

Däubler, Wolfgang

**Book**

## Die Kontrolle von Arbeitsverträgen durch den Betriebsrat. Eine Anleitung

edition der Hans-Böckler-Stiftung, No. 124

**Provided in Cooperation with:**

The Hans Böckler Foundation

*Suggested Citation:* Däubler, Wolfgang (2005) : Die Kontrolle von Arbeitsverträgen durch den Betriebsrat. Eine Anleitung, edition der Hans-Böckler-Stiftung, No. 124, ISBN 3-86593-002-6, Hans-Böckler-Stiftung, Düsseldorf

This Version is available at:

<https://hdl.handle.net/10419/116369>

**Standard-Nutzungsbedingungen:**

Die Dokumente auf EconStor dürfen zu eigenen wissenschaftlichen Zwecken und zum Privatgebrauch gespeichert und kopiert werden.

Sie dürfen die Dokumente nicht für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, öffentlich zugänglich machen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Sofern die Verfasser die Dokumente unter Open-Content-Lizenzen (insbesondere CC-Lizenzen) zur Verfügung gestellt haben sollten, gelten abweichend von diesen Nutzungsbedingungen die in der dort genannten Lizenz gewährten Nutzungsrechte.

**Terms of use:**

*Documents in EconStor may be saved and copied for your personal and scholarly purposes.*

*You are not to copy documents for public or commercial purposes, to exhibit the documents publicly, to make them publicly available on the internet, or to distribute or otherwise use the documents in public.*

*If the documents have been made available under an Open Content Licence (especially Creative Commons Licences), you may exercise further usage rights as specified in the indicated licence.*

# Die Kontrolle von Arbeitsverträgen durch den Betriebsrat

edition der  
Hans **Böckler**  
**Stiftung** 

Fakten für eine faire Arbeitswelt.

*Wolfgang Däubler*

# **Die Kontrolle von Arbeitsverträgen durch den Betriebsrat**

**Eine Anleitung**

edition der Hans-Böckler-Stiftung 124

Dr. Wolfgang Däubler, Professor für Deutsches und Europäisches Arbeitsrecht, Bürgerliches Recht und Wirtschaftsrecht an der Universität Bremen. Zahlreiche Veröffentlichungen zum Arbeitsrecht, insbes. zum BetrVG, aber auch zu Fragen der Verhandlungstechnik und des Zivilrechts. Auslandseinsätze als Berater in Slowenien, Vietnam und Lateinamerika. Mitglied des Aufsichtsrats eines öffentlich-rechtlichen Kreditinstituts.

© Copyright 2005 by Hans-Böckler-Stiftung

Hans-Böckler-Straße 39, 40476 Düsseldorf

Buchgestaltung: Horst F. Neumann Kommunikationsdesign, Wuppertal

Produktion: Setzkasten GmbH, Düsseldorf

Printed in Germany 2005

ISBN 3-86593-002-6

Bestellnummer: 13124

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere die des öffentlichen Vortrages, der Rundfunksendung, der Fernsehausstrahlung, der fotomechanischen Wiedergabe, auch einzelner Teile.

<b>§ 1. EINFÜHRUNG</b>	<b>7</b>
I. Was hat der Betriebsrat mit Arbeitsverträgen zu tun?	7
II. Der Nichtjurist vor juristischen Fragen	8
1. Probleme der Sprache	8
2. Der lückenhafte Gesetzestext	9
3. Die besonderen Schwierigkeiten des Arbeitsvertragsrechts	10
4. Konkrete Lösungsversuche	11
5. Begriffe im Arbeitsvertragsrecht	12
III. Versuche der Abhilfe	12
<b>§ 2. GRUNDBEGRIFFE DES ARBEITSVERTRAGSRECHTS</b>	<b>15</b>
I. Wie kommt ein Arbeitsvertrag zustande?	15
1. Der Grundsatz	15
a. Rückgriff auf das BGB	15
b. Bindung an das Angebot	15
c. Wie lange kann man annehmen?	16
d. Die Folgen einer verspäteten Annahme	17
e. Annahme mit Gegenvorschlag	18
2. Was ist ein »Angebot«?	18
II. Die Form des Arbeitsvertrags	19
1. Mündliche Abrede genügt	19
2. Schriftform für die Befristung	20
3. Dokumentation nach dem Nachweisgesetz	22
a. Was wird dokumentiert?	22
b. Der Anwendungsfall »Ausschlussfristen«	23
c. Unterbliebene Dokumentation	23
4. Vertrag per E-Mail oder in elektronischer Form?	24
III. Der Inhalt des Arbeitsvertrags	24
IV. Begrenzungen der Vertragsfreiheit im Arbeitsrecht	26
1. Der Grundsatz	26
2. Gesetze	27
3. Verordnungen	28
4. Richterrecht	28

a. Grundsatz	28
b. Insbesondere: Nebenpflichten aus dem Arbeitsverhältnis	29
5. Grundrechte der Arbeitnehmer	31
6. Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen	33
V. Die verbleibenden Lücken	35

### **§ 3. DIE NEUEN MAßSTÄBE –AGB-KONTROLLE**

<b>IM ARBEITSRECHT</b>	<b>37</b>
I. Was bedeutet »AGB-Kontrolle«?	37
1. Die auftauchenden Probleme	37
2. Das AGB-Gesetz von 1976	40
3. Die heute geltende gesetzliche Regelung	42
II. Was versteht man unter AGB?	43
1. Der allgemeine Begriff	43
2. Erweiterter Begriff bei Verbrauchergeschäften	45
3. Anwendungsprobleme	46
III. Wann werden AGB Inhalt des Arbeitsvertrags?	48
1. Allgemeine Grundsätze	48
2. Keine Einbeziehung überraschender Klauseln	49
3. Individualabreden	50
IV. Transparenzprinzip und Auslegung zugunsten des Arbeitnehmers	51
1. Transparenzgebot	51
2. Die sog. Unklarheitenregel	53
V. Die Inhaltskontrolle und ihre Ausnahmen	54
1. Der Grundsatz	54
2. Anwendungsprobleme	55
IV. Die Inhaltskontrolle im Einzelnen	56
1. Die gesetzliche Systematik	56
2. Die im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten	57
VII. Die nicht Vertragsinhalt gewordene und die rechtswidrige Klausel	58
VIII. Lösung der Eingangsfälle	59

### **§ 4. EIN VERTRAGSENTWURF AUS DER PRAXIS**

I. Einige Vorinformationen	61
1. Herkunft des Vertragsentwurfs	61
2. Eine Auslegungsvariante verstößt gegen geltendes Recht	61
3. Veränderungsrechte des Arbeitgebers	62

II. Der Formulararbeitsvertrag	63
1. Tätigkeit	63
2. Dienstsitz	64
3. Arbeitszeit	65
4. Gehalt	65
5. Jahressonderzahlung	67
6. Vermögenswirksame Leistungen	69
7. Dienstverhinderung/Krankheit	70
8. Gehaltszahlung bei Krankheit und im Todesfall	70
9. Urlaub	71
10. Dienstreisen	72
11. Erfindungen	72
12. Nebentätigkeit	72
13. Geheimhaltungspflicht/Verschwiegenheit	74
14. Beendigung des Arbeitsverhältnisses	75
15. Abtretung und Verpfändung	78
16. Schlussbestimmungen	78
17. Besondere Vereinbarung	79
III. Eine erste Einschätzung	79

**§ 5. HÄUFIG GESTELLTE FRAGEN 81**

**SELBSTDARSTELLUNG DER HANS-BÖCKLER-STIFTUNG 91**



## I. WAS HAT DER BETRIEBSRAT MIT ARBEITSVERTRÄGEN ZU TUN?

Schaut man sich den Text des BetrVG an, taucht der Begriff »Arbeitsvertrag« an keiner Stelle auf. Der Katalog des § 87 Abs. 1 BetrVG mag beeindruckend sein; bei der Frage, was im Arbeitsvertrag stehen darf, gibt es ersichtlich keine Mitbestimmung.

Dennoch wird der Betriebsrat in der Praxis **regelmäßig mit Fragen konfrontiert, die im Arbeitsvertrag** des einzelnen Beschäftigten **angesprochen** sind. Ein Beschäftigter kommt in die Sprechstunde und will wissen, ob er wirklich von der Düsseldorf in die Berliner Niederlassung der Firma versetzt werden kann. Würde er für einige Zeit Trennungsgeld bekommen, würde die Firma bei der Wohnungssuche behilflich sein und die Umzugskosten übernehmen? Im Arbeitsvertrag steht lediglich, dass der Arbeitnehmer »im betrieblichen Interesse« einer Versetzung in eine andere deutsche Niederlassung Folge leisten muss. Ein anderer fragt, ob er wirklich den Arbeitgeber um Genehmigung einer Nebentätigkeit bitten muss, weil er sich am Wochenende 10 Stunden als bezahlter Jugendtrainer betätigen will. Er hat seinen Arbeitsvertrag studiert und dort unter Ziffer 15.2 die Formulierung gefunden: »Nebentätigkeiten bedürfen der vorherigen Genehmigung durch den Arbeitgeber.«

Oft tauchen auch Probleme auf, die nicht nur Einzelne, sondern viele oder alle Belegschaftsmitglieder betreffen. Da kündigen einige Kollegen an, auf der Betriebsversammlung die Frage stellen zu wollen, ob der Arbeitgeber wirklich die von ihm vor 20 Jahren einseitig aufgestellte **»Versorgungsordnung« wieder zurücknehmen** und so die betriebliche Altersversorgung abschaffen darf. Kann man eigentlich – so eine andere Frage – endlich mal rauskriegen, was eigentlich die genaue **Bezugsgröße für die Ertragsbeteiligung** ist? Der Arbeitgeber knüpft nicht am Bilanzgewinn an, sondern verwendet eine Formel, die niemand so recht versteht. In den letzten Jahren sind aber immer ein bis zwei Monatsgehälter dabei »herausgesprungen«, so dass sich niemand um eine definitive Klärung bemüht hat.

Für alle diese Fragen ist keine schnelle Lösung in Sicht. Auch die »Versorgungsordnung« und die »Ertragsbeteiligung« sind Probleme des Arbeitsvertrags: Einseitig vom Arbeitgeber erlassene Regelungen, die über längere Zeit im Betrieb praktiziert werden, gehen dadurch automatisch in die Arbeitsverträge ein. Sie sind gewissermaßen deren stillschweigender Bestandteil geworden.

## II. DER NICHTJURIST VOR JURISTISCHEN FRAGEN

Niemand wird aufgrund seiner Erfahrung oder seines Gerechtigkeitsgefühls eine spontane Antwort parat haben. Ob ein universelles Versetzungsrecht des Arbeitgebers im Arbeitsvertrag festgelegt werden kann, bestimmt sich – zunächst ganz allgemein gesprochen – danach, ob das geltende Recht etwas Derartiges zulässt. In der Praxis müsste man daher »eigentlich« die Vorschriften ermitteln, die sich mit Versetzungen, mit Nebentätigkeiten, mit betrieblicher Altersversorgung und mit Ertragsbeteiligung befassen. Dies ist mit einer Reihe von Schwierigkeiten verbunden.

### 1. Probleme der Sprache

Manche schrecken vor dem »Juristendeutsch« zurück. In der Tat haben die Juristen nicht anders als die Mediziner oder die Physiker ihre **Fachsprache**. Sie soll die Verständigung unter den Beteiligten erleichtern, hat aber oft auch die Funktion, eine Grenze zu ziehen zwischen denen, die wirklich mitreden können, und denen, die man nicht so ganz ernst nehmen muss. Auch gibt es Fälle, in denen die Fachsprache komplizierter als eigentlich nötig ist. Dasselbe könnte man genauso präzise in der Alltagssprache ausdrücken.

#### Beispiel:

In einem Kommentar zum BetrVG<sup>1</sup> heißt es unter der Abschnittsüberschrift »Rechtsfolgen der Nichtbeachtung des Mitbestimmungsrechts« beispielsweise: »Nach der herrschenden, aber nach wie vor angefochtenen und in der Tat abzulehnenden Auffassung können die sozialen Angelegenheiten des § 87 Abs. 1 nur gemeinsam von Arbeitgeber und Betriebsrat geregelt werden, es sei denn, die Einigungsstelle würde eine fehlende Einigung ersetzen (Theorie der notwendigen Mitbestimmung oder der Mitbestimmung als Wirksamkeitsvoraussetzung).« Stattdessen könnte man auch einfacher sagen: In mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten können Betriebsrat und Arbeitgeber nur gemeinsam handeln. Trifft eine Seite allein eine Maßnahme, ist diese unwirksam. Das kommt in der Kommentarstelle nur ganz unvollkommen zum Ausdruck (was damit zusammenhängen mag, dass der Kommentarschreiber diese Auffassung nicht schätzt).

1 Hess u. a., Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, 6. Aufl., München-Unterschleißheim 2003, § 87 Rn. 80.

Die Juristensprache kann man lernen. Sie ist viel näher am Alltagsdeutsch als das, was Mediziner oder Physiker benutzen. In der Regel reicht es auch, wenn man das Gesagte bzw. Geschriebene versteht, also passive Sprachkenntnisse hat. Man muss nicht selbst wie ein erfahrener Anwalt ein juristisches Kolleg halten können. Das »Verstehenkönnen« dürfte auch das wichtigste Lernziel sein, wenn man als Betriebsratsmitglied eine »Einführung in das Betriebsverfassungsrecht« oder eine »Einführung in das allgemeine Arbeitsrecht« besucht. Beide bewegen sich übrigens nach der Rechtsprechung des BAG innerhalb des Rahmens von § 37 Abs. 6 BetrVG und können jeweils mindestens eine Woche dauern<sup>2</sup>.

## 2. Der lückenhafte Gesetzestext

Die viel größere Schwierigkeit liegt darin, dass nur die allerwenigsten Dinge ausdrücklich im Gesetz geregelt sind. Im Betriebsverfassungsrecht gibt es noch relativ viele Vorschriften, doch weiß jeder Praktiker, dass man damit allein nicht auskommt. Wenn man ein etwas schwierigeres Problem hat, zieht man einen Kommentar zu Rate. Man schaut im »Däubler/Kittner/Klebe« oder im »Fitting« nach, was denn der neueste Stand der juristischen Erkenntnis ist.

### Beispiel:

Der Betriebsrat weiß, dass er einer Kündigung mit der Begründung widersprechen kann, dass die Grundsätze über die soziale Auswahl nicht ausreichend berücksichtigt worden seien. Nun hat sich zum 01.01.2004 insoweit einiges geändert, als es der Arbeitgeber leichter hat, bestimmte Personen als »Leistungsträger« aus der sozialen Auswahl auszunehmen, also auf alle Fälle weiterzubeschäftigen. Kann nun der Betriebsrat auch mit der Begründung widersprechen, die fragliche Person sei gar kein Leistungsträger, sondern ein ausgesprochen schwerfälliges Tränentier, der halt immer dem Chef Recht gegeben habe? Man schaut nach bei Däubler/Kittner/Klebe und findet dort unter § 102 Rn. 188 die Aussage, der Betriebsrat könne sich sehr wohl darauf stützen, der Kreis der für die soziale Auswahl in Betracht kommenden Arbeitnehmer sei zu eng bestimmt, also der Mitarbeiter T zu Unrecht nicht einbezogen worden.

Der »Fund« war allerdings nur möglich, weil der Betriebsrat schon mit einem bestimmten Grundwissen an die Angelegenheit heranging. Wer keine Ahnung von

2 BAG AP Nr. 35 zu § 37 BetrVG 1972 (Einführung in das Betriebsverfassungsrecht); BAG AP Nr. 58 und 110 zu § 37 BetrVG 1972 (Allgemeines Arbeitsrecht) Zur Erklärung: AP = Arbeitsrechtliche Praxis, die größte Sammlung von Entscheidungen des BAG und anderer Arbeitsgerichte.

§ 102 BetrVG und von sozialer Auswahl hat, wird etwas ratlos vor dem dicken roten Kommentar sitzen. **Man muss** also die **richtigen Fragen stellen können**.

Viele Betriebsräte wissen im Betriebsverfassungsrecht sehr gut Bescheid. Man weiß, dass man in einem Konflikt mit dem Arbeitgeber häufig nur dann weiterkommt, wenn man das Betriebsverfassungsrecht auf seiner Seite hat. Dies steigert die Bereitschaft, in diese Materie richtig einzusteigen und sich – notfalls übers Internet – über den neuesten Stand der Rechtsprechung zu informieren.

Der Verfasser hat häufig die Erfahrung gemacht, dass betriebsverfassungsrechtliche Zusammenhänge sehr viel schneller von Betriebsräten begriffen werden als von Jurastudenten. Wer wirklich motiviert ist, entwickelt seine Intelligenz sehr viel stärker als jemand, der sich halt ein paar Grundsätze fürs Examen anpauken muss.

Die Situation wird sehr viel komplizierter, wenn es um das Arbeitsvertragsrecht, und damit um die Regeln für die Beurteilung von Arbeitsverträgen geht.

### **3. Die besonderen Schwierigkeiten des Arbeitsvertragsrechts**

Im deutschen Recht gibt es keine zusammenhängende Regelung dieser Materie. Wir wenden insoweit einzelne Teile des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) an, das gleichermaßen auch für Kauf- und Mietverträge, für die Eheschließung und für das Testament gilt. Daneben gibt es ein paar Grundsatzvorschriften in den neu gefassten §§ 105 – 110 Gewerbeordnung sowie Einzelregelungen im Handelsgesetzbuch (HGB) und in arbeitsrechtlichen Sondergesetzen: Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, Urlaub, Mutterschutz, Teilzeitarbeit usw. Das klingt nicht gerade nach Übersichtlichkeit. Man muss also eine Gesetzessammlung besitzen, um auch nur die Chance zu haben, die im konkreten Fall anwendbare (= »einschlägige«) Vorschrift zu finden<sup>3</sup>.

Die wichtigsten **15 oder 20 Gesetze**, die das Arbeitsvertragsrecht regeln, lassen sich zur Kenntnis nehmen. Viel schwieriger ist, dass sehr **viele Fragen offen geblieben** sind; noch häufiger als in der Betriebsverfassung muss man deshalb zu einem Hilfsmittel greifen. In der Vergangenheit schaute man meist in den »Schaub<sup>4</sup>«;

3 Am verbreitetsten ist die »Arbeits- und Sozialordnung« von Michael Kittner (29. Aufl., Frankfurt/Main 2004), die in der Einleitung zu jedem Gesetz wichtige Basisinformationen vermittelt. Ohne diesen Zusatzservice kommt die deshalb etwas dünnere und handlichere Sammlung »Arbeitsgesetze« von dtv aus.

4 Arbeitsrechts-Handbuch, (heute) 10. Aufl., München 2002.

inzwischen sind der Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht<sup>5</sup> sowie verschiedene Handbücher hinzugekommen<sup>6</sup>.

#### 4. Konkrete Lösungsversuche

Die Lücken des Arbeitsvertragsrechts werden an unseren oben unter I genannten Beispielen deutlich.

Nach § 106 Gewerbeordnung steht dem Arbeitgeber gegenüber dem Arbeitnehmer ein **Weisungsrecht** zu. Danach kann er »Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen« näher bestimmen. Eine Grenze findet diese Befugnis u. a. am Arbeitsvertrag. Was aber geschieht, wenn dieser löcherig ist wie ein Schweizer Käse und dem Arbeitgeber Generalvollmacht erteilt? Ob etwas Derartiges zulässig ist, darüber lässt sich aus § 106 GewO nichts entnehmen. Wir müssen also in die Literatur einsteigen.

Auch zur **Nebentätigkeit** wird man kaum fündig. Wer ein ganz schlauer Kopf ist, wird vielleicht den § 60 Abs. 1 Handelsgesetzbuch (HGB) finden, wo es in der Sprache des Jahres 1900 heißt:

*»Der Handlungsgehilfe darf ohne Einwilligung des Prinzipals weder ein Handelsgewerbe betreiben noch in dem Handelszweige des Prinzipals für eigene oder fremde Rechnung Geschäfte machen.«*

»Prinzipal« ist der Inhaber des Geschäfts; in seiner Branche darf man ihm keine Konkurrenz machen. Dies wird auf alle Arbeitnehmer erstreckt, obwohl im Gesetz nur von »Handlungsgehilfe« (= kaufmännischer Angestellter) die Rede ist. Doch die Frage, ob man außerhalb der Arbeitgeberbranche tun und lassen kann was man will, ist damit noch nicht entschieden; auch wer das BGB und andere Gesetze von vorne bis hinten durchkämmt, wird im Wortlaut keinen Anhaltspunkt finden. Also muss man sich auch hier informieren, was die Rechtsprechung in einem solchen Fall sagt.

Die **betriebliche Altersversorgung** hat zwar eine gesetzliche Sonderregelung erfahren<sup>7</sup>, doch ist dort nur die Frage angesprochen, wann die Anwartschaft auf eine

5 Herausgegeben von Dieterich u. a., 4. Aufl., München 2004, übliche Abkürzung: ErfK.

6 Wichtig etwa Kittner/Zwanziger (Hrsg.), Arbeitsrecht. Handbuch für die Praxis, 2. Aufl., Frankfurt/Main 2002 und Küttner (Hrsg.), Personalbuch 2004, München 2004.

7 Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung (üblicherweise abgekürzt: BetrAVG, abgedruckt bei Kittner unter Nr. 11 und in der dtv-Sammlung).

Betriebsrente »unverfallbar« ist<sup>8</sup>. Dies ist schon ein gewisser Erkenntnisgewinn. Aber eigentlich geht es um etwas Anderes. Darf der Arbeitgeber die Erwartung enttäuschen, dass die Rente den bisherigen Regeln entsprechend weiterwächst? Sie ist dort nicht angesprochen. Um das Bücherwälzen kommt man deshalb auch hier nicht herum.

**Ertragsabhängige Vergütungen** sind nirgendwo geregelt; ein »Tantiemengesetz« existiert nicht (zumal es dringendere Probleme gibt). Der Gesetzgeber lässt uns also auch bei der Frage im Stich, ob der Arbeitgeber einen kleinen zusätzlichen Geldsegen von einer Rechengröße abhängig machen darf, die nur wenige Eingeweihte verstehen.

## 5. Begriffe im Arbeitsvertragsrecht

Dazu kommt noch ein weiteres. Das BetrVG benutzt Ausdrücke wie Mitbestimmung, Anhörung, Betriebsänderung, Betriebsratsbeschluss usw., die jedem einigemaßen erfahrenen Betriebsratsmitglied geläufig sind. Das BGB und die auf ihm aufbauenden Spezialgesetze wie Entgeltfortzahlungsgesetz, Bundesurlaubsgesetz usw. gebrauchen oft andere Begriffe. Da ist von »Willenserklärungen« und von »Anfechtung« die Rede, und die Vertragsverhandlungen beginnen mit einem »Antrag«. Dann heißt es, jemand hafte aus »culpa in contrahendo«. Wer andern imponieren will, vertritt die Auffassung, bei unwirksamen Verträgen käme niemals eine »teleologische Reduktion« in Betracht.

Bitte nicht mit dem Lesen aufhören. Hier kommen eine Menge ungewohnter Ausdrücke auf einmal, aber ihr Vorrat ist glücklicherweise begrenzt. Eine Fremdsprache zu lernen, verlangt zwar ähnliche Bemühungen, aber der Aufwand ist ungleichbar viel größer.

## III. VERSUCHE DER ABHILFE

Unter den gegebenen Umständen ist es nicht unbedingt sehr hilfreich, Betriebsräte mit dem ErfK oder einem Handbuch des Arbeitsrechts auszustatten und sie dann sich selbst zu überlassen. **Vielmehr braucht man** im Regelfall einiges an **BGB-Wissen, um sinnvolle Fragen stellen** und das Gelesene richtig einordnen **zu können**. Andernfalls bleiben die Bücher – gewissermaßen mit sieben Siegeln versehen –

8 § 1b BetrAVG.

auf dem Regal stehen und bringen keine Unterstützung. Um eine solche Situation zu verhindern, soll im Folgenden **unter § 2** eine **Einführung** in Grundbegriffe des Arbeitsvertragsrechts gegeben werden.

Daneben gibt es einen besonderen **Anlass, dieses Thema gerade jetzt aufzugreifen**. Durch die sog. **Schuldrechtsmodernisierung** sind die **Grundsätze, die für das »Kleingedruckte«** beim Kauf und beim Werkvertrag mit dem Handwerker gelten, **auf den Arbeitsvertrag** erstreckt worden<sup>9</sup>. Diese Prinzipien sind sehr viel schärfer und rigoroser gegenüber ungerechten Verträgen als die bisherige BAG-Rechtsprechung, die mehr nach der »Billigkeit« im Einzelfall fragte. **Klauseln**, die nach bisherigem Recht zulässig waren, sind **nunmehr rechtswidrig** oder jedenfalls in ihrer Gültigkeit höchst zweifelhaft geworden. Dies wird auch von Arbeitgeberseite betont; den Personalabteilungen wird insoweit Vorsicht empfohlen<sup>10</sup>. Für die **Betriebsräte** ergibt sich hier die **Möglichkeit, aktiv zu werden** und sich für eine Anpassung der im Betrieb praktizierten Verträge an das seit 1.1.2002 geltende Recht einzusetzen. Dies setzt allerdings voraus, dass man auch **mit dem neuen Recht umgehen** kann. Zu ihm gibt es zwar mittlerweile einen Kommentar:

**Däubler/Dorndorf. AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht.** Kommentar zu den §§ 305 – 310 BGB, München (Verlag Vahlen) 2004.

Um dieses Buch sinnvoll benutzen zu können, soll aber erst einmal eine **Einführung in das Recht** der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (übliche Abkürzung: **AGB-Recht**) gegeben werden, das nunmehr auch für den Arbeitsvertrag maßgebend ist. Dies wird uns in **§ 3** beschäftigen.

In **§ 4** soll dann versucht werden, das traditionelle Arbeitsvertragsrecht und die neuen Grundsätze auf einen »Musterarbeitsvertrag« anzuwenden. Er ist der Praxis eines norddeutschen Unternehmens entnommen und hat eine Menge Haken und Ösen. Die dort auftauchenden Klauseln finden sich auch in anderen Betrieben wieder; insoweit geht es keineswegs nur um einen Einzelfall.

**§ 5** soll dann noch einige weitere Fragen klären, die immer wieder im Zusammenhang mit dem Arbeitsvertragsrecht gestellt werden. Computerfreaks benutzen den Ausdruck FAQ (= Frequently Asked Questions).

9 Zur Erläuterung: »Schuldrecht« hat nichts mit Schuld und Sühne zu tun; vielmehr bezeichnet es den Teil des BGB, wo »Schuldverhältnisse« geregelt sind, also Rechtsbeziehungen, aufgrund deren der eine dem anderen etwas »schuldet« (Das gehört von jetzt an zu unserem Fremdsprachenwortschatz).

10 Wisskirchen/Stühm DB (= Der Betrieb) 2003, 2225.



## § 2. GRUNDBEGRIFFE DES ARBEITS- VERTRAGSRECHTS

---

### I. WIE KOMMT EIN ARBEITSVERTRAG ZUSTANDE?

#### 1. Der Grundsatz

##### **a. Rückgriff auf das BGB**

Ein Arbeitsvertrag kommt genau wie andere Verträge zustande: Die eine Seite macht ein Angebot, die andere nimmt es an. Im Normalfall macht dieser Vorgang als solcher keine Schwierigkeiten, doch kann es auch mal anders kommen.

##### **Beispiel:**

Der Arbeitgeber hat dem Ingenieur I einem von ihm unterschriebenen Arbeitsvertrag übersandt und gebeten, ihn innerhalb einer Woche zurückzuschicken. I hat mehrere Eisen im Feuer und schickt deshalb den von ihm unterschriebenen Vertragstext erst 10 Tage später zurück. Ist der Vertrag trotzdem zustande gekommen?

Wenn solche Probleme auftauchen, muss man in die **§§ 145 ff. BGB** schauen. Sie sind von Berufsjuristen für Berufsjuristen geschrieben. Deshalb ist die Hauptsache – da für den »Insider« selbstverständlich – nicht ausdrücklich angesprochen. So findet man etwa nirgends die Aussage, dass ein Vertrag durch die Annahme eines Angebots zustande kommt. Trotzdem ist das aber so. Dafür sind zahlreiche Folgefragen in recht detaillierter Weise geregelt.

##### **b. Bindung an das Angebot**

In § 145 BGB heißt es:

- »Wer einem anderen die Schließung eines Vertrags anträgt, ist an den Antrag gebunden, es sei denn, dass er die Gebundenheit ausgeschlossen hat.«

Was heißt hier »Antrag«? Einen solchen stellt man normalerweise bei einer Behörde, wenn man eine Baugenehmigung oder Sozialhilfe beantragt. Das BGB hat hier eine etwas eigenwillige Terminologie und verwendet den Begriff »Antrag« statt des umgangssprachlichen Begriffs »Angebot«. Wir müssen also § 145 BGB so lesen, als stünde dort:

*»Wer einem andern den Abschluss eines Vertrags anbietet, ist an sein Angebot gebunden, es sei denn ...«*

Wenn ich einem Geschäftspartner den Verkauf von 100 Regenmänteln anbiete, kann ich nicht einfach am nächsten Tag »April April« sagen (denn vielleicht hat er schon angenommen und entsprechende Dispositionen getroffen). Die einmal abgegebene Erklärung ist bindend. Man kann dies allerdings ausschließen, indem man ein sog. **freibleibendes Angebot** abgibt. Dies ist aber eine Angelegenheit der Kaufleute, die im Arbeitsrecht weniger interessant ist.

**Wie lange** ist man nun an sein Angebot **gebunden**? Dies ist in den §§ 146 ff. BGB geregelt. Die Grundsatzaussage enthält § 146. Dort heißt es:

*»Der Antrag erlischt, wenn er dem Antragenden gegenüber abgelehnt oder wenn er nicht diesem gegenüber nach den §§ 147 – 149 rechtzeitig angenommen wird.«*

Dass »Antrag« als »Angebot« zu lesen ist, wissen wir bereits. Die Bindung ist also beendet, wenn der andere »nein« sagt oder wenn er akzeptiert: Dann besteht nämlich kein bloßes Angebot mehr sondern ein richtiger Vertrag.

### **c. Wie lange kann man annehmen?**

Welche Regeln enthalten nun die §§ 147 – 149 für die Annahme? Hier wird unterschieden: § 147 regelt den Fall, dass keine bestimmte Frist für die Annahme des Angebots gesetzt ist. Für unseren Beispielsfall nicht weiter interessant, deshalb nur so viel:

**Stehen sich beide Seiten gegenüber** oder telefonieren sie miteinander, so kann das Angebot nur »**sofort**« angenommen werden. Das muss man nicht so ganz wörtlich nehmen, aber wenn man sich ohne Einigung trennt oder den Hörer auflegt, ist das Angebot erloschen. Ausnahme: Man vereinbart etwas anderes, eine Seite erbittet beispielsweise Bedenkzeit.

Steht man sich nicht gegenüber ist die Sache ein bisschen komplizierter. § 147 Abs. 2 BGB bestimmt:

*»Der einem Abwesenden gemachte Antrag kann nur bis zu dem Zeitpunkt angenommen werden, in welchem der Antragende den Eingang der Antwort unter regelmäßigen Umständen erwarten darf.«*

Alles klar? Das wäre erstaunlich. Ein »**Abwesender**« ist jeder, der kein »Anwesender« ist (so banal sind manchmal die juristischen Unterscheidungen), also eine Person, die sich nicht im selben Raum befindet und mit der man auch nicht telefonisch verbunden ist. Der Normalfall ist der Austausch von Briefen und E-Mails. Macht man nun einem solchen »Abwesenden« ein Angebot, so muss der **Adressat sich die Sache ein wenig überlegen können**. Außerdem braucht bei der Benutzung der normalen Post der Brief eine gewisse Zeit und ebenso die Antwort.

### **Beispiel:**

Schickt ein Hamburger Großhändler sein Angebot über 100 Regenmäntel made in China an einen Münchner Einzelhändler, so muss man ein bis zwei Tage für den Brief rechnen, dem andern zwei Tage Überlegungsfrist einräumen und dann wieder ein bis zwei Tage Laufzeit für die Antwort einkalkulieren. Insgesamt also ist man rund eine Woche gebunden; innerhalb dieser Frist kann der »Antragende« (d. h. der Hamburger) den Eingang der Antwort »unter regelmäßigen Umständen« erwarten.

Eigentlich gar nicht so unvernünftig. Nur muss man halt erst mal durchsteigen.

Was ist nun mit unserem Fall mit dem **Angebot an den I** und der Wochenfrist? In der Praxis pflegt man ein genaues Datum zu nennen (»bis zum 25.03.«), um die Unsicherheiten des Postwegs auszuschließen. Was geschieht nun, wenn der I sein **Jawort drei Tage zu spät losschickt**? Wie sich aus der Überschrift »Bestimmung einer Annahmefrist« ergibt, hat § 148 BGB diesen Fall geregelt. Dort heißt es:

*»Hat der Antragende für die Annahme des Antrags eine Frist bestimmt, so kann die Annahme nur innerhalb der Frist erfolgen.«*

»Außerhalb der Frist« bewegt sich derjenige, der zu spät antwortet. Also **keine Annahme mehr**. Das ist allerdings nicht direkt gesagt; vielmehr muss man es aus der Formulierung »nur innerhalb der Frist« rückschließen.

### **d. Die Folgen einer verspäteten Annahme**

Die Geschichte ist damit aber noch nicht zu Ende. Die Verspätung kann nämlich auch darauf beruhen, dass sich die Post als Schneckenpost erweist. Ist es nämlich für den Anbietenden (etwa durch den Poststempel) erkennbar, dass die **Annahme rechtzeitig abgesandt** wurde, so muss er sofort reagieren und mitteilen, dass die Annahme **verspätet eingegangen** und deshalb der Vertrag nicht zustande gekommen ist. Unterlässt er dies, kommt der Vertrag gleichwohl zustande.

*Bitte § 149 BGB nachlesen; dort steht das hier Ausgeführte in etwas komplizierterer Form. Das BGB gibt's als dtv-Taschenbuch. Auf der Liste der Bestseller im Bereich Sachbücher steht es seit Jahren ganz oben. Die Deutschen mögen halt ihr Recht.*

Liegt die Verspätung der Annahme nicht am »Transportmedium«, sondern an der Saumseligkeit des Annehmenden, so bleibt es beim Erlöschen des Angebots. Damit ist die Angelegenheit aber noch nicht völlig erledigt. Der Anbietende soll die Möglichkeit haben, den Vertrag doch noch zustande zu bringen, also gewissermaßen die Verspätung großzügig zu »übersehen«. Dies wird in der Weise bewerkstelligt, dass nach § 150 Abs. 1 BGB die **verspätete Annahme als »neuer Antrag«**, d. h. als neues Angebot gilt. Zu diesem neuen Angebot kann der ursprünglich Anbietende dann »ja« sagen und so den Vertrag zustande bringen.

*Wartet unser Ingenieur also 10 Tage mit seiner Unterschrift, so ist dadurch kein Vertrag zustande gekommen. Der Arbeitgeber hat aber die Möglichkeit, seinerseits nachträglich noch »ja« zu sagen, muss dies aber nicht tun.*

*Durch die Verspätung haben sich die **Rollen** gewissermaßen **umgekehrt**: Aus dem Bewerber wurde ein Anbietender (der einen »Antrag« stellte); der Arbeitgeber wurde zum Annehmenden.*

### **e. Annahme mit Gegenvorschlag**

Unterstellt, der Ingenieur hat rechtzeitig geantwortet, aber im beigegeführten Brief geschrieben, das **Gehalt** müsse **300,00 € höher** liegen, was geschieht dann? Er hat nicht wirklich angenommen, weil er ja nur mit Einschränkungen »ja« sagte. Dies bringt § 150 Abs. 2 BGB mit den Worten zum Ausdruck:

*»Eine Annahme unter Erweiterungen, Einschränkungen oder sonstigen Änderungen gilt als Ablehnung verbunden mit einem neuen Antrag.«*

Der **Arbeitgeber** kann sich also auf den Abänderungsvorschlag einlassen, kann aber auch definitiv »nein« sagen.

## **2. Was ist ein »Angebot«?**

Ob wirklich ein Angebot vorliegt, ist nicht immer ganz klar. Inhaltlich muss das Gewollte so präzise sein, dass **der andere nur noch »ja« sagen** muss.

*Ein Nachbar sagt zum andern: Ich möchte Ihnen gerne mein Klavier verkaufen, über den Preis müssen wir noch reden. Sagt der andere »Ja, prima«, so bringt dies noch keinen Vertrag zustande.*

Außerdem muss der Anbietende auch den **Willen haben, ein definitives Angebot zu machen**.

Wird eine **Stelle ausgeschrieben**, so ist das noch **kein Angebot**. Häufig ist die Beschreibung nicht so präzise, dass damit alles Wesentliche gesagt wäre und der andere einfach »ja« sagen könnte. Viel gravierender ist aber, dass sich der Ausschreibende natürlich die Auswahl zwischen verschiedenen Bewerbern vorbehalten möchte. Der Sache nach handelt es sich also nur um eine Aufforderung, Bewerbungen zu schicken.

Wie ist eine **Bewerbung** als solche zu qualifizieren? Stellt sie nicht bereits ein Angebot dar, zu dem der Arbeitgeber nur noch ja sagen muss? Wollte man dass annehmen, könnten sich beträchtliche Schwierigkeiten ergeben.

*H bewirbt sich als Sekretärin auf mehreren Stellen; zwei verschiedene Arbeitgeber sagen sofort zu. Jetzt hätte sie zwei Arbeitsverhältnisse am Hals.*

Im Regelfall (»grundsätzlich« wie die Juristen sagen) ist eine Bewerbung deshalb nur die **an den Arbeitgeber gerichtete Aufforderung, ein definitives Angebot zu machen**. Dessen Annahme steht dann rechtlich im freien Belieben des Bewerbers.

*Im Einzelfall kann man auch etwas anderes vereinbaren: Erklärt der Arbeitnehmer, in den kommenden zwei Wochen sich um keine andere Stelle zu bemühen und genau die ausgeschriebene haben zu wollen, wird dies ein verbindliches Angebot sein. Dies ist aber in der Praxis die seltene Ausnahme.*

## II. DIE FORM DES ARBEITSVERTRAGS

### 1. Mündliche Abrede genügt

Weder das BGB noch ein arbeitsrechtliches Einzelgesetz schreibt für den Arbeitsvertrag eine bestimmte Form vor. Auch mündliche Abreden sind deshalb gültige Arbeitsverträge.

*Die Gaststätte »Haus am Waldesrand« einigt sich mit der Studentin S, dass diese samstags und sonntags jeweils 10 Stunden als Bedienung tätig ist. Schriftlich wird nichts fixiert. Gültiger Arbeitsvertrag.*

Wenn ein **Kollege** in der Sprechstunde des Betriebsrats **sagt »Ich habe keinen Arbeitsvertrag«**, so meint er damit in Wirklichkeit nur, dass dieser nie schriftlich niedergelegt wurde.

**Mündliche Arbeitsverträge** sind **nicht weniger wert als schriftliche**. Ihre Existenz kann dann nicht mehr in Frage gestellt werden, wenn einmal gearbeitet wurde. Kein Gericht würde dem Arbeitgeber in unserem Gaststätten-Fall abnehmen, es habe sich nur um eine Gefälligkeit oder den Wunsch der Studentin gehandelt, endlich mal »richtig anpacken« zu können.

## **2. Schriftform für die Befristung**

Von der Formlosigkeit gibt es eine wichtige Ausnahme: Die Befristungsabrede muss nach **§ 14 Abs. 4** Teilzeit- und Befristungsgesetz (abgekürzt: **TzBfG**) schriftlich erfolgen. Was bedeutet dies?

*Dumme Frage, wird mancher denken. Man braucht halt ein Papier mit Unterschriften. Das stimmt im Prinzip, aber man sollte sich die Sache doch etwas genauer anschauen.*

**Was Schriftform ist**, bestimmt § 126 BGB. Dort heißt es in Abs. 1:

*»Ist durch Gesetz schriftliche Form vorgeschrieben, so muss die Urkunde von dem Aussteller eigenhändig durch Namensunterschrift oder mittels notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet werden.«*

Dieser (»fremdsprachliche«) Text bedarf ein wenig der Erläuterung. **»Urkunde«** meint jede **schriftlich fixierte Erklärung**, sie muss keine Anzeichen von Feierlichkeit (wie ein Meisterbrief) haben. Sie muss »eigenhändig durch Namensunterschrift« unterschrieben sein. Man muss also **selbst unterschreiben**, und zwar mit dem Namen (sieht man einmal von dem hier nicht interessierenden Fall der Stellvertretung ab). Auf die Lesbarkeit kommt es nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht an, sonst wäre ein großer Teil der Unterschriften ungültig.

*Die Unterschrift dient der Identifizierung der Person; wer z. B. als Künstler ein Pseudonym führt, kann auch mit diesem unterschreiben.*

Das »notariell beglaubigte Handzeichen« betrifft Personen, die als **Analphabeten** nicht lesen und schreiben können. Sie müssen zum Notar gehen, dort ihre »drei Kreuze« machen und dies mit einem Vermerk des Notars versehen lassen.

So viel zur Schriftform im Allgemeinen. Für die hier besonders interessierenden **Verträge** bestimmt § 126 Abs. 2 BGB:

*»Bei einem Vertrag muss die Unterzeichnung der Parteien auf derselben Urkunde erfolgen. Werden über den Vertrag mehrere gleichlautende Urkunden aufgenommen, so genügt es, wenn jede Partei die für die andere Partei bestimmte Urkunde unterzeichnet.«*

Dies ist (ausnahmsweise) einigermaßen verständlich. **Bei der Befristungsabrede** gibt es also **zwei Möglichkeiten**. Man kann ein Schriftstück herstellen, in dem es heißt:

*»Das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis endet am 31.12.2005«*

und das von beiden unterschrieben wird. Man kann aber auch zwei Exemplare (z. B. zwei Ausdrücke) herstellen, wobei der Arbeitnehmer das für den Arbeitgeber bestimmte Exemplar und dieser das für den Arbeitnehmer bestimmte Exemplar unterschreibt.

Wird die **Schriftform nicht gewahrt**, ist die Befristungsabrede unwirksam. Nach § 16 Satz 1 TzBfG gilt der **Vertrag** als **auf unbestimmte Zeit abgeschlossen**.

Wird im obigen **Gaststättenfall** mit der Studentin mündlich vereinbart, sie solle nur drei Monate zur Aushilfe tätig sein, so ist dies unwirksam. Sind die drei Monate vorbei, kann der Arbeitgeber lediglich kündigen und muss dabei die Kündigungsfrist von vier Wochen einhalten. Inhaltlich macht die Kündigung für ihn in der Regel keine besonderen Schwierigkeiten, weil das KSchG noch nicht anwendbar ist und meist auch ein sachlicher Grund vorliegen wird, wenn die Zahl der Gäste zu bestimmten Zeiten geringer wird. Nur: Wurde S in der Zwischenzeit **schwanger**, hat der Arbeitgeber Pech gehabt. Eine Kündigung ist (von Fällen schwerster Pflichtverletzung einmal abgesehen) ausgeschlossen, erst vier Monate nach der Geburt des Kindes ist sie wieder möglich. Der Arbeitgeber wird auf das Arbeitsrecht fluchen und das nächste Mal eine Partei wählen, die »dieses ganze Zeug« abschaffen will. Hätte er die Schriftform gewahrt, wäre er nicht in diesen Schlamassel geraten ...

### 3. Dokumentation nach dem Nachweisgesetz

Bei allen mittleren und größeren Unternehmen dominiert der schriftliche Arbeitsvertrag. Beide Seiten wissen dann besser, woran sie sind. Außerdem hat man damit dem sog. Nachweisgesetz vom 28. Juli 1995 (**NachwG**) Rechnung getragen<sup>11</sup>. Dieses verlangt in seinem § 2 Abs. 1 Satz 1, dass der Arbeitgeber **spätestens einen Monat nach dem vereinbarten Beginn des Arbeitsverhältnisses** die wesentlichen Vertragsbedingungen schriftlich niederlegt, die Niederschrift unterzeichnet und dem Arbeitnehmer aushändigt.

#### **a. Was wird dokumentiert?**

Die »Dokumentation« muss nach § 2 Abs.1 Satz 2 NachwG im Einzelnen enthalten:

1. Name und Anschrift der Vertragsparteien (was bei verwirrenden Verflechtungen auf Arbeitgeberseite von Bedeutung ist),
2. Zeitpunkt, zu dem das Arbeitsverhältnis beginnt,
3. bei befristeten Arbeitsverhältnissen: Die vorhersehbare Dauer des Arbeitsverhältnisses (Hier geht § 14 Abs. 4 TzBfG vor, wonach die Dauer der Befristung schriftlich zu fixieren ist),
4. der Arbeitsort oder, falls der Arbeitnehmer nicht nur an einem bestimmten Arbeitsort tätig sein soll, ein Hinweis darauf, dass der Arbeitnehmer an verschiedenen Orten beschäftigt werden kann,
5. eine kurze Charakterisierung oder Beschreibung der vom Arbeitnehmer zu leistenden Tätigkeit.

Bei den weiteren Angaben ist danach zu differenzieren, ob tarifliche Regelungen auf das Arbeitsverhältnis anwendbar sind oder nicht. Ist Ersteres der Fall, reicht ein Hinweis auf den Tarifvertrag; fehlt es daran, muss eine entsprechende Festlegung in die »Dokumentation« aufgenommen werden. § 2 Abs. 1 Satz 2 Nachweisgesetz fährt insoweit fort:

6. Zusammensetzung und Höhe des Arbeitsentgelts einschließlich der Zuschläge, der Zulagen, Prämien und Sonderzahlungen sowie anderer Bestandteile des Arbeitsentgelts und deren Fälligkeit,
7. die vereinbarte Arbeitszeit,
8. die Dauer des jährlichen Erholungsurlaubs,
9. die Fristen für die Kündigung des Arbeitsverhältnisses.

<sup>11</sup> Abgedruckt bei Kittner und in der dtv-Gesetzessammlung »Arbeitsrecht«.

Schließlich verlangt Nr. 10 einen »in allgemeiner Form gehaltenen« Hinweis auf die Tarifverträge, Betriebs- und Dienstvereinbarungen, die auf das Arbeitsverhältnis anzuwenden sind. Dies deckt gewissermaßen die nicht von den Nummern 6 – 9 erfassten Arbeitsbedingungen ab. Fehlt es an solchen Kollektivverträgen, ist der »Hinweis« eben nicht möglich. Im Regelfall wird es (immer noch) Tarifverträge geben, die alle genannten Punkte regeln, so dass die Nummern 6 – 10 durch Bezugnahme auf Tarifverträge zu erledigen sind.

### **b. Der Anwendungsfall »Ausschlussfristen«**

Was geschieht mit Ausschlussfristen, die ja in der Praxis außerordentlich wichtig sind? Sie sind zwar im Gesetz nicht ausdrücklich erwähnt, doch enthält der Katalog des § 2 Abs. 1 Satz 2 Nachweisgesetz nur Beispiele. Das **BAG** verlangt deshalb einen **ausdrücklichen Hinweis** auf Ausschlussfristen. Eine ganz zentrale **Ausnahme** gilt allerdings dann, wenn sich diese in einem **Tarifvertrag** befinden: Dann reicht nach Nr. 10 der Hinweis auf den Tarif, ohne dass der Arbeitgeber gesondert auf diese zu schluckende »Kröte« hinweisen müsste<sup>12</sup>.

### **c. Unterbliebene Dokumentation**

Was geschieht, wenn der Arbeitgeber auf die Dokumentation verzichtet, weil er das Nachweisgesetz nicht kennt oder weil er insbesondere bei geringfügig Beschäftigten das Ganze für einen unnötigen bürokratischen Aufwand hält?

Die **Gültigkeit des Arbeitsvertrags** wird dadurch **nicht berührt**. Sonst würde ja der Arbeitnehmer plötzlich ohne gültige Rechtsgrundlage arbeiten. Der Arbeitgeber macht sich aber **schadensersatzpflichtig**, wenn dem Arbeitnehmer aufgrund der fehlenden Information (z. B. über eine einzelvertragliche Ausschlussfrist) ein wirtschaftlicher Nachteil entsteht<sup>13</sup>. Außerdem wird er Schwierigkeiten haben, bestimmte für ihn günstige Abreden zu beweisen, weil es ja an ihm liegt, dass nicht für klare Verhältnisse gesorgt wurde.

### **Beispiel:**

Mit der Aushilfskraft wird mündlich vereinbart, dass die Vergütung auch bis zu vier Überstunden wöchentlich abgelten soll. Ein schriftlicher Arbeitsvertrag wird nicht geschlossen, der Dokumentationspflicht nach § 2 Abs. 1 NachwG nicht Rechnung getragen. Kann die Aushilfskraft die geleisteten Überstunden beweisen, wird

12 Dazu BAG NZA 2002, 1096 (NZA = Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht).

13 BAG NZA 2002, 1096.

es dem Arbeitgeber schwer fallen, den Ausschluss seiner Zahlungspflicht zu beweisen. Dies wird ihm allenfalls dann gelingen, wenn die Vergütung insgesamt deutlich über dem Üblichen lag.

**Oder:** Der Arbeitgeber hat weder auf Tarifverträge noch auf die Ausschlussfrist hingewiesen; nach LAG Düsseldorf<sup>14</sup> kann er sich nicht auf die Ausschlussfrist berufen.

#### **4. Vertrag per E-Mail oder in elektronischer Form?**

Wie ist ein per E-Mail geschlossener Vertrag zu behandeln? Das **E-Mail erfüllt nicht** die Voraussetzungen der **Schriftform**, da es an der eigenhändigen Unterschrift fehlt. Für den normalen Arbeitsvertrag ist dies ohne Bedeutung, weil er ja nicht von der Wahrung einer bestimmten Form abhängt. Anders für die Befristungsabrede: Würde sie sich in einem E-Mail befinden, wäre den Anforderungen des § 14 Abs. 4 TzBfG nicht Rechnung getragen und deshalb ein unbefristetes Arbeitsverhältnis entstanden. Die Niederschrift nach dem Nachweisgesetz muss ebenfalls unterschrieben sein; ein E-Mail reicht genauso wenig aus.

Der Schriftform ist nach § 126a BGB die sog. elektronische Form gleichgestellt, die eine qualifizierte elektronische Signatur nach dem Signaturgesetz voraussetzt. Sie kommt in der Praxis relativ selten vor. § 2 Abs. 1 Satz 3 Nachweisgesetz schließt den Rückgriff auf diese Form ausdrücklich aus; eine entsprechende Regelung fehlt jedoch bei § 14 Abs. 4 TzBfG.

### **III. DER INHALT DES ARBEITSVERTRAGS**

Bisher haben wir nur formale Dinge behandelt: Wie kommt ein Vertrag zustande, welche Form muss ein Arbeitsvertrag wahren. Das ist insofern nützlich, als auch in diesem Bereich Streitigkeiten entstehen können. Außerdem schadet es nicht, wenn man die §§ 145 ff. BGB ein wenig näher angeschaut hat, weil man auch mal Kaufverträge schließt oder einen Handwerker bestellt und dabei ganz ähnliche Fragen auftauchen können.

14 NZA 2002, 1054.

*Wer sich näher für das BGB interessiert, sei – Vorsicht, Eigenwerbung! – auf **Däubler, BGB kompakt**, 2. Aufl., München 2003 (dtv-Taschenbuch) verwiesen. Dort steht in relativ leicht lesbarer Form alles Notwendige drin.*

Nunmehr soll es um die sehr viel wichtigere Frage gehen, welche inhaltlichen Bestimmungen in einem Arbeitsvertrag getroffen werden. Dies hängt in erster Linie von der **Verhandlungsposition beider Seiten** ab. Daneben spielt eine Rolle, dass die **Tätigkeit** so gut wie immer **in arbeitsteiliger Form** geleistet wird, so dass bestimmte betriebliche Grundregeln zu beachten sind.

*Im Betrieb besteht eine Kernarbeitszeit von 9.30 Uhr – 14.00 Uhr. Auch wenn Bewerber B als gesuchter Spezialist eine ordentliche Verhandlungsposition hat, wird es ihm kaum gelingen, eine Abweichung von dieser Regel durchzusetzen.*

In 99 von 100 Fällen ist die Verhandlungsposition des Arbeitnehmers relativ schwach. Gerade in Zeiten der Arbeitslosigkeit ist man froh, einen Arbeitsplatz zu bekommen, um den man sich beworben hat, der also den eigenen Vorstellungen in etwa entspricht. Dies hat zur Folge, dass der **Inhalt des Arbeitsvertrags typischerweise vom Arbeitgeber vorformuliert wird**.

Soweit der Arbeitsvertrag schriftlich niedergelegt wird, verwenden Arbeitgeber **üblicherweise Vertragsformulare**. Große Firmen entwickeln sie selbst, andere bekommen sie von ihrem Arbeitgeberverband oder einer Kammer. Auch im Internet lassen sich unschwer Formulierungen finden.

*Unter **www.juracafe.de** gibt es massenhaft Vertragsformulare – nicht nur für Arbeitsverträge sondern auch für Miet- und Gesellschaftsverträge. Auch wenn man die Folgen einer Scheidung vertraglich bewältigen will, findet man dort die nötigen Textbausteine.*

Wer als Bewerber eingestellt wird, hat in der Regel keine Wahl: **Über das vom Arbeitgeber ausgesuchte Vertragsmodell wird nicht verhandelt**. Festgelegt wird nur, ab wann man arbeitet, ob Vollzeit oder Teilzeit, welche Funktion ausgeübt wird und wie viel man verdient. In der Regel enthalten Formularverträge entsprechende Rubriken, die dann ausgefüllt werden.

## IV. BEGRENZUNGEN DER VERTRAGSFREIHEIT IM ARBEITSRECHT

### 1. Der Grundsatz

Würde man dem Arbeitgeber gestatten, Beliebiges in den Arbeitsvertrag zu schreiben, hätten wir – grob gesprochen – in Kürze Zustände wie Mitte des 19. Jahrhunderts. Die Arbeitszeit wäre nach oben offen, die Vergütung minimal, der Arbeitnehmer müsste die Arbeitsmittel selbst stellen.

*In Arbeitsordnungen aus der Zeit vor dem Ersten Weltkrieg liest man bisweilen, die Beschäftigten hätten im Winter die Kohlen mitzubringen, um die Arbeitsräume zu heizen.*

Auch würde man den Arbeitnehmer am Risiko beteiligen, etwa in der Weise, dass nur ein kleiner Teil der Vergütung fest zugesagt wäre und alles andere vom wirtschaftlichen Ergebnis des Unternehmens abhängig gemacht würde.

Unter dem Grundgesetz, das sich zum Sozialstaatsprinzip bekennt, ist ein solcher Zustand inakzeptabel. Niemand will ihn ernsthaft wieder herstellen. Im Zusammenhang mit der Nachtarbeit hat das **Bundesverfassungsgericht** ausdrücklich betont, ihre Zulässigkeit dürfe nicht ausschließlich den Arbeitsvertragsparteien überlassen bleiben. Vielmehr müsse der Staat hier **zwingende Schutznormen** schaffen, da **sonst die schwächere Seite über den Tisch gezogen** würde. Wörtlich heißt es in der Entscheidung:<sup>15</sup>

*»Ein besonderer gesetzlicher Schutz ist nicht deswegen entbehrlich, weil Nachtarbeit durchweg aufgrund freiwillig getroffener Vereinbarungen verrichtet wird. Das dem Vertragsrecht zugrunde liegende Prinzip der Privatautonomie kann hinreichenden Schutz nur gewährleisten, soweit die Bedingungen freier Selbstbestimmung gegeben sind. Wo es an einem annähernden Kräftegleichgewicht der Beteiligten fehlt, ist mit den Mitteln des Vertragsrechts allein kein sachgerechter Ausgleich der Interessen zu gewährleisten. Das ist beim Abschluss von Arbeitsverträgen typischerweise der Fall.«*

15 BVerfGE 85, 191, 213 (= Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Band 85 der Amtlichen Sammlung, S. 191 und S. 213).

Der Arbeitsvertrag muss daher sehr viele staatliche Rahmenbedingungen achten; der Arbeitnehmer wird durch zwingendes Recht geschützt. Dabei geht es insbesondere um folgende Grenzen für den Vertragsinhalt:

## 2. Gesetze

Das geltende Recht kennt zahlreiche Gesetze, die der Arbeitsvertrag zu respektieren hat. Auf die längste Tradition blickt das **Arbeitsschutzrecht** zurück, also die Gesamtheit der Vorschriften, die dem Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz dienen. In diesen Rahmen gehört letztlich auch das Bundesurlaubsgesetz (**BUrlG**). Wichtig sind weiter die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall nach dem EFZG sowie Schutznormen, die auf eine besondere Lebenssituation reagieren (Schwerbehindertenschutz nach Sozialgesetzbuch Teil IX – **SGB IX**, Mutterschutz nach **MuSchG**). Der Bestandsschutz des Arbeitsverhältnisses findet sich vorwiegend im **KSchG**.

Arbeitsvertragliche **Abmachungen**, die sich darüber hinwegsetzen würden, **wären unwirksam**.

*Mit dem Arbeitnehmer wird vereinbart: Der Jahresurlaub wird genommen, wenn der Chef in Ferien geht. Es handelt sich dabei um eine unbezahlte Freistellung. Im Krankheitsfall wird die Vergütung nicht fortbezahlt.*

Die Unwirksamkeit dieser Klauseln folgt aus § 134 BGB, wo es unter der Überschrift »Gesetzliches Verbot« heißt:

*»Ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, ist nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt.«*

### **An die Stelle der unwirksamen Klausel tritt die gesetzliche Regelung.**

*Es besteht also nach § 3 BUrlG Anspruch auf vier Wochen bezahlten Erholungsurlaub pro Jahr, im Krankheitsfall ist das Entgelt sechs Wochen fortzuzahlen usw.*

Wenn man sich allein am Text des BGB orientiert, könnte man sich auch ein anderes Ergebnis vorstellen. Für den Fall, dass in einem Vertragswerk nur einzelne Klauseln unwirksam sind, bestimmt nämlich § 139 BGB:

*»Ist ein Teil eines Rechtsgeschäfts nichtig, so ist das ganze Rechtsgeschäft nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, das es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde.«*

Im Grundsatz macht ein Gesetzesverstoß also das ganze Rechtsgeschäft (= Vertrag) nichtig, die Ausnahme müsste besonders begründet werden. Im Arbeitsrecht würde man damit dem Arbeitnehmer Steine statt Brot geben: Er stünde ohne gültigen Arbeitsvertrag da und würde die sofortige Beendigung seiner Arbeit riskieren. Deshalb ist man sich seit langem einig, **§ 139 BGB** auf den Arbeitsvertrag **nicht anzuwenden**. Vielmehr bleibt dieser gültig und wird in den genannten Fällen durch Rückgriff auf die gesetzliche Regelung »ergänzt«, d. h. wieder komplett gemacht.

*Dies ist nicht immer so; die Rechtsprechung betrachtet manchmal auch eine Regelung als vereinbart, die »gerade noch« hinnehmbar ist. Darauf wird zurückzukommen sein.*

### **3. Verordnungen**

Insbesondere im Arbeitsschutzrecht existieren zahlreiche Verordnungen, durch die der Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz konkretisiert wird. Am bekanntesten ist die **Arbeitsstätten- und die Bildschirmarbeitsverordnung**. Verstöße dagegen werden genau wie Gesetzesverstöße behandelt: Die Vertragsbestimmung ist unwirksam, an ihre Stelle tritt die Verordnung.

*§ 5 der Bildschirmarbeitsverordnung bestimmt: »Der Arbeitgeber hat die Tätigkeit der Beschäftigten so zu organisieren, dass die tägliche Arbeit an Bildschirmgeräten regelmäßig durch andere Tätigkeiten oder durch Pausen unterbrochen wird, die jeweils die Belastung durch die Arbeit am Bildschirmgerät verringern.«*

Würde ein Arbeitsvertrag bestimmen: Die Arbeit findet ununterbrochen am Bildschirm statt, so wäre diese Regelung unwirksam.

### **4. Richterrecht**

#### **a. Grundsatz**

Nicht alle Grenzen des im Arbeitsvertrag Möglichen ergeben sich unmittelbar aus dem Gesetz oder aus Verordnungen. Diese bedürfen vielmehr ihrerseits der Ausle-

gung durch die Gerichte. Dadurch hat sich ein **dichtes Netz an Verhaltensregeln** ergeben, die praktisch in gleicher Weise wie eine ausdrückliche Gesetzesbestimmung wirken.

### **Beispiel:**

Es stellt sich die Frage, ob Krankheit eigentlich einen Kündigungsgrund nach dem KSchG darstellt. Der Gesetzestext des § 1 Abs. 2 KSchG spricht nur davon, die Kündigung müsse u.a. durch »Gründe, die in der Person des Arbeitnehmers liegen, bedingt sein.« Ist damit nur der Führerscheinverlust des LKW-Fahrers oder eben auch die Krankheit gemeint? Der Wortlaut selbst führt nicht weiter. Das BAG hat in langjähriger Rechtsprechung die Krankheit als Kündigungsgrund anerkannt, dabei allerdings zahlreiche Begrenzungen des arbeitgeberseitigen Kündigungsrechts mitentwickelt. Einzelheiten können hier nicht dargestellt werden<sup>16</sup>.

### **b. Insbesondere: Nebenpflichten aus dem Arbeitsverhältnis**

Besonders wichtig sind die sog. Nebenpflichten, die die Rechtsprechung als **ungeschriebenen Bestandteil des Arbeitsvertrags** entwickelt hat.

*Zur **Terminologie**: Die Pflicht des Arbeitnehmers zur Arbeitsleistung und die des Arbeitgebers zur Bezahlung der vereinbarten Vergütung nennt man »Hauptpflichten«. Sie geben dem Vertrag das Gepräge. Daneben bestehen jedoch weitere Verpflichtungen, auf die jeweilige andere Seite Rücksicht zu nehmen und ihre Rechtsgüter nicht zu verletzen. Diese nennt man Nebenpflichten.*

Welche ungeschriebenen Pflichten den Arbeitgeber und welche den Arbeitnehmer treffen, wurde **lange Zeit** aus der Natur des Arbeitsverhältnisses als eines sog. **personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnisses** abgeleitet. Danach spielte der Interessengegensatz zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern keine Rolle mehr; der Arbeitnehmer war gewissermaßen nicht mehr Träger eigener Interessen, sondern voll in die »Betriebsgemeinschaft« eingefügt. Das führte zu einer umfassenden »**Treuepflicht**« (die zwischen 1934 und 1945 gesetzlich festgelegt war). Als Folge mag man eine 1973 ergangene BAG-Entscheidung werten, die eine relativ harmlose Kritik am Arbeitgeber für eine Kündigung ausreichen ließ<sup>17</sup>.

16 Näher Kittner/Däubler/Zwanziger, Kündigungsschutzrecht. Kommentar, 6. Aufl., Frankfurt/Main 2004, § 1 KSchG Rn. 72 ff.

17 BAG AP Nr. 2 zu § 134 BGB.

*Im konkreten Fall hatte ein Bankangestellter in seiner Freizeit eine Zeitung verkauft, die die Banken kritisiert, dabei aber nichts Unwahres behauptet hatte.*

Die »**Fürsorgepflicht**« des Arbeitgebers wurde zwar im Grundsatz ebenso anerkannt, hatte aber weniger weit reichende Konsequenzen. Sie gingen kaum über das hinaus, was eh schon kraft Gesetzes galt.

**Anfang 1985** hat das BAG die Konzeption des personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnisses **stillschweigend aufgegeben**<sup>18</sup>. Seither betrachtet es das Arbeitsverhältnis als Austauschverhältnis: Wie Käufer und Verkäufer, Mieter und Vermieter stehen sich Arbeitnehmer und Arbeitgeber mit unterschiedlichen Interessen gegenüber. Der in § 242 BGB niedergelegte Rechtsgrundsatz von Treu und Glauben verpflichtet beide Seiten lediglich, aufeinander **Rücksicht zu nehmen**, also sich wie ein loyaler Vertragspartner zu verhalten. Bei der konkreten Bestimmung der Pflichten sind außerdem verfassungsrechtliche Wertentscheidungen zu beachten.

Eine **abschließende Aufzählung** aller denkbaren Pflichten des Arbeitgebers und des Arbeitnehmers (denen die entsprechenden Rechte der jeweiligen Gegenseite gegenüberstehen) ist **nicht möglich**. Hervorzuheben ist jedoch **auf Seiten des Arbeitgebers die Pflicht**,

- Steuern und Sozialabgaben korrekt abzuführen;
- für sichere Aufbewahrung von Sachen des Arbeitnehmers zu sorgen, die dieser erlaubterweise mitbringt (Pkw auf dem Firmenparkplatz, Straßenkleidung, wenn am Arbeitsplatz eine besondere Arbeitskleidung notwendig ist);
- **den Arbeitnehmer effektiv zu beschäftigen**. Dies folgt aus dem Persönlichkeitsschutz nach Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG. Nur bei einem berechtigten Gegeninteresse des Arbeitgebers gilt eine Ausnahme.

### **Beispiel:**

Gegen den Arbeitnehmer besteht der schwere Verdacht, Betriebsgeheimnisse für einen Konkurrenten auszuspähen. Er kann vom Dienst suspendiert werden, bis die Vorwürfe geklärt sind oder eine andere Lösung gefunden ist.

- Möglichst humane Arbeitsbedingungen zu schaffen. Dazu gehört etwa die Pflicht, auf Wünsche des Arbeitnehmers nach weniger monotoner Arbeit einzugehen und auf eine umfassende Kontrolle des Arbeitsverhaltens zu verzichten.

18 BAG DB 1985, 2197 ff.

Im Gegenzug ist der **Arbeitnehmer** z. B. auch ohne ausdrückliche Festlegung **verpflichtet**,

- Maschinen oder sonstige Arbeitsgeräte sorgfältig zu bedienen und nicht unnötig viel Material zu verbrauchen. Weiter muss er drohende Schäden möglichst frühzeitig anzeigen;
- über Betriebsgeheimnisse Stillschweigen zu bewahren;
- dem Arbeitgeber keinen Wettbewerb zu machen;<sup>19</sup>
- auf eine provokatorische parteipolitische Betätigung zu verzichten<sup>20</sup>. Sonstige parteipolitische Betätigung ist erlaubt, bei Personen ohne verstärkten Kündigungsschutz allerdings manchmal riskant, wenn sie für eine wenig angesehene politische Partei erfolgt.

*Wer in Bayern für die CSU wirbt, wird nichts zu befürchten haben, auch wenn sein Arbeitgeber – aus welchen Gründen auch immer – die SPD wählt. Anders, wer die PDS hochleben lässt.*

Die **Nebenpflichten**, insbesondere die des Arbeitgebers, haben **zwingenden Charakter**. Von ihnen darf nicht zu Lasten des Arbeitnehmers abgewichen werden. Im Arbeitsvertrag kann also nicht wirksam bestimmt werden:

*»Fehler bei der Abführung von Steuern und Abgaben gehen zu Lasten des Arbeitnehmers.« Oder »Der Arbeitgeber haftet unter keinen Umständen für Schäden an Fahrzeugen auf dem Firmenparkplatz.«*

## 5. Grundrechte der Arbeitnehmer

Auch wer abhängige Arbeit leistet, hat sich nicht mit Haut und Haaren an seinen Arbeitgeber verkauft. Er bleibt Mensch und Bürger – auch am Arbeitsplatz. Natürlich muss sich der Einzelne Einschränkungen gefallen lassen, aber sie dürfen nicht weitergehen als es im Interesse der Arbeit erforderlich ist. Dies bedeutet:

**Die Grundrechte des Grundgesetzes gelten im Prinzip auch dem Arbeitgeber gegenüber.** Dies wird heute damit gerechtfertigt, dass es Aufgabe des Staates sei, für den Schutz der Grundrechte des schwächeren Teils in einer Vertragsbeziehung zu sorgen (sog. Schutzpflichtlehre). Soweit keine ausdrücklichen gesetzlichen

19 Dazu s. schon oben § 1 II 4 (S. 11).

20 BAG NJW 1978, 1875 (NJW = Neue Juristische Wochenschrift).

Regelungen bestehen, ist es Aufgabe der Rechtsprechung, für die nötigen Verhaltensregeln zu sorgen. Inhaltlich kann dies hier nicht im Einzelnen dargestellt werden; insoweit muss auf anderwärts gemachte Ausführungen verwiesen werden<sup>21</sup>.

Deshalb nur einige **Beispiele**.

- Der **Einzelne** darf selbst **über sein Äußeres bestimmen**. Insbesondere Kleidung und Frisur machen einen beträchtlichen Teil der »Unverwechselbarkeit« der Person aus. Nur wenn es überwiegende Arbeitgeberinteressen gibt, muss man sich einer »**Kleiderordnung**« fügen.

*Eine überregional tätige Gesellschaft, die Schnellgaststätten betreibt, verlangt von ihren Beschäftigten das Tragen einer bestimmten Kleidung und einer Papierfaltmütze. Grundsätzlich zulässig (aber mitbestimmungspflichtig).*

Im Einzelfall können auch Arbeitsschutzbestimmungen das Tragen einer bestimmten Kleidung verbieten.

- Ist eine **Kleidung religiös motiviert**, kann sich der Arbeitnehmer nicht nur auf den allgemeinen Persönlichkeitsschutz, sondern auch auf die Bekenntnisfreiheit berufen. Dies ist am Beispiel des sog. islamischen **Kopftuchs** in neuester Zeit entschieden worden<sup>22</sup>.

*Ein »christliches Kopftuch« macht weniger Probleme, obwohl es in ländlichen Gebieten vor ein bis zwei Generationen durchaus als Zeichen guten und »züchtigen« Lebenswandels galt, wie ihn die Kirche erwartete.*

- Der Einzelne hat das **Recht**, auch im Betrieb seine **Meinung zu äußern**. Er darf dabei niemanden beleidigen und auch die Arbeit nicht vernachlässigen.

*In der Pause werden heftige Diskussionen um die These geführt, die Agenda 2010 sei in Wirklichkeit ohne Sinn und Perspektive und genau wie Hartz im Grunde eine Mogelpackung. Zulässig.*

- Der Einzelne hat das **Recht, sich gewerkschaftlich zu betätigen** und beispielsweise Flugblätter zu verteilen, die zu einer gewerkschaftlichen Demonstration am Wochenende aufrufen.

21 Däubler, Arbeitsrecht. Ratgeber für Beruf, Praxis und Studium, 5. Aufl., Frankfurt/Main 2004, Rn. 675 ff.  
22 BAG NZA 2003, 483, bestätigt durch BVerfG NZA 2003, 959.

- Im Betrieb gilt der **Gleichbehandlungsgrundsatz** als arbeitsrechtliche Konkretisierung des Art. 3 GG. Frauen dürfen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit nicht weniger verdienen als Männer, Zulagen müssen von nachvollziehbaren Kriterien abhängig gemacht werden, sog. Nasenprämien wären Willkür und damit ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz.

Welche Konsequenzen hat dies für Arbeitsverträge? Wollte man **Vereinbarungen** treffen, die **den** beschriebenen **Grundrechten widersprechen** würden, wären sie **unwirksam**.

*Ein Verzicht, sich auf religiöse Grundsätze zu berufen, ist ebenso nichtig wie der Verzicht auf politische Meinungsäußerungen oder auf gewerkschaftliche Betätigung. Auch eine Nasenprämie lässt sich nicht arbeitsvertraglich rechtfertigen (was aber nicht von allen so gesehen wird).*

## 6. Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen

Überall dort, wo es Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen gibt, sind auch sie von den Arbeitsvertragsparteien zu beachten. Tarifverträge sind mit ihren wesentlichen Inhalten an sich nur für Mitglieder des Arbeitgeberverbands und für Gewerkschaftsmitglieder verbindlich, doch ist es weit verbreitet, in den Arbeitsverträgen mit Außenseitern auf Tarifverträge zu verweisen.

*Ist der Arbeitgeber selbst tarifgebunden, könnte er zwar mit Außenseitern schlechtere Bedingungen vereinbaren, doch würde er diese damit nachhaltig zu einem Gewerkschaftsbeitritt motivieren. Daran hat er normalerweise kein Interesse.*

Bei Tarifverträgen wie bei Betriebsvereinbarungen gilt das **Günstigkeitsprinzip**. Eine Abweichung ist nur in einer Richtung, d. h. zugunsten des Arbeitnehmers möglich.

*Der Tariflohn beträgt 7,50 €. Im Arbeitsvertrag können 8,00 oder 10,00 €, nicht aber 7,00 € vereinbart werden.*

Was »günstiger« ist, kann im Einzelfall zweifelhaft sein. Viele Aufsätze wurden zu der Frage produziert, ob nicht eigentlich »**länger arbeiten**« (verbunden mit entsprechend höherer Vergütung) **günstiger** ist als die tarifliche Normalarbeitszeit.

*Für manche Ausländer ist dies eine traditionell deutsche Fragestellung, die erhebliche Freude an der Arbeit voraussetzt.*

Eine endgültige Klärung durch die Rechtsprechung ist nicht erfolgt. In der Praxis ist insbesondere darauf zu achten, dass die **Überschreitung der tariflichen Arbeitszeit** in der Regel im Tarif selbst als Überstunde bezeichnet und mit einer höheren Vergütung versehen wird. Das »Grundsatzproblem« taucht deshalb nur dann auf, wenn der Tarif die Überstunden an eine Obergrenze bindet und auch diese noch überschritten wird<sup>23</sup>.

Im vorliegenden Zusammenhang interessiert im Prinzip nur die Feststellung, dass der **Arbeitsvertrag** die **tariflichen Vorgaben** und die der Betriebsvereinbarungen **zu beachten hat**. Damit sind viele **wesentliche Fragen der freien Verfügung** durch die Arbeitsvertragsparteien, d. h. faktisch: **durch den Arbeitgeber entzogen**.

### **Beispiel:**

Der Tarifvertrag sieht vor, dass Arbeitnehmer ab dem 53. Lebensjahr unkündbar sind, sofern sie dem Unternehmen mindestens drei Jahre lang angehört haben. Ein Arbeitsvertrag, der bestimmen würde: »Der Kündigungsschutz bestimmt sich ausschließlich nach dem KSchG« wäre wegen Verstoßes gegen den Tarifvertrag insoweit unwirksam.

Sieht eine Betriebsvereinbarung vor, dass das Arbeitsverhältnis automatisch mit 65 Jahren endet, sofern ein Rentenanspruch besteht, kann man nicht vereinbaren, dass dies auch dann gelten soll, wenn keine Altersversorgung vorhanden ist. Umgekehrt ist es »günstiger«, wenn der Einzelne **über die Altersgrenze hinaus arbeiten** kann; will er dann doch in den Ruhestand wechseln, kann er ja kündigen<sup>24</sup>.

Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen dürfen ihrerseits **nicht gegen höher-rangiges Recht verstoßen**, sonst sind sie insoweit unwirksam.

- Für Teilzeitkräfte wird (umgerechnet) eine geringere Stundenvergütung als für Vollzeitkräfte vorgesehen. Dies verstößt gegen § 4 Abs. 1 TzBfG, wonach Teilzeitkräfte mindestens das ihrer Arbeitszeit entsprechende Entgelt erhalten müssen. Außerdem ist der Grundsatz der Entgeltgleichheit von Mann und Frau nach Art. 141 EG-Vertrag verletzt, da Teilzeitkräfte zu knapp 90 % Frauen sind.

23 Für Interessierte: Deinert, in: Däubler (Hrsg.), Kommentar zum TVG, Baden-Baden 2003, § 4 Rn. 706 ff.

24 Zur Altersgrenze s. BAG DB 1989, 2336.

## V. DIE VERBLEIBENDEN LÜCKEN

Betrachtet man lediglich die Grenzen der Vertragsfreiheit, so gewinnt man den Eindruck, dass der Spielraum des Arbeitgebers in der Praxis sehr gering sei. Dies wäre aber eine falsche Optik. In Wirklichkeit erfassen Gesetze, Verordnungen, Richterrecht, Grundrechte und Kollektivverträge **nur einen Teil der Fragen**, die sich im Arbeitsleben, d.h. bei der Durchführung des Arbeitsverhältnisses stellen. Erinnerung sei nur an die Beispiele, die oben unter § 1 I gegeben wurden: In allen vier Fällen – von der Versetzungsklausel bis zur Ertragsbeteiligung – ließ sich im geschriebenen Recht **keine Lösung** finden. Dasselbe gilt beispielsweise für die Frage, inwieweit sich der Arbeitgeber den Widerruf bestimmter Leistungen vorbehalten darf. Auch ist nirgends ersichtlich, wie man eigentlich Reisekosten berechnet oder ob dem Arbeitnehmer ohne Rücksicht auf Verschulden die Haftung für einen Fehlbetrag in der Kasse auferlegt werden kann (sog. Mankohaftung). Insoweit bestehen weiterhin **große Spielräume**, die noch relevanter werden, je weniger im Einzelfall Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen eingreifen.

Der Gesetzgeber hat deshalb durch die **Erstreckung der AGB-Kontrolle auf den Arbeitsvertrag** ein wichtiges **zusätzliches Korrektiv** geschaffen, das im Folgenden im Einzelnen darzustellen ist.



# § 3. DIE NEUEN MAßSTÄBE – AGB-KONTROLLE IM ARBEITSRECHT

---

## I. WAS BEDEUTET »AGB-KONTROLLE«?

### 1. Die auftauchenden Probleme

Bei zahlreichen Verträgen, die zu unserem Alltagsleben gehören, werden **»Allgemeine Geschäftsbedingungen« (AGB)** zugrunde gelegt. Dies gilt für den Möbelkauf oder den Erwerb von Software nicht anders als für die Eröffnung eines Girokontos oder für den Abschluss einer Versicherung. Diese Allgemeinen Geschäftsbedingungen **erleichtern** auf der einen Seite den **Verhandlungsprozess**, da man nicht an alle möglichen Schwierigkeiten denken muss. Auf der anderen Seite versuchen die **»Verwender«** der AGB, dort **ihre Interessen möglichst umfassend zum Ausdruck zu bringen**. Schließlich wird ja der Kunde in die Formulierung nicht einbezogen, ja er hat typischerweise nicht einmal die Zeit, sie sich im Einzelnen anzuschauen.

#### **Beispiel:**

Der Verkäufer einer neuen Waschmaschine meint, wenn mal ein Fehler auftritt, sei dies nicht sein Problem. Er will deshalb jeden Gewährleistungsanspruch des Käufers ausschließen, was man mit der schlichten Formel **»Gekauft wie besehen«** umschreibt.

Die AGB sind **häufig ein Klauselwerk**, das irgendwo an der Wand hängt oder bei Bedarf aus der Schublade geholt wird. Sie können aber auch in den Vertrag integriert sein, der dann ziemlich umfänglich wird und bei dem man nur noch einzelne konkrete Angaben wie den Gegenstand und Zeitpunkt der Leistung sowie den Preis einträgt. In solchen Fällen spricht man von **»Formularverträgen«**.

**Schon vor rund 100 Jahren** gab es AGB, die die schwächere Seite in eklatanter Art und Weise benachteiligten. Dies zeigte sich u.a. darin, dass der Kunde keine realistische Möglichkeit hatte, vom Inhalt des **»Kleingedruckten«** überhaupt Kenntnis zu nehmen. Dieses wurde ihm nur auf besonderes Verlangen hin ausgehändigt.

*Wer fragt schon im Warenhaus kurz vor Vertragsabschluss, ob es AGB gäbe und was diese im Einzelnen zum Inhalt hätten? Und wer versteht schon auf Anhieb was da drin steht?*

Insoweit ergibt sich für die Rechtsordnung das Problem, Mindestbedingungen aufzustellen, die erfüllt sein müssen, damit das Kleingedruckte überhaupt Vertragsbestandteil wird. Man spricht insoweit von »**Einbeziehungskontrolle**«. Sie ist insbesondere dann von Bedeutung, wenn eine ganz besonders belastende, »gemeine« Klausel unter einer harmlosen Überschrift versteckt ist.

AGB sind manchmal von wenig guten Juristen formuliert. Man muss überhaupt nicht Jurist sein, um ein solches Klauselwerk in die Welt zu setzen. Dies hat zur Folge, dass die **Formulierungsqualität** oft **noch** sehr viel **schlechter als bei Gesetzen** ist – was Absicht sein, aber auch auf schlichter Nachlässigkeit und Inkompetenz beruhen kann. Insofern stellt sich die Frage, ob »Undurchsichtiges« überhaupt Vertragsinhalt wird. Man spricht insoweit von dem **zu beachtenden »Transparenzprinzip«**.

Dies hilft insbesondere, wenn kein Mensch durchsteigt. Doch wie verhält es sich, wenn eine Bestimmung in AGB **zwei Auslegungen zulässt**? Eine, die mehr den Verkäufer, und eine, die mehr den Käufer begünstigt? In diesen Fällen wird diejenige Auslegung gewählt, die für den Kunden die günstigere ist; man spricht insoweit von einer »**Unklarheitenregel**« oder auch von einem »interpretatorischen Günstigkeitsprinzip«. Wer selbst die Formulierung in der Hand hat, muss die für ihn negativere Variante gegen sich gelten lassen.

Was passiert nun mit **Klauseln**, die unzweifelhaft in den Vertrag eingehen, auch völlig klar und transparent formuliert sind, **die jedoch den Kunden drastisch benachteiligen**?

*Erinnert sei an das Beispiel, dass eine neue Waschmaschine (oder ein Auto) »wie besehen« gekauft wird, also jede Gewährleistung, d. h. jede Haftung für Mängel ausgeschlossen ist.*

Die Schwierigkeit lag ursprünglich darin, dass das BGB der Vertragsfreiheit außerordentlich weiten Raum gewährte. Im Rahmen von Verhandlungen sollte gewissermaßen alles möglich sein; lediglich bei ganz schweren Formen des »Über-den-Tisch-Ziehens« wurde angenommen, dass der Vertrag wegen Sittenwidrigkeit nichtig war.

*Beim Ausschluss jeder Haftung für Mängel war diese Grenze noch nicht überschritten, da das BGB den Ausschluss der Mängelhaftung ausdrücklich nur dann für unwirksam erklärte, wenn der Verkäufer arglistig handelte, also die andere Seite bewusst täuschte. Dies ließ sich so gut wie nie beweisen.*

In einer jahrzehntelangen Entwicklung hat deshalb die **Rechtsprechung spezifische Maßstäbe für die Beurteilung von AGB** entwickelt. Diese wurden insbesondere aus dem Grundsatz von Treu und Glauben nach § 242 BGB abgeleitet. Man hatte also einen gespaltenen Prüfungsmaßstab: Verträge, die zwischen im Prinzip gleich starken Partnern ausgehandelt waren, konnten bis zur Grenze der Sittenwidrigkeit Beliebiges festlegen, während bei der Verwendung von AGB jede unbillige Benachteiligung der schwächeren Seite gegen Treu und Glauben verstieß und deshalb unwirksam war. Wo genau die Grenze zur »unbilligen Benachteiligung« verlief, war lange Zeit unklar.

*So lehnte man beispielsweise den generellen Ausschluss aller Gewährleistungsansprüche ab, ließ ihn aber zu, soweit der Käufer wenigstens ein »Nachbesserungsrecht« hatte, also verlangen konnte, dass entdeckte Mängel beseitigt wurden. Nur wenn dies misslang, musste ihm das Recht zur Rückgabe der gekauften Sache gegen Erstattung des Kaufpreises eingeräumt werden. Schon bei der Frage, wer die Kosten der Reparatur zu tragen hatte, gab es Unsicherheiten.*

Man spricht insoweit von einer »**Inhaltskontrolle**«, die den wichtigsten Teil des AGB-Rechts ausmacht.

Schließlich war es ein offenes Geheimnis, dass **Rechtsverstöße** in AGB **häufig ungeahndet** blieben. Wer geht schon zum Anwalt und nimmt Ärger, Zeit und Kosten in Kauf, um als Verbraucher zu seinem Recht zu kommen? Die allermeisten streichen hier die Segel. Macht ein Kunde ausnahmsweise Ernst und ruft die Gerichte an, so kann es sein, dass er plötzlich ein recht günstiges Angebot erhält, das er in aller Regel annimmt: Die Firma vermeidet so, wegen ihrer besonders bössartigen AGB von einem Gericht verurteilt zu werden. Es taucht deshalb die Frage auf, ob man nicht unabhängige Instanzen einschalten muss, die eine inhaltliche Überprüfung von AGB in die Wege leiten können. Dies wird unter dem Stichwort der »**Verbandsklage**« (zugunsten insbesondere von Verbraucherverbänden) diskutiert.

## 2. Das AGB-Gesetz von 1976

Unter der sozial-liberalen Koalition der 70er Jahre packte der Gesetzgeber das Problem der AGB an. Er erließ als Ergänzung zum BGB das Gesetz über Allgemeine Geschäftsbedingungen (abgekürzt: AGBG), das 1976 in Kraft trat. Es bestimmte im Einzelnen,

- wann von AGB die Rede sein konnte,
- wann sie Bestandteil des abgeschlossenen Vertrages werden (Einbeziehungs-kontrolle)
- dass sie zugunsten des Kunden auszulegen sind (Unklarheitenregel),
- dass sie einer weit reichenden Inhaltskontrolle unterliegen und dass
- insbesondere Verbraucherverbände das Recht haben, gegen unangemessene Klauseln vorzugehen und bestimmten Unternehmen gerichtlich verbieten zu las-sen, weiter auf die fragliche Klausel zurückzugreifen.

Das AGB-Gesetz galt **nicht nur im Verhältnis Unternehmer – Verbraucher**, son-derm auch zwischen Unternehmen: Auch der selbstständige Automobilhändler ist oft der Schwächere, wenn ihm von Renault oder Fiat die »Standardbedingungen für Vertriebsbeauftragte« vorgelegt werden.

Das **AGB-Gesetz** wurde praktisch **allgemein akzeptiert**, obwohl es die Hand-lungsfreiheit insbesondere von Großunternehmen beschnitt. Dies erklärt sich mit verschiedenen Ursachen.

- Zum einen unterliegt das **Verhältnis von Leistung und Gegenleistung nicht der AGB-Kontrolle**. Man überprüft also nur, ob die Zahlungsmodalitäten oder die Haftung für Mängel angemessen ist, nicht aber den Preis für die Waschma-schine oder das Auto. Dies ermöglicht es den Verwendern von AGB, die »schwie-rigen Fälle« bei der Preiskalkulation mitzuberücksichtigen.
- **Gut geführte größere Unternehmen** haben es **nicht nötig**, ihre Kunden durch »**Würgebedingungen**« zu benachteiligen. Dies passiert eher bei weniger soli-den Gewerbetreibenden, die ihrerseits aber im politischen Raum nicht beson-ders gut vertreten sind.
- Die **Reformbereitschaft** war in den 70er Jahren ausgeprägt – wobei »Reform« insbesondere als Schutz des Schwächeren, nicht als Abbau von Sozialleistungen verstanden wurde.

Das **AGB-Gesetz klammerte** allerdings **einige Sachgebiete aus**. Dies galt etwa für das Recht der Handelsgesellschaften, für das Familien- und das Erbrecht, aber auch für das gesamte Arbeitsrecht. § 23 Abs. 1 AGB-Gesetz enthielt insoweit eine sog. **Be-reichsausnahme**. Sie wurde wie folgt begründet:<sup>25</sup>

25 BT-Drs. 7/3919 S. 41 (= Bundestags-Drucksache 7. Legislaturperiode, Nr. 3919).

*»Auf dem Gebiet des Arbeitsrechts wird ein Schutz des schwächeren Vertragspartners vor unangemessenen Vertragsbedingungen schon heute durch ein dichtes Netz von zwingenden Vorschriften und durch das besondere System der kollektivrechtlichen Vereinbarungen verwirklicht. Soweit auch auf diesem Gebiet noch eine Verbesserung des Schutzes vor unangemessenen Bedingungen erforderlich erscheint, sollten besondere gesetzgeberische Maßnahmen auf dem Gebiet des Arbeitsrechts vorgenommen werden.«*

Man war also der Auffassung, dass im Prinzip das traditionelle arbeitsrechtliche Instrumentarium, insbesondere Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen genügen. Dabei übersah man ersichtlich die Lücken, die oben<sup>26</sup> skizziert wurden. Auch waren die **beteiligten Interessen** ein wenig **anders** als im sonstigen Anwendungsbe- reich des AGB-Gesetzes **beschaffen**:

- Auch **Großunternehmen** hätten es **ungern** gesehen, wären sie in ihrer Freiheit zur Vertragsgestaltung in Bereichen beschränkt worden, die nicht tariflich ge- regelt waren.
- Die **tarifpolitischen Abteilungen in den Gewerkschaften** befürchteten, spe- ziell die Rahmentarifverträge könnten teilweise »uninteressant« werden, weil der Gesetzgeber denselben (oder einen besseren) Schutzstandard vorsehen würde.

Beides findet man natürlich nicht in der amtlichen Begründung.

*Nach einem Juristenspruch muss man bei Urteilen zwischen den schriftlichen, den mündlichen und den wahren Gründen unterscheiden. Beim Gesetzgeber ist es ähnlich.*

Im Arbeitsrecht blieb also im Prinzip der Rechtszustand erhalten, der vor 1976 generell galt. Die Kontrolle von AGB, hier meist: »**Allgemeine Arbeitsbedin- gungen**« genannt, war weiterhin ausschließlich Sache der Rechtsprechung, ohne dass der Gesetzgeber exakte Vorgaben gemacht hätte. Dies führte nicht nur zu Rechtsunsicherheit sondern auch dazu, dass Vertragsbedingungen ak- zeptiert wurden, die bei Käufen oder Bankverträgen niemals »durchgegangen« wären<sup>27</sup>.

26 § 2 V (S. 35).

27 Eingehende vergleichende Aufarbeitung bei Preis, Grundfragen der Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht, Neuwied u. a. 1993.

### 3. Die heute geltende gesetzliche Regelung

Bei der sog. **Schuldrechtsmodernisierung**<sup>28</sup> sollte zunächst an der Bereichsausnahme für das Arbeitsrecht nichts geändert werden. Man wollte angesichts einer schwierigen gesampolitischen Lage nicht noch eine weitere Front eröffnen. Aufgrund einer **Initiative des Bundesrats**, der um Überprüfung dieser Situation bat, kam jedoch in einem relativ späten Stadium des Gesetzgebungsverfahrens eine Neuregelung zustande: Der **Arbeitsvertrag** wurde **in die AGB-Kontrolle einbezogen**. Dabei sind lediglich die »im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten« zu berücksichtigen. Weiterhin **ausgeklammert** sind **Tarifverträge** sowie Betriebs- und Dienstvereinbarungen; bei ihnen wird unterstellt, dass wegen der relativ ausgeglichenen Verhandlungsposition beider Seiten keine unangemessenen Ergebnisse zustande kommen.

Das **AGB-Recht** wurde **in das BGB aufgenommen**. Es findet sich nunmehr in den §§ 305 – 310 BGB. Die Einbeziehung des Arbeitsvertrags ist an relativ versteckter Stelle – in § 310 Abs. 4 Satz 2 BGB – ausgesprochen. Die **Verbandsklage** erfuhr eine Sonderregelung durch das sog. Unterlassungsklagengesetz; sein **§ 15** schließt allerdings das Arbeitsrecht insoweit generell aus. In diesem Punkt ist also weiter eine Bereichsausnahme vorhanden.

Das AGB-Gesetz von 1976 wurde aufgehoben. Das neue Recht gilt seit 1.1.2002. Soweit Arbeitsverträge schon zu diesem Zeitpunkt bestanden, bestand eine **Anpassungsfrist von einem Jahr**; insoweit gilt das neue Recht erst ab 1.1.2003.

Die **Erstreckung des AGB-Rechts auf Arbeitsverträge** wirft **zahlreiche** bisher kaum erörterte **Probleme** auf. Dies hängt damit zusammen, dass der Gesetzgeber ja nicht einfach eine Reihe von Gesetzesbestimmungen für anwendbar erklärt hat. Vielmehr sind diese mit einer gut 25jährigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs verknüpft; der Sache nach wird also auch ein dichtes Netz von richterrechtlichen Regelungen für anwendbar erklärt. Allerdings besteht die **»Bremse« der im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten**, die deshalb von ganz erheblicher praktischer Bedeutung ist.

Um das neue Recht handhabbarer zu machen, wurde ein **Kommentar zu den §§ 305 – 310 BGB** geschrieben, dessen »Benutzbarkeit« durch die vorliegenden Ausführungen erleichtert werden soll<sup>29</sup>.

28 Zum Begriff s. oben § 1 III (S. 12).

29 Däubler/Dorndorf, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht. Kommentar zu den §§ 305 – 310 BGB, München 2004

Im Folgenden werden deshalb die **Grundbegriffe des AGB-Rechts** skizziert, die bald zum »täglichen Brot« der Arbeitsrechtler gehören werden. Dabei wird zuerst untersucht, **wann eigentlich von AGB die Rede** sein kann; sind damit alle oder nur bestimmte Arbeitsverträge erfasst? (dazu unten II). Als nächstes ist die sog. **Einbeziehungskontrolle** zu behandeln; wann werden AGB im Arbeitsrecht Vertragsinhalt? (unten III). **Transparenzprinzip** und Unklarheitenregel sollen uns unter IV beschäftigen. Die Grundlagen der **Inhaltskontrolle** sind Gegenstand des Abschnitts V, bei dem es insbesondere darauf ankommt, den Anwendungsbereich der AGB-Kontrolle zu bestimmen: Kann beispielsweise auch eine angemessene Vergütungshöhe auf diesem Wege erreicht werden? Unter VI. soll die Inhaltskontrolle im Einzelnen skizziert werden, wobei der Gesetzgeber zwischen starren Klauselverboten (§ 309 BGB), Klauselverboten mit Wertungsspielräumen (§ 308 BGB) und einer allgemeinen Bestimmung unterscheidet, die jede unangemessene Benachteiligung des schwächeren Teils verbietet (§ 307 BGB).

## II. WAS VERSTEHT MAN UNTER AGB?

### 1. Der allgemeine Begriff

Der Begriff »AGB« ist **in § 305 Abs. 1 BGB definiert**. Dort heißt es zunächst in Satz 1:

*»Allgemeine Geschäftsbedingungen sind alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrags stellt.«*

Dabei spielt die Aufnahme in eine Vertragsurkunde, der Umfang, die Schriftart und die Form des Vertrages keine Rolle. § 305 Abs. 1 Satz 2 BGB kleidet dies in die Worte:

*»Gleichgültig ist, ob die Bestimmungen einen äußerlich gesonderten Bestandteil des Vertrags bilden oder in die Vertragsurkunde selbst aufgenommen werden, welchen Umfang sie haben, in welcher Schriftart sie verfasst sind und welche Form der Vertrag hat.«*

Es folgt dann noch eine Ausnahmebestimmung: Von AGB im Rechtssinne kann **nicht** die Rede sein, **wenn die Klauseln »im Einzelnen ausgehandelt« wurden**.

Einige der verwendeten Ausdrücke bedürfen der **Erläuterung**.

Die Vertragsbedingungen müssen »**vorformuliert**« sein, eine Seite, »**Verwender**« genannt, muss sie schriftlich oder als Textbaustein im Computer vorliegen haben. Da es nach Satz 2 nicht auf die Form des Vertrages ankommt, reicht sogar eine Speicherung »im Kopf«.

Die Klauseln müssen »**für eine Vielzahl von Verträgen**« vorformuliert sein. Nach der Rechtsprechung sind dies mindestens drei. Dabei wird nicht vorausgesetzt, dass der Verwender sie selbst formuliert hat; es reicht, wenn er sie von seinem Verband oder aus dem Internet bezogen hat.

Die **Bedingungen** müssen »**gestellt**« sein. Dies ist der entscheidende Punkt: Sie dürfen nicht zum Verhandlungsgegenstand geworden sein, sie dürfen **nicht zur Disposition gestanden** haben.

### **Beispiel:**

Der Arbeitgeber präsentiert einen vorgedruckten Vertrag, wonach beide Seiten nur mit sechswöchiger Frist zum Quartalsende kündigen können. Den äußeren Umständen nach gilt diese Bedingung als »gestellt«, es sei denn, der Arbeitgeber erkläre, man könne sich auch über kürzere oder längere Kündigungsfristen unterhalten. Wird auf die Nachfrage »Warum gerade sechs Wochen?« nur gesagt: »Das sind doch die alten Fristen für Angestellte«, so ist nicht »verhandelt« worden, da nichts zur Disposition gestellt war.

Keine Rolle spielt es, ob es sich **nur** um **eine einzelne Klausel** handelt. Von AGB ist auch dann die Rede, wenn das »Modell« des Verbands mit Hand abgeschrieben wird.

*Dies ergibt sich unmittelbar aus § 305 Abs. 1 Satz 2 BGB, wonach es weder auf den Umfang noch auf die Schriftart ankommt.*

Der **Anwendungsbereich** des AGB-Rechts ist also durchaus **groß**. Einbezogen sind also nicht nur Formularverträge, die durch ein paar persönliche Angaben ergänzt werden, sondern auch aus dem eigentlichen Vertragstext ausgegliederte selbstständige Regelwerke.

### **Beispiel:**

Der Arbeitgeber hat vor 10 Jahren eine »**Versorgungsordnung**« erlassen und allen Beschäftigten in einem Brief davon Kenntnis gegeben. Sie wurde dadurch Inhalt der Arbeitsverträge und unterliegt deshalb der AGB-Kontrolle. Anders, wenn die

betriebliche Altersversorgung durch Betriebsvereinbarung geregelt ist: Hier gilt weiter die sog. Bereichsausnahme, die §§ 305 ff. finden keine Anwendung.

## 2. Erweiterter Begriff bei Verbrauchergeschäften

Schließt ein Unternehmer mit einem Verbraucher einen Vertrag, so gilt **§ 310 Abs. 3 BGB**. Er legt ausdrücklich drei Dinge fest:

- **AGB gelten als** vom Unternehmer »**gestellt**«, es sei denn, dass sie durch den Verbraucher in den Vertrag eingeführt wurden. Das AGB-Recht gilt also auch dann, wenn die fragliche Bestimmung durchaus zur Disposition gestanden hat oder wenn sie von einem neutralen Dritten wie einem Notar formuliert wurden. Lediglich dann, wenn der Verbraucher seine »Lieblingsformulierung« durchgesetzt hat, ist dies anders.

*Unterstellt, der Arbeitsvertrag ist ein Verbrauchergeschäft, so würde das AGB-Recht auch dann anwendbar bleiben, wenn der Arbeitgeber die sechs Wochen Kündigungsfrist zur Disposition gestellt hat. Lediglich wenn auf Wunsch des Arbeitnehmers eine längere Frist vereinbart oder zur gesetzlichen Regelung zurückgekehrt wurde, wäre die Situation eine andere. Dass dem so ist, muss überdies der Unternehmer beweisen.*

- Die bei AGB vorausgesetzte Verwendung für eine »Vielzahl von Verträgen« (in der Praxis: mindestens drei) wird hier nicht verlangt. Es reichen »**Einmalbedingungen**«, soweit der Verbraucher auf ihren Inhalt keinen Einfluss nehmen konnte. AGB-Recht ist also auch dann anwendbar, wenn der Unternehmer sich den Vertrag für den konkreten Fall ausgedacht hat.
- Schließlich ist bei der inhaltlichen Beurteilung des Vertrages auch auf die **Begleitumstände beim Vertragsschluss** abzustellen. Während man sonst AGB wie ein Gesetz auslegt und handhabt, wird hier auf den Einzelfall geschaut.

### Beispiel:

Die Vertragsbestimmungen sind in einer Weise formuliert, die ein Durchschnittskunde nicht versteht. Das sog. Transparenzprinzip ist also nicht gewahrt, das unklare Zeug ist unwirksam. Ist Kunde aber ein Jurist, ändern sich die Maßstäbe: Für ihn kann das Vertragswerk sehr wohl durchschaubar sein. Er könnte sich also nicht auf den Verstoß gegen das Transparenzprinzip berufen. Umgekehrt würde ein auf dem Bau beschäftigter ausländischer Hilfsarbeiter gute Chancen mit dem

Argument haben, der Vertrag sei für ihn ein böhmisches Dorf gewesen (Vielleicht ist in seiner Muttersprache auch von »germanischen Dörfern« die Rede...).

**Stehen sich also Unternehmer und Verbraucher gegenüber, greift praktisch immer AGB-Recht ein** – sieht man einmal von der seltenen Situation ab, dass sich der Verbraucher als Vertragsformulierer betätigt.

Kann man nun den **Arbeitnehmer als Verbraucher** ansehen? Dies ist eine Frage, die die Arbeitsrechtler seit Anfang 2002 so nachhaltig wie kaum eine andere beschäftigt hat. Die mittlerweile **eindeutig herrschende Auffassung bejaht die Verbrauchereigenschaft des Arbeitnehmers**<sup>30</sup>. Das BAG hat die Frage dahinstehen lassen<sup>31</sup>. Bemerkenswert ist, dass auch einige Autoren, die den Arbeitnehmer nicht als Verbraucher ansehen, § 310 Abs. 3 BGB entsprechend anwenden wollen<sup>32</sup>, so dass er aller Voraussicht nach auch vom BAG zugrunde gelegt wird. Der **Arbeitsvertrag** ist danach immer als **Verbrauchergeschäft** zu behandeln, es sei denn, auf Arbeitgeberseite würde kein »Unternehmer« stehen.

*Was ein »Unternehmer« ist, bestimmt sich nach § 14 BGB<sup>33</sup>. Ausgenommen sind damit nur **Beschäftigten in Privathaushalten**.*

Die **Anwendung des AGB-Rechts** wird damit zum **Normalfall**. Praktische Bedeutung hat dies nicht zuletzt bei Verträgen, die mündlich geschlossen sind.

### **Beispiel:**

Die Gaststätte beschäftigt eine Aushilfskraft, die nur ein kleines Fixum und daneben ausschließlich Trinkgelder erhalten soll. Dies ist mündlich so vereinbart. Die Abmachung unterliegt der AGB-Kontrolle.

## **3. Anwendungsprobleme**

Erstreckt sich das AGB-Recht nicht nur auf den Abschluss, sondern auch auf die **Änderung eines Arbeitsvertrags**? Der gesunde Menschenverstand wird einem sagen, dass dies kaum anders sein kann. Die stärkere Seite hätte sonst die Möglichkeit, erst einen ganz ausgewogenen Vertrag zu schließen und die »dicken Klöpse« an-

30 Umfassende Nachweise bei Däubler/Dorndorf, Einl. Rn. 60 ff.

31 Urteil v. 27. November 2003, NZA 2004, 597.

32 Henssler RdA 2002, 129, 135 (RdA = Recht der Arbeit); Rieble/Klumpp ZIP 2002, 2153, 2158 (ZIP = Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis); Singer RdA 2003, 194, 196.

33 Einzelheiten bei Däubler/Dorndorf, Einl. Rn. 74.

schließlich per Änderungsvertrag nachträglich einzubringen. Die Möglichkeit des Arbeitnehmers, sich zu verweigern, wäre insbesondere in der Anfangsphase eines Arbeitsverhältnisses ziemlich gering.

**Was tut man**, wenn die Personalabteilung die Auffassung vertritt, Änderungsverträge seien von dem neuen Recht nicht erfasst? Hier muss man den **Kommentar** von Däubler/Dorndorf zu Rate ziehen, da der Gesetzestext in § 310 Abs. 4 nur von »Arbeitsvertrag« spricht. Man schaut also im **Stichwortregister** unter »Änderungsvertrag« oder »Änderungsverträge« nach und findet so die Rn. 27 der Einleitung, wo die Gleichstellung von Abschluss und Änderung des Arbeitsvertrags ausdrücklich behandelt ist.

Was geschieht nun, wenn die Personalabteilung Versetzungen innerhalb des Bundesgebiets in der Weise praktiziert, dass sie dem Einzelnen ein **vorformuliertes Schreiben** vorlegt, wonach er den »**Wunsch**« habe, von Oldenburg nach München **versetzt zu werden** oder wonach er sich für die (im Betrieb zur Wahl gestellte) Pauschalregelung für die Reisekosten entscheidet, die die tatsächlich entstehenden Aufwendungen nicht abdeckt?

Auch dieser Fall ist natürlich so nicht unmittelbar im Gesetz geregelt. Man muss zwischen dem Versetzungswunsch und der Reisekostenfrage unterscheiden.

Die **Erfüllung des Versetzungswunsches** führt zu einem Änderungsvertrag. Dieser würde an sich nicht der AGB-Kontrolle unterliegen, da § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB bei einer vom Arbeitnehmer stammenden Formulierung kein »Stellen« von AGB annimmt. Nur hat man das Gefühl, dass solche **Wünsche** ein wenig »**provoziert**« sind; aus der Lebenssituation des Einzelnen muss sich ergeben, ob wirklich von einem ernst gemeinten Wunsch auszugehen ist. Ist dies nicht der Fall, dürfte es sich um eine besonders raffinierte Form der **Umgehung des AGB-Rechts** handeln. Also schaut man im Stichwortregister unter »Umgehung« nach und stößt dabei auf § 306a BGB. Schmökert man dann in der Kommentierung von Däubler/Dorndorf ein wenig, so findet man in § 306a Rn. 8 ff. Beispiele für Umgehungen des AGB-Rechts. Dort ist in Rn. 9 der Fall genannt, dass ein Großunternehmen seinen kleinen Abnehmer veranlasst, die AGB zu »stellen«; dies wäre ein **ähnlicher Fall**, den man hierher übertragen könnte.

Bei den **Reisekosten** liegt eine einseitige Erklärung des Arbeitnehmers vor, der sich nicht für Einzelabrechnung, sondern für die Pauschalregelung entscheidet. Unterliegen auch **einseitige Erklärungen der AGB-Kontrolle**? An sich spricht § 305 Abs. 1 BGB ausschließlich von »Vertragsbedingungen«, doch kann sich die Machtbeziehung zwischen Verwender und Verbraucher in gleicher Weise niederschlagen, wenn dem Verbraucher eine einseitige Erklärung aufgedrängt wird. Man ist sich

deshalb einig, dass die AGB-Kontrolle über den Wortlaut des § 305 Abs. 1 hinaus auch solche Erklärungen des Verbrauchers erfasst.

*Im **Kommentar** wird man entweder einfach in den Erläuterungen zu § 305 Abs. 1 BGB ein wenig lesen oder aber im Stichwortregister unter »einseitige Erklärung« nachschauen. Dort steht allerdings nicht dieser Ausdruck, sondern nur »Einseitige Rechtsgeschäfte«, doch macht dies keinen Unterschied: Man kommt zu § 305 Rn. 6, wo man dann weitere Nachweise aus der Rechtsprechung und Literatur findet.*

### III. WANN WERDEN AGB INHALT DES ARBEITSVERTRAGS?

#### 1. Allgemeine Grundsätze

§ 305 Abs. 2 BGB enthält spezifische Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, damit AGB auch wirklich Vertragsbestandteil werden. Einzelheiten interessieren hier nicht, da § 310 Abs. 4 Satz 2 BGB bestimmt, dass diese Vorschrift auf den Arbeitsvertrag keine Anwendung finde. Dies ist bedauerlich, aber als eindeutige Entscheidung des Gesetzgebers hinzunehmen. Im Arbeitsrecht ist daher wie auch sonst beim Zustandekommen von Verträgen zu fragen, **ob die AGB denn in den Willen beider Vertragsparteien aufgenommen** wurden. In vielen Fällen ergeben sich keine Probleme.

*Wer einen Formularvertrag unterschreibt, hat ihn grundsätzlich in seinen Willen aufgenommen und sich so mit seinem Inhalt einverstanden erklärt. Bei »überraschenden Klauseln« kann es anders sein, doch dazu gleich unter 2.*

Wird eine »**Versorgungsordnung**«, eine »**Reisekostenordnung**« oder eine »**Vergütungsordnung**« vom Arbeitgeber im Betrieb bekannt gemacht und arbeiten die Beschäftigten in Kenntnis dieser Tatsache weiter, so wird man auch dies als **Einbeziehung** qualifizieren können.

*Einzelheiten sind bei Däubler/Dorndorf § 305 BGB Rn. 42 ff. abgehandelt.*

Werden nur mündliche Absprachen getroffen, kann sich im Einzelfall ein Beweisproblem ergeben, doch ist dies nichts, was speziell das AGB-Recht betreffen würde.

## 2. Keine Einbeziehung überraschender Klauseln

In der Praxis ist es eher die Regel, dass es ein umfangreicheres Klauselwerk gibt, das man aber als Verbraucher bzw. Arbeitnehmer nicht durchschaut.

*Der Bankangestellte würde vermutlich ein wenig die Nase rümpfen, wenn man bei der Kontoeröffnung die eigene Unterschrift davon abhängig machen würde, dass man zunächst die AGB der Banken von A bis Z studiert hat. Man kommt als Kunde auf diese Weise in die Nähe eines Querulanten. Manchmal wird es im Arbeitsrecht ähnlich sein.*

Es kann deshalb sehr leicht passieren, dass die Vertragsbedingungen Klauseln enthalten, mit denen der Kunde nicht rechnen konnte. Im Anschluss an das bisherige Recht bestimmt deshalb **§ 305c Abs. 1 BGB**:

*»Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die nach den Umständen, insbesondere nach dem äußeren Erscheinungsbild des Vertrags, so ungewöhnlich sind, dass der Vertragspartner des Verwenders mit ihnen nicht zu rechnen braucht, werden nicht Vertragsbestandteil.«*

Wann hat eine **Klausel »ungewöhnlichen« oder »überraschenden« Charakter?** Maßstab ist einmal das in der Branche Übliche sowie der Verlauf der Vertragsverhandlungen.

### Beispiel:

Bei den Einstellungsverhandlungen war von einem hohen Maß an Eigenverantwortung und freier Gestaltung der Arbeit die Rede. In den Vertragsbedingungen steht dann, dass detailliert über jeden Arbeitsvorgang Buch zu führen ist.

Überraschend ist weiter auch eine Klausel, die geschickt **unter einer »harmlosen« Überschrift versteckt** ist. So hat das BAG schon zum früheren Recht eine Klausel mit einer Ausschlussfrist als überraschend qualifiziert, weil sie unter der Überschrift »Lohnberechnung und Zahlung« stand<sup>34</sup>.

Mit derartigen Klauseln muss man grundsätzlich nicht rechnen. Anders dann, wenn bei den Vertragsverhandlungen ausdrücklich auf die fragliche Bestimmung hingewiesen wurde.

34 BAG NZA 1996, 702.

**Beispiel:**

Der Arbeitsvertrag enthält unter »Verschiedenes« die Aussage, die vom Arbeitgeber erlassene »Arbeitsordnung« sei anwendbar. Dort findet sich unter der Überschrift »Rechte und Pflichten der Vertragsparteien« die Aussage, Arbeitnehmer müssten wöchentlich bis zu 10 Überstunden leisten, dies sei mit dem vereinbarten Gehalt abgegolten. Hier ist zu fragen, ob eine so weitreichende Bestimmung überhaupt Inhalt des Arbeitsvertrags geworden ist; meines Erachtens wäre dies nur der Fall, wenn der Arbeitnehmer besonders auf sie hingewiesen worden wäre.

Die Frage des überraschenden Charakters lässt sich oft leichter beantworten als die nach der inhaltlichen Angemessenheit. Von daher neigen Gerichte dazu, **eher** einen **Überraschungstatbestand** im Sinne des § 305c Abs. 1 BGB zu **bejahen** und sich so eine **inhaltliche Auseinandersetzung zu ersparen**.

Wer sich über die genaue Tragweite des § 305c Abs. 1 BGB und ihre Anwendungsfälle im Arbeitsrecht informieren möchte, sei – wen wundert's? – auf Däubler/Dorndorf § 305c BGB Rn. 3 ff. verwiesen.

**3. Individualabreden**

Wird eine Regelung für den Einzelfall getroffen, hat diese Vorrang vor AGB. Dies ist in § 305b BGB in Anschluss an das bisherige Recht ausdrücklich hervorgehoben worden. Die Vorschrift lautet:

*»Individuelle Vertragsabreden haben Vorrang vor Allgemeinen Geschäftsbedingungen.«*

Dies bedeutet nicht, dass solche Abmachungen nicht der AGB-Kontrolle unterliegen könnten, da § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB ja auch »**Einmalbedingungen**« einbezieht. Das AGB-Recht findet nur dann keine Anwendung, wenn die Individualabrede »ausgehandelt« wurde (§ 305 Abs. 1 Satz 3 BGB).

**Beispiel:**

Der Arbeitgeber ist ein Filialunternehmen, das in seiner Hannoveraner Zentrale Formularverträge verwendet, wonach die Beschäftigten in jede andere niedersächsische Filiale versetzt werden können, wenn hierfür ein dringendes betriebliches Bedürfnis besteht. Dem Bewerber B wird nun eine »bundesweite« Versetzungsklausel vorgeschlagen, da diese aus Gründen der Flexibilität des Personaleinsatzes unabdingbar sei. Dies ist zwar gegenüber der bisherigen Pra-

xis eine Individualabrede, doch unterliegt sie nach § 310 Abs. 3 BGB der AGB-Kontrolle.

Die Vorschrift des § 305b hat einen praktisch wichtigen Nebeneffekt: Findet sich **im Arbeitsvertrag** eine sog. **Schriftformklausel**, kann dieser dennoch mündlich geändert oder ergänzt werden, da § 305b unabdingbar ist und jeder Individualabrede den Vorrang einräumt.

*Besonders schlaue Formulierer sind auf den Gedanken verfallen, in den Vertrag hineinzuschreiben: »Änderungen und Ergänzungen bedürfen der Schriftform. Diese Klausel ist ihrerseits nur durch schriftliche Vereinbarung der Parteien abdingbar.« Diese **sog. qualifizierte Schriftform** ändert nichts daran, dass eine mündliche Abänderungsvereinbarung auch insoweit den Vorrang hat<sup>35</sup>.*

## IV. TRANSPARENZPRINZIP UND AUSLEGUNG ZUGUNSTEN DES ARBEITNEHMERS

### 1. Transparenzgebot

§ 307 Abs. 1 Satz 1 BGB enthält die Grundsatzbestimmung (= **Generalklausel**) für die Inhaltskontrolle von AGB. Dort heißt es:

*»Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen.«*

Dies wird uns im Einzelnen weiter unten noch beschäftigen. § 307 Abs. 1 enthält weiter einen Satz 2, der wie folgt lautet:

*»Eine unangemessene Benachteiligung kann sich auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist.«*

Dieses sog. Transparenzprinzip war **schon bisher in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs anerkannt**, hatte allerdings keine ausdrückliche Verankerung im Gesetzestext erfahren. Dies war mit Rücksicht auf eine EG-Richtlinie nachzuholen.

35 BGH NJW 1986, 2131, 2132, bestätigt durch BAG NZA 2003, 1145, das nur für eine Betriebsübung (die ja keine Individualabrede darstellt) eine Ausnahme macht.

Ein wichtiger Anwendungsfall war die Berechnung der Zinsen durch die Banken. Üblicherweise bezahlt man als Privatkunde für ein Darlehen vierteljährliche »Raten«, die sich aus Zinsen und Tilgung zusammensetzen. Lange Zeit gab es nun bei den Banken die Praxis, dass die Zinsen nach dem Schuldsaldo vom Ende des Vorjahres berechnet wurden. Die im laufenden Jahr erbrachten Tilgungen wurden insoweit nicht berücksichtigt. Der Zinssatz erschien daher niedriger als er in Wirklichkeit war.

### **Beispiel:**

Ein Darlehen über eine Summe von 20.000,00 € ist mit 5 % jährlich zu verzinsen. Dies macht genau 1.000,00 € im Jahr bzw. 250,00 € pro Quartal aus. Tilgt man jährlich 3 %, macht dies 600,00 bzw. 150,00 € pro Quartal aus. Im vierten Quartal beträgt die Schuld also nur noch 20.000,00 € minus (3 x 150,00 =) 450,00 €, d. h. 19.550,00 €. Zahlt man dennoch 250,00 € Zinsen, liegt der Zinssatz natürlich über 5 %.

Dies ist **vom Bundesgerichtshof als »intransparent« beanstandet** worden; der durchschnittliche Verbraucher könne nicht erkennen, wie die Zinsberechnung im Einzelnen funktioniert.

Fehlende Transparenz liegt einmal dann vor, wenn die Regelungen **so kompliziert** sind, **dass der Arbeitnehmer sie nicht nachvollziehen kann.**

*Ist die Ertragsbeteiligung von einer Größe abhängig, die für den Einzelnen nicht verständlich ist, fehlt es an der Transparenz. Ob man dies dann als unangemessene Benachteiligung ansieht, wenn es ausschließlich um eine Zusatzleistung geht, steht auf einem anderen Blatt.*

Die Transparenz ist auch dann nicht gegeben, wenn eine Formulierung gewählt wird, die zwar nachvollziehbar ist, die den Einzelnen aber zu **Fehlschlüssen verleiten** muss.

Ein typisches Beispiel hierfür ist der oben in § 1 genannte **Nebentätigkeitsfall**. Da der Arbeitnehmer aufgrund der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG einen Anspruch darauf hat, Nebentätigkeiten ausüben zu können, die das Arbeitsverhältnis nicht beeinträchtigen, wird er in die Irre geführt, wenn es pauschal heißt:

*»Eine Nebentätigkeit ist nur mit vorherigen Genehmigung des Arbeitgebers zulässig.«*

Zwar hat die Rechtsprechung bislang eine solche Klausel hingenommen und dadurch »entschärft«, dass sie dem Arbeitnehmer einen Anspruch auf Genehmigung

einräumte, wenn das Hauptarbeitsverhältnis nicht beeinträchtigt war, doch ändert dies nichts daran, dass **der Einzelne nicht weiß, woran er ist**.

*Auch hier hilft der Griff zum **Kommentar**. Im **Anhang zu § 307 BGB** sind alphabetisch zahlreiche typische Arbeitsvertragsklauseln aufgeführt. Unter Nr. 37 findet sich auch der Bereich »Nebentätigkeit«, wo alles Notwendige gesagt ist.*

## 2. Die sog. Unklarheitenregel

Ein Transparenzproblem im weiteren Sinne liegt auch dann vor, wenn eine Klausel zwar nachvollziehbar ist, aber unterschiedliche Auslegungen ermöglicht. Für diesen Fall bestimmt § 305c Abs. 2 BGB:

*»Zweifel bei der Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen gehen zu Lasten des Verwenders.«*

**Wer selbst** als Verwender, d. h. als Arbeitgeber die **Formulierung entworfen oder ausgesucht hat**, muss notfalls eine Auslegung gegen sich gelten lassen, die weniger günstig ist. Er hätte sich ja vorsehen können.

### Beispiel:

Im Arbeitsvertrag findet sich die Aussage: »Am 30. November wird ein 13. Monatsgehalt ausbezahlt.« Die Frage, wie mit vorher Ausgeschiedenen zu verfahren ist, wird nicht angesprochen. Nach § 305c Abs. 2 BGB erhalten sie pro Monat ihrer Tätigkeit ein Zwölftel des versprochenen Betrages – so ausdrücklich das LAG Düsseldorf<sup>36</sup>.

Man kann sich zahlreiche **Anwendungsfälle** vorstellen, insbesondere dann, wenn die Klauseln von einem wenig erfahrenen oder wenig intelligenten Menschen formuliert wurden.

### Beispiel:

In einer **Versorgungsordnung** wird bestimmt, eine frühere Betriebszugehörigkeit sei anzurechnen. Man kann zweifeln ob dies nur für die Höhe der betrieblichen Altersrente oder auch für die Unverfallbarkeit (heute: nach fünf Jahren)

36 DB 1990, 2175.

gilt. Nach BAG<sup>37</sup> ist das Letztere der Fall; schon in der Vergangenheit wurde entsprechend dem »**interpretatorischen Günstigkeitsprinzip**« verfahren.

## V. DIE INHALTSKONTROLLE UND IHRE AUSNAHMEN

### 1. Der Grundsatz

AGB unterliegen der Inhaltskontrolle. Diese ist in den §§ 307 Abs. 1 und 2, 308 und 309 BGB eingehend geregelt. Das in § 307 Abs. 1 enthaltene Verbot der unangemessenen Benachteiligung der schwächeren Seite wird in § 307 Abs. 2 auf zwei wichtige Beispielfälle erstreckt. § 308 und § 309 enthalten dann jeweils einen Katalog unwirksamer Klauseln.

**§ 307 Abs. 3 BGB** sieht jedoch eine relativ schwer verständliche **Ausnahme** vor. Dort heißt es:

*»Die Absätze 1 und 2 (von § 307 – d. Verf.) sowie die §§ 308 und 309 gelten nur für Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden.«*

Dahinter verbirgt sich der schon erwähnte Grundsatz, dass das **Verhältnis von Leistung und Gegenleistung nicht der AGB-Kontrolle** unterliegt. Außerdem sind solche Klauseln nicht »kontrollfähig«, die lediglich auf geltendes Recht verweisen.

*Man spricht insoweit von sog. **deklaratorischen Klauseln**. Ihre Kontrolle ist deshalb »witzlos«, weil die in Bezug genommenen Bestimmungen sowieso gelten würden.*

Soweit es um das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung (die sog. **Hauptkonditionen**) geht, ist lediglich die Inhaltskontrolle nach den §§ 307 bis 309 BGB ausgeschlossen. Die eben behandelte **Transparenzkontrolle gilt auch hier**, was § 307 Abs. 3 Satz 2 BGB ausdrücklich klarstellt. Außerdem ist auch in diesem Bereich immer zu fragen, ob eine Regelung überhaupt **Vertragsbestandteil geworden** ist oder beispielsweise überraschenden Charakter trägt. Diese »formalen« Teile des AGB-Rechts finden auch auf die Hauptkondition Anwendung.

37 AP Nr. 6 zu § 1 BetrAVG.

## 2. Anwendungsprobleme

Was (kontrollfreie) »Hauptleistung« und was (**zu kontrollierende**) **Leistungsmodalität** oder sonstige Bedingung ist, kann unterschiedlich beurteilt werden. Die Rechtsprechung hat den **kontrollfreien Bereich** bewusst **eng interpretiert**<sup>38</sup>. Ausgenommen sind nur Umfang und Gegenstand der Arbeitsleistung sowie das Entgelt. Eine kontrollfähige Nebenabrede wird schon dann angenommen, wenn das eigentliche Leistungsversprechen eingeschränkt, ausgestaltet oder modifiziert wird.<sup>39</sup> Danach ist die **Lage der Arbeitszeit** ebenso kontrollfähig wie eine Verlängerung durch **Überstunden**; dasselbe gilt für Versetzungsmöglichkeiten<sup>40</sup>.

Auch das **Verhältnis von Leistung und Gegenleistung** ist nach dem eindeutigen Wortlaut des § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB dann in die Kontrolle einzubeziehen, wenn **insoweit Rechtsnormen bestehen**. Wird etwa zu Lasten eines Kunden von der Gebührenordnung für Architekten oder Rechtsanwälte abgewichen, so nimmt die Rechtsprechung sehr wohl eine Kontrolle vor<sup>41</sup>. Die Frage ist nun, ob in Form der **Tarifverträge** im Arbeitsrecht nicht auch Vorschriften vorhanden sind, die eine ähnliche Bedeutung wie die Gebührenordnungen für Freiberufler haben. Würde man dies bejahen, so wäre auch in nicht tarifgebundenen Betrieben eine »unangemessene« Unterschreitung des Tarifniveaus verboten. Die Grenze läge wohl bei 80 % der tariflichen Vergütung.

Die Frage gehört – ähnlich wie die Verbrauchereigenschaft des Arbeitnehmers – zu den umstrittensten des neuen Rechts. Die **herrschende Auffassung lehnt** eine solche »**Leitbildfunktion**« der **Tarifverträge ab**. Den Verfasser hat sie nicht überzeugt. Die Argumente beider Seiten sind im Kommentar eingehend dokumentiert; darauf muss verwiesen werden.

Däubler/Dorndorf § 307 BGB Rn. 272 ff.

Wie verfährt man in Zweifelsfällen, wenn man nicht weiß, ob eine Bestimmung (z. B. die Überstundenvergütung) zu den Hauptkonditionen zählt? Auch hier wird man entweder den Abschnitt »Kontrollfähige und nicht kontrollfähige Klauseln« (§ 307 BGB Rn. 245 ff.) lesen oder über das Stichwortregister bei »Überstunden« einsteigen. Manchmal ist auch beides von Nutzen.

38 BGH NJW 1995, 2637, 2638.

39 BGH NJW 1999, 2279, 2280.

40 Nachweise bei Däubler/Dorndorf § 307 BGB Rn. 270.

41 BGH NJW 1981, 2351, 2352 (Architekten und Ingenieure); BGH NJW 1998, 1786 (Ärzte); BGH NJW 1998, 3567 (Rechtsanwälte).

## IV. DIE INHALTSKONTROLLE IM EINZELNEN

### 1. Die gesetzliche Systematik

Wenn man nicht sofort auf den entscheidenden Punkt stößt, muss man an sich die §§ 307 bis 309 von hinten nach vorne lesen.

§ 309 enthält in 13 Ziffern sog. **Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit**. Wird eine vertragliche Abrede davon erfasst, ist sie unwirksam; weiteres Arbeiten mit dem Gesetz erübrigt sich.

Ist die Klausel an diesem »Filter« nicht hängen geblieben, so muss man sich § 308 vornehmen, der **Klauselverbote mit Wertungsmöglichkeiten** enthält. Konkret bedeutet dies, dass häufig Merkmale wie »angemessen« oder »zumutbar« auftauchen.

*Behält sich beispielsweise der Verwender das Recht vor, die versprochene Leistung nachträglich zu ändern, etwa eine Zulage nicht mehr zu erbringen, so ist eine solche Abrede nur wirksam, wenn sie unter Berücksichtigung der Interessen des Verwenders für den anderen Vertragsteil »zumutbar« ist.*

Ist auch § 308 nicht einschlägig, ist eine **Prüfung am Maßstab des § 307 Abs. 1** und 2 vorzunehmen. Abs. 1 enthält – wie bereits dargelegt – das generelle **Verbot einer unangemessenen Benachteiligung des Kunden bzw. Arbeitnehmers**.

Abs. 2 vermutet eine solche unangemessene Benachteiligung,

»wenn eine Bestimmung

1. mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist, oder
2. wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist.«

Kein Mensch wird allerdings in der Praxis diese Stationen im Einzelnen durchlaufen; hat man beispielsweise eine Versetzungsklausel zu beurteilen, wird man sich über das **Stichwortregister sachkundig** machen.

Im vorliegenden Zusammenhang geht es nur um die Darlegung der Strukturen. Sie zu kennen, macht es verständlich, weshalb sich manche Dinge in den Erläuterungen zu § 307 und z. B. nicht in denen zu § 308 Nr. 4 finden.

## 2. Die im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten

Die §§ 307 bis 309 BGB (oder genauer: §§ 309 bis 307) stehen allerdings unter einem Vorbehalt: Nach § 310 Abs. 4 Satz 2 sind **die im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten** angemessen zu berücksichtigen. Was dies im Einzelnen bedeutet, ist kontrovers. Insoweit muss auf die **Ausführungen im Kommentar** verwiesen werden.

Däubler/Dorndorf § 310 BGB Rn. 59 ff.

Entscheidend kommt es darauf an, ob das Arbeitsrecht spezifische Wertungen enthält, die vom allgemeinen Vertragsrecht abweichen.

Dies sei an einem **Beispiel** verdeutlicht. § 309 Nr. 6 BGB erklärt **Vertragsstrafen** für unwirksam, die für den Fall versprochen werden, dass sich der Kunde bzw. Arbeitnehmer vom Vertrag löst, ohne dafür einen ausreichenden Grund zu haben. Ist es also von jetzt ab unzulässig, eine Vertragsstrafe für den Fall vorzusehen, dass ein Leiharbeitnehmer nicht zur Arbeit erscheint oder plötzlich »abtaucht«? Da der Anspruch auf Arbeitsleistung, den der Arbeitgeber besitzt, nach § 888 Abs. 3 ZPO (= Zivilprozessordnung) nicht im Wege der Zwangsvollstreckung durchgesetzt werden kann, nahm das BAG hier eine »arbeitsrechtliche Besonderheit« an und erklärte Vertragsstrafen für solche Fälle weiterhin für zulässig.<sup>42</sup> Ob man dies wirklich so sehen muss, steht auf einem anderen Blatt, zumal zahlreiche Landesarbeitsgerichte anders entschieden hatten<sup>43</sup>. Fest steht allerdings, dass die **bisherige BAG-Rechtsprechung** sicherlich keine arbeitsrechtliche Besonderheit darstellt; andernfalls hätte man gleich alles beim Alten lassen können.

Dies wird am Beispiel der Ausschlussfristen deutlich. Das BAG hatte beispielsweise noch im Dezember 2000 eine einmonatige vertragliche **Ausschlussfrist** für zulässig erklärt<sup>44</sup>.

■ **Beachte:** Es ging **nicht** um eine **tarifliche Ausschlussfrist**, die wegen der Herausnahme der Tarifverträge aus der AGB-Kontrolle hier nicht zur Debatte steht und keine AGB-rechtliche Überprüfung erfährt.

Dies hatte der Gesetzgeber u. a. zum Anlass genommen, die Bereichsausnahme des § 23 Abs. 1 AGB-Gesetz für Arbeitsverträge aufzugeben und diese der AGB-Kontrolle zu unterstellen<sup>45</sup>. Dass die Existenz von Ausschlussfristen möglicherweise eine ar-

42 BAG, Urteil v. 4. März 2004, NZA 2004, 727.

43 Überblick über den Diskussionsstand in Rechtsprechung und Literatur bei Däubler/Dorndorf § 309 Nr. 6 Rn. 6.

44 BAG NZA 2001, 723.

45 BT-Drs. 14/6857, S. 53, abgedruckt auch bei Däubler/Dorndorf, Einl. Rn. 9.

beitsrechtliche Besonderheit ist, mag man vielleicht annehmen, doch würde man das Anliegen des Gesetzgebers missachten, wollte man auch derart kurze Fristen (die er ja gerade korrigieren wollte) als Besonderheit des Arbeitsrechts qualifizieren. Die überwiegende Meinung geht deshalb auch dahin, **drei Monate als absolutes Minimum** anzusehen und diese Frist nicht ab Entstehung des Anspruchs, sondern ab Kenntnis durch den Arbeitnehmer beginnen zu lassen<sup>46</sup>.

Die einzelnen Klauselverbote nach § 309 und nach § 308 BGB können hier ebenso wenig dargestellt werden wie die Konsequenzen, die aus der allgemeinen Vorschrift des § 307 BGB gezogen werden. Insoweit muss auf den Kommentar verwiesen werden.

## VII. DIE NICHT VERTRAGSINHALT GEWORDENE UND DIE RECHTSWIDRIGE KLAUSEL

Was geschieht, wenn eine Klausel z. B. wegen ihres Überraschungscharakters nicht Vertragsinhalt wurde oder wenn sie der Inhaltskontrolle nach den §§ 307 ff. nicht standhielt? In diesem Fall **bleibt der Vertrag als solcher gültig**. Dies ergibt sich aus § 306 Abs. 1 BGB.

*Für das Arbeitsrecht ist dies an sich nichts Neues, da § 139 BGB (»Im Zweifel ist der ganze Vertrag nichtig«) hier sowieso nicht angewandt wird<sup>47</sup>.*

**An die Stelle der unwirksamen Klausel tritt die gesetzliche oder richterrechtliche Regelung.**

*Eine vertragliche Ausschlussfrist von zwei Monaten wird daher durch das gesetzliche Verjährungsrecht ersetzt. Danach verjähren Ansprüche nach näherer Maßgabe der §§ 195 und 199 BGB in drei Jahren.*

Nun könnte allerdings die Überlegung nahe liegen, die unwirksame **Klausel** durch eine solche zu ersetzen, die »gerade noch« **hinnehmbar** wäre. Entsprechend ist beispielsweise das BAG bei den Bindungsfristen im Zusammenhang mit Rückzahlungsklauseln vorgegangen: Wurde das zulässige Maß überschritten, nahm das BAG eine Reduzierung auf den gerade noch zulässigen zeitlichen Umfang vor<sup>48</sup>. Man

46 Däubler/Dorndorf § 310 Rn. 93 ff.

47 S. oben § 2 IV 2 (S. 28).

48 BAG AP Nr. 8 zu § 611 BGB Ausbildungsbeihilfe.

spricht insoweit von einer »**teleologischen Reduktion**«, d. h. einer Rückführung der Klausel im Hinblick auf den mit ihr verfolgten Zweck (Das griechische Wort »telos« bedeutet »Zweck«).

*An die Stelle einer einmonatigen würde so eine dreimonatige Ausschlussfrist treten.*

Dies ist nach der klaren Regelung des § 306 Abs. 1 und 2 BGB **jetzt nicht mehr möglich**. Da dieser zwingenden Charakter hat, nützt auch eine ausdrückliche Klausel, »notfalls« gelte auch eine längere Frist, nicht das Geringste.

*Im Vertrag wird formuliert: »Sollte sich die Frist als zu kurz erweisen, gilt eine der Rechtsordnung entsprechende Frist.« Dies verstößt gegen § 306 und überdies gegen das Transparenzgebot, da der Arbeitnehmer nicht beurteilen kann, auf welche genaue Frist er sich einstellen muss. Klauseln dieser Art, die in anderen Zusammenhängen weit verbreitet sind, nennt man **salvatorische Klauseln** (von lateinisch *salvare* = retten).*

Dies hat auch das BAG in seiner Entscheidung zur Vertragsstrafe anerkannt: Betrug diese ein Monatsgehalt, obwohl sich die Kündigungsfrist nur auf zwei Wochen belief, so war die Vertragsstrafe insgesamt unwirksam, weil eine Reduzierung auf zwei Wochen nach § 306 BGB nicht in Betracht kam<sup>49</sup>. Umstritten ist lediglich, ob das Verbot der teleologischen Reduktion auch für solche Verträge gilt, die noch unter altem Recht abgeschlossen wurden<sup>50</sup>.

## VIII. LÖSUNG DER EINGANGSFÄLLE

Bei den in der Einleitung unter § 1 I genannten vier Fällen ergeben sich sehr unterschiedliche Probleme.

Die meisten Schwierigkeiten wird der **Versetzungsfall** machen. Wer bei einem Unternehmen arbeitet, das Niederlassungen an verschiedenen Orten hat, muss damit rechnen, auf der Grundlage entsprechender arbeitsvertraglicher Abmachungen auch einmal versetzt zu werden<sup>51</sup>. Fraglich ist nur, ob dies auch dann in Ordnung geht, wenn die **neue Tätigkeit eine geringere Wertigkeit** aufweist, ohne dass die Vergütung verändert wird, oder wenn gar auch die Vergütung absinkt. Hier

49 BAG, Urteil v. 4. März 2004, NZA 2004, 727.

50 Zu den Übergangsproblemen s. Däubler/Dorndorf Einl. Rn. 173 ff.

51 Einzelheiten bei Däubler/Dorndorf § 307 BGB Rn. 183 ff.

kommt letztlich alles auf das Ausmaß der Verschlechterungen an<sup>52</sup>. Die Frage der **Reise- und Umzugskosten** ist ein Problem, das im AGB-Recht noch nicht erörtert ist. Hier ist m. E. auf allgemeine Grundsätze zurückzugreifen, wonach jedenfalls die dem Arbeitnehmer aufgrund der Arbeit entstehenden Aufwendungen zu ersetzen sind – doch auf gesichertem Boden bewegt man sich insoweit nicht.

Das generelle **Nebentätigkeitsverbot** mit Genehmigungsvorbehalt (zweite Frage) verstößt gegen das Transparenzgebot. Dazu ist oben unter IV 1 bereits das Nähere ausgeführt.

Eine »**Versorgungsordnung**« wird Bestandteil des Arbeitsvertrags und kann deshalb nur mit Zustimmung der Arbeitnehmer geändert werden. Dem Arbeitgeber bleibt die Möglichkeit, das Versorgungswerk zu schließen und neu Eingestellte nicht mehr aufzunehmen. Außerdem kann er nach bestimmten von der Rechtsprechung entwickelten Regeln im Wege einer Betriebsvereinbarung die Zuwächse für die Zukunft beschränken oder ausschließen, sofern die arbeitsvertragliche Abmachung »betriebsvereinbarungsoffen« ist. Dies wird dann angenommen, wenn die Versorgungsordnung mit dem Betriebsrat abgesprochen war. **Andernfalls sitzt er auf seiner Regelung fest. Die Grundsätze über die Reduzierung betrieblicher Altersversorgungssysteme sind von der Rechtsprechung sehr detailliert ausgestaltet** worden. Auch wenn der Arbeitgeber sich einen Widerruf vorbehalten hatte, gelten die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze. Insoweit ist eine unangemessene Benachteiligung der Arbeitnehmer von vorneherein ausgeschlossen<sup>53</sup>.

Bei der Frage der **Ertragsbeteiligung** geht es gleichfalls um ein Transparenzproblem. Dabei spielt es keine Rolle, dass die Höhe der Vergütung, und damit die Hauptleistung in Rede steht; § 307 Abs. 3 Satz 2 BGB erstreckt das Transparenzprinzip auch auf diesen Bereich. Die Rechtsfolge fehlender »Durchschaubarkeit« kann natürlich nicht im Wegfall der zusätzlichen Ertragsbeteiligung bestehen. Vielmehr wäre – die Frage ist nicht ausreichend erörtert – zu erwägen, unter Anknüpfung an § 305c Abs. 2 BGB ein transparentes Kriterium zu entwickeln, das den Einzelnen auf keinen Fall schlechter stellen darf. Näherliegend wäre es, auf die »übliche Vergütung« nach § 612 BGB abzustellen, wobei es auf die Branche, notfalls auf die Gewinnsituation des Arbeitgebers im Vergleich zu anderen Unternehmen ankäme, die gleichfalls eine Ertragsbeteiligung gewähren.

52 Einzelheiten bei Däubler/Dorndorf § 307 BGB Rn. 188 ff.

53 Einzelheiten bei Däubler, Arbeitsrecht, (oben Fußnote 21), Rn. 1254 ff.; vertiefend Höfer, BetrAVG. Kommentar (Loseblatt – Stand: 2003), Band 1, ART Rn. 317 ff.

## § 4. EIN VERTRAGS- ENTWURF AUS DER PRAXIS

---

### I. EINIGE VORINFORMATIONEN

#### 1. Herkunft des Vertragsentwurfs

Der im Folgenden wiedergegebene und beurteilte Vertragstext sollte bei einem norddeutschen Unternehmen Verwendung finden. Konkret ging es um eine von einem tarifgebundenen Unternehmen **abgespaltene Gesellschaft**, die **ca. 80 Beschäftigte** »mitgenommen« hatte. Nach Ablauf eines Jahres, in dem nach § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB die tariflichen Regelungen als zwingende Vertragsbestimmungen weitergelten, sollte mit den Beschäftigten eine »**Modernisierung**« ihrer **Arbeitsverträge** vereinbart werden. Ein Betriebsrat war (noch) nicht gewählt worden, doch praktizierte der Betriebsrat aus dem Stammunternehmen noch immer so eine Art Übergangsmandat, das aber keinerlei Rechtsgrundlage hatte.

Der allen Beschäftigte gleichermaßen vorgeschlagene neue »Einheitsvertrag« fiel selbstredend unter die §§ 305 ff. BGB. Zwei Punkte müssen zu dem oben in § 3 Gesagten noch nachgetragen werden, da sie bei der Beurteilung des Vertrages eine nicht unbeträchtliche Rolle spielen.

#### 2. Eine Auslegungsvariante verstößt gegen geltendes Recht

Beginnen wir mit dem Einfacheren. Lässt eine Vertragsbestimmung verschiedene Auslegungen zu, so ist – wie wir gesehen haben<sup>54</sup> – nach § 305c Abs. 2 BGB die für den Arbeitnehmer günstigere Variante maßgebend. Dieser Grundsatz kennt aber nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs eine Ausnahme. **Verstößt** nämlich die **Klausel nach einer möglichen Auslegung gegen geltendes Recht**, so ist sie **insgesamt nichtig**. An ihre Stelle tritt dann die gesetzliche oder richterrechtliche Regelung des fraglichen Gegenstands; handelt es sich um eine den Arbeitnehmer belastende Vorschrift, fällt sie ersatzlos weg<sup>55</sup>. Insbesondere **bei sehr weit formulierten Bestimmungen** kann es leicht passieren, dass die Klausel auch einen rechtswidrigen Inhalt mit umfassen könnte.

54 S. oben § 3 IV 2 (S. 53).

55 Einzelheiten und Nachweise bei Däubler/Dorndorf § 305c BGB Rn. 35.

### 3. Veränderungsrechte des Arbeitgebers

Die zweite Frage ist etwas schwieriger. In vielen Arbeitsverträgen wird dem Arbeitgeber das Recht eingeräumt, die ursprünglich vereinbarten **Bedingungen nachträglich zu ändern**. Er hat z. B. die Befugnis, eine Zulage zu widerrufen, oder kann den Arbeitnehmer an einen schlechter bezahlten oder jedenfalls einen geringer bewerteten Arbeitsplatz versetzen. Auch die Änderung des Arbeitsorts kann sogar bei ansonsten gleichen Bedingungen einen erheblichen Eingriff in das Leben des Arbeitnehmers darstellen. Das **AGB-Recht** sieht **für die Einräumung einer solchen einseitigen Gestaltungsmacht bestimmte Grenzen** vor.

**§ 308 Nr. 4 BGB** lässt eine Ermächtigung an den Arbeitgeber, »die versprochene Leistung zu ändern oder von ihr abzuweichen« nur zu, wenn dies unter Berücksichtigung der Interessen des Arbeitgebers für den Arbeitnehmer zumutbar ist. Dies betrifft insbesondere **Widerrufsvorbehalte** bei Zulagen und Sozialleistungen, aber auch die Änderung der Grundvergütung. Bisher hat sich die Rechtsprechung immer nur darum gekümmert, ob die Rücknahme einer Leistung durch den Arbeitgeber der Billigkeit entsprach. Nunmehr ist bereits zu prüfen, ob die Ermächtigung an den Arbeitgeber als solche für den Arbeitnehmer zumutbar ist – schon die **Unsicherheit**, einen Teil des Entgelts in Zukunft nicht mehr zu bekommen, **kann unzumutbar sein**<sup>56</sup>.

Soweit der **Arbeitgeber das Recht** hat, nicht seine eigene **Leistung**, sondern primär die **des Arbeitnehmers zu verändern**, ist § 308 Nr. 4 BGB nicht anwendbar. Wird der Arbeitnehmer beispielsweise auf einen schlechter bezahlten Arbeitsplatz versetzt, so ändert sich die Arbeitsleistung und erst dadurch auch das Entgelt. In solchen Fällen greift man deshalb **unmittelbar auf § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB** zurück. Die Maßstäbe, die man dabei anlegt, sind allerdings dieselben wie im Rahmen des § 308 Nr. 4 BGB. Man fragt also in beiden Fällen, wie viel »Veränderungsgefahr« für den Arbeitnehmer zumutbar ist<sup>57</sup>.

»**Zumutbarkeit**« ist ein **sehr dehnbarer Begriff**, der sich unterschiedlich handhaben lässt. Im Anschluss an die bisherige Rechtsprechung des BAG und die AGB-rechtlichen Grundsätze des Bundesgerichtshofs wird im Kommentar wie folgt unterschieden:

- **Eingriffe in den »Kernbereich« des Arbeitsvertrags**, insbesondere in die Grundvergütung, sind prinzipiell unzulässig. Der Arbeitgeber könnte sonst die

56 Einzelheiten bei Däubler/Dorndorf § 308 Nr. 4 BGB Rn. 41 ff.

57 Däubler/Dorndorf § 307 BGB Rn. 173.

Vorschriften über die Änderungskündigung unschwer umgehen, indem er sich im Arbeitsvertrag eine »Blankovollmacht« ausstellen lässt<sup>58</sup>.

- Auf einer zweiten Stufe, bei der es im weitesten Sinne um Zusatzleistungen geht, ist ein Widerruf nur möglich, wenn sich der Arbeitgeber auf einen »**schwerwiegenden**« oder »triftigen« **Grund** stützen kann<sup>59</sup>.
- Für alle anderen Veränderungen reicht jeder »sachliche Grund« aus<sup>60</sup>.

Übertragen auf den von § 307 Abs. 1 BGB erfassten Fall der **Zuweisung einer geringerwertigen Tätigkeit** bedeutet dies, dass eine Herabgruppierung um mehr als zwei Vergütungsgruppen generell ausscheidet<sup>61</sup>. Schwerwiegende, gerichtlich überprüfbare Gründe müssen vorliegen, wenn die **Absenkung über eine Vergütungsgruppe hinausgeht**<sup>62</sup>. Macht die Geringerwertigkeit der neuen Tätigkeit höchstens eine Vergütungsgruppe aus, so soll jeder sachliche Grund genügen<sup>63</sup>. Dies sind Richtwerte, da zum neuen Recht noch keine arbeitsgerichtliche Rechtsprechung vorliegt.

## II. DER FORMULARARBEITSVERTRAG

### Arbeitsvertrag

zwischen                      Firma A.  
und                                Name, Vorname, geboren am ..., in ...

### 1. Tätigkeit

Sie werden ab:            Datum  
als:                            Funktion  
für den Bereich:        Abteilung            eingestellt.

Die Firma ist berechtigt, Ihnen auch eine andere zumutbare Tätigkeit zuzuweisen, die Ihrer Qualifikation und Ihren Fähigkeiten entspricht. In Einzelfällen verpflichten Sie sich, vorübergehend, je nach betrieblicher Notwendigkeit, auch andere Tätigkeiten durchzuführen.

58 Däubler/Dorndorf § 308 Nr. 4 BGB Rn. 42.

59 Däubler/Dorndorf § 308 Nr. 4 BGB Rn. 44 ff.

60 Däubler/Dorndorf § 308 Nr. 4 BGB Rn. 52.

61 Däubler/Dorndorf § 307 BGB Rn. 188.

62 Däubler/Dorndorf § 307 BGB Rn. 189.

63 Däubler/Dorndorf § 307 BGB Rn. 190.

**Bewertung:**

Die Eingangsformulierung enthält die notwendigen Angaben zur Individualisierung der Vertragsparteien, zum Arbeitsbeginn und zur Funktion. Bei Letzterer ist auf eine möglichst enge Umschreibung zu achten, um so das mögliche **Einsatzfeld überschaubarer** zu machen.

Die **zweite Hälfte** gibt zu erheblichen rechtlichen Bedenken Anlass. Dies gilt bereits für ihren ersten Satz. Hier kann man zumindest zweifeln, ob dem **Transparenzprinzip** Rechnung getragen ist, da für den Einzelnen nicht voraussehbar ist, was alles in diesen Bereich fallen könnte. Immerhin ist durch das Erfordernis der Zumutbarkeit und die Bezugnahme auf Qualifikation und Fähigkeiten eine einigermaßen abschätzbare Eingrenzung möglich. Für den zweiten Satz gilt dies allerdings nicht: Hier ist pauschal von »**anderen Tätigkeiten**« die Rede. Diese sind nur dadurch umschrieben, dass sie vorübergehenden Charakter haben und sich auf Einzelfälle beschränken und dass sie sich auf betriebliche Notwendigkeiten stützen müssen. Das ist so pauschal, dass sich nicht voraussehen lässt, welche Aufgaben hier auf den Einzelnen zukommen können.

Hinzu tritt ein weiterer Gesichtspunkt. Da die Tätigkeiten nicht näher umschrieben sind, können sie auch solche umfassen, deren Zuweisung in den Kernbereich des Arbeitsvertrags eingreifen und eine Herabgruppierung um mehr als zwei Vergütungsgruppen bewirken würden. Dies wäre aber ein Verstoß gegen § 307 BGB. Wie oben unter I 2 ausgeführt, ist eine Klausel auch dann unwirksam, wenn sie nur in einer Auslegungsvariante gegen geltendes Recht verstößt.

**Ergebnis:** Der letzte Satz verstößt sowohl gegen das Transparenzprinzip als auch gegen § 307 Abs. 1 BGB. Er ist deshalb unwirksam.

**2. Dienstsitz**

Ihr Dienstsitz ist B. Falls betriebliche Interessen es erfordern, kann seitens der Firma ein anderer Arbeitsort angeordnet werden. Hierbei werden Ihre Interessen angemessen berücksichtigt.

**Bewertung:**

Die bloße Versetzung an einen anderen Arbeitsort kann nicht generell als unangemessene Benachteiligung des Arbeitnehmers qualifiziert werden. Da einerseits verlangt wird, dass betriebliche Interessen einen Ortswechsel erfordern und an-

dererseits auch die Interessen des Arbeitnehmers angemessen zu berücksichtigen sind, würde die Klausel wohl bei jedem Gericht durchgehen<sup>64</sup>.

### 3. Arbeitszeit

Die regelmäßige Arbeitszeit beträgt 40 Stunden wöchentlich. Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit sowie Pausen richten sich nach der jeweiligen betrieblichen Ordnung. Die Firma ist berechtigt, Änderungen anzuordnen.

#### **Bewertung:**

Der Übergang zur 40-Stunden-Woche ist in einem tariffreien Unternehmen nichts Außergewöhnliches. Rechtliche Bedenken bestehen insoweit nicht. Satz 2 wäre unbedenklich, wenn sich hinter der »betrieblichen Ordnung« eine **Betriebsvereinbarung** verbergen würde. Sie ist als solche durch § 310 Abs. 4 von der AGB-Kontrolle ausgenommen; dies würde sich auch auf eine **Bezugnahme Klausel** im Arbeitsvertrag erstrecken. Nur: Wie der dritte Satz andeutet, geht die Firma ersichtlich nicht davon aus, dass ein Betriebsrat gewählt wird. Die »**jeweilige betriebliche Ordnung**« wird dann vom Arbeitgeber einseitig festgesetzt und – wie Satz 3 deutlich macht – bei Bedarf geändert. Die Lage der Arbeitszeit ist aber für den Arbeitsvertrag von so erheblicher Bedeutung, dass eine Festlegung sowie eine Änderung nicht einfach dem freien Belieben des Arbeitgebers überlassen werden kann. Vielmehr müssen hier jedenfalls **für eine Änderung schwerwiegende Gründe** sprechen. Insoweit ist § 307 Abs. 1 BGB im vorliegenden Fall verletzt. Außerdem ergeben sich Bedenken im Hinblick auf das Transparenzprinzip, da nicht voraussehbar ist, wie die Lage der Arbeitszeit jeweils beschaffen sein wird.

### 4. Gehalt

Sie erhalten für Ihre Tätigkeit ein monatliches Gehalt in Höhe von € brutto (in Worten:).

Das Gehalt wird jeweils unter Verrechnung der gesetzlichen Abzüge zum Monatsende auf ein von Ihnen anzugebendes Konto eines Geldinstituts überwiesen.

Mit diesem Gehalt ist der gesamte zeitliche Umfang Ihrer Tätigkeit einschließlich Reisezeiten und etwa zu leistender Mehrarbeit abgegolten.

Das Gehalt wird einmal jährlich überprüft.

64 S. Däubler/Dorndorf § 307 BGB Rn. 193.

Bei wesentlichen Änderungen Ihres Aufgabengebietes werden wir Ihre Bezüge überprüfen und ggf. neu festsetzen.

### **Bewertung:**

Über die Gehaltshöhe lässt sich mangels näherer Angaben keine Aussage machen. Die Art und Weise der Bezahlung gibt zu keinen Bedenken Anlass.

Bei der Mehrarbeit wird man wegen ihrer Unbestimmtheit dagegen ein wenig nachdenken müssen. Die obige Textpassage spricht von »**etwa zu leistender Mehrarbeit**«. Da diese an keiner anderen Stelle des Vertrages auftaucht, muss man davon ausgehen, dass die Beschäftigten auch zu Überstunden verpflichtet sind. Würde es sich hier um eine freiwillige Zusatzleistung der Arbeitnehmer handeln, wäre dies in Nr. 4 hervorzuheben gewesen; die Formulierung »zu leistender Mehrarbeit« spricht demgegenüber eindeutig für eine Pflicht. Der **Umfang dieser Pflicht** ist in keiner Weise näher eingegrenzt, so dass auch 30 oder 40 Überstunden im Monat erfasst wären. Dies ist unzulässig, weil

- es an der erforderlichen Transparenz fehlt und weil
- eine solche Verpflichtung eine unangemessene Benachteiligung des Arbeitnehmers im Sinne des § 307 Abs. 1 BGB wäre<sup>65</sup>.

Bei dem Transparenz-Argument kann man sich auf eine (an der angegebenen Kommentarstelle zitierte) Entscheidung des OLG Frankfurt/Main<sup>66</sup> stützen, die einen ähnlichen Fall zum Gegenstand hatte: Der Rechtsanwalt hatte mit seinem Mandanten lediglich ein bestimmtes Stundenhonorar vereinbart, aber die Höchststundenzahl offen gelassen. Dies war als »intransparent« vom OLG Frankfurt/Main beanstandet worden<sup>67</sup>.

Man kann auch nicht die Klausel in der Weise zurückstutzen, dass man nur eine bescheidene Zahl von Überstunden als gedeckt ansieht: Nicht nur, dass der Vertrag keinerlei Anhaltspunkte dafür bietet, wo diese Grenze zu ziehen wäre – wie wir oben gesagt haben, kommt nach § 306 BGB keine »teleologische Reduktion« von unwirksamen AGB-Klauseln in Betracht<sup>68</sup>.

### **Ergebnis:**

Die Bestimmung, wonach die »Mehrarbeit« mitabgegolten ist, ist unwirksam.

65 Däubler/Dorndorf § 307 BGB Rn. 290.

66 NJW-RR (= Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungsreport) 2000, 1367.

67 Ebenso Stoffels, AGB-Recht, München 2003, Rn. 565.

68 S. oben § 3 VII (S. 59).

Bedenken ergeben sich auch gegen die in den beiden letzten Absätzen enthaltene **Anpassung des Gehalts**. Zunächst heißt es, dieses werde »einmal jährlich überprüft«, was ein für den Arbeitnehmer positives, aber auch ein negatives Ergebnis haben kann. Würde lediglich diese Vorschrift als Extrabestimmung im Vertrag stehen, läge es an sich näher, den Begriff »Überprüfung« in dem Sinne zu verstehen, dass über eine mögliche Anhebung zu befinden ist. Im vorliegenden Zusammenhang folgt aber die Formulierung, dass bei wesentlichen Änderungen des Aufgabenbereichs die Bezüge ggf. neu festgesetzt werden. Da nach dem Gesamtzusammenhang des Vertrages auch weniger gut vergütete oder bewertete Tätigkeiten zugewiesen werden können, lässt sich die »**Neufestsetzung**« **keineswegs nur** als **Verbesserung** verstehen. Dasselbe wird man deshalb dem reinen Wortsinn entsprechend auch bei der Überprüfung annehmen müssen.

Ein solcher **Eingriff in die »Hauptleistung«** des Arbeitgebers ist grundsätzlich nur unter sehr engen Voraussetzungen möglich. Dies wurde oben unter I dargelegt. Konsequenz: Da keinerlei Gründe genannt sind, die zu einer »Überprüfung nach unten« führen könnten, deckt die Klausel auch eindeutig rechtswidrige Veränderungen ab. Dasselbe gilt für die »wesentlichen Änderungen des Arbeitsbereichs«, die gleichfalls so weit gehen können, dass sie nicht mehr von § 307 Abs. 1 gedeckt sind. In solchen Fällen, wo eine Variante der Auslegung und Handhabung rechtswidrig ist, ist die **ganze Klausel unwirksam**<sup>69</sup>. Auch hier haben sich die Verfasser des Vertragsentwurfs keinen Gefallen getan.

## 5. Jahressonderzahlung

Für Ihre Tätigkeit erhalten Sie außerdem eine von der Geschäftslage des Unternehmens und von Ihrer persönlichen Leistung abhängige variable Jahressonderzahlung.

Für das Ein- und Austrittsjahr erfolgt die Zahlung nach den jeweils geltenden Richtlinien.

### **Bewertung:**

Bei der Jahressonderzahlung handelt es sich um einen **Teil der Hauptleistung**, so dass **keine inhaltliche Angemessenheitskontrolle** stattfindet; nach § 307 Abs. 3 Satz 2 BGB wird lediglich die Einhaltung des Transparenzprinzips überprüft. Daran fehlt es ersichtlich, weil **keinerlei konkret handhabbare Kriterien** genannt sind.

69 S. oben I 2 (S. 61).

*Führt ein Bilanzgewinn von 3 % oder erst einer von 10 % zu einer Jahressonderzahlung? Nach welchen Gesichtspunkten wird die »persönliche Leistung« beurteilt, die weitere Voraussetzung sein soll? Hier hat der Arbeitgeber sich alle denkbaren Freiheiten vorbehalten. Das System kann auf eine sog. **Nasenprämie** hinauslaufen.*

Die Folge eines so eklatanten Verstoßes gegen das Transparenzprinzip ist die Unwirksamkeit der Klausel. An ihre Stelle tritt nach § 306 Abs. 2 die gesetzliche (oder richterrechtliche) Regelung. Eine solche gibt es aber hier nicht; auch wenn man noch so lange sucht, wird man kein »Jahressonderzahlungsgesetz« finden. Auch die Rechtsprechung hat sich immer nur mit der Frage befasst, ob die Zahlung unter bestimmten Voraussetzungen verweigert werden kann

### **Beispiel:**

Der Arbeitnehmer war das ganze Jahr über krank oder in Elternzeit.

und wie mit Personen zu verfahren ist, die während des laufenden Jahres ausgeschieden sind. Was bei einer nichtigen Zusage erfolgen soll, ist bislang nicht entschieden – was damit zusammenhängt, dass das Transparenzprinzip zwar auch schon in der Vergangenheit in der Rechtsprechung da und dort auftauchte, aber erst durch die Schuldrechtsmodernisierung in Form des § 307 Abs. 3 Satz 2 BGB ausdrücklich auch auf die Hauptleistung erstreckt wurde.

Wie in anderen Fällen wird man bei Fehlen von »hilfsweise« eingreifenden Normen eine sog. **ergänzende Vertragsauslegung** vornehmen.

### **Zum Begriff:**

Viele Verträge enthalten Lücken, d. h. die Vertragsparteien haben bestimmte Probleme nicht bedacht. Wenn der Vertrag nicht insgesamt unwirksam ist, muss man eine Lösung finden, wenn man sich über ein Problem streitet, das nicht ausdrücklich geregelt wurde. Hier wird eine sog. ergänzende Vertragsauslegung praktiziert, d. h. man fragt danach, was anständige Vertragspartner in Kenntnis des Problems vereinbart hätten, man fragt nach der »hypothetischen« Regelung. In der Realität ist diese meist mit dem identisch, was der Richter selbst als angemessen erachtet (Das steht aber in keinem Urteil so, man hält immer die Vorstellung aufrecht, dass es um die Erforschung des Willens geht, den die Parteien gehabt hätten, wenn sie das Problem erkannt hätten ...).

Diese »ergänzende Vertragsauslegung« wird auch dann herangezogen, wenn die Lücke nachträglich entstand, weil man erst später entdeckte, dass eine Bestimmung unwirksam war.

Was hätten anständige Vertragsparteien im vorliegenden Zusammenhang vereinbart? Hier würde ein Richter in erster Linie danach fragen, **wie in vergleichbaren Unternehmen** verfahren wird. Wie groß ist dort der variable Anteil der Vergütung? Ein weiterer Anhaltspunkt könnte im vorliegenden Zusammenhang sein, wie die Praxis im Stammunternehmen aussieht. Unterstellt man einmal, dort habe es wegen der Tarifbindung etwas Derartiges gar nicht gegeben, müsste man im Einzelfall die fest vereinbarten Vergütungen in der abgespaltenen Tochter mit den Entgelten vergleichen, die für eine ähnliche oder identische Tätigkeit im Stammunternehmen bezahlt werden. Liegen die Fixgehälter der »Ausgliederten« niedriger, wäre die variable Jahressonderzahlung als »Ausgleich« zu qualifizieren. Dies würde bedeuten, dass in Jahren mit einem ausgewiesenen Bilanzgewinn erheblich mehr als die Differenz bezahlt werden müsste<sup>70</sup>.

*Wir kommen hier in eine Situation, wo man **nicht einfach eine klare Lösung aus dem Kommentar oder einer sonstigen Quelle entnehmen** kann. Hier hängt viel von einem guten Anwalt ab, der im Einzelfall die von ihm für richtig gehaltene ergänzende Vertragsauslegung plausibel begründen muss. Im konkreten Fall wäre mit einem einigermaßen aufgeschlossenen Richter zu rechnen, da derart umfassende Ermächtigungen an den Arbeitgeber eine allzu einseitige Angelegenheit sind, die in der Praxis eher selten vorkommen und auch beim zuständigen Richter nicht unbedingt Sympathie wecken werden.*

## 6. Vermögenswirksame Leistungen

Sie haben Anspruch auf Zahlung einer vermögenswirksamen Leistung in Höhe von monatlich 26,59 Euro brutto. Teilzeitbeschäftigte erhalten eine entsprechend anteilige Leistung. Der Anspruch auf vermögenswirksame Leistungen richtet sich nach den gesetzlichen Bestimmungen.

### **Bewertung:**

Ausnahmsweise ist gegen die Vorschrift nichts vorzubringen. Der letzte Satz ist etwas ungenau formuliert, da Grundlage des Anspruchs ja der Arbeitsvertrag ist. Ge-

70 Däubler/Dorndorf § 307 BGB Rn. 293.

meint sind alle weiteren Fragen wie insbesondere die steuerliche Behandlung; sie sollen sich nach der gesetzlichen Regelung bestimmen. Dies ist eine sog. **deklaratorische Klausel**<sup>71</sup>, die nicht der AGB-Kontrolle unterliegt. Die Behandlung der Teilzeitkräfte entspricht dem, was § 4 Abs. 1 TzBfG als Mindestregelung vorschreibt.

## 7. Dienstverhinderung/Krankheit

Jede Dienstverhinderung, deren voraussichtliche Dauer und Grund ist der Firma sofort nach Kenntnis anzuzeigen. Im Krankheitsfall ist spätestens bis zum dritten Arbeitstag der Krankheit eine ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vorzulegen.

### Bewertung:

Auch hier gibt es keine wesentlichen Bedenken. Die Anzeigepflicht ergibt sich aus dem EFZG. Die Pflicht zur Vorlage eines **ärztlichen Zeugnisses** ist im Gesetz erst für den vierten Tag der Erkrankung vorgeschrieben, doch kann der Arbeitgeber eine frühere Vorlage verlangen. Dies wird man auch im Arbeitsvertrag tun können; eine Vorverlagerung um einen Tag ist auch nicht unangemessen.

*Wer die deutsche Sprache liebt, dem dreht sich allerdings bei der Formulierung »bis zum dritten Arbeitstag der Krankheit« der Magen um. Hat die Krankheit wirklich Arbeitstage? Man ist versucht zu sagen: Der Verfasser wird sicherlich irgendwann einmal geholfen. In der Sache sind solche Dinge aber harmlos, denn man weiß ja, was in Wirklichkeit gemeint ist. Verträge müssen nicht unbedingt dieselben sprachlichen Standards wie ein Abitursaufsatz in Deutsch aufweisen.*

## 8. Gehaltszahlung bei Krankheit und im Todesfall

Nach Ablauf der Probezeit erhalten Sie bei Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit oder Unfalles jeweils nach Beendigung der gesetzlichen Gehaltsfortzahlungspflicht eine Beihilfe in Höhe der Differenz zwischen dem höchsten Brutto-Leistungssatz der gesetzlichen Krankenkasse bzw. der Berufsgenossenschaft und ihrem Nettogehalt und zwar für die Dauer von neun Monaten. Sofern Sie Ihre Bezüge zur Kranken-, Pflege- oder Rentenversicherung selbst abführen, ist von einem Nettogehalt auszugehen, das um die nicht einbehaltenen Arbeitnehmeranteile zu kürzen ist. Die ausgezahlten Arbeitgeberanteile gehören ebenfalls nicht zum Nettogehalt.

71 Zu diesem Begriff s. oben § 3 V 1 (S. 54).

Im Falle Ihres Ablebens zahlt die Firma die unter Ziffer 4 genannten Bezüge für den Sterbemonat und für die Dauer von weiteren drei Monaten.

Schadensersatzansprüche gegen Dritte bei Unfall oder Krankheit sind an die Firma abgetreten bis zur Höhe des Betrages, den die Firma für die Zahlungen nach den vorstehenden oder gesetzlichen Bestimmungen aufzuwenden hat. Es sind der Firma alle notwendigen Angaben zur Durchsetzung des Schadensersatzanspruches zu machen.

### **Bewertung:**

Die Vorschrift stockt das Krankengeld auf (was aus dem bisher geltenden Tarifvertrag entnommen ist). Irgendwelche Bedenken sind nicht ersichtlich. Auch die Abtretung der Schadensersatzansprüche ist unproblematisch, da man ja in gleicher Höhe eine Zahlung durch den Arbeitgeber erhält.

## **9. Urlaub**

Ihr laufender jährlicher Urlaubsanspruch beträgt 30 Arbeitstage, bezogen auf eine Fünf-Tage-Woche.

Arbeitsbefreiung aus besonderem Anlass wird entsprechend den jeweils geltenden betrieblichen Bestimmungen gewährt.

### **Bewertung:**

Der Urlaubsanspruch ist gleichfalls aus dem Tarifvertrag übernommen und in keiner Weise zu beanstanden. Die »**Arbeitsbefreiung aus besonderem Anlass**« hat mal wieder Gummicharakter. Auch weiß man nicht, was unter »betrieblichen Bestimmungen« zu verstehen ist. Auch hier ist dem Transparenzprinzip nicht Rechnung getragen. Wäre auf eine Betriebsvereinbarung verwiesen, könnte man eine solche Vorschrift wohl stehen lassen. Da die »betrieblichen Bestimmungen« aber auch einseitig vom Arbeitgeber festgesetzt sein können, gelten ausschließlich vertragsrechtliche Maßstäbe – und danach muss für den Einzelnen voraussehbar sein, was auf ihn zukommt.

**Im Gesetz** existiert hier ausnahmsweise ein **detaillierte Regelung**. Nach **§ 616 BGB** kann bei unverschuldeter Arbeitsverhinderung Entgeltzahlung verlangt werden. Voraussetzung ist, dass der Hinderungsgrund in der Person des Arbeitnehmers liegt und dass nur eine »verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit« betroffen ist<sup>72</sup>. Diese

72 Was dies im Einzelnen bedeutet, lässt sich in jedem Lehrbuch oder BGB-Kommentar nachlesen. S. z. B. Däubler, Arbeitsrecht 2, 11. Aufl., Reinbek 1998, Rn. 852 f.

Vorschrift tritt an die Stelle des unwirksamen zweiten Satzes von Nr. 9. Dass ggf. auch ohne Vorliegen der Voraussetzungen des § 616 BGB eine Freistellung gewährt werden kann, ist selbstverständlich und bedarf keiner Hervorhebung im Vertrag. Durch die »Streichung« der zweiten Hälfte von Nr. 9 wird deshalb auf nichts verzichtet, was nicht ohnehin gelten würde.

## **10. Dienstreisen**

Es besteht die Verpflichtung, Dienstreisen durchzuführen. Für die Erstattung der Kosten gelten unsere Richtlinien in ihrer jeweils gültigen Fassung.

### **Bewertung:**

Die Vorschrift ist im Grunde überflüssig, da der Arbeitgeber sowieso kraft seines Direktionsrechts nach § 106 GewO auch Dienstreisen anordnen kann. Die dadurch entstehenden Kosten sind dem Arbeitnehmer zu erstatten; die Richtlinien dürfen nicht weniger vorsehen. Die Bestimmung hat deshalb deklaratorischen Charakter.

## **11. Erfindungen**

Erfindungen und technische Verbesserungen, die Sie während des Arbeitsverhältnisses innerhalb oder außerhalb der Arbeitszeit machen und die Tätigkeitsbereiche der Firma betreffen, haben Sie der Firma unverzüglich schriftlich zu melden und zur Verfügung zu stellen. Sie werden nach den geltenden gesetzlichen Bestimmungen über Arbeitnehmererfindungen behandelt und ggf. entschädigt.

### **Bewertung:**

Die Regelung verweist der Sache nach auf das Arbeitnehmererfindergesetz. Auch sie hat deklaratorischen Charakter und unterliegt deshalb nicht der AGB-Kontrolle.

## **12. Nebentätigkeit**

Eine auf Erwerb gerichtete Nebentätigkeit bedarf der vorherigen Zustimmung der Firma. Das gleiche gilt für die Beteiligung an einer anderen Firma sowie für die Mitwirkung in Aufsichtsorganisationen einer anderen Gesellschaft, wenn das Arbeitsverhältnis oder die Interessen der Firma davon betroffen werden.

Die Übernahme von Ehrenämtern, soweit die Interessensphäre der Firma davon berührt werden könnte, geben Sie uns bitte vorher bekannt. Veröffentlichungen, Vorträge und Gutachten bedürfen der vorherigen Zustimmung der Geschäftsführung, wenn sie das Arbeitsgebiet oder die Interessen der Firma betreffen.

Geschäftliche Verbindungen mit Lieferanten, Kunden und sonstigen Geschäftspartnern dürfen nicht zum persönlichen Vorteil ausgenutzt werden.

### **Bewertung:**

Satz 1 des ersten Absatzes ist als **intransparente Vorschrift** unwirksam. Dies wurde im Einzelnen schon an anderer Stelle ausgeführt<sup>73</sup>. Der zweite Satz ist demgegenüber nicht zu beanstanden, da die Beteiligung als Gesellschafter oder in Aufsichtsorganen nicht dazu führen darf, dass man dem Arbeitgeber Wettbewerbsmacht oder dass wegen Terminkollisionen die Tätigkeit im Arbeitsverhältnis leidet.

■ Mit den »Aufsichtsorganisationen« sind wohl »Aufsichtsräte« wie ein Aufsichtsrat gemeint. Eine andere Gesellschaft hat in der Regel keine »Aufsichtsorganisationen«. Ein Deutschlehrer würde auch hier seinen Rotstift zücken.

Die **Übernahme von Ehrenämtern** »vorher« bekannt zu geben, ist schwierig. Denkt man etwa an die Tätigkeit in einem Elternbeirat oder – wichtiger – in einem Gemeinderat, so ist allenfalls die Bekanntgabe einer Kandidatur möglich. Zwischen der Wahl und der Annahme der Wahl den Arbeitgeber zu informieren, erscheint wenig sachgerecht. Anders dann, wenn das Ehrenamt nicht auf Wahl beruht, sondern dem Einzelnen angetragen wird. Eine Information ist gleichwohl aus Rechtsgründen fraglich, da sie das Privatleben betrifft; nur dann wenn die Tätigkeit im Arbeitsverhältnis leiden könnte, hat der Arbeitgeber ein berechtigtes Interesse, von der Angelegenheit zu erfahren.

Bei der Formulierung über **Veröffentlichungen**, Vorträge und Gutachten gerät man in einen Bereich, wo es praktisch keine höchstgerichtliche Rechtsprechung gibt. In der Literatur wird die Auffassung vertreten, dass jedenfalls bei wissenschaftlich tätigen Personen eine solche Genehmigungspflicht nicht zulässig ist. Dies folgt aus der Garantie der Wissenschaftsfreiheit nach Art. 5 Abs. 3 GG<sup>74</sup>. Unter AGB-rechtlichen Gesichtspunkten fehlt der Bestimmung eine Aussage darüber, wann die Zustimmung zu gewähren ist und wann sie verweigert werden kann. Insoweit fehlt genau wie bei der Nebentätigkeit die nötige Transparenz.

73 S. oben § 3 VIII (S. 60).

74 Zum Schutz der Arbeitnehmergrundrechte s.o. § 2 IV 5 (S. 31).

Der letzte Satz ist zwar gleichfalls etwas allgemein formuliert, dürfte im Ergebnis aber noch »durchgehen«. Gedacht ist insbesondere an die Entgegennahme von Schmiergeldern.

### 13. Geheimhaltungspflicht/Verschwiegenheit

Sie sind wie die Firma verpflichtet, das Datengeheimnis gemäß Bundesdatenschutzgesetz zu wahren.

Sie sind verpflichtet, über alle Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse sowohl während der Dauer des Anstellungsverhältnisses als auch nach dessen Beendigung Dritten gegenüber, zu denen auch Familienangehörige zählen, Stillschweigen zu bewahren.

Geschäftliche Aufzeichnungen jeder Art, insbesondere Berechnungen, Skizzen, Zeichnungen, Schriftstücke und Drucksachen, Ton- und Datenträger – auch wenn sie von ihnen selbst angefertigt sind – sind Eigentum der Firma.

Sie erklären sich damit einverstanden, dass von Ihnen personenbezogene Daten im Rahmen der Erfordernisse des Arbeitsverhältnisses gespeichert, genutzt und verarbeitet werden.

#### **Bewertung:**

Wer mit personenbezogenen Daten zu tun hat, muss das Datengeheimnis achten, darf seine Informationen also nicht einfach an Dritte weitergeben. Allerdings erfordert dies eine besondere **Verpflichtungserklärung nach § 5 BDSG**, die nicht einfach in den Arbeitsvertrag übernommen werden kann.

Die Vorschrift über Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse ist im Kern nicht zu beanstanden, weil sie sowieso einer **vertraglichen Nebenpflicht des Arbeitnehmers** entspricht. Die zeitliche Fortdauer auch nach Ende des Arbeitsverhältnisses erweckt allerdings insofern Bedenken, als damit eine **andere Tätigkeit im Geschäftsbereich des Arbeitgebers** für die Zukunft ausgeschlossen sein kann.

*Hat die Firma ein bestimmtes Verfahren entwickelt, das als Betriebsgeheimnis zu qualifizieren ist, und geht der Beschäftigte nach ordnungsgemäßer Kündigung zu einer anderen Firma, so kann er schwerlich sein Wissen für sich behalten und den neuen Arbeitgeber, der das Verfahren nicht kennt, weiter im Dunkeln tappen lassen. Für den ersten Arbeitgeber ist es allerdings misslich, auf diese Weise sein Wissen an die Konkurrenz zu verlieren. Dagegen kann man sich aber durch ein sog. nachvertragliches Wettbewerbsverbot schützen: Es muss schriftlich vereinbart*

*werden, darf zwei Jahre nicht übersteigen und muss eine sog. Karenzentschädigung vorsehen, die mindestens die Hälfte der bisherigen Bezüge ausmacht. Diese spezifische Regelung, die auf einer Abwägung der beiderseitigen Interessen beruht, würde dadurch umgangen, dass man in mehr oder weniger weitem Umfang den Arbeitnehmer zur Wahrung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen auch nach dem Ausscheiden aus dem Unternehmen verpflichtet. Eine solche Umgehung ist rechtswidrig. Auch wenn sie nicht in allen Fällen anzunehmen ist (nicht immer sind Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse für Konkurrenten interessant oder bei einer neuen Tätigkeit von Bedeutung), so reicht es nach § 305c Abs. 2 BGB doch aus, dass die Regelung **in einem möglichen Anwendungsfall rechtswidrig** ist. Die Fortdauer der Geheimhaltungspflicht nach Ende des Arbeitsverhältnisses ist daher zu beanstanden.*

Das **Eigentum der Firma** an den geschäftlichen Aufzeichnungen erscheint nicht unangemessen. Dass man Derartiges ausdrücklich regelt, ist aus Sicht des Arbeitgebers verständlich, da beispielsweise die Speicherung von Betriebsdaten auf einer dem Arbeitnehmer gehörenden CD einige Probleme aufwerfen könnte.

Der letzte Satz hat keine eigenständige Bedeutung, da sich die Datenverarbeitung »im Rahmen der Erfordernisse des Arbeitsverhältnisses« schon aus § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BDSG ergibt. Insoweit handelt es sich um eine deklaratorische Klausel.

## **14. Beendigung des Arbeitsverhältnisses**

Die ersten sechs Monate der tatsächlichen Tätigkeit gelten als Probezeit. Während dieser Zeit beträgt die beiderseitige Kündigungsfrist vier Wochen zum Ende des Kalendermonats. Nach Ablauf der Probezeit beträgt die beiderseitige Kündigungsfrist drei Monate zum Quartalsende.

Sind dem Arbeitgeber durch Gesetz längere Kündigungsfristen vorgeschrieben, so gelten dieselben auch für den Arbeitnehmer. Eine Kündigung bedarf grundsätzlich der Schriftform.

Das Dienstverhältnis endet in jedem Fall mit Ablauf des Monats, in dem eine Berufs- bzw. Erwerbsunfähigkeitsrente aus der gesetzlichen Rentenversicherung zuerkannt wird, spätestens jedoch mit Ablauf des Monats, in dem Sie das 65. Lebensjahr vollenden.

Ist das Arbeitsverhältnis gekündigt, so hat die Firma das Recht, den Arbeitnehmer unter Weiterzahlung der vertraglichen Bezüge jederzeit von der Arbeitsleistung freizustellen.

Alle angefertigten oder überlassenen Unterlagen und Gegenstände sind nach Aufforderung bzw. bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses unaufgefordert an die Firma herauszugeben. Zurückbehaltungsrechte sind ausgeschlossen.

### **Bewertung:**

Die **Probezeit** darf nicht länger als sechs Monate dauern. Eine Ausnahme wird nur bei besonders qualifizierten und komplizierten Aufgaben gemacht, bei denen sich der Arbeitgeber erst dann ein ausreichendes Bild von den Qualitäten des Arbeitnehmers machen kann. Dass ein solcher Ausnahmetatbestand hier vorliegen könnte, ist nicht ersichtlich.

Die Obergrenze von sechs Monaten ist hier dadurch überschritten, dass nicht auf den rechtlichen Bestand des Arbeitsverhältnisses, sondern **auf die tatsächliche Tätigkeit abgestellt** wird. Dies erscheint unzulässig; bei der Wartezeit nach § 1 Abs. 1 KSchG ist jedenfalls anerkannt, dass Unterbrechungen z. B. durch Krankheit oder Elternzeit nichts am Lauf der Sechs-Monats-Frist ändern<sup>75</sup>. Dies wird man auf die Probezeit übertragen müssen. Groß ist der Effekt allerdings nicht, da auch während der Probezeit eine Kündigungsfrist von vier Wochen vorgesehen ist und das KSchG nach sechsmonatiger Dauer des Arbeitsverhältnisses automatisch eingreift.

Die im Folgenden festgelegten **Kündigungsfristen sind für den Arbeitnehmer außerordentlich lang**. Man könnte sie mit dem Argument beanstanden, das Recht zum Arbeitsplatzwechsel sei hier in unangemessener Weise beeinträchtigt. Bisher gibt es praktisch keine Vorüberlegungen in dieser Richtung; man würde also bei einem etwaigen gerichtlichen Verfahren Neuland betreten.

Dass die Kündigung der **Schriftform** bedarf, ergibt sich schon aus § 623 BGB. Es noch einmal in den Arbeitsvertrag hineinzuschreiben, ist aber unschädlich.

Die **Beendigung bei Erwerbs- und Berufsunfähigkeit sowie mit Ablauf des 65. Lebensjahres** ist dem Tarifvertrag entnommen. Würde auf diesen verwiesen, wäre die Klausel unproblematisch, da dann keine AGB-Kontrolle Platz greifen würde.

Ob dasselbe auch im Arbeitsvertrag vereinbart werden kann, erscheint höchst zweifelhaft. Vom Wortlaut her ist auch der Fall erfasst, dass die **Berufs- oder Erwerbsunfähigkeit nur für einige Zeit besteht**; in diesen Fällen müsste ein Wiedereinstellungsanspruch in Betracht kommen. Auch das automatische Ende mit dem 65. Lebensjahr ist dann **nicht akzeptabel, wenn nicht gleichzeitig ein Rentenanspruch besteht**. Fälle dieser Art werden zwar absolute Ausnahmen sein, sie

<sup>75</sup> Kittner/Däubler/Zwanziger § 1 KSchG Rn. 21.

sind aber nicht auszuschließen. Für solche Fälle ist sogar eine Altersgrenze durch Betriebsvereinbarung vom BAG beanstandet worden<sup>76</sup>. Da die Klausel über die Beendigung mit dem 65. Lebensjahr auch solche Fälle erfasst, ist sie insgesamt unwirksam. Anders wäre es, wenn das Vorliegen eines Rentenanspruchs zur Bedingung gemacht würde.

Die **Freistellung** von der Arbeit gegen den Willen des Arbeitnehmers ist ein **Einriff in seine Persönlichkeitssphäre**. Dieser ist sicherlich nach einer Kündigung und damit während des Laufs der Kündigungsfrist leichter möglich als während eines ungekündigten Arbeitsverhältnisses. Auch dann muss allerdings ein überwiegendes Arbeitgeberinteresse vorliegen, auf das hier nicht abgestellt wird. Die Freistellung könnte nach der gewählten Formulierung auch deshalb erfolgen, weil der Arbeitgeber »dieses Gesicht nicht mehr sehen will«. Dies würde aber als Grund nicht ausreichen.

Ein weiterer (kleiner) »Klops« ist der **Ausschluss des Zurückbehaltungsrechts** im letzten Satz. Hat der Arbeitnehmer z. B. zu Hause bestimmte Unterlagen angefertigt, so hat er an diesen Besitz, d. h. die tatsächliche Sachherrschaft<sup>77</sup>. Wird nun das Arbeitsverhältnis etwa nach einer Kündigung abgewickelt, sind diese Gegenstände dem Arbeitgeber herauszugeben, was insbesondere wegen des ausdrücklich vereinbarten Eigentums des Arbeitgebers gilt. Nur: **Hat der Arbeitnehmer Gegenansprüche**, ist beispielsweise die Vergütung für den Vormonat noch nicht bezahlt, steht ihm nach § 273 BGB ein Zurückbehaltungsrecht zu.

*»Zurückbehaltungsrecht« bedeutet, dass man die eigene Leistung so lange zurückbehalten kann, bis die andere Seite ihre Leistung erbringt. Macht sie Schwierigkeiten, kann man erst einmal »nein« sagen.*

Nach § 309 Nr. 2 BGB kann in AGB dem Arbeitnehmer ein ihm zustehendes Zurückbehaltungsrecht nicht genommen werden. Deshalb ist die Vorschrift unwirksam.

*Für den Nichtjuristen mag dies etwas überraschend sein. Es würde sich empfehlen, zunächst unter dem Begriff »Zurückbehaltungsrecht« im **Stichwortregister** nachzuschauen; dann würde man automatisch auf § 309 Nr. 2 verwiesen. Dort ist u. a. in Rn. 7 die Rede davon, dass auch an überlassenen Gegenständen des Arbeitgebers ein Zurückbehaltungsrecht denkbar ist.*

76 S. BAG DB 1988, 1501; s. insbes. BAG DB 2003, 394.

77 Zum Begriff des »Besitzes« nach den §§ 854 ff. BGB s. Däubler, BGB kompakt, Kap. 13, Rn. 100 ff.

## 15. Abtretung und Verpfändung

Die Abtretung und Verpfändung von Entgeltansprüchen ist ausgeschlossen. Bei Pfändungen behält sich der Arbeitgeber vor, für jede zu berechnende Pfändung einen angemessenen Betrag als Ersatz für die hierdurch entstehenden Kosten einzubehalten.

### **Bewertung:**

Schaut man im Stichwortverzeichnis des Kommentars von Däubler/Dorndorf oder im Anhang zu § 307 BGB nach, so findet man die Aussage, dass **Abtretungsverbote generell unzulässig** sind<sup>78</sup>. Dies hängt damit zusammen, dass die regelmäßigen monatlichen Einkünfte des Arbeitnehmers häufig die einzige »Sicherung« sind, die er bei einem Darlehen einer Bank anbieten kann. Unabtretbarkeit würde daher den Arbeitnehmer weithin vom Kreditmarkt ausschließen.

Bei der **Pfändung** kann man sich auf die **BGH-Rechtsprechung** stützen, die eine Abwälzung der dadurch entstehenden Kosten ausschließt<sup>79</sup>. Allerdings ist diese Konsequenz im Arbeitsrecht noch nicht generell gezogen<sup>80</sup>, so dass in einem gerichtlichen Verfahren ein gewisses Risiko entstehen würde.

## 16. Schlussbestimmungen

Der Inhalt dieses Arbeitsvertrages und sonstige Vereinbarungen, die das Arbeitsverhältnis betreffen, sind vertraulich zu behandeln. Änderungen, Ergänzungen und Kündigung dieses Vertrages sind nur gültig, wenn sie schriftlich erfolgen.

Sollten einzelne Vertragsbestimmungen unwirksam sein, so sind sich die Vertragsparteien bereits jetzt darüber einig, dass der Vertrag im Übrigen wirksam bleibt.

### **Bewertung:**

Einen Arbeitsvertrag insgesamt für vertraulich zu erklären, stellt eine **mittelbare Behinderung der gewerkschaftlichen Interessenvertretung** und damit einen Verstoß gegen Art. 9 Abs. 3 GG dar. Gerade durch das Gespräch mit Arbeitskollegen über den Arbeitsvertrag ergibt sich die Notwendigkeit, sich gemeinsam um eine Verbesserung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zu bemühen. Dies gilt insbesondere im Verhältnis der Beschäftigten untereinander. Die Vorschrift ist daher

78 Anhang zu § 307 BGB Rn. 3.

79 Däubler/Dorndorf § 307 BGB Rn. 269.

80 S. den Nachweis Anhang zu § 307 BGB Rn. 63.

schon wegen Verstoßes gegen Art. 9 Abs. 3 GG unzulässig; **zumindest** würde sie wegen **unangemessener Benachteiligung des Arbeitnehmers** an § 307 Abs. 1 BGB scheitern.

Die **Schriftformklausel** ist demgegenüber nicht zu beanstanden. Dass mündliche Abreden, die in der Zukunft getroffen werden, wegen § 305b BGB gleichwohl wirksam sind, ist bereits an anderer Stelle ausgeführt worden<sup>81</sup>.

Dass einzelne unwirksame Vertragsbestimmungen den Vertrag im Übrigen unberührt lassen, ergibt sich schon aus § 306 BGB. Insoweit liegt eine **deklaratorische** Klausel vor.

## 17. Besondere Vereinbarung

Alle beiderseitigen Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis und solche, die mit dem Arbeitsverhältnis in Verbindung stehen, sind dem Arbeitgeber gegenüber schriftlich innerhalb von drei Monaten nach ihrer Fälligkeit geltend zu machen. Nach Ablauf dieser Fristen ist eine Geltendmachung von Ansprüchen ausgeschlossen. Die Ausschlussfristen gelten nicht für Ansprüche aus vorsätzlich begangener unerlaubter Handlung.

### **Bewertung:**

Die **Ausschlussfrist** erweckt in zweierlei Hinsicht Bedenken. Zum einen müsste sie erst ab Kenntnis des Arbeitnehmers von seinem Anspruch laufen, was hier nicht der Fall ist. Zum zweiten steht sie unter der irreführenden Überschrift »Besondere Vereinbarungen« – irreführend deshalb, weil der Eindruck erweckt wird, es gehe um spezifische Fragen des einzelnen Arbeitsverhältnisses. Dem ist aber nicht so, da die Drei-Monats-Frist generell für alle gelten soll. Allerdings besteht ein gewisses Maß an Zweifel, ob auch die Gerichte dies im Streitfall so sehen würden. Immerhin könnte ja die Überschrift auch so ausgelegt werden, dass sie die Aufmerksamkeit des Lesers gerade auf diesen Punkt lenkt.

## III. EINE ERSTE EINSCHÄTZUNG

Als **Wunschvorstellung der Arbeitgeberseite** ist der vorliegende Vertragsentwurf von den Arbeitnehmern nicht akzeptiert worden. Dabei spielte allerdings der Verstoß gegen die §§ 305 ff. BGB praktisch keine Rolle. In der Auseinandersetzung wäre

81 S. oben § 3 III 3 (S. 50).

es von Nutzen gewesen, hätte man sich auch auf diese Bestimmungen stützen können. Da die Vorgänge vor dem 1.1.2002 lagen, war das nicht möglich.

Arbeitsverträge werden **selten in so massierter Form Pauschalermächtigungen** an den Arbeitgeber beinhalten. Auch wenn nur ein oder zwei Bestimmungen dieser Art auftauchen, ist aber (juristische und auch sonstige) Vorsicht geboten.

Die Durchsicht des konkreten Vertragsentwurfs hat deutlich gemacht, dass viele durchaus »gängige« Klauseln auf den Prüfstand müssen und nicht mehr so ohne weiteres durchgehen können. Dies ist auch von Arbeitgeberseite zutreffend erkannt worden<sup>82</sup>. In vielen Fällen wird es schwer fallen, eingefahrene Klauseln in betriebsüblichen Arbeitsverträgen in Frage zu stellen. Dennoch ist es sinnvoll, dies zumindest in Konfliktfällen zu tun.

82 Wisskirchen, in: Tschöpe (Hrsg.), *Anwaltshandbuch Arbeitsrecht*, 3. Aufl., Köln 2003, S. 225 ff.

## § 5: HÄUFIG GESTELLTE FRAGEN

---

### **Frage:**

Nach welchen Dingen **darf der Arbeitgeber** eigentlich bei der Einstellung **fragen**?

### **Antwort:**

Dies ist ein traditionelles arbeitsrechtliches Problem. Im Prinzip darf er nicht nach solchen Dingen fragen, an deren Kenntnis er kein berechtigtes Interesse hat oder die lediglich zu einer Diskriminierung führen könnten. Aus dem zuletzt genannten Grund ist die **Frage nach der Schwangerschaft** generell ausgeschlossen. Die Einzelheiten können in Lehrbüchern und Kommentaren nachgelesen werden<sup>83</sup>.

### **Frage:**

Was versteht man eigentlich unter der »**Anfechtung**« des Arbeitsvertrags?

### **Antwort:**

Anfechtung bedeutet, dass man die eigene Erklärung wieder aus der Welt schafft, dass man sie gewissermaßen widerruft. Dies ist nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen möglich. Am wichtigsten sind bei der Einstellung die Fälle der arglistigen Täuschung und des Irrtums über sog. verkehrswesentliche Eigenschaften der Person (Fahrerlaubnis beim Chauffeur).

Der Arbeitgeber kann den Arbeitsvertrag nur anfechten, wenn er über einen Umstand getäuscht wurde, nach dem er fragen durfte. Auf unzulässige Fragen (z. B. nach der Schwangerschaft oder auch nach der Eigenschaft als schwerbehinderter Mensch) darf die **Unwahrheit gesagt** werden, ohne dass deshalb wegen Täuschung angefochten werden könnte. Auch die Anfechtung wegen Irrtums über eine verkehrswesentliche Eigenschaft scheidet in solchen Fällen aus.

**Ficht der Arbeitgeber erfolgreich an**, ist aber schon gearbeitet worden, so wird für die Zeit der tatsächlich erbrachten Arbeitsleistung das Arbeitsverhältnis wie ein gültig zustande gekommenes behandelt. Man spricht insoweit von einem »**faktischen**« Arbeitsverhältnis.

83 S. etwa Kittner/Däubler/Zwanziger §§ 123, 124 BGB Rn. 10 ff.

**Frage:**

Nehmen wir an, ein etwas schräger Vogel bewirbt sich um eine Stelle als Fahrer, obwohl er keinen Führerschein hat. Muss er dann Schadensersatz zahlen, wenn der Arbeitgeber deshalb einen wirtschaftlichen Nachteil erleidet?

**Antwort:**

Wer sich um eine Stelle als Fahrer bewirbt, muss einen Führerschein haben. Fehlt diese Selbstverständlichkeit, muss er von sich aus darauf hinweisen. Macht er dies nicht, wird er schadensersatzpflichtig, weil er die Grundsätze fairen Handelns verletzt hat. Juristen sprechen insoweit von »**Verschulden bei Vertragsverhandlungen**« oder (häufiger) von »culpa in contrahendo«, was aber nichts anderes als die lateinische Übersetzung ist. Gleichfalls haftet ein Arbeitgeber, der nichts davon erzählt, dass die Firma wahrscheinlich ins Insolvenzverfahren muss.

**Frage:**

Was ist eigentlich eine »Willenserklärung«?

**Antwort:**

Das Angebot eines Vertragsabschlusses und die Annahme ist eine **Willenserklärung**, ebenso die Kündigung oder die Anfechtung. Abstrakt gesprochen geht es darum, dass der Einzelne durch sein Verhalten bewusst eine bestimmte rechtliche Folge (z.B. den Abschluss oder die Auflösung eines Vertrages) herbeiführen möchte. Wird eine Willenserklärung (z. B. das Angebot des Arbeitgebers) nachträglich angefochten, fällt sie weg; auch die Erklärung der anderen Seite (Annahme durch den Arbeitnehmer) wird damit gegenstandslos, weil nichts mehr vorhanden ist, was angenommen werden könnte. Im Zivilrecht gibt es hier sehr viele Einzelfragen, mit denen man die Studenten traktiert; das Arbeitsrecht kommt in der Praxis ohne diese Details aus.

**Frage:**

Wann ist eigentlich ein **Arbeitsverhältnis sittenwidrig**?

**Antwort:**

Sittenwidrig ist nach einer alten Formel des Reichsgerichts alles, was dem »Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden« widerspricht. Das ist nur eine For-

mel, die eigentlich keinen Erkenntnisgewinn bringt. In der Praxis der Gerichte hat man Fallgruppen entwickelt; man findet sie in den Kommentaren zu § 138 BGB. Im Arbeitsrecht geht man etwa davon aus, dass ein ganz besonders niedriger Lohn sittenwidrig ist (**sog. Lohnwucher**). Wo die Grenze genau zu ziehen ist, wird von den Gerichten unterschiedlich beurteilt. Manche meinen, erst bei der Hälfte des Tariflohns sei die Grenze des noch Hinnehmbaren überschritten, eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen nahm die Grenze schon bei zwei Dritteln des Tariflohns an. Sittenwidrig ist es auch, den Arbeitnehmer **am Verlust des Arbeitgebers zu beteiligen**. Ihn lediglich auf die Trinkgeldeinnahmen zu verweisen und ihm damit jedes Fixum zu verweigern, ist nunmehr ausdrücklich durch § 107 Abs.3 der Gewerbeordnung verboten.

Nicht mehr sittenwidrig sind Verträge über (wie es heißt) **sexuelle Dienstleistungen**. Aufgrund des Prostituiertengesetzes von 2001 kann eine Prostituierte, die z. B. in einem »Club« beschäftigt ist, von ihrem Arbeitgeber die vereinbarte Vergütung verlangen und muss zur Sozialversicherung angemeldet werden. Bisher waren die Verträge nichtig; lediglich das Finanzamt nahm einen steuerpflichtigen Erwerb an.

- Wenn es um Einnahmen geht, galt schon immer der Grundsatz: »Geld stinkt nicht«.

### Frage:

Auch im AGB-Recht ist für mich einiges offen geblieben. Wie steht es eigentlich mit Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen?

### Antwort:

**Tarifverträge**, Betriebs- und Dienstvereinbarungen sind nach § 310 Abs. 4 Satz 1 BGB weiter **von der AGB-Kontrolle ausgenommen**. Man geht davon aus, dass sie nicht zu einer unangemessenen Benachteiligung der Arbeitnehmer führen (was meistens, aber nicht immer stimmt). Auf Kontrolle wird auch dann verzichtet, wenn im Arbeitsvertrag auf den Tarifvertrag verwiesen wird (was insbesondere im Verhältnis zu nicht organisierten Arbeitnehmern von Bedeutung ist). Allerdings gilt dies nur für den einschlägigen Tarifvertrag, also für denjenigen, der automatisch gelten würde, wenn der Arbeitgeber dem Verband und der Arbeitnehmer der Gewerkschaft angehören würde. Verweisungen auf andere Tarifverträge werden inhaltlich voll überprüft.

**Frage:**

Aber die Verweisung auf den Tarifvertrag ist doch eine Klausel im Arbeitsvertrag, über deren Inhalt man sehr verschiedener Ansicht sein kann. Was bedeutet es beispielsweise, wenn auf die »jeweils geltenden Tarifverträge« verwiesen wird?

**Antwort:**

Die Frage ist durchaus berechtigt. In der Tat ist die Verweisungsklausel oder »**Einbeziehungsvereinbarung**« ein Teil des Arbeitsvertrags, der als solcher **der AGB-Kontrolle unterliegt**. Allerdings ist es niemals unangemessen, auf den einschlägigen Tarifvertrag zu verweisen, doch kann sich in der Tat ein Auslegungsproblem ergeben. In solchen Fällen müsste an sich die für den Arbeitnehmer günstigere Regelung nach § 305c Abs. 2 BGB gelten. Dem trägt allerdings die Rechtsprechung des BAG im Regelfall nicht Rechnung; ist der Arbeitgeber tarifgebunden, wird in einer solchen Bezugnahmeklausel immer nur eine **Gleichstellungsabrede** mit den Organisierten gesehen. Dies hat den ganz großen Nachteil, dass dann, wenn die Tarifbindung z. B. wegen Austritts aus dem Arbeitgeberverband endet, eben nichts mehr da ist, womit eine Gleichstellung erfolgen könnte. Die »Anbindung« an das Tarifsysteem geht verloren, auch wenn z. B. im Arbeitsvertrag steht: »Auf das Arbeitsverhältnis sind die jeweils geltenden Tarifverträge für die Metallindustrie in Nordwürttemberg-Nordbaden anzuwenden«. Dies will nicht einleuchten, ist nach der Rechtsprechung aber so<sup>84</sup>.

**Frage:**

Was gilt eigentlich bei **Auslandsentsendung**?

**Antwort:**

Die Anwendung des AGB-Rechts auf Beschäftigte, die vorübergehend oder auf Dauer ins Ausland entsandt werden, ist im AGB-Recht noch kaum erörtert. Einige Überlegungen finden sich in dem hier genannten Kommentar<sup>85</sup>.

84 S. etwa BAG RdA 2002, 299 mit kritischer Anmerkung Däubler RdA 2002, 303 ff. sowie BAG NZA 2003, 933 und 1207.

85 Däubler/Dorndorf, Anhang zu § 307 BGB Rn. 16 ff.

**Frage:**

Ich habe gehört, dass man seit der Schuldrechtsreform einen **Aufhebungsvertrag innerhalb von 14 Tagen widerrufen kann**. Stimmt das?

**Antwort:**

Der durch die Schuldrechtsreform in das BGB eingefügte **§ 312** sieht in der Tat bei Rechtsgeschäften am Arbeitsplatz (wozu der gesamte Betrieb gehört) ein Widerrufsrecht vor. Damit soll der Verbraucher in die Lage versetzt werden, einen übereilten Entschluss wieder rückgängig zu machen. Das **BAG** ist allerdings der Auffassung, dass dann, wenn ein Arbeitnehmer im **Personalbüro** einen Aufhebungsvertrag schließt, eine solche Überraschungssituation nicht gegeben ist<sup>86</sup>. Ob dasselbe auch dann gilt, wenn der Arbeitnehmer überrumpelt wurde, ist bisher nicht entschieden<sup>87</sup>.

**Frage:**

Häufig werden Kollegen mit ihren Arbeitsvertragsproblemen zum Betriebsrat kommen. Kann dieser auch von sich aus aktiv werden, um zu erfahren, **was z.B. in den Arbeitsverträgen der IT-Beschäftigten steht?**

**Antwort:**

Ja, nach § 80 Abs.1 Nr.1 BetrVG hat er über die Einhaltung der zugunsten der Arbeitnehmer geltenden Gesetze zu wachen. Dazu gehört auch das bereits verschiedentlich erwähnte Nachweisgesetz. Er kann deshalb kontrollieren, ob wirklich alle wichtigen Arbeitsbedingungen schriftlich niedergelegt sind. Dies wird auch vom BAG so gesehen<sup>88</sup>.

**Frage:**

Kann der Betriebsrat **den Arbeitgeber zwingen, rechtswidrige Klauseln aus den Arbeitsverträgen zu entfernen?**

**Antwort:**

**Nein**, nach ganz herrschender Auffassung hat er keine eigenen prozessualen Möglichkeiten, um den Arbeitgeber zu einer Korrektur seines Verhaltens zu zwin-

86 BAG Urteil vom 27. November 2003, NZA 2004, 597.

87 Einzelheiten zum Diskussionsstand bei Däubler/Dorndorf, Einl. Rn. 119 ff.

88 BAG AuR (= Arbeit und Recht) 2000, 268.

gen. Klagen kann nur der Einzelne, der dies meist nur dann tun wird, wenn das Arbeitsverhältnis nicht mehr besteht. Aber auch dann, wenn ein Gekündigter oder in Rente Gegangener Bezahlung für Überstunden einklagt und sein Verfahren gewinnt, hat dies Wirkung auf die aktuell Beschäftigten: Kaum ein Arbeitgeber wird ganz offen gegen geltendes Recht verstoßen und die Überstunden wie bisher weiterpraktizieren wollen. Außerdem kann **allgemeine Unruhe im Betrieb** entstehen, wenn bekannt wird, dass bestimmte Klauseln in den Arbeitsverträgen nicht zu halten sind.

**Frage:**

Kann man eigentlich als Betriebsrat auch in Erfahrung bringen, wie die Verträge von Personen beschaffen sind, die der Arbeitgeber als »**freie Mitarbeiter**« oder als »Drittfirmenbeschäftigte« bezeichnet?

**Antwort:**

**Ja**, im Jahre 2001 hat § 80 Abs.2 Satz 1 BetrVG einen zweiten Halbsatz bekommen, der lautet: »Die Unterrichtung erstreckt sich auch auf die Beschäftigung von Personen, die nicht in einem Arbeitsverhältnis zum Arbeitgeber stehen.« Der Betriebsrat soll insbesondere **überprüfen** können, **ob** es sich in **Wirklichkeit nicht** um **Arbeitnehmer** des Betriebs handelt, denen man nur ein anderes Etikett umgehängt hat. Arbeitnehmer sind sie dann, wenn sie weisungsabhängige Tätigkeit ausführen, wenn ihnen also Zeit, Ort und Art der Arbeit vorgegeben sind. Kann man das im Einzelfall bejahen, muss man sich ihre Verträge anschauen. Dies ist durch das hier Gesagte hoffentlich etwas einfacher geworden.

**In der edition der Hans-Böckler-Stiftung sind bisher erschienen:**

Nr.	Autor/Titel	€	Bestell-Nr.	ISBN-Nr.
50	<i>Peter Kalkowski/Matthias Helmer/ Otfried Mickler</i> <b>Telekommunikation im Aufbruch</b>	10,23	13050	3-935145-22-5
51	<i>Dunja M. Mohr</i> <b>Lost in Space: Die eigene wissen- schaftliche Verortung in und außerhalb von Institutionen</b>	14,32	13051	3-935145-23-3
53	<i>Wolffhard Kohte</i> <b>Störfallrecht und Betriebsverfassung</b>	10,23	13053	3-935145-25-X
54	<i>Manfred Deiß/Eckhard Heidling</i> <b>Interessenvertretung und Expertenwissen</b>	13,29	13054	3-935145-28-4
55	<i>Herbert Bassarak/Uwe Dieter Steppuhn (Hrsg.)</i> <b>Angewandte Forschung und Entwicklung an Fachhochschulen in Bayern</b>	15,00	13055	3-935145-29-2
56	<i>Herbert Bassarak/Uwe Dieter Steppuhn (Hrsg.)</i> <b>Angewandte Forschung und Entwicklung an Fachhochschulen Sozialer Arbeit</b>	23,00	13056	3-935145-30-6
57	<i>Heide Pfarr (Hrsg.)</i> <b>Ein Gesetz zur Gleichstellung der Geschlechter in der Privatwirtschaft</b>	12,00	13057	3-935145-31-4
58	<i>Stefan Eitenmüller</i> <b>Reformoptionen für die gesetzliche Rentenversicherung</b>	15,00	13058	3-935145-32-2
59	<i>Bernd Kriegesmann/Marcus Kottmann</i> <b>Neue Wege für Personalanpassungen in der Chemischen Industrie</b>	10,00	13059	3-935145-33-0
60	<i>Hans-Böckler-Stiftung/DGB-Bundesvorstand</i> <b>Welthandelsorganisation und Sozialstandards</b>	7,00	13060	3-935145-34-9
61	<i>Renate Büttner/Johannes Kirsch</i> <b>Bündnisse für Arbeit im Betrieb</b>	11,00	13061	3-935145-35-7
62	<i>Elke Ahlers/Gudrun Trautwein-Kalms</i> <b>Entwicklung von Arbeit und Leistung in IT-Unternehmen</b>	9,00	13062	3-935145-36-5
63	<i>Thomas Fritz/Christoph Scherrer</i> <b>GATS 2000. Arbeitnehmerinteressen und die Liberalisierung des Dienstleistungshandels</b>	12,00	13063	3-935145-37-3
64	<i>Achim Truger/Rudolf Welzmüller</i> <b>Chancen der Währungsunion – koordinierte Politik für Beschäftigung und moderne Infrastruktur</b>	13,00	13064	3-935145-38-1
65	<i>Martin Sacher/Wolfgang Rudolph</i> <b>Innovation und Interessenvertretung in kleinen und mittleren Unternehmen</b>	19,00	13065	3-935145-39-X

Nr.	Autor/Titel	€	Bestell-Nr.	ISBN-Nr.
66	<i>Volker Meinhardt/Ellen Kirner/ Markus Grabka/Ulrich Lohmann/Erika Schulz</i> <b>Finanzielle Konsequenzen eines universellen Systems der gesetzlichen Alterssicherung</b>	12,00	13066	3-935145-40-3
67	<i>Thomas Ebert</i> <b>Langfrist-Arbeitszeitkonten und Sozialversicherung</b>	12,00	13067	3-935145-41-1
68	<i>Jan Priewe unter Mitarbeit von Christoph Scheuplein und Karsten Schuldt</i> <b>Ostdeutschland 2010 – Perspektiven der Innovationstätigkeit</b>	23,00	13068	3-935145-42-X
69	<i>Sylke Bartmann/Karin Gille/Sebastian Haunss</i> <b>Kollektives Handeln</b>	30,00	13069	3-935145-43-8
70	<i>Bernhard Nagel</i> <b>Mitbestimmung in öffentlichen Unter- nehmen mit privater Rechtsform und Demokratieprinzip</b>	12,00	13070	3-935145-44-6
72	<i>Eva Kocher</i> <b>Gesetzentwurf für eine Verbandsklage im Arbeitsrecht</b>	12,00	13072	3-935145-46-2
73	<i>Hans-Böckler-Foundation (ed.)</i> <b>Future Works</b>	10,00	13073	3-935145-47-0
74	<i>Reinhard Schüssler/Claudia Funke</i> <b>Vermögensbildung und Vermögensverteilung</b>	16,00	13074	3-935145-48-9
75	<i>Ingrid Ostermann (Hrsg.)</i> <b>Perspektive: GLOBAL! Inter-nationale Wissenschaftlerinnenkooperationen und Forschung</b>	20,00	13075	3-935145-49-7
76	<i>Christine Schön</i> <b>Betriebliche Gleichstellungspolitik</b>	12,00	13076	3-935145-50-0
77	<i>Volker Korthäuer/Marius Tritsch</i> <b>US-Cross-Border-Lease</b>	8,00	13077	3-935145-51-9
78	<i>Jörg Towara</i> <b>Tarifvertragliche Regelungen zur Teilzeitarbeit</b>	8,50	13078	3-935145-52-7
79	<i>Anja Riemann</i> <b>Auswertung und Darstellung gesetzlicher Bestimmungen zur Teilzeitarbeit</b>	8,00	13079	3-935145-53-5
80	<i>Heide Pfarr/Elisabeth Vogelheim</i> <b>Zur Chancengleichheit von Frauen und Männern im Bündnis für Arbeit, Ausbildung und Wettbewerbsfähigkeit</b>	12,00	13080	3-935145-56-X
81	<i>Wilfried Kruse/Daniel Tech/Detlev Ullenbohm</i> <b>Betriebliche Kompetenzentwicklung. 10 Fallstudien zu betrieblichen Vereinbarungen</b>	12,00	13081	3-935145-57-8

Nr.	Autor/Titel	€	Bestell-Nr.	ISBN-Nr.
82	<i>Stefan Bach/Bernd Bartholmai</i> <b>Perspektiven der Vermögensbesteuerung in Deutschland</b>	12,00	13082	3-935145-58-6
83	<i>Charlotte Wahler (Hrsg.)</i> <b>Forschen mit Geschlecht? Zwischen Macht und Ohnmacht: Frauen in der Wissenschaft</b>	20,00	13083	3-935145-59-4
84	<i>Henry Schäfer</i> <b>Sozial-ökologische Ratings am Kapitalmarkt</b>	16,00	13084	3-935145-60-8
85	<i>Maliszewski/Neumann</i> <b>Bündnisse für Arbeit – Best Practice aus Ländern und Regionen</b>	14,00	13085	3-935145-61-1
86	<i>Matthias Müller</i> <b>International Accounting Standards</b>	9,00	13086	3-935145-62-4
87	<i>Arno Prangenberg</i> <b>Grundzüge der Unternehmensbesteuerung</b>	8,00	13087	3-935145-63-2
88	<i>Klaus Jacobs/Jürgen Wasem</i> <b>Weiterentwicklung einer leistungsfähigen und solidarischen Krankenversicherung unter den Rahmenbedingungen der europäischen Integration</b>	12,00	13088	3-935145-64-0
89	<i>Thomas Schönwälder</i> <b>Begriffliche Konzeption und empirische Entwicklung der Lohnnebenkosten in der Bundesrepublik Deutschland – eine kritische Betrachtung</b>	25,00	13089	3-935145-65-9
90	<i>Helene Mayerhofer</i> Handbuch Fusionsmanagement <b>Personalpolitische Aufgaben im Rahmen von Fusionen</b>	10,00	13090	3-935145-66-7
91	<i>Helene Mayerhofer</i> Handbuch Fusionsmanagement <b>Fusionsbedingte Integration verschiedener Organisationen</b>	10,00	13091	3-935145-67-5
92	<i>Hans-Erich Müller</i> Handbuch Fusionsmanagement <b>Übernahme und Restrukturierung: Neuausrichtung der Unternehmensstrategie</b>	8,00	13092	3-935145-68-3
93	<i>Christian Timmreck</i> Handbuch Fusionsmanagement <b>Unternehmensbewertung bei Mergers &amp; Acquisitions</b>	10,00	13093	3-935145-69-1
94	<i>Volker Korthäuer, Manuela Aldenhoff</i> Handbuch Fusionsmanagement <b>Steuerliche Triebfedern für Unternehmensumstrukturierungen</b>	6,00	13094	3-935145-70-5
95	<i>Dieter Behrendt</i> <b>Ökologische Modernisierung: Erneuerbare Energien in Niedersachsen</b>	11,00	13095	3-935145-73-X

Nr.	Autor/Titel	€	Bestell-Nr.	ISBN-Nr.
96	<i>Uwe Wilkesmann/Ingolf Rascher</i> <b>Wissensmanagement – Analyse und Handlungsempfehlungen</b>	12,00	13096	3-935145-71-3
97	<i>Tanja Klenk/Frank Nullmeier</i> <b>Public Governance als Reformstrategie</b>	12,00	13097	3-935145-72-1
98	<i>Reiner Hoffmann/Otto Jacobi/Berndt Keller/ Manfred Weiss (eds.)</i> <b>European Integration as a Social Experiment in a Globalized World</b>	14,00	13098	3-935145-74-8
99	<i>Angelika Bucerius</i> <b>Alterssicherung in der Europäischen Union</b>	25,00	13099	3-935145-75-6
100	<i>Werner Killian/Karsten Schneider</i> <b>Die Personalvertretung auf dem Prüfstand</b>	12,00	13100	3-935145-76-4
102	<i>Susanne Felger/Angela Paul-Kohlhoff</i> <b>Human Resource Management</b>	15,00	13102	3-935145-78-0
103	<i>Paul Elshof</i> <b>Zukunft der Brauwirtschaft</b>	16,00	13103	3-935145-79-9
104	<i>Henry Schäfer/Philipp Lindenmayer</i> <b>Sozialkriterien im Nachhaltigkeitsrating</b>	19,00	13104	3-935145-80-2
107	<i>Axel Olaf Kern/Ernst Kistler/Florian Mamberer/ Ric Rene Unteutsch/Bianka Martolock/ Daniela Wörner</i> <b>Die Bestimmung des Leistungskataloges in der gesetzlichen Krankenversicherung</b>	18,00	13107	3-935145-84-5
108	<i>Dea Niebuhr/Heinz Rothgang/Jürgen Wasem/ Stefan Greß</i> <b>Die Bestimmung des Leistungskataloges in der gesetzlichen Krankenversicherung</b>	28,00	13108	3-935145-85-3
109	<i>Yasmine Chahed/Malte Kaub/Hans-Erich Müller</i> <b>Konzernsteuerung börsennotierter Aktiengesellschaften in Deutschland</b>	14,00	13109	3-935145-86-1
110	<i>Klaus Löbbe</i> <b>Die europäische Chemieindustrie</b>	25,00	13110	3-935145-87-X
113	<i>Uwe Fachinger, Anna Frankus</i> <b>Selbstständige im sozialen Abseits</b>	13,00	13113	3-935145-90-X
114	<i>Frank Havighorst</i> <b>Jahresabschluss von Krankenhäusern</b>	14,00	13114	3-935145-91-8
115	<i>Achim Sollanek</i> <b>Versicherungsbilanzen nach deutschem Handelsrecht</b>	10,00	13115	3-935145-92-6
120	<i>Andreas Boes, Michael Schwemmler unter Mitarbeit von Ellen Becker</i> <b>Herausforderung Offshoring</b>	15,00	13120	3-935145-97-7

**Bestellungen  
bitte unter  
Angabe der  
Bestell-Nr. an:**



Kreuzbergstraße 56  
40489 Düsseldorf  
Telefax: 02 11 / 408 00 90 40  
E-Mail: mail@setzkasten.de

### **Hans-Böckler-Stiftung**

Die Hans-Böckler-Stiftung ist das Mitbestimmungs-, Forschungs- und Studienförderungswerk des Deutschen Gewerkschaftsbundes. Gegründet wurde sie 1977 aus der Stiftung Mitbestimmung und der Hans-Böckler-Gesellschaft. Die Stiftung wirbt für Mitbestimmung als Gestaltungsprinzip einer demokratischen Gesellschaft und setzt sich dafür ein, die Möglichkeiten der Mitbestimmung zu erweitern.

### **Mitbestimmungsförderung und -beratung**

Die Stiftung informiert und berät Mitglieder von Betriebs- und Personalräten sowie Vertreterinnen und Vertreter von Beschäftigten in Aufsichtsräten. Diese können sich mit Fragen zu Wirtschaft und Recht, Personal- und Sozialwesen, Aus- und Weiterbildung an die Stiftung wenden. Die Expertinnen und Experten beraten auch, wenn es um neue Techniken oder den betrieblichen Arbeits- und Umweltschutz geht.

### **Wirtschafts- und Sozialwissenschaftliches Institut (WSI)**

Das Wirtschafts- und Sozialwissenschaftliche Institut (WSI) in der Hans-Böckler-Stiftung forscht zu Themen, die für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer von Bedeutung sind. Globalisierung, Beschäftigung und institutioneller Wandel, Arbeit, Verteilung und soziale Sicherung sowie Arbeitsbeziehungen und Tarifpolitik sind die Schwerpunkte. Das WSI-Tarifarchiv bietet umfangreiche Dokumentationen und fundierte Auswertungen zu allen Aspekten der Tarifpolitik.

### **Forschungsförderung**

Die Stiftung vergibt Forschungsaufträge zu Strukturpolitik, Mitbestimmung, Erwerbsarbeit, Kooperativer Staat und Sozialpolitik. Im Mittelpunkt stehen Themen, die für Beschäftigte von Interesse sind.

### **Studienförderung**

Als zweitgrößtes Studienförderungswerk der Bundesrepublik trägt die Stiftung dazu bei, soziale Ungleichheit im Bildungswesen zu überwinden. Sie fördert gewerkschaftlich und gesellschaftspolitisch engagierte Studierende und Promovierende mit Stipendien, Bildungsangeboten und der Vermittlung von Praktika. Insbesondere unterstützt sie Absolventinnen und Absolventen des zweiten Bildungsweges.

### **Öffentlichkeitsarbeit**

Im Magazin »Mitbestimmung« und den »WSI-Mitteilungen« informiert die Stiftung monatlich über Themen aus Arbeitswelt und Wissenschaft. Mit der homepage [www.boeckler.de](http://www.boeckler.de) bietet sie einen schnellen Zugang zu ihren Veranstaltungen, Publikationen, Beratungsangeboten und Forschungsergebnissen.

Hans-Böckler-Stiftung  
Abteilung Öffentlichkeitsarbeit  
Hans-Böckler-Straße 39  
40476 Düsseldorf  
Telefax: 0211/7778 - 225  
[www.boeckler.de](http://www.boeckler.de)

**Hans Böckler  
Stiftung** 

Fakten für eine faire Arbeitswelt.

