



ZAAR

Zentrum für Arbeitsbeziehungen
und Arbeitsrecht

VORTRAGSREIHE

Donnerstag, 16. Februar 2023 / 19:00 Uhr

Das Transparenzgebot im Spiegel der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung

Referent:

Professor Dr. Markus Stoffels
Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg

Gliederung

I. Grundlegendes zum Transparenzgebot

1. Herkunft
2. Vorrang von Auslegung einschließlich Unklarheitenregel
3. Geltung auch in dem nach § 307 Abs. 3 S. 2 BGB der materiellen Inhaltskontrolle verschlossenen Bereich
4. Maßstab der Transparenzkontrolle
 - a) Verständnishorizont eines durchschnittlichen und verständigen Arbeitnehmers
 - b) Differenzierung nach typisierbaren Arbeitnehmergruppen
 - c) Berücksichtigung vertragsschlussbegleitender Umstände (§ 310 Abs. 3 Nr. 3 BGB)

II. Grenzen des Transparenzgebots

III. Ausprägungen des Transparenzgebots und Anwendungsbeispiele aus dem Arbeitsrecht

1. Verständlichkeitsgebot
Ausschlussfristen, Anrechnungsvorbehalt, betriebsvereinbarungsoffene Vertragsgestaltung
2. Gebot der Widerspruchsfreiheit
Kombination von Widerrufs- und Freiwilligkeitsvorbehalt, Anspruchseinräumung und nachfolgender Freiwilligkeitsvorbehalt

3. Verschleierungs- und Täuschungsverbot
(doppelte) Schriftformklausel, Freiwilligkeitsvorbehalte
4. Bestimmtheits- und Konkretisierungsgebot
 - a) Hypertrophe Anforderungen
Vertragsstrafe bei schuldhafter Veranlassung der außerordentl. Kündigung und zur Absicherung eines Wettbewerbsverbots, Kostenspezifizierung bei Rückzahlungsvorbehalten, Vorbehalt der Einführung von Kurzarbeit
 - b) Angemessene Transparenzanforderungen
Gründe bei Widerrufsvorbehalten, Tatbestand bei Rückzahlungsvorbehalten
 - c) (zu) laxen Transparenzanforderungen
Versetzungsvorbehalte, einseitige Leistungsbestimmungsrechte
 - d) zwei Sonderfälle
dynamische Bezugnahmeklauseln, pauschale Überstundenabgeltung
- IV. Rechtsfolgen der Intransparenz
- V. Transparenzgebot auch für den Gesetzgeber?

I. Grundlegendes zum Transparenzgebot

1. Herkunft

- Als eigenständige Prüfungskategorie vom BGH Mitte der 1980er Jahre entwickelt. Grundlegend BGH NJW 1989, 222 (Zinsberechnung bei Hypothekendarlehen) und BGH NJW 1989, 582 (Wertstellungspraxis im Giroverhältnis)
- Avancierte in der Folgezeit zu einem tragenden Prinzip der Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen.
- Fand sodann Eingang in die Klauselrichtlinie für Verbraucherverträge – 93/13/EWG (dort Art. 5 S. 1).
- Kodifizierung in **§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB** durch das SMG 2001 unter gleichzeitiger Erstreckung auf vorformulierte Arbeitsverträge (§ 310 Abs. 4 BGB); kommt allerdings auch in mehreren anderen Vorschriften zum Ausdruck (Unklarheitenregel, Überraschungsverbot, Einbeziehungs Voraussetzungen, Verbot geltungserhaltender Reduktion)
- Seitdem auch in der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung ein hochbedeutsamer Kontrollansatz

2. Vorrang von Auslegung einschließlich Unklarheitenregel

Die sorgfältige Auslegung der Klausel hat stets an erster Stelle zu stehen. Allein die Auslegungsbedürftigkeit stellt noch kein präjudizierendes Indiz für eine Intransparenz der Klausel i.S.d. § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB dar. Sie kann allerdings einen ersten Anhaltspunkt dafür liefern, das gefundene Auslegungsergebnis auf seine Verständlichkeit im Sinne des AGB-rechtlichen Transparenzgebots hin zu kontrollieren.

Verkannt von BAG 15.10.2013, NZA-RR 2014, 234 betreffend eine Regelung über die Kürzung des vertraglichen Mehrurlaubs bei Arbeitsunfähigkeit, wo noch nicht einmal der Versuch einer Klärung im Wege der Auslegung unternommen wird.

3. Transparenzkontrolle auch in dem der materiellen Inhaltskontrolle verschlossenen Bereich (§ 307 Abs. 3 Satz 2 BGB)

- hier teilweise Ausweichbestrebungen hin zur Transparenzkontrolle, um die heikle Frage der materiellen Kontrollfähigkeit nicht beantworten zu müssen; Beispiel: Pauschalabgeltung von Überstunden (BAG 1.9.2010, NZA 2011, 575; nachfolgend BAG 17.8.2011, NZA 2011, 1335; 22.2.2011, NZA 2012, 861; 17.6.2012, NZA 2012, 1147)
- Sonderfall: keine Transparenzkontrolle arbeitsvertraglich in Bezug genommener Tarifverträge BAG 28.6.2007, NZA 2007, 1049, 1051 (abl. *Stoffels*, ZfA 2009, 889).

4. Maßstab der Transparenzkontrolle

a) Verständnishorizont eines durchschnittlichen und verständigen Arbeitnehmers

BAG 25.5.2005, NZA 2005, 1111 (1113)

„Abzustellen ist auf das Verständnis eines durchschnittlichen Arbeitnehmers.“

BAG 25.9.2008, NZA 2009, 370

Aus den Gründen:

„Bei der Beurteilung, ob eine Regelung dem Transparenzgebot genügt, ist nicht auf den flüchtigen Betrachter, sondern auf den aufmerksamen und sorgfältigen Teilnehmer am Wirtschaftsverkehr abzustellen.“

BAG 19.3.2014, NZA 2014, 1076

Aus den Gründen:

„aufmerksame und sorgfältige Teilnehmer am Wirtschaftsverkehr“

b) Differenzierung nach typisierbaren Arbeitnehmergruppen

Beispiel: pauschale Überstundenabgeltung und pauschale Freistellungsabreden bei leitenden Angestellten

c) Berücksichtigung vertragsschlussbegleitender Umstände (§ 310 Abs. 3 Nr. 3 BGB)

z.B. mündliche Erläuterung einer Klausel bei Vertragsschluss (vgl. BAG 25.4.2007, AP Nr. 23 zu § 113 InsO: „Nach § 310 Abs. 3 Nr. 3 BGB sind bei der Beurteilung einer unangemessenen Benachteiligung nach § 307 Abs. 1 und Abs. 2 BGB auch die den Vertragsschluss begleitenden Umstände zu berücksichtigen. Eine unklare Regelung kann durch zusätzliche Erläuterungen verdeutlicht werden.“)

Nicht aber Verständnishorizont des individuellen Arbeitnehmers.

II. Grenzen des Transparenzgebots

BAG 31.8.2005, NZA 2006, 324 (328)

Aus den Gründen:

„im Rahmen des rechtlich und tatsächlich Zumutbaren“ (...) „Doch darf das Transparenzgebot den Verwender nicht überfordern. Die Verpflichtung, den Klauselinhalt klar und verständlich zu formulieren, besteht nur im Rahmen des Möglichen.“

BGH 9.6.2011, NJW-RR 2011, 1618 (1621)

Aus den Gründen

„Dementsprechend brauchen die notwendig generalisierenden Regelungen in AGB nicht einen solchen Grad an Konkretisierung anzunehmen, dass alle Eventualitäten erfasst sind und im Einzelfall keinerlei Zweifelsfragen auftreten können. Die AGB müssen ausreichend flexibel bleiben, um künftigen Entwicklungen und besonderen Fallgestaltungen Rechnung tragen zu können, ohne dass von ihnen ein unangemessener Benachteiligungseffekt ausgeht. Die Anforderungen an die mögliche Konkretisierung dürfen deshalb nicht überspannt werden; sie hängen auch von der Komplexität des Sachverhalts unter den spezifischen Gegebenheiten des Regelungsgegenstands ab.“

konsequent BAG 13.6.2007, NZA 2007, 974

Leitsatz

Das Transparenzgebot des § 307 Abs.1 S. 2 BGB verlangt von dem Verwender nicht, alle möglichen Konkretisierungen der Arbeitspflicht und des Weisungsrechts ausdrücklich zu regeln. Vielmehr ist das gesetzliche Weisungsrecht (§ 106 GewO) Ausfluss und Folge der vertraglichen Festlegung der Arbeitspflicht.

BAG 20.5.2021 – 2 AZR 457/20, NZA 2021, 1092

Aus den Gründen (Rn. 27)

Auch verlangt § 307 I 2 BGB keinen darauf bezogenen Hinweis des Arbeitgebers. Das Transparenzgebot zwingt den Verwender nicht, jede „Klausel“ gleichsam mit einem umfassenden Kommentar zu versehen. Der durchschnittliche Verwendungsgegner als ein aufmerksamer und sorgfältiger Teilnehmer am Wirtschaftsverkehr kann und muss die ambivalenten Folgen der Vereinbarung auch eines auflösend bedingten Arbeitsverhältnisses selbst erkennen

Ausprägungen des Transparenzgebotes

**Verständlich-
keitsgebot**

1. Verständlichkeitsgebot

BAG 3.4.2007, NZA 2007, 1045 (1047 f.)

„Nach § 307 I 2 BGB sind Verwender von Allgemeinen Geschäftsbedingungen entsprechend den Grundsätzen von Treu und Glauben verpflichtet, Rechte und Pflichten ihrer Vertragspartner möglichst klar und durchschaubar darzustellen. Dazu gehört auch, dass Allgemeine Geschäftsbedingungen wirtschaftliche Nachteile und Belastungen soweit erkennen lassen, wie dies nach den Umständen gefordert werden kann.“

Insoweit auffallend **großzügiger Maßstab der Rechtsprechung!** Siehe folgende Beispiele:

Beispiel 1: Arbeitsvertrag in deutscher Sprache mit ausländischem Arbeitnehmer

BAG 19.3.2014, NZA 2014, 1076

Orientierungssatz Nr. 6

„Allgemeine Geschäftsbedingungen sind nicht allein deshalb intransparent, weil sie nicht in der Muttersprache des Vertragspartners gefasst sind. Wer sich auf einen Arbeitsvertrag in fremder Sprache einlässt, trägt grundsätzlich auch das Sprachrisiko..“

Dazu passt:

BAG 20.8.2014, NZA 2014, 1333

Orientierungssatz Nr. 2

„Jedenfalls in einem international tätigen IT-Unternehmen führt alleine die Verwendung englischer Begriffe oder einer deutsch-englischen Kunstsprache („Denglisch“) in den Bestimmungen einer Gesamtzusage nicht zur Intransparenz solcher Klauseln.“

Beispiel 2: Ausschlussfristen

BAG 25.5.2005, NZA 2005, 1111 (1113)

„§ 10 des Arbeitsvertrags verstößt nicht gegen das Transparenzgebot des § 307 I 2 BGB. Zwar heißt es nicht ausdrücklich, dass Ansprüche verfallen, wenn sie nicht rechtzeitig eingeklagt werden. Doch ergibt sich dies deutlich aus der Überschrift „Ausschlussfrist“ und der zwingenden Anordnung einer Klageerhebung. Die Klausel lässt die mit ihr verbundenen Nachteile soweit erkennen, wie dies nach den Umständen gefordert werden kann.“

Beispiel 3: Anrechnungsvorbehalt

BAG 27.8.2008, NZA 2009, 49 (52)

„Der **Anrechnungsvorbehalt** ist **bereits mit der Vereinbarung einer übertariflichen Vergütung oder Zulage hinreichend klar ersichtlich**. Das Transparenzgebot verlangt von dem Verwender nicht, alle gesetzlichen Folgen einer Vereinbarung ausdrücklich zu regeln. Ein verständiger Arbeitnehmer kann nicht annehmen, eine übertarifliche Zulage diene einem besonderen Zweck und sei von der jeweiligen Höhe des Tariflohns unabhängig. Dem durchschnittlichen Arbeitnehmer ist hinreichend klar, dass die Anrechnung gerade bei allgemeinen Tariflohnerhöhungen möglich sein soll. Das ist nicht nur Vertragsinhalt, sondern geradezu der Sinn einer allgemeinen übertariflichen Zulage. Bei einer Anrechnung verschiebt sich lediglich das Verhältnis von übertariflichen zu tariflichen Entgeltbestandteilen. Das Fehlen eines ausdrücklichen Hinweises auf den Anrechnungsvorbehalt hält den Arbeitnehmer schließlich nicht von der Wahrnehmung von Rechten ab. Der Arbeitnehmer behält vielmehr seinen Anspruch auf die bisherige Vergütung.“

Zutreffende Kritik bei ErfK-Preis, §§ 305-310 BGB Rdnr. 65:

„Hier folgt aus dem Wort `übertariflich´ noch kein transparenter Anrechnungsvorbehalt. Ebenso wenig wie aus dem Wort „freiwillig“ kann ein Arbeitnehmer allein aus dem Wort `übertariflich´ bei objektiver Betrachtung erkennen, dass die gewährte Vergünstigung durch welchen Vorbehalt auch immer entzogen werden kann. Eine andere Sicht des BAG wäre fehlerhaft, und mit den entwickelten Linien des Transparenzgebots in vergleichbaren Fallgestaltungen nicht zu vereinbaren.“

Nicht überzeugend auch die in **BAG 1.3.2006, NZA 2006, 746 (749)** gegebene Begründung: „Anrechnungsvorbehalte sind in arbeitsvertraglichen Vergütungsabreden seit Jahrzehnten gang und gäbe. Sie stellen eine Besonderheit des Arbeitsrechts dar, die gem. § 310 IV 2 BGB angemessen zu berücksichtigen ist.“

Beispiel 4: Betriebsvereinbarungsoffene Vertragsgestaltung

**BAG 5.3.2013 - 1 AZR 417/12, NZA 2013, 916 (921) (zustimmend
BAG 25.5.2016 - 5 AZR 135/16, NZA 2016, 1327 Rn. 52)**

„Die Arbeitsvertragsparteien können ihre vertraglichen Absprachen dahingehend gestalten, dass sie einer Abänderung durch betriebliche Normen unterliegen. Das kann ausdrücklich oder bei entsprechenden Begleitumständen konkludent erfolgen und ist nicht nur bei betrieblichen Einheitsregelungen und Gesamtzusagen möglich, sondern auch bei einzelvertraglichen Abreden. Eine solche konkludente Vereinbarung ist regelmäßig anzunehmen, wenn der Vertragsgegenstand in AGB enthalten ist und einen kollektiven Bezug hat. Mit der Verwendung von AGB macht der Arbeitgeber für den Arbeitnehmer erkennbar deutlich, dass im Betrieb einheitliche Vertragsbedingungen gelten sollen. (...) Etwas Anderes gilt nur dann, wenn Arbeitgeber und Arbeitnehmer ausdrücklich Vertragsbedingungen vereinbaren, die unabhängig von einer für den Betrieb geltenden normativen Regelung Anwendung finden sollen.“

Kritik: Für den durchschnittlichen Arbeitnehmer ist nicht ansatzweise erkennbar, dass die gewählte Regelungstechnik (AGB) derart weitreichende Konsequenzen zeitigt, nämlich alle verbürgten Rechtspositionen zur Disposition der Betriebsparteien stellt (wie hier kritisch auch *Preis/Uber*, RdA 2013, 211, 224; kritisch auch *Creutzfeldt*, NZA 2018, 1111 und *Waltermann*, RdA 2016, 296; die Rechtsprechung verteidigend *Linsenmaier*, RdA 2014, 336).

Dagegen:

BAG 11.4.2018 – 4 AZR 119/17, NZA 2018, 1273

Leitsatz

In einem vom Arbeitgeber vorformulierten Arbeitsvertrag geregelte Arbeitsbedingungen sind schon dann nicht – konkludent – „betriebsvereinbarungsoffen“ ausgestaltet, wenn und soweit die Arbeitsvertragsparteien ausdrücklich Vertragsbedingungen vereinbart haben, die unabhängig von einer für den Betrieb geltenden normativen Regelung Anwendung finden sollen. Das ist bei einer einzelvertraglich vereinbarten – dynamischen – Verweisung auf einen Tarifvertrag stets der Fall.

Aus den Gründen (Rn. 55)

Jedenfalls würden sich **im Hinblick auf die Anwendung der Transparenzkontrolle nach § 307 I 2 BGB ganz erhebliche Bedenken** ergeben. Das Transparenzgebot schließt das Bestimmtheitsgebot ein und verlangt, dass die tatbestandlichen Voraussetzungen und Rechtsfolgen so genau beschrieben werden, dass der Vertragspartner des Klauselverwenders klar und deutlich erkennen kann, welche Rechte und Pflichten er hat. Das Bestimmtheitsgebot ist verletzt, wenn eine Klausel vermeidbare Unklarheiten und Spielräume für den Verwender enthält. Voraussetzungen und Umfang der Leistungspflicht müssen so bestimmt oder zumindest so bestimmbar sein, dass der Vertragspartner des Verwenders bereits bei Vertragsschluss erkennen kann, „was auf ihn zukommt“. Dies dürfte bei einem ungeschriebenen und lediglich aus den äußeren Umständen gefolgerten Verzicht auf das Günstigkeitsprinzip als tragendem Rechtsgrundsatz kaum gegeben sein. Der Vorbehalt einer ablösenden „Betriebsvereinbarungsoffenheit“ kann vielmehr nur dann in Betracht kommen, wenn der Arbeitgeber als Verwender der AGB einen solchen hinreichend klar und verständlich zum Ausdruck gebracht hat. Die Annahme, ein verständiger Arbeitnehmer müsse auch ohne einen entsprechenden ausdrücklichen Vorbehalt des Arbeitgebers von einer „Betriebsvereinbarungsoffenheit“ ausgehen, dürfte dem nicht

Hiergegen nun wiederum:

BAG 30.1.2019 - 5 AZR 450/17, NZA 2019, 1065

Orientierungssatz Nr. 2

Die Arbeitsvertragsparteien können ihre vertraglichen Absprachen dahingehend gestalten, dass sie einer - auch verschlechternden - Abänderung durch betriebliche Normen unterliegen. Das kann ausdrücklich oder bei entsprechenden Begleitumständen konkludent erfolgen. Von der konkludenten Vereinbarung einer solchen „Betriebsvereinbarungsoffenheit“ ist regelmäßig auszugehen, wenn der Vertragsgegenstand in Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthalten ist und - wie stets bei Gesamtzusagen - einen kollektiven Bezug hat. Das **Transparenzgebot** des § 307 I 2 BGB **steht dieser Beurteilung nicht entgegen.**

Ferner: **BAG 11.12.2018 – 3 AZR 380/17, NZA 2019, 1082** für den Bereich der betrieblichen Altersversorgung

Betriebsvereinbarungsvorbehalt

Die Arbeitsvertragsparteien sind sich darüber einig, dass die mit dem Betriebsrat bereits abgeschlossenen und noch abzuschließenden Betriebsvereinbarungen den Regelungen in diesem Vertrag (oder konkreter: über die Sonderzahlung) auch dann vorgehen, wenn die vertragliche Regelung im Einzelfall günstiger ist.

Ausprägungen des Transparenzgebotes

Verständlich-
keitsgebot

Gebot der
Widerspruchs-
freiheit

2. Gebot der Widerspruchsfreiheit

BAG 24.10.2007, NZA 2008, 40

Orientierungssatz Nr. 1

„Widersprüchliche Vertragsklauseln in einem vom Arbeitgeber vorformulierten Arbeitsvertrag verstoßen gegen das in § 307 I 2 BGB verankerte Transparenzgebot und sind unwirksam, soweit sie den Arbeitnehmer entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen.“

Hier wiederum (teilweise zu) strenge Anforderungen.

Beispiele:

Beispiel 1: Kombination von Widerrufs- und Freiwilligkeitsvorbehalt

Beispiel:

„Sonstige, in diesem Vertrag nicht vereinbarte Leistungen des Arbeitgebers an den Arbeitnehmer sind freiwillig und jederzeit widerruflich. (...)“

BAG 14.9.2011, NZA 2012, 81

Orientierungssatz Nr. 1

„In der Kombination eines Freiwilligkeitsvorbehalts mit einem Widerrufsvorbehalt liegt regelmäßig ein zur Unwirksamkeit der Klausel führender Verstoß gegen das Transparenzgebot (§ 307 I 2 BGB).“

Aus den Gründen

„Bei der Kombination von Freiwilligkeits- und Widerrufsvorbehalt wird vielmehr schon nach dem Vertragstext auch für den um Verständnis bemühten Vertragspartner nicht deutlich, ob nun jegliche zukünftige Bindung ausgeschlossen oder lediglich eine Möglichkeit eröffnet werden soll, sich später wieder von einer vertraglichen Bindung loszusagen. Erfolgen dann noch mehrfache Zahlungen einer bestimmten Leistung ohne weitere Vorbehalte, so ist erst recht nicht mehr erkennbar, ob ein Rechtsbindungswille für die Zukunft ausgeschlossen bleiben soll.“

Beispiel 2: Anspruchseinräumung und nachfolgender Freiwilligkeitsvorbehalt

„Die B-GmbH gewährt Frau S. mit dem jeweiligen Novembergehalt eine Weihnachtsgratifikation in Höhe eines Bruttomonatsgehalts. Die Weihnachtsgratifikation ist eine freiwillige soziale Leistung, auf die auch bei mehrmaliger vorbehaltloser Bezahlung kein Rechtsanspruch besteht.“

BAG 10.12.2008, NZA 2009, 258

Hierzu BAG 20.2.2013, NZA 2013, 1015

Orientierungssatz Nr. 1

„Wenn Sonderleistungen des Arbeitgebers in einem Formulararbeitsvertrag nach Voraussetzungen und Höhe präzise festgelegt werden, legt dies das Bestehen eines vertraglichen Anspruchs nahe. In der Kombination eines solchen vertraglichen Anspruchs mit einem Freiwilligkeitsvorbehalt liegt regelmäßig ein zur Unwirksamkeit des Vorbehalts führender Verstoß gegen das Transparenzgebot (§ 307 I 2 BGB).“

Ausprägungen des Transparenzgebotes

Verständlich-
keitsgebot

Verschleierungs-
und Täuschungs-
verbot

Gebot der
Widerspruchs-
freiheit

3. Verschleierungs- und Täuschungsverbot

BGH 5.10.2005, NJW 2006, 211 (213)

Aus den Gründen:

„Nach dem Transparenzgebot muss die Klauselfassung der Gefahr vorbeugen, dass der Kunde von der Durchsetzung bestehender Rechte abgehalten wird. Eine Klausel, die die Rechtslage unzutreffend oder missverständlich darstellt und auf diese Weise dem Verwender ermöglicht, begründete Ansprüche unter Hinweis auf die in der Klausel getroffene Regelung abzuwehren, benachteiligt den Vertragspartner entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen.“

Beispiel 1: (doppelte) Schriftformklauseln

Hierzu BAG 20.5.2008, NZA 2008, 1233 (1237)

Aus den Gründen

Die Klausel ..., nach der Änderungen und Ergänzungen des Vertrags ebenso der Schriftform bedürfen wie der Verzicht auf das Schriftformerfordernis, erfasst nicht nur Änderungen und Ergänzungen durch betriebliche Übungen. Vielmehr werden von der Klausel auch ausdrückliche, mündliche Abreden erfasst. **Jedenfalls soweit die Wirksamkeit ausdrücklicher, mündlicher Abreden ausgeschlossen** wird, ist die Klausel unangemessen benachteiligend i.S. von § 307 I 1 BGB, weil sie über die Rechtslage täuscht.

(eingeschränkte) doppelte Schriftformklausel

Formulierungsvorschlag:

„Jede Änderung oder Ergänzung dieses Arbeitsvertrags, die nicht durch eine individuelle Vereinbarung der Vertragsparteien erfolgt, bedarf zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform. Dies gilt auch für die Aufhebung dieses Schriftformerfordernisses.“

Beispiel 2: Freiwilligkeitsvorbehalte

Hierzu BAG 14.9.2011, NZA 2012, 81 (85) (bestätigt durch BAG 19.3.2014, NZA 2014, 595 (601)).

Aus den Gründen:

„Eine unangemessene Benachteiligung des Arbeitnehmers liegt auch darin, dass der vertragliche Vorbehalt spätere Individualabreden i. S. von § 305 b BGB erfasst. Nach § 305 b BGB haben individuelle Vertragsabreden Vorrang vor AGB. Individualabreden können grundsätzlich alle Abreden zwischen den Vertragsparteien außerhalb der einseitig vom Verwender vorgegebenen Geschäftsbedingungen sein. Sie können sowohl ausdrücklich als auch konkludent getroffen werden. Auch nachträglich getroffene Individualabreden haben Vorrang vor kollidierenden AGB. Es kommt nicht darauf an, ob die Parteien eine Änderung der AGB beabsichtigt haben oder sich der Kollision mit den AGB bewusst geworden sind. **Mit diesem Vorrang der Individualabrede ist ein Freiwilligkeitsvorbehalt nicht zu vereinbaren, der so ausgelegt werden kann, dass er Rechtsansprüche aus späteren Individualabreden ausschließt.**“

Formulierungsvorschlag:

„Über die Gewährung einer Weihnachtsgratifikation entscheiden wir jedes Jahr neu. Es handelt sich um eine freiwillige Leistung, auf die auch bei wiederholter Zahlung weder dem Grunde noch der Höhe nach ein Rechtsanspruch besteht. **Dieser Vorbehalt gilt nicht für nach Abschluss dieses Arbeitsvertrags individuell getroffene Vereinbarungen.**“

(nur) im Ergebnis zu Recht *Preis*, Der langsame Tod der Freiwilligkeitsvorbehalte ..., NZA 2009, 281.

Beispiel 3: Ausschlussfristen und Mindestlohn

BAG 18.9.2018 – 9 AZR 162/18, NZA 2018, 1619

Orientierungssätze:

3. Eine vom Arbeitgeber gestellte arbeitsvertragliche Ausschlussfristenregelung (§ 305 I 1, § 310 III Nr. 2 BGB), die auch den gesetzlichen Mindestlohn erfasst, **verstößt gegen das Transparenzgebot** des § 307 I 2 BGB, wenn der Arbeitsvertrag nach dem 31.12.2014 geschlossen wurde. Sie **stellt die Rechtslage von Anfang an irreführend dar**, weil sie entgegen § 3 S. 1 MiLoG den Anspruch auf den gesetzlichen Mindestlohn aus ihrem Anwendungsbereich nicht ausnimmt

Roloff, in FS Willemsen, 2018, 407 (416):

„Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis und mit diesem im Zusammenhang stehende verfallen, wenn sie nicht binnen drei Monaten nach Fälligkeit beim Vertragspartner in Textform (§ 126 b BGB) geltend gemacht werden. Die Ausschlussfrist gilt nicht:

- (1) für die Haftung aufgrund Vorsatzes,
- (2) für Schäden aus der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit oder
- (3) für Ansprüche des Arbeitnehmers, die kraft Gesetzes einer Ausschlussfrist entzogen sind (zB AEntG, BetrAVG, MiLoG, BetrVG, TVG).“

BAG 30.1.2019 – 5 AZR 43/18, NZA 2019, 768
Leitsatz Nr. 2

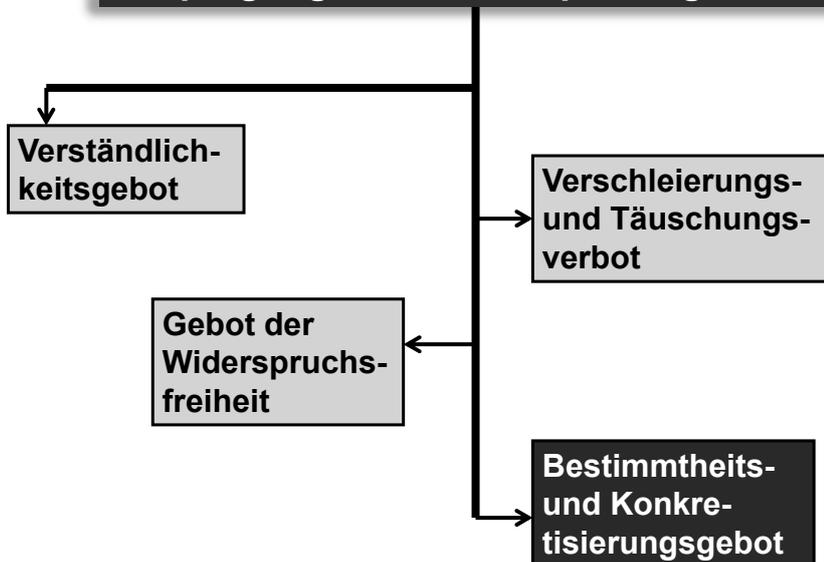
Eine als Allgemeine Geschäftsbedingung gestellte Verfallklausel, welche die von § 77 IV 4 BetrVG und § 4 IV 3 TVG geschützten Ansprüche umfasst, ist insoweit teilnichtig (§ 139 BGB). Allein dieser Verstoß und eine sich nur daraus ergebende unzureichende Transparenz führen aber nicht zur Gesamtnichtigkeit der Verfallklausel nach § 307 I 2 BGB.

BAG 28.9.2017 – 8 AZR 67/15, NZA 2018, 589
Orientierungssatz Nr. 3

Zwar ist nach § 309 Nr. 7 Buchst. b BGB ein Ausschluss oder eine Begrenzung der Haftung für sonstige Schäden, die auf einer grob fahrlässigen Pflichtverletzung des Verwenders oder auf einer vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Pflichtverletzung eines gesetzlichen Vertreters oder Erfüllungsgehilfen des Verwenders beruhen, in AGB unwirksam. Allerdings sind nach § 310 IV 2 Hs. 1 BGB bei der Anwendung der §§ 305 ff. BGB auf Arbeitsverträge die im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten angemessen zu berücksichtigen. Deshalb kann eine arbeitsvertragliche beidseitig wirkende Ausschlussklausel, die zwar Personenschäden – im Einklang mit § 309 Nr. 7 Buchst. a BGB – ausdrücklich nicht erfasst, jedoch Schäden im Sinne des § 309 Nr. 7 Buchst. b BGB nicht ausnimmt, in der Regel Bestand haben. Denn im Arbeitsverhältnis führt eine Verfallmöglichkeit von Ansprüchen wegen sonstiger Schäden im Sinne des § 309 Nr. 7 Buchst. b BGB typischerweise nicht zu einer unangemessenen Benachteiligung des Arbeitnehmers.

Dagegen: LAG Niedersachsen 31.1.2018 – 2 Sa 945/17, NZA-RR 2018, 351

Ausprägungen des Transparenzgebotes



4. Bestimmtheits- und Konkretisierungsgebot

Das Bestimmtheits- und Konkretisierungsgebot verlangt, dass die **Voraussetzungen und Rechtsfolgen möglichst konkret formuliert** werden müssen. Der Verwender (Arbeitgeber) soll daran gehindert werden, durch unpräzise gehaltene Regelungen in der Sache nicht gerechtfertigte Beurteilungsspielräume in Anspruch zu nehmen. Das gilt in erster Linie dann, wenn der Arbeitgeber sich **bestimmte Gestaltungsbefugnisse ausbedingt**, zum anderen aber auch, wenn es um Klauseln geht, mit denen **auf das Verhalten des Arbeitnehmers eingewirkt** werden soll. Die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung bietet abhängig vom Gegenstand der jeweils auf dem Prüfstand stehenden Klausel ein **uneinheitliches Bild**.

a) Hypertrophe Anforderungen

Beispiel 1: Vertragsstrafe bei schuldhafter Veranlassung der außerordentlichen Kündigung

Klausel

„Tritt der/die Arbeitnehmer/in das Arbeitsverhältnis nicht an, löst er/sie das Arbeitsverhältnis unter Vertragsbruch oder **wird der Arbeitgeber durch schuldhaft vertragswidriges Verhalten des Arbeitnehmers/der Arbeitnehmerin zur fristlosen Kündigung des Arbeitsverhältnisses veranlasst**, so hat der/die Arbeitnehmer/in an den Arbeitgeber eine Vertragsstrafe in Höhe von einem Brutto-Monatsgehalt/-lohn zu zahlen.“

BAG 21.4.2005, NZA 2005, 1053

Aus den Gründen:

„Die vorliegende Vertragsstrafenabrede ist **schon wegen mangelder Bestimmtheit unwirksam**. Die Verwirkung der vereinbarten Vertragsstrafe durch „schuldhaft vertragswidriges Verhalten des Arbeitnehmers, das den Arbeitgeber zur fristlosen Kündigung des Arbeitsverhältnisses veranlasst“, ist nicht klar und verständlich, weil die Pflichtverletzungen nicht hinreichend bestimmt sind. Die vereinbarte Vertragsstrafe muss nämlich nicht nur die zu leistende Strafe, sondern auch die sie auslösende Pflichtverletzung so klar bezeichnen, dass sich der Versprechende in seinem Verhalten darauf einstellen kann. Globale Strafversprechen, die auf die Absicherung aller arbeitsvertraglichen Pflichten zielen, sind wegen Verstoßes gegen das Bestimmtheitsgebot unwirksam. Die Regelung muss erkennen lassen, welche konkreten Pflichten durch sie tatsächlich gesichert werden sollen. Nur so kann der Arbeitnehmer erkennen, was gegebenenfalls „auf ihn zukommt“. „Schuldhaft vertragswidriges Verhalten“ ohne nähere Konkretisierung enthält deshalb nicht die nötige Warnfunktion und entspricht wegen des Strafcharakters der Vertragsstrafe auch nicht rechtsstaatlichen Grundsätzen.“

Beispiel 2: Vertragsstrafe bei Verstoß gegen Wettbewerbsverbot

BAG 14.8.2007, NZA 2008, 170

Aus den Gründen:

„Voraussetzung für eine ausreichende Bestimmtheit einer Vertragsstrafenvereinbarung ist nicht nur, dass die sie auslösende Pflichtverletzung so klar bestimmt ist, dass sich der Versprechende in seinem Verhalten darauf einstellen kann, sondern auch, dass die zu leistende Strafe ihrer Höhe nach klar und bestimmt ist. Nach Nr. 11 II 4 des Arbeitsvertrags kann die Bekl. „für jeden Fall der Zuwiderhandlung eine Vertragsstrafe in Höhe von zwei durchschnittlichen Brutto-Monatseinkommen verlangen“. In Nr. 11 III des Arbeitsvertrags heißt es dann: „Im Falle einer dauerhaften Verletzung der Verschwiegenheitspflicht oder des Wettbewerbsverbotes gilt jeder angebrochene Monat als eine erneute Verletzungshandlung“.

Aus der Zusammenschau dieser beiden Vertragsbestimmungen wird nicht erkennbar, wann eine so genannte „dauerhafte Verletzung“ vertraglicher Pflichten vorliegen soll, die nach Nr. 11 III des Arbeitsvertrags zu einer monatlich erneut fällig werdenden Vertragsstrafe führt und wann ein einmaliger Vertragsverstoß gegeben sein soll, für den nur eine einmalige Vertragsstrafe nach Nr. 11 II 4 des Arbeitsvertrags verwirkt sein soll.“

Stoffels

43

München, den 16.2.2023

43

Formulierungsvorschlag

Im Falle der Nichteinhaltung des Wettbewerbsverbots hat der Arbeitnehmer eine Vertragsstrafe von (z.B.: einem Bruttomonatsgehalt) zu zahlen.

Besteht die Zuwiderhandlung in einer Dauerverletzung (z.B. kapitalmäßige Beteiligung an einem Wettbewerbsunternehmen oder Eingehung eines Dauerschuldverhältnisses wie eines Arbeits-, Dienst-, Handelsvertreter- oder Beraterverhältnisses), wird die Vertragsstrafe für jeden angefangenen Monat, in dem die Dauerverletzung anhält, neu verwirkt. Mehrere Zuwiderhandlungen führen unabhängig voneinander zur Verwirkung von jeweils einer Vertragsstrafe, ggf. auch mehrfach innerhalb eines Monats. Erfolgen hingegen einzelne Zuwiderhandlungen im Rahmen einer Dauerverletzung, sind sie von der für diese Dauerverletzung verwirkten Vertragsstrafe mit umfasst.

(Klausel angelehnt an *Diller*, NZA 2008, 574 (576) und *Haas/Fuhlrott*, NZA-RR 2010, 1 (6))

Stoffels

44

München, den 16.2.2023

44

Beispiel 3: Kostenspezifizierung bei Rückzahlungsvorhalten

BAG 6.8.2013, NZA 2013, 1361 (zuvor schon BAG 21.8.2012, NZA 2012, 1428)

Aus den Gründen:

„Die Angaben in Nr. 2 der Nebenabrede genügen dem Transparenzgebot schon deshalb nicht, weil die Klausel der Kl. vermeidbare Spielräume bei der Bestimmung der zu erstattenden Kosten eröffnet. Die in der Rückzahlungsklausel verwendete Formulierung „die der E entstandenen Aufwendungen für die Weiterbildung, einschließlich der Lohnfortzahlungskosten“ lässt offen, welche Kosten dies im Einzelnen sein sollen. Es fehlt an der Angabe, welche konkreten Kosten damit gemeint sind und in welcher Höhe diese anfallen können. Der Klausel ist nicht zu entnehmen, mit welchen Lehrgangsgebühren zu rechnen ist, ob der Bekl. neben den Lehrgangsgebühren Fahrt-, Unterbringungs- und Verpflegungskosten zu erstatten hat, wie diese gegebenenfalls zu berechnen sind (z. B. Kilometerpauschale für Fahrtkosten, Tagessätze für Übernachtungs- und Verpflegungskosten), für welchen konkreten Zeitraum Lohnfortzahlungskosten anfallen, ob die Rückzahlungsverpflichtung auf die Netto- oder die Bruttosumme gerichtet ist und ob auch die Beiträge zur Zusatzversorgung zu erstatten sind.“

Beispiel 4: arbeitsvertraglicher Vorbehalt der Einführung von Kurzarbeit

Formulierungsvorschlag (in Anlehnung an *Schneider*, in: *Arbeitsvertrag* (Hrsg. Preis), 6. Aufl. 2020, II A 90 Rz. 109)
Unbeschadet der Regelung des § 87 BetrVG darf der Arbeitgeber Kurzarbeit anordnen, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen für die Gewährung von Kurzarbeitergeld (z.Zt. §§ 95 ff. SGB III) erfüllt sind und der Arbeitgeber den Arbeitsausfall der Agentur für Arbeit gem. § 99 SGB III angezeigt hat; dabei ist eine Ankündigungsfrist von zwei Wochen einzuhalten. Der Arbeitgeber kann die Anordnung von Kurzarbeit jederzeit widerrufen.



Klocke, Die Zulässigkeit von Kurzarbeitsklauseln im Arbeitsvertrag, RdA 2020, 331. Einführung durch Änderungskündigung: *Weller/König*, Kurzarbeit durch Änderungskündigung - Nur ein theoretisches Konstrukt?, BB 2020, 953; *Bauer/Günther*, Kurzarbeit zur Krisenbewältigung – Einführung durch Änderungskündigung?, NZA 2020, 419.

Realitätsfern LAG Berlin-Brandenburg

7. 10. 2010 NZA-RR 2011, 65

„2. Solche Klauseln sind unwirksam, wenn sie nicht ausdrücklich eine Ankündigungsfrist vorsehen.

3. Solche Klauseln können auch dann gem. § 307 I, II BGB unwirksam sein, wenn sie Regelungen über Umfang und Ausmaß der Kurzarbeit, Festlegung des betroffenen Personenkreises, Art und Weise der Einbeziehung des Personenkreises u. Ä. völlig offen lassen.

4. Die bloße Bezugnahme auf die Vorschriften der §§ 169 ff. SGB III führt weder für sich genommen noch über die Regelung des § 310 IV BGB zu einer Legitimation der Klauseln, die den genannten Grundsätzen nicht entsprechen.“

b) Angemessene Transparenzanforderungen

BAG 12.1.2005, NZA 2005, 465 zu Widerrufsvorbehalten

Aus den Gründen:

„Voraussetzungen und Umfang der vorbehaltenen Änderungen müssen möglichst konkretisiert werden. Die widerrufliche Leistung muss nach Art und Höhe eindeutig sein, damit der Arbeitnehmer erkennen kann, was ggf. „auf ihn zukommt“. Diese Anforderung lässt sich auch angesichts der Besonderheiten des Arbeitsrechts (§ 310 IV 2 BGB) im Regelfall erfüllen. Bei den Voraussetzungen der Änderung, also den Widerrufsgründen, lässt sich zumindest die Richtung angeben, aus der der Widerruf möglich sein soll (wirtschaftliche Gründe, Leistung oder Verhalten des Arbeitnehmers).“

BAG 24.1.2017 – 1 AZR 772/14, NZA 2017, 931 Rn. 15 (hierzu auch *Stoffels*, NZA 2017, 1217)

„Diesem Transparenzgebot wird die Widerrufsklausel gerecht. Der Grad der wirtschaftlichen Störung, die einen Widerruf ermöglichen soll, wird darin konkretisiert. Die Klausel stellt ausdrücklich klar, dass der Arbeitnehmer im Fall der **wirtschaftlichen Notlage** mit dem Widerruf der zugesagten Zahlung eines Weihnachtsgelds rechnen muss. Angesichts der Vielzahl der möglichen wirtschaftlichen Entwicklungen ist es nicht erforderlich, die „wirtschaftliche Notlage“ näher zu konkretisieren, etwa durch die Angabe eines Zeitraums, in dem Verluste vorliegen müssen, wie es die Revision beispielhaft meint. Der Anwendungsfall ist schon auf Ausnahmesituationen beschränkt und damit klar genug umrissen.“

Keine Angabe von Gründen ist hingegen erforderlich **bei Freiwilligkeitsvorbehalten und Teilbefristungen** (richtig BAG 21.1.2009, NZA 2009, 310, 312; a.A. insoweit *Preis/Bender*, NZA-RR 2005, 340 f.; dagegen wiederum *Stoffels*, in ZfA 2009, 883)

c) (zu) laxe Transparenzanforderungen

Versetzungsvorbehalte

Es bedarf nach der Rechtsprechung des BAG keiner Gründe für die Ausübung des Weisungsrechts (BAG 25.8.2010, NZA 2010, 1355). Ein Versetzungsvorbehalt ist auch nicht deshalb intransparent, weil weder ein maximaler Entfernungsradius noch eine angemessene Ankündigungsfrist vereinbart ist (BAG 13.4.2010, AP Nr. 45 zu § 307 BGB). Insofern Verlagerung des Kontrollgeschehens auf die Ausübungsebene.

Einseitige Leistungsbestimmungsrechte

„§ 6. Vergütungen

...

+ Weihnachtsgratifikation

50 % bei einer Betriebszugehörigkeit von mind. 6 Monaten

100 % bei einer Betriebszugehörigkeit von 12 Monaten

von der vom Arbeitgeber jeweils pro Jahr festgelegten Höhe der Weihnachtsgratifikation. Sie wird zusammen mit dem Novemberlohn/-gehalt im jeweiligen Jahr ausgezahlt....“

BAG 16.1.2013, NZA 2013, 1013 (1014) (vgl. ferner BAG NZA 2013, 148; 2013, 970; 2013, 1150)

Aus den Gründen:

„Der mögliche Anspruch des Kl. ist durch den Arbeitsvertrag ausreichend beschrieben. Der Kl. konnte erkennen, dass die Bekl. über die Festsetzung der Höhe der Gratifikation zu entscheiden hatte. Erkennbar war auch, dass die Entscheidung eine Abwägung der maßgeblichen Interessen beider Seiten erforderte. Richtig ist, dass die Vertragsklausel selbst keine Maßstäbe für die von der Bekl. zu treffende Entscheidung festlegt. Indes betrifft das Leistungsbestimmungsrecht im Streitfall noch nicht einmal das im unmittelbaren Gegenseitigkeitsverhältnis stehende Entgelt, sondern lediglich eine – der Höhe nach unbestimmte – Zusatzleistung, zu welcher der Arbeitgeber an sich nicht verpflichtet wäre. Der Streitfall liegt also anders als bei Preisänderungsklauseln, etwa in Gaslieferungsverträgen. Diese räumen dem Bestimmungsberechtigten die Möglichkeit ein, das Äquivalenzverhältnis der Hauptleistungspflichten einseitig zu verändern. Das ist hier nicht der Fall. Insbesondere hätte der Arbeitgeber auch die Möglichkeit, Leistungen der hier betroffenen Art jeweils mit einem Freiwilligkeitsvorbehalt zu verbinden und dadurch einen Rechtsanspruch für die Zukunft auszuschließen.“

kritisch Stoffels, RdA 2015, 276

Stoffels

53

München, den 16.2.2023

53

Vorschlag Lakies, ArbRAktuell 2013, 251

„Der Arbeitgeber gewährt zusätzlich zur monatlichen Vergütung eine Weihnachtsgratifikation, deren Höhe jeweils pro Jahr vom Arbeitgeber festgelegt wird. Die Auszahlung erfolgt zusammen mit dem Novembergehalt.“

Stoffels

54

München, den 16.2.2023

54

d) Zwei Sonderfälle

(1) Dynamische Bezugnahme Klauseln

BAG 16.6.2021 – 10 AZR 31/20, NZA 2021, 1478

Aus den Gründen:

„Eine arbeitsvertragliche Bezugnahme auf einen Tarifvertrag ist weder unverständlich noch unklar. Dies gilt auch dann, wenn die Verweisung dynamisch ausgestaltet ist. Welche konkreten tariflichen Regelungen jeweils das Arbeitsverhältnis ausfüllen sollen, ist von den Arbeitnehmern durch Einsicht in die Tarifverträge feststellbar.“

Ausreißer:

BAG 13.3.2013, NZA 2013, 680 zur Leiharbeit

Orientierungssatz Nr. 5:

„Eine Bezugnahme Klausel, mit der mehrere eigenständige tarifliche Regelwerke gleichzeitig auf das Arbeitsverhältnis zur Anwendung gebracht werden sollen, bedarf zur Gewährleistung ihrer hinreichenden Bestimmtheit einer Kollisionsregel, der sich entnehmen lässt, welches der mehreren in Bezug genommenen tariflichen Regelwerke bei sich widersprechenden Regelungen den Vorrang haben soll.“

Aus den Gründen (Rdnr. 32):

„Der Arbeitnehmer muss bereits bei Vertragsschluss für die Dauer des Arbeitsverhältnisses erkennen können, **was** gegebenenfalls **„auf ihn zukommt“**. Er kann weder auf eine ständige Beobachtung der Tariflandschaft im Arbeitnehmerüberlassungsgewerbe noch zu Spekulationen darüber verpflichtet werden, welches von mehreren tariflichen Regelwerken zu einem bestimmten Zeitpunkt auf sein Arbeitsverhältnis Anwendung finden soll.“

A.A. Stoffels/Bieder, RdA 2012, 27 ff. und Stoffels/Thüsing, NZA 2013, 948 ff.

(2) Pauschale Überstundenabgeltung

BAG 1.9.2010, NZA 2011, 575; nachfolgend BAG 17.8.2011, NZA 2011, 1335; 22.2.2011, NZA 2012, 861; 17.6.2012, NZA 2012, 1147

Leitsatz:

„Die AGB-Klausel „erforderliche Überstunden sind mit dem Monatsgehalt abgegolten“ genügt nicht dem Transparenzgebot (§ 307 I 2 BGB), wenn sich der Umfang der danach ohne zusätzliche Vergütung zu leistenden Überstunden nicht hinreichend deutlich aus dem Arbeitsvertrag ergibt.“

Aus den Gründen:

„Eine die pauschale Vergütung von Mehrarbeit regelnde Klausel ist nur dann klar und verständlich, wenn sich aus dem Arbeitsvertrag selbst ergibt, welche Arbeitsleistungen von ihr erfasst werden sollen. Andernfalls ließe sich nicht erkennen, ab wann ein Anspruch auf zusätzliche Vergütung besteht. Der Umfang der Leistungspflicht muss so bestimmt oder zumindest durch die konkrete Begrenzung der Anordnungsbefugnis hinsichtlich des Umfangs der zu leistenden Überstunden so bestimmbar sein, dass der Arbeitnehmer bereits bei Vertragsschluss erkennen kann, was gegebenenfalls „auf ihn zukommt“ und welche Leistung er für die vereinbarte Vergütung maximal erbringen muss. Auf Grund einer unklar abgefassten Pauschalierungsklausel besteht die Gefahr, dass der Arbeitnehmer in der Annahme, er habe keinen Rechtsanspruch auf eine gesonderte Überstundenvergütung, seinen Anspruch nicht geltend macht.“

alternative Klausel

Über- und Mehrarbeitsvergütung

Mit der unter § x genannten Vergütung ist Mehrarbeit, soweit sie ?? Stunden pro Monat nicht überschreitet, abgegolten.

LAG Hamm 22.5.2012, BeckRS 2012, 71350 und LAG Mecklenburg-Vorpommern 14.9.2021 – 2 Sa 26/21, NZA-RR 2022, 17 haben 10 Überstunden pro Monat bei einer 40-Stunden-Woche gebilligt.

III. Rechtsfolgen der Intransparenz

⇒ richten sich nach § 306 BGB, also

- Unwirksamkeit (nur) der intransparenten Klausel
- Ersatzloser Wegfall der intransparenten Klausel
- keine geltungserhaltende Reduktion
- Lückenfüllung durch dispositives Recht und unter engen Voraussetzungen im Weg ergänzender Vertragsauslegung (letztere kommt vor allem bei intransparenten Preis- und Leistungsbestimmungen in Betracht)

BAG 24.8.2017 – 8 AZR 378/16, NZA 2018, 100

Orientierungssätze

1. Sind Bestimmungen in AGB zur Höhe einer Vertragsstrafe nicht hinreichend transparent im Sinne von § 307 I 2 BGB und deshalb nach § 307 I 1 BGB unwirksam, führt dies nach § 306 I BGB zum Fortfall der Klauseln unter Aufrechterhaltung des Vertrags im Übrigen. Eine Lückenfüllung im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung kommt in einem solchen Fall grundsätzlich nicht in Betracht.

Ausnahmsweise Streichung nur eines Teils bei **sachlicher Teilbarkeit** (blue-pencil-Test)

Nicht aber, wenn erst die Kombination zweier Klauseln die Intransparenz begründet.

BAG 14.9.2011, NZA 2012, 81 (83)

Aus den Gründen

„Die Aufrechterhaltung eines zulässigen Teils der Klausel kommt hier grundsätzlich nicht in Betracht. Die Intransparenz der vertraglichen Regelung und damit ihre Unwirksamkeit nach § 307 I 2 i. V. mit S. 1 BGB folgt gerade aus der Kombination zweier Klauselteile, die jeweils für sich genommen ausreichend transparent sein mögen. Dies unterscheidet die Fallgestaltung von den Fällen, in denen ein abgrenzbarer Teil der Vertragsklausel unwirksam ist. Nur in solchen Fällen ist eine Streichung des unwirksamen Teils möglich, ohne gegen das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion (§ 306 II BGB) zu verstoßen.“

IV. Transparenzgebot auch für den Gesetzgeber?

Bauer, NZA 2014, 889 (891)

„Nach § 307 I 2 BGB sind Bestimmungen in vom Arbeitgeber vorgegebenen Arbeitsverträgen unangemessen, wenn sie nicht transparent sind. Diesen Maßstab sollte der Gesetzgeber aber auch an die Regelungen anlegen, die er zu verantworten hat. Dem Transparenzgebot genügen jedenfalls seit Jahren bekanntermaßen nicht §§ 17, 18 KSchG ... und § 7 III BUrlG, weil sie auf Grund ihrer Europarechtswidrigkeit obsolet geworden sind.“

In der Tat: Auch der Gesetzgeber unterliegt zumindest den Geboten der Normenklarheit und –wahrheit.