen der Rechtsverfolgung nach § 204 I BGB n. F. erfasst sie auch den Fall, dass zwischen dem Schuldner und dem Gläubiger Verhandlungen über den Anspruch oder die ihn begründenden Umstände schweben: während ihrer Dauer ist die Verjährung nach § 203 S. 1 BGB so lange gehemmt, bis die eine oder die andere Seite die Fortsetzung des Meinungs-austausches verweigert. Die Vorschrift ist aus dem Deliktrecht (§ 852 II BGB a. F.) übernommen, so dass auf die dazu ergangene Rechtsprechung zurückgegriffen werden kann²⁰. Liegen die Verhandlungen nahe am Ende der Frist, so muss dem Gläubiger nach ihrer Beendigung zumindest ein Zeitraum von zwei Monaten bleiben.

Ein Neubeginn der Verjährung (bisher eher irreführend als „Unterbrechung“ bezeichnet) tritt nach § 212 I BGB nur noch ein, wenn der Schuldner den Anspruch dem Gläubiger gegenüber anerkennt oder wenn eine gerichtliche oder behördliche Vollstreckungshandlung vorgenommen oder beantragt wird.

3. Sonderregelung für die betriebliche Altersversorgung

Art. 5 Abs. 35 des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes hat in das BetrAVG einen § 18 a eingefügt, wonach der Anspruch auf Leistungen aus der betrieblichen Altersversorgung in 30 Jahren verjährt. Satz 2 der Bestimmung unterstellt „Ansprüche auf regelmäßig wiederkehrende Leistungen“ der regelmäßigen Verjährungsfrist, so dass die 30 Jahre nur für das Stammrecht gelten. Die erst im Ausschuss geschaffene Vorschrift will die ständige Rechtsprechung des BAG festschreiben und dem Schutzzweck der betrieblichen Altersversorgung Rechnung tragen²¹.

4. Übergangsvorschriften

Soweit Arbeitsverhältnisse bereits im Jahre 2001 bestanden, ändert sich die Rechtslage erst mit dem 1. 1. 2003²². In diesem Augenblick greift dann mit dem neuen Recht auch die Übergangsvorschrift des Art. 229 § 6 EGBGB ein. Nach dessen Absatz 1 gilt grundsätzlich das neue Verjährungsrecht, doch wird dieses Prinzip durch Ausnahmen entscheidend durchbrochen. Sind die Fristen nach neuem Recht länger als nach altem (was für die Entgeltansprüche der Arbeitnehmer der Fall ist), so tritt nach § 6 III in Bezug auf bereits entstandene Ansprüche keine Verlängerung ein. Ist umgekehrt die neue Frist kürzer (was für Ansprüche des Arbeitgebers aus positiver Vertragsverletzung der Fall ist), so gilt nach § 6 IV die kürzere Frist; würde allerdings die längere Frist des bisherigen Rechts im konkreten Fall vorher ablaufen, soll sich daran nichts ändern. Bei Arbeitsverhältnissen, die nach dem 31. 12. 2001 begründet werden, greift sofort das neue Verjährungsrecht ein. Praktische Probleme werden sich allerdings erst in einigen Jahren ergeben.

V. Leistungsstörungenrecht

1. Der Ausgangspunkt

Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz führt eine Generalklausel ein: Nach § 280 I BGB haftet der Schuldner wegen jeder „Pflichtverletzung“, soweit er nicht beweisen kann, dass er diese nicht zu vertreten hat. Nach § 276 I BGB hat er grundsätzlich Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten, doch kann sich ein strengerer oder milderer Maßstab aus einer Vereinbarung oder aus dem sonstigen Inhalt des Schuldverhältnisses ergeben. Eine Ersatzpflicht kann auch dann entstehen, wenn der Schuldner die Unmöglichkeit seiner Leistung zu vertreten hat. Dabei kommt es nach dem neu gefassten § 275 I BGB nicht darauf an, ob objektive Unmöglichkeit oder subjektives Unvermögen vorliegt. Auch spielt es keine Rolle mehr, ob das Leistungshindernis schon bei Vertragsabschluss besteht oder erst später eintritt. § 311 a I BGB stellt klar, dass entgegen dem bisherigen § 306 BGB der Vertrag als solcher auch bei anfänglicher objektiver Unmöglichkeit wirksam ist. Gleichzeitig ergibt sich aus der allgemeinen Regel des § 280 I BGB, dass bei ursprünglichem Unvermögen nur bei „Vertreten-Müssen“ gehaftet wird; die bisher angenommene Garantiehafung²³ existiert nicht mehr.

Ist eine Leistung persönlich zu erbringen, so kann sie der Schuldner nach § 275 III BGB verweigern, wenn sie ihm „unter Abwägung des seiner Leistung entgegenstehenden Hindernisses mit dem Leistungsinteresse des Gläubigers“ nicht zuzumuten ist. Insoweit ist die „Unzumutbarkeit“ der Unmöglichkeit gleichgestellt. Nach dem neuen § 326 I 1 BGB entfällt der Anspruch auf die Gegenleistung, wenn der Schuldner nach § 275 I – III BGB nicht zu leisten braucht. Davon macht § 326 II BGB dann eine Ausnahme, wenn der Gläubiger das Leistungshindernis allein oder weit überwiegend zu vertreten hat oder wenn es zu einem Zeitpunkt eintritt, in dem sich der Gläubiger im Annahmeverzug befindet. Dies war bisher in § 324 BGB geregelt.

2. Konsequenzen für die Arbeitnehmerhaftung

Aus § 280 I BGB i. V. mit § 276 I BGB könnte man theoretisch den Grundsatz ableiten, der Arbeitnehmer würde wie andere Schuldner für jede Pflichtverletzung haften, sofern er sein fehlendes Verschulden nicht beweisen kann. Eine solche totale Umkehrung der arbeitsrechtlichen Haftungsgrundsätze war jedoch von Anfang an nie gewollt; die offene Formulierung des § 276 I BGB, die die Ableitung einer mildernden Haftung aus dem Inhalt des Schuldverhältnisses erlaubt, steht einer solchen Auslegung entgegen. Die Begründung zum Ausschussbericht hat dies bekräftigt²⁴. Zweifelhaft schien allein die Frage der Beweislast, da § 280 I BGB insoweit keine Spielräume eröffnet. Der Ausschuss hat deshalb den neuen § 619 a BGB eingefügt, wonach der Arbeitnehmer „abweichend von § 280 I BGB“ dem Arbeitgeber Ersatz für den aus seiner Pflichtverletzung entstehenden Schaden nur zu leisten hat, wenn er die Pflichtverletzung zu vertreten hat. Damit ist – wie die Begründung ausdrücklich hervorhebt – die Rechtsprechung des BAG übernommen worden, die dem Arbeitgeber generell, d. h. auch bei der so genannten Mankohaftung, die Beweislast für das Verschulden des Arbeitnehmers auferlegt²⁵. Gleichzeitig ist da-

20) Überblick bei Palandt/Thomas (o. Fußn. 18), § 852 Rdnrn. 17 ff.

21) BT-Dr 14/7052 Erl. zu Art. 5 Abs. 35 Nr. 3.

22) S. oben III.

23) Nachw. bei Palandt/Heinrichs (o. Fußn. 18), § 306 Rdnr. 9.

24) BT-Dr 14/7052, Erläuterung zu Art. 1 Nr. 36 lit. b: „An den arbeitsrechtlichen Grundsätzen über die Haftung des Arbeitnehmers will der Regierungsentwurf nichts ändern“.

25) BT-Dr 14/7052, Erläuterung zu Art. 1 Nr. 36 lit. b unter Bezugnahme auf BAG, NZA 1999, 141 = NJW 1999, 1049 (1052).

mit die Existenz einer arbeitsrechtlichen „Sonderordnung“ für die Arbeitnehmerhaftung bestätigt, ohne dass deren genaue Konturen über § 619 a BGB hinaus festgeschrieben wären. Die systematische Einordnung nach dem die Unabdingbarkeit von Arbeitgeberpflichten festlegenden § 619 BGB legt allerdings den Schluss nahe, dass die Haftungsprivilegierung des Arbeitnehmers zwingenden Charakter hat²⁶.

Die zivilrechtliche Haftung des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer (z. B. für Sachschäden) richtet sich nach den allgemeinen Grundsätzen; insoweit findet § 280 BGB in vollem Umfang Anwendung.

3. Leistungshindernisse in der Person oder aus der Sphäre des Arbeitnehmers

Ist der Arbeitnehmer arbeitsunfähig krank, liegt nach zutreffender Auffassung des BAG ein Fall des Unvermögens vor²⁷. Die Frage, ob dieses zu vertreten ist, spielt im geltenden Recht nur insoweit eine Rolle, als die Entgeltfortzahlung nach § 3 I EFZG entfällt, wenn der Arbeitnehmer in gröblicher Weise gegen das von einem verständigen Menschen im eigenen Interesse zu erwartende Verhalten verstoßen hat²⁸. Daraus ist die spezifisch arbeitsrechtliche Wertentscheidung herzuleiten, dass als Sanktion für „unvernünftiges“ Verhalten nur der Wegfall der Entgeltfortzahlung eintreten soll. An eine Haftung nach § 280 I BGB ist nicht gedacht; sie auch nur in einigen Fällen zu bejahen, würde zu einer inakzeptablen Reglementierung des Privatlebens führen.

Dass der arbeitsunfähige Arbeitnehmer nicht arbeiten muss, folgt unmittelbar aus § 275 I BGB („Unvermögen“). Die Unzumutbarkeitsvorschrift des § 275 III BGB greift hier nicht ein, kann jedoch bei arbeitnehmerähnlichen Personen Bedeutung gewinnen, die nicht unter das EFZG fallen²⁹. Allerdings ist schwer vorstellbar, dass es für eine arbeitnehmerähnliche Person zumutbar sein könnte, eine Leistung zu erbringen, die sich nach ärztlichem Urteil aus gesundheitlichen Gründen verbietet.

Eine weitere arbeitsrechtliche Spezialnorm enthält § 616 BGB, der unverändert weitergilt. Soweit arbeitnehmerähnliche Personen auf der Grundlage eines Dienstvertrags tätig sind, werden sie von dieser Vorschrift gleichfalls erfasst. Auch hier gilt wie in den Fällen der Arbeitsunfähigkeit, dass die schuldhaft Herbeiführung z. B. einer Pflichtenkollision lediglich den Entgeltanspruch entfallen lässt, nicht aber zu einer Ersatzpflicht führt. Liegt ein Werkvertrag zugrunde, dürfte § 275 III BGB Anwendung finden.

Schließlich ist an den Fall zu denken, dass sich ein Arbeitnehmer zu einer gegebenenfalls von Anfang an unzulässigen Tätigkeit verpflichtet: Vertragsinhalt ist etwa Kinderarbeit oder Arbeit ohne Arbeitsgenehmigung. In diesen Fällen ist zu differenzieren. Zum einen ist denkbar, dass der Arbeitsvertrag nach § 134 BGB unwirksam ist. Dies gilt etwa für den Fall der Kinderarbeit oder für den beiden Seiten bekannten Verstoß gegen das Schwarzarbeitsgesetz. In solchen Fällen tritt von vorneherein keine Haftung des Arbeitnehmers nach § 311 a II BGB ein, da je kein wirksamer Vertrag besteht³⁰. Auch eine Haftung aus Culpa in contrahendo wird praktisch nie in Betracht kommen. Denkbar sind zum andern Fälle, in denen trotz eines rechtlichen Leistungshindernisses der Arbeitsvertrag als solcher gültig bleibt. Das BAG nimmt dies etwa dann an, wenn ein ausländischer Staatsangehöriger nicht über die notwendige Arbeitserlaubnis verfügt³¹. Dasselbe wird man dann zugrundelegen können, wenn ein Kraftfahrer keine Fahrerlaubnis besitzt. Letztlich entscheidet der Inhalt des „übertretenen“ Verbots darüber, ob der Vertrag nichtig oder lediglich seine Erfüllung unmöglich ist. Ist das Letztere der Fall, gelten die

allgemeinen Regeln. Danach entfällt gem. § 326 I BGB der Entgeltanspruch, sofern keine andere Beschäftigung möglich und zumutbar ist (was insbes. im Beispiel des Kraftfahrers immer zu prüfen wäre). Die Frage, ob darüber hinaus eine Haftung des Arbeitnehmers auf Schadensersatz in Betracht kommt, beantwortet sich nach neuem Recht nicht anders als nach altem. Ein Unterschied besteht nur insoweit, als der Arbeitnehmer auch bei anfänglichem Unvermögen nach § 311 a II BGB nur dann haftet, wenn er dieses kannte oder seine Unkenntnis zu vertreten hatte. Nach früherem Recht hätte insoweit eine Garantiehaftung bestanden.

4. Leistungshindernisse, die im Betriebsablauf liegen – Neuregelung des Betriebsrisikos?

Nach herkömmlicher Auffassung trägt der Arbeitgeber das Betriebs- und das Wirtschaftsrisiko. Kann wegen Stromausfalls nicht gearbeitet werden oder sind die Produkte unverkäuflich, behalten die Arbeitnehmer gleichwohl ihren Entgeltanspruch. Davon wird nur im Falle des so genannten Arbeitskammerrisikos eine Ausnahme gemacht³². Theoretisch bestünde nun die Möglichkeit, unter Berufung auf § 326 I BGB die Leistungspflicht des Arbeitgebers wegen Unmöglichkeit der Leistung auf Seiten der Arbeitnehmer entfallen zu lassen. Der Bundesrat hatte deshalb gebeten, die Einfügung einer die bisherigen arbeitsrechtlichen Grundsätze absichernden Sondernorm zu prüfen³³. Dem hat die Bundesregierung Rechnung getragen und vorgeschlagen, dem § 615 BGB einen Satz 3 anzufügen, der die Entgeltfortzahlung wie bei Annahmeverzug auch für den Fall vorsieht, dass der Arbeitgeber das Risiko des Arbeitsausfalls trägt³⁴. Dem ist der Rechtsausschuss gefolgt³⁵.

Der neue § 615 S. 3 BGB trifft keine Aussage darüber, wann das Risiko des Arbeitsausfalls beim Arbeitgeber liegt. Nach Auffassung der Bundesregierung³⁶ soll die Rechtsprechung weiterhin konkretisierend tätig sein und den Besonderheiten der denkbaren Fallgestaltungen Rechnung tragen. Dies bedeutet, dass auch die Arbeitskammerrisikolehre unberührt geblieben ist. Ob und in welchem Umfang sie aufrechtzuerhalten ist, muss nach anderen Gesichtspunkten entschieden werden; ein Hinweis auf § 615 S. 3 BGB kann insoweit nicht weiterführen.

VI. Der Arbeitnehmer als Verbraucher?

1. Die veränderte Ausgangssituation

Solange verbraucherschützende Normen im Wesentlichen außerhalb des BGB angesiedelt waren, konnte man das Verbraucherrecht wie das Arbeitsrecht als zwei selbstständige Sonderprivatrechte behandeln: Im einen Fall ging es um disparitätische Beziehungen auf dem Markt für Güter

26) So BAG, NZA 1999, 141 = NJW 1999, 1049 (Ls. 4) mit der durchaus sinnvollen Ergänzung, dass bei der Mankohaftung dann eine abweichende Vereinbarung möglich ist, wenn dem Arbeitnehmer ein gleichwertiger Ausgleich gewährt wird.

27) BAG, NZA 1993, 497 (499).

28) Kaiser/Dunkel/Hold/Kleinsorge, EFZG, 5. Aufl. (2000), § 3 Rdnr. 93; Kunz/Wedde, EntgeltfortzahlungR. Kommentar für die Praxis, 2000, § 3 EFZG Rdnrn. 94 ff.; Schmitt, EFZG, 4. Aufl. (1999), § 3 Rdnr. 85 m. w. Nachw.

29) Kunz/Wedde (o. Fußn. 28), § 1 Rdnr. 67.

30) Bedenken in diese Richtung aber bei Löwisch, NZA 2001, 466.

31) BAG, NJW 1977, 1023, bestätigt durch BAG, NZA 1991, 341 = DB 1990, 2373; ebenso Hanau, in: Festschr. 25 Jahre BAG, S. 174 ff.; Engels, RdA 1976, 165 f.; Däubler, ArbeitsR 2, 11. Aufl. (1998), Rdnr. 1668.

32) Einzelheiten bei Erk/Preis, 2. Aufl. (2001), § 615 Rdnrn. 126 ff.; Däubler, ArbeitsR 1, 15. Aufl. (1998), Rdnrn. 571 ff.

33) BT-Dr 14/6857 S. 11.

34) BT-Dr 14/6857 S. 48.

35) BT-Dr 14/7052 zu Art. 1 Nr. 36 a.

36) BT-Dr 14/6857 S. 48.

und Dienstleistungen, im andern Fall war die ungleiche Verhandlungssituation auf dem Arbeitsmarkt der Ausgangspunkt. Dem entspricht der allgemeine Sprachgebrauch, wonach zwischen der „Rolle“ als Verbraucher und der als Arbeitnehmer unterschieden wird. Die Integration des Verbraucherrechts in das BGB muss daran nicht notwendigerweise etwas ändern. Allerdings erscheint es eher denkbar, innerhalb desselben Gesetzes Grundsätze über den Schutz des Schwächeren vom einen in den anderen Bereich zu transferieren. Letztlich liegt es aber im Ermessen des Gesetzgebers und der Rechtsprechung, ob sie einen solchen Schritt tun wollen oder nicht. Ob das Arbeitsverhältnis auch einzelnen verbraucherrechtlichen Grundsätzen unterstellt werden kann, wird nach neuem Recht insbesondere bei drei Fragen relevant.

- Zum einen sieht § 288 II n. F. BGB bei Rechtsgeschäften, an denen ein Verbraucher nicht beteiligt ist, einen erhöhten Verzugszins vor: Er liegt für Entgeltforderungen in diesem Fall bei acht Prozentpunkten über dem Basiszinssatz (also faktisch zwischen 11 und 14%). Bei rückständigen Lohnforderungen kann das etwa im Rahmen eines Kündigungsschutzverfahrens erhebliche Bedeutung gewinnen, zumal die Verzugszinsen nach der Rechtsprechung des *Großen Senats* des BAG auf der Grundlage der Bruttovergütung zu berechnen sind³⁷. Ist ein Verbraucher beteiligt, liegt der Verzugszins nach § 288 I BGB nur fünf Prozentpunkte über dem Basiszinssatz, also um drei Prozent niedriger.
- Der neue § 312 I BGB sieht in Übernahme des bisher geltenden Rechts bei so genannten Haustürgeschäften ein Widerrufsrecht des Verbrauchers vor. Charakteristisch für diese keineswegs auf das Gespräch an der Haustüre beschränkten Fälle ist, dass der Verbraucher in einer Situation, wo er dies nicht erwarten kann, mit einem Angebot konfrontiert wird. Entsprechendes ist, wie z. B. die so genannte Überrumpelungsrechtsprechung des *LAG Hamburg*³⁸ zeigt, auch im Rahmen des Arbeitsverhältnisses denkbar.
- Nach dem neuen § 310 III Nr. 1 BGB gelten bei Verträgen mit einem Verbraucher Allgemeine Geschäftsbedingungen als vom Unternehmer gestellt, es sei denn, der Verbraucher habe sie in den Vertrag eingeführt. Da § 310 IV BGB nunmehr auch Arbeitsverträge der AGB-Kontrolle unterwirft, kann es von erheblicher Bedeutung sein, ob der Arbeitnehmer Verbraucher ist oder wie ein solcher behandelt werden muss.

2. Die Verbraucherdefinition des § 13 BGB

Die durch das Fernabsatzgesetz vom 27. 6. 2000³⁹ in das BGB eingefügten §§ 13 und 14 nehmen ihrem Wortlaut nach eine Zweiteilung der Rechtssubjekte vor. § 14 BGB definiert als „Unternehmer“ natürliche und juristische Personen sowie rechtsfähige Personengesellschaften, die „bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit“ handeln. Die unselbständige berufliche Tätigkeit hat keine Unternehmereigenschaft zur Folge. § 13 BGB benennt als „Verbraucher“ jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zweck abschließt, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann. Fallen Rechtsgeschäfte – so muss man schließen – in den Bereich der unselbständigen beruflichen Tätigkeit, so sind die Voraussetzungen des § 13 BGB erfüllt. Das deutsche Recht geht insoweit über einzelne EG-Richtlinien hinaus, die schon bei einem Bezug zu (irgend-)einer beruflichen Tätigkeit die Verbrauchereigenschaft verneinen⁴⁰.

Die Literatur hat sich bislang nur in ersten Ansätzen mit der hier interessierenden Frage auseinandergesetzt. *Heinrichs* sieht die Verbrauchereigenschaft jedenfalls dann als noch gegeben an, wenn der Arbeitnehmer Arbeitskleidung oder einen Pkw für die Fahrt zum Arbeitsplatz kauft⁴¹. Der Arbeitnehmer ist weiter auch dann Verbraucher, wenn er von seinem Arbeitgeber ein Darlehen erhält, das er zu marktüblichen Sätzen verzinsen muss. Dies ergibt sich

aus § 491 II Nr. 2 BGB, der dem bisherigen § 3 I Nr. 4 VerbrKrG entspricht.

Aus der Tatsache, dass der Arbeitgeber mit dem Arbeitnehmer einen Verbrauchervertrag abschließen kann, folgt jedoch noch nicht, dass auch der Arbeitsvertrag selbst verbraucherrechtlichen Grundsätzen unterliegt. In der neueren Literatur gibt es zwei Stimmen, die Arbeitsrecht und Verbraucherrecht weiterhin hermetisch trennen wollen⁴². Der Verbraucher sei der „Gegenbegriff“ zum Unternehmer, nicht der zum Arbeitgeber. Schon vom Wortlaut des § 14 BGB her ist es jedoch nicht einleuchtend, zwischen „Unternehmer“ und „Arbeitgeber“ zu unterscheiden: Die gewerbliche bzw. die selbständige berufliche Tätigkeit umfasst auch die Beschäftigung von Arbeitskräften, so dass der Gedanke des „Gegenbegriffs“ eher für die Einbeziehung der Arbeitnehmer spricht. Mit Recht betont *Pfeiffer*⁴³, ausschlaggebend sei die wirtschaftliche Zweckdivergenz zwischen den Vertragsparteien. Das Merkmal des Verbrauchers habe lediglich die Funktion, diejenige Vertragspartei zu identifizieren, welcher die Mechanismen des Verbrauchervertragsrechts zu Gute kommen sollen. Dies ist ersichtlich die schwächere Seite. Für den Bereich des Haustürwiderrufgesetzes hat *Stephan Lorenz* den Standpunkt vertreten, angesichts der auch einem Arbeitnehmer zukommenden Schutzbedürftigkeit bei Vertragsverhandlungen müsse er als „Kunde“ im Sinne dieses Gesetzes qualifiziert werden⁴⁴. Ebenso hat das *OLG Koblenz* für den Mieter in seinem Verhältnis zum Vermieter entschieden⁴⁵. Die durch den Wortlaut nahegelegte Auslegung des § 13 BGB wird daher durch eine teleologische Betrachtung eher bestärkt als in Frage gestellt.

Schließlich ist von Interesse, dass auch die amtliche Begründung zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz in diese Richtung weist. In der Begründung zum Regierungsentwurf wird im Zusammenhang mit dem Begriff des Verbrauchergüterkaufs nach § 474 BGB ausgeführt, auch die Rechtsbeziehungen des Arbeitnehmers zu seinem Arbeitgeber würden erfasst; das deutsche Recht gehe insoweit über die EG-Richtlinie hinaus⁴⁶. Lässt sich dies eventuell noch in der Weise interpretieren, dass es nur um Waren-geschäfte zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer geht, so ist dies beim Bericht des Rechtsausschusses zu § 310 IV BGB n. F. nicht mehr der Fall. Dort ist im Zusammenhang mit der Klagebefugnis von Verbraucherverbänden davon die Rede, auch Arbeitnehmer seien Verbraucher, so dass sich theoretisch Gewerkschaften als so genannte qualifizierte Einrichtungen (d.h. Verbraucherverbände mit Klagebefugnis) registrieren lassen könnten⁴⁷.

Gegen die Einbeziehung von Arbeitnehmern in den Verbraucherbegriff streitet allein die überkommene Terminologie. Sieht man darin ein unüberwindbares Hindernis,

37) BAG, NZA 2001, 1195.

38) LAGE § 611 BGB Aufhebungsvertrag Nr. 6 m. abl. Anm. *Bengelsdorf*.

39) BGBl I, 887, ber. S. 1139.

40) *Wolf*, in: *Wolf/Horn/Lindacher* (o. FuBn. 18), Art. 2 RiLi Rdnr. 15; zum personellen Geltungsbereich der einzelnen EG-Richtlinien mit verbraucher-schützendem Charakter s. *Faber*, ZEuP 1998, 873.

41) *Palandt/Heinrichs* (o. FuBn. 18), § 13 Rdnr. 3; wenig ergiebig demgegenüber *Micklitz*, in: *MünchKomm*, 4. Aufl. (2001), § 13 Rdnr. 8 ff.

42) *Joussen*, NZA 2001, 749; *Löwisch*, NZA 2001, 466.

43) Der Verbraucher nach § 13 BGB, in: *Schulze/Schulte-Nölke* (Hrsg.), Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, 2001, S. 140.

44) JZ 1997, 277.

45) NJW 1994, 1418 (1420).

46) BT-Dr 14/6040 S. 243.

47) BT-Dr 14/7052 Erl. zu Art. 1 § 310 – Anwendungsbereich, zu Abs. 4.

wäre gleichwohl die Frage zu stellen, ob einzelne verbraucherrechtliche Bestimmungen auf das Arbeitsverhältnis entsprechend angewandt werden können.

3. Konkrete Konsequenzen

Sieht man in Arbeitnehmern Verbraucher i. S. des § 13 BGB, kann § 288 II BGB mit seinem hohen Verzugszins keine Anwendung finden. Vielmehr wäre vorenthaltenes Entgelt nur nach § 288 I BGB zu verzinsen.

Bei der (direkten oder analogen) Anwendung des § 312 BGB könnte allerdings nicht schematisch auf die dort genannten Situationen (mit dem daran geknüpften Widerrufsrecht) zurückgegriffen werden. Dass man am „Arbeitsplatz“ wegen eines gewöhnlichen Umsatzgeschäftes angesprochen wird, ist einigermaßen überraschend; dass man dort über den Abschluss, die Veränderung oder die Aufhebung eines Arbeitsvertrags spricht, fällt demgegenüber nicht aus dem Rahmen. Von daher müsste man § 312 BGB in der Weise handhaben, dass auf den vergleichbaren „Überraschungseffekt“ abgestellt wird⁴⁸. Dies kann praktische Bedeutung insbesondere bei Änderungs- und Aufhebungsverträgen gewinnen. Geht man davon aus, dass § 312 BGB im Arbeitsrecht nur entsprechend anwendbar ist, wird es allerdings meist an einer „Lücke“ fehlen, da der Schutz der schwächeren Seite schon über Informationspflichten und das Gebot fairen Verhandels sichergestellt ist⁴⁹.

Was schließlich die Frage betrifft, ob sich § 310 III Nr. 1 BGB auch auf das Arbeitsverhältnis erstreckt, so liegt zumindest eine entsprechende Anwendung nahe: Der Arbeitnehmer hat typischerweise nicht mehr Möglichkeiten als ein Verbraucher im traditionellen Sinn, die vorformulierten Bedingungen zum Verhandlungsgegenstand zu machen. Außerdem nimmt § 310 IV, der die Erstreckung der AGB-Kontrolle auf Arbeitsverträge anordnet, aus dem AGB-Recht zwar § 305 II, III, nicht aber andere Bestimmungen wie § 310 III ausdrücklich aus.

VII. Erstreckung der AGB-Kontrolle auf standardisierte Arbeitsverträge

1. Entstehungsgeschichte

Der Regierungsentwurf des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes hatte in § 310 IV BGB wörtlich die Bereichsausnahmen des § 23 I AGBG übernommen⁵⁰, also auch das Arbeitsrecht weiter aus der AGB-Kontrolle ausgeklammert. Der Bundesrat forderte jedoch in seiner Stellungnahme die Bundesregierung auf zu prüfen, ob die Ausnahme für das Arbeitsrecht noch sachgerecht sei⁵¹. Die Entscheidung hierfür war im Rechtsausschuss des Bundesrats mit 15 zu null Stimmen bei Enthaltung von Rheinland-Pfalz gefallen⁵². In ihrer Gegenstellungnahme führte die Bundesregierung aus⁵³:

„Die Bundesregierung ist der Auffassung, dass die Bereichsausnahme des Arbeitsrechts hinsichtlich des AGB-Gesetzes im Grundsatz aufzuheben ist. Trotz des Schutzes durch zwingende gesetzliche Vorschriften und kollektive Vereinbarungen besteht auch im Arbeitsrecht ein Bedürfnis nach richterlicher Kontrolle der einseitig vom Arbeitgeber festgesetzten Arbeitsbedingungen; dies ist gerade vor dem Hintergrund des existenziellen Angewiesenseins auf einen Arbeitsplatz von besonderer Bedeutung. Das Fall-Material der Rechtsprechung des BAG zu den Arbeitsvertragsmodalitäten zeigt, dass eine ‚sich selbst überlassene‘ Vertragsfreiheit nicht in der Lage war, insgesamt einen ausreichenden Schutz der Arbeitnehmer vor unangemessenen Vertragsbedingungen zu gewährleisten.“

Der Rechtsausschuss schloss sich ebenso wie das Plenum des Bundestags dieser Stellungnahme an⁵⁴.

2. Gegenstand der Kontrolle

§ 310 IV 1 stellt klar, dass Tarifverträge, Betriebs- und Dienstvereinbarungen auch in Zukunft nicht der AGB-Kontrolle unterliegen. Wie die Bundesregierung in ihrer Gegenstellungnahme betonte, würde andernfalls das System der Tarifautonomie konterkariert⁵⁵. Dies bedeutet, dass sich insoweit keine Änderungen ergeben. Tarifverträge unterliegen wie bisher nur einer Rechtskontrolle, während in Bezug auf Betriebs- und Dienstvereinbarungen die von der Rechtsprechung entwickelte Billigkeitskontrolle weiter praktiziert werden kann⁵⁶. Für eine Korrektur gibt es keinerlei Anhaltspunkte. Auch bleibt die „Billigkeitskontrolle“ ihrer Intensität nach hinter der AGB-Kontrolle deutlich zurück.

Einbezogen sind damit ausschließlich Arbeitsverträge, soweit ihr Inhalt vom Arbeitgeber „gestellt“ ist (§ 305 I 1). Dies gilt auch für die Arbeitsvertragsrichtlinien der Kirchen, die nicht den Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen gleichgestellt wurden.

3. Das Problem der Einbeziehung in den Arbeitsvertrag

Nach § 305 II werden AGB nur dann Vertragsbestandteil, wenn der Verwender bei Vertragsschluss die andere Partei auf sie hinweist und diese in zumutbarer Weise Kenntnis nehmen kann. Nach § 305 III ist es möglich, für eine bestimmte Art von Rechtsgeschäften im Voraus die Geltung bestimmter AGB zu vereinbaren. Beide Bestimmungen finden im Arbeitsrecht keine Anwendung, da sie in § 310 IV 2 BGB zweiter Halbsatz ausdrücklich ausgenommen sind. Hintergrund ist die Erwägung, dass insoweit das Nachweisgesetz eingreift⁵⁷. Anwendbar ist jedoch die Vorschrift des § 305 c I BGB, wonach überraschende Klauseln nicht Vertragsbestandteil werden. Auch ist nach § 305 c II BGB (= § 5 ABGB) bei Mehrdeutigkeit derjenigen Auslegung der Vorzug zu geben, die zu Lasten des Verwenders (d.h. hier des Arbeitgebers) geht.

4. Maßstäbe für die Inhaltskontrolle

Nach § 307 III 1 (= § 8 AGBG) unterliegen AGB nur insoweit der Inhaltskontrolle, als sie von Rechtsvorschriften abweichen oder diese ergänzen. Dies hat zur Folge, dass im Regelfall die „Hauptkondition“ keiner richterlichen Angemessenheitskontrolle unterliegt, da Preise nicht durch Gesetz festgelegt zu werden pflegen. Eine Ausnahme (die nunmehr in den Gesetzestext aufgenommen wurde) gilt nur insoweit, als auch bei der Bestimmung von Leistung und Gegenleistung das Transparenzgebot zu wahren ist. § 310 IV 3 BGB ergänzt nun das übliche „Kontrollprogramm“ insoweit, als vorformulierte Arbeitsverträge auch an Tarifverträgen sowie Betriebs- und Dienstvereinbarungen zu messen sind. Da jedenfalls in Tarifverträgen die Höhe des Entgelts fixiert ist, unterliegen „Abweichungen nach unten“ in Zukunft der gerichtlichen Kontrolle.

Soweit ein Branchentarif besteht, sind einheitsvertragliche Abmachungen an diesem zu messen. Das bedeutet, dass

48) S. als Beispiel *ArbG Bremen*, AiB 1996, 501, wo dem Arbeitnehmer die Herabgruppierung in einem kurzen Telefongespräch während der Weihnachtsferien mitgeteilt wurde; andernfalls brauche er nicht wiederzukommen.

49) Einzelheiten dazu bei Däubler, in: *Kittner/Däubler/Zwanziger*, KSchR, 5. Aufl. (2001), Einl. Rdnrn. 303 ff.

50) BT-Dr 14/6040, S. 12.

51) BT-Dr 14/6857, S. 17.

52) Mitteilung des Bundesarbeitsministeriums an den Verfasser.

53) BT-Dr 14/6857, S. 53.

54) BT-Dr 14/7052 Erl. zu Art. 1 § 310.

55) BT-Dr 14/6857 S. 54.

56) Zu dieser s. etwa BAG AP Nr. 142 zu § 242 BGB Ruhegehalt; BAG, AP Nr. 5 zu § 57 BetrVG (1952), seither st. Rspr.

57) BT-Dr 14/6857 S. 54.

zwischen nicht tarifgebundenen Arbeitsvertragsparteien das Tarifniveau nicht in unangemessener Weise unterschritten werden darf. Dies hat praktische Bedeutung insbesondere für Arbeitgeber, die keinem Arbeitgeberverband angehören. Besteht im Unternehmen ein Firmentarif, so ist allein er bei Abmachungen mit nicht tarifgebundenen Arbeitnehmern zu berücksichtigen.

Schwierig wird die Situation in Branchen, in denen es nur einzelne Firmentarife gibt. Hier wird man deren Niveau für Unternehmen ohne Tarifvertrag nur dann als maßgebend ansehen können, wenn es sich um für die Branche „repräsentative“ Regelungen handelt. Insoweit wären die Grundsätze entsprechend heranzuziehen, die bei der Bestimmung der Tarifüblichkeit nach § 77 III BetrVG entwickelt wurden⁵⁸. Fehlen Tarifverträge oder sind sie nicht repräsentativ, scheidet dieser Kontrollmaßstab aus. Angesichts der Tatsache, dass die Arbeitsvertragsrichtlinien der Kirchen den Kollektivverträgen nicht gleichgestellt sind, können auch sie nicht als Maßstab herangezogen werden, wenn im kirchlichen Bereich (etwa mit Aushilfskräften) ihr Niveau deutlich unterschritten wird.

Bei Betriebs- und Dienstvereinbarungen besteht die Besonderheit, dass in ihrem Geltungsbereich von vorneherein keine Abweichung zu Ungunsten des Arbeitnehmers erfolgen kann. Insoweit scheidet eine Inhaltskontrolle aus. Denkbar ist jedoch der Fall, dass in einem Unternehmen mit mehreren Betrieben ein bestimmtes „Betriebsvereinbarungsniveau“ besteht, dass jedoch in einem weiteren Betrieb (der z. B. hinzugekauft wurde) deutlich schlechtere Bedingungen praktiziert werden. Dasselbe wäre auch im Rahmen eines Konzerns vorstellbar. Schwer praktikabel ist mangels ausreichender Publizität ein Rückgriff auf ein „ortsübliches“ Betriebsvereinbarungsniveau.

Misst man Arbeitsverträge an Gesetzen oder Kollektivverträgen, so sind nach § 310 IV 2 BGB „die im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten angemessen zu berücksichtigen“. Welche Bedeutung dies konkret hat, wird die Rechtsprechung zu entscheiden haben. Im Ergebnis wird die Arbeitsgerichtsbarkeit dazu ermächtigt, im einen oder anderen Fall von der Judikatur des BGH abzuweichen, ohne deshalb den Gemeinsamen Senat der Obersten Gerichte des Bundes anrufen zu müssen.

5. Kontrolle der Hauptkondition

Soweit Tarifverträge nach dem eben Ausgeführten als Kontrollmaßstab in Betracht kommen, dürfen Arbeitnehmer gem. § 307 I 1 BGB nicht entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt werden. Dies bedeutet, dass nicht jede, sondern nur eine „unangemessene“ Abweichung ausgeschlossen ist. Diese darf jedoch ersichtlich die „Wuchergrenze“ nicht erreichen, da andernfalls die Vorschrift des § 307 I 1 BGB überflüssig wäre und „unangemessen“ ersichtlich nicht mit „sittenwidrig“ identisch ist. Eine solche Zweistufigkeit der Kontrolle existiert bereits im Mietrecht und bei den Ausbildungsvergütungen. Für das Mietrecht verbietet § 5 II WiStG eine „Mietpreisüberhöhung“, die dann angenommen wird, wenn die ortsübliche Vergleichsmiete um mehr als 20% überschritten ist⁵⁹. Einen Anspruch auf „angemessene“ Vergütung hat nach § 10 I BBiG auch ein Auszubildender, der nicht tarifgebunden ist. Nach der Rechtsprechung des BAG⁶⁰ ist diese Voraussetzung nicht mehr gewahrt, wenn die tarifliche Vergütung um mehr als 20% unterschritten wird⁶¹. Die Wuchergrenze wird demgegenüber mit Recht erst bei weitergehender Abweichung angenommen. Der BGH sieht ein grobes Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung im Sinne des § 291 StGB dann als gegeben an, wenn die Vergütung um mehr als ein Drittel unter dem Tariflohn

liegt⁶². In der Literatur wird zum Teil darauf abgestellt, dass die Hälfte der marktüblichen Vergütung nicht unterschritten werden darf⁶³. Schließlich lässt sich eine ältere Entscheidung des ArbG Göttingen heranziehen, die eine Bezahlung von 20% unter Tarif zwar als unangemessen, nicht aber als sittenwidrig qualifizierte⁶⁴. Angesichts dieser in anderem Kontext geleisteten Vorarbeiten spricht alles dafür, die Unterschreitung des Tariflohns um mehr als 20% als unangemessen i. S. des § 307 I BGB zu qualifizieren.

6. Kontrolle sonstiger Arbeitsbedingungen

Welche Folgen die Anwendung der §§ 307 bis 309 (bisher: §§ 9 bis 11 AGBG) auf den Arbeitsvertrag hat, kann derzeit noch nicht abschließend beurteilt werden. Die Vertragspraxis wird allerdings zahlreiche Klauseln auf den Prüfstand stellen müssen. Angesichts der schon bisher von den Arbeitsgerichten praktizierten Billigkeitskontrolle muss dies nicht notwendigerweise zu abweichenden Ergebnissen führen. Die Bundesregierung hat in ihrer Begründung zu § 310 IV BGB darauf hingewiesen, die Rechtsprechung des BAG sei uneinheitlich: einzelne Senate würden sich sehr streng an den Maßstäben des AGB-Gesetzes orientieren, während dies andere nicht täten. Als Beispiel für letzteres wird die BAG-Entscheidung vom 13. 12. 2000 zu einer einmonatigen Ausschlussfrist⁶⁵ genannt⁶⁶. Orientierungspunkte lassen sich insbesondere aus dem Handelsvertreterrecht⁶⁷ sowie aus der Rechtsprechung zu den arbeitnehmerähnlichen Personen gewinnen, deren Verträge traditioneller Weise der AGB-Kontrolle unterworfen werden⁶⁸.

a) *Bezugnahme auf Tarifverträge.* Von der Inhaltskontrolle ausgenommen sind Vertragsklauseln, die auf einen Tarifvertrag als Ganzes Bezug nehmen. Dies rechtfertigt sich mit dessen erhöhter Richtigkeitsgewähr. Auch würde es zu wenig einsichtigen Verwerfungen im Betrieb führen, würden lediglich die Arbeitsverträge der organisierten Arbeitnehmer, nicht aber die im Ergebnis gleichlautenden der Außenseiter aus der Kontrolle ausgenommen. Ohne dass dies im AGBG irgendwo angedeutet war, verfuhr man bisher genauso bei arbeitnehmerähnlichen Personen, deren Arbeitsverhältnis von einem Tarifvertrag nach § 12 a TVG erfasst wurde⁶⁹. Das schließt nicht aus, dass andere Bestimmungen, die im Tarifvertrag nicht angesprochene Fragen betreffen, durchaus der Kontrolle unterliegen können.

Wird nur auf einen Teil eines Tarifvertrags verwiesen, fehlt es demgegenüber an der vorausgesetzten Richtigkeitsgewähr⁷⁰. Als Ergebnisse eines Kompromisses können Tarifverträge nur als Ganze mit dem Prädikat „grundsätz-

58) Dazu Berg, in: Däubler/Kittner/Klebe, BetrVG, 7. Aufl. (2000), § 77 Rdnrn. 71 ff.; Fitting/Kaiser/Heither/Engels, BetrVG, 20. Aufl. (2000), § 77 Rdnrn. 80 ff. m. w. Nachw.

59) Blank/Börstinghaus, Miete, Kommentar, 2000, § 535 BGB Rdnr. 178; Schmidt-Futterer, MietR., 7. Aufl. (1999), § 5 WiStG Rdnr. 37; Däubler, BGB Kompakt 2002, Kap. 20 unter 2.3.1.

60) NZA 1991, 773 = DB 1991, 1524.

61) Bei öffentlich finanzierten Ausbildungsplätzen kann abweichendes gelten: BAG, NZA 1996, 698.

62) BGH, NZA 1997, 1167 = NJW 1997, 2689 = DB 1997, 1670.

63) Hanau, in: Münchener Hdb. z. ArbeitsR., 2. Aufl. (2000), § 63 Rdnr. 6 m. w. Nachw.

64) ArbG Göttingen, DB 1961, 882.

65) BAG, NZA 2001, 723.

66) BT-Dr 14/6857, S. 54.

67) Dazu Preis/Stoffels, ZHR 160 (1996), 442.

68) OLG Nürnberg, NJW-RR 1986, 782, 783; Horn, in: Wolf/Horn/Lindacher (o. Fußn. 18), § 23 Rdnrn. 37 ff.; Ulmer, in: Ulmer/Brandner/Hensen (o. Fußn. 18), § 23 Rdnr. 7 m. w. Nachw.

69) Hensen, in: Ulmer/Brandner/Hensen (o. Fußn. 18), § 23 Rdnr. 7; Horn, in: Wolf/Horn/Lindacher (o. Fußn. 18), § 23 Rdnr. 38.

70) Zutr. Preis, Grundfragen der Vertragsgestaltung im ArbeitsR., 1993, S. 318; ders. ZIP 1989, 887.

lich ausgewogen“ versehen werden. Pickt man sich einzelne Regelungsgegenstände heraus, können sie gerade solche Teile betreffen, die nur eine Seite belasten. Die Bezugnahmeklauseln als solche⁷¹ scheitern nicht an dem nunmehr in § 307 I 2 BGB niedergelegten Transparenzgebot. Zwar könnte man an sich daran zweifeln, dass bei dynamischen Verweisungen für den Einzelnen immer „klar und verständlich“ ist, was für ihn gilt (so die Anforderung des § 307 I 2 BGB), doch enthält § 2 I 2 Nr. 10 NachwG eine konkretisierende Norm für diesen Fall: der Arbeitgeber ist nach dieser Vorschrift lediglich verpflichtet, einen „in allgemeiner Form gehaltenen“ Hinweis auf die für das Arbeitsverhältnis anwendbaren Tarifverträge zu geben. Damit sind entsprechend der jahrzehntelangen Praxis gerade auch Bezugnahmen auf die jeweils geltenden Tarifverträge gemeint. Im Folgenden sollen einige Sachgebiete genannt werden, in denen sich eine Änderung der Praxis ergeben könnte.

b) *Beschränkung des Änderungsvorbehalts nach § 308 Nr. 4 BGB n. F.* Die dem bisherigen § 10 Nr. 4 AGBG entsprechende Vorschrift lässt die Vereinbarung eines Rechts des Verwenders (hier: des Arbeitgebers), die versprochene Leistung zu ändern oder von ihr abzuweichen, nur dann zu, wenn sie unter Berücksichtigung der Interessen des Verwenders für den anderen Vertragsteil zumutbar ist. Dies betrifft neben den Widerruf von Zulagen und freiwilligen betrieblichen Leistungen insbesondere auch eine vom (vertraglichen erweiterten) Direktionsrecht gedeckte Versetzung an einen anderen Arbeitsplatz, wo nur geringere Verdienstmöglichkeiten bestehen.

Der BGH hat diese Bestimmung im Rahmen des Handelsvertreterrechts relativ streng gehandhabt. Eine Änderung des „Marktverantwortungsgebiets“, das dem Vertreter zugewiesen ist, sei nur aus schwerwiegenden Gründen möglich, die so bestimmt sein müssten, dass dabei auch seine Interessen angemessen berücksichtigt würden⁷².

Im konkreten Fall war es darum gegangen, dass die Verkleinerung des Gebiets 20% der Verkäufe betroffen hatte. Da zur Rechtfertigung lediglich pauschal auf „nicht ausreichende Marktdeckung“ Bezug genommen wurde, sah der BGH die Klausel als unzulässig an. Für das Arbeitsrecht potentiell bedeutsam ist insbesondere seine Aussage, dass die im Einzelfall angewandte Billigkeitskontrolle entsprechend § 315 BGB als Korrektiv nicht ausreiche⁷³. In der Literatur wird unter Berufung auf den Anhang zur so genannten Klauselrichtlinie der EG⁷⁴ darauf hingewiesen, dass eine vertraglich vorgesehene Leistungsänderung für den Adressaten der Klausel nur dann zumutbar sei, wenn sie sich auf einen „triftigen Grund“ stützen könne⁷⁵.

In Zukunft wird der (vorbehaltene) Widerruf einer Zusatzleistung unter diesen Umständen nicht mehr aus jedem „sachlichen Grund“ möglich sein. Die „Triftigkeit“ wird sich insbesondere danach bestimmen, inwieweit auch Arbeitnehmerinteressen (etwa an der Erhaltung der Arbeitsplätze) gewahrt sind. Im Ergebnis kann es überdies keine Rolle spielen, ob lediglich die Gegenleistung des Arbeitgebers reduziert oder ob eine geringer vergütete Arbeit zugewiesen wird. Soweit der Änderungsvorbehalt nicht mehr greift, kommt als Gestaltungsmittel für die Arbeitgeberseite nur die Änderungskündigung in Betracht.

c) *Partielle Unzulässigkeit von Vertragsstrafen nach § 309 Nr. 6 BGB n. F.* Nach der dem bisherigen § 11 Nr. 6 AGBG entsprechenden Vorschrift ist es unzulässig, eine Vertragsstrafe für den Fall vorzusehen, dass sich der andere Vertragsteil vom Vertrag löst⁷⁶. Nach der bisherigen Rechtsprechung des BAG war § 11 Nr. 6 AGBG nicht auf das Arbeitsverhältnis übertragbar⁷⁷. Dies lässt sich nach neuem Recht nicht mehr aufrecht erhalten. Für den Fall einer

unberechtigten fristlosen Kündigung oder eines schlichten Nicht-mehr-Erscheinens am Arbeitsplatz kann daher keine Vertragsstrafe festgelegt werden. Insoweit ist der Arbeitgeber auf Schadensersatz nach § 628 BGB oder § 280 I BGB beschränkt. Sonstige Pflichtverletzungen eines Dienstleistenden (und damit auch des Arbeitnehmers) sind von § 309 Nr. 6 BGB nicht erfasst. Inwieweit in diesen Fällen eine an sich zulässige Vertragsstrafe am zwingenden Charakter der Grundsätze über die Arbeitnehmerhaftung scheitert, ist hier nicht zu erörtern.

d) *Verbot von Formerfordernissen, die über die Schriftform hinausgehen (§ 309 Nr. 12 BGB n. F.).* Die dem bisherigen § 11 Nr. 16 entsprechende Bestimmung verbietet es dem AGB-Verwender, dem anderen Teil für „Anzeigen oder Erklärungen“ eine strengere Form als die Schriftform vorzuschreiben oder ihn an besondere Zugangserfordernisse zu binden. Die Vorschrift erfasst auch geschäftsähnliche Handlungen wie eine Mahnung oder eine Fristsetzung⁷⁸. Unzulässig ist es unter diesen Voraussetzungen, die Kündigung durch den Arbeitnehmer nur per Einschreiben zuzulassen⁷⁹. Auch eine Bestimmung, wonach die Form eines Fax oder einer elektronischen Übermittlung gewählt werden müsste, wäre als Einengung des Arbeitnehmers unzulässig⁸⁰. Mehr als Schriftform wird vom Arbeitnehmer auch verlangt, wenn eine sog. zweistufige Ausschlussklausel nach Ablehnung durch den Arbeitgeber Klage innerhalb eines Monats verlangt und andernfalls den Anspruch untergehen läßt. Obwohl Fälle dieser Art bislang die Rechtsprechung nicht beschäftigt haben, wird man nicht nur Erklärungen, die wie eine Kündigung, eine Anfechtung oder ein Rücktritt das Rechtsverhältnis vernichten oder umgestalten, sondern auch solche einbeziehen müssen, die zur Aufrechterhaltung eines Anspruchs notwendig sind.

e) *Dauer der arbeitsvertraglichen Ausschlussfristen.* Die Verkürzung der gesetzlichen Verjährungsfristen und/oder ihre Ersetzung durch arbeitsvertragliche Ausschlussfristen lässt sich nur am Maßstab der Generalklausel des § 307 II BGB (bisher: § 9 AGBG) überprüfen. Auch hier hat der BGH eine Reihe von Aussagen gemacht, deren Übernahme ins Arbeitsrecht zu wesentlichen Veränderungen führen könnte. Aus der für beide Seite gleichen Verjährungsfrist des § 85 HGB hat die Rechtsprechung abgeleitet, dass eine vereinbarte Verkürzung nur zu Lasten eines Handelsvertreters nicht hinnehmbar sei; sie müsse für beide Seite gleichermaßen gelten⁸¹. An der Gleichheit der Fristen mangelte es bisher im Arbeitsverhältnis, da § 196 Nr. 8 und 9 BGB fast nur Arbeitnehmeransprüche betraf; nunmehr ist die regelmäßige Verjährungsfrist von drei Jahren nach § 195 BGB n. F. auf beide Arbeitsvertragsparteien gleichermaßen anwendbar. Insoweit bestehen keine arbeitsrechtlichen Besonderheiten, die einer Übernahme der BGH-Rechtsprechung entgegenstehen könnten.

71) Überblick bei Wählig, AuA 2001, 346.

72) BGHZ 89, 206 (211) = NJW 1984, 1184.

73) BGHZ 89, 206 (213) = NJW 1984, 1184.

74) Richtlinie 93/13/EG.

75) Palandt/Heinrichs (o. Fußn. 18), § 10 AGBG Rdnr. 23.

76) Die anderen Anwendungsfälle der Nr. 6 (Nichtabnahme oder verspätete Abnahme der Leistung, Zahlungsverzug) sind im Arbeitsverhältnis ohne große Bedeutung, da sie sich inhaltlich auf den Kauf und andere Umsatzgeschäfte beziehen.

77) BAG, DB 1984, 2143; BAG, DB 1986, 1979.

78) Hensen, in: Ulmer/Brandner/Hensen (o. Fußn. 18), § 11 Nr. 16 Rd.-nr. 4; Palandt/Heinrichs (o. Fußn. 18), § 11 AGBG Rdnr. 94.

79) Preis (o. Fußn. 70), S. 234; Palandt/Heinrichs (o. Fußn. 18), § 11 AGBG Rdnr. 96; BGH, NJW 1985, 2587.

80) So im Grundsatz für den Kunden BGH, NJW 1993, 263.

81) BGHZ 75, 218 (220) = NJW 1980, 286.

Kurze Fristen gehen in der Praxis vorwiegend zu Lasten des Arbeitnehmers, der aus der Natur des Arbeitsverhältnisses zur Vorleistung verpflichtet ist⁸². Außerdem kann die Geltendmachung von Ansprüchen während eines bestehenden Arbeitsverhältnisses für den einzelnen zu einer Gefährdung seiner Existenzgrundlage führen⁸³. Auf der anderen Seite haben kürzere Fristen den Vorzug, dass relativ schnell Klarheit über die Situation gewonnen wird. Dies allein kann es jedoch nicht rechtfertigen, Verjährungsvorschriften beliebig zu korrigieren, da ihnen ein hoher Gerechtigkeitsgehalt zukommt⁸⁴. Im Handelsvertreterrecht hat der BGH im Vergleich zum Arbeitsrecht strengere Maßstäbe angelegt. Die gesetzliche Frist von vier Jahren auf 12 Monate zu verkürzen, sei generell unzulässig, wenn die Frist ohne Kenntnis des Handelsvertreters von den zu Grunde liegenden Umständen zu laufen beginne⁸⁵. Auf der anderen Seite sei sogar eine Verkürzung auf sechs Monate möglich, wenn der Fristbeginn Kenntnis voraussetze⁸⁶.

Das neue Verjährungsrecht führt dazu, dass die Divergenz zwischen arbeitsvertraglichen Ausschlussfristen und gesetzlichem Verjährungsrecht noch ausgeprägter als bisher wird. Dies zeigt sich nicht nur in der Verlängerung von zwei auf drei Jahre bei Arbeitnehmeransprüchen; auch die Tatsache, dass die regelmäßige Verjährungsfrist nunmehr mit Kenntnis bzw. grob fahrlässiger Unkenntnis beginnt (§ 199), hat einen wesentlichen neuen Akzent gesetzt. Angesichts dieser veränderten Ausgangslage kann eine Entscheidung keinen Bestand mehr haben, die eine einmonatige Verjährungsfrist ohne Rücksicht auf die subjektive Komponente für zulässig erachtet⁸⁷. Ähnlich wie dies der BGH im Handelsvertreterrecht tut, wird man die Verkürzungsmöglichkeiten danach differenzieren müssen, ob es sich um kenntnisunabhängige oder um kenntnisabhängige Fristen handelt. Im ersten Fall wird auch zu berücksichtigen sein, ob die Ansprüche unschwer oder nur mit großer Mühe erkennbar waren; die insbesondere bei der Berechnung von Provisionsansprüchen auftauchenden Probleme können sich nicht nur für den Handelsvertreter, sondern auch für den Arbeitnehmer stellen⁸⁸. Auf die Rechtsprechung kommt hier eine wichtige Gestaltungsaufgabe zu. Dies wird nicht zuletzt dadurch unterstrichen, dass die Entscheidung zur einmonatigen Ausschlussfrist in der amtlichen Begründung zu § 310 IV BGB ausdrücklich als ein Fall genannt wurde, in dem sich das BAG von den AGB-rechtlichen Grundsätzen entfernt habe⁸⁹.

7. Ausschluss der Verbandsklage

Das als Art. 3 des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes erlassene „Unterlassungsklagengesetz“ (UKlaG) fasst die Verbandsklagen zusammen, die bei Verstößen gegen AGB-Recht sowie gegen verbraucherschützende Normen gegeben sind. Sein erst im Laufe der Ausschussberatungen eingefügter § 15 ordnet lapidar an, dass das Gesetz auf das Arbeitsrecht keine Anwendung findet. Wie die amtliche Begründung deutlich macht⁹⁰, hätten sich durch eine Einbeziehung eine Vielzahl von Folgefragen ergeben, die noch nicht ausreichend erörtert sind. Bis auf weiteres wird daher die Kontrolle allgemeiner Arbeitsbedingungen dem Individualprozess vorbehalten bleiben.

82) Preis, ZIP 1989, 887; Däubler, ArbeitsR 1, 15. Aufl. (1998), Rdnr. 427.

83) Preis, ZIP 1989, 890.

84) So OLG Celle, NJW-RR 1988, 1064 (1065).

85) BGH, NJW 1996, 2097 (2099); zust. Palandt/Heinrichs (o. Fußn. 18), § 9 AGBG Rdnr. 135 a.

86) BGH, ZIP 1990, 1469 (1470); ebenso H. Schmidt, in: Ulmer/Brandner/Hensen (o. Fußn. 18), Anh. zu §§ 9 bis 11 Rdnr. 416.

87) BAG, NZA 2001, 723 = DB 2001, 928.

88) Preis, ZIP 1989, 894.

89) BT-Dr 14/6857 S. 54.

90) BT-Dr 14/7052 Erl. zu § 310 IV.

Arbeitgeberverbände und Mächtigkeit

Von Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht
Dr. Peter Schrader, Hannover

Der Verfasser untersucht im Rahmen des nachstehenden Beitrags, ob aus der Entscheidung des BAG vom 6. 6. 2000 (1 ABR 21/99, NZA 2001, 156) folgt, dass Arbeitgeberverbände nur bei so genannter sozialer Mächtigkeit Tariffähigkeit besitzen. Sodann werden Kriterien aufgestellt, nach denen die Mächtigkeit eines Arbeitgeberverbandes zu bestimmen bzw. zu beurteilen ist.

I. Einleitung

Die Diskussion um die Flächentarifverträge hat in den letzten Jahren einen breiten Raum in der arbeitsrechtlichen Literatur eingenommen¹. Dabei geht es um die Frage, ob der Flächentarifvertrag noch in der Lage ist, die Arbeitsbedingungen von Arbeitnehmern einheitlich zu regeln, deren Arbeitgeber zwar dem tarifschießenden Arbeitgeberverband angehören, sich jedoch von ihrer Größe, wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit und Interessenlage her zum Teil grundlegend unterscheiden.

Die gegen den Flächentarifvertrag erhobenen Bedenken sind vielfältig:

Es wird vorgebracht, Flächentarifverträge

- seien zu unflexibel und ließen den Besonderheiten und individuellen Bedürfnissen der einzelnen Unternehmen nicht genügend Raum²,
- verhinderten eine schnelle Anpassung an sich verändernde wirtschaftliche Verhältnisse³,
- führten zu einer Überregulierung⁴,
- seien damit wettbewerbsfeindlich⁵,
- verursachten hohe Kostenlasten⁶,
- lösten wegen dieser Schwächen bewusst tarifvertragswidriges Verhalten aus⁷,
- führten zu Fehlleistungen auf den Arbeitsmärkten, da die beschäftigungspolitische Verantwortung auf den Staat abgewälzt werde⁸.

Letztendlich auch als Konsequenz dieser Bedenken gibt es eine Vielzahl von Arbeitgebern, die einem Arbeitgeberverband nur als außerordentliche Mitglieder angehören. Als solche außerordentlichen Mitglieder eines Arbeitgeberverbandes sind sie i. d. R. nicht vom Geltungsbereich des Tarifvertrags erfasst, den dieser Arbeitgeberverband abschließt⁹.

1) Vgl. Junker, ZfA 1996, 383; Hromádka, AuA 1996, 289; Gaumann/Schafft, NZA 1998, 176; Schaub, NZA 1998, 617; Schleusener, BB 1999, 684; Lesch, DB 2000, 322; Winkler, Sonderbeilage zu NZA Heft 24/2000, 11; Zacherl, Sonderbeilage zu NZA Heft 24/2000, 17.

2) Schaub, NZA 1998, 617 (617); Schleusener, BB 1999, 684 (684).

3) Gaumann/Schafft, NZA 1998, 176 (176); Lesch, DB 2000, 322 (322).

4) Junker, ZfA 1996, 383 (384); Hromádka, NZA 1996, 1232 (1232); Gaumann/Schafft, NZA 1998, 176 (176).

5) Winkler, Sonderbeilage zu NZA Heft 24/2000, 11 (16).

6) Hromádka, AuA 1996, 289 (289); Gaumann/Schafft, NZA 1998, 176 (176).

7) Gaumann/Schafft, NZA 1998, 176 (176).

8) Lesch, DB 2000, 322 (322).

9) Vgl. BAG (24. 2. 1999), NZA 1999, 995 = AP Nr. 17 zu § 3 TVG Verbandszugehörigkeit, mit zustimmender Anmerkung Besgen, SAE 2000, 144; Streckel, EzA Nr. 16 zu § 3 TVG, abl. Zacherl, RdA 2000, 107; vgl. auch BAG (23. 10. 1996), NZA 1997, 383 = AP Nr. 15 zu § 3 TVG Verbandszugehörigkeit.