

## VORTRAGSREIHE

Donnerstag, 14. Juni 2007  
17 Uhr

Professor Dr. Abbo Junker  
Direktor des Zentrums für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht  
an der Ludwig-Maximilians-Universität München

# „AGB-Kontrolle von Arbeitsvertragsklauseln in der neueren Rechtsprechung des BAG“

Junker | AGB-Kontrolle von Arbeitsvertragsklauseln in der neueren Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts

Professor Dr. Abbo Junker

## AGB-Kontrolle von Arbeitsvertragsklauseln in der neueren Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts

Die AGB-Kontrolle von Arbeitsverträgen wird durch die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts geprägt. Dabei kommt dem Gericht auch die Aufgabe zu, bei der Anwendung der §§ 305–310 BGB die im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten angemessen zu berücksichtigen (§ 310 Abs. 4 Satz 2 BGB). Der nachfolgende Beitrag analysiert die wichtigsten Judikate des BAG zur Klauselkontrolle von Arbeitsvertragsbedingungen; er gliedert sich (unter II–IX) nach der systematischen Stellung der jeweiligen Klausel in verbreiteten Arbeitsvertragsmustern.

### I. Gegenstand

Der Arbeitsvertrag bildet die Grundlage des Arbeitsverhältnisses; er ist meist schriftlich niedergelegt. Die Gesamtheit der Vertragsbedingungen wird in aller Regel nicht zwischen den Parteien ausgehandelt, sondern vom Arbeitgeber – unter Verwendung eigener oder fremder Vertragsmuster – vorformuliert.<sup>1</sup> Die Schuldrechtsreform hat die richterliche Kontrolle von Arbeitsverträgen, die zuvor anhand der bürgerlich-rechtlichen Generalklauseln vorgenommen wurde,<sup>2</sup> zum 1. 1. 2002<sup>3</sup> auf eine detaillierte gesetzliche Grundlage gestellt (§§ 305–310 BGB). Dank der Rechtsprechung zu §§ 305–310 BGB hat das für den Vertragsjuristen wichtige Teilgebiet „Arbeitsrechtliche Klauselkontrolle“ schärfere Konturen bekommen. Der Gewinn an Rechtssicherheit führt dazu, dass man von einer „Renaissance des Arbeitsvertrags durch AGB-Arbeitsrecht“ sprechen kann.<sup>4</sup>

Der vorliegende Beitrag analysiert, gegliedert nach Sachgebieten, die BAG-Rechtsprechung zu wichtigen Arbeitsvertragsklauseln. Ausgeklammert bleiben einige vorgelagerte oder übergreifende Fragen zur AGB-Kontrolle von Arbeitsverträgen, insbesondere die Fragen,

- unter welchen Voraussetzungen eine Klausel i. S. v. § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB „ausgehandelt“ ist,<sup>5</sup>
- welche Anforderungen an die Einbeziehung der fraglichen Bedingungen in den Arbeitsvertrag zu stellen sind<sup>6</sup> und
- welche Folgen sich aus der vom BAG bejahten Verbrauchereigenschaft des Arbeitnehmers<sup>7</sup> ergeben.

Weil der Gesamtkomplex „statische/dynamische Verweisung auf einen Tarifvertrag“ den Rahmen dieses Beitrags sprengen würde, bleibt die Anwendung der Unklarheitenregel (§ 305c Abs. 2 BGB) auf Bezugnahmeklauseln<sup>8</sup> in diesem Beitrag ebenfalls unerörtert.

### II. Hauptpflicht des Arbeitnehmers (Arbeitsleistung)

#### 1. Versetzungsklausel im Rahmen des Weisungsrechts

Das Weisungsrecht des Arbeitgebers findet, unbeschadet der gesetzlichen Normierung in § 106 Satz 1 GewO, seine Rechtsgrundlage im Arbeitsvertrag. Es gehört auch ohne ausdrückliche Vereinbarung zum Inhalt des Arbeitsverhältnisses.

Dennoch konkretisieren manche Formulararbeitsverträge das Weisungsrecht des Arbeitgebers durch eine Versetzungsklausel, wie ein Urteil des 9. Senats des BAG vom 11. 4. 2006 zeigt:<sup>9</sup>

„Frau D wird als Redakteurin (verantwortlich für Wort und Bild) in der Hauptredaktion, Ressort Sonderaufgaben beschäftigt. Der Verlag behält sich unter Wahrung der Interessen des Redakteurs die Zuweisung eines anderen Arbeitsgebietes vor.“

Nach Auffassung des Senats ist das Klauselverbot des § 308 Nr. 4 BGB (Änderungsvorbehalt) auf eine solche Versetzungsklausel nicht anzuwenden. Denn die Vorschrift erfasst nur das einseitige Bestimmungsrecht hinsichtlich der Leistung des Klauselverwenders, nicht aber hinsichtlich der Gegenleistung des Vertragspartners (der Arbeitsleistung). Es bleibt die Inhaltskontrolle anhand des § 307 BGB. Eine formularmäßige Versetzungsklausel, die materiell der Regelung in § 106 Satz 1 GewO nachgebildet ist, stellt jedoch weder eine unangemessene Benachteiligung des Arbeitnehmers gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB dar, noch verstößt sie allein deshalb gegen das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB, weil sie keine konkreten Versetzungsgründe nennt.<sup>10</sup>

#### 2. Änderungsklausel jenseits des Weisungsrechts

Eine zentrale Frage der Vertragsgestaltung lautet, inwieweit eine formularmäßige Änderungsklausel ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht des Arbeitgebers vorsehen kann, welches über das vertragsimmanente Weisungsrecht hinausgeht.

Eine solche Klausel war Gegenstand eines Urteils des 9. BAG-Senats vom 9. 5. 2006:<sup>11</sup>

„Frau L steht ab 1. 4. 1995 (Stichtag 1. 1. 1991) als Personalsachbearbeiterin in den Diensten von Henschel. Falls erforderlich, kann die Henschel AG nach Abstimmung der beiderseitigen Interessen Art und Ort der Tätigkeit der Angestellten ändern.“

- 1 Grundlegend Preis, Grundfragen der Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht, 1993.
- 2 Fastrich, Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht, 1992.
- 3 Zum Übergangsrecht siehe Junker/Kamanabrou, Vertragsgestaltung, 2002, Rn. 465, 466.
- 4 Siehe dazu Junker, NZA-Beilage 3/2006, 147, 151.
- 5 Siehe dazu BAG, 1. 3. 2006 – 5 AZR 363/05, AP Nr. 3 zu § 308 BGB, NZA 2006, 746 (Anrechnungsvorbehalt), BB 2006, 1282; Preis, NZA-Beilage 3/2006, 115, 116.
- 6 Siehe zum Ausschluss des § 305 Abs. 2, 3 BGB durch § 310 Abs. 4 Satz 2 BGB: Thüsing, in: Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, 2. Aufl. 2006, § 305 BGB Rn. 10–12.
- 7 BAG, 25. 5. 2005 – 5 AZR 572/04, AP Nr. 1 zu § 310 BGB, NZA 2005, 1111, BB 2005, 2131 (Ausschlussfrist I).
- 8 BAG, 9. 11. 2005 – 5 AZR 128/05, AP Nr. 4 zu § 305 c BGB, NZA 2006, 2002, BB 2006, 386; BAG, 14. 12. 2005 – 4 AZR 536/04, AP Nr. 39 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag, NZA 2006, 607, BB 2006, 1504; BAG, 17. 1. 2006 – 9 AZR 41/05, AP Nr. 40 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag, NZA 2006, 923, BB 2006, 2532. Siehe dazu Reinecke, BB 2006, 2637, 2639–2641; Däubler, NZA-Beilage 3/2006, 133, 133–136.
- 9 BAG, 11. 4. 2006 – 9 AZR 557/05, AP Nr. 17 zu § 307 BGB, NZA 2006, 1149, BB 2006, 2195 (Versetzungsklausel). Vgl. zu den Versetzungsklauseln den Beitrag von Dzida/Schramm in BB 2007, 1221.
- 10 Ausführlich Humold, NZA 2007, 19, 21.
- 11 BAG, 9. 5. 2006 – 9 AZR 424/05, AP Nr. 21 zu § 307 BGB, NZA 2007, 145 (Änderungsklausel). Vgl. zu den Versetzungsklauseln den Beitrag von Dzida/Schramm in BB 2007, 1221.

Nach Ansicht des Senats bedeutet diese Klausel jedenfalls dann eine unangemessene Benachteiligung i. S. v. § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB, wenn sie nicht gewährleistet, dass die Zuweisung eine mindestens gleichwertige Tätigkeit zum Gegenstand hat. Zwar können – so der Senat – Versetzungsklauseln im Rahmen des arbeitsvertraglichen Pflichtenprogramms spezifischen Anpassungs- und Flexibilisierungsbedürfnissen Rechnung tragen. Die wiedergegebene Klausel hat jedoch eine andere Zielrichtung:

Es geht nicht um die Frage, ob der Arbeitgeber – im Rahmen der vertraglich geschuldeten Tätigkeit – die Arbeitspflichten durch Zuweisung eines anderen Aufgabengebiets konkretisieren darf. Vielmehr hat sich der Arbeitgeber eine Änderung der vertraglichen Tätigkeit als solche vorbehalten. Wenn der Arbeitgeber durch eine pauschale Änderungsklausel sein Direktionsrecht in dieser Weise erweitert, benachteiligt er entgegen den Geboten von Treu und Glauben die Arbeitnehmerin unangemessen.<sup>12</sup>

### 3. Arbeit auf Abruf (§ 12 TzBfG)

Von einer allgemeinen Änderungsklausel zu unterscheiden ist ein konkreter Änderungsvorbehalt in Bezug auf den Umfang der Arbeitsleistung: Auch wenn § 12 Abs. 1 TzBfG die Arbeit auf Abruf grundsätzlich erlaubt,<sup>13</sup> muss die betreffende Vertragsklausel den Test der AGB-Kontrolle bestehen.

Der 5. Senat des BAG hatte am 7. 12. 2005 über folgende Klausel zu befinden:<sup>14</sup>

„4.1. Die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit beträgt 30 Stunden. Die Parteien sind sich darüber einig, dass der Arbeitnehmer keinen Anspruch gegen den Arbeitgeber hat, ihn wöchentlich mehr als 30 Stunden zu beschäftigen. ...“

4.2. Der Arbeitnehmer erklärt sich ausdrücklich damit einverstanden und verpflichtet sich, auf eine Aufforderung des Arbeitgebers mehr als 30 Stunden zu arbeiten. Die Arbeit wird je nach Arbeitsanfall jeweils eine Woche vorher eingeteilt. Für die geleisteten Arbeitsstunden von der 30. bis einschließlich der 40. Stunde erhält der Arbeitnehmer dieselbe Stundenvergütung je geleisteter Arbeitsstunde wie für die Arbeitsstunden innerhalb der Regelarbeitszeit.“

Die in Ziffer 4.2. der Klausel geregelte Pflicht zur Arbeit auf Abruf verstoße – so der Senat – gegen das Verbot unangemessener Benachteiligung, weil sie von der in § 615 BGB geregelten Verteilung des Wirtschaftsrisikos abweiche (§ 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB):

Nach § 615 BGB trägt der Arbeitgeber grundsätzlich das Risiko, den Arbeitnehmer beschäftigen zu können. Zwar führe nicht jede Abweichung von der gesetzlichen Verteilung des Wirtschaftsrisikos zur Unwirksamkeit der Klausel, sondern nur eine Abweichung, die den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt. Aber die vorliegende Klausel erfülle dieses Erfordernis: In Abwägung der Interessen der Vertragsparteien dürfe bei einer Vereinbarung von Arbeit auf Abruf die einseitig vom Arbeitgeber abrufbare Arbeit nicht mehr als 25 % der vereinbarten wöchentlichen Mindestarbeitszeit betragen. Das bedeutet: Bei einer Sockelarbeitszeit von 30 Wochenstunden kann der Arbeitgeber „auf Abruf“ die regelmäßige Wochenarbeitszeit auf maximal 37,5 Stunden heraufsetzen.<sup>15</sup>

Bemerkenswert ist auch die Rechtsfolge: Die Unwirksamkeit der Klausel führe – so der Senat – nicht zu einer regelmäßigen Arbeitszeit der Arbeitnehmerin von 30 Stunden in der Woche. Vielmehr sei im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung anzunehmen,

dass bei Unwirksamkeit der Klausel die regelmäßige Arbeitszeit 35 Wochenstunden betrage. Das BVerfG hat die Verfassungsbeschwerde der unterlegenen Partei nicht zur Entscheidung angenommen.<sup>16</sup>

## III. Hauptpflicht des Arbeitgebers (Vergütung)

### 1. Inaussichtstellen höherer Vergütung

Wenn der Arbeitgeber weder eine Tarifbindung noch eine Bezugnahme Klausel wünscht, wird er dennoch im Formulararbeitsvertrag eine Aussage über künftige Erhöhungen der bei Vertragsschluss vereinbarten Vergütung machen wollen.

Der 5. Senat des BAG hatte sich am 9. 11. 2005 mit folgender, hier verkürzt wiedergegebener Vergütungsabrede zu befassen:<sup>17</sup>

„4.1. In der A. GmbH werden marktgerechte Gehälter gezahlt. Es erfolgt mangels Tarifbindung keine Eingruppierung, z. B. entsprechend den Bestimmungen der Metallindustrie. ...“

4.3. Die A. GmbH wird die in der Metallindustrie Schleswig-Holstein zwischen den Tarifvertragsparteien ausgehandelten Gehaltssteigerungen in Summe ... freiwillig an alle Beschäftigten weitergeben, soweit dies aus wirtschaftlichen Gründen vertretbar ist und soweit es sich nicht um strukturelle Änderungen handelt. [Über die Beurteilung der wirtschaftlichen Situation] entscheidet die Geschäftsleitung [unter Beachtung der Beteiligungsrechte des Betriebsrats].“

Der Senat entnimmt dieser Klausel keine Anspruchsgrundlage für eine Gehaltserhöhung: In einem vorformulierten Arbeitsvertrag könne der Arbeitgeber seine Verpflichtung, das vertragliche Entgelt entsprechend den Tarifsteigerungen zu erhöhen, von Bedingungen abhängig machen. Die Bedingung „keine strukturelle Änderung des Tarifwerks“ verstoße nicht gegen die Unklarheitenregel des § 305 c Abs. 2 BGB: Der Begriff der strukturellen Änderung mache deutlich, dass nicht jede Tarifänderung eine Weitergabe der Gehaltssteigerung ausschließen soll, sondern nur „eine erhebliche Veränderung im Gefüge des Tarifwerks“. Die Klausel verstoße auch nicht gegen das Klauselverbot des § 308 Nr. 4 BGB: Der Vorbehalt des Arbeitgebers, seine Leistung (die Vergütung) zu erhöhen, ohne dass sich die Leistungspflichten des Arbeitnehmers ändern, falle nicht in den Schutzbereich dieses Verbots. Da mit der Einführung von ERA-Strukturkomponenten im neuen Tarifvertrag eine strukturelle Änderung des Tarifwerks erfolgt sei – was von den Arbeitsgerichten nachprüfbar sei –, bestehe kein Anspruch auf Gehaltsanpassung.<sup>18</sup>

### 2. Anrechnung von Tariflohnerhöhungen

Ein wichtiges Thema ist die Anrechnung von Tariflohnerhöhungen auf übertarifliche Zulagen oder – noch einschneidender – der schlichte Widerruf einer übertariflichen Zulage.

12 Siehe zu solchen „direktionsrechtserweiternden Klauseln“ bei konkretem, transparentem Änderungsgrund Preis, NZA-Beilage 3/2006, 115, 120.

13 Die vereinbarte „Dauer der Arbeitszeit“ i. S. d. § 12 Abs. 1 Satz 2 TzBfG kann auch eine Mindestdauer sein. Siehe dazu Bauer/Günther, DB 2006, 950 (auch zur Abgrenzung von Abrufarbeit und Überstunden).

14 BAG, 7. 12. 2005 – 5 AZR 535/04, AP Nr. 4 zu § 12 TzBfG, NZA 2006, 423, BB 2006, 829 (Arbeit auf Abruf).

15 Ausführlich Preis/Lindemann, NZA 2006, 632, 633-636; Hohenstatt/Schramm, NZA 2007, 238; Klauselvorschläge bei Zundel, NJW 2006, 2304, 2306.

16 BVerfG, 23. 11. 2006 – 1 BvR 1909/06, NZA 2007, 85 (Arbeit auf Abruf).

17 BAG, 9. 11. 2005 – 5 AZR 351/05, AP Nr. 5 zu § 305 c BGB, NZA 2006, 568 (Vergütungsabrede).

18 Ausführlich Schaub, RdA 2006, 374.

Den 5. Senat des BAG beschäftigte am 1. 3. 2006 die folgende Vergütungsabrede:<sup>19</sup>

„Ihr Entgelt setzt sich wie folgt zusammen:

Entgeltgruppe 09/T (Endsatz) 2835 €

Freiwillige, jederzeit widerrufliche und anrechenbare Betriebliche Ausgleichszulage (BAZ): 770 €

Gesamt-Brutto: 3605 €.“

Diese Abrede – so der Senat – regle hinsichtlich der Ausgleichszulage zwei unterschiedliche Sachverhalte: den Widerrufsvorbehalt und den Vorbehalt der Anrechenbarkeit von Tariflohnerhöhungen. Die Klausel sei teilbar: Da im konkreten Fall nur die Wirksamkeit des Anrechnungsvorbehalts in Streit stand, bedurfte die Wirksamkeit des Widerrufsvorbehalts keiner Erörterung. Bei einem Anrechnungsvorbehalt sei hinsichtlich der Klauselkontrolle zu unterscheiden: Wenn mit dem fraglichen Gehaltsbestandteil keine besonderen Leistungszwecke verfolgt werden, liegt eine Bruttolohnabrede vor, die keine von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelung i. S. von § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB darstellt. Eine solche Bruttolohnabrede ist gemäß § 307 Abs. 3 Satz 2 BGB nur am Maßstab des Transparenzgebots nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB zu überprüfen.<sup>20</sup>

Wenn mit der Zulage besondere Leistungen des Arbeitnehmers vergütet werden, gelte hinsichtlich des Transparenzgebotes nichts anderes: Anrechnungsvorbehalte, seit Jahrzehnten gang und gäbe, seien eine Besonderheit des Arbeitsrechts, die nach § 310 Abs. 4 Satz 2 BGB angemessen zu berücksichtigen ist. Der Arbeitnehmer kann aufgrund des Anrechnungsvorbehalts erkennen, dass die Zulage nicht ohne Kürzungsmöglichkeit gewährt wird. Für einen durchschnittlichen Arbeitnehmer ist bei einem solchen Vorbehalt erkennbar, dass bei einer Erhöhung des tariflich geschuldeten Arbeitsentgelts die Zulage bis zur Höhe der Tarifsteigerung gekürzt werden kann.<sup>21</sup>

### 3. Widerruf übertariflicher Leistungen

Eine Reihe von Entscheidungen des 5. Senats des BAG handelt vom Widerruf übertariflicher Leistungen.

In der ersten Entscheidung dieser Serie – dem Urteil vom 12. 1. 2005 – ging es um folgende Bestimmung eines vorformulierten Arbeitsvertrags:<sup>22</sup>

„Die Firma ... hat das Recht, die übertariflichen Lohnbestandteile jederzeit unbeschränkt zu widerrufen und mit etwaigen Tarifierhöhungen zu verrechnen. Auch jede andere Leistung, die über die in den Tarifverträgen festgelegten Leistungen hinausgeht, ist jederzeit unbeschränkt widerruflich und begründet keinen Rechtsanspruch für die Zukunft.“

Der in dieser Vertragsbestimmung enthaltene Widerrufsvorbehalt ist nach der Rechtsprechung nur wirksam, wenn der widerrufliche Anteil unter 25–30% der Gesamtvergütung liegt (materielles Kriterium) und die Widerrufsgründe offengelegt werden (formelles Kriterium). Die Begrenzung des widerruflichen Anteils auf 25–30% der Gesamtvergütung folgt daraus, dass der Arbeitgeber sein Wirtschaftsrisiko nicht auf den Arbeitnehmer verlagern darf. Die Obergrenze von 25–30% der Gesamtvergütung hat die Konsequenz, dass der Arbeitgeber sich vergewissern muss, wie hoch der Anteil der widerruflichen Vergütung an der Gesamtvergütung ist.<sup>23</sup> Die formelle Voraussetzung folgt daraus, dass die Vertragsbestimmung nach §§ 308 Nr. 4, 307 Abs. 1 BGB die Angemessenheit und Zumutbarkeit erkennen lassen muss.<sup>24</sup> Die Vertragsklausel muss (zumindest) die Richtung angeben, aus der der Widerruf

möglich sein soll (z. B. wirtschaftliche Gründe, Leistung des Arbeitnehmers, Verhalten des Arbeitnehmers).<sup>25</sup>

In einem Urteil vom 11. 10. 2006 hat der 5. Senat des BAG die 25–30%-Wertgrenze – das materielle Wirksamkeitskriterium – konkretisiert.<sup>26</sup> Die Vereinbarung eines Widerrufsvorbehalts ist zulässig, soweit der im Gegenseitigkeitsverhältnis stehende widerrufliche Teil des Gesamtverhältnisses unter 25% liegt und der Tariflohn nicht unterschritten wird. Sind darüber hinaus Zahlungen des Arbeitgebers widerruflich, die nicht eine unmittelbare Gegenleistung für die Arbeitsleistung darstellen, sondern Ersatz für Aufwendungen, die an sich der Arbeitnehmer selbst tragen muss, erhöht sich der widerrufliche Teil der Arbeitsvergütung auf bis zu 30% des Gesamtverdienstes.<sup>27</sup> In einer Entscheidung vom 1. 2. 2006 hat der 5. Senat des BAG klargestellt, dass die vorstehenden Grundsätze nicht auf Widerrufsvorbehalte in Betriebsvereinbarungen anzuwenden sind<sup>28</sup> (vgl. § 310 Abs. 4 Satz 3 BGB).

### IV. Befristung einzelner Arbeitsbedingungen

Die Befristung einzelner Arbeitsbedingungen kann funktional vergleichbar sein mit einem Änderungsvorbehalt (z. B. in Bezug auf die vereinbarte Arbeitszeit) oder einem Widerrufsvorbehalt (z. B. hinsichtlich einer übertariflichen Zulage): So kann es im Ergebnis auf das Gleiche hinauslaufen, wenn der Arbeitgeber sich vorbehält, die vertraglich vereinbarte Arbeitszeit von 40 Stunden um 25% zu reduzieren, oder wenn eine Vertragsklausel die zunächst vereinbarte Arbeitszeit von 30 Stunden zeitbefristet oder zweckbefristet auf 40 Stunden anhebt. Entsprechend mag der Arbeitgeber bei der von ihm gesteuerten Vertragsgestaltung statt eines Widerrufsvorbehalts in Bezug auf übertarifliche Leistungen das Instrument der Kettenbefristung dieser Leistungsversprechen erwägen. Die zumindest teilweise Austauschbarkeit dieser Gestaltungsinstrumente legt es nahe, dass die Rechtsprechung die für Änderungs- und Widerrufsvorbehalte entwickelten Grundsätze<sup>29</sup> auch auf die Befristung entsprechender Arbeitsbedingungen anwenden würde.<sup>30</sup> Das ist höchstrichterlich aber noch nicht geklärt, so dass die Befristung einzelner Arbeitsbedingungen für den Vertragsjuristen Risiken birgt.<sup>31</sup>

19 BAG, 1. 3. 2006 – 5 AZR 363/05, AP Nr. 3 zu § 308 BGB, NZA 2006, 746, BB 2006, 1282 (Anrechnungsvorbehalt).

20 Der Senat geht damit von der ständigen Rechtsprechung aus, wonach die Tariflohnerhöhung per se einen sachlichen, die Anrechnung legitimierenden Grund darstellt: BAG, 14. 8. 2001 – 1 AZR 744/00, AP Nr. 4 zu § 77 BetrVG 1972 Regelungsabrede, NZA 2002, 342, 343, BB 2002, 520.

21 Dagegen reicht der bloße Hinweis „übertariflich“ (ohne expliziten Anrechnungsvorbehalt) wohl nicht aus: Hanau, ZIP 2005, 1661, 1666; a. A. Lingemann, NZA 2002, 181, 191.

22 BAG, 12. 1. 2005 – 5 AZR 364/04, BAGE 113, 140, AP Nr. 1 zu § 308 BGB, NZA 2005, 465, AuR 2005, 227 m. Anm. Preis/Lindemann, BB 2005, 833 (Widerrufsvorbehalt I).

23 Zur Bedeutung der 25–30%-Grenze, wenn mehrere Vergütungsbestandteile widerruflich sein sollen („Summierungseffekt“): Annuß, BB 2006, 1333, 1338–1339.

24 Damit ist zugleich gesagt, dass § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB („pacta sunt servanda“) der materiellen Kontrolle nicht entgegensteht: Hanau, ZIP 2005, 1661, 1663. Zum früheren Recht Schmiedl, NZA 2006, 1195.

25 Klauselbeispiele: Hanau, ZIP 2005, 1661, 1664; Schimmelpfennig, NZA 2005, 603, 606–607.

26 BAG, 11. 10. 2006 – 5 AZR 721/05, NZA 2007, 87, BB 2007, 109 (Widerrufsvorbehalt II).

27 Zur Frage, ob die 25%- bzw. die 30%-Grenze in der Klausel offengelegt werden muss: Hanau, ZIP 2005, 1661, 1663 (bejahend). Zur Frage, ob höhere Grenzen für „Spitzenkräfte“ gelten: Reinecke, NZA 2005, 953, 958–959.

28 BAG, 1. 2. 2006 – 5 AZR 187/05, AP Nr. 28 zu § 77 BetrVG 1972 Betriebsvereinbarung, NZA 2006, 563, BB 2006, 1057 (Widerrufsvorbehalt – Betriebsvereinbarung).

29 Dazu in einer Zusammenschau Preis/Lindemann, NZA 2006, 632, 633–638.

30 Preis/Lindemann, NZA 2006, 632, 637.

31 Hanau, ZIP 2005, 1661, 1665–1666.

Immerhin hat der 7. Senat des BAG am 27. 7. 2005 eine wichtige Weichenstellung vorgenommen.<sup>32</sup> Die Befristung einzelner Arbeitsbedingungen ist nicht an den Vorschriften des Teilzeit- und Befristungsgesetzes zu messen; insbesondere bedarf sie keines rechtfertigenden sachlichen Grundes im Sinne der früheren Rechtsprechung zur Befristung einzelner Arbeitsbedingungen. Die Befristung einzelner Arbeitsbedingungen unterliegt im Anwendungsbereich der §§ 305 ff. BGB vielmehr der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 Nr. 1 BGB. Im Entscheidungsfall ging es um die befristete Erhöhung der regelmäßigen Arbeitszeit teilzeitbeschäftigter Lehrkräfte.

Eine entsprechende Klausel könnte z. B. wie folgt lauten:

„§ 2. Beschäftigungsumfang. a) Bis zum 31. 7. 2007 wird Frau B mit durchschnittlich wöchentlich 20 von 25 Pflichtstunden im Schuldienst beschäftigt (25 Pflichtstunden = Vollzeit).

b) Mindestbeschäftigungsumfang: Frau B wird ab 1. 8. 2007 mit mindestens 60% eines vollen Beschäftigungsumfanges (15 von 25 Pflichtstunden) beschäftigt.

c) Befristete Erhöhung des Beschäftigungsumfanges: Soweit der entsprechende Bedarf gegeben ist, wird der Mindestbeschäftigungsumfang ab 1. 8. 2007 schuljahresbezogen befristet erhöht.“

Nach § 307 Abs. 1 Nr. 1 BGB ist diese Klausel unwirksam, wenn sie den Arbeitnehmer bei Würdigung der beiderseitigen Interessen entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt.<sup>33</sup> Allein die Ungewissheit über den künftigen Arbeitskräftebedarf reicht nicht aus, um die Befristung einer Arbeitszeiterhöhung zu rechtfertigen: Ungewissheit gehört zum Wirtschaftsrisiko des Arbeitgebers (§ 615 BGB), das nicht auf die Arbeitnehmer verlagert werden kann. Im Entscheidungsfall rechtfertigte – stark vereinfacht formuliert – die besondere Schulsituation im Land Brandenburg die befristete Erhöhung der Arbeitszeit. Ähnlich wie im ersten Fall hat der 7. Senat des BAG am 18. 1. 2006 auch in einer zweiten, den Freistaat Sachsen betreffenden Entscheidung argumentiert.<sup>34</sup> Die Argumentation aus dem Versorgungsauftrag des Schulträgers lässt sich nur schwer auf die Bedürfnisse der Privatwirtschaft übertragen. Hier wird sich der Vertragsgestalter schwer tun, über befristete Erhöhungen der Arbeitszeit einen flexiblen Personaleinsatz zu ermöglichen. Die Praxis behilft sich, wenn der künftige Arbeitskräftebedarf unsicher ist, mit Leiharbeitnehmern (§ 1 AÜG).

## V. Rückgewähr von Arbeitgeberleistungen

Zugunsten des Arbeitnehmers beschränkt Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG – freie Wahl des Arbeitsplatzes – die Zulässigkeit von Klauseln, die eine Rückzahlung von Umzugs-, Ausbildungs- oder Fortbildungskosten oder Sonderzuwendungen (z. B. Weihnachtsgatifikationen) für den Fall vorsehen, dass das Arbeitsverhältnis vorzeitig endet. Um die Kollision von Arbeitnehmer- und Arbeitgebergrundrechten im Wege praktischer Konkordanz aufzulösen, hat die Rechtsprechung besondere Regeln entwickelt.<sup>35</sup> Diese Regeln werden nunmehr ergänzt und überlagert durch die AGB-Kontrolle von Rückzahlungsklauseln nach §§ 305 ff. BGB.

Der 9. Senat des BAG hatte am 11. 4. 2006 über folgende Klausel zu befinden:<sup>36</sup>

„Die voraussichtlichen Ausbildungskosten werden ca. 7500 € betragen. Sie gelten für die Dauer von zwei Jahren ab dem Ausbildungsende als Vorschuss. Wird das Arbeitsverhältnis vor Ablauf dieser Zeit beendet, verpflichtet sich der Mitarbeiter [die Ausbildungskosten] anteilig an die [Arbeitgeberin] zurückzuzahlen. Dabei wird für jeden Monat 1/24 verrechnet.“

Eine solche Rückzahlungsklausel ist nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam, wenn die Rückzahlungspflicht ohne Rücksicht auf den Beendigungsgrund gelten soll. Sie benachteiligt den Arbeitnehmer unangemessen, weil sie eine Rückzahlungspflicht auch dann auslöst, wenn der Grund für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses allein in der Verantwortungs- oder Risikosphäre des Arbeitgebers liegt. Ist die Rückzahlungsklausel dagegen hinsichtlich des auslösenden Tatbestandes nicht zu weit gefasst, gelten hinsichtlich der Bindungsdauer die bisherigen Rechtsprechungsgrundsätze. Nach § 310 Abs. 4 Satz 2 BGB können auch die Besonderheiten des kirchlichen Arbeitsrechts zu berücksichtigen sein.

Für wirksam gehalten hat der 6. Senat des BAG daher am 17. 11. 2005 folgende Rückzahlungsklausel in Bezug auf die Weiterbildungskosten (11 000 €) einer Altenpflegerin im Dienst der Caritas:<sup>37</sup>

„Der Mitarbeiter ist verpflichtet, dem Dienstgeber die Aufwendungen für die Weiterbildung zu ersetzen, wenn das Dienstverhältnis auf Wunsch des Mitarbeiters oder aus einem von ihm zu vertretenden Grund endet. Für jeden vollen Monat der Beschäftigung nach dem Ende der Fort- oder Weiterbildung werden 1/36 des Aufwendungsbeitrages erlassen.“

## VI. Vereinbarung einer Vertragsstrafe

### 1. Unangemessene Höhe der Vertragsstrafe

Da die gesetzlichen Sanktionen bei Vertragsbruch des Arbeitnehmers schwach sind, werden häufig Vertragsstrafen vereinbart.

Ein Beispiel für eine solche Vertragsstrafenklausel findet sich in einem Urteil des 8. Senats des BAG vom 4. 3. 2004.<sup>38</sup>

„Tritt der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis nicht an, löst er das Arbeitsverhältnis unter Vertragsbruch oder wird der Arbeitgeber durch schuldhaft vertragswidriges Verhalten des Arbeitnehmers zur fristlosen Kündigung des Arbeitsverhältnisses veranlasst, so hat der Arbeitnehmer an den Arbeitgeber eine Vertragsstrafe in Höhe von einem Brutto-Monatsgehalt zu zahlen. Der Arbeitgeber kann einen weitergehenden Schaden geltend machen.“

Nach Auffassung des Senats unterfällt die Vertragsstrafenabrede zwar nicht dem strikten Klauselverbot des § 309 Nr. 6 BGB, weil die Besonderheiten des Arbeitsrechts (§ 310 Abs. 4 Satz 2 BGB) eine Einschränkung gebieten: Anders als bei anderen Austauschverträgen besteht beim Arbeitsvertrag nicht die Möglichkeit, den Anspruch auf die Hauptleistung (Arbeitsleistung) zu vollstrecken (§ 888 Abs. 3 ZPO). Die Vereinbarung einer Vertragsstrafe kann aber wegen der Höhe der Strafe unangemessen und daher nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam sein.<sup>39</sup> Das ist nach Ansicht des Senats der Fall, wenn der Arbeitgeber bei vorzeitiger Vertragsaufgabe mehr zahlen muss, als er während des Laufs der Kündi-

32 BAG, 27. 7. 2005 – 7 AZR 486/04, AP Nr. 6 zu § 307 BGB, NZA 2006, 40, BB 2006, 336 (Befristung einzelner Arbeitsbedingungen I).

33 Zur Anwendung des Transparenzgebotes (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB): Maschmann, RdA 2005, 212, 224; Preis/Bender, NZA-RR 2005, 337, 340.

34 BAG, 18. 1. 2006 – 7 AZR 191/05, AP Nr. 8 zu § 305 BGB (Befristung einzelner Arbeitsbedingungen II).

35 Thüsing, in: Hensler/Willemsen/Kalb (Fn. 6), § 611 BGB Rn. 111–114 (Sonderzuwendungen), 460–483 (Umzugs-, Ausbildungs- oder Fortbildungskosten).

36 BAG, 11. 4. 2006 – 9 AZR 610/05, AP Nr. 16 zu § 307 BGB, NZA 2006, 1042, BB 2006, 2134 (Rückzahlungsvorbehalt).

37 BAG, 17. 11. 2005 – 6 AZR 160/05, AP Nr. 45 zu § 611 BGB Kirchendienst, NZA 2006, 872 (Rückzahlungsvorbehalt – Kirchendienst).

38 BAG, 4. 3. 2004 – 8 AZR 196/03, BAGE 110, 8, AP Nr. 3 zu § 309 BGB, NZA 2004, 727, BB 2004, 1740 m. Komm. 1746 (Vertragsstrafe I).

39 Zustimmung von Hoyningen-Huene, SAE 2005, 155, 157; Joost, ZIP 2004, 1981, 1986; Brors, DB 2004, 1778, 1781.

Junker | AGB-Kontrolle von Arbeitsvertragsklauseln in der neueren Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts

gungsfrist verdient hätte. Der Sache nach liegt darin eine Vermutung, dass der infolge des vorzeitigen Verlusts der Arbeitskraft entstehende Schaden nicht höher ist als der Wert der Arbeitsleistung.<sup>40</sup>

## 2. Unbestimmter Verwirkungsgrund

Nach einem Judikat des 8. Senats vom 21. 4. 2005 kann sich eine unangemessene Benachteiligung des Arbeitnehmers auch daraus ergeben, dass die Vertragsstrafenklausel nicht klar und verständlich ist (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB).<sup>41</sup> Die strafauslösende Pflichtverletzung muss nach dem Transparenzgebot so klar bezeichnet sein, dass sich der Versprechende darauf einstellen kann. Globale Strafversprechen, die auf Absicherung aller vertraglichen Pflichten zielen, sind unwirksam. Unklar und damit unwirksam ist eine Klausel, wonach eine Vertragsstrafe verwirkt ist „durch schuldhaft vertragswidriges Verhalten des Arbeitnehmers, das den Arbeitgeber zur fristlosen Kündigung des Arbeitsverhältnisses veranlasst.“ Denn diese Klausel lässt nicht erkennen, durch welche konkrete Pflichtverletzung die Vertragsstrafe verwirkt sein soll.<sup>42</sup>

## 3. Unbestimmte Höhe der Vertragsstrafe

In einer Entscheidung vom 18. 8. 2005 hat der 8. Senat des BAG festgestellt, die Vertragsstrafenklausel müsse nicht nur die Pflichtverletzung, sondern auch die zu leistende Strafe so klar bezeichnen, dass der Versprechende sein Verhalten darauf einstellen kann.<sup>43</sup> Danach ist eine Vertragsstrafenabrede wegen unangemessener Benachteiligung nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam, wenn sie „im Falle eines gravierenden Vertragsverstoßes (etwa gegen das Wettbewerbsverbot, die Geheimhaltungspflicht oder bei einem Überschreiten der Vollmacht)“ eine Vertragsstrafe in Höhe des ein- bis dreifachen Monatsgehalts vorsieht, wobei die genaue Höhe vom Arbeitgeber nach der Schwere des Verstoßes festgelegt wird.<sup>44</sup>

Als Beispiel für eine wirksame Vertragsstrafenklausel wird in der Literatur folgender Text vorgeschlagen:

„Der Arbeitnehmer ist verpflichtet, dem Arbeitgeber eine Vertragsstrafe zu zahlen, wenn er schuldhaft die Arbeit nicht oder nicht zum vereinbarten Zeitpunkt antritt oder wenn er ohne Grund fristlos kündigt. Der Arbeitnehmer ist auch dann zur Zahlung einer Vertragsstrafe verpflichtet, wenn er durch schuldhaftes vertragswidriges Verhalten, insbesondere durch Eigentums- und Vermögensdelikte sowie Tätlichkeiten, schutzwürdige Interessen des Arbeitgebers verletzt und den Arbeitgeber zur fristlosen Kündigung veranlasst. Die Höhe der Vertragsstrafe bemisst sich nach der Höhe des Bruttoentgelts, das bei Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist gezahlt worden wäre. Die Vertragsstrafe beträgt aber höchstens ein durchschnittliches Bruttomonatsentgelt.“<sup>45</sup>

## VII. Erlöschen von Ansprüchen (Ausschlussklauseln)

Ausschlussklauseln (Verfallklauseln) haben nicht nur in Tarifverträgen, sondern auch in Arbeitsverträgen große Bedeutung: Bei einer einstufigen Ausschlussklausel ist der Anspruch – i. d. R. schriftlich – innerhalb einer bestimmten Frist geltend zu machen; eine zweistufige Ausschlussklausel verlangt darüber hinaus, dass der Anspruch binnen einer weiteren Frist bei Gericht rechtshängig gemacht wird.

### 1. Mindestdauer der Ausschlussfrist

Sieht man in der Vereinbarung von Ausschlussklauseln als solche eine Besonderheit des Arbeitsrechts<sup>46</sup> (§ 310 Abs. 4 Satz 2 BGB), so stellt sich im Rahmen der Inhaltskontrolle zuerst die Frage nach der zulässigen Dauer der Ausschlussfrist.

Der 5. Senat des BAG hatte am 25. 5. 2005 über folgende zweistufige Ausschlussklausel zu urteilen:<sup>47</sup>

„Alle Ansprüche, die sich aus dem Angestelltenverhältnis ergeben, sind von den Vertragschließenden binnen einer Frist von sechs Wochen seit ihrer Fälligkeit schriftlich geltend zu machen und im Falle der Ablehnung durch die Gegenpartei binnen einer Frist von vier Wochen einzuklagen.“

Die Inhaltskontrolle der Klausel erfolgt nach § 307 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. Abs. 2 Nr. 1 BGB. Danach sei – so der Senat – eine Frist für die gerichtliche Geltendmachung von Ansprüchen von weniger als drei Monaten unangemessen kurz. Die vereinbarte Klagfrist von vier Wochen widerspreche dem wesentlichen Grundgedanken des gesetzlichen Verjährungsrechts und führe entgegen den Geboten von Treu und Glauben zu einer unangemessenen Benachteiligung des Vertragspartners des Klauselverwenders.<sup>48</sup>

In einem Urteil vom 28. 9. 2005 hatte es der 5. Senat des BAG mit einer einstufigen Ausschlussklausel zu tun:<sup>49</sup>

„§ 8. Verfallklausel. Alle Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis verfallen mit Ablauf von zwei Monaten ab Fälligkeit, sofern sie nicht innerhalb dieser Frist schriftlich geltend gemacht worden sind. Unter die Verfallklausel fallen nicht solche Ansprüche ..., die auf eine strafbare Handlung oder eine unerlaubte Handlung gestützt werden. Für diese Ansprüche gelten die gesetzlichen Vorschriften.“

Der Senat wendet diese Überlegungen zur Mindestdauer der Ausschlussfrist auch auf die einstufige Ausschlussklausel an: Wenn sie die schriftliche Geltendmachung aller Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis innerhalb einer Frist von weniger als drei Monaten ab Fälligkeit verlangt, benachteiligt sie den Vertragspartner des Klauselverwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen<sup>50</sup> (§ 307 Abs. 2 Satz 1 i. V. m. Abs. 2 Nr. 1 BGB).

### 2. Weitere Fragen der Inhaltskontrolle

a) In einem eher kuriosen Judikat vom 27. 10. 2005 musste der 8. Senat des BAG dem Kläger erläutern, dass die AGB-Kontrolle nicht dem Schutz des Klauselverwenders vor den von ihm selbst eingeführten Formularbestimmungen diene.<sup>51</sup> Sind nach einer vom Arbeitgeber verwendeten Formularklausel Schadensersatzansprüche des Arbeitgebers gegen den Arbeitnehmer verfallen, so bedarf es grundsätzlich keiner Inhaltskontrolle der Klausel.<sup>52</sup>

40 Kritisch Bauer/Krieger, SAE 2006, 11, 14.

41 BAG, 21. 4. 2005 – 8 AZR 425/04, AP Nr. 3 zu § 307 BGB, NZA 2005, 1053, BB 2005, 2822 (Vertragsstrafe II).

42 Siehe dazu Thüsing, BB 2006, 661, 662. Zum Problem der Vertragsgestaltung, alle denkbaren Verwirkungsgründe aufzulisten, Bauer/Krieger, SAE 2006, 11, 12–13.

43 BAG, 18. 8. 2005 – 8 AZR 65/05, AP Nr. 1 zu § 336 BGB, NZA 2006, 34, BB 2006, 720 (Vertragsstrafe III).

44 Siehe dazu Hauck, NZA 2006, 816, 818; Schöne, SAE 2006, 272, 273–275.

45 Schöne, SAE 2006, 272, 275.

46 Mohr, SAE 2006, 156, 159–160.

47 BAG, 25. 5. 2005 – 5 AZR 572/04, AP Nr. 1 zu § 310 BGB, NZA 2005, 1111, BB 2005, 2131 (Ausschlussfrist I).

48 Weitere Einzelheiten bei Mohr, SAE 2006, 156, 165–166; Reinecke, BB 2005, 378, 380.

49 BAG, 28. 9. 2005 – 5 AZR 52/05, AP Nr. 7 zu § 307 BGB m. Anm. Benecke, NZA 2006, 149, BB 2006, 327 (Ausschlussfrist III).

50 Siehe auch Thüsing/Leder, BB 2005, 1563, 1565–1566.

51 BAG, 27. 10. 2005 – 8 AZR 3/05, AP Nr. 5 zu § 310 BGB, NZA 2006, 257, BB 2006, 1003 (Ausschlussfrist IV).

52 Allgemein Preis/Roloff, RdA 2005, 144, 145.

b) Über folgende Klausel hatte der 5. Senat des BAG am 1. 3. 2006 zu urteilen:<sup>53</sup>

*„§ 10. Ausschlussklausel. Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis müssen von beiden Vertragsteilen spätestens innerhalb eines Monats nach Beendigung [des Arbeitsverhältnisses] schriftlich geltend gemacht werden. Anderenfalls sind sie verwirkt.“*

Der Senat entschied, eine Klausel, die für den Beginn der Ausschlussfrist nicht die Fälligkeit der Ansprüche berücksichtige, sondern allein auf die Beendigung des Arbeitsverhältnisses abstelle, benachteilige den Arbeitnehmer unangemessen und sei deshalb gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam.<sup>54</sup>

c) Eine formularmäßige Vertragsbestimmung ist unangemessen i.S. v. § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB, wenn der Verwender durch einseitige Vertragsgestaltung seine Interessen durchzusetzen versucht, ohne die Belange des Vertragspartners zu berücksichtigen und ihm einen angemessenen Ausgleich zuzugestehen. Wie der 5. Senat des BAG am 31. 8. 2005 festgestellt hat,<sup>55</sup> widerspricht eine einseitige Ausschlussklausel in einem Formulararbeitsvertrag, die nur für den Arbeitnehmer zum Anspruchsverlust führt, dem Gebot der ausgewogenen Vertragsgestaltung.<sup>56</sup>

Allein wegen der einseitigen Belastung des Arbeitnehmers wäre daher die folgende Arbeitsvertragsklausel unwirksam:

*„Alle Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis sind vom Arbeitnehmer binnen einer Frist von drei Monaten seit Fälligkeit schriftlich geltend zu machen und im Falle der Ablehnung innerhalb einer Frist von weiteren drei Monaten einzuklagen.“*

### 3. Einbeziehungs- und Transparenzkontrolle

In seinem bereits (oben unter VII 1) erwähnten Judikat vom 25. 5. 2005 hat der 5. Senat des BAG ausgeführt, wegen der Üblichkeit von Ausschlussklauseln könne „bei entsprechender äußerer Gestaltung“ von einer überraschenden oder ungewöhnlichen Klausel i.S. des § 305 c BGB keine Rede sein.<sup>57</sup> Wenn die Klausel die mit ihr verbundenen Nachteile soweit erkennen lasse, wie es nach den Umständen gefordert werden muss, verstoße eine Ausschlussklausel auch nicht gegen das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB.<sup>58</sup>

In seinem bereits oben (unter VII 2 c) erwähnten Urteil vom 31. 8. 2005 hat der 5. Senat des BAG eine Ausschlussklausel als überraschende Klausel i.S. v. § 305 c Abs. 1 BGB gewertet, die in einem 19 Paragraphen umfassenden Arbeitsvertrag unter „§ 18. Schlussbestimmungen“ zwischen Salvatorischer Klausel, Schriftformklausel und der Verpflichtung zur Mitteilung von Wohnsitzänderungen „versteckt“ war.<sup>59</sup> Selbst wenn – so führt der Senat weiter aus – die Klausel Vertragsinhalt geworden wäre, würde sie im konkreten Fall gegen das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB verstoßen: Die Klausel müsse, wenn die Rechtsfolge (Verfall von Ansprüchen) nicht im Text enthalten sei, zumindest durch eine optisch deutlich hervorgehobene Überschrift „Ausschlussfrist“ dem Arbeitnehmer verdeutlichen, dass die Ansprüche bei nicht rechtzeitiger Geltendmachung erlöschen.<sup>60</sup>

## VIII. Beendigung des Arbeitsverhältnisses

### 1. Altersgrenze

Die Befristung einzelner Arbeitsbedingungen wird, wie oben (unter IV) erläutert, materiell nicht an der Befristungskontrolle nach dem TzBfG, sondern an der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BGB gemessen. Bei der formularmäßigen Vereinbarung von Altersgrenzen ist es, wie der 7. Senat des BAG am 27. 7.

2005 ausgeführt hat, genau umgekehrt:<sup>61</sup> Sie unterliegt keiner Angemessenheitskontrolle i.S. v. § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BGB, sondern einer Befristungskontrolle nach dem TzBfG, überlagert durch das Verbot der Altersdiskriminierung nach dem AGG.<sup>62</sup> Im Rahmen der AGB-Kontrolle von Altersgrenzen ist allerdings eine Einbeziehungs- und Transparenzkontrolle vorzunehmen.

Im Entscheidungsfall ging es um folgende Klausel:

*„1.5. Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Für alle festangestellten Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des S-Verlages gilt, dass das Arbeitsverhältnis, ohne dass es einer Kündigung bedarf, am Ende des Monats endet, in dem eine Mitarbeiterin oder ein Mitarbeiter das gesetzliche Rentenalter erreicht hat.“*

In Übereinstimmung mit einem Urteil, das am 6. 8. 2003 noch zum alten Recht ergangen ist,<sup>63</sup> sieht der 7. Senat des BAG in der vorstehenden Klausel keine überraschende Klausel i.S. v. § 305 c Abs. 1 BGB: Die Vereinbarung einer Altersgrenze sei nicht so ungewöhnlich, dass der Arbeitnehmer mit ihr nicht zu rechnen braucht. Es sei auch nicht unüblich, dass für Arbeitnehmer eines Unternehmens eine einheitliche Altersgrenze gelte, die in den Allgemeinen Arbeitsbedingungen enthalten ist, die der Arbeitgeber aufgestellt hat. Die Altersgrenze sei im konkreten Fall auch nicht an versteckter Stelle, sondern unter der Überschrift „Beendigung des Arbeitsverhältnisses“ in den Text aufgenommen worden.<sup>64</sup>

### 2. Aufhebungsvertrag

Lediglich ergänzend – weil nicht zum Thema „AGB-Kontrolle von Arbeitsvertragsklauseln“ gehörend – sei darauf hingewiesen, dass nach einem Urteil des 2. Senats des BAG vom 27. 11. 2003 die Aufhebung des Arbeitsvertrags als solche, gleichgültig, ob mit oder ohne Abfindung, nicht der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1, 2 BGB unterliegt.<sup>65</sup> Nach § 307 Abs. 3 BGB unterliegen Abreden über den Gegenstand der Hauptleistung aus Gründen der Vertragsfreiheit keiner Angemessenheitskontrolle. Wenn die Beendigungsvereinbarung ein selbständiges Rechtsgeschäft ist, bei dem die Beendigung des Arbeitsverhältnisses und der damit verbundene Verzicht auf zukünftige Ansprüche die Hauptleistung ist, kann die Beendigung als solche kein Gegenstand der Inhaltskontrolle sein.<sup>66</sup> Der richterlichen Inhaltskontrolle sind daher nur Nebenbestimmungen des Aufhebungsvertrags zugänglich. Für solche Nebenbestimmungen – etwa die Rückgewähr von Arbeitgeberleistungen oder die Vereinbarung von Ausschlussklauseln – gilt das oben (unter II–VIII) Gesagte entsprechend.

53 BAG, 1. 3. 2006 – 5 AZR 511/05, AP Nr. 10 zu § 307 BGB, NZA 2006, 783 (Ausschlussfrist V).

54 Siehe dazu *Mohr*, SAE 2006, 156, 166–167.

55 BAG, 31. 8. 2005 – 5 AZR 545/05, AP Nr. 8 zu § 6 ArbZG, NZA 2006, 324 (Ausschlussfrist II).

56 Ebenso die ganz h. M. in der Literatur: *Krause*, RdA 2004, 36, 47; *Preis/Roloff*, RdA 2005, 144, 154; *Reinecke*, BB 2005, 378, 381–382; *Thüsing/Leder*, BB 2005, 1563, 1564.

57 BAG, 25. 5. 2005 – 5 AZR 572/04, AP Nr. 1 zu § 310 BGB, NZA 2005, 1111, BB 2005, 2131 (Ausschlussfrist I).

58 Siehe dazu auch *Reinecke*, BB 2005, 378, 379.

59 BAG, 31. 8. 2005 – 5 AZR 545/05, AP Nr. 8 zu § 6 ArbZG, NZA 2006, 324 (Ausschlussfrist II).

60 Siehe auch *Mohr*, SAE 2006, 156, 163–164.

61 BAG, 27. 7. 2005 – 7 AZR 443/04, AP Nr. 27 zu § 620 BGB Altersgrenze, NZA 2006, 37, BB 2006, 222 (Altersgrenze II).

62 Ausführlich zum Thema „Altersgrenzen und Altersdiskriminierung“ *Kamann*, NZA-Beilage 3/2006, 138, 139–141.

63 BAG, 6. 8. 2003 – 7 AZR 9/03, AP Nr. 51 zu § 133 BGB, NZA 2004, 96 (Altersgrenze I).

64 Dem BAG zustimmend: *Däubler*, NZA-Sonderbeilage 3/2006, 133, 138.

65 BAG, 27. 11. 2003 – 2 AZR 135/03, BAGE 109, 22, 38–39, AP Nr. 1 zu § 312 BGB, NZA 2004, 597, BB 2004, 1852 (Aufhebungsvertrag).

66 Eingehend *Hümmerich*, NZA 2004, 809.

Junker | AGB-Kontrolle von Arbeitsvertragsklauseln in der neueren Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts

## IX. Nachvertragliches Wettbewerbsverbot

### 1. Einbeziehungskontrolle

Bei nachvertraglichen Wettbewerbsverboten hat die Rechtsprechung eine Einbeziehungs- und Transparenzkontrolle vorgenommen.

In dem Fall, den der 10. Senat des BAG am 13. 7. 2005 zu entscheiden hatte, fand sich am Ende einer ausführlichen Klausel über das nachvertragliche Wettbewerbsverbot der folgende Satz:<sup>67</sup>

*„Das nachvertragliche Wettbewerbsverbot wird wirksam mit Ablauf des zweiten Vertragsjahres der Laufzeit dieses Vertrages.“*

Das Berufungsgericht hatte in dieser aufschiebenden Bedingung für das Inkrafttreten des Wettbewerbsverbots eine überraschende Klausel i. S. v. § 305 c Abs. 1 BGB gesehen, weil sie in einer längeren Klausel am Ende des letzten Absatzes stehe, der ansonsten ausschließlich Aussagen zu einer Vertragsstrafe bei Verstoß gegen das Wettbewerbsverbot enthalte. Der 10. Senat des BAG folgte dem nicht: Die aufschiebende Bedingung sei weder objektiv ungewöhnlich noch überraschend; Entscheidend sei, dass unter der Überschrift „Wettbewerbsverbot“ einerseits alle Regelungen zum nachvertraglichen Wettbewerbsverbot aufgeführt, andererseits aber keine Regelungen zu finden seien, die von anderen Regelungsmaterien handeln.<sup>68</sup>

### 2. Transparenzkontrolle

Unter dem Gesichtspunkt des Transparenzgebotes (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB) hatte der 10. Senat des BAG am 28. 6. 2006 die folgende Klausel zu prüfen:<sup>69</sup>

*„§ 12. Wettbewerbsverbot. Die Arbeitnehmerin verpflichtet sich, für die Dauer von 12 Monaten nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses im Umkreis von 15 km des Arbeitgebers nicht in einer anderen ergotherapeutischen Praxis tätig zu werden, noch sich unmittelbar oder mittelbar an der Gründung zu beteiligen oder in einer bestehenden ergotherapeutischen Praxis mitzuwirken. Im Übrigen gelten die gesetzlichen Vorschriften der §§ 74 ff. HGB.“*

Die Arbeitgeberin habe in dieser Klausel zwar nicht ausdrücklich eine Entschädigung für die Dauer des Wettbewerbsverbots zugesagt. Die Parteien haben jedoch in der Klausel vereinbart, dass im Übrigen die gesetzlichen Vorschriften der §§ 74 ff. HGB gelten sollen. Diese Bezugnahme auf die gesetzlichen Vorschriften sei angesichts der Regelungsdichte dieser Vorschriften ausreichend, um alle wesentlichen Elemente einer nachvertraglichen Wettbewerbsabrede abzudecken. Ein Verstoß gegen das Transparenzgebot liegt bei einer solchen Gestaltung nicht vor.<sup>70</sup>

## X. Rechtsfolgen der Klauselunwirksamkeit

Vor der Schuldrechtsreform erklärte das BAG unangemessene Vertragsbestimmungen nicht für insgesamt unwirksam, sondern reduzierte sie auf den gerade noch zulässigen Inhalt.<sup>71</sup> Heute schließt nach verbreiteter Ansicht bereits § 306 Abs. 2 BGB eine geltungserhaltende Reduktion unwirksamer Bedingungen in Arbeitsverträgen aus.<sup>72</sup> In der Literatur gibt es zwar Erwägungen, unter Hinweis auf die eingeschränkte Kündbarkeit des Dauerschuldverhältnisses „Arbeitsvertrag“ Ausnahmen von dem Alles-oder-nichts-Prinzip zuzulassen, was insbesondere bei Rückzahlungsklauseln (dazu oben V) naheliegen könnte.<sup>73</sup> Nachdem der 8. Senat des BAG im Urteil vom 4. 3. 2004 die Frage unentschieden gelassen hatte,<sup>74</sup> hat der 5. Senat des BAG am 25. 5. 2005 kategorisch am Verbot der geltungserhaltenden Reduktion festgehalten.<sup>75</sup>

Das Verbot geltungserhaltender Reduktion bedeutet für Ausschlussklauseln: Bei zu kurzer Ausschlussfrist kommt eine Ausdehnung auf die geforderten drei Monate (oben VII 1) nicht in Betracht; es bleibt bei der Geltung des gesetzlichen Verjährungsrechts.<sup>76</sup> Die Unwirksamkeit der Ausschlussklausel führt zu ihrem ersatzlosen Wegfall bei Aufrechterhaltung des Arbeitsvertrags im Übrigen (§ 306 Abs. 1, 2 BGB); da das gesetzliche Verjährungsrecht eine angemessene Lösung bietet, scheidet die ergänzende Vertragsauslegung aus.<sup>77</sup>

Anders ist die Rechtsfolge, wenn einzelne Klauseln oder Klauselteile, die unwirksam sind, von den übrigen Vertragsklauseln oder Klauselteilen getrennt werden können. In diesem Fall bleiben die nicht von dem Unwirksamkeitsgrund erfassten Teile in Kraft (§ 30 Abs. 1 BGB). Das BAG verwendet insoweit den „Blue-Pencil-Test“.<sup>78</sup> Es kommt darauf an, ob der verbleibende Teil verständlich und sinnvoll bleibt, wenn der unwirksame Teil gestrichen wird.<sup>79</sup>

Der „Blue-Pencil-Test“ lässt sich am Beispiel einer Vertragsstrafenklausel verdeutlichen, die alternativ an die drei Tatbestände Nichtantritt der Arbeit, vorzeitige Vertragsaufsage und Pflichtverletzung anknüpft. Ist die Klausel nur hinsichtlich des Tatbestands „Pflichtverletzung“ gemäß § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB unwirksam, soll sie hinsichtlich der anderen beiden Tatbestände wirksam bleiben, weil sie insofern trennbar ist.<sup>80</sup> Dagegen ist eine Rückzahlungsklausel, die nicht nach Beendigungsgründen differenziert (oben V), nicht teilbar.<sup>81</sup>

Soweit Vertragsklauseln nicht Vertragsbestandteil geworden oder unwirksam sind, richtet sich der Inhalt des Vertrags nach den gesetzlichen Vorschriften (§ 306 Abs. 2 BGB). Die Vorschrift d

### PROFESSOR DR. ABBO JUNKER



Jahrgang 1957. Bis 31. 8. 2006 Vorstand des Instituts für Arbeitsrecht an der Universität Göttingen. Seit 1. 9. 2006 Professor für Int. Arbeitsrecht, Arbeitsrechtsvergleichung und Bürgerliches Recht an der Universität München sowie Direktor des ZAAR (Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht). Mitglied des Deutschen Rates für IPR und stellvertretender Vorsitzender der Wissenschaftlichen Vereinigung für Internationales Verfahrensrecht. Dem Völkerrecht und Wirtschaft ist er als Autor des Werkes „Discovery im deutsch-amerikanischen Rechtsverkehr“ und als Ständiger Mitarbeiter der RWI verbunden.

- 67 BAG, 13. 7. 2005 – 10 AZR 532/04, AP Nr. 78 zu § 74 HGB (Wettbewerbsverbot Überraschende Klausel).  
 68 Siehe dazu *Annuß*, BB 2006, 1333, 1335–1336.  
 69 BAG, 28. 6. 2006 – 10 AZR 407/05, AP Nr. 80 zu § 74 HGB, NZA 2006, 1 (Wettbewerbsklausel – Transparenzgebot).  
 70 Allgemein *Gravenhorst*, NJW 2006, 3609.  
 71 Nachweise bei *Annuß*, BB 2006, 1333, 1337.  
 72 Siehe z. B. *Däubler*, NZA-Beilage 3/2006, 133, 136; *Preis*, NZA-Beilage 3/2006, 115, 122.  
 73 Siehe z. B. *Hromadka*, NJW 2002, 2523, 2529.  
 74 BAG, 4. 3. 2004 – 8 AZR 196/03, BAGE 110, 8, AP Nr. 3 zu § 309 BGB, NZA 2004, 727, BB 2004, 1740, m. Komm. 1746 (Vertragsstrafe I).  
 75 BAG, 25. 5. 2005 – 5 AZR 572/04, AP Nr. 1 zu § 310 BGB, NZA 2005, 1111, 2005, 2131 (Ausschlussfrist I).  
 76 BAG, 28. 9. 2005 – 5 AZR 52/05, AP Nr. 7 zu § 307 BGB m. Anm. *Benecke*, I 2006, 149, 153 (Ausschlussfrist III).  
 77 BAG, 1. 3. 2006 – 5 AZR 511/05, AP Nr. 10 zu § 307 BGB, NZA 2006, 783, (Ausschlussfrist V).  
 78 BAG, 21. 4. 2005 – 8 AZR 425/04, AP Nr. 3 zu § 307 BGB, NZA 2005, 1053, 2005, 2822 (Vertragsstrafe II).  
 79 Ausführlich und teilweise kritisch zum Vorgehen des BAG: *Thüsing*, BB 2006, 661.  
 80 BAG, 21. 4. 2005 – 8 AZR 425/02, AP Nr. 3 zu § 307 BGB, NZA 2005, 1053, 1 (Vertragsstrafe II).  
 81 BAG, 11. 4. 2006 – 9 AZR 610/05, AP Nr. 16 zu § 307 BGB, NZA 2006, 1045, BB 2006, 2134 (Rückzahlungsvorbehalt).

§ 343 BGB (Richterliche Herabsetzung der Strafe) spielt bei Vertragsstrafenklauseln jedenfalls dann keine Rolle mehr, wenn die Klausel nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam ist. Denn § 343 BGB kommt nur bei einer verwirkten, also wirksam vereinbarten Vertragsstrafe in Betracht.<sup>82</sup> Fehlt es an geschriebenen oder ungeschriebenen Rechtsätzen zur Lückenfüllung, muss eine ergänzende Vertragsauslegung stattfinden.<sup>83</sup>

Umstritten ist, ob das Auslegungsergebnis durch eine Salvatorische Klausel gesteuert werden kann, die etwa wie folgt lautet:

*„Falls einzelne Bestimmungen dieses Vertrags rechtsunwirksam sein sollten, wird hiervon die Gültigkeit der übrigen Bestimmungen nicht berührt. Die Parteien vereinbaren für diesen Fall eine Neufassung der entsprechenden Bestimmungen, durch die der mit der rechtsunwirksamen Bestimmung verbundene juristische und wirtschaftliche Zweck erreicht wird bzw. am ehesten erreicht werden kann.“*

Der 5. Senat des BAG hat sich in seinem Urteil vom 7. 12. 2005 („Arbeit auf Abruf“, dazu oben II 3), aus dem die obige Klausel stammt, mit der Feststellung begnügt, die ergänzende Vertragsauslegung entspreche im Ausgangspunkt der Salvatorischen Klausel.<sup>84</sup> Konsequenz ist es, einer solchen Klausel auch im Rahmen der ergänzenden Vertragsauslegung keine eigenständige Bedeutung beizumessen.<sup>85</sup>

82 *Leder/Morgenroth*, NZA 2002, 952, 956; *Wensing/Niemann*, NJW 2007, 401, 405. A. A. von *Hoyningen-Huene*, SAE 2005, 155, 157, der auf § 343 BGB eine geltungserhaltende Reduktion stützen will. Wieder anders *Diller*, NZA 2005, 250, 254, der bei Absicherung nachvertraglicher Wettbewerbsverbote durch Vertragsstrafen allein § 343 BGB (und nicht § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB) anwenden will.

83 BAG, 25. 5. 2005 – 5 AZR 572/04, AP Nr. 1 zu § 310 BGB, NZA 2005, 1111, 1115, BB 2005, 2131 (Ausschlussfrist I).

84 BAG, 7. 12. 2005 – 5 AZR 535/04, AP Nr. 4 zu § 12 TzBfG, NZA 2006, 423, 428, BB 2006, 829 (Arbeit auf Abruf). Unstreitig ist, dass die Salvatorische Klausel das gesetzlich zwingende Verbot der geltungserhaltenden Reduktion als solches nicht aufheben kann: BAG, 25. 5. 2005 – 5 AZR 572/04, AP Nr. 1 zu § 310 BGB, NZA 2005, 1111, 1115, BB 2005, 2131 (Ausschlussfrist I).

85 *Däubler*, NZA-Beilage 3/2006, 133, 136–137.